

VOB-Kommentar

Bauvergaberecht
Bauvertragsrecht
Bauprozessrecht

herausgegeben von

Prof. Horst Franke
Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Ralf Kemper
Rechtsanwalt, Berlin

Prof. Christian Zanner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Berlin
Honorarprofessor an der TU Berlin

Matthias Grünhagen
Fachanwalt für Vergaberecht, Berlin

Prof. Dr. Susanne Mertens, LL.M.
Fachwältin für Bau- und Architektenrecht, Fachwältin für Informationstechnologierecht und Fachwältin für Vergaberecht, Berlin

7. Auflage

Leseprobe

Werner Verlag 2020

Autorenverzeichnis

Henrik Baumann

Fachanwalt für Vergaberecht und Fachanwalt für Informationstechnologierecht,
KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft, Berlin

Michael Ch. Bschorr

Rechtsanwalt und Notar, Schlichter, Schiedsrichter nach der SO-Bau des DAV,
MO45 LEGAL, Berlin

Dr. Sebastian Conrad

Fachanwalt für Vergaberecht, HFK Rechtsanwälte PartGmbH, Berlin

Dr. Sven Donner

Rechtsanwalt und Notar, GvW Graf von Westphalen, Berlin

Prof. Horst Franke

Rechtsanwalt, HFK Rechtsanwälte PartGmbH, Frankfurt a. M.

Matthias Grünhagen

Fachanwalt für Vergaberecht, Berlin

Christine Haumer

Richterin am Oberlandesgericht München, Mitglied in einem Bausenat sowie Senat
für Landwirtschaftssachen, Vorstand im Arbeitskreis Bauvertragsrecht, Bayern, der
deutschen Gesellschaft für Baurecht

Björn Heinrich

Rechtsanwalt, KNH Rechtsanwälte Kemper Hochstadt & Partner PartGmbH, Berlin

Christoph Kaiser

Fachanwalt für Vergaberecht, Mainz

Ralf Kemper

Rechtsanwalt, KNH Rechtsanwälte Kemper Hochstadt & Partner PartGmbH, Berlin

Dr. Benjamin Klein

Rechtsanwalt, Eichler Kern Klein Rechtsanwälte, Berlin

Prof. Dr. Susanne Mertens, LL.M.

Fachwältin für Bau- und Architektenrecht, Fachwältin für Informationstechnologierecht
und Fachwältin für Vergaberecht, Baker & McKenzie Partnerschaft von
Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Berlin

Dr. Marc Pauka

Fachanwalt für Vergaberecht, Syndikusrechtsanwalt bei der BWI GmbH in Bonn

Autorenverzeichnis

Dr. Tobias Rodemann

Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

Dr. Karl Schwarz

Rechtsanwalt, KNH Rechtsanwälte Kemper Hochstadt & Partner PartGmbB, Berlin

Dr. Jörg Stoye

Fachanwalt für Vergaberecht, HFK Rechtsanwälte PartGmbB, Frankfurt a. M.

Prof. Christian Zanner

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin, Honorarprofessor an der TU Berlin

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 7. Auflage	V
Autorenverzeichnis	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXI

VOB Teil A

Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen	1
--	----------

Abschnitt 1 Basisparagrafen	1
--	----------

§ 1 Bauleistungen	1
§ 2 Grundsätze	1
§ 3 Arten der Vergabe	2
§ 3a Zulässigkeitsvoraussetzungen	7
§ 3b Ablauf der Verfahren	23
§ 4 Vertragsarten	27
§ 4a Rahmenvereinbarungen	28
§ 5 Vergabe nach Losen, Einheitliche Vergabe	30
§ 6 Teilnehmer am Wettbewerb	31
§ 6a Eignungsnachweise	35
§ 6b Mittel der Nachweisführung, Verfahren	49
§ 7 Leistungsbeschreibung	55
§ 7a Technische Spezifikationen	56
§ 7b Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	60
§ 7c Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	61
§ 8 Vergabeunterlagen	62
§ 8a Allgemeine, Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen	67
§ 8b Kosten- und Vertrauensregelung, Schiedsverfahren	68
§ 9 Ausführungsfristen, Einzelfristen, Verzug	69
§ 9a Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung	69
§ 9b Verjährung der Mängelansprüche	70
§ 9c Sicherheitsleistung	70
§ 9d Änderung der Vergütung	70
§ 10 Angebots-, Bewerbungs-, Bindefristen	71
§ 11 Grundsätze der Informationsübermittlung	80
§ 11a Anforderungen an elektronische Mittel	85
§ 12 Auftragsbekanntmachung	87

