

wäre die Ausschreibung dennoch vergabewidrig, weil die für die Abbruchmethoden **maßgebende** Festigkeit des Betons nicht angegeben, im Beispielsfall sogar verschwiegen, wäre; es ist nämlich nicht möglich, die Festigkeit eines solchen Betons zum Abbruchzeitpunkt mit hinreichender Genauigkeit theoretisch zu ermitteln. Wenn Details besonders schadensträchtig sind, muss der Auftraggeber sie auch besonders genau planen und in einer jedes Risiko ausschließenden Weise deutlich machen.<sup>60</sup>

Die Beschreibungspflicht gilt nicht nur für die Leistung als solche, sondern auch für die die Ausführung der Leistung beeinflussenden äußeren Umstände, die „Beschaffungsangaben“.<sup>61</sup>

**Wie** und **wo** die Bezeichnung in den Ausschreibungsunterlagen erfolgen muss, ergibt sich aus dem Einzelfall. Allgemein gilt: Die Beschreibung muss dokumentiert sein (Schriftform oder Datenträger); sie muss sich in den Ausschreibungsunterlagen finden und nicht bei Dritten;<sup>62</sup> sie muss klar formuliert sein und vor allem dem Bieter **nicht eigene Untersuchungen** oder Berechnungen aufbürden (ausgenommen bei total-funktionaler Ausschreibung), wobei auch zu beachten ist, dass solche Untersuchungen als Besondere Leistung ausgeschrieben werden können und vergütet werden müssen, aber nicht in der Form, dass der Bieter sich die Beschreibung seiner Leistung selbst erarbeiten muss.<sup>63</sup> Der Auftraggeber „muss“ der Ausschreibung beigefügte Gutachten, z. B. geotechnische Gutachten, selbst auswerten und darf dies nicht dem Bieter überlassen.<sup>64</sup> Eine maßgebende Aussage darf **auch nicht versteckt** und/oder an ungeeigneter Stelle gemacht werden; insoweit lässt sich die für die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis hinsichtlich der „ergänzenden“ Pläne in § 7 Abs. 10 Satz 2 VOB/A getroffene Regelung, dass solche maßgebenden Pläne „eindeutig bezeichnet“ sein müssen, verallgemeinern. Ebenso darf der Auftraggeber **allgemeine** Vertragsaussagen nicht in technischen Aussagen oder gar in Positionstexten verstecken.<sup>65</sup>

**b) Bauvertragliche Bedeutung.** Je nach Einzelfall und je nach der angesprochenen Ebene **19** allgemeiner Vertragsaussage oder konkreter Einzelbeschreibung kann in Betracht kommen, dass Ausschreibungen, die den Anforderungen des § 7 Abs. 1 Nr. 2 nicht genügen, AGB-rechtlich (§§ 305 ff. BGB) wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot oder die allgemeine Klausel des § 307 BGB unwirksam sind.<sup>66</sup> Die Unwirksamkeit ändert aber nichts an dem entsprechenden **vergaberechtlichen** Verbot unklarer Ausschreibung.

Zur bauvertraglichen Bedeutung ansonsten siehe Rdn. 40.

**3. § 7 Abs. 1 Nr. 3 – Kein ungewöhnliches Wagnis. a) Vergaberechtliche Bedeutung.** **20** § 7 Abs. 1 Nr. 3 bestimmt, dass „dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden darf für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.“ Die Vorschrift gilt für alle Ausschreibungsformen, auch z. B. für Baukonzessionen im ÖPP-Modell.<sup>67</sup>

§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist – wie § 7 VOB/A insgesamt – eine vergaberechtliche Regel; was **vergaberechtlich** für den öffentlichen Auftraggeber verboten ist („... darf kein“), lässt die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrages unberührt, im Verhältnis zwischen privatem Auftraggeber und Auftragnehmer ohnehin, sowieso bei einem Individualvertrag; beim Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber wirkt allerdings § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zivilrechtlich als Auslegungsmaßstab zu dessen Lasten (s. Rdn. 27). Es ist also nicht richtig, dass § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A eine Generalklausel des Bauvertragsrechts sei, um die Lauterkeit des Rechtsverkehrs zu wahren.<sup>68</sup>

<sup>60</sup> OLG Düsseldorf BauR 2002, 652.

<sup>61</sup> Zum Begriff näher VOB/B § 2 Rdn. 41 ff., 48. Zur Beschreibung der Baugrund- und Wasserverhältnisse Rdn. 39. Zur Bedeutung der „0“-Abschnitte der VOB/C Rdn. 41. Zur Verwendung verkehrsbüchlicher Bezeichnungen Rdn. 44.

<sup>62</sup> Zur vertragsrechtlichen Auslegung, wenn der Text doch auf „einschbare Unterlagen“ verweist VOB/B § 2 Rdn. 70–72.

<sup>63</sup> Zutreffend Prieß, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A § 7 Rdn. 41; Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion VOB/A, § 7 Rdn. 32. Zur vertragsrechtlichen Betrachtung VOB/B § 2 Rdn. 106, 107. Zur vergaberechtlichen Zulässigkeit ergänzend auch Rdn. 22.

<sup>64</sup> Zutreffend Raufeisen, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht VOB/A § 7 Rdn. 30. S. auch Rdn. 18.

<sup>65</sup> Zur entsprechenden AGB-rechtlichen Problematik VOB/B § 2 Rdn. 56.

<sup>66</sup> Näher VOB/B § 2 Rdn. 50 ff.

<sup>67</sup> Näher Roth NZBau 2006, 84.

<sup>68</sup> So aber Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion VOB/A § 7 Rdn. 2.

