

1  **Risikoverteilung bei Unklarheiten der Ausschreibung unter Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers**

- Die VOB/A-konforme Auslegung der Leistungsbeschreibung –

RA Prof. Thomas Thierau, FA für Bau- und Architektenrecht

2  **Grundlagen**

- VOB/A ist bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte nur innerdienstliche Verwaltungsvorschrift
- VOB/A kann daher unmittelbare Rechtswirkungen im Außenverhältnis nicht begründen

(BGH, U. v. 30.03.2006 – VII ZR 44/05 = IBR 2006, 385; KG, U. v. 14.02.2006 – 21 U 5/03 = IBR 2006, 189)

3  **Grundlagen**

- Unterhalb der Schwellenwerte kommt der VOB/A keine unmittelbar vertragsrechtliche Wirkung dahingehend zu, dass ein Verstoß des AG als Verstoß gegen gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB anzusehen ist.
- VOB/A enthält kein zwingendes Vertragsrecht dahingehend, dass statt geschlossener Vereinbarungen das Vertragsinhalt wird, was der VOB/A entspricht.

(BGH, U. v. 27.06.1996 – VII ZR 59/95 = IBR 1996, 488; BGH, U. v. 30.03.2006 – VII ZR 44/05 = IBR 2006, 385; BGH, U. v. 11.11.1993 – VII ZR 47/93 = IBR 1994, 224)

4  **Grundlagen**

- Bei europaweiten Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte kommt den Regelungen der VOB/A Rechtssatzqualität zu.
- Sie hat jedoch keine vertragsrechtliche Bedeutung.
- VOB/A regelt ausschließlich das Vergabeverfahren und nicht das Vertragsrecht.

(BGH, U. v. 17.02.1999 – X ZR 101/97 = IBR 1999, 195; ausführlich Quack, BauR 2004, 1492 m.w.N.; s.a. VK Bund, Beschluss vom 6.9.2013 – VK 1 – 73/13)

5  **Grundlagen**

Indirekte Bedeutung der VOB/A nach der Rechtsprechung des BGH:

- Erfolgt Ausschreibung nach VOB/A, darf Bieter bei möglichen Auslegungszweifeln eine Ausschreibung so verstehen, dass die Anforderungen der VOB/A eingehalten werden (sog. VOB/A-konforme bzw. vergaberechtskonforme Auslegung).
- Insbesondere: Der AG muss sich im Rahmen der Auslegung der Leistungsbeschreibung nach Treu und Glauben daran festhalten lassen, dass er sich nach eigenem Bekunden an die Vorschriften des § 7 VOB/A halten will.

6  **Grundlagen**

Bei Ausschreibungen nach der VOB/A:

- Für die Auslegung der Leistungsbeschreibung ist objektive Sicht der möglichen Bieter als Empfängerkreis maßgebend
- Das mögliche Verständnis nur einzelner Empfänger kann nicht berücksichtigt werden.

(OLG Köln, BauR 1998, 1096)

7  **Grundlagen**

- Der Bieter darf grundsätzlich eine mit § 7 VOB/A konforme Ausschreibung erwarten.
 - Eindeutig und erschöpfend:
 - Sichere Preiskalkulation ohne umfangreiche Vorarbeiten
 - Keine Aufbüdung eines ungewöhnlichen Wagnisses
 - Wesentliche Verhältnisse der Baustelle sind eindeutig zu beschreiben
 - Null-Ziffern der ATV sind zu beachten

8  **Grundlagen**

- Bei Zweifeln über den Inhalt einer LB kann der Grundsatz, dass der Bieter eine VOB-konforme Ausschreibung erwarten darf, zu einer Auslegung führen, die dem AN kein ungewöhnliches Wagnis auferlegt.