Leseprobe

§ 12a	Versand der Vergabeunterlagen	100
§ 13	Form und Inhalt der Angebote	104
§ 14	Öffnung der Angebote, Öffnungstermin bei ausschließlicher Zulassung elektronischer Angebote	106
§ 14a	Öffnung der Angebote, Eröffnungstermin bei Zulassung schriftlicher Angebote	109
§ 15	Aufklärung des Angebotsinhalts	136
§ 16	Ausschluss von Angeboten	136
§ 16a	Nachforderung von Unterlagen	150
§ 16b	Eignung	150
§ 16c	Prüfung	151
§ 16d	Wertung	152
§ 17	Aufhebung der Ausschreibung	154
§ 18	Zuschlag	155
§ 19	Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	155
§ 20	Dokumentation, Informationspflicht	162
§ 21	Nachprüfungsstellen	168
§ 22	Änderungen während der Vertragslaufzeit	177
§ 23	Baukonzessionen	180
§ 24	Vergabe im Ausland	196
 Abschnitt 2 Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A-EU)		205
§ 1	Anwendungsbereich	205
§ 2	Grundsätze	247
§ 3	Arten der Vergabe	272
§ 3a	Zulässigkeitsvoraussetzungen	279
§ 3b	Ablauf der Verfahren	301
§ 4	Vertragsarten	338
§ 4a	Rahmenvereinbarungen	347
§ 4b	Besondere Instrumente und Methoden	360
§ 5	Einheitliche Vergabe, Vergabe nach Lösen	368
§ 6	Teilnehmer am Wettbewerb	388
§ 6a	Eignungsnachweise	409
§ 6b	Mittel der Nachweisführung, Verfahren	425
§ 6c	Qualitätssicherung und Umweltmanagement	433
§ 6d	Kapazitäten anderer Unternehmen	437
§ 6e	Ausschlussgründe	444
§ 6f	Selbstreinigung	465

§ 7	Leistungsbeschreibung	480
§ 7a	Technische Spezifikationen, Testberichte, Zertifizierungen, Gütezeichen	519
§ 7b	Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	543
§ 7c	Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	553
§ 8	Vergabeunterlagen	564
§ 8a	Allgemeine, Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen	578
§ 8b	Kosten- und Vertrauensregelung, Schiedsverfahren	582
§ 8c	Anforderungen an energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen	588
§ 9	Ausführungsfristen, Einzelfristen, Verzug	591
§ 9a	Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung	598
§ 9b	Verjährung der Mängelansprüche	602
§ 9c	Sicherheitsleistung	605
§ 9d	Änderung der Vergütung	608
§ 10	Fristen	620
§ 10a	Fristen im offenen Verfahren	627
§ 10b	Fristen im nicht offenen Verfahren	649
§ 10c	Fristen im Verhandlungsverfahren	654
§ 10d	Fristen im wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft	655
§ 11	Grundsätze der Informationsübermittlung	656
§ 11a	Anforderungen an elektronische Mittel	665
§ 11b	Ausnahmen von der Verwendung elektronischer Mittel	674
§ 12	Vorinformation, Auftragsbekanntmachung	679
§ 12a	Versand der Vergabeunterlagen	688
§ 13	Form und Inhalt der Angebote	696
§ 14	Öffnung der Angebote, Öffnungstermin	728
§ 15	Aufklärung des Angebotsinhalts	749
§ 16	Ausschluss von Angeboten	774
§ 16a	Nachforderung von Unterlagen	814
§ 16b	Eignung	826
§ 16c	Prüfung	831
§ 16d	Wertung	841
§ 17	Aufhebung der Ausschreibung	913
§ 18	Zuschlag	938
§ 19	Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	953
§ 20	Dokumentation	970
§ 21	Nachprüfungsbehörden	981
§ 22	Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit	1013

VOB Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung	
von Bauleistungen 1031	
§ 1	Art und Umfang der Leistung 1031
§ 2	Vergütung 1056
§ 3	Ausführungsunterlagen 1176
§ 4	Ausführung 1198
§ 5	Ausführungsfristen 1288
§ 6	Behinderung und Unterbrechung der Ausführung 1315
§ 7	Verteilung der Gefahr 1366
§ 8	Kündigung durch den Auftraggeber 1374
§ 9	Kündigung durch den Auftragnehmer 1426
§ 10	Haftung der Vertragsparteien 1441
§ 11	Vertragsstrafe 1458
§ 12	Abnahme 1481
§ 13	Mängelansprüche 1536
Anhang zu § 13 VOB/B: Beweisaufnahme und Streitverkündung 1648	
§ 14	Abrechnung 1682
§ 15	Stundenlohnarbeiten 1708
§ 16	Zahlung 1725
§ 17	Sicherheitsleistung 1804
Anhang zu § 17 VOB/B: §§ 650e, 650f BGB 1850	
§ 18	Streitigkeiten 1896
Stichwortverzeichnis 1937	

Für die Bewerber ist ausreichend Platz für das Einsetzen der Preise vorzusehen. Inwie- 42
weit Einheitspreise, Pauschalpreise oder Stundenlohn abgefragt werden dürfen, ist in
§ 4 EU VOB/A geregelt (s. die dortige Kommentierung).

C. Dokumentation

In die Dokumentation aufgenommen werden sollten insb. die Begründung für die 43
Bildung einer Sammelposition.

§ 7c Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

(1) Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von § 7b
EU Abs. 1 zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung
dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch
beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln, kann die
Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden.

(2)

1. Das Leistungsprogramm umfasst eine Beschreibung der Bauaufgabe, aus der
die Bewerber alle für die Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot maßgebenden
Bedingungen und Umstände erkennen können und in der sowohl der Zweck
der fertigen Leistung als auch die an sie gestellten technischen, wirtschaftlichen,
gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen angegeben sind, sowie
gegebenenfalls ein Musterleistungsverzeichnis, in dem die Mengenangaben ganz
oder teilweise offengelassen sind.
2. § 7b EU Absatz 2 bis 4 gilt sinngemäß.

