

# VOB Teile A und B: VOB A und B

Kapellmann / Messerschmidt

7. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-74013-8  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

- b) oder mit Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Nummer 1 hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf die Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Nummer 2 hinsichtlich anderer Merkmale.
- (3) Verweist der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung auf die in Absatz 2 Nummer 1 genannten Spezifikationen, so darf er ein Angebot nicht mit der Begründung ablehnen, die angebotene Leistung entspräche nicht den herangezogenen Spezifikationen, sofern der Bieter in seinem Angebot dem Auftraggeber nachweist, dass die von ihm vorgeschlagenen Lösungen den Anforderungen der technischen Spezifikation, auf die Bezug genommen wurde, gleichermaßen entsprechen. Als geeignetes Mittel kann eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle gelten.
- (4) Legt der Auftraggeber die technischen Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen fest, so darf er ein Angebot, das einer nationalen Norm entspricht, mit der eine europäische Norm umgesetzt wird, oder einer europäischen technischen Zulassung, einer gemeinsamen technischen Spezifikation, einer internationalen Norm oder einem technischen Bezugssystem, das von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurde, entspricht, nicht zurückweisen, wenn diese Spezifikationen die geforderten Leistungs- oder Funktionsanforderungen betreffen. Der Bieter muss in seinem Angebot mit geeigneten Mitteln dem Auftraggeber nachweisen, dass die der Norm entsprechende jeweilige Leistung den Leistungs- oder Funktionsanforderungen des Auftraggebers entspricht. 3 Als geeignetes Mittel kann eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle gelten.
- (5) Schreibt der Auftraggeber Umwelt-eigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen vor, so kann er die Spezifikationen verwenden, die in europäischen, multinationale oder anderen Umweltzeichen definiert sind, wenn
1. sie sich zur Definition der Merkmale des Auftragsgegenstands eignen,
  2. die Anforderungen des Umweltzeichens auf Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,
  3. die Umweltzeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise – wie z. B. staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen – teilnehmen können, und
  4. wenn das Umweltzeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.
- Der Auftraggeber kann in den Vergabeunterlagen angeben, dass bei Leistungen, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet sind, vermutet wird, dass sie den in der Leistungsbeschreibung festgelegten technischen Spezifikationen genügen. Der Auftraggeber muss jedoch auch jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren. Anerkannte Stellen sind die Prüf- und Eichlaboratorien sowie die Inspektions- und Zertifizierungsstellen, die mit den anwendbaren europäischen Normen übereinstimmen. Der Auftraggeber erkennt Bescheinigungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen anerkannten Stellen an.

## Übersicht

	Rn.
I. § 7a – Technische Spezifikationen .....	1
1. Die vergaberechtliche Bedeutung .....	1

### I. § 7a – Technische Spezifikationen

- 1. Die vergaberechtliche Bedeutung.** § 7a entspricht dem bisherigen § 7 Abs. 3–7 VOB/A. 1  
Die „technischen Anforderungen“ = Spezifikationen als solche sind in Anhang TS Nr. 1 2 definiert, übernommen aus Anhang VI der Koordinierungsrichtlinie. Gemäß Anhang TS Nr. 1 sind „technische Spezifikationen“ sämtliche, in den Verdingungsunterlagen enthaltenen technischen Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den öffentlichen Auftraggeber festgelegten Verwendungs-

zweck erfüllen. Es folgen dann Ergänzungen, was alles zu diesen technischen Anforderungen gehört. „Technische Spezifikationen“ sind also alle dort genannten technischen Anforderungen.