•

(BGH, U. v. 09.01.1997 – VII ZR 259/95 = BauR 1997, 466)

9  **Grundlagen**

- Unklarheiten oder Ungenauigkeiten der Ausschreibung sind bei Auslegungszweifeln so zu interpretieren, dass eine den Anforderungen der VOB/A entsprechende Ausschreibung gewollt ist.

•

(BGH, U. v. 09.01.1997 – VII ZR 259/95 = BauR 1997, 466)

10  **Grundlagen**

- Unklarheiten können sich auch daraus ergeben, dass der AN nach den Hinweisen für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung in Abschnitt Null der ATV bestimmte Angaben zu den Baumständen erwarten darf; diese jedoch in der Leistungsbeschreibung nicht enthalten sind.

•

(BGH, U. v. 12.09.2013 – VII ZR 227/11 = BauR 2013, 2017)

11  **Grundlagen**

- Mängel der Ausschreibung gehen nicht zu Lasten des Unternehmers, wenn er darauf vertrauen darf, dass er über Risiken ausreichend informiert wird.

•

(BGH, U. v. 11.03.1999 – VII ZR 179/98 = BauR 1999, 897; BGH, U. v. 12.09.2013 – VII ZR 227/11 = BauR 2013, 2017)

12  **Grundlagen**

- Ausnahmsweise kann dieser Grundsatz dazu führen, dass eine Ausschreibung entgegen ihrem eindeutigen Wortlaut auszulegen ist, nämlich wenn nach den Umständen völlig ungewöhnliche und von keiner Seite zu erwartende Leistungen notwendig werden.

•

(BGH, U. v. 11.11.1993 – VII ZR 47/93 = BauR 1994, 236 (Wasserhaltung II))

13  **Grundlagen**

Achtung – Grenzen der VOB/A-konformen Auslegung:

- Hält sich AG erkennbar nicht an die Erfordernisse einer ordnungsgemäßen Ausschreibung und

- kann der Bieter die Vergabeverstöße bei zumutbarer Prüfung im Ausschreibungsstadium erkennen

und

- bietet er dennoch an

→ kein schutzwürdiges Vertrauen

(BGH, U. v. 30.03.2006 – VII ZR 44/05 = IBR 2006, 385; BGH, U. v. 11.11.1993 – VII ZR 47/93 = IBR 1994, 224; BGH, U. v. 09.01.1997 – VII ZR 259/95 = IBR 1997, 180)

14 

Beispiele aus der Rechtsprechung

zur VOB/A-konformen Auslegung der

Leistungsbeschreibung

15  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel BGH U. v. 11.11.1993 – VII ZR 47, 93 = BauR 1994, 236 „Wasserhaltung II“:

„Trockenhaltung der Kanalbaugrube durch Wasserhaltungsmaßnahmen nach Wahl des Auftragnehmers“

16  **Rechtsprechungsbeispiele**

• Wortlaut: Sämtliche notwendigen Maßnahmen einschließlich Brunnenbohrungen sind zur Trockenhaltung der Baugrube geschuldet

• Die Leistung ist vollständig über den zu erreichenden Erfolg beschrieben

17  **Rechtsprechungsbeispiele**

„Die Klärung der vertraglichen Ansprüche erfordert eine umfassende Auslegung der Leistungsbeschreibung nach dem objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bieter. Dabei kommt dem Wortlaut eine besondere Bedeutung zu. Daneben sind auch die Umstände des Einzelfalls, die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben heranzuziehen.“

(vgl. auch BGH, Urteil vom 22.04.1993 – VII ZR 118/92 = BauR 1993, 595)

18  **Rechtsprechungsbeispiele**

„Auch bei eindeutigem Wortlaut können nach den Umständen des Einzelfalls völlig ungewöhnliche und von keiner Seite zu erwartende Leistungen von der Leistungsbeschreibung ausgenommen sein.“

(BGH a.a.O.)