Die VOB/A gibt unmittelbar keinerlei Erläuterung dazu, was sie unter „Wagnis“ und unter gewöhnlichem und ungewöhnlichem Wagnis versteht. Ein Ansatzpunkt könnte der herkömmliche – wenn auch verfehlt<sup>69</sup> – Begriff „Wagnis“ bei Kalkulationen (Zuschlag von „Wagnis und Gewinn“) sein. Kalkulatorisch soll damit aber das „allgemeine Unternehmensrisiko“ erfasst werden, also die Wagnisse, die nicht objektspezifisch bewertbar sind, was offensichtlich hier nicht passt. Kostenkalkulatorisch in Form eines Risikozuschlags werden dagegen Risiken dieses konkreten Bauprojekts erfasst, z. B. ein Hochwasserrisiko oder eine Kostenveränderung bei lang laufender Baustelle. Aber auch das bleibt problematisch. Wirklich „ungewöhnliche Risiken“ sind auch per Risikozuschlag mangels Quantifizierbarkeit nicht sachgerecht zu erfassen; darüber hinaus werden **Angebote unvergleichbar**. Jedenfalls helfen solche kalkulatorischen Überlegungen nicht ernsthaft weiter bei der Auslegung des Begriffs „ungewöhnliches Wagnis“.

Die Unterscheidung muss daher nach anderen Kriterien getroffen werden: Maßgebend sind einmal die grundsätzlichen Vergabekriterien des GWB – Wettbewerbsprinzip, Gleichheitsgebot, Transparenz, aber wegen § 97 Abs. 3 GWB auch der Schutz mittelständischer Interessen –, zum anderen die Funktions- und Risikozuteilung der VOB/A; ein Anhaltspunkt ist auch § 6 Abs. 2 Nr. 1a VOB/B, der bei Umständen „aus dem Risikobereich des Auftraggebers“ Fristverlängerung gewährt.<sup>70</sup>

Dabei müssen aber diese Kriterien demnach alle **kalkulationsbezogen** geprüft werden; das Risiko muss so beschaffen sein, dass es nicht im Voraus (hinreichend sicher) erfassbar ist.<sup>71</sup> Anders ausgedrückt: **Ungewöhnliches Wagnis** im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist ein Risiko, das **kalkulatorisch** a) wegen des Grades seiner Ungewissheit und der unbekannteren Größenordnung **erhebliche** finanzielle oder zeitliche, letztlich unkalkulierbare Auswirkungen haben kann **und** b) das von der im Gesetz oder in der VOB vorgesehenen Risikoverteilung zwischen (öffentlichem) Auftraggeber und Auftragnehmer **abweicht**. Ungewöhnlich wird ein kalkulatorisches Risiko dann, wenn sich eine Eintrittswahrscheinlichkeit nicht hinreichend sicher voraussehen lässt und wenn sich das resultierende Kostenrisiko nicht quantifizieren lässt. Beispielsweise führt der Auftraggeber bei der Ausschreibung der Munitionsräumung auf einem Truppenübungsplatz die Vorerkundung auf Testfeldern nicht vollständig durch und verschweigt sogar Vorerkundungsergebnisse aus einem besonders hoch belasteten Testfeld.<sup>72</sup> Der Auftragnehmer kann den Eintritt des Risikos weder voraussagen noch der Höhe nach berechnen, er kann auch den Eintritt oder die Eintrittswahrscheinlichkeit nicht beeinflussen.<sup>73</sup> Selbst wenn eine „worst case“-Kalkulation möglich wäre – und mit einem theoretisch errechenbaren Risikozuschlag bewertet werden könnte – ist das kein realer, einer kaufmännischen Kostenkalkulation zugrundezulegender Faktor, das Risiko bleibt „ungewöhnlich“;<sup>74</sup> Deshalb ist es z. B. ungewöhnliches Wagnis, dem Bieter das Setzungsrisiko einer Mülldeponie aufzuerlegen.<sup>75</sup> Dass das Risiko „ungewöhnlich“ ist, reicht aus; keineswegs muss „**jedes** bei Vertragsschluss voraussehbare Maß“ überschritten werden, die potentiellen Folgen müssen nur „schwerwiegend“ sein; der Maßstab ist **geringer** als bei der Beurteilung der „Störung der Geschäftsgrundlage“.<sup>76</sup> Die Überlegung, ungewöhnlich sei ein Wagnis nicht, wenn die potentiellen Folgen durch eine „besonders hohe Vergütung“ **kompensiert** (abgesichert) würden,<sup>77</sup> überzeugt nicht. Ein unkalkulierbares Risiko kann man vorab durch eine besonders hohe Vergütung vielleicht mildern, aber nicht ausgleichen. Vor allem aber: Es geht um einen Bieterwettbewerb – wie soll der Bieter Gewissheit haben, dass er „mit einem besonders hohen Vergütungsangebot“ überhaupt den Zuschlag erhält?

- 21** Was zum „Risikobereich“ des Auftraggebers gehört (siehe § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit a VOB/B), darf dieser nicht auf den Auftragnehmer abwälzen. Als erstes muss demgemäß der Auftraggeber sein

<sup>69</sup> Näher VOB/B § 2 Rdn. 139; Schubert/Reister Jahrbuch Baurecht 1999, 253.

<sup>70</sup> Zu Letzterem VOB/B § 6 Rdn. 18–22.

<sup>71</sup> Selbstverständlich, ebenso z. B. Prieß NZBau 2004, 87.

<sup>72</sup> OLG Naumburg NZBau 2006, 267, nur Leitsatz = VergabeR 2006, 276 mit Anm. Quack und schon Urteil vom 22.1.2002, BauR 2002, 833; zu verschwiegenen Erkenntnissen auch oben Rdn. 13; Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg, VOB/A § 7 Rdn. 53.

<sup>73</sup> Dazu auch Roth NZBau 2006, 84; weiter Schottke Festschrift Thode, S. 155.

<sup>74</sup> Zutreffend 1. Vergabekammer Bund, Beschluss vom 26.10.2004, VK1–120/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.10.2001, Verg 28/01.

<sup>75</sup> Vgl. OLG München NZBau 2004, 274.

<sup>76</sup> Ebenso Raufeisen, in: Willenbruch/Wiedekind VOB/A § 7 Rdn. 35, Fn. 45.