- 3 Diese technischen Spezifikationen müssen gemäß **Abs. 1** „allen Bietern gleichermaßen zugänglich sein“. Dies entspricht den in den Erwägungsgründen Nr. 2 der Koordinierungsrichtlinie u. a. zitierten allgemeinen Grundsätzen des „freien Warenverkehrs“, der „Gleichbehandlung“, der „Nichtdiskriminierung“ und der „Transparenz“.
- 4 **Abs. 2** enthält drei Kategorien möglicher Formulierungsmöglichkeiten für „technische Spezifikationen“ in den Vertragsunterlagen.
- 5 Die **erste** Kategorie bilden gemäß Abs. 1 Formulierungen unter Bezugnahme auf die in Anhang TS definierten technischen Spezifikationen in der Rangfolge
  - a) nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden (siehe Anhang TS Nr. 1.3). Was „Normen“ sind, ist in Anhang TS Nr. 1.2 wie folgt definiert: „Technische Spezifikationen, die von einer anerkannten Normenorganisation zur wiederholten oder ständigen Anwendung angenommen wurden, deren Einhaltung grundsätzlich nicht zwingend vorgeschrieben ist.“ Damit ist wohl gemeint, dass deren Anwendung nicht unmittelbar durch den Gesetzgeber zwingend vorgeschrieben ist. „Europäische Normen“ sind laut Anhang TS Nr. 1.3 die von dem Europäischen Komitee für Normung (CEN) oder dem Europäischen Komitee für elektrotechnische Normung (CENELEC) gemäß deren gemeinsamen Regeln als Europäische Norm (EN) oder Harmonisierungsdokumente (HD) angenommene Normen. Die baurelevanten, in innerstaatlichen Normen übernommenen Vorschriften werden als DIN EN gekennzeichnet;
  - b) europäische technische Bewertungen (Anhang TS Nr. 1.3)<sup>1</sup>;
  - c) gemeinsame technische Spezifikationen (Anhang TS Nr. 1.5). Gemäß der dortigen Definition sind das solche technischen Spezifikationen, die „nach einem von den Mitgliedsstaaten anerkannten Verfahren erarbeitet wurden, um die einheitliche Anwendung in allen Mitgliedsstaaten sicherzustellen, und die im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden sind.“;
  - d) internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden;
  - e) falls solche Normen und Spezifikationen **fehlen**, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerk und den Einsatz von Produkten; Im Fall von e) sind aber Bezugnahmen auf nationale deutsche Normen zulässig. Unberücksichtigt bleibt, dass DIN-Normen dann nicht maßgebend sind, wenn sie nicht (mehr) den „anerkannten Regeln der Technik“ entsprechen.<sup>2</sup> In allen Fällen a)-e) muss jede Bezugnahme mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen werden.
- 6 Die **zweite** alternative Kategorie bilden gemäß Nr. 2 Leistungs- und Funktionsanforderungen, die so genau zu fassen sind, dass sie den Unternehmen ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen.
- 7 Das ist nichts anderes als eine Paraphrase zu § 7 Abs. 1 VOB/A, nämlich das Gebot „eindeutiger Leistungsbeschreibung“. Deshalb kann auf die obigen Ausführungen<sup>3</sup> verwiesen werden.
- 8 Die **dritte** alternative Kategorie bildet gemäß Nr. 3 eine Kombination der Kategorien 1 und 2; wegen der Einzelheiten kann auf den Text verwiesen werden.
- 9 **Abs. 3** und **Abs. 4** enthalten die Regelung, dass der Auftraggeber nicht Angebote ausschließen darf, die nachweisen, dass die vorgeschlagenen Lösungen den Spezifikationen gemäß Abs. 4 Nr. 1 Buchstabe a) und gemäß Nr. 2 entsprechen. Als Mittel eines solchen Nachweises können eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle gelten. Das „kann“ ist missverständlich. Wenn der Bieter einen entsprechenden Nachweis vorlegt, hat der Auftraggeber kein Ermessen, er muss das Angebot insoweit zulassen.
- 10 **Abs. 5** beschäftigt sich mit Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen. Der Text ist aus sich heraus verständlich.

<sup>1</sup> Der Text ersetzt die frühere Formulierung „technische Zulassungen“. Dazu *Sturzberg BauR* 2019, 427, 430.

<sup>2</sup> Dazu → VOB/B § 4 Rn. 54.

<sup>3</sup> → Rn. 7-19.

### § 7b Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis

- (1) Die Leistung ist in der Regel durch eine allgemeine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung) und ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis zu beschreiben.
- (2) Erforderlichenfalls ist die Leistung auch zeichnerisch oder durch Probestücke darzustellen oder anders zu erklären, z.B. durch Hinweise auf ähnliche Leistungen, durch Mengen- oder statische Berechnungen. Zeichnungen und Proben, die für die Ausführung maßgebend sein sollen, sind eindeutig zu bezeichnen.
- (3) Leistungen, die nach den Vertragsbedingungen, den Technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte zu der geforderten Leistung gehören (§ 2 Abs. 1 VOB/B), brauchen nicht besonders aufgeführt zu werden.
- (4) Im Leistungsverzeichnis ist die Leistung derart aufzugliedern, dass unter einer Ordnungszahl (Position) nur solche Leistungen aufgenommen werden, die nach ihrer technischen Beschaffenheit und für die Preisbildung als in sich gleichartig anzusehen sind. Ungleichartige Leistungen sollen unter einer Ordnungszahl (Sammlposition) nur zusammengefasst werden, wenn eine Teilleistung gegenüber einer anderen für die Bildung eines Durchschnittspreises ohne nennenswerten Einfluss ist.

#### Übersicht

	Rn.
I. § 7b Abs. 1 .....	1
1. Vergaberechtliche Bedeutung .....	1
a) Leistungsbeschreibung, Rangreihenfolge der Bestandteile der Leistungsbeschreibung .....	1
b) Vorangehende Ausführungsplanung des Auftraggebers notwendig .....	4
c) Geltung für Einheitspreisverträge und Detail-Pauschalverträge .....	6
d) Baubeschreibung .....	7
e) Leistungsverzeichnis .....	8
2. Bauvertragliche Bedeutung .....	11
II. § 7b Abs. 2 .....	12
1. Vergaberechtliche Bedeutung .....	12
a) Ergänzende Leistungsbeschreibung .....	12
b) Für die Ausführung nicht maßgebliche Pläne .....	13
c) „oder anders zu erklären“ .....	14
d) Für die Ausführung maßgebende Pläne oder Proben .....	18
2. Bauvertragliche Bedeutung .....	19
III. § 7b Abs. 3 .....	20
IV. § 7b Abs. 4 .....	22
1. Vergaberechtliche Bedeutung .....	22
2. Bauvertragliche Bedeutung .....	25

