

Nebenangebote im Bauwesen –

**Bedeutung und Auswirkungen auf Bau-
vergabe- und -vertragsrecht, Technik und
Baubetrieb unter besonderer Berücksichti-
gung der „Traunfellner-Entscheidung“ des
EuGH**

Inauguraldissertation

**zur Erlangung der Würde eines doctor iuris
der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg**

vorgelegt von

Günther Schalk

**Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Schrobenhausen**

Betreuer:

Prof. Dr. jur. Gerd Motzke,
Vors. Richter am OLG München a.D.
Honorarprofessor an der Universität Augsburg

Zweitgutachter:

Prof. Dr. jur. Ulrich M. Gassner,
Universität Augsburg

Tag der mündlichen Prüfung: 22.11.2007

Literaturverzeichnis	13
Abkürzungsverzeichnis	21
Einführung	23
Teil 1 – Grundlagen	34
A) Begriffsdefinition und Abgrenzung	34
I. Definition „Nebenangebot“	34
1. Ethymologische Herleitung des Begriffs	34
2. Legaldefinition	35
3. Definition „Angebot“	37
4. Hauptangebot	40
5. Definitionen des Nebenangebots in der Literatur	40
6. Definition nach der Rechtsprechung	50
7. Baubetriebswirtschaftliche Definition	54
8. Zusammenfassung: Definition des Nebenangebots	55
II. Abgrenzung zu ähnlichen Begriffen	55
1. Abgrenzung zum Hauptangebot	55
2. Abgrenzung zum Änderungsvorschlag	59
2.1 Materielle Abgrenzung	60
2.2 Formelle Abgrenzung	63
2.3 Synonymer Gebrauch der beiden Begriffe	64
2.4 Zusammenfassung und Diskussion	67
3. Abgrenzung zum „Sondervorschlag“	70
4. Abgrenzung zur „Variante“	70
5. Abgrenzung zur „Alternative“	71
6. Abgrenzung zum Alternativangebot sowie zu Alternativposition/Wahlposition und „alternativer Ausführungsart“	71
7. Abgrenzung zur „Bedarfsposition“/„Eventualposition“	73
8. Abgrenzung zur Auswahlposition	74
9. Abgrenzung zu unzulässigen Änderungen an den Verdingungsunterlagen (§ 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A) – „verstecktes Nebenangebot“	75
9.1 Änderungen an den Verdingungsunterlagen	76
9.2 Abgrenzung zum offenen Nebenangebot	78
9.3 „Verstecktes Nebenangebot“	78
9.4 Korrektiv „K.o.-Kriterien“	80
9.5 Zusammenfassung und Fazit	80
10. Abgrenzung Nebenangebot – Abweichung von technischen Spezifikationen	83
11. Abgrenzung zum Nachtragsangebot	84
B) Historische Entwicklung des Nebenangebots	87
I. Historie der VOB Teil A	87
II. Entwicklung der Regelungen zum Nebenangebot in der VOB Teil A seit 1926	88
1. VOB/A – Ausgabe 1926	89
2. VOB/A – Fassung 1952	89
3. VOB/A – Ausgabe 1958	90
4. VOB/A – Ausgabe 1965	90
5. VOB/A – Ausgabe 1973	90
6. VOB – Ausgabe 1973 – Ergänzungsband 1976	91

7. VOB/A – Ausgabe 1979.....	92
8. VOB/A – Ausgabe 1988.....	93
9. VOB/A – Ausgabe 1988 – Ergänzungsband 1990 I.....	94
10. VOB/A – Ausgabe 1988 – Ergänzungsband 1990 II	94
11. VOB/A – Ausgabe 1992	95
12. VOB/A – Ausgabe 1992 – Ergänzungsband 1996.....	97
13. VOB/A – Ausgabe 1992 – Ergänzungsband 1998.....	97
14. VOB/A – Ausgabe 2000	97
15. VOB/A – Ausgabe 2002	98
16. VOB-Ausgabe 2002 – Ergänzungsband 2005.....	100
17. VOB/A Ausgabe 2006.....	100
III. Vergleich der Regelungen in der VOB Teil A zum Nebenangebot 1926 und 2006.....	102
C) Rechtliche Grundlagen zum Nebenangebot	105
I. Supranationale Regelungen (EU-Recht)	105
II. BGB.....	108
III. VOB.....	109
1. Verhältnis der Abschnitte 1-4 in der VOB Teil A.....	109
2. Regelungen in VOB Teil A, Abschnitt 1	111
3. Abschnitt 2 der VOB/A	112
4. Abschnitt 3 der VOB/A	112
5. Abschnitt 4 der VOB/A	113
IV. VgV.....	113
V. Vergabehandbücher	114
VI. HOAI.....	118
VII. Exkurs: Regelungen zum Nebenangebot in VOL und VOF	122
1. VOL/A	122
2. VOF.....	125
VIII. Exkurs: Regelungen im Ausland	125
1. Regelungen in den EU-Mitgliedsstaaten.....	125
2. Beispiel: Regelungen zum Nebenangebot in Österreich	126
D) Zeitpunkt, Gültigkeit und mögliche Inhalte von Nebenangeboten	132
I. Zeitraum für die Abgabe	132
II. Geltungsdauer und Bindung des Bieters	133
1. Vorgaben der §§ 145 ff. BGB	135
2. Sonderregelungen der Binde- und Zuschlagsfristen nach VOB/A	136
3. Anfechtung eines Nebenangebots.....	138
III. Nebenangebote unter Bedingungen.....	139
IV. Inhalte von Nebenangeboten	141
1. Technische Nebenangebote	142
1.1 Umfang der Abweichung	142
1.2 Art der Abweichung	143
1.3 Abweichung vom Leitfabrikat.....	144
1.4 Technisches Nebenangebot bei Funktionalausschreibung	146
1.5 Technische Nebenangebote ohne Hauptangebot	148
1.6 Nebenangebote und Innovation – Beispiele aus der Praxis.....	148
1.6.1 Technische Nebenangebote im Hochbau	149
1.6.2 Technische Nebenangebote im Brückenbau.....	149
1.6.3 Technische Nebenangebote im Erdbau	151

1.6.4 Technischen Nebenangebote im Verkehrswegebau, insbesondere Oberbau	151
1.6.5 Technische Nebenangebote im (Spezial-)Tiefbau und Tunnelbau.....	153
1.6.6 Innovation und Vertragsrecht beim technischen Nebenangebot	155
2. Nicht technische Nebenangebote	157
2.1 Abweichungen bei den vertraglichen Rahmenbedingungen	157
2.1.1 Bauzeit	158
2.1.2 Sicherheitsleistung	158
2.1.3 Mängelhaftung	158
2.2 Abweichungen bei der Abrechnung/Zahlungsbedingungen	158
2.2.1 Unbedingte Preisnachlässe	159
2.2.2 Bedingte Preisnachlässe	160
2.2.3 Skonto	161
2.2.4 Koppelungsangebot	163
2.2.5 Anderweitige Abweichungen im Abrechnungsbereich	163
2.2.5.1 Abrechnung nach anderen Einheiten	163
2.2.5.2 Angebot bezüglich Gleitklauseln	164
2.2.5.3 Angebot einer abweichenden Preisart (Pauschalierung) ...	164
2.2.5.4 Preisnachlässe bei losweisen Ausschreibungen	166
3. Verknüpfung und Wechselwirkung zwischen technischem und nicht technischem Nebenangebot.....	168
Teil 2 – Das Nebenangebot aus baubetrieblicher Sicht.....	170
A) Bedeutung von Nebenangeboten für die Bauwirtschaft	170
I. Wettbewerbliche Situation in der Bauwirtschaft.....	170
II. Betriebswirtschaftliche Bedeutung von Nebenangeboten im Wettbewerb	173
B) Standort des Nebenangebots in der baubetrieblichen Angebotsbearbeitung	174
I. Überblick: Ablauf der baubetrieblichen Angebotsbearbeitung	175
II. Einflüsse des Nebenangebots auf die Angebotsbearbeitung.....	175
III. Einzelbetrachtung: Stufen der Angebotsbearbeitung und Auswirkungen von Nebenangeboten	176
1. Stufe 1: Vorarbeiten der Kalkulation	177
1.1 Ablauf und Bedeutung im Rahmen der Angebotsbearbeitung.....	177
1.2 Vorüberlegungen bezüglich potenzieller Nebenangebote	177
2. Stufe 2: Angebotskalkulation	180
2.1 Ablauf und Bedeutung im Rahmen der Angebotsbearbeitung.....	180
2.2 Auswirkungen des Nebenangebots auf die Angebotskalkulation	182
3. Stufe 3: Ausweitung des reinen Preiswettbewerbs durch den Leistungswettbewerb	184
C) Betriebswirtschaftliche Auswirkungen von Nebenangeboten für die Auftraggeber	185
I. Vorteile für den Auftraggeber.....	185
1. Vorteile in finanzieller Hinsicht.....	186
2. Verringerung des Planungsaufwands für den Auftraggeber.....	187
3. Vorteile in technischer Hinsicht	188
II. Nachteile für den Auftraggeber	189
1. Mehr Aufwand für den Auftraggeber	189

1.1 Mehraufwand im Vorfeld der Ausschreibung	189
1.2 Mehraufwand bei der Angebotsprüfung.....	190
1.3 Mehraufwand bei der Angebotswertung	194
2. Mögliche finanzielle Folgerisiken	195
2.1 Risiko im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Forderungen	195
2.2 Risiko von Folgekosten	197
D) Betriebswirtschaftliche Auswirkungen von Nebenangeboten für die Auftragnehmer	201
I. Vorteile für den Bieter	201
II. Nachteile für den Bieter	202
Teil 3 – Das Nebenangebot im Vergaberecht	205
A) Zulässigkeit von Nebenangeboten	205
I. Rechtsgrundlagen zur Zulassung von Nebenangeboten	205
II. Entscheidung des Auftraggebers zur Zulassung/Nichtzulassung von Nebenangeboten.....	206
III. Wahlmöglichkeiten des Auftraggebers.....	207
1. Auftraggeber erklärt sich nicht über die Zulässigkeit von Nebenangeboten.....	208
2. Zulassung von Nebenangeboten	209
3. Eingeschränkte Zulassung von Nebenangeboten.....	209
4. Unklare Formulierung des Auftraggebers.....	210
5. Nichtzulassung von Nebenangeboten.....	211
6. Ausschluss von Nebenangeboten ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots	212
7. Verpflichtung zur Abgabe von Nebenangeboten.....	213
7.1 E.A.: Verpflichtung zur Abgabe eines Nebenangebots zulässig... 213	
7.2 A.A.: Verpflichtung zur Abgabe eines Nebenangebots unzulässig	214
7.3 Diskussion und Stellungnahme	214
B) Inhaltliche Anforderungen an Nebenangebote.....	216
I. Vorgaben zur Leistungsbeschreibung beim Hauptangebot.....	216
II. Leistungsbeschreibung beim Nebenangebot.....	217
1. Grundsätzliche Problematik	217
2. Allgemeine Anforderungen an die Leistungsbeschreibung bei Nebenangeboten.....	218
3. Bezug zum „Amtsentwurf“	224
4. Nachweis der Gleichwertigkeit	224
5. Vorgaben für die Leistungsbeschreibung im Vergabehandbuch	226
6. Rechtsfolge bei unzureichender Leistungsbeschreibung.....	227
C) Formelle Anforderungen im Zusammenhang mit Nebenangeboten	227
I. Angaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen (§ 10 VOB/A) ..228	
1. Angaben zur Zulässigkeit von Nebenangeboten.....	228
2. Vorgabe von Mindestanforderungen durch den Auftraggeber (§ 10a VOB/A).....	229
3. Rechtsfolgen.....	231
II. Angaben des Auftraggebers in der Bekanntmachung (§ 17 VOB/A).....	231
1. Vorgaben der VOB/A.....	232
2. Fehlerfolgen.....	232
III. Angaben des Bieters zu Anzahl und Kennzeichnung (§ 21 VOB/A).....	233

1. Pflicht zur Unterschrift des Nebenangebots	233
2. Formelle Vorgaben des § 21 Nr. 3 VOB/A	234
2.1 Angabe der Anzahl der Nebenangebote	235
2.2 Abgabe von Nebenangeboten auf besonderer Anlage	235
2.3 Deutliche Kennzeichnung von Nebenangeboten	236
3. Fehlerfolgen.....	236
D) Besonderheiten in Zusammenhang mit Nebenangeboten im Vergabeverfahren	239
I. Besonderheiten im Eröffnungstermin (§ 22 VOB/A)	239
1. Regelungsgehalt des § 22 VOB/A in Bezug auf Nebenangebote	239
2. Folgen für fehlerhaft behandelte Nebenangebote.....	241
II. Prüfung des Nebenangebots durch den Auftraggeber (§ 23 VOB/A)	242
1. Generelle Prüfungspflicht des Auftraggebers	242
2. Besonderheiten bei Nebenangeboten.....	243
2.1 Formelle Vorprüfung	243
2.2 Sachliche Prüfung des Nebenangebots im Rahmen des § 23 VOB/A	244
2.3 Rechnerische Prüfung	244
2.4 Technische und wirtschaftliche Prüfung	245
III. Aufklärungsmöglichkeiten des Auftraggebers zu Nebenangeboten im Rahmen des § 24 VOB/A.....	247
1. Regelung in § 24 VOB/A	247
2. Aufklärungsmöglichkeit nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A.....	249
3. Aufklärungsmöglichkeit nach § 24 Nr. 3 VOB/A	250
4. Beispiele aus der Rechtsprechung	251
5. Rechtsfolgen bei Verstößen.....	253
IV. Möglichkeiten zur Aufhebung des Vergabeverfahrens (§ 26 VOB/A) ..	254
V. Nicht berücksichtigte Nebenangebote (§§ 20, 27 VOB/A)	256
VI. Entschädigung für Nebenangebot nach § 20 Nr. 2 VOB/A ?.....	259
E) Wertung von Nebenangeboten	261
I. Besonderheiten gegenüber dem Hauptangebot.....	261
II. Wertungspflicht des Auftraggebers.....	261
III. Beurteilungsspielraum des Auftraggebers.....	263
IV. Allgemeines Wertungssystem für Angebote.....	264
V. Zusätzliche Wertungsstufen für Nebenangebote.....	265
1. Prüfung der Formalia bei Nebenangeboten (§§ 21 Nr. 3, 25 Nr. 1 VOB/A)	267
2. Prüfung der Zulässigkeit von Nebenangeboten.....	269
3. Erfüllung von Mindestanforderungen des Auftraggebers.....	269
3.1 Mindestanforderungen nach § 10a VOB/A.....	270
3.2 „K.o.-Kriterien“	270
3.3 Vorgaben im Vergabehandbuch	272
4. Ausreichender Nachweis der Gleichwertigkeit durch den Bieter	273
5. Objektive Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Amts-entwurf	276
5.1 Qualitative Gleichwertigkeit.....	277
5.2 Quantitative Gleichwertigkeit	279
5.3 Umfang der geforderten Gleichwertigkeit.....	281
5.4 Kritik und Diskussion.....	283
6. Wirtschaftlichkeitsvergleich im eigentlichen Sinn	286

Teil 4) Einfluss der Rechtsprechung des EuGH.....	288
A) Einführung	288
B) Die „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH	289
I. Anlass des Urteils: Vorlage zum Vorabentscheidungsverfahren	289
II. Sachverhalt.....	290
III. Entscheidungserhebliche Richtlinien.....	293
1. Grundsatz: Unmittelbare Geltung der Baukoordinierungsrichtlinie in Deutschland	294
2. Exkurs: Nationale politische Bewertung durch die Bundesregierung.....	294
3. Für die „Traunfellner-Entscheidung“ relevante Regelungen der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG.....	296
3.1 Artikel 19 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG:	296
3.2 Artikel 30 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG:	298
4. Nachfolgeregelung: Artikel 24 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG	299
4.1 Regelungsinhalt	301
4.2 Änderungen gegenüber der vorherigen Rechtslage.....	301
IV. Inhalt der „Traunfellner-Entscheidung“	303
1. Leitsatz	303
2. Entscheidungsgründe	303
2.1 Erste Vorlagefrage zur Definition des Änderungsvorschlags.....	303
2.2 Zweite Vorlagefrage: Genügt ein Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift den Vorgaben von Artikel 19 der Richtlinie 93/97/EWG ?	304
2.3 Dritte Vorlagefrage: Reicht der Hinweis auf eine nationale Vorschrift aus, die ohne nähere Erläuterung „Gleichwertigkeit“ als Zuschlagskriterium vorgibt ?.....	307
2.4 Vierte und fünfte Vorlagefrage	309
3. Zusammenfassung zur „Traunfellner-Entscheidung“	310
C) Reaktionen der deutschen Literatur auf das „Traunfellner-Urteil“	311
D) Reaktionen der deutschen Entscheidungspraxis auf die „Traunfellner- Entscheidung“	313
I. Ausgangslage.....	313
II. Entscheidungspraxis vor dem „Traunfellner-Urteil“	314
III. Entscheidungen nach dem „Traunfellner-Urteil“	315
E) Einzelbetrachtung der nationalen Entscheidungen nach dem „Traunfellner- Urteil“	316
I. These: Vorgabe von Mindestanforderungen zulässig	317
OLG Jena vom 18.03.2004: Mindestanforderungen zulässig.....	317
1. Sachverhalt.....	317
2. Entscheidung.....	318
3. Diskussion.....	318
II. These: Vorgabe von Mindestanforderungen in jedem Fall erforderlich.....	319
1. BayObLG vom 22.06.2004: Nebenangebote ohne Vorgabe von Mindestanforderungen nicht wertbar	319
1.1 Sachverhalt.....	319
1.2 Entscheidung.....	320
1.3 Diskussion	321
2. Vergabekammer Köln vom 22.06.2004: Deutsche VOB/A genügt nicht europarechtlichen Anforderungen	322
2.1 Sachverhalt.....	323

2.2 Entscheidung.....	323
2.3 Diskussion	325
3. Vergabekammer Nordbayern vom 06.08.2004: Mindestanforderungen für technische und nicht technische Nebenangebote erforderlich	326
3.1 Sachverhalt.....	326
3.2 Entscheidung.....	327
3.3 Diskussion	328
4. Vergabekammer Nordbayern vom 24.08.2004: Auftraggeber muss Mindestanforderungen für Nebenangebote festlegen.....	329
5. Vergabekammer Sachsen vom 11.11.2004: Anschluss an die „Traunfellner-Entscheidung“	330
III. These: Mindestbedingungen für nicht technische Nebenangebote erforderlich.....	331
1. Vergabekammer Nordbayern vom 22.12.2004: Auch bei nicht technischen Nebenangeboten sind Mindestanforderungen vorzugeben	331
2. Vergabekammer Nordbayern vom 11.02.2005: Art. 19 BKR gilt auch für kaufmännische Nebenangebote	331
IV. These: Vorgabe von Mindestanforderungen für technische Nebenangebote nicht in jedem Fall erforderlich.....	332
1. Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 03.11.2004: Vergabestelle ist nicht verpflichtet, technische Mindestanforderungen anzugeben	332
1.1 Sachverhalt.....	332
1.2 Entscheidung.....	332
1.3 Diskussion	334
2. Vergabekammer Lüneburg vom 06.12.2004: Keine Angabe von technischen Mindestanforderungen erforderlich	336
2.1 Sachverhalt.....	336
2.2 Entscheidung.....	337
2.3 Diskussion	338
3. Vergabekammer Lüneburg vom 11.01.2005: Definition und Bekanntmachung von technischen Mindestanforderungen ist nicht erforderlich.....	339
3.1 Sachverhalt.....	339
3.2 Entscheidung.....	340
3.3 Diskussion	340
4. OLG Schleswig vom 15.02.2005: Technische Mindestanforderungen für Nebenangebote nicht in jedem Fall erforderlich.....	341
4.1 Sachverhalt.....	342
4.2 Entscheidung.....	342
4.3 Diskussion	343
V. These: Mindestbedingungen für technische Nebenangebote vorzugeben	344
1. Vergabekammer Sachsen-Anhalt vom 30.11.2004: Auch Angabe von technischen Mindestanforderungen erforderlich	344
1.1 Sachverhalt.....	345
1.2 Entscheidung.....	345
1.3 Diskussion	345
2. Vergabekammer Nordbayern vom 02.12.2004: Mindestanforderungen auch für Nebenangebot mit qualitativer Abweichung.....	346