<sup>77</sup> Dazu Prieß NZBau 2004, 87, mit Nachweisen. Unrichtig deshalb OLG Koblenz, Urteil vom 19.5.2006, 8 U 69/05; Weyand Vergaberecht, VOB/A § 9 Rdn. 4159.

**Investitionsrisiko** selber tragen.<sup>78</sup> Der Auftraggeber trägt z. B. selbst das Risiko der Finanzierbarkeit und der Veränderung von Finanzierungsbedingungen, das (finanzielle) Risiko der Änderung von Gesetzen oder anerkannter Regeln der Technik nach Vertragsabschluss, das (zeitliche und finanzielle) Risiko, dass eine Verlängerung der ausgeschriebenen Bauzeit notwendig wird, weil ein Mitbieter ein (erfolgloses) **Nachprüfungsverfahren** betrieben hat (dazu VOB/A § 10 Rdn. 36 ff.), das Risiko der (generellen) Zugänglichkeit der Baustelle oder nachträglichen Veränderung der Zugänglichkeit, das Risiko der **Beschaffung und Richtigkeit** von Beschaffungsangaben, z. B. zum Baugrund,<sup>79</sup> das Risiko der rechtzeitigen und mangelfreien Bereitstellung des Baugrundstückes,<sup>80</sup> das Risiko behördlichen (unvorhersehbaren) Eingreifens. Umgekehrt begründen die werkvertraglichen typischen Risiken des Auftragnehmers kein ungewöhnliches Wagnis.

Der Auftraggeber muss weiter **funktionsgerecht** ausschreiben, was bedeutet, dass sich die **Bestimmung eines ungewöhnlichen Risikos nach dem Vertragstyp** richtet. Schreibt der Auftraggeber mit Leistungsverzeichnis als Einheitspreisvertrag aus, so ist z. B. die Beibringung der Baugenehmigung sein Risiko (§ 4 Abs. 1 Satz 2 VOB/B), ebenso die rechtzeitige Übergabe der zur Ausführung notwendigen Unterlagen (§ 3 Abs. 1 VOB/B). Schreibt dagegen der Auftraggeber im Rahmen einer (zulässigen) funktionalen Leistungsbeschreibung, z. B. nach Leistungsprogramm, aus, so kann die Beschaffung der Baugenehmigung jedenfalls beim Totalunternehmervertrag durchaus Sache des Auftragnehmers sein, erst recht hat der Auftragnehmer seine Pläne beizubringen. Bei dieser funktionalen Ausschreibung, bei der der Auftragnehmer selbst (auch) die Ausführungsplanung zu liefern hat, ist es kein ungewöhnliches Risiko, sondern selbstverständliche Folge, dass der Auftragnehmer selbst die zu leistende Menge ermitteln muss. Beim Pauschalvertrag ist diese auftragnehmerseitige Mengenermittlung ebenfalls dann selbstverständlich, also kein ungewöhnliches Risiko, wenn der Auftraggeber Mengenermittlungsparameter liefert. Wenn aber der Auftraggeber die Ausführungsplanung schuldet, aber sie zurzeit der Ausschreibung noch nicht vorlegt, wenn der Auftragnehmer beim Pauschalvertrag also endgültige Mengen nicht ermitteln kann, ist die Überwälzung dieses Risikos **jedenfalls dann** ungewöhnliches Wagnis, wenn er auf der Basis der der Ausschreibung zugrunde liegenden Pläne Mengen auch nicht annähernd ermitteln kann. Danach ist auch die **vergaberechtliche** Zulässigkeit der Ausschreibung im BGH-Fall „**Kammerschleuse**“ zu beurteilen: Der Auftragnehmer hatte für die Bemessung einer Zwangsbeanspruchung eine Flächenbewehrung bei einer Schleuse zu erstellen; für den daraus zu ermittelnden Stahlverbrauch war ein Pauschalpreis vorgesehen, die ausgeschriebene Mindestbewehrung erwies sich als zu gering. Auch wenn der Bieter den Stahlverbrauch nicht genau kennen konnte, so ist das überbürdete Risiko nicht ungewöhnlich, **solange** es als Erfahrungswissen **Bandbreiten** des Stahlverbrauches gab, sein Preisrisiko lag **dann** innerhalb dieser Bandbreiten; die Ausschreibung war also nur **dann** funktionsgerecht und überbürdete nur dann dem Bieter kein ungewöhnliches Risiko.<sup>81</sup> Ob das im BGH-Fall so war, lässt sich ohne weitere Kenntnis des Sachverhalts nicht beurteilen.

Nicht funktionsgerecht und damit ungewöhnliches Risiko ist überhaupt jegliche **Freizeichnung** für die **Richtigkeit** eigener auftraggeberseitiger Planung oder Unterlagen oder des vom Auftraggeber selbst vorgeschriebenen Bauverfahrens. Das gilt entsprechend auch für Komplettheitsklauseln, z. B. eine Schlüsselfertigklausel dann, wenn der Auftraggeber die vollständige Ausführungsplanung selbst erbracht hat (näher VOB/B § 2 Rdn. 270, 267, 268).

Deshalb ist es ungewöhnliches Wagnis, wenn dem Bieter ein „unbeschreibbares Mehr“ als Leistung auferlegt wird in Form von Komplettheit und Gebrauchstauglichkeit trotz **auftraggeberseitiger** Planung, ohne dass er sein Risiko hinsichtlich möglicher Mängel dieser Planung,

<sup>78</sup> Zustimmend Raufeisen, in: Willenbruch/Wiedekind VOB/A § 7 Rdn. 36.

<sup>79</sup> Ebenso z. B. Franke/Kaiser, in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen VOB/A § 7 Rdn. 53; Heiermann, in: Heiermann/Riedl/Rusam VOB/A § 9 Rdn. 17.

<sup>80</sup> Für das zeitliche Risiko unbestritten, vgl. BGH „Schürmannbau/Hagedorn II“ BauR 1997, 1021; BGH BauR 1990, 210; zum finanziellen Risiko vgl. VOB/B § 6 Rdn. 61–63.