(3)

1. Von dem Bieter ist ein Angebot zu verlangen, das außer der Ausführung der
Leistung den Entwurf nebst eingehender Erläuterung und eine Darstellung der
Bauausführung sowie eine eingehende und zweckmäßig gegliederte Beschrei-
bung der Leistung - gegebenenfalls mit Mengen- und Preisangaben für Teile
der Leistung - umfasst. Bei Beschreibung der Leistung mit Mengen- und Preis-
angaben ist vom Bieter zu verlangen, dass er
2. die Vollständigkeit seiner Angaben, insbesondere die von ihm selbst ermittelten
Mengen, entweder ohne Einschränkung oder im Rahmen einer in den Vergabe-
unterlagen anzugebenden Mengentoleranz vertritt, und
3. etwaige Annahmen, zu denen er in besonderen Fällen gezwungen ist, weil
zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe einzelne Teilleistungen nach Art und
Menge noch nicht bestimmt werden können (z. B. Aushub-, Abbruch-
oder Wasserhaltungsarbeiten) - erforderlichenfalls anhand von Plänen und
Mengenermittlungen - begründet.

Übersicht	Rdn.
A. Überblick	2
B. Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (§ 7c EU VOB/A)	4
I. Allgemeines	4
II. Zulässigkeit einer Funktionalausschreibung (§ 7c EU Abs. 1 VOB/A)	18
III. Anforderungen an das Leistungsprogramm (§ 7c EU Abs. 2 VOB/A)	22
IV. Anforderungen an die Angebote der Bieter (§ 7c EU Abs. 3 VOB/A)	30
C. Dokumentation	34

► **Inhaltliche Änderungen durch VOB 2016:**

1 § 7c EU VOB/A

§ 7c EU VOB/A entspricht dem bisherigen § 7 EG Abs. 13 bis 15 VOB/A. Die Regelungen wurden im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 ausgegliedert und in einen eigenen Paragraphen überführt. Inhaltlich haben die Regelungen gegenüber dem bisher geltenden Recht keine Änderungen erfahren.

A. Überblick

2 Diese Variante der Leistungsbeschreibung ist die Alternative zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (§ 7b EU VOB/A). Man nennt sie auch **funktionale Leistungsbeschreibung**, weil hier der **Auftraggeber nur den Zweck der Bauleistung bzw. ihre spätere Funktion** (eindeutig und erschöpfend) beschreibt und die konstruktive **Lösung der Bauaufgabe weitgehend den Bewerbern überlässt**.¹ Diese sollen bei der Ermittlung der technisch, wirtschaftlich und gestalterisch besten und funktionsgerechtesten Lösung mitwirken, die dem Wettbewerb überlassen bleibt.²

3 § 7c EU VOB/A 2019 entspricht § 7c EU VOB/A 2016.

B. Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (§ 7c EU VOB/A)

I. Allgemeines

4 Eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm ist dadurch gekennzeichnet, dass sie nur in Ausnahmefällen nach Abwägen aller Umstände zulässig ist (Abs. 1), spezielle Auftraggeberpflichten zur Erstellung des Leistungsprogramms begründet (Abs. 2) und die Aufstellung des Leistungsverzeichnisses auf den Bieter verlagert (Abs. 3). Diese Vorschriften treten **ergänzend zu den allgemeinen Vorschriften (insb. § 7 EU VOB/A)** hinzu. Die Vorschriften zu den Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (§ 7b EU VOB/A) gelten nach Abs. 2 Nr. 2 sinngemäß. Der öffentliche Auftraggeber ist also auch bei Durchführung einer Funktionalausschreibung an die allgemeinen Prinzipien gebunden. Durch die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm können also nicht etwa zusätzliche Risiken, wie

1 Schraner, in: Ingenstau/Korbion, A § 7c Rn. 3.

2 Vgl. Schraner, in: Ingenstau/Korbion, A § 7c Rn. 5; Schelle, § 9 Rn. 32.

etwa das Baugrundrisiko³ oder das Risiko der grundsätzlichen Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens auf den Auftragnehmer abgewälzt werden. Ungewöhnliche Wagnisse dürfen Auftragnehmern auch nicht auf der Basis von Funktionalausschreibungen aufgebürdet werden.⁴

Die Vergütung erfolgt bei einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm 5 i. d. R. über die **Vereinbarung einer Pauschalsumme**. In § 4 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A ist bestimmt, dass für Bauleistungen nur dann eine Pauschalsumme vereinbart werden kann, wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist. Dies bedeutet, dass auch bei Funktionalausschreibungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter völlige Klarheit darüber herrschen muss, in welcher Art und Weise und wie das Bauvorhaben in seinen Einzelheiten auszuführen ist. Die Besonderheit bei der Funktionalausschreibung besteht darin, dass die eindeutige und erschöpfende Beschreibung der zu erbringenden Bauleistung (§ 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) durch den öffentlichen Auftraggeber und die Bieter gemeinsam erfolgt. Um den Anforderungen gem. § 4 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A gerecht zu werden, sind zur Schaffung von Klarheit über das zu erbringende Leistungsoll folgende Schritte notwendig:

► **Gemeinsames Erarbeiten des geschuldeten Leistungssolls bei Funktionalausschreibungen:**

Angebotsphase:

- (1) Zulässigkeit der Funktionalausschreibung bei **Zweckmäßigkeit** (Abs. 1)
- (2) Vorgabe eines **Leistungsprogramms** durch den öffentlichen Auftraggeber (Abs. 2)
- (3) Eindeutige und erschöpfende **Beschreibung der Leistung** durch den Bieter (Abs. 3)

Prüfungs- und Wertungsphase:

- (4) **Prüfung der Leistungsbeschreibung** des Bieters auf Übereinstimmung mit dem vorgegebenen Leistungsprogramm durch den öffentlichen Auftraggeber
- (5) ggf. **Nachverhandlung** von unumgänglichen technischen Änderungen
- (6) **Wertung** der Angebote aufgrund der ausdrücklich genannten Kriterien
- (7) **Vergabe** zum Pauschalpreis bei eindeutig festgelegten Leistungen

Diese Vorgehensweise ist deshalb zwingend einzuhalten, weil die Ausführungsart 7 zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung hinreichend genau bestimmt sein muss. Denn liegt keine komplette, detaillierte Leistungsbeschreibung vor, ist also das Bauvorhaben noch nicht vollständig durchgeplant, wird zumindest bei einem Teil der Leistungen die Planung auf den Auftragnehmer übertragen. Es handelt sich dann

3 Vgl. näher die Kommentierung zu § 7 EU, Rdn. 46.

4 Vgl. Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 1415.

auf der Vergütungsseite um einen Global-Pauschalvertrag.⁵ Nach § 4 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A ist in diesem Fall die Vergabe zum Pauschalpreis nicht zulässig.⁶ Dies bedeutet aber nicht, dass überhaupt keine Planung durch den Auftragnehmer zulässig ist. Vielmehr sind Mischformen auch hier denkbar. So ist insb. ein Detail-Pauschalvertrag mit globalen Leistungselementen dann zulässig, wenn die Ausführungsart und der Umfang der zu erbringenden Leistung hinreichend genau bestimmt ist. D. h. bei Zuschlagserteilung (§ 18 EU VOB/A) muss zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer völlige Klarheit darüber herrschen, wie das Bauvorhaben in seinen Einzelheiten auszuführen ist.⁷

- 8 Zunächst wird also vom öffentlichen Auftraggeber nur der **Rahmen der gewünschten Leistung angegeben**, wobei er es den Bewerbern überlässt, diesen bei der Angebotsbearbeitung dadurch auszufüllen, dass sie jedenfalls z. T. auch im Wege der Planung die erforderlichen Leistungseinzelheiten nach ihrer Vorstellung erarbeiten und diese dann in ihrem Angebot angeben. Die technische, wirtschaftliche, gestalterische und funktionsgerechte Lösung der Bauaufgabe sowie die möglichst weitgehende Optimierung des Ergebnisses überlässt der öffentliche Auftraggeber daher dem Wettbewerb.⁸ Von den Bewerbern werden jedenfalls Teilaufgaben übernommen, die nach der Leistungsbeschreibung entsprechend § 7b EU VOB/A grds. dem öffentlichen Auftraggeber obliegen. Dieser stellt nur die Eckpunkte in einem Leistungsprogramm dar, die Bewerber füllen diese aus. Von Letzteren wird daher in gewissem Ausmaß eine eigene Architektur- bzw. Konstruktionskonzeption verlangt.
- 9 Der **Vorteil dieser Vorgehensweise** besteht in erster Linie darin, dass den Bewerbern i. R. d. bei ihnen vorhandenen technischen Sachverstands ein Spielraum in gestalterischer und konstruktiver Hinsicht überlassen wird. Dies kann durchaus für die Erreichung einer besonderen Bauwerksqualität i. R. d. technischen Fortschritts sprechen. Insoweit handelt es sich in der Zielsetzung um eine Verbindung des Qualitäts- und des Preiswettbewerbs.
- 10 Im Hinblick auf die zwingend einzuhaltenden Gebote des Wettbewerbs und der Chancengleichheit (§ 2 EU Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 VOB/A) ist i. R. d. funktionalen Ausschreibung den **Kriterien für die spätere Angebotswertung**, vor allem hinsichtlich des jeweiligen mit der konkreten Ausschreibung beabsichtigten Funktionsbereiches, entscheidende Bedeutung zuzumessen. Dem Bewerber muss klar sein, worauf es dem Auftraggeber hinsichtlich der Zielverwirklichung besonders ankommt.⁹ Denn die Wahl einer funktionalen Ausschreibung führt nicht per se zu einer Erweiterung der Wertungskriterien, etwa aus planerischen oder ästhetischen Gesichtspunkten, wenn

⁵ Vgl. Kapellmann/Schiffers, Rn. 424.

⁶ Putzier, Rn. 81; Franke/Zanner/Höfler/Kemper, S. 38; a. A. Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 560; Schraner, in: Ingenstau/Korbion, A § 4 Rn. 16.