#### I. § 7b Abs. 1

**1. Vergaberechtliche Bedeutung. a) Leistungsbeschreibung, Rangreihenfolge der Bestandteile der Leistungsbeschreibung.** Die VOB kennt unterschiedliche Ausschreibungsmethoden (dazu → VOB/A § 4 Abs. 1, 2 Rn. 1–5), und zwar unterschieden nach dem Ausmaß der vom Auftraggeber jeweils zu erbringenden Planungsleistung. Bei jeder möglichen Ausschreibungsmethode muss die **Leistungspflicht** des Auftragnehmers, das **Bausoll**,<sup>1</sup> definiert werden; die VOB nennt das „die Leistungsbeschreibung“;<sup>2</sup> wobei in diesem Sinn „**Leistungsbeschreibung**“ ein weiterer Begriff ist als „Leistungsbeschreibung“ in der Formulierung der Überschrift über § 7b, wie sogleich zu erläutern; § 13 Abs. 3 VOB/B legt auch diesen weiteren Begriff zugrunde. Das Bausoll wird je nach wahrzunehmender Planungsfunktion unterschiedlich definiert, z. B. so, dass die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung ganz detailliert beschrieben wird oder funktional, dass demzufolge der Auftragnehmer keine, geringe oder umfassende

<sup>1</sup> Zum Begriff → VOB/B § 2 Rn. 26 ff.

<sup>2</sup> Zum Begriff Leistungsbeschreibung siehe ergänzend auch → VOB/B § 2 Rn. 23, 65. Allgemein zur Methode des öffentlichen Auftraggebers, Bauverträge abzufassen, vgl. → VOB/A § 8 und → VOB/B § 2 Rn. 22.

Planungspflichten (und Entscheidungsbefugnisse) hat. Laut § 7b ist für den öffentlichen Auftraggeber **die Methodik der detaillierten Leistungsbeschreibung**, d. h. die **auftraggeberseitige Detailplanung** ohne eigene Planungsverpflichtung des Auftragnehmers, die Regel. Wählt der Auftraggeber in der Ausschreibung folglich die „Regelmethode“ der detaillierten Ausschreibung, so braucht er das vergaberechtlich nicht besonders zu begründen; vergütungsrechtlich kann die Folge ein Einheitspreisvertrag oder ein Detail-Pauschalvertrag sein (siehe → Rn. 58).

- 2 Die **detaillierte Leistungsbeschreibung im engeren Sinn** besteht laut § 7b Abs. 1 VOB/A aus 2 Teilen, nämlich einer **allgemeinen Darstellung** der Bauaufgabe, **der Baubeschreibung**, und einem in Teilleistungen gegliederten **Leistungsverzeichnis** (LV). Tatsächlich kommt so gut wie immer ein dritter Teil dazu, nämlich Pläne, diese allerdings gemäß § 7b Abs. 2 VOB/B nur „erforderlichenfalls“, also zur Ergänzung insbesondere einzelner Positionen des LV. Innerhalb dieser drei Bestandteile der Leistungsbeschreibung oder sogar weiterer, z. B. Proben, statische Berechnungen, geotechnische Gutachten oder Erklärung in anderer Weise, z. B. also auch Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen, die, wie sich schon aus § 7b Abs. 3 VOB/A eindeutig ergibt, alle Bestandteile der Leistungsbeschreibung **im weiteren Sinne** sind, regelt die VOB/B kein Rangverhältnis; innerhalb der Rangkategorien des § 1 Abs. 2 VOB/B ist „die Leistungsbeschreibung“, also der Oberbegriff, **eine** Kategorie. Die VOB behandelt also (scheinbar) die zwei, drei oder mehr Teile der Leistungsbeschreibung als gleichrangig, jedenfalls enthält die VOB keine explizite Lösung über eine Reihenfolgeregelung, ausgenommen die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, die zutreffend als allgemeinere Kategorie Nachrang hinter der speziellen Kategorie der Leistungsbeschreibung im engeren Sinn haben, § 1 Abs. 2 VOB/B. Die Auslegung ergibt jedoch, dass die „ergänzenden“ Pläne (§ 7b Abs. 2) als die speziellere Definition der Baubeschreibung und dem LV (nur) **dann** vorgehen, **wenn sie eindeutig als maßgebend bezeichnet sind** und an der **richtigen Stelle**, also im Text der Position oder unmissverständlich in passenden technischen Vorbemerkungen, als „leistungsbestimmend“ in Bezug genommen sind.<sup>3</sup> Der unspezifische Hinweis des Auftraggebers auf „einsehbare Pläne“ ist demgegenüber unbedeutlich.<sup>4</sup> Ansonsten gilt im Regelfall, dass **im Zweifel der Text den Plänen vorgeht**; Ausnahmen gelten nur dann, wenn sich die Diskrepanz dem „mit durchschnittlicher Sorgfalt“ prüfenden Bieter geradezu aufdrängt.<sup>5</sup>
- 3 Bei Widerspruch zwischen Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis gilt: Grundsätzlich ist der Positionstext spezieller als die Vorbemerkungen, beide sind je spezieller als die Baubeschreibung. Auch davon kann es Ausnahmen geben, zur Beurteilung kommt es nämlich „auf den Vertrag als sinnvolles Ganzes an“.<sup>6</sup>
- 4 b) **Vorangehende Ausführungsplanung des Auftraggebers notwendig**. Die Leistungsbeschreibung mit LV ist, wie erörtert, eine der möglichen Methoden der Definition des Bausolls, hier also eine Methode mit auftraggeberseitiger Detaillierung der Leistungsseite; sie besagt nichts über Detailierung oder Pauschalierung der Vergütung. Die Methode der auftraggeberseitigen Detailplanung und deren Umsetzung in ein Leistungsverzeichnis setzt zwingend eine bestimmte organisatorisch-funktionale Abwicklung voraus: Der Auftraggeber **muss** zuerst (durch Planer als seine Erfüllungsgehilfen) das Bauwerk **im Detail** planen, d. h. er muss – gesprochen in den