<sup>81</sup> BGH „Kammerschleuse“ BauR 1997, 126; VK Düsseldorf, 29.7.2011 – VK 19/2011, NZBau 2011, 637; Kapellmann/Ziegler NZBau 2005, 65, 67; zur zivilrechtlichen Beurteilung VOB/B § 2 Rdn. 29, **86**, 249. Im Fall OLG Köln IBR 2002, 347, Revision vom BGH nicht angenommen, waren „**leichte Spundbohlen**“ ausgeschlossen, sofern „nicht aus statischen Gründen größere Profile erforderlich werden“; die statische Berechnung war dem Auftragnehmer (Bieter) übertragen. Tatsächlich wurden schwere Spundbohlen erforderlich, die um das Zehnfache teurer waren. **Vergaberechtlich** war die Bandbreite überschritten, die Ausschreibung also unzulässig (was wenig nützt, weil man das zu spät merkt). Zur zivilrechtlichen Beurteilung VOB/B § 2 Rdn. 116, 249.

den Beseitigungsaufwand usw. abschätzen kann.<sup>82</sup> Überhaupt sind Bestätigungsklauseln für fremde Leistung ungewöhnliches Wagnis.<sup>83</sup> Dasselbe gilt, wenn unbestimmt oft und ohne Vergütung Geräte, Stoffe und Hilfskonstruktionen bei Hochwasser aus- und wieder eingebaut werden müssen.<sup>84</sup> Insgesamt kann sich das ungewöhnliche Risiko also insbesondere auch einzeln oder in Kombination aus Vertragsklauseln ergeben; entsprechende Klauseln sind häufig schon zivilrechtlich wegen Verstoßes gegen AGB-Recht unwirksam, nichtsdestotrotz sind sie auch vergaberechtlich unzulässig.<sup>85</sup>

- 24 Weiter sind ungewöhnliches Risiko **Mengen-** bzw. **Preisberechnungsklauseln**, die für den Auftragnehmer in Wirklichkeit **unberechenbar** sind, Beispiel: BGH „Auflockerungsfaktor“<sup>86</sup> oder Beschaffenheitsangaben, die keine konkrete Aussage enthalten, sondern vom Bieter unlösbare Berechnungen verlangen (z. B. Abbrucharbeiten an „B 35 zum Herstellungszeitpunkt“).<sup>87</sup> In dieselbe Kategorie gehört das Verbot, einen Bauvertrag ohne Baufristen auszusprechen.<sup>88</sup>

Ebenso unzulässig ist jede Art von Überwälzung eines Verwendungsrisikos.<sup>89</sup>

Fehlt zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch eine erforderliche öffentlich-rechtliche Genehmigung, ist die Ausschreibung nur zulässig, wenn die Vergabestelle durch eine geeignete Vertragsgestaltung dafür sorgt, dass der Bieter insoweit nicht das Risiko übernehmen muss.<sup>90</sup>

Bei länger dauernden Bauvorhaben ist nach § 9 Abs. 9 VOB/A unter bestimmten Voraussetzungen eine **Gleitklausel** zu vereinbaren. Zur vergaberechtlichen Beurteilung kommt es auf die Voraussetzungen dieser Spezialvorschrift an.

- 25 Die Überschreitung eines ungewöhnlichen Wagnisses wird nicht dadurch vergaberechtlich zulässig, dass der Auftraggeber darauf hinweist,<sup>91</sup> auf diese Weise könnte sonst das entsprechende Verbot leichtestens unterlaufen werden.

- 26 Schellenberg stellt einen Katalog von 23 unzulässigen und 18 zulässigen Klauseln anhand der Entscheidungen von Vergabekammern oder Oberlandesgerichten auf.<sup>92</sup> Einzelne der ablehnenden Entscheidung sind aber mehr als zweifelhaft, so z. B.

– Bieter soll für Beschaffung immissionsschutzrechtliche Genehmigung verantwortlich sein; das sei zu verantworten, weil dem Bieter ein preisliches Anpassungsangebot nach § 2 Abs. 3 VOB/B (sic!) zustünde.<sup>93</sup> Neben allem anderen verkennt das OLG gänzlich die völlig unbestimmbar zeitlichen Auswirkungen.

– Bei der Sanierung des Olympiastadions Berlin soll die Übertragung des Kontaminationsrisikos kein ungewöhnliches Wagnis sein (Formulierung: „Der Bieter trägt alle beim Abriss auftretenden Besonderheiten“). Das ist gänzlich verfehlt<sup>94</sup> und auch noch ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A.

– Eine Frist von 2 Jahren zwischen Ablauf der Angebotsfrist und Arbeitsbeginn bei sechsjähriger Vertragsdauer soll kein ungewöhnliches Wagnis sein.<sup>95</sup>

- 27 **b) Bauvertragliche Bedeutung.** § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A hat für den öffentlichen Auftraggeber oft zivilrechtliche Konsequenzen: Einmal sind im Zweifel Vertragsvereinbarungen des **öffentlichen** Auftraggebers dahin auszulegen, dass er „VOB-konform“ ausgeschrieben hat, also

<sup>82</sup> VK Düsseldorf, 29.7.2011 – VK 19/2011, NZBau 2011, 637.

<sup>83</sup> VK Bund, 28.1.2008, VK 3–154/07; VK Düsseldorf a. a. O.

<sup>84</sup> VK Düsseldorf, a. a. O.

<sup>85</sup> Beispiele VOB/B § 2 Rdn. 61, 82.

<sup>86</sup> BauR 1997, 466. Ebenso beinhaltet eine Ausschreibung vergaberechtswidrig ein „ungewöhnliches Wagnis“, wenn eine Leistungsbeschreibung unklar lässt, ob die zu erbringende Leistung **10% über oder unter** der veranschlagten Gesamtzahl liegen könnte, OLG Saarbrücken BauRB 2003, 177; OLG Celle, 29.10.2009, 13 Verg 8/09.