⁷ Putzier, Rn. 78.

⁸ Franke/Höfler/Bayer, II. 6. Rn. 69.

⁹ So auch Schraner, in: Ingenstau/Korbion, A § 7c Rn. 26.

solche Kriterien in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen, insb. im Anschreiben, nicht genannt werden.¹⁰

Bei der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm werden von den Bewerbern 11
Planungsleistungen (Entwurf und/oder Ausführungsunterlagen) und die Ausarbeitung wesentlicher Teile der Angebotsunterlagen (Abs. 3) gefordert. Leistungsbeschreibungspflichten können folglich **auf den Bewerber verlagert werden**. Dem Bewerber obliegt es dann, die Art und Weise der Bauausführung, und damit auch die Kosten für diese Maßnahme, zu bestimmen.¹¹ Dabei muss sichergestellt sein, dass die eingehenden Angebote auch vergleichbar sind. Eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm muss sich nicht zwangsläufig auf die gesamte zu erbringende Leistung beziehen. Sie kommt vielmehr auch für einen abgeschlossenen, in sich bewertbaren Teil der Gesamtleistung in Betracht.¹²

Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, die mit den Angeboten durch die Bieter 12
vorzulegende **konkretisierte Planung dahingehend zu überprüfen**, ob diese den Ausschreibungsunterlagen entspricht. Denn es muss sichergestellt werden, dass das mit dem Leistungsprogramm vorgegebene Leistungsziel durch die von den Bietern vorgelegte Planung erreicht wird, diese also vollständig und richtig ist, und dass das Risiko zusätzlicher oder geänderter Leistungen wegen Planungsmängeln eingeschränkt wird.¹³ Die Verantwortung für die Planung bleibt aber beim Bieter.

Eine Funktionalausschreibung kommt **bei sämtlichen Vergabearten gem. § 3 EU 13
VOB/A in Betracht**. Welche Verfahrensart zulässig ist, richtet sich dabei allein nach § 3a EU VOB/A. Dies bedeutet, dass der Entschluss des öffentlichen Auftraggebers, eine Funktionalausschreibung durchzuführen, eine Ausnahme vom Grundsatz des offenen oder nicht offenen Verfahrens allein nicht rechtfertigen kann. Denn die Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens, eines wettbewerblichen Dialogs oder einer Innovationspartnerschaft dürfen nicht durch das Verhalten des öffentlichen Auftraggebers herbeigeführt werden.

Der öffentliche Auftraggeber muss auch bei einer Funktionalausschreibung sicher- 14
stellen, dass durch die Bieter Angebote vorgelegt werden, die miteinander vergleichbar sind¹⁴ und dem ausgeschriebenen Leistungsprogramm entsprechen. Um dies zu erreichen, kann es erforderlich sein, mit den Bietern den **Leistungsinhalt und ggf. Änderungen der Angebotspreise zu verhandeln**. Solche Verhandlungen sind auch bei offenem Verfahren bzw. nicht offenem Verfahren gem. § 15 EU Abs. 3 VOB/A zulässig, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und sich daraus ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren. Bei Verhandlungsverfahren sind derartige Verhandlungen ohnehin zulässig. Zu beachten ist jedoch in jedem Fall das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 2 EU Abs. 2 VOB/A).

10 OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 10.04.2001 – 11 Verg 1/01, VergabeRRep 2001, 299.

11 Putzier, Rn. 83.

12 Schraner, in: Ingenstau/Korbion, A § 7c Rn. 14.

13 Putzier, Rn. 84.

14 Franke/Höfler/Bayer, II. 6. Rn. 71.

- 15 Für die Leistungen der Bieter bei der Erstellung der Angebote aufgrund einer Funktionalausschreibung ist nach § 8b EU Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/A eine **angemessene Entschädigung festzusetzen**.¹⁵ Ist eine Entschädigung festgesetzt, so steht sie jedem Bieter zu, der ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat.¹⁶ Voraussetzung ist, dass die Angebote gem. § 7c EU Abs. 3 VOB/A den vom Auftraggeber i. R. d. § 7c EU Abs. 2 VOB/A gesetzten Anforderungen entsprechen.¹⁷
- 16 Der BGH¹⁸ hatte in einem Sachverhalt zu entscheiden, in dem sich der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen eines Vergabeverfahrens betreffend eine außergewöhnlich umfangreiche und komplexe und auf lange Frist ausgerichtete Zusammenarbeit, einen näher eingegrenzten Kreis der Teilnehmer mit einem noch festzulegenden Pauschalbetrag teilweise für ihren Aufwand im Vergabeverfahren zu entschädigen. Nach der Entscheidung des BGH ist auf diese Art der Leistungsbestimmung § 315 BGB entsprechend anzuwenden. Nach den Feststellungen des BGH waren die Entschädigungsregelungen in den Vergabeunterlagen unwirksam, sodass er eine Entschädigung in Höhe von einem bis zu zwei Dritteln der durchschnittlichen Kosten regelmäßig als billig anerkannt hat. Die eigenen Personalkosten der Bieter können bei der Bemessung der Aufwandsentschädigung berücksichtigt werden.
- 17 Wenn durch den Bieter gem. § 7c EU Abs. 3 VOB/A sämtliche in Betracht kommenden Leistungen nach Art und Umfang festgelegt wurden, kommt eine Vergabe zum Pauschalpreis nach § 4 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A in Betracht.¹⁹ Zu dem Zeitpunkt der **Zuschlagserteilung ist dann die Leistung eindeutig beschrieben** (entspr. § 7 EU Abs. 1 Nr. 1). Diese Grundsätze finden auch bei Funktionalausschreibungen Anwendung.