<sup>3</sup> Näher → Rn. 69.

<sup>4</sup> Näher → VOB/B § 2 Rn. 120, 122 sowie → Rn. 70–72.

<sup>5</sup> Näher → VOB/A § 7b Rn. 14; → VOB/B § 2 Rn. 120; Burgi/Dreher/Lampert, Vergaberecht, VOB/A-EU § 7b Rn. 31.

<sup>6</sup> Der BGH formuliert allerdings **zu apodiktisch**: „Im Ansatz verfehlt ist die Auffassung des Berufungsgerichts, das Leistungsverzeichnis gehe als klarere Regelung den Vorbemerkungen vor. Es gibt innerhalb der Leistungsbeschreibung (§ 1 Nr. 2a VOB/B) keinen grundsätzlichen Vorrang. Zur Leistungsbeschreibung gehören sowohl die Vorbemerkungen als auch die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses (vgl. auch § 9 Nr. 6 VOB/A). In aller Regel enthalten die Vorbemerkungen wesentliche Angaben, die zum Verständnis der Bauaufgabe und zur Preismittlung erforderlich sind. Diese Angaben sind in Verbindung mit dem Leistungsverzeichnis und auch anderen vertraglichen Unterlagen als sinnvolles Ganzes auszulegen“, so BGH „Eisenbahnbrücke“ BauR 1999, 897. Der BGH lässt außer Acht, dass es zur Bestimmung des Vorranges nicht nur Rangreihenfolgeregelungen gibt, etwa die des § 1 Abs. 2a VOB/B, sondern auch allgemeine Auslegungsgrundsätze. Nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen geht **generell** der speziellere Text dem allgemeineren Text vor. Der Sache nach ist dem BGH aber zuzustimmen, denn selbstverständlich müssen Vorbemerkungen und LV als sinnvolles Ganzes ausgelegt werden. Wenn aber die Auslegung zu unauflöslichen Widersprüchen führt, muss eine Lösung gefunden werden – und **dann** geht doch wieder die Einzelposition als die speziellere Lösung der Vorbemerkung als der allgemeineren Aussage vor. Siehe dazu auch → VOB/B § 2 Rn. 103 mit einem Beispiel.

Leistungsphasen der HOAI – eine **Ausführungsplanung** (§ 33, Anhang 10 Phase 5 HOAI, sie führt zur „**Ausführungsreife**“) erstellen lassen, die dann in die Vergabeunterlagen, also das detaillierte Leistungsverzeichnis, umgesetzt wird; das ist – wiederum gesprochen in den Phasen der HOAI – die Leistungsphase 6. Es ist technisch **nicht möglich**, ein zutreffendes LV zu formulieren, solange die Ausführungsplanung nicht erstellt ist. Deswegen sagt das Vergabehandbuch des Bundes 2008, Stand April 2016 (Formular 100), sachgerecht und zwingend in Nr. 4.3.1 der „Allgemeinen Richtlinien Vergabeverfahren“: „**Vor** dem Aufstellen der Leistungsbeschreibung **müssen** die Ausführungspläne, soweit sie nicht vom Auftragnehmer zu beschaffen sind, und die Mengenberechnungen **vorliegen**.<sup>7</sup> **Dagegen sündigt der öffentliche Auftraggeber leider sehr oft** und in grobem Ausmaß. Wenn, wie beispielsweise bei der Ausführung einzelner Lose des „berüchtigten“ Schürmann-Baus, von ca. 700 ausgeschriebenen Positionen ca. 300 gar nicht vorkommen, also nicht ausgeführt werden, so ist das unsachgerechte Ausschreibung im Sinne des § 7b Abs. 1 VOB/B. Eine solche Ausschreibung ist vergaberechtlich unzulässig, was allerdings für den Bieter im Vorhinein praktisch nicht zu erkennen ist. Abgesehen davon schadet sich der öffentliche Auftraggeber auch selbst: Die nicht ausgeführten Positionen verschwinden bei der Abrechnung nicht etwa, wie es der Handhabung vieler Auftraggeber entspricht, sie werden vertragsrechtlich vielmehr als so genannte „Null-Positionen“ behandelt, was bedeutet, dass der Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B die darauf entfallenden Deckungsbeiträge zahlen muss.<sup>8</sup>