19  **Rechtsprechungsbeispiele**

Einschränkung durch „Treu und Glauben“ bzw. bei öff. Ausschreibung durch § 9 VOB/A a.F. („kein ungewöhnliches Wagnis“):

• „Formen der Wasserhaltung, die nach der konkreten Sachlage völlig ungewöhnlich und von keiner Seite zu erwarten waren, sind möglicherweise nicht inbegriffen, weil gem. § 133 BGB nicht am buchstäblichen Wortlaut zu haften, vielmehr der erklärte wirkliche Wille zu erforschen ist.“

20  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel BGH, Urteil vom 9.1.1997 – VII ZR 259/95 = IBR 1997, 180 „Auflockerungsfaktor“:

LV: „110.000 cbm natürliches Tonmaterial anliefern und abladen“

Vorbemerkungen LV: „Sämtliche Bodenpositionen werden nach fester Masse abgerechnet.“

21  **Rechtsprechungsbeispiele**

• Wortlaut: „Ton“ ist „Boden“ (so AG), daher ist nach festen Massen und nicht nach aufgelockerten Massen abzurechnen.

• Dies führt zur Kürzung der Rechnung um den Auflockerungsfaktor (im konkreten Fall Kürzung um 1,7 Mio. DM)

22  **Rechtsprechungsbeispiele**

BGH zur Wortlautauslegung bei VOB/A - Ausschreibung:

Bei öff. Ausschreibung kommt dem Wortlaut besondere Bedeutung zu. Eine Tonlieferung ist keine „Bodenposition“ (= abzutragender Boden). Tatsächlich nur lose anfallendes Material ohne Vorgabe eines Umrechnungsfaktors wie festen Boden zu behandeln, würde dem Bieter ein unangemessenes Wagnis zuschieben („VOB/A-konforme Auslegung“ des Wortlauts)

23  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel BGH, Urteil vom 11.3.1999 – VII ZR 179/98 = IBR 1999, 300

- DB AG schreibt Brückenbauarbeiten aus.
- Text Vorbem LV: „Nach Abbau des Gleises wird Fachwerküberbau in der Längsachse getrennt; die Längsträger provisorisch abgestützt, einzeln durch 2 DB-Kräne herausgehoben und auf Bahnwagen verladen. Am Montageplatz nach Weisung BL zerlegt und gelagert.“
- Text LV Pos.: „Stahlkonstruktion abbrechen...Stahlteile zerlegen, säubern, zum Lagerplatz des AG fördern und lagern“
- Frage also: Zerlegung vor Ort oder am Montageplatz?

24  **Rechtsprechungsbeispiele**

BGH:

- Grundsatz der VOB/A – konformen Auslegung wird bestätigt
- Wortlaut hat vergleichsweise große Bedeutung (Empfängerkreis nur abstrakt bestimmt)
- Es ist einer Auslegung der Vorzug zu geben, welche die nach VOB/A geforderte Eindeutigkeit nicht in Frage stellt.

25  **Rechtsprechungsbeispiele**

BGH:

- Die Vorbemerkungen eines LV enthalten in aller Regel wesentliche Angaben, die zum Verständnis der Bauaufgabe und zur Preisermittlung erforderlich sind.
- Diese Angaben sind in Verbindung mit dem LV und den anderen Unterlagen als sinnvolles Ganzes auszulegen.

26  **Rechtsprechungsbeispiele**

BGH:

- Die Auslegung hat sich zunächst auf den Teil der LB zu konzentrieren, der die Leistung konkret auf das Bauvorhaben bezogen beschreibt.
- Hier ist der konkrete Ablauf mit allen Arbeitsschritten und der wesentliche Leistungsinhalt in den Vorbemerkungen beschrieben.
- Demgegenüber tritt das allgemein gehaltene LV zurück.