2.1 Sachverhalt.....	346
2.2 Entscheidung.....	347
2.3 Diskussion	347
VI. Erforderlichkeit von Mindestbedingungen bei Besonderheiten im Vergabeverfahren	347
1. Vergabekammer Südbayern vom 24.06.2004: „Traunfellner- Entscheidung“ nicht auf Gleichwertigkeit im Rahmen von Hauptangeboten übertragbar	347
1.1 Sachverhalt.....	348
1.2 Entscheidung.....	348
1.3 Diskussion	349
2. Vergabekammer Brandenburg vom 28.02.2005: Bei losweiser Vergabe separate Vorgabe von Mindestanforderungen für jedes Los erforderlich	350
2.1 Sachverhalt.....	350
2.2 Entscheidung.....	351
2.3 Diskussion	352
3. Vergabekammer Lüneburg vom 11.08.2005: Vorgabe von Mindestbedingungen für Nebenangebote bei funktionaler Ausschreibung	352
3.1 Sachverhalt.....	353
3.2 Entscheidung.....	353
3.3 Diskussion	354
VII. Entscheidungen zur Frage inhaltlicher Anforderungen an vorzugebende Mindestbedingungen für Nebenangebote	355
1. Vergabekammer Thüringen vom 01.11.2004: Formblatt EVM(B)BwB/E reicht nicht aus.....	355
1.1 Sachverhalt.....	355
1.2 Entscheidung.....	355
1.3 Diskussion	356
2. OLG Rostock vom 24.11.2004: Angabe von materiellen Mindestanforderungen erforderlich; VHB-Formblätter reichen nicht aus	356
2.1 Sachverhalt.....	356
2.2 Entscheidung.....	357
2.3 Diskussion	357
3. Vergabekammer Bund vom 14.12.2004: Verweis auf Konstruktionsprinzipien aus dem Hauptleistungsverzeichnis reicht aus.....	357
3.1 Sachverhalt.....	358
3.2 Entscheidung.....	358
3.3 Diskussion	359
4. OLG Düsseldorf vom 07.01.2005: Angabe von anzuwendenden Richtlinien und Erlassen in der Leistungsbeschreibung reicht aus.....	361
4.1 Sachverhalt.....	361
4.2 Entscheidung.....	361
4.3 Diskussion	362
5. Vergabekammer Nordbayern vom 18.01.2005: „Alle erforderlichen Leistungen für einwandfreie Ausführung“ reicht nicht aus	363
6. Vergabekammer Bund vom 27.01.2005: Auftraggeber muss Mindestanforderungen für Nebenangebote erläutern	364

7. OLG Schleswig vom 05.04.2005: Bloße Wiederholung von Rechtsvorschriften nicht erforderlich.....	364
7.1 Sachverhalt.....	364
7.2 Entscheidung.....	365
7.3 Diskussion	365
8. Vergabekammer Bund vom 13.04.2005: „Mindestmaß inhaltlicher Vorgaben“ erforderlich.....	366
9. Vergabekammer Lüneburg vom 19.04.2005: § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A und allgemeine technische Normen reichen als Mindestbedingungen aus	366
9.1 Sachverhalt.....	367
9.2 Entscheidung.....	367
10. VK Bund vom 25.04.2005: Mindestanforderungen nur erforderlich, wenn nicht hinreichend aus Kontext der Verdingungsunterlagen bestimmbar.....	368
10.1 Sachverhalt	368
10.2 Entscheidung	368
10.3 Diskussion	369
11. VK Bund vom 04.05.2005: Forderung nach technischen Nebenangeboten reicht als Mindestanforderung	370
12. Vergabekammer Nordbayern vom 11.08.2005: Mindestmaß an inhaltlichen Vorgaben als „Grenzfall“	370
12.1 Sachverhalt	371
12.2 Entscheidung	371
12.3 Diskussion	372
13. Vergabekammer Arnsberg vom 16.08.2005: Hauptleistungsverzeichnis reicht nicht als Mindestanforderung – entscheidend ist der objektive Erklärungsgehalt.....	373
13.1 Sachverhalt	373
13.2 Entscheidung	373
13.3 Diskussion	375
14. OLG Koblenz vom 31.05.2006: Auftraggeber muss leistungsbezogene, sachlich-technische Mindestanforderungen vorgeben	376
14.1 Sachverhalt	376
14.2 Entscheidung	377
14.3 Diskussion	379
15. Vergabekammer Arnsberg vom 13.06.2006: Negative Abgrenzung reicht aus für Vorgabe von Mindestanforderungen	380
15.1 Sachverhalt	380
15.2 Entscheidung	380
15.3 Diskussion	381
F) Öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte	381
G) Entwicklung in der Vergabepaxis.....	383
H) Zusammenfassung und eigener Ansatz.....	385
I. Nationale Situation: Unklarheit und Rechtsunsicherheit	385
II. Eigener Ansatz zur Erforderlichkeit und inhaltlichen Gestaltung von Mindestanforderungen	388
1. Erforderlichkeit der Vorgabe von Mindestanforderungen.....	389

2. Inhaltliche Anforderungen an Mindestbedingungen für Nebenangebote	391
I) Kritik	399
J) Exkurs: Rügeerfordernis bezüglich fehlender Mindestanforderungen	403
I. Fallkonstellationen in der Vergabepaxis	403
1. Rechtliche Vorgaben des § 107 Abs. 3 GWB	404
2. Darstellung der Fallvarianten	404
II. Fallbeispiele aus der Rechtsprechung	408
III. Fazit	412
K) Exkurs: Schadensersatzanspruch des Bieters	414
I. Situation	414
II. Anspruchsgrundlage	415
III. Umfang des Schadens	417
IV. Einwendungsmöglichkeiten des Auftraggebers	418
Teil 5, Auswirkungen auf das Bauvertragsrecht	420
A) Überblick über die Problemstellung	420
B) Bestimmung des Vertragsinhalts bei Nebenangeboten	423
I. Problemstellung	423
II. Grundsätzliche Vorgehensweise zur Bestimmung der Vertragsleistung	425
III. Bestimmung der Vertragsleistung beim Nebenangebot	427
1. Inhalt des Nebenangebots wird zur Vertragsleistung	428
2. VOB/A-konforme Auslegung	429
IV. Mögliche Fernwirkung von Nebenangeboten	430
C) Risikoverteilung zwischen den Bauvertragsparteien in Folge von Nebenangeboten	431
I. Ausgangslage	431
II. Vorrangige Geltung vertraglicher Regelungen zur Risikoverteilung	434
1. Systematik	434
2. Einschränkungen durch §§ 305 ff. BGB – „Allgemeine Geschäftsbedingungen“	435
III. Grundsätzliche Risikoverteilung beim Bauvertrag	438
IV. Verlagerung von Risiken auf den Auftragnehmer in Zusammenhang mit Nebenangeboten	440
1. Vergleichbarkeit der Situation mit der Funktionalausschreibung	441
2. Vergleichbarkeit mit der Planerrolle des Generalunternehmers	442
2.1 Rechtslage beim Generalunternehmervertrag	443
2.2 Situation beim Nebenangebot	443
3. Einzelbetrachtung der Risikoverschiebung beim Nebenangebot	445
V. Korrektiv: Nur Risiken aus der Sphäre des Nebenangebots relevant	451
VI. Korrektiv über § 23 Nr. 2 VOB/A ?	453
1. Situation im „klassischen Bauvertrag“	454
2. Situation beim Bauvertrag auf Basis eines Nebenangebots	455
VII. Erweiterung der Planungspflicht des Bieters	460
VIII. Nachträgliche Ausführung eines Nebenangebots	464
1. Nachträgliche Beauftragung eines ursprünglichen Nebenangebots des Auftragnehmers	465
2. Nachträgliche Beauftragung eines ursprünglichen Nebenangebots eines anderen Bieters	468

3. „Geduldet“ Ausführung eines ursprünglichen Nebenangebots des Auftragnehmers	469
IX. Zusammenfassung: Umfang der Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer	473
D) Verantwortlichkeit von Architekten und Planer bei Nebenangeboten	474
I. Verantwortlichkeit und Haftung des Planers eines Nebenangebots	474
II. Verantwortung der Architekten/Planer des Bauherrn	479
1. Grundsätzliche Systematik.....	480
2. Besonderheiten in Zusammenhang mit Nebenangeboten.....	483
2.1 Ausdrückliche Vorgaben zum Nebenangebot aus der HOAI	484
2.2 Vorgaben aus der Rechtsprechung.....	485
2.3 Pflichten des Architekten in Zusammenhang mit Nebenangeboten im Einzelnen.....	486
2.3.1 Leistungsphase 7 – Mitwirkung bei der Vergabe	486
2.3.2 Leistungsphase 8 – Objektüberwachung (Bauüberwachung).....	487
2.3.3 Vollarchitektur	488
2.3.4 Sachwalterpflichten.....	489
2.3.5 Verantwortlichkeit der weiteren an der Planung fachlich Beteiligten (Sonderfachleute).....	489
2.4 Ergebnis: Aufteilung der Planungsverantwortung.....	490
E) Risikoverteilung in der Einzelbetrachtung	492
I. Besonderheiten zur Risikoverteilung beim BGB-Bauvertrag.....	493
II. Unmöglichkeit in Zusammenhang mit Nebenangeboten	495
1. Unmöglichkeit der Ausführung des Nebenangebots.....	495
2. Unmöglichkeit der Ausführung des geplanten Bauvorhabens	498
III. Auswirkungen der Risikoverteilung auf Vergütungsansprüche des Auftragnehmers	500
1. Grundsatz.....	500
2. Systematik der Auftraggeberanordnung nach §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B beim Bauvertrag auf Basis eines Nebenangebots	502
2.1 Notwendigkeit der Anordnung aus der Sphäre des Nebenangebots	504
2.2 Notwendigkeit der Anordnung resultiert nicht aus dem Nebenangebot	505
2.3 Anordnung des Auftraggebers „aus freien Stücken“.....	506
2.4 These: Entbehrlichkeit einer Auftraggeberanordnung beim Nebenangebot	506
2.5 Verweigerte Auftraggeberanordnung	508
2.6 Zusammenfassung.....	510
3. Mengenänderungen nach § 2 Nr. 3 VOB/B in Zusammenhang mit Nebenangeboten.....	511
4. Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen nach § 2 Nr. 5, 6 VOB/B in Verbindung mit Nebenangeboten	515
5. Auswirkungen von Nebenangeboten auf Pauschalverträge, § 2 Nr. 7 VOB/B	519
5.1 Grundsätzliche Systematik von Pauschalpreisverträgen im Überblick.....	519
5.2 Auswirkung von Nebenangeboten auf Pauschalpreisverträge	521
6. Leistungen nach § 2 Nr. 8 VOB/B bei Nebenangeboten.....	524
6.1 Grundsystematik.....	524

6.2 Abweichungen in Folge der Beauftragung eines Nebenangebots	525
7. Bedeutung der Vorgaben im Vergabehandbuch (EVM) für Mehrvergütungsansprüche	527
IV. Auswirkungen der Risikoverteilung auf Fragen der Bauzeit	528
1. Grundsätzliche Systematik.....	529
2. Besonderheiten im Rahmen von Nebenangeboten	532
2.1 Behinderungen im Bauablauf	532
2.2 Verspätete öffentlich-rechtliche/privatrechtliche Genehmigungen	535
V. Besondere Risikolagen in Zusammenhang mit Nebenangeboten	537
1. Besonderheiten bei Nebenangeboten in Zusammenhang mit Baugrundproblemen	538
1.1 Grundproblematik	538
1.2. Systematische Einordnung der Baugrundproblematik	540
1.3 Begriff des Baugrundrisikos	542
1.4 Erweiterte Erkundungs- und Prüfungspflichten bezüglich des Baugrunds in Zusammenhang mit Nebenangeboten.....	544
1.4.1 Vorrang ausdrücklicher Vereinbarungen.....	544
1.4.2 Grundsätzliche Fortdauer der Erkundungspflicht des Auftraggebers	546
1.4.3 Erweiterte Prüfungspflicht des Bieters.....	548
1.4.3.1 Quantitatives Verlassen des erkundeten Baugrundes.....	549
1.4.3.2 Qualitatives Verlassen des erkundeten Baugrunds	551
1.4.4 Fälle des Baugrundrisikos	552
1.4.4.1 Variante 1: Baugrundprobleme, obwohl Auftraggeber und Auftragnehmer den Baugrund ausreichend erkundet haben.....	553
1.4.4.2 Variante 2: Baugrundprobleme, Auftraggeber hat den Baugrund ausreichend erkundet, der Auftragnehmer jedoch nicht	554
2. Behandlung weiterer Risiken in Zusammenhang mit Nebenangeboten	559
2.1 Systemrisiko	559
2.2 Kontaminationsrisiko	564
F) Mängelverantwortung bei Ausführung eines Nebenangebots	565
Teil 6 – Zusammenfassung	569

Literaturverzeichnis

- Arz, P./Schmidt, H.G./
Seitz, J./Semprich, S.* Grundbau, Sonderdruck aus dem Beton-Kalender 1994,
Verlag für Architektur und technische Wissenschaften,
1. Auflage 1994
- Ax, Thomas/
Schneider, Alexander/
Nette, Matthias* Handbuch Vergaberecht, Verlag C.H. Beck, 1. Auflage
2002
- Beck, Walter/
Herig, Norbert* VOB für Praktiker - Kommentar zur Verdingungsord-
nung für Bauleistungen, Richard Boorberg Verlag,
3. Auflage 1997
- Blaese, Dietrich* Der Erfüllungsanspruch und seine Konkretisierung im
Werkvertrag, Werner-Verlag, 1. Auflage 1988;
- Boesen, Arnold* Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB,
Bundesanzeiger Verlag, 1. Auflage 2000
- Bosse, Jörn Stefan* Das Baugrundrisiko im Bauvertrag, Diss., LIT Verlag
Münster, 1. Auflage 2005
- Buja, Heinrich Otto* Handbuch des Spezialtiefbaus, Geräte und Verfahren,
Werner Verlag, 2. Auflage 2001
- CBTR e.V.* 1. Jahresband 2002 des Centrums für deutsches und
internationales Baugrund- und Tiefbaurecht e.V.,
Icöneon Verlag, 1. Auflage 2002
- CBTR e.V.* 2. Jahresband 2003 des Centrums für deutsches und
internationales Baugrund- und Tiefbaurecht e.V.,
Icöneon Verlag, 1. Auflage 2003
- CBTR e.V.* 3. Jahresband 2004/5 des Centrums für deutsches und
Internationales Baugrund- und Tiefbaurecht e.V.,
Icöneon Verlag, 1. Auflage 2005
- Dähne, Horst /
Schelle, Hans* VOB von A-Z, Verlag C.H. Beck, 3. Auflage 2001

- Daub, Walter/
Eberstein, Hans Hermann* Kommentar zur VOL/A, Werner Verlag , 4. Auflage 1998
- Doerry, Jürgen/
Watzke, Hans-Georg
(Hrsg.)* Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag Bauverlag GmbH, 1. Auflage 1995
- Duden, Wissenschaftlicher Rat der Duden-Redaktion* Rechtschreibung der deutschen Sprache, Band 1, Dudenverlag, 21. Auflage 1996
- Eichberger, Tassilo/
Oehl, Frank* Architekten- und Ingenieurrecht kompakt, Bauwerk Verlag, 1. Auflage 2004
- Enders, Christian* VOB/B und BGB-Bauvertrag im Rechtsvergleich unter besonderer Berücksichtigung des Vergütungsrechts, Diss., Werner-Verlag, 1. Auflage 1986
- Englert, Klaus/
Bauer, Karlheinz* Rechtsfragen zum Baugrund, Werner-Verlag, 2. Auflage 1991
- Englert, Klaus/
Grauvogl, Josef/
Maurer, Michael (Hrsg.)* Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, Werner-Verlag, 3. Auflage 2004
- Englert, Klaus/
Motzke, Gerd/
Wirth, Axel (Hrsg.)* Kommentar zum BGB-Bauvertragsrecht, Werner-Verlag 1. Auflage 2007
- Englert, Klaus /
Stocker, Manfred (Hrsg.)* 40 Jahre Spezialtiefbau 1953-1993, Festschrift für Karlheinz Bauer zum 65. Geburtstag, Werner Verlag, 1. Auflage 1993
- Erdl, Cornelia* Der neue Vergaberechtschutz, Werner-Verlag, 1. Auflage 1999
- Fischer, Peter/
Schonebeck, Karl-Heinz/
Keil, Wolfram* Rechtsfragen im Baubetrieb unter Berücksichtigung des Bauvertrags- und Versicherungsrechts, Werner Verlag, 4. Auflage 2001
- Fitterer, Daniel* Systemrisiko und Erfolgsverpflichtung im Baurecht, Lexxion-Verlag, 1. Auflage 2006

- Franke, Horst /
Höfler, Heiko /
Bayer, Wolfgang* Bauvergaberecht in der Praxis, Bauverlag, 2001
- Franke, Horst /
Kemper, Ralf /
Zanner, Christian /
Grünhagen, Matthias* VOB-Kommentar Bauvergaberecht Bauvertragsrecht, Werner Verlag, 1. Auflage 2002
- Ganten, Hans /
Groß, Heinrich /
Englert, Klaus* Recht und Gerechtigkeit am Bau – Festschrift für Gerd Motzke zum 65. Geburtstag, Verlag C.H.Beck 2006
- Glatzel, Ludwig /
Hofmann, Olaf /
Frikell, Eckhard* Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz, VOB-Verlag Ernst Vögel, 10. Auflage 2003
- Hereth, Franz /
Naschold, Richard* Kommentar zur VOB Teil A, Bauverlag, 1. Auflage 1960
- Hereth, Franz /
Ludwig, Oswald /
Naschold, Richard* Kommentar zur VOB Fassung 1952, Band I, Bauverlag GmbH Wiesbaden, 1. Auflage 1953
- Herig, Norbert* VOB Teile A B C, Kommentar zur Verdingungsordnung für Bauleistungen Teile A, B und C, Werner-Verlag, 1. Auflage 2001
- Höfler, Heiko /
Bayer, Wolfgang* Praxishandbuch Bauvergaberecht, Verlag C.H. Beck, 2. Auflage 2003
- Hofmann, Gerhard* in: Nebenangebote im Bauwesen, hrsgg. vom Verein für Bauforschung und Berufsbildung des Bayerischen Bauindustrieverbandes e.V., München, Band 8 der Schriftenreihe, 1983
- Ingenstau/Korbion* VOB Teile A und B, Werner-Verlag, 16. Auflage 2007 hrsg. v. Horst Locher und Klaus Vygen
- Jestaedt/Kemper /* Das Recht der Auftragsvergabe, Luchterhand-Verlag, 1. Auflage 1999
- Jochem, Rudolf* HOAI-Kommentar zur Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, Bauverlag, 4. Auflage 1998

- Kapellmann, Klaus/
Messerschmidt, Burkhard* VOB Teile A und B, Verlag C.H. Beck, 2. Auflage 2007
- Kapellmann, Klaus/
Schiffers, Karl-Heinz* Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, Werner-Verlag, 5. Auflage 2006
- Kaufhold, Wolfgang/
Mayerhofer, Werner/
Reichl, Georg* Die VOF im Vergaberecht, Gesamtüberblick und Kommentar, Bundesanzeiger Verlag, 2. Auflage 2006
- Kretschmann, Martin* Der Vergütungsanspruch des Unternehmers für im Vertrag nicht vorgesehene Werkleistungen und dessen Ankündigung gegenüber dem Besteller, Werner Verlag, 1. Auflage 2005
- Kleine-Moeller, Nils/
Merl, Heinrich/
Oelmaier, Winfried* Handbuch des privaten Baurechts, Verlag C.H. Beck, 2. Auflage 1997
- Kniffka, Rolf/
Koeble, Wolfgang* Kompendium des Baurechts, Verlag C.H. Beck, 2. Auflage 2004
- Kopp, Ferdinand/
Ramsauer, Ulrich* Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Verlag C.H. Beck, 7. Auflage 2000
- Kopp, Ferdinand/
Schenke, Wolf-Rüdiger* Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Verlag C.H. Beck, 11. Auflage 1998
- Korbion, Hermann/
Mantscheff, Jack/
Vygen, Klaus* Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, Beck'scher Kurzkommentar, Band 59; Verlag C.H. Beck, 6. Auflage 2004
- Köppel, Gerhard* in: Nebenangebote im Bauwesen, hrsgg. vom Verein für Bauforschung und Berufsbildung des Bayerischen Bauindustrieverbandes e.V., München, Band 8 der Schriftenreihe, 1983
- Kothe, Wolfhard/
Micklitz, Hans-W./
Rott, Peter/
Tonner, Klaus/
Willingmann, Armin* Das neue Schuldrecht; Kompaktcommentar, Luchterhand-Verlag. 1. Auflage 2003