In der Praxis gibt es alle Erscheinungsformen: das Leistungsverzeichnis als „Ausführungsprogramm“, ohne dass überhaupt schon eine Ausführungsplanung existiert; weiter das Leistungsverzeichnis, das parallel mit der Ausführungsplanung „entsteht“, aber nicht koordiniert ist; schließlich das Leistungsverzeichnis in schlichter fehlerhafter Umsetzung der Ausführungsplanung. Vergaberechtlich setzt ein ordnungsgemäßes Leistungsverzeichnis beim Einheitspreisvertrag jedenfalls voraus, dass die „Teilleistungen“ (= Details vgl. → Rn. 60), die beschrieben werden müssen, schon hinreichend genau bekannt sind.

**c) Geltung für Einheitspreisverträge und Detail-Pauschalverträge.** Da § 7b Abs. 1 nur die Anforderung an die Leistungsbeschreibung, also die Definition der Leistungsseite (Bausoll) betrifft (Rn. 2), gilt die Vorschrift für jeden Vertragstyp, bei dem auf der Basis auftraggeberseitiger Detailplanung das Bausoll detailliert bestimmt wird, dies unabhängig davon, wie die Vergütungsseite geregelt ist. Die Vorschrift gilt demzufolge sowohl für Einheitspreisverträge wie für Detail-Pauschalverträge.<sup>9</sup> Vergaberechtlich richtet sich die Zulässigkeit eines Detailpauschalvertrages nicht nach § 7b Abs. 1, sondern nach § 4 Abs. 1, 2 VOB/A.<sup>10</sup>

**d) Baubeschreibung.** Die Aufgabe der (allgemeinen) Baubeschreibung charakterisiert 2.2.1 des Vergabehandbuchs des Bundes 2008, Stand April 2016 (Formular 100), in 4.3.2.1 der „Allgemeinen Richtlinien Vergabeverfahren“ sachgerecht zutreffend wie folgt: „In der Baubeschreibung sind die allgemeinen Angaben zu machen, die zum Verständnis der Bauaufgabe und zur Preisermittlung erforderlich sind und die sich nicht aus der Beschreibung der einzelnen Teilleistungen unmittelbar ergeben. Hierzu gehören – abhängig von den Erfordernissen des Einzelfalles – z. B. Angaben über

- Zweck, Art und Nutzung des Bauwerks bzw. der technischen Anlage,
- ausgeführte Vorarbeiten und Leistungen,
- gleichzeitig laufende Arbeiten,
- Lage und örtliche Gegebenheiten, Verkehrsverhältnisse,
- Konstruktion des Bauwerks bzw. Konzept der technischen Anlage.“

**e) Leistungsverzeichnis.** Das Leistungsverzeichnis (LV) enthält eine „in Teilleistungen gegliederte“ Aufgliederung des Bauprojektes, aber nicht nach funktionalen Einheiten, sondern nach produktionstechnisch gegliederten Teilleistungen, eben „Positionen“, vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A. Ohne Plan vermitteln die Positionen eines Leistungsverzeichnisses keine hinreichenden Informationen darüber, was für ein Bauwerk überhaupt konkret errichtet wird.

<sup>7</sup> Zur Struktur dieser Art der Ausschreibung näher *Langen/Schiffers* FS Jagenburg, S. 435 ff. Einer Ausschreibung ohne Ausführungsplanung fehlt die erforderliche **Ausschreibungsreife**, OLG Düsseldorf NZBau 2014, 374.

<sup>8</sup> Näher → VOB/B § 2 Rn. 153.

<sup>9</sup> Zum Vertragstyp Detail-Pauschalvertrag siehe → VOB/B § 2 Rn. 233, 242 ff., auch → VOB/A § 4 Rn. 28.

<sup>10</sup> Zu dessen Zulässigkeit Einzelheiten → VOB/A § 4 Rn. 31–36.

Wie eine „Position“ aufgebaut ist und welche Funktionen die einzelnen Bestandteile haben, ist bereits in **VOB/A § 4 Abs. 1, 2** am Beispiel des Einheitspreises-Vertrages erläutert. Es gibt unterschiedliche **Arten** von **Positionen**, u. a. Grundpositionen, Alternativpositionen (Wahlpositionen), Eventualpositionen (Bedarfpositionen), Auswahlpositionen oder Sammelpositionen (Mischpositionen), die alle ebenfalls bei VOB/A § 4 → Rn. 13–27 einzeln erläutert sind.