27  **Rechtsprechungsbeispiele**

Ergänzender Hinweis bei öff. Bauvergabe:

- Es kommt nicht darauf an, wie der Bieter/AN die Ausschreibung verstanden hat.
- Maßgebend für die Auslegung ist vielmehr der objektive Empfängerhorizont; also die Sicht der potentiellen Bieter.
- Die LB wird mit diesem objektiven Verständnis Vertragsinhalt (so bereits BGH, Urteil vom 22.04.1993 – VII ZR 118/92)
-

28  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11 = IBR 2012, 65:

AN wird vom öffentlichen AG beauftragt, die teerhaltige Asphaltsschicht und den darunterliegenden Boden zu entfernen. Die Ausschreibung enthält keine Angaben zur Bodenbeschaffenheit. Der gelöste Boden weist eine geringe Schadstoffbelastung auf. AN meint, er habe von schadstofffreiem Boden ausgehen dürfen, und macht für die notwendige Deponierung ca. 100.000,- EUR geltend.

→

29  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11 = IBR 2012, 65 (Fortsetzung):

Im Prozess führt ein Sachverständiger aus, dass sich unterhalb der Asphaltdecke einer Ortsdurchfahrt regelmäßig ein mit Schadstoffen belasteter Boden befindet. Eine Bieterumfrage im Rahmen der zweiten Instanz ergibt, dass alle befragten Bauunternehmen von unbelastetem Boden ausgegangen sind.

Nach DIN 18299 Abschnitt 0.1.20 und DIN 18300 Abschnitt 0.2.3 ist die Schadstoffbelastung „nach den Erfordernissen des Einzelfalls anzugeben“ (war hier nicht der Fall).

30  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11 = IBR 2012, 65 (Fortsetzung):

Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Kontaminierung des zum Aushub vorgesehenen Bodens ist nicht notwendig, wenn diese sich aus den Umständen klar und eindeutig ergibt, weil der im LB beschriebene Boden regelmäßig kontaminiert ist (Boden unterhalb einer teerhaltigen Asphaltdecke).

Die Auslegung ergab somit ein vor den DIN-Bestimmungen vorrangiges Ergebnis.

31  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 21.03.2013 – VII ZR 122/11 = IBR 2013, 328:

AN wird vom öffentlichen AG mit Tiefbauarbeiten für den Ausbau einer Kreisstraße beauftragt. In der Baubeschreibung heißt es, dass die durchgeführten Baugrunduntersuchungen eine lediglich ca. 4 cm dicke Asphaltdeckschicht aufgeschlossen hätten, deren Teergehalt noch unterhalb der Grenze für Wiedereinbau liege, so dass eine Weiterverwertung vollständig möglich sei. Nach dem LV sollte Boden gelöst und nach Übernahme in das Eigentum des AN entfernt werden. Der AN macht wegen Chlorid- und Arsenkontaminationen des Bodens eine Mehrvergütung für erhöhten Entsorgungsaufwand geltend.

32  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 21.03.2013 – VII ZR 122/11 = IBR 2013, 328 (Fortsetzung):

- Die „Hinweise für das Aufstellen der LB“ in Abschnitt 0 der ATV DIN 18299 ff. sind zu beachten.
- Insbesondere nach DIN 18300 Abschnitt 0.2.3 sei eine Schadstoffbelastung nach den Erfordernissen des Einzelfalls anzugeben.
- Allein der Umstand, dass die Bieter eventuell mit dem Vorliegen einer Chloridkontamination rechnen mussten, rechtfertige es nicht, von Angaben dazu in der Ausschreibung abzusehen.
- Nachtrag hier daher berechtigt.