- Kuffer, Johann/
Wirth, Axel (Hrsg.)* Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht,
Werner-Verlag, 1. Auflage 2005
- Lampe-Helbig, Gudrun/
Wörmann, Klaus E.* Handbuch der Bauvergabe, Verlag C.H. Beck,
2. Auflage 1995
- Lange, Ingo* Baugrundhaftung und Baugrundrisiko, Diss., Werner-
Verlag, 1. Auflage 1997;
- Langen, Werner/
Schiffers, Karl-Heinz* Bauplanung und Bauausführung, Werner-Verlag,
1. Auflage 2005
- Leimböck, Egon* Bauwirtschaft, Teubner-Verlag, 1. Auflage 2000
- Locher, Horst/
Koeble, Wolfgang/
Frik, Werner* Honorarordnung für Architekten und Ingenieure,
Kommentar, Werner-Verlag, 9. Auflage 2005
- Löffelmann, Peter/
Korbion, Hermann (Hrsg.)* Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag,
Werner-Verlag, 1. Auflage 1990
- Marbach, Michael* in: Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag
hrsgg. von Schulze-Hagen/Brößkamp, Werner-Verlag,
1. Auflage 1999
- Motzke, Gerd/
Pietzcker, Jost/
Prieß, Hans-Joachim* Beck'scher VOB-Kommentar Teil A, Beck-Verlag, 2001
- Münchener Kommentar
Säcker, Franz-Jürgen/
Rixecker, Roland (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil,
Verlag C.H. Beck, 5. Auflage 2007
- Nawrath, Joachim* in: Nebenangebote im Bauwesen, hrsgg. vom Verein
für Bauforschung und Berufsbildung des Bayerischen
Bauindustrieverbandes e.V., München, Band 8 der
Schriftenreihe, 1983
- Noch, Rainer* Vergaberecht kompakt, Werner-Verlag, 3. Auflage 2005
- Noch, Rainer* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, Nomos
Verlag, 1. Auflage 1998

- Oberhauser, Iris* Bauvertragsrecht im Umbruch, Diss., Werner-Verlag, 1. Auflage 1999,
- Palandt/Bearb.* Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, 66. Auflage 2007
- Peter, Norbert* Lexikon der Bautechnik, Verlag C.F. Müller, 1. Auflage 2001
- Plümecke* Preisermittlung für Bauarbeiten, Verlagsgesellschaft Rudolf Müller, 25. Auflage 2004, 1. korrigierter Nachdruck 2005;
- Prange, Herbert/
Leimböck, Egon/
Klaus, Ulf Rüdiger* Baukalkulation unter Berücksichtigung der KLR Bau und der VOB, Bauverlag, 9. Auflage 1995
- Prieß, Hans-Joachim/
Hausmann, Friedrich
Ludwig/Kulartz, Hans-
Peter* Beck'sches Formularbuch Vergaberecht, Verlag C.H. Beck, 1. Auflage 2004
- Prütting, Hanns/
Wegen, Gerhard/
Weinreich, Gerd (Hrsg.)* BGB-Kommentar, Luchterhand-Verlag, 2. Auflage 2007
- Reister, Dirk* Nachträge beim Bauvertrag, Werner-Verlag, 1. Auflage 2004
- Scheidler, Josef* in: Nebenangebote im Bauwesen, hrsgg. vom Verein für Bauforschung und Berufsbildung des Bayerischen Bauindustrieverbandes e.V., München, Band 8 der Schriftenreihe, 1983
- Schelle, Hans/
Erkelenz, Peter* VOB/A, Alltagsfragen und Problemfälle zu Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen, Bauverlag, 1. Auflage 1983
- Schipka, Rudolf* in: Nebenangebote im Bauwesen, hrsgg. vom Verein für Bauforschung und Berufsbildung des Bayerischen Bauindustrieverbandes e.V., München, Band 8 der Schriftenreihe, 1983

- Schmidt-Breitenstein, Jürgen* in: Nebenangebote im Bauwesen, hrsgg. vom Verein für Bauforschung und Berufsbildung des Bayerischen Bauindustrieverbandes e.V., München, Band 8 der Schriftenreihe, 1983
- Schmidt, Jörg/
Freiherr von und zu
Franckenstein, Georg* Wörterbuch zum Baurecht, Werner-Verlag, 1. Auflage 2004
- Schulze-Hagen, Alfons/
Brößkamp, Marcus (Hrsg.)* Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag
Werner-Verlag, 1. Auflage 1999
- Sieburg, Frank (Hrsg.)* Festschrift für Ulrich Werner zum 65. Geburtstag,
Werner-Verlag, 1. Auflage 2005
- Sturmberg, Georg /
Steinbrecher, Michael* Der gestörte Bauablauf und seine Folgen,
Carl Heymanns Verlag, 1. Auflage 2001
- Thomas, Heinz/
Putzo, Hans* Zivilprozessordnung, Kommentar, Verlag C.H. Beck,
28. Auflage 2007
- von Minckwitz, Ursula/
Schmitt, Stefan/
Viering, Markus G.* Nachtragsmanagement, Deutscher Anwalt Verlag,
1. Auflage 2005
- Voth, Berthold* Tiefbaupraxis, Bauverlag, 3. Auflage 1995
- Vygen, Klaus* Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Handbuch des
privaten Baurechts, Bauverlag, 1. Auflage 1984
- Vygen, Klaus/
Schubert, Eberhard
Lang, Andreas* Bauverzögerung und Leistungsänderung,
Werner Verlag, 4. Auflage 2004
- Werner, Ulrich /
Pastor, Walter /
Müller, Karl* Baurecht von A-Z, Lexikon des öffentlichen und
privaten Baurechts, Verlag C.H. Beck, 7. Auflage 2000
- Werner, Ulrich/
Pastor, Walter* Der Bauprozess, Werner-Verlag, 11. Auflage 2005
- Weyand, Rudolf* ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 02.01.2007,
www.ibr-online.de

- Winkler, Walter/
Fröhlich, Peter J.* VOB Gesamtkommentar, Verlag Vieweg,
11. Auflage 1998,
- Wirth, Axel (Hrsg.)* Darmstädter Baurechtshandbuch, Werner-Verlag,
2. Auflage 2005
- Wirth, Axel (Hrsg.)* Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung
und Prozessführung im privaten und öffentlichen Bau-
recht, Erstes Buch – Privates Baurecht; Werner-Verlag,
1. Auflage 2001
- Wirth, Axel/
Sienz, Christian/
Englert, Klaus* Verträge am Bau nach der Schuldrechtsreform,
Werner-Verlag, 1. Auflage 2002
- Wittke, Walter (Hrsg.)* Baugrube für die Schleuse Uelzen II, WBI-Print Nr. 15,
VGE Verlag Essen, 1. Auflage 2006
- Zilch, Konrad/
Diederichs, C.J./
Katzenbach, Rolf* Handbuch für Bauingenieure, Springer-Verlag 2001

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AGK	Allgemeine Geschäftskosten
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ATS	Österreichische Schillinge
ATV	Allgemeine Technische Vertragsbedingungen
Az.	Aktenzeichen
BauR	Zeitschrift Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BGK	Baustellengemeinkosten
BKR	Richtlinie 93/97/EWG des Rates der EG vom 14.06.1993 zur Koordination der Verfahren über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BrBp	Zeitschrift für Baurecht und Baupraxis
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVergG	Bundesvergabegesetz (Österreich)
BwB	Bewerbungsbedingungen
CBTR	Centrum für deutsches und internationales Baugrund- und Tiefbaurecht e.V.
DIN	Deutsches Institut für Normung
DVAL	Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen
EFB	Einheitliche Formblätter
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
EKT	Einzelkosten der Teilleistung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EVM	Einheitliches Verdingungsmuster
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
Ez.	Erläuterungsziffer
GdB	Gemeinkosten der Baustelle
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HDI	Hochdruckinjektion
Hs.	Halbsatz
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
IBR	Zeitschrift für Immobilien- und Baurecht
i.d.F.	in der Fassung
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
LS	Leitsatz

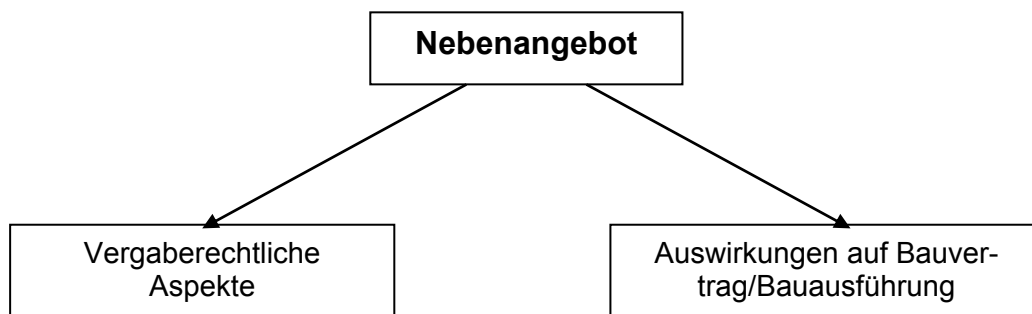
LV	Leistungsverzeichnis
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RStO	Richtlinie für die Standardisierung des Oberbaus von Verkehrsflächen
SKR	EU-Sektorenrichtlinie (Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste), EU-Richtlinie 2004/17/EG)
TS	Technische Spezifikationen
UrhG	Urheberrechtsgesetz
USt	Umsatzsteuer
VergR	Zeitschrift für Vergaberecht
VersR	Zeitschrift Versicherungsrecht
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV	Vergabeverordnung (Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge)
v.H.	vom Hundert
VHB	Vergabehandbuch für die Bauaufgaben des Bundes
VK	Vergabekammer
VKR	EU-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Richtlinie 2004/18/EG
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOF	Vergabe- und Vertragsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen
Vorbem.	Vorbemerkungen
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuG	Wagnis und Gewinn
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuss
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTV	Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht

Einführung

Der Begriff „Nebenangebot“, wie ihn unter anderem einige Paragrafen der VOB Teil A ausdrücklich verwenden, überdeckt auf den ersten Blick die tatsächliche Bedeutung in der Baupraxis und im Baurecht. Begriffe mit der Vorsilbe „Neben-“ beschreiben in der Regel im Allgemeinen ebenso wie im juristischen Sprachgebrauch etwas, das eher als „unwichtig“ oder „von geringerer Bedeutung“ eingestuft wird – man denke dabei nur beispielsweise an Begriffe außerhalb der juristischen Terminologie wie „Nebensächlichkeit“, „Nebengebäude“ oder „Nebeneffekt“ oder im juristischen Sprachgebrauch Ausdrücke wie „Nebenbeschäftigung“, „Nebeneinkünfte“, „Nebenkosten“ oder „Nebenleistung“ gemäß den Abschnitten 4.1 aller Allgemeiner Technischer Vertragsbedingungen (ATV) der VOB Teil C.¹ Vielleicht ist dies auch der Grund dafür, dass das „Nebenangebot“ bis heute noch keine umfassende juristische Betrachtung erfahren hat.²

Dabei **spielt das Nebenangebot im Bauwesen durchaus nicht nur eine untergeordnete Nebenrolle. Vielmehr steht es in der Angebotsstrategie des Bieters vielfach im Brennpunkt der vergaberechtlichen Praxis, um sich den möglicherweise entscheidenden Wettbewerbsvorteil gegenüber den Mitbieter zu erarbeiten.**³ Bei Bauvorhaben, unabhängig von deren Dimension und Auftragsvolumen, stellt nicht selten ein Nebenangebot eines Bieters die Weichen für die Ausführung in eine völlig andere Richtung als vom Auftraggeber vorgeschlagen. Auch nach Zuschlagserteilung im vertraglichen Bereich kann das Nebenangebot große Bedeutung erlangen, etwa wenn die Frage zu entscheiden ist, wer die Mehrkosten für überraschend notwendig gewordene zusätzliche oder geänderte Leistungen auf Grund der Realisierung des Baugrundrisikos zu tragen hat.

Aus rechtlicher Sicht sind zwei grundlegende Aspekte zu untersuchen:



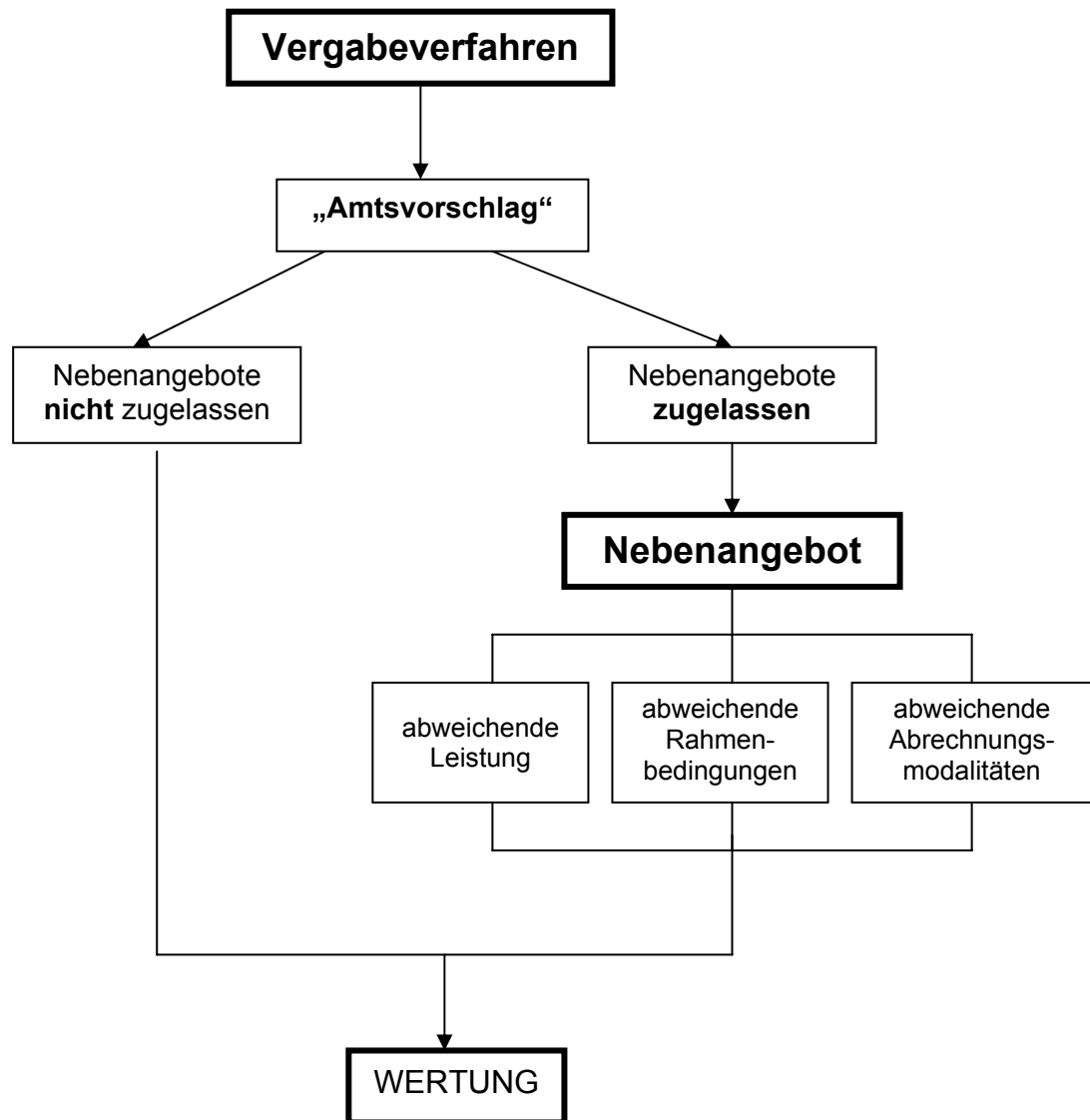
¹ Siehe die beispielhafte Aufzählung in *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, S. 518;

² Als einziges Werk ist die Abhandlung „Nebenangebote im Bauwesen“ bekannt, die im Jahr 1983 als Nr. 8 in der Schriftenreihe des Bayerischen Bauindustrieverbands erschienen ist und die Referate aus einer Veranstaltung im Rahmen des „Hochschulforum für die Praxis“ des Institutes für Bauingenieurwesen IV Tunnelbau und Baubetriebslehre an der Technischen Hochschule München wiedergibt; sie fand auf Grund dessen nur eine begrenzte Verbreitung;

³ *Marbach* in: *BauR* 2000, 1644;

Im Vorfeld der Bauausführung liegt der Bereich des Vergabeverfahrens. Die Vergabe umfasst grundsätzlich die Vertragsanbahnung insgesamt⁴ sowie den Vorgang der Auftragserteilung an sich bis zum Zuschlag.⁵ Unter dem Begriff des „Vergabeverfahrens“ ist die Gesamtheit der Modalitäten verstehen, die mit einer Vergabe verbunden sind.⁶

Das **Nebenangebot** lässt sich **im Vergabeverfahren** schematisch wie folgt einordnen:

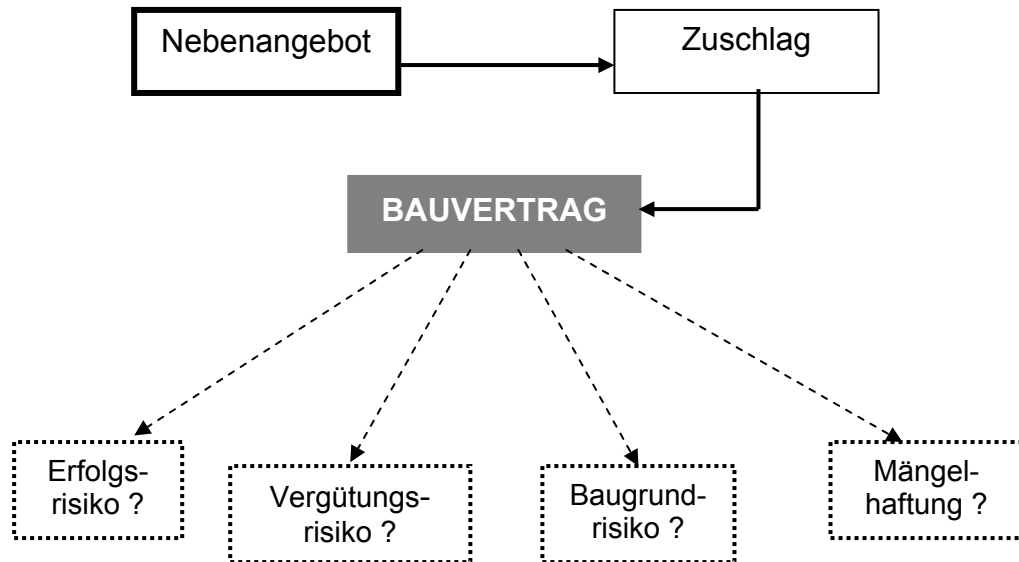


⁴ Entsprechend enthält etwa die VOB/A „Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen“;

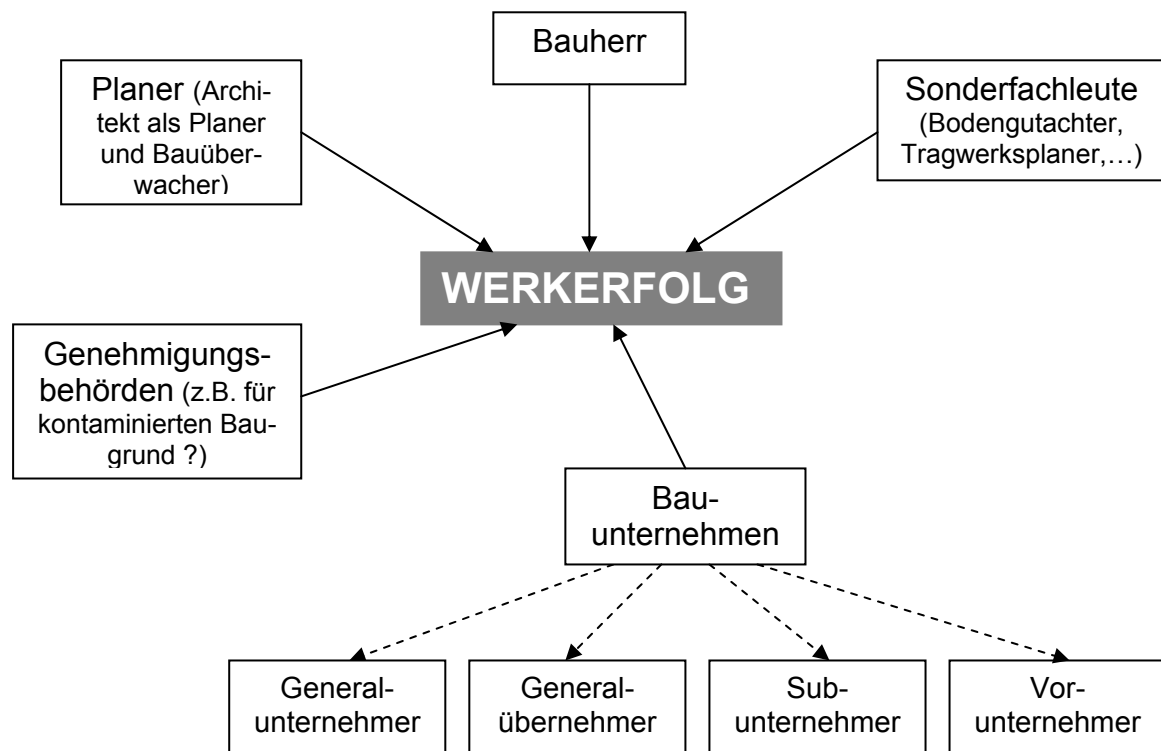
⁵ Dähne/Schelle, S. 1348;

⁶ A.a.O., S. 1380;

Hat der Auftraggeber auf ein Nebenangebot den Zuschlag erteilt und ist dieses damit Vertragsgegenstand geworden, stellen sich zahlreiche Folgefragen in bauvertraglicher Hinsicht:



Insbesondere im zeitlichen Zusammenhang mit der Bauausführung ist die Frage zu klären, inwieweit und in welcher Weise das Nebenangebot in das **Haftungssystem** der an der Verwirklichung eines Bauvorhabens Beteiligten eingreift.