- 9** Darüber hinaus enthält ein Leistungsverzeichnis normalerweise vorangehende allgemeinere Erläuterungen, z. B. Vorbemerkungen. Zur Rangreihenfolge zwischen Vorbemerkung und Position siehe → Rn. 1.
- 10** Den Inhalt eines Leistungsverzeichnisses bezeichnet 4.3.2.2 der „Allgemeinen Richtlinien Vergabeverfahren“ des Bundes 2008, Stand April 2016 (Formular 100), sachgerecht wie folgt:  
 „Im Leistungsverzeichnis sind **ausschließlich** Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen sowie **alle** die Ausführung der Leistung beeinflussenden Umstände zu beschreiben.  
 4.3.3 In die **Vorbemerkungen** zum Leistungsverzeichnis dürfen nur Regelungen technischen Inhalts aufgenommen werden, die **einheitlich** für alle beschriebenen Leistungen gelten.  
 4.3.5 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 Teilleistung sind insbesondere anzugeben:  
 – die Mengen auf Grund genauer Mengenberechnungen,  
 – die Art der Leistungen 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 bestimmte Daten,  
 – besonders örtliche Gegebenheiten, z. B. Baugrund, Wasserverhältnisse, Altlasten,  
 – andere als die in den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen vorgesehenen Anforderungen an die Leistung,  
 – 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.“

- 11 2. Bauvertragliche Bedeutung.** § 7b Abs. 1 hat keine praktische unmittelbare zivilrechtliche Bedeutung. Zwar stellen sich im Zusammenhang mit der Zusammensetzung der Leistungsbeschreibung – nämlich Baubeschreibung, Leistungsverzeichnis gegebenenfalls Pläne usw. – Auslegungsprobleme (Rangfolgenprobleme),<sup>11</sup> ebenso stellt sich die Frage, ob eine Leistungsbeschreibung AGB-kontrollfrei ist,<sup>12</sup> aber zu deren Lösung trägt § 7b Abs. 1 VOB/A nichts bei.

## II. § 7b Abs. 2

- 12 1. Vergaberechtliche Bedeutung. a) Ergänzende Leistungsbeschreibung.** „**Erforderlich** ist die Leistung (in einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis) auch zeichnerisch oder durch Probestücke darzustellen oder anders zu erklären, z. B. durch Hinweise auf ähnliche Leistungen, durch Mengen- oder statische Berechnungen. Zeichnungen und Proben, die für die Ausführung maßgebend sein sollen, sind eindeutig zu bezeichnen“, § 7b Abs. 2. Das ist eine zentrale Regelung, die die **Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis** charakterisiert. Zwar muss jede Art der Leistungsbeschreibung eindeutig und erschöpfend sein, § 7 Abs. 1. Aber wenn der Auftraggeber den Typus Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis wählt, so muss er system- und funktionsgerecht ausschreiben, d. h., er muss dann **seine** Pflicht zur Erarbeitung der Ausführungsplanung und deren Umsetzung in ein detailliertes Leistungsverzeichnis (→ Rn. 2) ernst nehmen und die Leistung **detailliert** so beschreiben, dass ein Bieter/Auftragnehmer **mit seinen Mitteln** (also ohne umfassende Vorarbeiten, § 7 Abs. 1) und **ohne** Zuhilfenahme eigener zusätzlicher planerischer oder konstruktiver Ermittlungen, Berech-

<sup>11</sup> Dazu → Rn. 56 und → VOB/B § 2 Rn. 120, 122 sowie → Rn. 70–72.

<sup>12</sup> Dazu → VOB/B § 2 Rn. 56.

nungen oder Prüfungen die geforderte Leistung „sicher“, § 7 Abs. 1, erkennen (und kalkulieren) kann. Gerade wenn und weil die „detaillierte“ Beschreibung der Leistung konstituierend für dieses Ausschreibungssystem ist, muss der Auftraggeber (gerade auch unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten) die Leistung eindeutig **verbal**, nämlich an der richtigen Stelle, im Leistungsverzeichnis, definieren, dh, er muss die Planinhalte in die gewählte Angebotssprache, hier das Leistungsverzeichnis, umsetzen.<sup>13</sup> Nur dann, wenn eine eindeutige verbale Definition nicht möglich ist, also nur „erforderlichenfalls“, sind **Ergänzungsmittel** heranzuziehen, also zB Zeichnungen oder Proben. Weil sie nur **Ergänzungsmittel** sind, hat bei Widersprüchen zwischen Text und Zeichnung **der Text in der Regel Vorrang**.<sup>14</sup>

**b) Für die Ausführung nicht maßgebliche Pläne.** Vorweg ist es ganz eindeutig, dass es im Rahmen einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis zwei „Klassen“ von Zeichnungen (Plänen) gibt, was die VOB genauso sieht: Gemäß § 7b Abs. 2 S. 2 VOB/A gibt es Zeichnungen (und Proben), **die für die Ausführung maßgeblich sein sollen**, diese müssen dann entsprechend „eindeutig bezeichnet werden“. Also muss es auch Zeichnungen geben, die nicht eindeutig bezeichnet sind und deshalb für die Ausführung nicht maßgebend sind oder die für die Ausführung nicht maßgebend und die deshalb nicht eindeutig als „ausführungsmaßgeblich“ gekennzeichnet sind. Solche gibt es offensichtlich: Ein Lageplan 1:500 ist im Regelfall nicht ausführungsmaßgeblich, eine Ansicht 1:100 ebenso wenig. Es gibt also durchaus sinnvoll beigefügte Pläne, die eine (allgemeine) Objektinformation liefern, die aber keine „**Ausführungsmaßgeblichkeit**“ haben. Dieser Unterschied kann nicht klar genug betont werden: Auftraggeber verweisen häufig unbestimmt auf beigefügte – oder noch schlechter: auf einsehbare<sup>15</sup> – Unterlagen. Das ist nicht a priori vergabewidrig, aber jedenfalls nicht bausollbestimmend. Dasselbe gilt für Proben.

