

VOB Teile A und B: VOB A und B

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV)

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Klaus Dieter Kapellmann, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, und Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Anne-Christin Frister, Richterin am Oberlandesgericht, Dr. Matthias Ganske, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Dr. Heike Glaß, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Martin Havers, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Werner Langen, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dr. Maximilian Lederer, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Prof. Dr. Jochen Markus, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dieter Merken, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Prof. Dr. Markus Planker, Rechtsanwalt, Dr. Claus Rintelen, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dagmar Sacher, Richterin am Bundesgerichtshof, Dr. Tobias Schneider, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dr. Thomas Stickler, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Prof. Thomas Thierau, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, und Dr. Friedhelm Weyer, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D.

6. Auflage 2018. Buch. Rund 1850 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71073 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

beschreibung“ 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 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 Rdn. 58).

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.³ Der unspezifische Hinweis des Auftraggebers auf „einschbare Pläne“ ist demgegenüber unbeachtlich.⁴ 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.⁵

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“.⁶

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

³ Näher Rdn. 69.

⁴ Näher VOB/B § 2 Rdn. 120, 122 sowie Rdn. 70–72.

⁵ Näher VOB/A § 7b Rdn. 14; VOB/B § 2 Rdn. 120.

⁶ 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 Preisermittlung 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 unauf löslichen 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 Rdn. 103 mit einem Beispiel.

über Detaillierung 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 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**“.⁷ **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.⁸

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

- 3 **c) Geltung für Einheitspreisverträge und Detail-Pauschalverträge.** Da § 7b Abs. 1 nur die Anforderung an die Leistungsbeschreibung, also die Definition der Leistungsseite (Bausoll) betrifft (Rdn. 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.⁹ Vergaberechtlich richtet sich die Zulässigkeit eines Detailpauschalvertrages nicht nach § 7b Abs. 1, sondern nach § 4 Abs. 1, 2 VOB/A.¹⁰
- 4 **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.“
- 5 **e) Leistungsverzeichnis.** Das Leistungsverzeichnis (LV) enthält eine „in Teilleistungen gegliederte“ Aufgliederung des Bauprojektes, aber nicht nach funktionalen Einheiten, sondern

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

⁸ Näher VOB/B § 2 Rdn. 153.

⁹ Zum Vertragstyp Detail-Pauschalvertrag siehe VOB/B § 2 Rdn. 233, 242 ff., auch VOB/A § 4 Rdn. 28.

¹⁰ Zu dessen Zulässigkeit Einzelheiten VOB/A § 4 Rdn. 31–36.

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. 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 (Bedarfspositionen), Auswahlpositionen oder Sammelpositionen (Mischpositionen), die alle ebenfalls bei VOB/A § 4 unter Rdn. 13–27 einzeln erläutert sind.

Darüber hinaus enthält ein Leistungsverzeichnis normalerweise vorangehende allgemeinere Erläuterungen, z. B. Vorbemerkungen. Zur Rangreihenfolge zwischen Vorbemerkung und Position siehe oben Rdn. 1.

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.“

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),¹¹ ebenso stellt sich die Frage, ob eine Leistungsbeschreibung AGB-kontrollfrei ist,¹² aber zu deren Lösung trägt § 7b Abs. 1 VOB/A nichts bei.

II. § 7b Abs. 2

1. Vergaberechtliche Bedeutung. a) Ergänzende Leistungsbeschreibung. „Erforderlichenfalls 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 (oben Rdn. 2) ernst nehmen und die Leistung **detailliert** so beschreiben, dass ein

¹¹ Dazu oben Rdn. 56 und VOB/B § 2 Rdn. 120, 122 sowie Rdn. 70–72.

¹² Dazu VOB/B § 2 Rdn. 56.