II. Zulässigkeit einer Funktionalausschreibung (§ 7c EU Abs. 1 VOB/A)

- 18 Nach § 7c EU Abs. 1 VOB/A ist eine Funktionalausschreibung zulässig, wenn es **zweckmäßig ist**, auch den Entwurf **dem Wettbewerb zu unterstellen**, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechte Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln.²⁰ Darin zeigt sich der Ausnahmecharakter dieser Ausschreibungsart. Der Anwendungsbereich liegt hauptsächlich dort, wo es zur Lösung bestimmter Bauaufgaben verschiedene technische Systeme gibt und es nicht sinnvoll ist, eines dieser Systeme der Ausschreibung zugrunde zu legen (z. B. aus Gründen des Wettbewerbs).²¹

15 Vgl. BGH, BGH, Urt. v. 31.01.2017 – X ZR 93/15; OLG Hamm, Urt. v. 06.08.2015 – 17 U 130/12; Putzier, Rn. 85; vgl. Schraner, in: Ingenstau/Korbion, A § 7c Rn. 10.

16 § 8a EU Abs. 1 Nr. 1 S. 3 VOB/A.

17 Vgl. § 8b EU Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/A. Die Vorgabe verhindert das Einstreichen von Entschädigungen, ohne für das Vergabeverfahren tatsächlich etwas beigetragen zu haben.

18 BGH, Urt. v. 31.01.2017 – X ZR 93/15.

19 Schraner, in: Ingenstau/Korbion, A § 4 Rn. 23; Putzier, Rn. 86.

20 Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 441.

21 Schelle, § 9 Rn. 33.

des Klägers im Prozess, die er zeitlich nach der (hilfsweisen) Aufrechnung des Beklagten erklärt.⁶⁷⁵

Die Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Forderung nimmt gemäß § 322 Abs. 2 ZPO an der Rechtskraft teil. Die Rechtskraft ist aber beschränkt auf die Höhe der Klageforderung. Die zur Aufrechnung gestellte Forderung wird nicht rechtskräftig aberkannt, wenn sie das Gericht aus prozessualen Gründen (etwa wegen Verspätung) nicht prüft.

XII. Einstweilige Verfügung

- 272 § 650d BGB ist auch bei Vereinbarung der VOB/B anwendbar, wenn der Vertrag nach dem 01.01.2018 geschlossen worden ist. §§ 1, 2 VOB/B sind auf der Grundlage des neuen Rechts eine vertragliche Ausgestaltung des gesetzlichen Leistungsbestimmungsrechts. In § 650d BGB werden die Streitigkeiten sachlich beschrieben, wegen derer das einstweilige Verfügungsverfahren erleichtert werden soll. Es wäre sinnwidrig, wenn die Parteien das einstweilige Verfügungsverfahren dadurch ausschließen könnten, dass sie ein vertragliches Äquivalent zu den gesetzlichen Anordnungsrechten vertraglich vereinbaren.⁶⁷⁶ Ein »Ausschluss« von § 650d BGB ist nicht möglich, da es sich um eine Bestimmung des Prozessrechts handelt. Durch individualvertraglichen Prozessvertrag können die Parteien allerdings vereinbaren, Ansprüche nicht im Wege der einstweiligen Verfügung zu verfolgen. In AGB ist das nur möglich, wenn das einstweilige Verfügungsverfahren durch ein vergleichbares Verfahren – etwa ein Adjudikationsverfahren, das kurzfristige Entscheidungen ermöglicht – ersetzt wird.

Gemäß § 650d BGB ist ein Verfügungsgrund in zwei Fällen entbehrlich. Es bedarf keines Verfügungsgrundes in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b BGB oder über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB. Bei Vereinbarung der VOB/B betrifft § 650d BGB Streitigkeiten über Anordnungen gemäß § 1 Abs. 3 oder § 1 Abs. 4 VOB/B und deren Folgen für die Vergütung gemäß § 2 Abs. 5, § 2 Abs. 6 VOB/B. Einstweilige Verfügungen kommen daher in Betracht, wenn der Auftragnehmer eine Anordnung nicht befolgen will oder wenn die Parteien über die geänderte Vergütung infolge einer Anordnung streiten. Wird die 80%-Regelung gemäß § 650c BGB auch beim VOB/B-Vertrag für anwendbar erachtet, kann der Auftraggeber durch einstweilige Verfügung sich gegen überhöhte Angebote und darauf fußende überhöhte Abschlagszahlungen wenden.