Dem Nebenangebot kommt jedoch nicht nur aus baurechtlicher Sicht eine **große praktische Bedeutung** zu. Gleiches gilt **auch aus wirtschaftlicher und baubetrieblicher Sicht**, die Bauunternehmen dazu bewegt, Nebenangebote abzugeben, und den Auftraggeber, Nebenangebote zuzulassen, aufzugreifen und zu beauftragen. Namhafte Vertreter der deutschen Bauwirtschaft sprechen von einem „gewaltigen Wettbewerb“, der in nachfrageschwachen Zeiten wie in den vergangenen Jahren in der Baubranche auf Grund ihrer Besonderheiten „sofort ruinös werden muss“.⁷ Der Kampf um Aufträge ist in diesem Zusammenhang in den vergangenen Jahren immer härter geworden. Auch nach dem langsamen „Wiederanspringen“ der Konjunktur – der Aufschwung hat seit Sommer 2006 auch die Bauwirtschaft erreicht⁸ – sind die Preise nach wie vor aus Sicht der Bauindustrie schlecht bis kaum auskömmlich. Umso mehr sind Bauunternehmen bestrebt, sich mit einem attraktiveren, wirtschaftlicheren Angebot aus der Masse der Bieter hervorzuheben. Ein mögliches Mittel hierzu ist das Nebenangebot, bei dem nicht nur allein der Preis, sondern zusätzliche Kriterien Einfluss auf die Entscheidung des Wettbewerbs ausüben.

Das **Nebenangebot eröffnet insbesondere Chancen auf den Zuschlag für spezialisierte Bauunternehmen**. Dabei wird das Nebenangebot in besonderer Weise einem der Grundprinzipien des europäischen Vergaberechts gerecht. § 97 Abs. 3 GWB sieht die besondere Förderung mittelständischer Interessen vor. Zwar handelt es sich nicht um einen allgemeinen Programmsatz, aber dennoch um eine klare Handlungsanweisung des Gesetzgebers an den öffentlichen Auftraggeber.⁹ In der täglichen Vergabepraxis können mittelständische Bewerber häufig insbesondere gegen ausländische Konkurrenten kalkulatorisch nicht mit den Preisen ihrer Konkurrenten mithalten. Durch ihre Spezialkenntnisse der jeweiligen Materie, sei es im Spezialtiefbau, im Tunnelbau, im Stahlhochbau, im Straßenbau oder anderen Bereichen, sowie durch Fachkräfte mit dem nötigen Know-How für Planung und Ausführung im Unternehmen, können sie mit Hilfe ihrer Spezialkompetenz einen „Gegenvorschlag“ in Form eines Nebenangebots zum ausgeschriebenen Hauptangebot ausarbeiten. Führt diese Spezialkompetenz dazu, dass das Nebenangebot für den Auftraggeber etwa eine kostengünstigere oder schneller realisierbare Lösung relativ zum Amtsvorschlag anbietet, steigen damit die Chancen auf Erhalt des Zuschlags, während der Bieter nur bei Abgabe eines Hauptangebots angesichts des harten Preiskampfs auf Grund der schlechten Baukonjunktur preislich seinen Mitbieter unterlegen wäre.

Auf Grund der wirtschaftlichen Entwicklung im Baubereich und der jahrelang andauernden Rezession ist angesichts der aktuellen Preissituation im Bauwesen zu erwarten, dass die Rolle und Bedeutung des Nebenangebots in den nächsten Jahren jedenfalls nicht abnehmen wird.

⁷ Bauer in CBTR-Jahresband 2002, S. 65;

⁸ Pressemitteilung des Hauptverbands der deutschen Bauindustrie vom 23.05.2007;

⁹ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 97 GWB, Rdn. 26;

Auch **für Auftraggeber** hat die Zulassung und Beauftragung eines Nebenangebots durchaus **bedeutende Folgen**. Zwar wird sich der Bauherr in der Regel ohnehin fachkundiger Hilfe bedienen in Form von Architekten und Sonderfachleuten, um den für ihn bestmöglichen, also kostengünstigsten, schnellsten und praktikabelsten Weg zu finden, das gewünschte Bauvorhaben zu realisieren. Dennoch können hier wiederum insbesondere spezialisierte Unternehmen, die im jeweiligen Aufgabenfeld über langjährige Erfahrungen verfügen, durchaus dem vom Bauherrn beauftragten Architekten planerisch „überlegen“ oder ein Stück weit „voraus“ sein. Bietet ein solches Unternehmen in Form eines Nebenangebots einen „besseren“ Vorschlag an, **kann der Bauherr auf diese Weise die Kompetenz des (Spezial-)Unternehmens positiv für sein Bauvorhaben nützen und für sich selbst unter Umständen erhebliche Vorteile ziehen, indem er das Nebenangebot beauftragt** und damit sein **Bauvorhaben etwa schneller, kostengünstiger oder in einer progressiveren Variante realisieren** kann.

In der **Rechtshistorie** tritt das Nebenangebot bereits in der ersten Ausgabe der VOB Teil A aus dem Jahr 1926 in Erscheinung. In den über acht Jahrzehnten seitdem hat sich der Regelungsinhalt in der nunmehrigen Vergabe- und Vertragsordnung systematisch nicht verändert. Schon die erste VOB Teil A entsprach vom Regelungsgehalt bezüglich des Nebenangebots wesentlich der aktuellen Vergabe- und Vertragsordnung aus dem Jahr 2006.¹⁰

Sucht man in der Baurechtswissenschaft und in Entscheidungen aus der obergerichtlichen Rechtsprechung nach dem Begriff des Nebenangebots, wird man trotz der erheblichen praktischen Bedeutung in aller Regel nur eingeschränkt fündig. Die Fundstellen beschränken sich in erster Linie auf das Vergaberecht und dort auf den Bereich der VOB Teil A. Die Auswirkungen eines beauftragten Nebenangebots auf die Ausführungsphase eines Bauvertrags, auf das Erfolgsrisiko, die Vergütungssystematik und die Mängelhaftung dagegen werden im Zusammenhang mit der Rolle von Nebenangeboten meist nur am Rande oder überhaupt nicht behandelt.¹¹

Eine „**Renaissance**“ hat das Nebenangebot in der Rechtsprechung und Literatur erfahren, als der **Europäische Gerichtshof** mit der „**Traunfellner-Entscheidung**“¹² – bedeutsam für die Praxis – in die Systematik der Wertung von Nebenangeboten eingegriffen hatte, indem er vorgegeben hat, dass der Auftraggeber nicht nur Nebenangebote bereits in den Ausschreibungsunterlagen zulassen muss, wenn er sie in die Wertung der Angebote einbeziehen will, sondern darüber hinaus zwingend be-

¹⁰ vgl. VOB/A 1926 sowie im Folgenden die detaillierte Darstellung unten A III);

¹¹ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 242, sieht die Ursache darin, dass zum einen nur ein „unzureichendes Prüfinstrumentarium“ zur Verfügung steht und zum anderen die Bieter „Scheu“ hätten, „sich mit dem ‚großen Auftraggeber‘ anzulegen“;

¹² Urteil vom 16.10.2003, Az. Rs. C-421/01 = BauR 2004, 563 = VergabeR 2004, 50 = ZfBR 2004, 85 = IBR 2003, 683;

reits in den Verdingungsunterlagen **Mindestanforderungen** vorzugeben hat, die abzugebende Nebenangebote erfüllen müssen. Fehlen diese Mindestanforderungen, wie dies auch vier Jahre nach der Traunfellner-Entscheidung in der täglichen Vergabepraxis nicht selten immer noch der Fall ist, sind die Nebenangebote zwingend von der Wertung auszuschließen.

Der EuGH hat damit nicht neue Tatsachen geschaffen, sondern letztlich nur das wiedergegeben, was bereits in den europäischen Vergaberichtlinien – wenn auch in der täglichen Praxis bis dahin weitgehend unerkannt geblieben – enthalten war. Die Voraussetzungen für die Einbindung von Nebenangeboten sind damit in der Praxis verschärft: Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, hat es nicht allein der Bieter in der Hand, ob sein Angebot die allgemeinen Kriterien (formelle Voraussetzungen, Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot,...) erfüllt und in die Wertung gelangt. Übersieht der Auftraggeber, Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen vorzugeben, muss der Bieter befürchten, mit einem aufwändig ausgearbeiteten Nebenangebot quasi ohne eigenes Verschulden nicht gewertet zu werden.

Die deutschen Gerichte und Vergabekammern haben die **Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs** seit deren Erlass **durchwegs** – von wenigen Ausnahmen abgesehen – **auf deutsche Sachverhalte umgesetzt**. Bis heute aber **noch nicht restlich geklärt** hat die nationale Rechtsprechung **Fragen in Zusammenhang mit der „Traunfellner-Entscheidung“**, die sich zwangsläufig aus der Problematik der vom Auftraggeber vorzugebenden Mindestanforderungen ergeben. Wie dezidiert und ausführlich muss die Vorgabe sein ? Wann muss ein Bieter begründete Zweifel haben, dass die Mindestanforderungen nicht ausreichend beschrieben sein könnten ? Wie umfangreich sind die ihm zukommenden Nachfrageobliegenheiten ? Hat der Bieter Schadensersatzansprüche gegen den Auftraggeber, wenn er im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Ausschreibung kostenaufwändig ein Nebenangebot ausgearbeitet hat, dieses dann aber nicht gewertet wird, weil der Auftraggeber seiner Verpflichtung nicht ausreichend nachgekommen ist, die Mindestanforderungen vorzugeben ? Worauf sind solche Schadensersatzansprüche gerichtet – auf das positive oder das negative Interesse ? In diesem Fall hat der Bieter Aufwendungen getätigt, um ein Nebenangebot ausarbeiten zu können. Dieses wurde dann aber wegen eines Fehlers des Auftraggebers – dem Unterlassen der Angabe von Mindestanforderungen – nicht gewertet. Zu untersuchen wird auch sein, wie die Konstellation vergaberechtlich zu handhaben ist, wenn ein Bieter mit dem Fehlen der Mindestanforderungen spekuliert und diese Tatsache erst dann als „Joker“ für das Vergabenachprüfungsverfahren aus der Tasche zieht, wenn er feststellt, dass er den Zuschlag nicht erhält, sondern ein Konkurrent mit dessen Nebenangebot beauftragt werden soll.

Bereits im Rahmen des Vergabeverfahrens stellt sich die Frage, wann ein Nebenangebot vorliegt, welche Voraussetzungen es erfüllen muss und wie ein solches zu

werten ist. Zunächst wird daher der **Begriff des Nebenangebots zu definieren und abzugrenzen sein** von gleichartigen oder ähnlich lautenden Erscheinungen wie etwa dem Änderungsvorschlag, dem Alternativangebot, der Bedarfsposition, dem Eventualanangebot, dem Sondervorschlag oder einer unzulässigen Veränderung des Angebotsinhalts. In der Folge wird zu untersuchen sein, inwiefern und in welcher Weise das Nebenangebot eine ausdrückliche rechtliche Grundlage in einem Gesetz oder anderen Regelwerk wie der VOB hat.

Insbesondere wird dabei auch **zu klären sein, ob ein „Nebenangebot“ nur im Rahmen eines Vergabeverfahrens vorliegen kann**, das den Regeln der VOB Teil A folgt, oder ob auch im Bereich eines BGB-Bauvertrags ohne Geltung der VOB und ohne Vergabeverfahren Möglichkeiten für den Auftragnehmer bestehen, ein Nebenangebot abzugeben und welche rechtlichen Konsequenzen in einem derartigen Fall für die am Vertrag Beteiligten daraus erwachsen.

Zu untersuchen ist daneben der **Zeitpunkt**, in dem der Bieter bzw. Auftragnehmer dem Auftraggeber das Nebenangebot macht. Ist nach Abschluss des Vergabeverfahrens, also nach Erteilung des Zuschlags, noch eine Möglichkeit eröffnet, ein Nebenangebot abzugeben? Kann der Unternehmer beispielsweise noch wirksam ein „Nebenangebot“ an den Auftraggeber richten, wenn er erst während der Bauausführung auf der Basis des ursprünglichen Angebots bemerkt, dass das Bauvorhaben mit bestimmten Änderungen schneller oder billiger in die Realität umzusetzen ist? Handelt es sich dann noch um ein Nebenangebot oder ist die Risikoverteilung in diesem Fall in anderer Weise vorzunehmen?

Liegt ein „echtes“ Nebenangebot vor, berührt dessen Rolle im Vergabeverfahren in erster Linie folgende Zulässigkeitsaspekte: Generelle oder nur ausnahmsweise Zulässigkeit, Details zur Frage der Zulässigkeit, Bindung des Bieters an sein Nebenangebot, Wertungsgesichtspunkte und Besonderheiten im Rahmen der Angebotswertung nach Maßgabe des Gleichwertigkeitsgebotes, die Frage der Vergleichbarkeit eines Nebenangebots mit dem Amtsentwurf, Auswirkungen der Ausschreibungsmodalitäten – unter anderem in Unterscheidung einer Ausschreibung mit detaillierter Leistungsbeschreibung und einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm (Funktionalausschreibung).

Ist einem Bieter, der ein Nebenangebot abgegeben hat, tatsächlich im Rahmen des Vergabeverfahrens der Zuschlag erteilt worden, gelangen die Untersuchungen in die zweite, für die Realisierung eines Bauvorhabens entscheidende **Phase der Bauausführung**.

Bevor die eigentliche Umsetzung des Bauvorhabens nach den Vorgaben des Nebenangebots beginnt, wirft dieses bereits im Vorbereitungsstadium Fragen auf. Zu-

nächst **tangiert ein Nebenangebot den Aufgabenkreis der Planer und Sonderfachleute im Verhältnis zum Unternehmernebenangebot**. Betroffen ist insbesondere Leistungsphase 8 des § 15 HOAI. Gewöhnlich erstellt der Architekt den Amtsentwurf. Im Rahmen von Leistungsphase 8 hat er durch Planung, Koordinierung und Überwachung dafür zu sorgen, dass das Bauwerk mangelfrei gemäß seinen Ausführungsplänen entsteht. Dabei haftet der Architekt nach der Rechtsprechung des BGH nunmehr bereits für Teilerfolge etwa in Form der einzelnen Leistungsphasen und Grundleistungen der HOAI.¹³ Diese Einstandspflicht für den Gesamterfolg erfährt bei einem bezuschlagten Nebenangebot eine Veränderung in die Richtung, dass er die inhaltliche Richtigkeit des Nebenangebots und der Ausführungsplanung des Unternehmers zu prüfen hat. Ist dieses „Ob“ der Prüfung durchaus sicher zu bejahen, erweisen sich Prüfungsdichte und Prüfungsdetail als besonders problematisch. Hinzu kommt die Frage nach der Honorierung des Planers im Rahmen dieser Konstellation. Der Planer erhält den Vom-Hundert-Satz in der Phase 8 unter anderem für die Überwachung der Ausführung in Übereinstimmung mit den anerkannten Regeln der Technik und der Planung. Das ist im Regelfall die eigene Planung des Architekten im Rahmen des von ihm ausgearbeiteten Amtsentwurfs. Wenn hinsichtlich des Nebenangebots auch die daraus abgeleiteten Ausführungspläne des Unternehmers zu prüfen sind, wird der Planer regelmäßig die Honorierung mit 31 v.H. für die Grundleistung für nicht auskömmlich halten.

Eine solche Prüfpflicht könnte auch den **Sonderfachleuten** wie z.B. Tragwerksplanern oder Bodengutachtern zukommen, die für den ursprünglichen Amtsentwurf vorbereitende oder begleitende Untersuchungen getroffen haben. Eine denkbare Möglichkeit wäre, dass ein zeitlich später folgendes Nebenangebot ihren **Haftungsumfang** völlig unberührt lässt. Nach der anderen extremen Ansicht hätten sie vollumfänglich zu haften, wenn eine auf ihren Fachplanungsbereich zurück zu führende Störung eintritt. Eine vermittelnde Ansicht könnte eine Mitverantwortung der Sonderfachleute nur für und unter bestimmten Umständen annehmen. Bei den Tragwerksplanern verschärft sich die Honorierungsfrage, weil die Grundleistungen mit der Phase 6 auslaufen und die Leistungsphasen 7 und 8 lediglich als Besondere Leistungen normiert sind.

Eine **(Mit-)Verantwortung und deren Umfang** ist insbesondere **für den Bauherrn zu untersuchen**. Macht er, der letztlich auf der Baustelle das „Heft in der Hand“ hat, sich mit der Beauftragung des Nebenangebots dessen Inhalt derart zu eigen, dass er für jegliche später auftretende Störungen und Unwägbarkeiten haftet, als hätte er ursprünglich das Leistungsverzeichnis so erstellt, wie es das Nebenangebot letztlich verändert hat? Oder bleibt der Unternehmer, der das Nebenangebot abgegeben hat,

¹³ BGH, Urteil vom 24.06.2004, VII ZR 259/02; IBR 2004, 512; BauR 2004, 1640 = BGHZ 159, 376; EWIR 2004, 1119 (Ls.); MDR 2004, 1293; NJW 2004, 2588; NZBau 2004, 509 = ZfBR 2004, 781 = ZIP 2004, 1966;

auch für dessen Inhalt bis zum Abschluss der Bauarbeiten insofern verantwortlich, dass er es ist, der alle Risiken übernimmt, die im Rahmen der Ausführung des Bauvorhabens nach seinen Vorgaben im Nebenangebot auftreten? Es eröffnen sich die Problemkreise der Haftungsverteilung bei Störungstatbeständen zeitlicher und qualitativer Art, der Notwendigkeit einer Quotierung sowie der Prüfungspflicht und -kompetenz des Auftraggebers. Diese Fragen stellen sich insbesondere mit besonderen Risikolagen. Es ist zu klären, ob ein beauftragtes Nebenangebot die grundsätzliche Haftung des Bauherrn aus § 645 BGB für von ihm beigestellte Baustoffe (dazu zählt – für die Praxis von erheblicher Bedeutung – nach ständiger Rechtsprechung auch der Baugrund¹⁴) beeinflusst.

Eine **zentrale Rolle im Haftungssystem** in Folge der Beauftragung eines Nebenangebots wird sicherlich dem **Bauunternehmer** zuzurechnen sein, der mit seinem Nebenangebot den Bauablauf relativ zur ursprünglichen Planung des Bauherrn oder seines Architekten teilweise oder möglicherweise komplett verändert hat. Der Bauunternehmer **übernimmt in diesem Fall** nicht nur die Ausführung in Form der Umsetzung der Planung des Auftraggebers bzw. dessen Planer, sondern er übernimmt mit seinem Nebenangebot **in einem gewissen Umfang die Planung**. Darüber hinaus setzt der Auftragnehmer als Werkunternehmer das Bauvorhaben um und hat bereits aus der grundsätzlichen Einordnung im Werkvertragsrecht nach §§ 631 ff. BGB eine umfassende Erfolgshaftung.