<sup>87</sup> Näher VOB/B § 2 Rdn. 41, Fn. 74, Rdn. 116; siehe auch Rdn. 9, 17.

<sup>88</sup> BGH NZBau 2011, 593 = BauR 2011, 503.

<sup>89</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.5.2005, VII Verg 77/02.

<sup>90</sup> VK Düsseldorf, 3.3.2000, VK-1/2000-L; Wagner-Cardonal/Scharf/Dierkes, NZBau 2012, 74.

<sup>91</sup> Unrichtig deshalb OLG Naumburg vom 15.12.2005, 1 U 15/05; Weyand Vergaberecht, VOB/A § 9 Rdn. 4146.

<sup>92</sup> Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg VOB/A § 7 Rdn. 53, 54.

<sup>93</sup> OLG Naumburg, 22.1.2002, 1 U (Kart) 2011.

<sup>94</sup> KG vom 14.4.2006, 21 U 5/03, NZBau 2006, 291 = BauR 2006, 836, dazu Kapellmann/Schiffers Band 2, Rdn. 564 Fn. 711. Das Urteil ist auch zivilrechtlich ganz falsch.

<sup>95</sup> VK Lüneburg, 8.5.2006, VgK-7/2006. Das ist heute nichts anderes als ein unzulässiger Umgehungsversuch zur Rechtsprechung des BGH zum verschobenen Zuschlag → § 10 VOB/A, Rdn. 32–40.

im Zweifel dem Auftragnehmer gerade kein ungewöhnliches Wagnis aufbürden wollte.<sup>96</sup> Treten Sachverhalte doch ein, die sich als außergewöhnliches Wagnis darstellen, ist diese Situation nicht vom Bausoll umfasst, sondern Bausoll-Bauist-Abweichung, begründet also Nachtragsansprüche des Auftragnehmers.<sup>97</sup>

Gegenüber dem **privaten** Auftraggeber gilt § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nicht, es kommen höchstens Ansprüche wegen Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht (näher VOB/B § 2 Rdn. 122).

**4. § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 – Eventualpositionen (Bedarfspositionen), Alternativpositionen (Wahlpositionen).** Die Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung würde entscheidend beeinträchtigt, wenn der Auftraggeber in größerem oder sogar großem Umfang Bedarfspositionen (Eventualpositionen) in die Ausschreibung aufnehmen dürfte. Eventualpositionen sind Vergütungsregeln für künftige geänderte oder zusätzliche Leistungen, deren Anordnung sich der Auftraggeber noch vorbehält.<sup>98</sup> Bei ihnen steht also nicht fest, ob die zugrunde liegenden modifizierten Leistungen kommen, aber wohl wie sie vergütet werden, wenn sie angeordnet werden. Es liegt auf der Hand, dass ein Auftraggeber durch eine Häufung von Eventualpositionen eine Ausschreibung völlig intransparent machen kann und so Manipulationen Tür und Tor geöffnet ist. Im Rahmen der VOB 2000 war deshalb § 9 Nr. 1 a. F. sachgerecht um den Satz ergänzt worden, dass „**Eventualpositionen nur ausnahmsweise in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden dürfen**“. Die VOB 2009 hat nun erfreulicherweise in § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 geregelt, dass Eventualpositionen „grundsätzlich“ **nicht** in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden dürfen. Ein Bieter kann bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte die fehlerhafte Aufnahme von Eventualpositionen im Nachprüfungsverfahren verfolgen. Die vergaberechtliche Unzulässigkeit ist hier ausnahmsweise mit der zivilrechtlichen Unwirksamkeit der Eventualpositions-Klausel in Teilbereichen untrennbar verbunden: Eine Eventualposition ist ja nichts anderes als ein Preisangebot des Bieters/Auftragnehmers für künftige Leistungen, also ein Angebot mit unbestimmt langer Bindefrist. Beim öffentlichen Auftraggeber führt nach der Grundsatzentscheidung „Bindefrist“ des BGH eine Überschreitung der Angebotsbindefrist des § 16 Abs. 6 VOB/A von 30 Kalendertagen in den Vergabebedingungen zur Nichtigkeit dieser Bestimmung und im Ergebnis zum Ende der Angebotsbindefrist, wenn nicht hinreichende und gegebenenfalls nachprüfbar Gründe eine angemessene längere Bindung ausnahmsweise rechtfertigen.<sup>99</sup> Da wegen der unbestimmt langen Bindefrist schon immer eine Eventualposition überhaupt nur „ausnahmsweise“ wirksam begründet werden konnte, deckt sich das teilweise mit der Vergabebestimmung des § 7, wonach Eventualpositionen grundsätzlich nicht in die Ausschreibung aufgenommen werden dürfen, wenn auch bei der Bewertung nach § 10 Abs. 6 VOB/A das Gewicht auf der möglicherweise zu langen Dauer der Bindefrist liegt, während § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/A das generelle „Ob“ von Eventualpositionen behandelt.

Die Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot von Eventualpositionen bedeutet als erstes, dass es für die Ausnahme vom Regelfall **objektive** Gründe für die Annahme geben muss, die Notwendigkeit der Leistung könne noch nicht hinreichend sicher beurteilt werden, auf der anderen Seite spreche aber eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Auftreten und damit dafür, sie nicht im Rahmen des allgemeinen Systems von Nachvergütungen, sondern mit einem konkreten Preis schon jetzt zu bewerten. Objektive Gründe können nie aus eigenen Versäumnissen des Auftraggebers resultieren: Wenn also der Auftraggeber z. B. im Zusammenhang mit Gründungsarbeiten als „Ausnahme“ Eventualpositionen ausschreibt, weil keine Sicherheit bezüglich der Baugrundbeschaffenheit besteht, so ist das nur dann objektiver Grund, wenn der Auftraggeber die Bodenverhältnisse sachgerecht hat untersuchen lassen (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A) und trotz des geotechnischen Gutachtens ernsthaft Unsicherheitsfaktoren verbleiben; Eventualpositionen dürfen also nie dazu dienen, schlampige Erkundung oder Planung des Auftraggebers zu überdecken.<sup>100</sup>

Ebenso wenig darf über die Einfügung von Eventualpositionen das Verbot des § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A umgangen werden, dem Bieter ein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Kalkulation von Leistungen, von denen unbekannt ist, **wann** sie auszuführen sind und **in welcher Menge** sie auszuführen sind, sachgerecht nicht

<sup>96</sup> **Einzelheiten** VOB/B § 2 Rdn. 117, 118 und oben Rdn. 3, 4.