Bieter/Auftragnehmer **mit seinen Mitteln** (also ohne umfassende Vorarbeiten, § 7 Abs. 1) und **ohne** Zuhilfenahme eigener zusätzlicher planerischer oder konstruktiver Ermittlungen, Berechnungen 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, d. h., er muss die Planinhalte in die gewählte Angebotsprache, hier das Leistungsverzeichnis, umsetzen.¹³ Nur dann, wenn eine eindeutige verbale Definition nicht möglich ist, also nur „erforderlichenfalls“, sind **Ergänzungsmittel** heranzuziehen, also z. B. Zeichnungen oder Proben. Weil sie nur **Ergänzungsmittel** sind, hat bei Widersprüchen zwischen Text und Zeichnung der Text in der Regel Vorrang.¹⁴

- 10 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 Satz 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 ausfahrungsmaßgeblich, 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 einsehbare¹⁵ – Unterlagen. Das ist nicht a priori vergabewidrig, aber jedenfalls nicht bausoll-bestimmend. Dasselbe gilt für Proben.

- 11 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 (oben Rdn. 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 Auftraggeber 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.¹⁶ Von einem Hinweis auf „ähnliche Objekte“ ist also, wenn nicht wirklich eindeutig ist, was konkret als bausollbestimmend zum Vergleich herangezogen werden soll, dringend abzuraten.

¹³ 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, Rdn. 1152, ergänzend Rdn. 200; *Raufeisen* in *Willenbruch/Wiedekind Vergaberecht*, VOB/A § 7 Rdn. 93.

¹⁴ Ebenso *Schranner* in *Ingenstau/Korbion* VOB/A § 7b Rdn. 11; *Prieß* in *KMPP VOB/A S 7 Rdn. 157*; näher hier VOB/B § 2 Rdn. 120.

¹⁵ Zu einsehbaren Zeichnungen oben Rdn. 18, 22 sowie VOB/B § 2 Rdn. 70–72.

¹⁶ 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: *Bernhardt* in *Ziekow/Völlink Vergaberecht*, VOB/A § 7 Rdn. 46. Unzutreffend *Prieß* in *KMPP VOB/A § 7 Rdn. 151*; *Schellenberg* in *Pünder/Schellenberg Vergaberecht*, VOB/A § 7 EG Rdn. 93. Zur bauvertraglichen Bedeutung einer solchen Klausel beim Global-Pauschalvertrag auch *Kapellmann/Schiffers/Markus* Band 2, Rdn. 488.

bb) Mengenerrechnungen. Der Hinweis auf „Mengenerrechnungen“ als Ergänzungsmittel trifft den Fall, dass der Auftraggeber den Weg erläutern will, der zu den Vordersätzen, also dem Ergebnis der Mengenerrechnungen,¹⁷ geführt hat. 12

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 bausollbestimmend** („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 Tragwerkausführungszeichnungen (§ 49 und Anhang 13 Phase 5 HOAI), d. h. der Schal- und Bewehrungspläne. Nur sie sind für den Auftragnehmer ohne Erläuterung oder eigene statische Berechnung¹⁸ brauchbar; bei der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis, also bei auftraggeberseitiger Detailplanung, schuldet der Auftraggeber also solche in dieser Form brauchbaren Unterlagen.¹⁹ Eine unkommentierte Statik ist nur in dem Ausnahmefall von Bedeutung, dass sich eine bestimmte Detailaussage aus der Statik unübersehbar aufdrängt,²⁰ 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 Bietern gestellt hatte, erheblich überzogen.²¹ 13

d) Für die Ausführung maßgebende Pläne oder Proben. Wenn Pläne oder Proben nicht nur unverbindlich-informativen Charakter (dazu oben Rdn. 10) haben sollen, sondern wenn sie das Bausoll bestimmen sollen („für die Ausführung maßgeblich sein sollen“), so müssen sie **eindeutig bezeichnet** sein. Eindeutig bedeutet zweierlei: Einmal muss der Verweis auf den maßgebenden Plan selbst eindeutig sein, d. h., er muss sich an der richtigen Stelle befinden, d. h., **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.²² Zum anderen muss der Plan selbst eindeutig als maßgeblich erkennbar sein, darf also z. B. 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;²³ andere, beigelegte Pläne ohne diesen Hinweis sind bei widersprüchlichem Inhalt unbeachtlich. Auch für diese für die Ausführung maßgeblichen Pläne bleibt es aber dabei, dass bei Widerspruch zwischen Plan und Text der Text vorgeht (oben Rdn. 9). 14