- 273 § 650d BGB betrifft nur die Vergütungsanpassung. Eine Abschlags- oder Schlusszahlungsforderung kann nicht insgesamt im einstweiligen Verfügungsverfahren durchgesetzt werden, nur weil sie auch Ansprüche wegen Anordnungen beinhaltet.⁶⁷⁷ Der AN kann im Wege der einstweiligen Verfügung den Saldo seiner Abschlags- oder

675 Staudinger/Gursky, vor § 387 Rn. 36.

676 Retzlaff, BauR 2017, 1821.

677 Voit, in: BeckOK BGB, § 650d Rn. 11. Anderer Ansicht wegen der Saldotheorie Sacher/Jansen, NZBau 2019, 20, 22.

Schlusszahlung nur soweit geltend machen, als er auf zusätzlichen Vergütungsansprüchen beruht. Beispiel: Der AN macht eine Abschlagszahlung in Höhe von 40.000,00 EUR geltend, davon 10.000,00 EUR für Leistungen gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B. Das einstweilige Verfügungsverfahren ist allein für die Forderung in Höhe von 10.000,00 EUR eröffnet.

Dabei muss beachtet werden, dass der Streitgegenstand einer Klage auf Abschlagszahlung (ebenso bei der Schlusszahlungsklage) der Werklohn ist, die einzelnen Positionen einer Abschlagsrechnung oder Schlussrechnung dagegen nur unselbständige Rechnungsposten sind. Im Falle von Teilzahlungen bleibt danach unklar, ob und inwieweit zusätzliche Vergütungsansprüche wegen geänderter Leistungen noch bestehen. Es bedarf daher einer analogen Anwendung von § 366 BGB. Weil für die zusätzlichen Vergütungsansprüche besondere Rechtsfolgen gelten (nämlich das einstweilige Verfügungsverfahren eröffnet ist), ist die entsprechende Anwendung von § 366 BGB geboten.⁶⁷⁸

► **Beispiel:**

Der AN macht eine offene Abschlagszahlung in Höhe von 40.000,00 EUR geltend. Er behauptet einen Leistungsstand von 100.000,00 EUR, davon 20.000,00 EUR für Leistungen infolge einer Anordnung und zieht eine vom Besteller geleistete Zahlung in Höhe von 60.000,00 EUR ab. Das Verfügungsverfahren kann nur wegen des Vergütungsanteils in Höhe von 20.000,00 EUR eröffnet sein. Dieser Vergütungsanteil könnte durch die Zahlung in Höhe von 60.000,00 EUR getilgt sein. Wegen der gesonderten Rechtsfolge des § 650d BGB bedarf es der Verselbständigung. Danach kann geprüft werden, ob gemäß § 366 BGB der »§ 650d-Rechnungsposten« getilgt worden ist. Davon ist nicht auszugehen, wenn der AG diesen Rechnungsposten bestreitet. Denn in diesem Fall will er hierauf keine Zahlungen leisten.

Mit der entsprechenden Anwendung von § 366 BGB ist die Saldotheorie nicht aufgehoben. Auch wenn das einstweilige Verfügungsverfahren nur zur Durchsetzung der geänderten Vergütung dienen darf, kann es erforderlich werden, die Vergütung für die sonstigen Leistungen zu beurteilen.⁶⁷⁹ 274

► **Beispiel:**

Der AN hat die Abschlagsrechnungen 1-4 in Höhe von 100.000,00 EUR gestellt, die der AG bezahlt hat. Mit Abschlagsrechnung 5 stellt er weitere 40.000,00 EUR in Rechnung davon 10.000,00 EUR für Leistungen gemäß dem ursprünglichen Vertrag und 30.000,00 EUR für geänderte Leistungen. Der AG macht geltend, der Abschlagszahlungsanspruch betrage insgesamt nur 90.000,00 EUR (70.000,00 EUR Vertragsleistung und 20.000,00 EUR geänderte Leistung). Der AN sei überzahlt. Der AN kann 30.000,00 EUR im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend machen. Wegen der Saldierung (die 30.000,00 EUR sind nur

678 Vgl. BGH, Urt. v. 21.03.2018 – VIII ZR 68/17 zu Leitsatz 8.

679 Retzlaff, BauR 2017, 1781, 1816.

Rechnungsposten der Forderung in Höhe von 40.000,00 EUR und die Forderung in Höhe von 40.000,00 EUR hängt von dem Saldo des gesamten Abschlagszahlungsanspruchs und aller Abschlagszahlungen ab) kann der Antrag aber nur Erfolg haben, wenn der Abschlagszahlungsanspruch für die Leistungen gemäß dem ursprünglichen Vertrag mindestens 100.000,00 EUR beträgt.

- 275 § 650d BGB begründet eine gesetzliche Vermutung der Dringlichkeit, die widerlegbar ist (§ 292 ZPO).⁶⁸⁰ Sie gilt erst nach dem Beginn der Bauausführung. Die Vermutung der Dringlichkeit kann durch »Zuwarten« des AN widerlegt werden. Ungeklärt ist, ob und wie der AG bei auf Zahlung gerichteten Leistungsverfügungen die Vermutung widerlegen kann. Nach bisheriger Rechtsprechung setzen Leistungsverfügungen eine Existenzgefährdung voraus. Danach müsste der AG nur darlegen, dass der im einstweiligen Verfügungsverfahren verfolgte Anspruch nicht existenziell ist. Tatsächlich bedarf es auch für Leistungsverfügungen keiner Existenzgefährdung, wenn das Verfügungsgericht die Leistungsverfügung durch eine Sicherheitsleistung »abfedert«. Auch muss berücksichtigt werden, dass der AN mit der Umsetzung einer Anordnung in Vorleistung geht und es bei Befolgung der Anordnung dem AG erspart, selbst ein einstweiliges Verfügungsverfahren – gerichtet auf Befolgung der Anordnung – einzuleiten.