33  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 12.09.2013 – VII ZR 227/11 = IBR 2013, 663, 664:

Der AG schreibt Brückenbauarbeiten aus. Der Ausschreibung ist zu entnehmen, dass sich im Bereich der Brücke eine Hochspannungsleitung befindet, die den Einsatz eines Krans unmöglich macht. Eine zum Leistungsumfang des AN gehörende Bohrpfahlwand kann nur errichtet werden, wenn die Leitung beseitigt wird. Der AG lässt diese aus Kostengründen nicht entfernen, sondern ordnet an, dass anstelle der Bohrpfahlwand eine Stützwand mit Fuß errichtet werden soll, und bezahlt die hiermit unmittelbar verbundenen Mehrkosten. Der AN verlangt darüber hinaus 100.000,- EUR, weil er den Einsatz eines Krans kalkuliert hat, diesen aber nicht einsetzen kann. Er habe davon ausgehen dürfen, dass die Arbeiten durch die Leitung nicht behindert werden, da sie für die Errichtung der Bohrpfahlwand hätten entfernt werden müssen.

34  **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 12.09.2013 – VII ZR 227/11 = IBR 2013, 663, 664:

- AN konnte die Ausschreibung dahin verstehen, dass der AG die erforderliche luftseitige Baufreiheit für die Bohrfahlarbeiten herstellen wird.
- Die LB enthielt Hinweise auf die Hochspannungsleitung im Baufeld und die Aufforderung, ein Angebot abzugeben, das die vorherige Entfernung der Leitung durch den AG zwingend erforderlich macht.
- Die ausgeschriebene Herstellung der Bohrfähle wäre ohne Entfernung der Hochspannungsleitung nicht möglich gewesen.

35 **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 12.09.2013 – VII ZR 227/11 = IBR 2013, 663, 664:

- Daher durfte der AN davon ausgehen, dass der AG für die Baufreiheit sorgen wird, weil anderenfalls die Ausschreibung eine nicht durchführbare Leistung gefordert hätte.
- Die Reihenfolge und Abwicklung der Brückenbauarbeiten und die Errichtung der Bohrfahlwand waren nach der Ausschreibung dem AN überlassen.

36 **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 12.09.2013 – VII ZR 227/11 = IBR 2013, 663, 664:

- Daher hätte AN die Bohrfahlwand direkt zu Beginn der Arbeiten durchführen können.
- Die Leitung hätte somit sofort entfernt werden müssen.
- Da aus Sicht des AN kein vernünftiger Grund bestand, die Leitung vor Beendigung der Bauarbeiten wieder zu installieren, konnte der AN von durchgehender Baufreiheit, also von dem Einsatz eines Krans, ausgehen.

37 **Rechtsprechungsbeispiele**

Beispiel: BGH, U. v. 12.09.2013 – VII ZR 227/11 = IBR 2013, 663, 664:

Ergebnis:

- Enthält die LB keinen Hinweis auf etwaige Besonderheiten, darf und muss der AN von „normalen Umständen bzw. dem üblichen Bauablauf“ ausgehen.
- Es gibt keine Auslegungsregel, wonach ein Vertrag mit einer unklaren LB allein deshalb zu Lasten des AN auszulegen ist, weil dieser die Unklarheiten vor Angebotsabgabe nicht aufgeklärt hat.

(vgl. auch BGH, Urteil vom 13.03.2008 – VII ZR 194/06)

38 **Weitere Urteile**

Beispiel: BGH, Urteil vom 11.11.1993 – VII ZR 47/93 = IBR 1994, 223:

„Bei der öffentlichen Ausschreibung muss sich der Auftraggeber im Rahmen der Auslegung der Leistungsbeschreibung nach Treu und Glauben daran festhalten lassen, dass er nach eigenem Bekunden den Auftragnehmern kein ungewöhnliches Wagnis auferlegen will (§ 9 VOB/A a.F.)“

39 **Weitere Urteile**

Beispiel: BGH, Urteil vom 09.01.1997 – VII ZR 259/95 = IBR 1997, 180:

„Kann ein Leistungsverzeichnis, das einer Ausschreibung nach VOB/A zugrunde liegt, auch so ausgelegt werden, dass es den Anforderungen von § 9 VOB/A entspricht, so darf der Bieter das Leistungsverzeichnis in diesem VOB/A-konformen Sinn verstehen.“