**c) „oder anders zu erklären“. aa) Hinweise auf ähnliche Leistungen.** Grundsätzlich ist es einleuchtend, dass eine Definition des Bausolls in Form der Detaillierung sich nicht auf Zeichnungen (Pläne) oder Proben beschränkt. Zur Präzisierung können auch andere Mittel eingesetzt werden, aber auch sie bleiben **Ergänzungsmittel** („erforderlichenfalls“), was bedeutet, dass auch bei ihnen im Falle des Widerspruchs zwischen Text und Ergänzungsmittel in der Regel der Text vorgeht (→ Rn. 9).

Als ein Ergänzungsmittel benennt § 7b Abs. 2 den Hinweis auf „ähnliche Leistungen“. Diese Formulierung ist **missglückt** und gibt, wörtlich genommen, Anlass zu erheblichen Bedenken bzw. Auslegungstreitigkeiten. Wenn der Auftraggeber zwecks Detaillierung auf nur „ähnliche“ Leistungen verweist, so ist damit gerade nicht die herzustellende neue Leistung definiert: Da die „Musterleistung“ der neuen Leistung nur **ähnlich** sein soll, ist Zweifeln Tür und Tor geöffnet. Wie groß muss der Grad der Ähnlichkeit der neu herzustellenden Leistung sein? Welche Abweichungen sind gestattet und welche nicht? Wenn man schon den Hinweis des Auftraggebers auf Vergleichsobjekte zulassen will, müssen gleichartige Objekte in Bezug genommen werden. Einen derartigen Bezug auf Vergleichsobjekte gibt es oft bei Global-Pauschalverträgen, was dort oft ein Zeichen von Faulheit des Auftraggebers ist; er hat sich nicht die Mühe gemacht, seine Funktionsvorgaben oder Gestaltungswünsche näher zu definieren, das Vergleichsobjekt passt sehr oft doch nicht oder es bleiben unklare Detail-Zweifelsfragen offen.<sup>16</sup> Von einem Hinweis auf „ähnliche Objekte“ ist also, wenn nicht wirklich eindeutig ist, was konkret als bausollbestimmend zum Vergleich herangezogen werden soll, dringend abzuraten.

<sup>13</sup> Prototypisch: Der Polier vor Ort muss mit seinen Mitteln die gewünschte Leistung verstehen und umsetzen können, so erläutert am Beispiel von Einmessungsleistungen (z. B. keine Erarbeitung eines eigenen Koordinatensystems) bei Kapellmann/Schiffers/Markus Band 1, Rn. 1152, ergänzend Rn. 200; Willenbruch/Wieddekind/Winer KK-VergR VOB/A § 7b Rn. 14.

<sup>14</sup> Ebenso Ingenstau/Korbion/Schranner VOB/A § 7b Rn. 11; KMPP/Prieß VOB/A S 7 Rn. 157; Ziekow/Völlink/Trutzel VOB/A § 7b Rn. 9; näher hier → VOB/B § 2 Rn. 120.

<sup>15</sup> Zu einsehbaren Zeichnungen → Rn. 18, 22 sowie → VOB/B § 2 Rn. 70–72.

<sup>16</sup> Jeder, der einmal im Streit ein umstrittenes Bausoll anhand eines Vergleichsobjekts beschreiben musste, wird das bestätigen. Wo fängt die Vergleichbarkeit an und wo hört sie auf? Kritisch wie hier: Ziekow/Völlink/Trutzel VOB/A § 7b Rn. 7.

Unzutreffend KMPP/Prieß VOB/A § 7 Rn. 151; HK-VergabeR/Schellenberg Vergaberecht, VOB/A § 7 EG Rn. 93. Zur bauvertraglichen Bedeutung einer solchen Klausel beim Global-Pauschalvertrag auch Kapellmann/Schiffers/Markus Band 2, Rn. 488.