Beruft sich der AG gegenüber einem im einstweiligen Verfügungsverfahren verfolgten Zahlungsanspruch auf Mängel der Leistung, kann er sich gegenüber dem Abschlagszahlungsanspruch auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen. Auch hierüber muss im einstweiligen Verfügungsverfahren entschieden werden. Da vor der Abnahme der AN die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung trägt, muss er Vortrag des AG zu Mängeln widerlegen.

- 276 § 650d BGB soll nach der Gesetzesbegründungen auch Feststellungsverfügungen ermöglichen, etwa zu der Frage, ob eine von dem AG geforderte Leistung bereits nach dem Vertrag geschuldet ist oder es sich bei seinem Leistungsverlangen um eine Anordnung handelt.⁶⁸¹ Das ist abzulehnen. Derartige Feststellungsverfügungen sind nicht zulässig, weil für sie ein Rechtsschutzinteresse fehlt. Entscheidungen im einstweiligen Verfügungsverfahren erwachsen nicht in Rechtskraft. Eine Feststellung ist daher für die Parteien wertlos, weil sie im Hauptsacheverfahren nicht bindend ist und auch sonst nicht auf die materielle Rechtslage einwirkt. Lediglich in einstweiligen Verfügungsverfahren, die auf die Abwehr einer auf § 650c Abs. 3 BGB gestützten, überhöhten Abschlagsforderung gerichtet sind, kommt eine Feststellungsverfügung in Betracht.

§ 3 Ausführungsunterlagen

(1) Die für die Ausführung nötigen Unterlagen sind dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben.

680 Sacher/Jansen, NZBau 2019, 20, 21.

681 BT-Drucks. 18/11437, 54.

(2) Das Abstecken der Hauptachsen der baulichen Anlagen, ebenso der Grenzen des Geländes, das dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellt wird, und das Schaffen der notwendigen Höhenfestpunkte in unmittelbarer Nähe der baulichen Anlagen sind Sache des Auftraggebers.

(3) Die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Geländeaufnahmen und Absteckungen und die übrigen für die Ausführung übergebenen Unterlagen sind für den Auftragnehmer maßgebend. Jedoch hat er sie, soweit es zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung gehört, auf etwaige Unstimmigkeiten zu überprüfen und den Auftraggeber auf entdeckte oder vermutete Mängel hinzuweisen.

(4) Vor Beginn der Arbeiten ist, soweit notwendig, der Zustand der Straßen und Geländeoberfläche, der Vorfluter und Vorfluteleitungen, ferner der baulichen Anlagen im Baubereich in einer Niederschrift festzuhalten, die vom Auftraggeber und Auftragnehmer anzuerkennen ist.

(5) Zeichnungen, Berechnungen, Nachprüfungen von Berechnungen oder andere Unterlagen, die der Auftragnehmer nach dem Vertrag, besonders den Technischen Vertragsbedingungen, oder der gewerblichen Verkehrs-sitte oder auf besonderes Verlangen des Auftraggebers (§ 2 Absatz 9) zu beschaffen hat, sind dem Auftraggeber nach Aufforderung rechtzeitig vorzulegen.

(6)

1. Die in Absatz 5 genannten Unterlagen dürfen ohne Genehmigung ihres Urhebers nicht veröffentlicht, vervielfältigt, geändert oder für einen anderen als den vereinbarten Zweck benutzt werden.
2. An DV-Programmen hat der Auftraggeber das Recht zur Nutzung mit den vereinbarten Leistungsmerkmalen in unveränderter Form auf den festgelegten Geräten. Der Auftraggeber darf zum Zwecke der Datensicherung zwei Kopien herstellen. Diese müssen alle Identifikationsmerkmale enthalten. Der Verbleib der Kopien ist auf Verlangen nachzuweisen.
3. Der Auftragnehmer bleibt unbeschadet des Nutzungsrechts des Auftraggebers zur Nutzung der Unterlagen und der DV-Programme berechtigt.

Übersicht	Rdn.
A. Überblick	1
B. Bereitstellungspflicht des Auftraggebers (§ 3 Abs. 1 VOB/B)	6
I. Begriff der Ausführungsunterlagen	7
II. Nötige Unterlagen	8
III. Unentgeltliche und rechtzeitige Übergabe	9
IV. Rechtsfolgen bei Verletzung der Bereitstellungspflicht	13
C. Vermessung	19
I. Inhalt der Regelung	19
II. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Regelung	21
D. Verbindlichkeit der Ausführungsunterlagen (§ 3 Abs. 3 VOB/B)	22
I. Maßgeblichkeit der Ausführungsunterlagen (§ 3 Abs. 3 Satz 1 VOB/B)	22
II. Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers (§ 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/B)	26