40 **Weitere Urteile**

Beispiel: BGH, Urteil vom 11.03.1999 – VII ZR 179/98 = IBR 1999, 300:

„Der Bieter darf die Leistungsbeschreibung einer öffentlichen Ausschreibung nach der VOB/A im Zweifelsfall so verstehen, dass der Auftraggeber den Anforderungen der VOB/A an die Ausschreibung entsprechen will. Sind die sprachlichen Formulierungen der Ausschreibung nicht genügend aufeinander abgestimmt, ist einer Auslegung der Vorzug zu geben, welche die nach der VOB/A geforderte Eindeutigkeit nicht in Frage stellt.“

41 **Weitere Urteile**

Beispiel: BGH, Urteil vom 21.03.2013 – VII ZR 122/11 = IBR 2013, 328:

„Ein Bieter darf die Leistungsbeschreibung einer öffentlichen Ausschreibung nach der VOB/A im Zweifelsfall so verstehen, dass der AG den Anforderungen der VOB/A an die Ausschreibung entsprechen will. Danach sind die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse der Baustelle so zu beschreiben, dass der Bewerber ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann.“

(s.a. BGH, Urteil vom 12.9.2013 – VII ZR 227/11 = IBR 2013, 664)

42 **Weitere Urteile**

Beispiel: OLG Celle, Urteil vom 21.04.2010 – 14 U 134/09 = IBR 2010, 667:

„Ein Leistungsverzeichnis, dem eine Ausschreibung nach VOB/A zugrundeliegt, ist so auszulegen, dass es den Anforderungen von § 9 VOB/A (a.F.) entspricht. Der Bieter darf es bei Auslegungszweifeln deshalb so verstehen, wie es den Anforderungen der VOB/A entsprechend verstanden werden müsste. Dies heißt, er kann von einer erschöpfenden Beschreibung der von ihm zu erbringenden Leistung ausgehen.“

(s.a. OLG Koblenz, Urteil vom 27.1.1999 – 1 U 420/96 = IBR 2001, 658)

43 **Weitere Urteile**

Beispiel: KG Celle, Beschluss vom 21.11.2014 – Verg 22/13 = VPR 2015, 2228:

„Ein unklares Leistungsverzeichnis ist im Zweifel zu Ungunsten einer Ausschließung von Angeboten auszulegen. Denn der Ausschluss eines Angebots auf der Grundlage inhaltlich unpräziser und damit unklarer Vergabebedingungen ist mit dem Transparenzgebot nicht vereinbar.“

44 **Weitere Urteile**

Abschließende Hinweise:

Ist die Leistungsbeschreibung erkennbar unvollständig und gibt Bieter hierauf Angebot ab, scheiden Mehrvergütungsansprüche aus.

(Ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. BGH, U. v. 09.04.1992 – VII ZR 129/91 = IBR 1992, 349; BGH, U. v. 11.11.1993 – VII ZR 47/93 = IBR 1994, 223; OLG Dresden, U. v. 17.04.2012 – 5 U 842/11 = IBR 2013, 8; OLG Naumburg, U. v. 22.02.2013 – 12 U 120/12 = IBR 2013, 197)

45 **Weitere Urteile**

Abschließende Hinweise:

Liegt eine mit § 7 VOB/A unvereinbare Ausschreibung vor, führt dies nicht dazu, dass anstelle der ausgeschriebenen Leistung eine mit § 7 VOB/A übereinstimmende Leistung Vertragsinhalt wird. § 7 VOB/A enthält kein zwingendes Vertragsrecht.

(BGH, U. v. 27.06.1996 – VII ZR 59/95 = IBR 1996, 487; vgl. auch KG, U. v. 15.07.2004 – 27 U 300/03 = IBR 2005, 521; OLG Köln, U. v. 14.02.2006 – 3 U 41/05 = IBR 2006, 379)