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 § 7 Abs. 10 VOB/A entwickelten Darlegungen zurückgegriffen werden.²⁴ 15

III. § 7b Abs. 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 gesondert aufgeführt zu werden“, § 7b Abs. 3 VOB/A. Im Interesse der Klarheit und Eindeutigkeit ist es sinnvoll, überflüssige Bezeichnungen wegzulassen. Was sich sowieso 16

¹⁷ VOB/A § 4 Abs. 1, 2 Rdn. 11.

¹⁸ Vgl. auch oben Rdn. 22, 57 und 64.

¹⁹ Näher *Kapellmann/Schiffers/Markus* Band 1, Rdn. 201–205.

²⁰ *Kapellmann/Schiffers/Markus* Band 1, Rdn. 204, 210.

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

²² *Kapellmann/Schiffers/Markus* Band 1, Rdn. 203; *Prieß* in *KMPP VOB/A* § 7 Rdn. 153; *Raufeisen* in *Willenbruch/Wieddekind Vergaberecht*, VOB/A § 7 Rdn. 94; *Bernhardt* in *Ziekow/Völlink Vergaberecht*, VOB/A § 7 Rdn. 48.

²³ *Kapellmann/Schiffers/Markus* Band 1, Rdn. 203.

²⁴ Einzelheiten ergänzend VOB/B § 2 Rdn. 120, 122.

schon aus den (konkreten) Vertragsbedingungen oder den Technischen Vertragsbedingungen ergibt, braucht nicht wiederholt zu werden. Jedenfalls gehören insbesondere auch Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen zur Leistungsbeschreibung (im weiteren Sinn, vgl. oben Rdn. 1) Wie näher aus § 8 VOB/A zu entnehmen ist, gehören zu auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen, also die VOB/B, sowie die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen, also die VOB/C die Leistungsbeschreibung im weiteren Sinn. Damit wird insbesondere durch die Bezugnahme auf DIN 18 299 Abschnitt 4 sowie auf Abschnitt 4 der jeweiligen Fachnormen sichergestellt, dass die Unterscheidung zwischen **Nebenleistungen** und **Besonderen Leistungen**²⁵ vergaberechtlich relevant ist.

- 17 Es ist auch richtig, dass Leistungen, die ohnehin nach der gewerblichen Verkehrssitte zur geforderten Leistung gehören, nicht besonders erwähnt werden müssen. Tatsächlich brauchen Selbstverständlichkeiten nicht genannt zu werden, aber der Umfang dessen, was nach der gewerblichen Verkehrssitte unerwähnt dazu gehört,²⁶ ist im Randbereich oft zweifelhaft. Der Auftraggeber sollte hier lieber, wenn es ernsthafte Zweifel geben kann, verbal für Klarheit sorgen.