Bei einem reibungslosen Ablauf der Bauausführung sind die oben beschriebenen Fragen im Ergebnis nicht relevant: Der Auftragnehmer baut, wie er dies durch sein Nebenangebot letztlich selbst vorgegeben hat. Der Auftraggeber nimmt das mangelfreie Werk ab und entrichtet die vereinbarte Vergütung. Sobald jedoch ein **gestörter Bauablauf** vorliegt, ist jeweils zu klären, wer die Verantwortung und – wirtschaftlich für alle Bauvertragsparteien höchst relevant – die finanziellen Folgen zu tragen hat. Treten Bauabwicklungs- und/oder Qualitätsstörungen im Zuge der Bauausführung auf, stellt sich die Frage, wer die Folgen zu schultern hat, wenn die Bauzeit wesentlich länger ist als im Nebenangebot vorgesehen und sogar die ursprünglich im Hauptangebot veranschlagte Ausführungszeit deutlich überschreitet. Ebenso ist fraglich, wer die Verantwortung dafür zu tragen hat, wenn die Umsetzung eines Bauvorhabens nach den Vorgaben eines Nebenangebots unmöglich wird oder wenn sich nach Abschluss der Bauarbeiten zeigt, dass die Güte des Werks in keiner Weise den Vorstellungen des Auftraggebers entspricht. Findet der Auftragnehmer beispielsweise im Baugrund, in dem das Nebenangebot verwirklicht wird, einen tragfähigen Untergrund erst in deutlich größerer Tiefe vor als im ursprünglich für die Ausführung des Amtsvorschlags vorgesehenen Boden, ist die Verteilung der Risiken unter den Bauvertragsparteien von besonderer praktischer Bedeutung in Zusammenhang mit der Beauftragung eines Nebenangebots. Fraglich ist dabei vor allem, ob der Auftragnehmer

¹⁴ Vgl. unten Teil 5 E V 1;

dann einen Anspruch auf Verlängerung der Bauzeit hat und damit von einer möglicherweise drohenden Vertragsstrafe befreit wird, wenn unvorhersehbare Ereignisse, die in Zusammenhang mit dem Nebenangebot stehen, die geplante Bauzeit erheblich verlängern.

Insbesondere wird zu klären sein, ob ein Auftragnehmer mit Beauftragung seines Nebenangebots pauschal alle denkbaren Risiken übernimmt, wie in der Praxis Auftraggeber und zum Teil auch Gerichte annehmen. Auch bei einem Bauvertrag auf der Basis eines Nebenangebots des Auftragnehmers tritt in der Praxis immer wieder die Situation ein, dass der Auftraggeber das vertraglich geschuldete Leistungspaket nachträglich abändert oder erweitert. In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, ob der Auftragnehmer in einem solchen Fall dennoch einen Mehrvergütungsanspruch nach §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B hat oder ob ein solcher in Folge der Bezuschlagung des Nebenangebots ausgeschlossen ist.

Es wird demnach ein **Regel-Ausnahme-Verhältnis** darzustellen sein. Es ist jeweils zu ergründen, wie die Verantwortlichkeiten beim „**klassischen**“ **Bauvertrag** – sprich, wenn ein Bauvorhaben so ausgeführt wird, wie es der vom Auftraggeber vorgegebene Amtsentwurf oder Verwaltungsentwurf vorsieht – verteilt sind. Von dieser Basis aus ist jeweils der Ausnahmefall zu analysieren, welche Besonderheiten eintreten, wenn ein **Bauvertrag auf der Basis eines Nebenangebots** abgeschlossen wurde und es im Rahmen der Bauausführung zu Störungen kommt. Dabei wird des Weiteren zu unterscheiden sein zwischen Bauverträgen, für die die Geltung der VOB wirksam vereinbart wurde und solchen, die ausschließlich nach BGB-Vorschriften abgewickelt werden. Zum Anderen ist zu differenzieren zwischen den **einzelnen Arten von Risiken**, die im Rahmen der Bauausführung relevant werden können, sei es das Ausführungsrisiko, das Erfolgsrisiko oder auch Sonderformen wie das Baugrund-System- oder Setzungsrisiko.

Denkbar ist sowohl die Möglichkeit, dass etwa das **Erfolgsrisiko** komplett auf den Bauherrn übergeht, wenn dieser schon die entscheidende Schnittstelle ist, die überhaupt erst ermöglicht hat, dass das Nebenangebot realisiert wird. Man könnte hier argumentieren, dass der Auftraggeber sich die Vorschläge des Nebenangebots durch seine Beauftragung zueigen gemacht hat. Andererseits war es der Auftragnehmer, der als Bieter bei der Angebotsabgabe mit einer abweichenden Lösung für ein Problem in Zusammenhang mit der späteren Bauausführung aufgetreten ist. Er hat damit Kompetenz in Anspruch genommen und möglicherweise auch ein Garantieverprechen abgegeben, dass sein Vorschlag in einfacherer, besserer, praktikablerer, schneller oder sicherer – und vor allem letzten Endes in kostengünstigerer und wirtschaftlicherer Weise – zum selben oder gar einem noch vorteilhafteren Erfolg führt. Somit könnte es recht und billig erscheinen, ihm allein das Erfolgsrisiko zu überbürden. Denkbar wäre ebenso, eine Mischverantwortung anzunehmen, die Auf-

traggeber, Auftragnehmer, Planer und Sonderfachleute zu gewissen, im jeweiligen Einzelfall näher zu bestimmenden Anteilen für einen möglichen (Teil-)Misserfolg einstecken lässt.

Rechtliche Probleme am Bau können nicht bei einer Betrachtung allein durch die „juristische Brille“ sachgerecht und wirtschaftlich sinnvoll gelöst werden. Die Komplexität der Zusammenhänge und Abhängigkeiten im Prozess der Planung und Herstellung eines Bauwerks erfordert vielmehr eine **interdisziplinäre Betrachtung**. Neben den rechtlichen Gesichtspunkten sind jeweils auch Aspekte der Baubetriebswirtschaft¹⁵ und der Bautechnik¹⁶ zu berücksichtigen, um eine sachgerechte und praktisch nutzbare Lösung für ein baurechtliches Problem ausarbeiten zu können.¹⁷ Dies gilt in besonderem Maße für einen Bauvertrag auf der Basis eines Nebenangebots. Neben zahlreichen rechtlichen Diskussionspunkten weist es bedeutende Auswirkungen im Bereich der Baubetriebswirtschaft auf und – sofern es sich um ein technisches Nebenangebot handelt – findet seine notwendige Grundlage auf der Klaviatur der Bautechnik. Auf Grund dessen erfolgt im Rahmen dieser Abhandlung eine interdisziplinäre Abhandlung des Nebenangebots, um das Verständnis der Gesamtzusammenhänge zu ermöglichen.

Auch **praktische Beispiele** zur Veranschaulichung der Erscheinungsformen und Möglichkeiten, die Nebenangebote eröffnen können, werden dargestellt und unter verschiedenen Aspekten erörtert. Sie belegen eindrucksvoll, dass das Nebenangebot nicht nur eine „Nebenrolle“ spielt. Darüber hinaus verdeutlichen die Beispiele, dass in Folge eines Nebenangebots in der täglichen Baupraxis nicht selten Rechtsstreitigkeiten entstehen, bei denen die Beantwortung der Fragen zur Risikoverteilung in diesem Zusammenhang darüber entscheidet, ob der Bauunternehmer oder aber der Auftraggeber für Schäden, Verzögerungsfolgen, geänderten oder Mehrleistungen in Millionenhöhe aufzukommen hat. Die rechtliche Beurteilung der Auswirkungen eines Nebenangebots schlagen in der Praxis immer noch oft diametrale Richtungen ein. Die **wirtschaftlichen Folgen eines Nebenangebots**, die im Raum stehen, können **existenzielle Bedeutung für alle an einem Bauvorhaben beteiligten Parteien entfalten**.

¹⁵ Vgl. unten Teil 2;

¹⁶ Vgl. unten Teil 1 D IV 1;

¹⁷ Schalk in: CBTR-Jahresband 2003, S. 4 f.;

Teil 1 – Grundlagen

A) Begriffsdefinition und Abgrenzung

Vor einer eingehenden Befassung mit den rechtlichen Aspekten des Nebenangebots im Vergabeverfahren und mit Fragen der Risikoverteilung im Rahmen der Bauausführung, also der vertragsrechtlichen Komponente, ist der Begriff des Nebenangebots zunächst zu definieren sowie in der Folge abzugrenzen von ähnlichen Begriffen.

I. Definition „Nebenangebot“

1. Ethymologische Herleitung des Begriffs

Zunächst ist der Begriff von seinem Wortlaut her zu betrachten. Das Wort „Nebenangebot“ besteht aus den **zwei Wortbestandteilen: „Neben-“ und „-angebot“**.

Der Duden¹⁸ enthält sich einer näheren Erklärung des Worts „Angebot“. Lexikalisch wird der Terminus „Angebot“ zweigeteilt erläutert: zum einen im juristischen Sinne als verbindliche Willenserklärung und zum anderen volkswirtschaftlich als Gesamtheit der zum Verkauf auf den Markt gebrachten Güter als Gegenpart zur Nachfrage.¹⁹ „Angebot“ ist die Substantivform zu „anbieten“ und drückt im alltäglichen Sprachgebrauch die Bereitschaft aus, einem anderen eine Sache oder Tätigkeit angedeihen zu lassen.

Auch der Wortbestandteil „Neben-“ scheint im täglichen Sprachgebrauch derart verhaftet, dass ihn der Duden nicht gesondert erläutert. Die Auflistung zahlreicher Zusammensetzungen von Substantiven mit den Vorsilben „Neben-“ im Duden²⁰ weist in zwei verschiedene Richtungen von Bedeutungen. Zum einen kann ein voran gestelltes „Neben-“ auf eine **untergeordnete Rolle** hinweisen – etwa bei „Nebenamt“, „Nebenanschluss“, „Nebenbeschäftigung“, „Nebenkriegsschauplatz“, „Nebensache“, „Nebenerwerb“ oder „Nebenstraße“. Man kann somit von einer vertikalen Abgrenzung zwischen dem „Haupt-“ und dem „Neben-“ sprechen. Zum anderen sind Wortbedeutungen aufgeführt, die ein „Nebeneinander“ signalisieren, das im Sinne einer **Koexistenz auf der gleichen Ebene** auszulegen ist. Dies sind beispielsweise „Nebenher“, „Nebenordnung“ (als Abgrenzung zur Unterordnung) und „nebenstehend“. Diese Begriffszusammensetzungen kann man sozusagen als eine horizontale Abgrenzung zwischen „Haupt-“ und „Neben-“ einordnen.

¹⁸ Duden, S. 112;

¹⁹ Brockhaus in einem Band, 6. Aufl., S. 38;

²⁰ Duden, S. 518;

Der Begriff eines „Nebenangebots“ drängt bereits von der Wortzusammensetzung die Frage nach der Rolle eines „Hauptangebots“ auf. Von der Etymologie her eröffnen sich nach der obigen Darstellung zwei grundsätzliche Möglichkeiten: Nach der vertikalen Abgrenzung käme dem „Hauptangebot“ die tragende Rolle zu, während das Nebenangebot eine untergeordnete Erscheinung darstellen würde. Folgt man der horizontalen Abgrenzung, würde dies auf eine gleichrangige Existenz und Bedeutung von Hauptangebot und Nebenangebot schließen lassen.

Es ist daher näher zu untersuchen, wie der Begriff des Nebenangebots von juristischer Seite her zu definieren ist.

2. Legaldefinition

Für bestimmte Begriffe wie etwa „unverzüglich“²¹, „Anspruch“²², „mittelbarer Besitz“²³ oder „Ersitzung“²⁴ gibt das BGB eine so genannte Legaldefinition vor, das heißt, dass das Gesetz selbst abschließend regelt, wie der betreffende Begriff zu verstehen ist. Eine **Legaldefinition für den Begriff des „Nebenangebots“ ist jedoch nicht zu finden**. Nahe liegende Anlaufstelle wären hier die §§ 145 ff. BGB, die Regelungen für das Angebot treffen. Ebenso wäre eine denkbare Möglichkeit eine Legaldefinition in §§ 631 ff. BGB, in denen das Werkvertragsrecht geregelt ist. Auch bei einem Bauvertrag handelt es sich um einen Werkvertrag.²⁵ Er regelt die Rechtsbeziehungen zwischen dem Bauherrn und dem Bauunternehmer und ist gerichtet auf die Herstellung eines körperlichen Arbeitsergebnisses, unabhängig davon, ob es sich um die Herstellung eines Rohbaus, eines fertigen Neubaus, einzelner Teile davon oder um die Erbringung von Einzelleistung wie Installations-, Putz- oder Malerarbeiten handelt.²⁶ Der Auftragnehmer (hier spricht das BGB vom „Unternehmer“) verpflichtet sich im Bauvertrag gegenüber dem Auftraggeber (das BGB verwendet hier den Begriff „Besteller“), ein konkretes Bauvorhaben zu errichten oder ein bestimmtes Teilgewerk zu realisieren. Der Werkvertrag kommt regelmäßig durch die Annahme eines Angebots des Auftragnehmers durch den Auftraggeber oder durch Annahme eines Angebots des Auftraggebers durch den Auftragnehmer zu Stande.²⁷

Der Unternehmer schuldet dem Besteller damit ein konkretes Werk im Sinne eines vorbestimmten Erfolgs, nicht nur eine Arbeitsleistung im Sinne einer Dienstleistung

²¹ Gemäß § 121 Abs. 1 S. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“;

²² Gemäß § 194 Abs. 1 BGB „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“;

²³ Gemäß § 868 liegt ein solcher vor, wenn jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist;

²⁴ Gemäß § 937 Abs. 1 BGB ist dies der Erwerb des Eigentums an einer beweglichen Sache, die der Ersitzende zehn Jahre im Eigenbesitz hatte;

²⁵ U.a. *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 2, Rdn. 3;

²⁶ *Palandt/Sprau*, Einf. v. § 631, Rdn. 3, 16;

²⁷ *Palandt/Heinrichs*, Einf. v. § 145, Rdn. 4; *Prütting/Wegen/Weinreich*, vor §§ 145 ff.; Rdn. 1 ff.;

ohne einen bestimmten Erfolg, für die §§ 611 ff. BGB anzuwenden wären.²⁸ In diesem Fall des Dienstvertrags umfasst die vertragliche Leistungspflicht des einen Teils nicht die Herbeiführung eines konkreten Erfolgs, sondern lediglich die Leistung der vereinbarten Dienste.²⁹ Daran hat auch das zum 01.01.2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz systematisch nichts geändert.³⁰

Das **BGB verwendet an keiner Stelle ausdrücklich den Begriff „Nebenangebot“**, so dass dem Bürgerlichen Gesetzbuch dementsprechend auch **keine Legaldefinition** entnommen werden kann. Auch im Bereich der Vergaberechtsquellen ist weder in den **europarechtlichen Regelungswerken** noch im durch europarechtliche Normen bedingten bundesdeutschen **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)** eine Definition des Begriffs „Nebenangebot“ zu finden.

Auch der Blick in die **Vergabe- und Vertragsordnung (VOB)** hilft auf der Suche nach einer Legaldefinition nicht weiter. Zunächst könnte bereits in Frage zu ziehen sein, inwiefern es sich hierbei tatsächlich noch um eine „Legaldefinition“ handelt: Bei der VOB handelt es sich nicht um ein staatlich vorgegebenes und im entsprechend vorgegebenen Weg erlassenes Gesetz im formellen Sinn, noch um Gewohnheitsrecht. Lediglich Teil A der VOB wurde in die Vergabeverordnung einbezogen und nimmt insoweit oberhalb der Schwellenwerte nach § 2 Nr. 4 VgV an deren Rechtsnormencharakter teil.³¹ Teil B und Teil C der VOB dagegen stellen lediglich privatrechtsrechtliche Regelungen vergleichbar Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar, die – mit Ausnahme solcher Fälle, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber vorliegt – ausdrücklich vereinbart werden müssen, wenn sie für einen konkreten Vertrag Anwendung finden sollen.³² Die Frage der Rechtsnatur der Vergabe- und Vertragsordnung kann hier allerdings noch dahin stehen und wird später noch vertieft beantwortet werden.³³

In der VOB Teile B und C tritt der Begriff des Nebenangebots wie im BGB nicht in Erscheinung. Zwar verwendet die VOB Teil A an einigen Stellen den Begriff „Nebenangebot“,³⁴ bis zur Ausgabe 2006 zumeist in Verbindung mit „und Änderungsvorschläge“. Eine nähere Erklärung, was jeweils darunter zu verstehen ist, sowie ob und wie die beiden vielfach synonym gebrauchten Begriffe abzugrenzen sind, gibt aber auch Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung nicht. Auch hieraus lässt sich – ab-

²⁸ *Vygen*, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, S. 91, Rdn. 103

²⁹ *Palandt/Weidenkaff*, Einf. v. § 611, Rdn. 1, 16 ff;

³⁰ *Wirth/Sienz/Englert*, S. 91, Rdn. 337; *Crellwitz* in: *Kothe/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann*, Das neue Schuldrecht, § 631, Rdn. 2;

³¹ *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, S. 14, § 2, Rdn. 32; S. 219, § 5, Rdn. 12 mit Verweis auf BVerwG NJW 1962, 506;

³² *Franke/Höfler/Bayer*, S. 25 f., Rdn. 52 ff.; *Fischer/Schönebeck/Keil*, S. 33 ff.;

³³ Vgl. unten C II;

³⁴ In Abschnitt 1 (Basisparagrafen) ist dies der Fall in § 10 Nr. 5 Abs. 2 lit. n; Abs. 4; § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u; Nr. 2 Abs. 2 lit. q; § 21 Nr. 3; § 22 Nr. 3 Abs. 2; Nr. 7; § 24 Nr. 1 Abs. 1; Nr. 3; § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d; Nr. 5;

gesehen von der Frage, inwieweit mangels Gesetzesqualität eine „Legaldefinition“ in der VOB überhaupt gegeben werden könnte – keine Definition ableiten.

Es bleibt damit nur der Weg, bislang in Literatur und Rechtsprechung entwickelte Definitionen zu untersuchen und darauf aufbauend eine eigene Definition des Begriffs „Nebenangebot“ zu erarbeiten.

3. Definition „Angebot“

Definitionsversuche zum Begriff des „Nebenangebots“ finden sich insbesondere in der Kommentarliteratur zur VOB Teil A, in der das Nebenangebot an mehreren, unten noch detaillierter auszuführenden Stellen ausdrücklich genannt wird. Es erscheint bei der systematischen Erarbeitung einer Definition daher ebenso sinnvoll wie notwendig, den Begriff des Nebenangebots zunächst wieder in seine Bestandteile zu zerlegen und vorab den Begriff des Angebots an sich zu klären. Nachfolgend soll dann des Weiteren die Klärung des Begriffs des „Hauptangebots“ vorgeschaltet werden, um die Bedeutung des Nebenangebots ableiten zu können.

Die VOB Teil A verwendet den **Begriff des Angebots** an zahlreichen Stellen, unter anderem in §§ 10 Abs. 3, 17 Nr. 1 und 21, der ausführlich die erforderliche Form und den notwendigen Inhalt eines Angebots im Vergabeverfahren regelt. Nähere Hinweise über die rechtliche Typisierung eines solchen „Angebots“ gibt die VOB/A allerdings nicht. Es ist daher auf die Erkenntnisse des allgemeinen Schuldrechts zurückzugreifen. Der Bauvertrag ist kein Vertrag *sui generis*, sondern, wie oben ausgeführt, ein Werkvertrag. Dies gilt sowohl für einen reinen BGB-Bauvertrag als auch für den Fall, in dem die Parteien übereingekommen sind, dass für einen Bauvertrag die VOB Teile B und C gelten sollen. Dies ändert nichts daran, dass dieser Bauvertrag dennoch den Grundsätzen des BGB-Werkvertrags folgt. Die VOB modifiziert ebenso wie die HOAI für Architektenverträge den Grundvertrag lediglich in bestimmten Teilen.³⁵

Somit sind für die rechtliche Einordnung des Angebots die Grundregeln für das Zustandekommen eines Vertrags aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch heran zu ziehen.³⁶ § 145 BGB verwendet jedoch den Begriff „Antrag“. Dieser ist jedoch synonym zum Begriff des „Angebots“ zu verwenden, ebenso wie im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens der Begriff „Annahme“ der §§ 147 ff. BGB zu dem vergaberechtlichen Begriff des „Zuschlags“.³⁷ Nach § 145 BGB ist der Antrag – damit das Angebot – eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 BGB, die mit dem Zugang beim Empfänger wirksam wird. In dem Vertragsangebot erklärt eine Partei mit dem erkennbaren endgültigen Willen der rechtlichen Bindung an den Vertragspartner, dass sie bereit ist, einen Vertrag nach Maßgabe ihrer Erklärung mit

³⁵ Fischer/Schonebeck/Keil, S. 21; Vygen, S. 91, Rdn. 103;

³⁶ Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, S. 282 ff., § 6, Rdn. 19 ff.;

³⁷ A.a.O., S. 282, Überschrift zu II.;

dem Erklärungsgegner abzuschließen und sich vertraglich binden zu wollen, einen konkreten Erfolg herzustellen. Ein Angebot muss inhaltlich so genau bestimmt sein, dass der andere Vertragspartner es durch ein einfaches „Ja“ annehmen kann.³⁸

Dies klärt jedoch noch nicht die Frage, von wem in der Baupraxis ein Angebot und damit letztlich in der Folge ein Nebenangebot ausgeht. Auf den ersten Blick kann sowohl der Auftraggeber als auch der Bauunternehmer theoretisch ein Angebot im Sinne des § 145 BGB gegenüber dem potenziellen Vertragspartner abgeben, das den obigen Anforderungen entspricht, mit dem er sich also anbietet, einen konkreten Bauvertrag mit dem hinreichend beschriebenen gewünschten Erfolg abschließen zu wollen. In der Baupraxis stellt sich daher die **Frage, ob das (Neben-)Angebot vom Auftraggeber oder vom Bieter ausgeht**. Dies entscheidet nicht zuletzt auch über spätere Einflüsse eines Nebenangebots auf die Risikoverteilung bei der Bauausführung.