- 16 **bb) Mengenberechnungen.** Der Hinweis auf „Mengenberechnungen“ als Ergänzungsmittel trifft den Fall, dass der Auftraggeber den Weg erläutern will, der zu den Vordersätzen, also dem Ergebnis der Mengenberechnungen,<sup>17</sup> geführt hat.
- 17 **cc) Statische Berechnungen.** Dass statische Berechnungen **grundsätzlich** Ergänzungsmittel sein **können**, liegt auf der Hand. Das darf aber nicht zu dem Missverständnis führen, als ob eine auftraggeberseitig unkommentierte und unausgewertete **Tragwerksplanung bausoll-bestimmend** („für die Ausführung maßgebend“) sei. Die Tragwerksplanung **als solche ist keine** für den Bieter/Auftragnehmer ohne weiteres aus sich heraus aussagekräftige Ergänzung der Leistungsbeschreibung. Sie muss vielmehr umgesetzt werden in die Ausführungsplanung, also das Anfertigen der Tragwerksausführungszeichnungen (§ 49 und Anhang 13 Phase 5 HOAI), dh der Schal- und Bewehrungspläne. Nur sie sind für den Auftragnehmer ohne Erläuterung oder eigene statische Berechnung<sup>18</sup> brauchbar; bei der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis, also bei auftraggeberseitiger Detailplanung, schuldet der Auftraggeber also solche in dieser Form brauchbaren Unterlagen.<sup>19</sup> Eine unkommentierte Statik ist nur in dem Ausnahmefall von Bedeutung, dass sich eine bestimmte Detaillaussage aus der Statik unübersehbar aufdrängt,<sup>20</sup> oder dass sie eine notwendige Aussage zum System der Tragwerksplanung macht. Gerade **vergaberechtlich ist es unzulässig**, durch eine unkommentierte Verweisung auf eine in ihrer technischen Umsetzung nicht ohne weiteres „lesbare“ Statik unausgesprochen den Wettbewerb auf Bieter mit entsprechendem technischen Büro einzuschränken. Demzufolge waren die Anforderungen, die der BGH in der lange zurückliegenden Entscheidung „Universitätsbibliothek“ insoweit hinsichtlich der Prüfpflicht von Bieter gestellt hatte, erheblich überzogen.<sup>21</sup>
- 18 **d) Für die Ausführung maßgebende Pläne oder Proben.** Wenn Pläne oder Proben nicht nur unverbindlich-informativen Charakter (dazu → Rn. 10) haben sollen, sondern wenn sie das Bausoll bestimmen sollen („für die Ausführung maßgeblich sein sollen“), so müssen sie **ein-deutig bezeichnet** sein. Eindeutig bedeutet zweierlei: Einmal muss der Verweis auf den maßgebenden Plan selbst eindeutig sein, dh, er muss sich an der richtigen Stelle befinden, dh, **an der Stelle** der Leistungsbeschreibung, an der die betreffende Detaillierung definiert wird; das ist nur in einem Positionstext des Leistungsverzeichnisses oder konkret in Vorbemerkungen zu mehreren Positionen eines Leistungsverzeichnisses sachgerecht.<sup>22</sup> Zum anderen muss der Plan selbst eindeutig als maßgeblich erkennbar sein, darf also zB nicht allgemeine Systemzeichnung ohne irgendeinen konkreten Bezug zur Detailleistung sein. Sofern der Auftraggeber einmal Pläne so sachgerecht als für die Ausführung maßgeblich bezeichnet hat, sind sie auch allein maßgeblich;<sup>23</sup> andere, beigefügte Pläne ohne diesen Hinweis sind bei widersprüchlichem Inhalt unbedeutlich. Auch für diese für die Ausführung maßgeblichen Pläne bleibt es aber dabei, dass bei Widerspruch zwischen Plan und Text der Text vorgeht (→ Rn. 9).
- 19 **2. Bauvertragliche Bedeutung.** § 7b Abs. 2 ist nicht spezifische Anweisung an den öffentlichen Auftraggeber, sondern sachlogische Schlussfolgerung aus der Ausschreibungsmethodik „Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis“. Für die Auslegung von Verträgen sowohl mit öffentlichen wie mit privaten Auftraggebern kann deshalb auf die zu § 7b Abs. 2 VOB/A entwickelten Darlegungen zurückgegriffen werden.<sup>24</sup>

### III. § 7b Abs. 3

- 20 „Leistungen, die nach den Vertragsbedingungen, den technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte zu der geforderten Leistung gehören (§ 2 Abs. 1 VOB/B), brauchen nicht gesondert aufgeführt zu werden“, § 7b Abs. 3VOB/A. Im Interesse der Klarheit und Eindeutigkeit ist es sinnvoll, überflüssige Bezeichnungen wegzulassen. Was sich sowieso schon aus den (konkreten) Vertragsbedingungen oder den Technischen Vertragsbedingungen

<sup>17</sup> → VOB/A § 4 Abs. 1, 2 Rn. 11.

<sup>18</sup> Vgl. auch → Rn. 22, 57 und 64.

<sup>19</sup> Näher Kapellmann/Schiffers/Markus Band 1, Rn. 201–205.

<sup>20</sup> Kapellmann/Schiffers/Markus Band 1, Rn. 204, 210.

<sup>21</sup> BGH „Universitätsbibliothek“ BauR 1987, 683; Erläuterungen dazu Kapellmann/Schiffers/Markus Band 1, Rn. 171, 198, 204, 207, 212, 214, 216, 246, 867.

<sup>22</sup> Kapellmann/Schiffers/Markus Band 1, Rn. 203; KMPP/Prieß VOB/A § 7 Rn. 153.

<sup>23</sup> Kapellmann/Schiffers/Markus Band 1, Rn. 203.

<sup>24</sup> Einzelheiten ergänzend → VOB/B § 2 Rn. 120, 122.