IV. § 7b Abs. 4

- 18 **1. Vergaberechtliche Bedeutung.** § 7b Abs. 4 VOB/A enthält ein eingeschränktes Verbot von Mischpositionen (Sammelpositionen); unter **eine** Ordnungszahl (Position) sollen nämlich nur solche Leistungen aufgenommen werden, die nach ihrer technischen Beschaffenheit und für die Preisbildung als in sich gleichrangig anzusehen sind. Ungleichartige Leistungen sollen (das ist vergaberechtlich zu verstehen als: dürfen **nur dann**)²⁷ unter einer Ordnungszahl (Sammelposition) zusammengefasst werden, wenn eine Teilleistung gegenüber einer anderen für die Bildung eines Durchschnittspreises ohne nennenswerte Bedeutung ist.
- 19 Die Vorschrift bestimmt vorab, nach welchen Kriterien überhaupt technische Teilleistungen unter eigener Ordnungszahl (Position) im Leistungsverzeichnis aufgeführt werden sollen; maßgebend ist, dass in der einzelnen Position jeweils nur ein solches „Teilstück der Leistung“ aufgeführt ist, dass es sich einheitlich – und sicher, § 7 Abs. 1 – kalkulieren lässt. Für Differenzierungen gibt es genug Positionsformen, wir verweisen auf Grundpositionen, Alternativpositionen, Eventualpositionen usw., alles **erläutert in VOB/A § 4 Abs. 1, 2.**

Das Verbot, ungleichartige Leistungen unter einer Position zusammenzufassen, wenn eine Teilleistung gegenüber einer anderen für die Bildung eines Durchschnittspreises von Bedeutung ist, ist vergaberechtlich äußerst wichtig. Fasst nämlich der Auftraggeber ungleichartige Leistungen unter einer Position und damit unter einem Preis zusammen, ist eine ordnungsgemäße Kalkulation unmöglich. Darüber hinaus ist Manipulationen Tor und Tür geöffnet. Ein Bieter darf demgemäß davon ausgehen, dass entweder unterschiedliche Leistungen, wenn sie vorkommen, annähernd gleichartige Kosten verursachen oder, dass kostenmäßig teurere Einzelleistungen mengenmäßig nicht in einer nennenswerten Größenordnung und deshalb kalkulatorisch nicht ins Gewicht fallen; erst recht darf die „teurere“ Leistung nicht nahezu gleichhäufig oder sogar überwiegend sein. Der Bieter darf, wenn sich für die Mengenverteilung keine Angaben aus dem Leistungsverzeichnis entnehmen lassen, entsprechende Annahmen in einem Anschreiben zum Angebot zur Grundlage machen.²⁸ Beispiel: Bei Rohrleitungen enthält eine Position alle Formstücke, ausgeführt werden aber zu 90 % besonders aufwändige Formstücke.

Natürlich ist Voraussetzung, dass eine Trennung technisch möglich ist. Wenn sich bei Bodenaushub Boden der Klasse 3 und der Klasse 4 in einer Gemengelage befinden, kann der Auftraggeber bestenfalls ungefähre Mengenverteilungen angeben, aber mehr nicht.

- 20 **2. Bauvertragliche Bedeutung.** Zivilrechtlich darf ein Bieter sowohl beim öffentlichen Auftraggeber wie beim privaten Auftraggeber davon ausgehen, dass entsprechend § 7b Abs. 4 VOB/A bei einer Mischposition die Voraussetzungen richtiger Ausschreibung (oben Rdn. 18) beachtet sind. Ist also z. B. eine „teurere Leistung“ überproportional vertreten, so ist das Bausoll-Bauist-Abweichung und löst Mehrvergütungsansprüche des Auftragnehmers aus.²⁹

²⁵ Dazu VOB/B § 2 Rdn. 86, 87.

²⁶ Im Einzelnen dazu VOB/B § 2 Rdn. 89.

²⁷ Ebenso Weyand Vergaberecht VOB/A § 9 Rdn. 91; Heiermann/Bauer in Heiermann/Riedl/Rusam VOB/A § 7 Rdn. 78 („grundsätzlich unzulässig“).

²⁸ Kapellmann/Schiffers/Markus Band 1, Rdn. 860.

²⁹ Näher Kapellmann/Schiffers/Markus Band 1, Rdn. 860; unzutreffend OLG Köln IBR 1992, 230.