<sup>97</sup> Dazu alle Einzelheiten VOB/B § 2 Rdn. 114–116 und oben Rdn. 3, 4.

<sup>98</sup> Zum Begriff näher VOB/A § 4 Abs. 1, 2 Rdn. 17.

<sup>99</sup> BGH „Bindefrist“ BauR 1992, 221; zum Problem näher VOB/A § 4 Abs. 1, 2 Rdn. 18.

<sup>100</sup> OLG Saarbrücken NZBau 2003, 158; OLG Saarbrücken NZBau 2003, 625.

möglich ist. Deshalb ist **vergaberechtlich** jedenfalls die Ausschreibung von Eventualpositionen ohne **Vordersätze immer unzulässig**, im Gegenteil sind möglichst genaue Mengensätze anzugeben.<sup>101</sup>

- 32** Der besondere Ausnahmecharakter von Eventualpositionen verbietet es demgemäß, einen nennenswerten Anteil, sei es mengenmäßig, sei es wertmäßig der Gesamtleistung über Eventualpositionen auszuschreiben. Die im Vergabehandbuch des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen 2002 Fassung Februar 2006 in der Erläuterung 4.2 zu § 9 VOB/A genannte Grenze, dass „in der Regel **10%** des geschätzten Auftragswertes nicht überschritten werden darf“, war **viel zu hoch** – bei einer solchen Größenordnung wurde jedenfalls die Absicht, Manipulationen möglichst auszuschließen, eindeutig verfehlt.<sup>102</sup> Wenn heute das Vergabehandbuch 2008 Stand Mai 2010 (Formular 100) sowohl Bedarfs- wie Wahlpositionen nicht nur grundsätzlich, sondern ausnahmslos in 4.6 der Allgemeinen Richtlinien zum Vergabeverfahren verbietet, wird deutlich, dass Ausnahmen vom Regelfall des § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/A nur in seltenen Fällen in Betracht kommen und auf keinen Fall umfangmäßig ins Gewicht fallen dürfen. Heute immer noch Größenordnungen von 10% Anteil an Eventualpositionen für zulässig zu erachten, läuft der Absicht der VOB/A also diametral entgegen;<sup>103</sup> im Gegenteil ist angesichts des mit der VOB/A zugespitzten Wortlauts ein zulässiger Rahmen nahezu nicht mehr erkennbar.<sup>104</sup>
- 33** Wie Eventualpositionen zu werten sind, erläutern wir unter VOB/A § 16.
- 34** **Alternativpositionen**<sup>105</sup> (**Wahlpositionen**) werden in der VOB/A nicht aufgeführt. Das Vergabehandbuch verbietet sie generell (Rdn. 32). Sie sind Ausnahmefall und nur zulässig, „wenn ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers besteht, die zu beauftragende Leistung in den betreffenden Punkten einstweilen offen zu halten“. Der Auftraggeber muss dem Bieter **vorab** die Kriterien bekannt geben, die für die Inanspruchnahme der ausgeschriebenen Wahlposition maßgebend sein sollen. Im entschiedenen Fall verlangte das OLG die Bekanntgabe einzelner Kriterien, nämlich Preis (begrenzte Haushaltsmittel), bevorzugte Ausführungsvariante, Reihenfolge der Varianten.<sup>106</sup>
- 35** **5. § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 – angehängte Stundenlohnpositionen.** Nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/A dürfen „angehängte Stundenlohnarbeiten nur in dem unbedingt erforderlichen Umfang in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden“. Das korrespondiert mit § 4 Abs. 2 VOB/A, wonach „Bauleistungen geringeren Umfangs, die überwiegend Lohnkosten verursachen“, im Stundenlohn vergeben werden dürfen. Generell dürfen also nur Bauleistungen „geringeren Umfangs“<sup>107</sup> im Stundenlohn vergeben werden. Handelt es sich um angehängte Stundenlohnarbeiten, so dürfen auch „Bauleistungen geringeren Umfangs“ nur in dem unbedingt erforderlichen Umfang“<sup>107</sup> ausgeschrieben werden. Angehängte Stundenlohnarbeiten sind solche, die im Zusammenhang mit Leistungsverträgen ausgeschrieben werden. Die Aufnahme von angehängten Stundenlohnarbeiten in größerem Umfang ist ein Zeichen dafür, dass die Leistungsbeschreibung ungenau ist, gerade das ist aber vergaberechtlich unzulässig.
- 36** **6. § 7 Abs. 1 Nr. 5 – Zweck und Beanspruchung der Leistung – vergaberechtliche Bedeutung.** „Erforderlichenfalls sind auch der Zweck und die vorgesehene Beanspruchung der Leistung anzugeben“, § 7 Nr. 1 Abs. 5 (bisher § 9 Nr. 3 Abs. 2). Erforderlichenfalls, das heißt, dass dann, wenn es für das Verständnis der Leistungsbeschreibung und die Richtigkeit der Kalkulation im Einzelfall notwendig ist, Zweck und/oder Beanspruchung der Leistung genannt werden müssen. Beispiel: Eine Leistungsbeschreibung für ein Hochregallager muss benennen, ob auch Gabelstapler auf Kleinrollen eingesetzt werden, weil daraus eine besondere punktförmige Belastung resultiert. In erster Linie wendet sich die Vorschrift intern an den ausschreibenden

<sup>101</sup> Die Meinungen der Vergabekammern schwankten zwischen 5% und 10% als absolute Grenze oder nur als Anhaltspunkt, Nachweise bei Prieß NZBau 2004, 20, 27. Prieß selbst hielt 10% für einen Anhaltspunkt, 15% dagegen für eine absolute Obergrenze. Maßstab musste sein, ab welcher Größenordnung Eventualpositionen geradezu zu Manipulationen einladen – und da sind selbst 5%, wenn es sich nicht um ganz besondere Ausnahmefälle handelt, schon mehr als kritisch.