Vom Grundprinzip her sieht das BGB vor, dass es sich bei der ersten Willensbekundung, einen konkreten Vertrag abzuschließen zu wollen, um das Angebot (das BGB spricht hier vom „Antrag“) handelt und bei der zeitlich danach folgenden Erklärung des anderen Vertragspartners um die Annahme des Angebots. Dies würde zunächst dafür sprechen, dass das Angebot vom Auftraggeber ausgeht. Er ist es ja, der als Erster den Wunsch entäußert, einen Vertrag abzuschließen zu wollen, um ein konkretes Bauvorhaben in die Tat umsetzen zu lassen.

Im Rahmen eines Vergabeverfahrens allerdings **fehlt** dieser Willensbekundung des Auftraggebers **jedoch ein entscheidendes Merkmal**, das unerlässliche Voraussetzung für ein wirksames Angebot im Sinne des § 145 BGB ist: nämlich der **rechtliche Bindungswille gegenüber einem konkreten Vertragspartner**. Der Auftraggeber verschickt zu Beginn des Vergabeverfahrens die Angebotsunterlagen an eine Reihe von Bietern. Dies gilt **auch für** den Fall, dass er nur eine **beschränkte Ausschreibung** im Sinne von § 3 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A wählt. Auch dann richtet der Auftraggeber seine Anfrage an mehrere Bieter – nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A soll der Auftraggeber drei bis acht geeignete Bewerber auffordern, ein Angebot abzugeben.³⁹

Jeder dieser Bieter ist in diesem Stadium noch ein theoretisch denkbarer potenzieller Vertragspartner des Auftraggebers. Der **Auftraggeber will sich gerade noch nicht an einen konkreten Auftragnehmer binden, sondern erst abwarten, welches Angebot im Rücklauf für ihn das günstigste sein wird**. Die Bieter können nicht einen wirksamen Vertragsschluss erreichen, indem sie nur „ja“ sagen: Der Auftraggeber hat in seinen Verdingungsunterlagen ja bis dato nur den gewünschten Weg

³⁸ *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 59; *Fischer/Schonebeck/Keil*, S. 27 f.; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, S. 282 f., § 6, Rdn. 20;

³⁹ *VÜA Nordrhein-Westfalen ZVgR* 1997, 313; *Prieß/Hausmann/Kulartz*, A I. 2.2; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 3 VOB/A, Rdn. 10;

zum gewünschten Bauvorhaben vorgegeben. Es fehlen aber unter anderem noch jegliche Preise für die Ausführung der Leistung, die der jeweilige Bieter erst errechnen und anbieten muss.

Der **Versand eines Leistungsverzeichnisses oder eines Leistungsprogramms an mehrere Bieter** stellt somit vielmehr mangels eines ausreichend konkreten Bindungswillens des Auftraggebers **noch kein Angebot im Sinne der §§ 145 ff. BGB** dar, sondern **nur eine Aufforderung zur Angebotsabgabe**, eine so genannte *invitatio ad offerendum*.⁴⁰

In diesem Zusammenhang ist der Blick auch auf das **Auf- und Abgebotsverfahren, § 6 Nr. 2 VOB/A**, zu richten. Bei diesem gibt der Auftraggeber nicht nur die Leistungsbeschreibung vor, sondern auch bereits Preise, die dem Auf- bzw. Abgebot der Bieter unterstellt werden. Dieses Verfahren soll nach der ausdrücklichen Vorgabe nur Anwendung finden, wenn „*regelmäßig wiederkehrende Unterhaltungsarbeiten, deren Umfang möglichst zu umgrenzen ist*“, Gegenstand des Vergabeverfahrens sind. Trotz des Begriffs „Angebotsverfahren“, das explizit den Begriff des „Angebots“ enthält, wie er dem Terminus „Antrag“ in § 145 BGB entspricht, handelt es sich bei der Vorgabe des Auftraggebers auch in diesem Fall nicht um ein Angebot, sondern nur um eine Aufforderung an die Bieter, ein Angebot abzugeben.⁴¹ Der Auftraggeber richtet seine bereits bepreiste Leistungsbeschreibung an einen von ihm ausgewählten Bieterkreis. Diesen Bieter steht es frei, ob sie ein Angebot abgeben wollen beziehungsweise welche Preise sie anbieten wollen.⁴²

Eine *Invitatio ad offerendum* liegt ebenso vor **im Zuge der Anbahnung von Bauverträgen, bei denen der Auftraggeber** seinen Vertragspartner für die Ausführung der gewünschten Bauleistung im Vorfeld nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens mit mehreren Bietern auswählt, sondern **nur einem konkreten Unternehmer den Wunsch nach einem Vertragsschluss offenbart**. Auch in diesem Fall ist der Wunsch des Auftraggebers in der Regel inhaltlich noch nicht ausreichend konkret. Der potenzielle Vertragspartner erhält vom Auftraggeber in diesem Fall zwar möglicherweise bereits einen vollständigen Leistungskatalog, in dem im Rahmen eines Leistungsverzeichnisses alle gewünschten Bauleistungen vollumfänglich dargestellt sind. Des Weiteren ist der angefragte Unternehmer in diesem Fall der einzige und damit bereits der konkretisierte Vertragspartner. Aber nach der praktischen Systematik muss der Unternehmer in das Leistungsverzeichnis erst noch seine Preise eintragen. Der Unternehmer kann also wiederum nicht nur mit einem einfachen „Ja“ den Abschluss des Vertrags herbeiführen, wie dies Voraussetzung wäre, um ein Angebot bejahen zu können, da er erst seine Preise zum gesamten Vertragsumfang beisteu-

⁴⁰ Vygen, S. 54 f., Rdn. 42 ff. mit einigen Beispielen aus der Praxis; Fischer/Schonebeck/Keil, S. 27; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, S. 283, § 6, Rdn. 21; Palandt/Heinrichs, § 145, Rdn. 2;

⁴¹ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 6, Rdn. 4;

⁴² Kapellmann/Messerschmidt, § 6, Rdn. 4;

ern muss. Es handelt sich damit **auch hier erst** um eine *invitatio ad offerendum an den Bauunternehmer*.⁴³

Eine **Ausnahme** ist allenfalls für den praktisch äußerst seltenen Fall denkbar, dass ein Auftraggeber bereits mit einem komplett ausgearbeiteten Leistungsverzeichnis inklusive bereits vorgegebener Preise zu einem konkreten Bauunternehmen kommt und diesem einen Bauvertragsschluss nur zu diesen Konditionen anbietet. In diesem Fall kann der Bauunternehmer tatsächlich durch ein einfaches „Ja“ das Angebot des Auftraggebers annehmen. Kann er die Preisvorstellungen des Auftraggebers nicht erfüllen, wird er „nein“ sagen und damit das Angebot ablehnen. Nur in diesem Ausnahmefall ist die Anfrage des Bestellers an den Unternehmer als Angebot im Sinne der §§ 145 ff. BGB anzusehen.

4. Hauptangebot

Hauptangebote sind **Angebote, die nur die Preise und die geforderten Erklärungen beinhalten**. Sie weichen inhaltlich also nicht von den Verdingungsunterlagen ab, sondern geben deren Inhalt wieder. Die Leistungsvorgaben des Auftraggebers werden vom Bieter lediglich bepreist und nicht anderweitig abgeändert bzw. ergänzt. Wenn im Folgenden also von einem Hauptangebot die Rede ist, ist darunter ein Angebot des Bieters zu verstehen, dessen Leistungsumfang deckungsgleich ist mit den vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen nachgefragten Bauleistungen.⁴⁴ Die detaillierte Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenangebot wird unten vorgenommen.⁴⁵

5. Definitionen des Nebenangebots in der Literatur

In der Literatur gibt es eine Reihe von – zum Teil inhaltlich voneinander abweichenden – Definitionen für das Nebenangebot. Diese sollen nun dargestellt, erläutert, verglichen und diskutiert werden, um am Ende eine zusammenfassende Klärung des Begriffs erzielen zu können.

*Werner/Pastor/Müller*⁴⁶ definieren das Nebenangebot wie folgt:

„Unter Nebenangeboten versteht man Angebote eines Bieters, die neben dem eigentlichen Hauptangebot gemacht werden.“

⁴³ Vygen, S. 54 f., Rdn. 42 ff., Fischer/Schonebeck/Keil, S. 27, Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, S. 283, § 6, Rdn. 21;

⁴⁴ VK Bund, Beschluss v. 17.07.2003, VK 1-55/03; Weyand, a.a.O.; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.04.2003, Verg 69/02; Schmidt/von und zu Franckenstein, S. 217; Dähne/Schelle, S. 673 f.; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 21 VOB/A, Rdn. 28; Kapellmann/Messerschmidt, § 21 VOB/A, Rdn. 12; Ingenstau/Korbion, § 21 VOB/A, Rdn. 11; Heiermann/Riedl/Rusam, § 21 VOB/A, Rdn. 11;

⁴⁵ Siehe unten Teil I A II 1;

⁴⁶ In: Baurecht von A-Z, S. 605;

Bereits aus dieser kurzen Erklärung ist zu entnehmen, dass im Vergabeverfahren das **Nebenangebot vom Bieter ausgeht und nicht vom Ausschreibenden**. Das Nebenangebot steht dabei separat neben dem eigentlichen Hauptangebot. Ob und inwiefern sich Nebenangebote inhaltlich vom Hauptangebot abheben, lässt sich aus dieser Definition nicht herleiten. Es ist ihr lediglich zu entnehmen, dass das Nebenangebot etwas anders ist als das Hauptangebot und, wie der Terminus bereits vorgibt, neben dem Hauptangebot steht. Nicht zu ersehen ist, ob ein Nebenangebot zwingend neben einem Hauptangebot stehen muss, wie dies der Definition auf den ersten Blick zu entnehmen ist, oder ob es auch alleine stehen kann, also ohne paralleles Hauptangebot abgegeben werden kann.

Die zunächst im Hinblick auf die Vorgabe von § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A nicht näher spezifizierte Erklärung „neben dem eigentlichen Hauptangebot“ wird im weiteren Verlauf bei *Werner/Pastor/Müller* näher erläutert:

„Denkbar ist, dass ein Bieter ein Nebenangebot ohne Hauptangebot abgibt; auch ein solches Angebot ist grundsätzlich zulässig und zu werten.“

Das **Nebenangebot muss demnach nicht zwingend zugleich mit einem Hauptangebot abgegeben werden, sondern kann auch ohne ein solches eingereicht werden**. Dies entspricht so auch dem Wortlaut des § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A. Demnach hat ein Auftraggeber dies in den Verdingungsunterlagen ausdrücklich anzugeben, wenn er *ausnahmsweise* Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausschließen will. Es ist daher nicht als Ausnahme anzusehen, dass ein Bieter ein Nebenangebot ohne gleichzeitiges Hauptangebot abgeben kann, sondern als Regelfall.

Ähnlich definieren auch *Schmidt/von und zu Franckenstein*⁴⁷ das Nebenangebot:

„Nebenangebote sind Angebote der Auftragnehmer (Bieter), welche als Alternative zum Hauptangebot oder auch an Stelle des Hauptangebotes dem Auftraggeber vom Auftragnehmer unterbreitet werden.“

Auch aus dieser Definition ergibt sich nichts detailliert zum Inhalt und zur Reichweite eines Nebenangebots. Materiell wird lediglich angeführt, dass ein Nebenangebot eine „**Alternative**“ **zum Hauptangebot** darstellt, also begrifflich der Inhalt der vom Bieter „alternativ“ angebotenen Leistung von der Leistung abweicht, die der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen angefordert hat. Eine nähere Beschreibung dieser Abweichung findet nicht statt.

⁴⁷ Wörterbuch zum Baurecht, S. 308;

Formell ergibt sich aus der Definition von *Schmidt/von und zu Franckenstein*, dass ein Nebenangebot „als Alternative zum Hauptangebot oder auch an Stelle des Hauptangebotes“ abgegeben werden kann. Die Unterscheidung wirft jedoch Fragen auf: Wird ein Nebenangebot „an Stelle des Hauptangebots“ abgegeben, wird es der Bieter abgegeben, ohne zugleich ein Hauptangebot einzureichen. Wie die andere Variante „als Alternative zum Hauptangebot“ zu verstehen ist, wird nicht hinreichend klar. Möglicherweise meinen die Autoren damit eine inhaltliche Abweichung vom Hauptangebot, die parallel mit einem solchen abgegeben wird. Dies muss jedoch offen bleiben.

Konkreter wird bereits die Definition, die *Hofmann*⁴⁸ vorgibt:

„(...) sind (...) Nebenangebote schlicht zu definieren als von der ausgeschriebenen Lösung inhaltlich abweichende Angebote“

Hofmann führt als weitere Komponente eine **inhaltliche Abweichung des Nebenangebots von der durch den Auftraggeber ausgeschriebenen Leistung** in die Bestimmung des Begriffs des Nebenangebots ein. Demnach ist ein Nebenangebot dadurch gekennzeichnet, dass es sich nicht etwa nur in formeller Hinsicht von einem Hauptangebot unterscheidet, sondern dass dessen Inhalt in einer noch näher zu konkretisierenden Weise von dem abweicht, was der Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen ursprünglich gewünscht hat.

Diese Definition bestätigen inhaltlich auch *Ingenstau/Korbion/Kratzenberg*:⁴⁹

*„(...) Nebenangebote setzen begrifflich voraus, dass die **Leistung inhaltlich anders angeboten wird, als sie in der Leistungsbeschreibung, die Gegenstand des Vergabeverfahrens gemacht worden ist, enthalten ist.**“*

Auch hieraus geht hervor, dass ein Bieter mit einem Nebenangebot eine Leistung anbietet, die inhaltlich vom Leistungsverzeichnis des Hauptangebots abweicht.

Auch *Weyand*⁵⁰ sieht die Abweichung von den Verdingungsunterlagen als entscheidendes Kriterium an:

„(...) zum Wesen eines Nebenangebots gehört, von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung zumindest teilweise abzuweichen.“

⁴⁸ In: Nebenangebote im Bauwesen, S. 28

⁴⁹ VOB Teile A und B, § 10 VOB/A, Rdn. 79;

⁵⁰ In: ibr-online-Kommentar Vergaberecht, § 10 VOB/A, Ziff. 5554;

Ein Nebenangebot liegt demnach vor,

„(...) wenn es sich um eine Änderung entweder des gesamten vorgesehenen Leistungsinhalts oder jedenfalls ganzer Abschnitte davon handelt (...) Auf die Bezeichnung als Nebenangebot kommt es nicht an.“

*Das Nebenangebot **setzt also eine Abweichung vom geforderten Angebot voraus**, und zwar eine Abweichung jeder Art, unabhängig von ihrem Grad, ihrer Gewichtung oder ihrem Umfang; deshalb werden selbst Biетervorschläge, die eine völlig andere als die vorgeschlagene Leistung zum Gegenstand haben, als Nebenangebot angesehen.“⁵¹*

Ähnlich formulieren dies auch *Dähne/Schelle*⁵²:

„Nebenangebote weichen im Gegensatz zu Hauptangeboten von den Vergabeunterlagen ab, decken sich also mit diesen höchstens partiell, weshalb sie Alternativen zu den Hauptangeboten sind. (...)

Hieraus folgt zusätzlich zu den obigen Feststellungen, dass sich das Nebenangebot dadurch auszeichnet, dass es **von den ursprünglichen Vergabeunterlagen zumindest partiell und nicht notwendig, aber möglicherweise vollständig in allen Punkten von der ausgeschriebenen Lösung abweicht**. Das Hauptangebot dagegen folgt exakt den Vorgaben der vom Auftraggeber vorgelegten Ausschreibungsunterlagen. *Dähne/Schelle* leiten dies vom Grundsatz her zutreffend aus dem Wortlaut des § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A ab. Dort formuliert die Vergabe- und Vertragsordnung die Voraussetzungen für ein (Haupt-)Angebot auf eine Ausschreibung, wie oben bereits ausgeführt, sehr einschränkend: *„Die Angebote sollen nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten.“*

Im Umkehrschluss aus dieser Regelung sei herzuleiten, dass bereits dann ein Nebenangebot vorliege, wenn mehr als nur die Angaben auf dem Angebot vermerkt sind, die § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A aufführt. Eine derart restriktive Eingrenzung erscheint zunächst als zu weit gehend: Bei der Regelung in § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A handelt es sich nach dem Wortlaut lediglich um eine Soll-Vorschrift und nicht um eine Muss-Bestimmung. Daraus wäre daher allenfalls abzuleiten, dass dann, wenn ein Bieter mehr als die Preise und die geforderten Erklärungen in seinem Angebot abgibt, jedenfalls ein Indiz für das Vorliegen eines Nebenangebots gegeben ist, noch nicht jedoch mit Bestimmtheit bereits gesagt werden kann, dass es sich definitiv um ein Nebenangebot handelt. Theoretisch denkbar ist, dass ein Bieter beispielsweise Erläuterungen dazu abgibt, wie er in den Verdingungsunterlagen vorzu-

⁵¹ In: ibr-online-Kommentar Vergaberecht, § 10 VOB/A, Ziff. 4363 f.;

⁵² in: VOB von A-Z, S. 922 ff.

findende, möglicherweise aus seiner Sicht nicht eindeutig zu fassende Vorgaben verstanden hat. Wenn insoweit der Bieter die vom Auftraggeber vorgegebene geforderte Leistung noch einmal klarstellend wiedergibt, um aus seiner Sicht zu besorgende Missverständnisse auszuschließen, im Übrigen aber in keiner Weise vom vorgegebenen Leistungsverzeichnis abweicht, wird man nicht bereits von einem Nebenangebot sprechen können.

Nach der Rechtsprechung ist die Vorgabe in § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A jedoch entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut als Muss-Vorschrift zu verstehen. Insoweit ist ein Angebot unter Umständen bereits aus der Wertung auszuschließen, wenn es über die geforderten Preise und Erklärungen hinaus weitere Erklärungen des Bieters enthält.⁵³ Dies kann hier jedoch dahin stehen. Für die Frage der Definition des Nebenangebots ist festzuhalten, dass sich hieraus jedenfalls nicht eindeutig entnehmen lässt, ob es sich bei einem Angebot des Bieters, das nur den vom Auftraggeber vorgesehenen Leistungsumfang wiedergibt, hierzu jedoch neben den Preisen noch eigene Erläuterungen abgibt, noch ein Hauptangebot oder bereits ein Nebenangebot vorliegt. Für ein Hauptangebot spricht, dass keine inhaltliche Abweichung vorliegt. Auf ein Nebenangebot deutet die Tatsache hin, dass außer den Preisen und den vom Auftraggeber geforderten Erklärungen vom Bieter noch weitergehende Erläuterungen und Erklärungen abgegeben werden. Nach dem oben bisher zur Definition des Nebenangebots Ausgeführten wird man in diesem Fall daher ein Hauptangebot anzunehmen haben, das abhängig von den Umständen des konkreten Einzelfalls möglicherweise auf Grund von §§ 21 Nr. 1, Abs. 1 Satz 3, 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A nicht gewertet werden darf.