§ 7c Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

- (1) Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von § 7b Absatz 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 Unternehmen 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 Absatz 2 bis 4 gilt sinngemäß.
- (3) 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 Beschreibung der Leistung – gegebenenfalls mit Mengen- und Preisangaben für Teile der Leistung – umfasst. Bei Beschreibung der Leistung mit Mengen- und Preisangaben ist vom Bieter zu verlangen, dass er
1. die Vollständigkeit seiner Angaben, insbesondere die von ihm selbst ermittelten Mengen, entweder ohne Einschränkung oder im Rahmen einer in den Vergabeunterlagen anzugebenden Mengentoleranz vertritt, und dass er
 2. 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

	Rn.
A. § 7c Abs. 1–3 – nur Regelung der total-funktionalen Leistungsbeschreibung;	
Geltungsbereich	1
I. Entstehung	1
1. Geltungsbereich	1
2. Einführung der Nr. 10–12b § 7 VOB/A a. F., jetzt § 7c Abs. 1–3 durch die VOB 1973	4
3. Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm – eine seltene Erscheinungsform	5
4. Beschränkte Ausschreibung	6
II. Die Einzelbestimmungen	7
1. § 7c Abs. 1	7
2. § 7c Abs. 2	11
3. § 7c Abs. 3	15
B. Teil-funktionale Leistungsbeschreibung	16
I. Erscheinungsformen	16
1. Begriff, Verbreitung	16
2. Struktur des prototypischen Schlüsselfertigbaus	17
II. Zulässigkeit nach VOB/A	18
1. Keine Regelung in § 7c Abs. 1–3	18
2. Keine sonstigen entgegenstehenden Regelungen in der VOB/A	19
a) § 5 Abs. 2 VOB/A	19
b) § 4 Abs. 1, 2 VOB/A	20
c) § 6 VOB/A	21
d) § 8b Abs. 2 VOB/A	22
3. Einzelne Vergabeanforderungen	23
a) Voraussetzung: Kein typenverkehrtes Angebot	23
b) Anlehnung an § 7c Abs. 1–3	24
Anhang TS Technische Spezifikationen	