<sup>102</sup> Raufeisen, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, VOB/A § 7 Rdn. 46.

<sup>103</sup> So Prieß, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A § 7 Rdn. 70.

<sup>104</sup> Bernhardt, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB/A § 7 Rdn. 18.

<sup>105</sup> Zum Begriff VOB/A § 4 Abs. 1, 2 Rdn. 14–16.

<sup>106</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2004, 463.

<sup>107</sup> Dazu VOB/A § 4 Abs. 1, 2 Rdn. 38.

Auftraggeber; wenn nämlich die entsprechenden notwendigen Angaben fehlen, hat der Auftraggeber je nach Fall keine Mängelansprüche gegen den Auftragnehmer. Sekundär dient die Vorschrift auch dem Schutz des Bieters: Er soll davor bewahrt werden, sich einer im Ausgang möglicherweise zweifelhaften Auseinandersetzung über seine Mängelverantwortung ausgesetzt zu sehen.<sup>108</sup>

**7. § 7 Abs. 1 Nr. 6 – Verhältnisse der Baustelle – vergaberechtliche Bedeutung.** „Die für die Ausführung der Leistung **wesentlichen Verhältnisse der Baustelle**, z. B. Boden- und Wasserverhältnisse, sind so zu beschreiben, dass der Bewerber ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann“, § 7 Abs. 1 Nr. 6. Welche Angaben insbesondere, also beispielhaft, erforderlich sind, wird generell in Abschnitt 0 der DIN 18 299 mit der Aufgliederung „0.1 **Angaben zur Baustelle** (0.1.1-0.1.22)“ und „0.2 **Angaben zur Ausführung** (0.2.1-0.2.21)“ genannt. Für jedes Einzelgewerk enthält die entsprechende Fach-DIN ebenfalls in Abschnitt 0 entsprechende gewerkespezifische Angaben. Die Pflicht, auch diese Hinweise zu beachten, betont die VOB/A in § 7 Abs. 1 Nr. 6 noch einmal besonders, also nicht nur die Pflicht zur Beschreibung der Baustelle.

Die für den Auftraggeber zwingenden „Hinweise“, die er „nach den Erfordernissen des Einzelfalles“ beachten muss, lauten:

**DIN 18 299 – Ausgabe April 2010**

**0.1 Angaben zur Baustelle**

0.1.1 Lage der Baustelle, Umgebungsbedingungen, Zufahrtsmöglichkeiten und Beschaffenheit der Zufahrt sowie etwaige Einschränkungen bei ihrer Benutzung.

0.1.2 Besondere Belastungen aus Immissionen, besondere klimatische oder betriebliche Bedingungen.

0.1.3 Art und Lage der baulichen Anlagen, z. B. auch Anzahl und Höhe der Geschosse.

0.1.4 Verkehrsverhältnisse auf der Baustelle, insbesondere Verkehrsbeschränkungen.

0.1.5 Für den Verkehr freizuhaltende Flächen.

0.1.6 Art, Lage, Maße und Nutzbarkeit von Transporteinrichtungen und Transportwegen, z. B. Montageöffnungen.

0.1.7 Lage, Art, Anschlusswert und Bedingungen für das Überlassen von Anschlüssen für Wasser, Energie und Abwasser.

0.1.8 Lage und Ausmaß der dem Auftragnehmer für die Ausführung seiner Leistungen zur Benutzung oder Mitbenutzung überlassenen Flächen, Räume.

0.1.9 Bodenverhältnisse, Baugrund und seine Tragfähigkeit, Ergebnisse von Bodenuntersuchungen.

0.1.10 Hydrologische Werte von Grundwasser und Gewässern. Art, Lage, Abfluss, Abflussvermögen und Hochwasserverhältnisse von Vorflutern. Ergebnisse von Wasseranalysen.

0.1.11 Besondere umweltrechtliche Vorschriften.

0.1.12 Besondere Vorgaben für die Entsorgung, z. B. Beschränkungen für die Beseitigung von Abwasser und Abfall.

0.1.13 Schutzgebiete oder Schutzzeiten im Bereich der Baustelle, z. B. wegen Forderungen des Gewässer-, Boden-, Natur-, Landschafts- oder Immissionsschutzes; vorliegende Fachgutachten oder dergleichen.

0.1.14 Art und Umfang des Schutzes von Bäumen, Pflanzenbeständen, Vegetationsflächen, Verkehrsflächen, Bauteilen, Bauwerken, Grenzsteinen und dergleichen im Bereich der Baustelle.

0.1.15 Im Baugelände vorhandene Anlagen, insbesondere Abwasser- und Versorgungsleistungen.

0.1.16 Bekannte oder vermutete Hindernisse im Bereich der Baustelle, z. B. Leitungen, Kabel, Dräne, Kanäle, Bauwerksreste und, soweit bekannt, deren Eigentümer.

0.1.17 Vermutete Kampfmittel im Bereich der Baustelle, Ergebnisse von Erkundungs- oder Beräumungsmaßnahmen.

0.1.18 Gegebenenfalls gemäß der Baustellenverordnung getroffene Maßnahmen.

0.1.19 Besondere Anordnungen, Vorschriften und Maßnahmen der Eigentümer oder der anderen Weisungsberechtigten von Leitungen, Kabeln, Dränen, Kanälen, Straßen, Wegen, Gewässern, Gleisen, Zäunen und dergleichen im Bereich der Baustelle.

0.1.20 Art und Umfang von Schadstoffbelastungen, z. B. des Bodens, der Gewässer, der Luft, der Stoffe und Bauteile; vorliegende Fachgutachten oder dergleichen.