Die bisher gefundene Definition des Nebenangebots bestätigt im Kern auch *Marbach*.⁵⁴ Er erklärt den Begriff wie folgt:

*„Die Praxis spricht von Nebenangeboten, wenn das Angebot des Bieters **entweder den gesamten, vom Ausschreibenden vorgesehenen Leistungsinhalt (im Amtsentwurf) ändert oder** wenn die Abweichung des Nebenangebots von der Leistungsbeschreibung im ‚Amtsentwurf‘ **grundlegende Änderungen oder Umgestaltungen in sich geschlossener Leistungsteile** betrifft. Das Nebenangebot wird also ‚neben‘ dem Hauptangebot abgegeben.“*

Die Definition von *Marbach* sieht demnach zwei Alternativen für das Vorliegen eines Nebenangebots: **Entweder der Bieter ändert mit seinem Nebenangebot den Amtsentwurf vollumfänglich und komplett ab oder er ändert wenigstens Teil-**

⁵³ OLG Oldenburg, NJW-RR 1997, 661; VÜA Bund, 1 VÜ 15/97; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 21 VOB/A, Rdn. 21; a.A. *Daub/Eberstein*, § 21 Rdn. 20;

⁵⁴ In: *BauR* 2000, 1643 ff.;

leistungen ab, die zum einen von den übrigen Leistungen abgrenzbar und zum anderen für sich gesehen „bedeutsam“ sein müssen.

Diese Definition führt in der Praxis zu – unnötigen – Problemen und Rechtsunsicherheiten: Einerseits ist auf Grund der Vorgaben etwa der VOB/A keine Notwendigkeit zu ersehen, warum ein Nebenangebot mit den entsprechenden Folgen für die Risikoverteilung in der Bauausführung nur dann vorliegen soll, wenn der Bieter mit seinem Vorschlag *in sich geschlossene* Leistungsteile abändert. Dies steht bereits im Widerspruch zu § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 VOB/A. Dort ist eindeutig geregelt, dass (Haupt-)Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten sollen. Absatz 2 gibt klar vor, dass Änderungen an den Verdingungsunterlagen unzulässig sind. Diese Fälle sind nicht nur dann einschlägig, wenn ein Bieter bedeutende Änderungen vornimmt oder nur *in sich geschlossene* Leistungsteile abändert. Auch lediglich geringfügigere Änderungen und solche, die nicht „geschlossene Teile“ betreffen – die beispielsweise die anzuwendenden Baustoffe oder das Bauverfahren (in Teilen) gegenüber den Verdingungsunterlagen abändern – erfordern Erklärungen und Erläuterungen des Bieters, die zweifelsfrei über das reine Einsetzen von Preisen und den geforderten Erklärungen (wie zum Beispiel zum Nachweis seiner Eignung im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A) in die Angebotsunterlagen hinaus gehen.

Darüber hinaus führt die Verwendung der unbestimmten Begriffe der „bedeutsamen“ abgeänderten Leistungsteile ebenso wie „in sich geschlossener“ Leistungsteile zu weiteren Problemen für die praktische Anwendung: Die Abgrenzung zwischen einem „bedeutsamen“ Leistungsteil und im Gegensatz dazu einem „unbedeutenden“ Leistungsteil ist in der Praxis nicht sicher handhabbar. Schreibt ein Auftraggeber beispielsweise den Bau einer Stützmauer für eine Böschung mit einer bestimmten Betongüte aus und bietet ein Wettbewerber an, die Mauer mit einer ausreichenden Festigkeit auch mit einer geringeren Betongüte und damit kostengünstiger errichten zu können, fällt eine Einstufung schwer. Je nach Wahl des Entscheidungskriteriums wird das Ergebnis unterschiedlich ausfallen. Die Beurteilung als „unbedeutende“ Änderung ist hier denkbar, da nur eine geringfügig andere Betongüte verarbeitet werden soll. Ebenso plausibel und nachvollziehbar ist die Einstufung als „bedeutende“ Änderung, da gerade bei einer Stützmauer die entscheidende vertraglich vereinbarte Eigenschaft die Abstützwirkung für die dahinter liegenden Erdmassen darstellt und diese ganz erheblich von der eingesetzten Betongüte abhängt. Auch ist nicht klar und festlegbar, ob der Grad der Bedeutung nach der technischen Auswirkung für das gesamte Bauwerk oder beispielsweise im Hinblick auf die anteiligen Kosten für die geänderte Teilleistung in Relation zum Gesamtauftragswert beurteilt werden soll. Eine nähere Erläuterung, wo die Grenze in der Bewertung der Bedeutung zu ziehen sein wird, liefert auch die obige Definition nicht.

Dies gilt ebenso für den weiteren nicht hinreichend bestimmten und bestimmbaren Begriff der Änderung „in sich geschlossener“ Leistungsteile. Auch hier ist die Abgrenzung vielfach nicht an objektiven und damit ausreichend eindeutigen Kriterien festzumachen, wann ein Bereich der geforderten Leistungen „in sich geschlossen“ ist und wann nicht.

Zu ähnlichen Problemen führt auf den ersten Blick auch die Definition von *Brinker/Ohler*.⁵⁵

„Nebenangebote sind Vorschläge eines Bieters, die eine völlig andere Leistung anbieten als diejenige, die vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen verlangt und vorgegeben worden ist. In diesem Sinne erfolgt das Nebenangebot neben oder an Stelle des Hauptangebots.“

Die Definition legt zunächst fest, dass die Bieter ein **Nebenangebot entweder zugleich mit einem Hauptangebot („neben“) oder auch ohne gleichzeitiges Hauptangebot („an Stelle“)** abgeben können.

Als weiteres Kriterium für ein Nebenangebot wird wiederum eine inhaltliche Abänderung der vom Bieter angebotenen Leistung gegenüber der ursprünglich vom Auftraggeber mit Hilfe seines Leistungsverzeichnisses in den Verdingungsunterlagen geforderten Leistung festgelegt. Die Forderung nach einer Abweichung im Sinne einer „völlig anderen“ Leistung allerdings erscheint wiederum angesichts der Regelung in § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 VOB/A überzogen und nicht nachvollziehbar. Es ergibt sich aus dem Zusammenhang **kein zwingender Anhaltspunkt für die Forderung nach einer derart gravierenden Abweichung gegenüber den Verdingungsunterlagen**. Eine Bedeutung könnte die Forderung allerdings im Zusammenhang mit der später noch vorzunehmenden Abgrenzung zwischen den beiden Begriffen des Nebenangebots und des Änderungsvorschlags erlangen. In deren Rahmen nehmen *Brinker/Ohler* ein selbstständiges Nebenangebot bei einer umfassenden Abweichung des Biervorschlags von Entwurf des Auftraggebers und im Gegenzug einen un-selbstständigen Änderungsvorschlag bei einer nicht derart weit reichenden Abweichung an.⁵⁶

Das Element der inhaltlichen Abweichung konkretisiert *Schweda*⁵⁷. Das **Nebenangebot unterscheidet sich von einem Hauptangebot nicht durch seine formale Ausgestaltung, sondern allein durch seinen Inhalt**. Er verweist bei seiner Definition zunächst auf die Erläuterungen zur VOL/A. Bei der VOL/A handelt es sich um die Verdingungsordnung für Leistungen, ausgenommen Bauleistungen. Bauleistungen

⁵⁵ In: *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 23 VOB/A, Rdn. 132;

⁵⁶ A.a.O., Rdn. 132 f.;

⁵⁷ In: *VergR* 2003, 268 ff., 269;

sind dabei nach § 1 Nr. 1 VOB/A Leistungen jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, in Stand gehalten, geändert oder auch beseitigt wird. Die VOB/A und die VOL/A schließen sich damit in ihrem Anwendungsbereich gegenseitig jeweils aus. Die VOL Teil A ist für Nebenangebote im Bauwesen, die Gegenstand der hier vorliegenden Abhandlung sein sollen, nicht anwendbar.⁵⁸ Die Regelung der Leistungsvergabe in den Teilen A sowohl der VOB als auch der VOL stimmt jedoch von der Systematik und dem Ergebnis her weitgehend überein,⁵⁹ so dass durchaus ein „Blick über den Zaun“ der VOB/A in Teil A der VOL/A auch für die Beschreibung des Nebenangebots im Bauwesen hilfreich sein kann. § 17 Nr. 3 Abs. 5 der Erläuterungen zur VOL/A gibt allerdings ebenso nur eine Rumpfdefinition vor. Danach umfasst der Begriff „Nebenangebot“ *jede Abweichung vom geforderten Angebot*. Bei den Erläuterungen zur VOL/A handelt es sich um offizielle Anmerkungen des Deutschen Verdingungsausschusses für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen, die als solche aber keinen rechtsverpflichtenden Charakter haben.⁶⁰

Wie *Schweda*⁶¹ weiter zutreffend feststellt, ist für das Vorliegen eines Nebenangebots nicht ein bestimmtes Maß an Abweichung von der im Leistungsverzeichnis des Auftraggebers geforderten Leistung erforderlich. Er stellt fest:

„Auf Grad, Umfang oder Gewichtung der Abweichung kommt es nicht an.“

Ein **Nebenangebot** liegt demnach gleichermaßen vor, **wenn ein Bietervorschlag eine völlig andere als die vom Auftraggeber ausgeschriebene Leistung zum Gegenstand hat sowie, wenn sie nur in geringfügigen Teilen von den Verdingungsunterlagen abweicht.**

Die inhaltliche Abweichung muss nach dieser Definition nicht zwingend darin liegen, dass ein Bieter etwa vorschlägt, ein (völlig) anderes Bauverfahren anzuwenden oder andere Baustoffe einzubauen als in den Vergabeunterlagen vorgesehen. Die Abweichung kann demnach auch darin liegen, dass der Bieter zwar aus technischer Sicht die selbe Leistung anbietet, wie sie der Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen vorgesehen hatte, diese aber in Form eines **anderen Vertragstyps** oder einer **anderen Vergütungsart** ausführen will. Ein gängiges Beispiel aus der Praxis liegt nach dieser Definition in dem Fall vor, dass der Auftraggeber sein Bauvorhaben auf

⁵⁸ *Daub/Eberstein*, S. 257, § 1, Rdn. 6;

⁵⁹ A.a.O., S. 259, § 1, Rdn. 16;

⁶⁰ A.a.O., S. 242, Einf., Rdn. 109, mit Verweis auf die Ergebnisprotokolle über die 29. Sitzung des DVAL-Hauptausschusses vom 18./19. Juni 1980 und die 34. Sitzung des Hauptausschusses vom 3./4. Februar 1981; darin wies der Hauptausschuss darauf hin, dass zwar nach wie vor Einigkeit darüber bestehe, dass die Erläuterungen zur VOL/A rechtlich keinen verpflichtenden Charakter haben, aber dennoch in der Sache nicht beliebig abgeändert werden dürfe. Der Inhalt sei vielmehr von den Betroffenen zu akzeptieren. Es bestehe lediglich die Möglichkeit, die Erläuterungen ressortspezifisch zu ergänzen bzw. allenfalls stilistisch zu modifizieren;

⁶¹ *Schweda*, in: *VergR* 2003, 269;

der Basis eines Einheitspreisvertrags ausführen will und der Bieter stattdessen die Ausführung seiner Leistung auf der Grundlage eines Pauschalvertrags anbietet. Darin ist, selbst wenn darüber hinaus technisch keine Abweichung von den Vorgaben in den Vergabeunterlagen festzustellen ist, nach *Schweda* ein Nebenangebot zu sehen.

Dasselbe gilt für Bieterangebote, die abweichende ausführende Vertragsbestimmungen vorsehen.⁶² Dies ist beispielsweise anzunehmen, wenn in den Vergabeunterlagen keine Vertragsstrafe für die Überschreitung von Zwischenfristen vorgesehen ist, der Bieter sich aber in seinem Angebot einer solchen Vertragsstrafandrohung aussetzt. Ein Beweggrund für den Bieter für ein solches Angebot ist in der Hoffnung auf einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bietern zu sehen. Wer als Unternehmer weiß, dass die Nichteinhaltung von Zwischenfristen eine Vertragsstrafe nach sich zieht, wird sich in der Regel bevorzugt um die Einhaltung solcher Termine kümmern. Der Auftraggeber könnte dies daher als zusätzliche „Sicherheit“ oder jedenfalls höhere Wahrscheinlichkeit ansehen, dass dieser Bieter die Bauausführung zeitgerecht vornimmt.

Anderer Ansicht ist diesbezüglich *Hofmann*,⁶³ der ein Nebenangebot nur für gegeben hält, wenn die Leistungsseite betroffen ist, nicht aber, wenn ein Bieter Abweichungen auf der Entgeltseite (Vergütung) gegenüber den Verdingungsunterlagen vornimmt. Diese Thematik wird unten noch ausführlicher zu diskutieren sein bei der Frage, inwieweit ein Nebenangebot gegeben ist, wenn ein Bieter verschiedene Formen von Preisnachlässen in Abweichung von den Verdingungsunterlagen anbietet.⁶⁴

Kapellmann/Messerschmidt definieren das Nebenangebot synonym mit dem Begriff des Änderungsvorschlags wie folgt:⁶⁵

*„Änderungsvorschläge und Nebenangebote betreffen **Abweichungen von dem in den Verdingungsunterlagen ausgeschriebenen Vertragsinhalt, sei es in rechtlicher oder in tatsächlicher Hinsicht.**“*

Als weitere Anforderung an Nebenangebote führen *Kapellmann/Messerschmidt* an:

„(...) handelt es sich um vom Bieter vorgeschlagene Vertragsänderungen, die aber technisch und wirtschaftlich zumindest gleichwertig sein müssen“⁶⁶

Danach sind inhaltliche Änderungen an den Vorgaben der Vergabeunterlagen des Auftraggebers durch den Bieter doch nicht grenzenlos möglich, da ansonsten auch

⁶² *Schweda*, in: *VergabeR* 2003, 269;

⁶³ In: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 30;

⁶⁴ S. unten C IV 2.2.);

⁶⁵ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn. 53;

⁶⁶ A.a.O., § 21 VOB/A, Rdn. 33;

keine sinnvolle Vergleichsmöglichkeit und Wertung im Sinne des § 25 VOB/A möglich wäre. Die Frage der technischen und wirtschaftlichen Gleichwertigkeit und die Konsequenzen für die Wertung eines Nebenangebots werden ebenfalls unten noch ausführlich darzustellen sein. Die Gleichwertigkeit ist jedoch nicht als Element der Definition anzusehen, sondern ist eine Frage der Wertung.

*Köppe*⁶⁷ nimmt die Definition erweiternd vor: Nebenangebot sind demnach

*„Angebote, die **Änderungen gegenüber Verdingungsunterlagen** vorsehen **oder mehr als nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten** oder **nicht alle Preise und geforderten Erklärungen enthalten**, somit sog. unvollständige Hauptangebote, die als Hauptangebote nicht gewertet werden dürfen, aber als Nebenangebote in Frage kommen können.*

Nach *Köppe* gibt es somit weitere Formen des Nebenangebots außer Angeboten, die Änderungen gegenüber den Verdingungsunterlagen vornehmen, nämlich solche, die die Vorgabe des § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A über- oder unterschreiten. Diese Bestimmung gibt vor: *„Die Angebote sollen nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten.“* Solche Angebote können aber nicht per se als „Nebenangebot“ qualifiziert werden. Sie können theoretisch solche sein, allerdings nur, wenn sie zugleich die Voraussetzungen erfüllen, die § 21 Nr. 3 VOB/A stellt.⁶⁸ Demnach hat der Bieter die Anzahl von Nebenangeboten an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen, Nebenangebote auf besonderer Anlage zu machen und als solche deutlich zu kennzeichnen. Angebote, die nicht zugleich diesen Anforderungen gerecht werden, eröffnen der Gefahr, dass sie der Auftraggeber nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A fakultativ von der Wertung ausschließt. Zweck der Regelung in § 21 Nr. 3 VOB/A ist, von vornherein dem Auftraggeber Klarheit zu verschaffen, ob es sich – etwa, wenn das Angebot „nicht alle Preise und geforderten Erklärungen enthält“ – um ein unvollständiges Hauptangebot handelt, das nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A nicht gewertet werden darf, oder aber um ein – dann ausdrücklich als solches gekennzeichnetes – Nebenangebot, das dann in die Wertung einbezogen und gesondert vom Auftraggeber geprüft werden kann.⁶⁹ Was *Köppe* als Definition des Nebenangebots angibt, geht damit über den Rahmen einer eigentlichen Begriffsklärung hinaus – die Frage, wie Angebote zu handhaben sind, die mehr oder weniger als die geforderten Preise und Erklärungen enthalten, gehen darüber hinaus und werden unten noch ausführlich abzuhandeln sein.

⁶⁷ In: Nebenangebote im Bauwesen, S. 86;

⁶⁸ *Ingenstau/Korbion*, § 21 VOB/A, Rdn. 9;

⁶⁹ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 21 VOB/A, Rdn. 49; *Ingenstau/Korbion*, § 21 VOB/A, Rdn. 30;

*Heiermann/Riedl/Rusam*⁷⁰ entwickeln keine eigene Definition des Nebenangebots, sondern geben lediglich die des OLG Celle⁷¹ wieder, die unten⁷² bei den Ausführungen zur Definition des Nebenangebots in der Rechtsprechung dargestellt wird.

6. Definition nach der Rechtsprechung

In Entscheidungen von Gerichten und Vergabekammern, die sich mit Sachverhalten befassen, in denen Nebenangebote eine Rolle spielen, wird vielfach keine Definition des Begriffs an sich vorgenommen. Die entscheidungserheblichen Fragen in Zusammenhang mit einem Nebenangebot werden aufgegriffen, erörtert und einer Wertung zugeführt, ohne dass eine eigene Klärung des Terminus vorgenommen wird.

Auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat eine ihm theoretisch vermittelte Gelegenheit, zur Frage der Definition des Nebenangebots Stellung zu beziehen, nicht genutzt. Das österreichische Bundesvergabeamt hatte dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Rahmen eines Ersuchens auf Vorabentscheidung im September 2001 folgende Frage vorgelegt: *„Ist ein alternativer Angebotsvorschlag eines Bieters, der darin besteht, statt der ausgeschriebenen Herstellung der Oberdecke der Straßenfahrbahn durch Beton eine Asphaltoberdecke vorzuschlagen, ein Änderungsvorschlag im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG?“*

In seiner für die Frage der Nebenangebote praktisch sehr bedeutsamen „Traunfellner-Entscheidung“⁷³, auf die später noch näher einzugehen sein wird, befasste sich der EuGH mit dieser Frage. Es kam jedoch, anders als von der österreichischen Behörde angefragt, zu **keiner grundsätzlichen Stellungnahme des Europäischen Gerichtshofs zur Definition eines Nebenangebots bzw. Änderungsvorschlags**. Stattdessen erklärte sich der EuGH für nicht entscheidungsbefugt.

Der Europäische Gerichtshof verwies auf Art. 234 EGV, der auf einer klaren Trennung der Aufgaben zwischen den nationalen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof beruhe. Demnach sei der EuGH nur befugt, sich auf der Grundlage des ihm vom nationalen Gericht unterbreiteten Sachverhalts zur Auslegung oder zur Gültigkeit einer Gemeinschaftsvorschrift zu äußern. Dem gegenüber sei es Sache des nationalen Gerichts, die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf einen konkreten Fall anzuwenden. Eine solche Anwendung könne nämlich nicht ohne eine Würdigung des gesamten Sachverhalts der Rechtssache erfolgen.⁷⁴ Der Gerichtshof sei folglich nicht befugt, über den Sachverhalt des nationalen Ausgangsverfahrens zu entscheiden oder die von ihm ausgelegten Gemeinschaftsvorschriften auf nationale Maßnahmen

⁷⁰ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 72 ff.;

⁷¹ OLG Celle, Beschluss vom 30.04.1999, 13 Verg 1/99; BauR 2000, 405 = NZBau 2000, 105;

⁷² Siehe im Folgenden unten 6.;

⁷³ Rs. C-412/01;

⁷⁴ Der EuGH verwies in diesem Zusammenhang auch auf sein Urteil vom 18.11.99, Rs. C-107/98, *Teckal*, Sammlung 1999, I-8121, Rdn. 29 u. 31;

oder Gegebenheiten anzuwenden. Dafür sei ausschließlich das vorliegende Gericht zuständig.⁷⁵

Vorliegend hatte das österreichische Bundesvergabeamt aber die Vorlagefrage nicht darauf gerichtet, eine Antwort auf die Frage zu erhalten, wie Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG auszulegen sei, um auf der Basis dieser Vorgabe dann abschließend beurteilen zu können, ob das ihm zur Entscheidung vorliegende Angebot einen Änderungsvorschlag darstellt. Stattdessen hatte die Behörde durch die Formulierung ihrer Vorabentscheidungsfrage dem EuGH letztlich die Aufgabe gestellt, die Beurteilung nationalen Sachverhalts vorzunehmen – nämlich zu beurteilen, ob ein konkretes Angebot einen Änderungsvorschlag darstelle oder nicht. Zur Anwendung der genannten Gemeinschaftsbestimmung auf den beim österreichischen Bundesvergabeamt anhängigen Rechtsstreit sei der Europäische Gerichtshof auf Grund der Rechtsprechung zu Art. 234 EGV nicht befugt. Aus diesem Grund sei der EuGH auch nicht befugt, diese Vorlagefrage zu beantworten.