A. § 7c Abs. 1–3 – nur Regelung der total-funktionalen Leistungsbeschreibung; Geltungsbereich

I. Entstehung

- 1 **1. Geltungsbereich.** Die „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“ ist in § 7c Abs. 1–3 VOB/A geregelt. Die Überschrift „mit Leistungsprogramm“ ist wörtlich zu nehmen. Die VOB-Regelung bezieht sich **ausschließlich** auf eine total-funktionale Leistungsbeschreibung, d. h., eine Leistungsbeschreibung, in der der Auftraggeber **verbal** die von ihm an das Bauwerk gestellten Anforderungen (Funktionen) definiert, **ohne** dass er diese Anforderungen in eigene Planungen umsetzt oder umgesetzt hat.¹ Das ist schon angesichts des Wortlauts „Leistungsprogramm“ nahe liegend, angesichts des weiteren Wortlauts der Vorschriften selbst aber auch eindeutig. Abs. 3 spricht nämlich davon, dass zusammen mit der Bauausführung **auch der Entwurf** dem Wettbewerb unterstellt wird, um u. a. die gestalterisch beste sowie funktionsgerechte Lösung der Bauaufgabe zu **ermitteln**. Das Leistungsprogramm umfasst nach Abs. 2 (nur) die Beschreibung der Bauaufgabe, aus der die Bewerber **alle** für die **Entwurf**sbearbeitung, maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen können. Gemäß Abs. 3 ist vom Bieter ein Angebot zu verlangen, das außer der Ausführung der Leistung den **Entwurf** umfasst. Der Begriff „Entwurf“ ist in der VOB nicht definiert. In Anknüpfung an § 7 Abs. 2 VOB/A ist für das Verständnis die verkehrübliche Bezeichnung zugrunde zu legen. „Entwurf“ ist gemäß § 33 und Anhang 10 Phase 3 HOAI das „Durcharbeiten des Planungskonzepts, die Integrierung der Leistung anderer an der Planung fachlich Beteiligter, die zeichnerische Darstellung des Gesamtentwurfs“, also die „Entwurfsplanung“. Dabei sind nicht zwingend alle Einzelleistungen gemäß HOAI Leistungsphase 3 eingeschlossen. Wesentlich ist die zeichnerische Darstellung, die, wenn der Auftraggeber das akzeptiert, auch in Form der Vorplanung gemäß Leistungsphase 2 ausreichend sein kann. Demzufolge umfasst § 7c Abs. 1–3 eindeutig **nur** die Leistung eines so genannten Totalunternehmers (oder auch Totalübernehmers), also den Vertrag, bei dem der Auftraggeber nicht etwa in Stufen, sondern sofort **Entwurf** und **Ausführung** in eine Hand gibt, wobei die Ausführung (intern) auch eine Ausführungsplanung voraussetzt.
- 2 Umgekehrt ergibt sich daraus zwingend, dass § 7c Abs. 1–3 **nicht** die teil-funktionale Leistungsbeschreibung (zum Begriff Rdn. 18) erfasst, d. h. eine Leistungsbeschreibung, bei der der Auftraggeber die Entwurfsplanung ganz oder größtenteils selbst erstellt und nur die **Ausführungsplanung** ganz oder größtenteils sowie die Ausführung dem Auftragnehmer überträgt; § 7c Abs. 1–3 regelt also insbesondere **nicht den typischen „Schlüsselfertigbau“**.
- 3 Dass teil-funktionale Leistungsbeschreibungen nicht von § 7c Abs. 1–3 erfasst werden, heißt **nicht**, dass sie vergaberechtlich unzulässig seien, im Gegenteil: Wenn schon so extreme Formen der Funktionsverlagerung von Auftraggeber auf Auftragnehmer wie die Totalunternehmer-Ausschreibung gemäß Abs. 13–15 zulässig sind, müssen erst recht die für Bieter viel weniger problematischen, viel weniger „radikalen“ Vertragsformen wie die teil-funktionale Leistungsbeschreibung zulässig sein.²
- 4 **2. Einführung der Nr. 10–12b § 7 VOB/A a. F., jetzt § 7c Abs. 1–3 durch die VOB 1973.** Die VOB 1952 und die unveränderte VOB 1965 enthielten **keine** Regelungen über irgendeine Art einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm oder über funktionale oder teil-funktionale Leistungsbeschreibungen. Erstmals 1973 führte der damalige Vergängungsausschuss für einen praktisch winzigen Teilbereich der funktionalen Ausschreibung eine Regelung ein, nämlich für den Extremfall der Totalunternehmer-Ausschreibung. Den ganzen „normalen“ Bereich (also den „normalen“ Schlüsselfertigbau, siehe Rdn. 1, 2) ließ er ungeregt; eine Analyse der überhaupt vorkommenden Formen funktionaler Vergabe nahm er gar nicht vor. In der Kommentierung hieß es, für die entsprechende Ausschreibungsart gäbe es nur Erfahrungen aus dem konstruktiven Ingenieurbau, insbesondere dem Brückenbau, für den Bereich des Hochbaus lägen nur sehr begrenzte Erfahrungen vor.³ Der Vergängungsausschuss wolle durch die Einfügung der damaligen Nr. 10–12b der Tatsache Rechnung tragen, dass in der Praxis zuneh-

¹ Zur Struktur einer solchen „zielorientierten“ Ausschreibung näher *Langen/Schiffers* Festschrift Jagenburg, S. 435. S. auch Rdn. 100.

² Zur Zulässigkeit der teil-funktionalen Leistungsbeschreibung („Schlüsselfertigbau“) im Einzelnen Rdn. 18 ff.

³ *Daub/Piel/Soergel* VOB/A ErlZ A 9.206.