0.1.21 Art und Zeit der vom Auftraggeber veranlassten Vorarbeiten.

0.1.22 Arbeiten anderer Unternehmer auf der Baustelle.

**0.2 Angaben zur Ausführung**

<sup>108</sup> Ebenso Prieß, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A § 7 Rdn. 80.

0.2.1 *Vorgesehene Arbeitsabschnitte, Arbeitsunterbrechungen und Arbeitsbeschränkungen nach Art, Ort und Zeit sowie Abhängigkeit von Leistungen anderer.*

0.2.2 *Besondere Erschwernisse während der Ausführung, z. B. Arbeiten in Räumen, in denen der Betrieb weiterläuft, Arbeiten im Bereich von Verkehrswegen oder bei außergewöhnlichen äußeren Einflüssen.*

0.2.3 *Besondere Anforderungen für Arbeiten in kontaminierten Bereichen, gegebenenfalls besondere Anordnungen für Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen.*

0.2.4 *Besondere Anforderungen an die Baustelleneinrichtung und Entsorgungseinrichtungen, z. B. Behälter für die getrennte Erfassung.*

0.2.5 *Besonderheiten der Regelung und Sicherung des Verkehrs, gegebenenfalls auch, wieweit der Auftraggeber die Durchführung der erforderlichen Maßnahmen übernimmt.*

0.2.6 *Besondere Anforderungen an das Auf- und Abbauen sowie Vorhalten von Gerüsten.*

0.2.7 *Mitbenutzung fremder Gerüste, Hebezeuge, Aufzüge, Aufenthalts- und Lagerräume, Einrichtungen und dergleichen durch den Auftragnehmer.*

0.2.8 *Wie lange, für welche Arbeiten und gegebenenfalls für welche Beanspruchung der Auftragnehmer Gerüste, Hebezeuge, Aufzüge, Aufenthalts- und Lagerräume, Einrichtungen und dergleichen für andere Unternehmer vorzuhalten hat.*

0.2.9 *Verwendung oder Mitverwendung von wiederaufbereiteten (Recycling-) Stoffen.*

0.2.10 *Anforderungen an wiederaufbereitete (Recycling-) Stoffe und an nicht genommene Stoffe und Bauteile.*

0.2.11 *Besondere Anforderungen an Art, Güte und Umweltverträglichkeit der Stoffe und Bauteile, auch z. B. an die schnelle biologische Abbaubarkeit von Hilfsstoffen.*

0.2.12 *Art und Umfang der vom Auftraggeber verlangten Eignungs- und Gütenachweise.*

0.2.13 *Unter welchen Bedingungen auf der Baustelle gewonnene Stoffe verwendet werden dürfen bzw. müssen oder einer anderen Verwertung zuzuführen sind.*

0.2.14 *Art, Zusammensetzung und Menge der aus dem Bereich des Auftraggebers zu entsorgenden Böden, Stoffe und Bauteile; Art der Verwertung oder bei Abfall die Entsorgungsanlage; Anforderungen an die Nachweise über Transporte, Entsorgung und die vom Auftraggeber zu tragenden Entsorgungskosten.*

0.2.15 *Art, Menge, Masse der Stoffe und Bauteile, die vom Auftraggeber beigestellt werden, sowie Art, Ort genaue Bezeichnung und Zeit ihrer Übergabe.*

0.2.16 *In welchem Umfang der Auftraggeber Abladen, Lagern und Transport von Stoffen und Bauteilen übernimmt oder dafür dem Auftragnehmer Geräte oder Arbeitskräfte zur Verfügung stellt.*

0.2.17 *Leistungen für andere Unternehmer.*

0.2.18 *Mitwirken beim Einstellen von Anlageteilen und bei der Inbetriebnahme von Anlagen im Zusammenwirken mit anderen Beteiligten, z. B. mit dem Auftragnehmer für die Gebäudeautomation.*

0.2.19 *Benutzung von Teilen der Leistung vor der Abnahme.*

0.2.20 *Übertragung der Wartung während der Dauer der Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche für maschinelle und elektrotechnische sowie elektronische Anlagen oder Teile davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und die Funktionsfähigkeit hat (vgl. § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B), durch einen besonderen Wartungsvertrag.*

0.2.21 *Abrechnung nach bestimmten Zeichnungen oder Tabellen.*

38 Der Auftraggeber muss sich die nötigen Kenntnisse erforderlichenfalls durch eigene Untersuchungen oder Ermittlungen verschaffen – siehe oben Rdn. 12, 15.

39 Der Auftraggeber darf sich nicht darauf beschränken, notwendige „Beschaffungsangaben“<sup>109</sup> unausgewertet den Ausschreibungsunterlagen beizufügen, er muss die relevanten Verhältnisse vielmehr so **beschreiben**, dass der Bewerber ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann. Deshalb genügt z. B. die Beifügung eines **geotechnischen Gutachtens** (Baugrundgutachten, Gutachten zur Beschaffenheit des Ausbruchs beim Tunnelbau) in der Regel **allein nicht**; der Auftraggeber muss vielmehr – wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist – das Gutachten auswerten in Form der Angaben in der Leistungsbeschreibung. Das Baugrundgutachten wendet sich nämlich in erster Linie nicht an den ausführenden Unternehmer, sondern an den Tragwerkplaner des Auftraggebers und gibt ihm Angaben, die **dieser** – und damit der Auftraggeber – baukonstruktiv-planerisch umsetzen muss.<sup>110</sup> Aus dem Baugrundgutachten allein ergeben sich jedenfalls für einen Bieter nur in sehr eingeschränktem Maß Detailangaben. Umgekehrt darf ein Bieter unübersehbare konkrete Hinweise in einem solchen Gutachten nicht ignorieren. Auf die Auswertungspflicht weist mit vollem

<sup>109</sup> Zum Begriff VOB/B § 2 Rdn. 41 ff., 48.

<sup>110</sup> Kapellmann/Schiffers Band 1, Rdn. 200, 733; oben Rdn. 18.