Damit scheiterte die Möglichkeit, eine Stellungnahme des Europäischen Gerichtshofs zur Grundsatzfrage der Definition von Änderungsvorschlägen zu erhalten – die sicherlich im Interesse einer Auslegungsklarheit und –einheitlichkeit wünschenswert gewesen wäre – an einer Formalie: Das österreichische Bundesvergabeamt hatte die Vorabentscheidungsfrage so formuliert, dass sie dem EuGH keinen Spielraum für eine Äußerung ließ, ohne selbst gegen Gemeinschaftsbestimmungen zu verstoßen.

Auf nationaler Ebene hat der **Bundesgerichtshof** in einem Urteil vom 16.04.2002⁷⁶ lediglich darauf verwiesen, dass ein Änderungsvorschlag beziehungsweise Nebenangebot „stets durch eine Abweichung vom geforderten Angebot gekennzeichnet“ sei, ohne auf nähere Einzelheiten einzugehen.⁷⁷ Das **BayObLG** stellte mit Beschluss vom 16.09.2002⁷⁸ fest, dass „ein Angebot mit abweichenden oder einschränkenden Erklärungen (...) unter Umständen als Nebenangebot zu werten“ sei, gibt jedoch ebenso keine weiterführende Definition. In einer weiteren Entscheidung vom 21.11.2001⁷⁹ hatte das BayObLG bereits festgehalten, dass „der Begriff Nebenangebot (...) stets eine Abweichung vom geforderten Angebot“ voraussetze. Auf diese Grundvoraussetzung zieht sich auch das **OLG Düsseldorf**⁸⁰ zurück:

„Der Begriff Nebenangebot umfasst jede Abweichung vom geforderten Angebot.“

⁷⁵ Vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.06.00, Rs. C-318/98, *Fornasar u.a.*, Sammlung 2000, I-4785, Rdn. 32;

⁷⁶ X ZR 67/00;

⁷⁷ Vgl. auch VergR 2002, 463, 465;

⁷⁸ Verg 19/02; VergR 2002, 645, 648;

⁷⁹ Verg 17/01; VergR 2002, 286, 287;

⁸⁰ Beschluss vom 09.04.2003, Verg 69/02;

In einer früheren Entscheidung führt das OLG Düsseldorf⁸¹ aus:

„Auf die genaue Bezeichnung als Nebenangebot kommt es nicht an. Entscheidend ist, dass es der Sache nach jedenfalls eine Änderung der im Leistungsverzeichnis und im Hauptangebot vorgesehenen Leistung beinhaltet.“

Daraus lässt sich zweierlei ersehen: Zum einen gibt das OLG Düsseldorf damit vor, dass die Frage, ob ein Nebenangebot vorliegt oder nicht, zunächst entscheidend aus materieller Sicht und nicht allein nach formellen Kriterien zu beurteilen ist. Es soll danach unerheblich sein, ob ein Angebot eines Bieters ausdrücklich als „Nebenangebot“ betitelt ist oder nicht. Auf die Bezeichnung, die der Bieter wählt, kommt es demnach nicht an. Zum anderen stellt das OLG Düsseldorf fest, dass entscheidendes Kriterium für die Einordnung als Nebenangebot ist, dass die darin angebotene Leistung die Leistung(en) abändert, die im Leistungsverzeichnis und im Hauptangebot vom Auftraggeber vorgesehen wurden. Einen bestimmten Mindest- oder Maximalumfang der Abweichung der Leistung des Nebenangebots von der des Hauptangebots postuliert das Gericht nicht.

Eine weitere Definition des Nebenangebots hat das **OLG Celle**⁸² vorgenommen, die sich in der Literatur auch *Heiermann/Riedl/Rusam*⁸³ zueigen machen:

„Der Begriff Nebenangebot setzt stets eine Abweichung vom geforderten Angebot voraus, und zwar eine Abweichung jeder Art, unabhängig von ihrem Grad, ihrer Gewichtung oder ihrem Umfang; deshalb werden selbst Bieteranschläge, die eine völlig andere als die vorgeschlagene Leistung zum Gegenstand hätten, als Nebenangebot angesehen.“

Ein Nebenangebot liegt somit auch dann vor, wenn der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen bei der Bezeichnung des Vertragsgegenstandes ein bestimmtes Verfahren zur Erreichung des Vertragsziels angegeben hat, und der Bieter ein anderes Verfahren zur Grundlage seines Angebots macht. Mit dieser Auslegung wird der Bedeutung der Zulassung von Nebenangeboten Rechnung getragen, in das Ausschreibungsverfahren neueste technische Erkenntnisse einzubeziehen, über die der Auftraggeber oft nicht wie der Bieter unterrichtet ist.“

Das OLG Celle stellt damit darauf ab, dass der Bieter ein Angebot abgibt, das eine inhaltliche Abweichung von Art und/oder Umfang darstellt. Ein Nebenangebot liegt

⁸¹ Beschluss vom 04.07.2001, Verg 20/01;

⁸² Urteil vom 30.04.1999, 13 Verg 1/99; BauR 2000, 405 = NZBau 2000, 105;

⁸³ § 25 VOB/A, Rdn. 70;

demnach vor, wenn die vom Bieter angebotene Leistung in irgendeiner Form von dem abweicht, was der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen vorgegeben hat.

Ebenso definiert die **VK Südbayern**⁸⁴ das Nebenangebot. Ein solches setzt demnach eine Abweichung vom geforderten Angebot voraus, genauer eine Abweichung jeder Art, unabhängig von ihrem Grad, ihrer Gewichtung oder ihrem Umfang:

*„Deshalb werden **selbst** Bieteranschläge, die eine **völlig andere als die vorgeschlagene Leistung** zum Gegenstand haben, als Nebenangebot angesehen.“*

Dass die Entscheidung zu einem VOL/A-Sachverhalt ergangen ist, ist insoweit unerheblich, da von der Regelungssystematik zur VOB/A insoweit kein Unterschied besteht.

Zu einer ähnlichen Definition gelangt ebenso die **VK Brandenburg**⁸⁵:

*„Ein Nebenangebot liegt vor, wenn es sich um die **Änderung entweder des gesamten vorgesehenen Leistungsinhalts** oder **jedenfalls ganzer Abschnitte** handelt.“*

Auch die VK Brandenburg stellt auf das Erfordernis einer Änderung des Leistungsinhalts gegenüber dem Amtsentwurf ab. Abweichend von den oben zitierten Begriffserklärungen schränkt die Vergabekammer jedoch quantitativ ein: Die Änderung muss entweder den gesamten vorgesehenen Leistungsinhalt des Leistungsverzeichnisses des Auftraggebers betreffen oder aber „jedenfalls ganze Abschnitte“. Wie diese Forderung auszulegen ist, lässt die VK Brandenburg offen. Nach dem Sprachgebrauch dürfte er so zu verstehen sein, dass die Änderung mindestens in sich abgeschlossene Teile („ganze Abschnitte“) des Leistungsverzeichnisses des Auftraggebers umfassen muss.

Diese Voraussetzung erscheint angesichts der bisher dargestellten Definitionen nicht zwingend nachvollziehbar. Unter anderem die obige Definition des Nebenangebots des OLG Celle lässt ausdrücklich Abweichungen „*jeder Art, unabhängig von ihrem Grad, ihrer Gewichtung oder ihrem Umfang*“ zu. Eine Einschränkung dahingehend, dass ein „Mindestumfang“ der Änderung der vom Auftraggeber vorgesehenen Leistungen erforderlich sein soll, wird nicht vorgenommen. Danach ist auch eine noch so kleine Abweichung als Nebenangebot anzusehen. Auch eine Abgrenzbarkeit im Sinne „ganzer Abschnitte“, die im Rahmen eines Nebenangebots vom Bieter geändert

⁸⁴ Beschluss vom 11.08.2005, 35-07/05;

⁸⁵ Beschluss vom 26.03.2002, VK 4/02;

werden müssen, ist nicht erforderlich. Aus einer solchen einschränkenden Vorgabe ergeben sich in der Praxis unnötige Abgrenzungsprobleme.⁸⁶

Auf das grundsätzliche Erfordernis der inhaltlichen Abweichung von der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers in den Verdingungsunterlagen stellt auch das **OLG Jena**⁸⁷ ab und grenzt darüber hinaus quantitativ ab:

*„Ein Nebenangebot schließt seiner Definition nach die Option einer **Abweichung von der Leistungsbeschreibung** ein.*

*Einer Veränderung vorgegebener Leistungsinhalte sind **lediglich insoweit Grenzen** gesetzt, als sie nicht die **Vergleichbarkeit** des Angebots im Wettbewerb beeinträchtigen darf. Haben konkurrierende Angebote nach Art oder Umfang **gänzlich unterschiedliche Leistungsinhalte** zum Gegenstand, so ist einem wirtschaftlichen Vergleich der Boden entzogen, weil es an einer gemeinsamen Bezugsgröße fehlt. Weicht ein Nebenangebot von den Verdingungsunterlagen ab, kommt es deshalb grundsätzlich darauf an, ob die angebotene Leistung der ausgeschriebenen Leistung gleichwertig ist.“*

Das Thüringer OLG schränkt insoweit ein, dass die Abweichung vom Leistungsverzeichnis des Auftraggebers nicht „unabhängig von (...) Grad, (...) Gewichtung oder ihrem Umfang“ sein darf, wie dies das OLG Celle annimmt, sondern Grenzen gesetzt sind: Eine Abweichung darf nur so weit reichen, dass noch ein wirtschaftlicher Vergleich mit der Leistung gemäß Leistungsverzeichnis in den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers bestehen muss. Dies ist jedoch nicht eine Frage bereits der Definition, sondern erst der Wertbarkeit gemäß § 25 VOB/A, so dass auf diesen Aspekt an dieser Stelle näher einzugehen sein wird.

7. Baubetriebswirtschaftliche Definition

Auch die Bauindustrie nimmt eine Definition des Nebenangebots vor. *Schmidt-Breitenstein*⁸⁸ stellte im Rahmen des „Hochschulforums für die Praxis“ des Institutes für Bauingenieurwesen IV Tunnelbau und Baubetriebslehre der Technischen Hochschule München im Jahr 1983 zunächst fest, dass „eine eindeutige Definition (...) weder in der VOB selbst noch in den Kommentaren zur VOB zu finden“ ist.⁸⁹ Aus Sicht der Bauindustrie definierte er das Nebenangebot wie folgt:

⁸⁶ Diese potenziellen Probleme wurden bereits oben unter Ziff. 5) zitiert zur Definition von *Marbach* in: BauR 2000, 1643 ff.;

⁸⁷ Beschluss vom 18.03.2004, 6 Verg 1/04;

⁸⁸ vormals Vizepräsident des Bayerischen Bauindustrieverbands e.V. und Vorstandsmitglied des damaligen deutschen Baukonzerns Dyckerhoff & Widmann AG;

⁸⁹ in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 68;

„Unabhängig davon, welcher Begriff nun der jeweils zutreffende sein mag, möchte ich aus Sicht der Bauindustrie unter dem Thema Nebenangebot ganz allgemein und umfassend **das gezielte Einsetzen aller Möglichkeiten und Erfahrungen der Unternehmen** verstanden wissen **mit dem Ziel, für eine Bauaufgabe technisch und wirtschaftlich optimale Lösungen zu finden.**⁹⁰

8. Zusammenfassung: Definition des Nebenangebots

Auf der Basis der untersuchten Definitionen des Nebenangebots in Literatur und Rechtsprechung und der Abgrenzung zu verwandten Begriffen ist das Nebenangebot zusammenfassend wie folgt aus rechtlicher Sicht zu definieren:

Ein Nebenangebot liegt vor, wenn ein Bieter mit seinem Angebot inhaltlich von den vom Auftraggeber in dessen Verdingungsunterlagen vorgegebenen Leistungen abweicht, soweit es sich nicht nur um eine Abweichung von den technischen Spezifikationen im Sinne des § 21 Nr. 2 VOB/A handelt.

Die inhaltliche Abweichung kann sich dabei auf die Leistung selbst, die Rahmenbedingungen des Vertrags oder die Abrechnung beziehen. Un- erheblich sind dabei Grad, Umfang und Bedeutung der inhaltlichen Ab- weichung. Nicht ausreichend ist eine inhaltliche Änderung, die lediglich ohne hinzu tretende Bedingung hierfür die Höhe des Preises für die Bauleistung betrifft.

II. Abgrenzung zu ähnlichen Begriffen

1. Abgrenzung zum Hauptangebot

Zunächst ist eine Abgrenzung des Begriffs „Nebenangebot“ zum Terminus des Hauptangebots vorzunehmen. Dies legt bereits der alltägliche Wortgebrauch nahe:⁹¹ Eine *Nebenrolle* im Schauspiel etwa ist eine dramaturgische Ergänzung zur *Hauptrolle*. Eine *Nebenbahn* ist beispielsweise eine Stichstrecke zu einer bedeutenderen *Hauptlinie* der Bahn. Baurechtlich sind *Nebenleistungen*⁹² neben den *Hauptleistun-*

⁹⁰ in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 69;

⁹¹ Vgl. oben A I 1, 4;

⁹² Nebenleistungen sind in den ATV DIN 18299 ff. in den Abschnitten 0.4 und 4 geregelt; gemäß dem jew. Abschnitt 4.1 handelt es sich dabei um Leistungen, die auch ohne Erwähnung im Vertrag zur vertraglichen Leistung gehören; Herig, Teil C, DIN 18299, Rdn. 14;

gen⁹³ bekannt. Es ist daher zu klären, welche Bedeutung das Hauptangebot im Unterschied zum Nebenangebot hat und inwiefern eine abgestufte Wertigkeit vorliegt.

Im deutschen Vergaberecht ist **keine ausdrückliche Definition des Hauptangebots** zu finden. Eine Zweiteilung in Hauptangebot und Nebenangebot findet nicht statt.⁹⁴

Die **VOB Teil A verwendet regelmäßig nur den Begriff des „Angebots“ ohne nähere Spezifizierung und Unterteilung.**⁹⁵ Nur an zwei Stellen enthält die VOB/A dezidiert den **Begriff „Hauptangebot“**, nämlich in § 10 Nr. 5 Abs. 4 und in § 25 Nr. 4. In **§ 10 Nr. 5 Abs. 4** wird geregelt, dass der Auftraggeber es anzugeben habe, wenn „Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen“ sein sollen. Hieraus ist bereits abzuleiten, dass grundsätzlich ein Nebenangebot unter bestimmten Voraussetzungen alleine abgegeben werden kann, ohne dass der Bewerber zugleich ein Hauptangebot abgibt und nur ausnahmsweise Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots nicht zulässig sein sollen.⁹⁶

Ein **Hauptangebot kann grundsätzlich ohne ein Nebenangebot alleine stehen.** Dies ergibt sich daraus, dass nicht bei allen Vergabeverfahren Nebenangebote zugelassen sind, so dass in solchen Fällen denkotwendig ein Hauptangebot alleine stehen können muss. Darüber hinaus ist auch in Fällen, in denen Nebenangebote zugelassen sind, die Bieter nicht verpflichtet, ein Nebenangebot abzugeben, so dass auch in diesen Fällen ein Hauptangebot abgegeben werden und alleine stehen kann, ohne dass zugleich ein Nebenangebot eingereicht wird. Der Auftraggeber kann zwar Nebenangebote ausdrücklich wünschen, er kann sie aber nicht explizit verlangen. Ein Zwang zur Abgabe von Nebenangeboten ist vergaberechtlich unzulässig.⁹⁷

⁹³ Hierbei handelt es sich um die Leistungen, die ausdrücklich im Bauvertrag – etwa im Leistungsverzeichnis – geregelt sind und somit ausdrücklich im Sinne des § 631 BGB vom Unternehmer geschuldet sind;

⁹⁴ *Weyand*, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, § 10 VOB/A, 83.6.7.2;

⁹⁵ Vgl. § 3 Nr. 1 Abs. 1, 2; Nr. 3 Abs. 2 b; § 6 Nr. 1; § 8 Nr. 3 Abs. 3; Nr. 4; § 9 Nr. 11 Abs. 1; Nr. 12 b; § 10 Nr. 1 Abs. 1 a); Nr. 5 Abs. 1; Abs. 2 h), i), j), k), q), Abs. 3; Abs. 5; § 17 Abs. 2 f), k), l), m), n), o); Nr. 2 Abs. 2 f), m); § 18 Nr. 1; Nr. 2; Nr. 3; § 19 Nr. 2; Nr. 3; § 20 Nr. 2 Abs. 1; Nr. 3; § 21 Nr. 1 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4; Nr. 2; Nr. 5 Abs. 2; Nr. 6; § 22 Nr. 1; Nr. 2; Nr. 3 Abs. 1, Abs. 2; Nr. 5; Nr. 6 Abs. 1, Abs. 3, Nr. 8; § 23 Nr. 1; Nr. 2; Nr. 4; § 24 Nr. 1 Abs. 1; Nr. 3; § 25 Nr. 1 Abs. 1 a), b), c), Abs. 2; Nr. 2 Abs. 1, Abs. 2; Nr. 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3; Nr. 4; § 26, Nr. 1 a); § 27 Nr. 1; Nr. 2; Nr. 3; Nr. 4; § 28 Nr. 2 Abs. 1; § 29 Nr. 1; § 30 Nr. 2;

⁹⁶ Hierauf wird unten unter Teil 1, A III 2 näher eingegangen;

⁹⁷ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn. 57f.; *Daub/Piel/Soergel*, A 17.107; a.A. *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25 VOB/A, Rdn. 135, die unter engen Voraussetzungen eine Verpflichtung der Bieter, ein Nebenangebot abzugeben, für möglich halten; diese Thematik wird ausführlich unter Teil 1, A III 2) behandelt;

§ 25 Nr. 4 VOB/A gibt vor, dass ein Angebot nach § 21 Nr. 2 VOB/A „wie ein Hauptangebot zu werten“ ist.⁹⁸ Dies betrifft Angebote, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweichen. Ein solches Angebot darf demnach nicht von vornherein ausgeschlossen werden, weil es von den vorgegebenen Verdingungsunterlagen abweicht, sondern ist unter bestimmten Voraussetzungen „wie ein Hauptangebot“ (das also den vorgegebenen technischen Spezifikationen entspricht) zu werten.⁹⁹

Die Literatur definiert das Hauptangebot als „eine nach den Vorschriften des §§ 133, 157 BGB zu beurteilende **Willenserklärung des Bieters**“. Gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A **gibt der Bieter durch das Hauptangebot lediglich seine Preise und die geforderten Erklärungen ab.**¹⁰⁰ Wenngleich die Vorgabe in § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A vom Wortlaut her als Soll-Vorschrift formuliert ist, handelt es sich doch um eine zwingende Vorgabe im Sinne einer Muss-Vorschrift.¹⁰¹ Das heißt, dass der Bieter im Hauptangebot nicht eigene Beschreibungen oder Konkretisierungen der geplanten vertraglichen Leistung vornimmt bzw. vornehmen darf.¹⁰² Im Rahmen der Abgabe seines Hauptangebots setzt der Bewerber lediglich seine Preise in die Leistungsbeschreibung ein, die der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen vorgegeben hat. Im Übrigen verändert der Bewerber den Leistungsinhalt nicht.¹⁰³ Neben den Preisen gibt er nur (sonstige) geforderte Erklärungen ab. Diese können die verschiedensten angebotsbezogenen Inhalte haben und ergeben sich ebenso regelmäßig bereits aus den vom Auftraggeber vorformulierten Verdingungsunterlagen.¹⁰⁴

Die 1. Vergabekammer des Bundes bestätigt diese Begriffsklärung im Ergebnis. Sie definiert das Hauptangebot im Wege eines Umkehrschlusses aus der Definition des Nebenangebots. Nachdem der Begriff des „Nebenangebots“ jede Abweichung vom geforderten Angebot umfasse, verstehe es sich von selbst, dass ein **Hauptangebot definitionsgemäß exakt die im Leistungsverzeichnis geforderte Leistungsbeschreibung anbieten müsse**, so dass **Deckungsgleichheit zwischen der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers und dem Hauptangebot des Bieters** besteht.¹⁰⁵ Technische Gleichwertigkeit der abweichend vom Bieter vorgeschlagenen Leistung mit der vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen geforderten Leistung reicht dabei nicht für das Vorliegen eines Hauptangebots aus: Sieht das Ange-

⁹⁸ § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A besagt klar, dass Änderungen an den Verdingungsunterlagen durch einen Bieter unzulässig sind;

⁹⁹ BayObLG, Beschluss vom 16.09.2002, Verg 19/02; *Ingenstau/Korbion*, § 25 VOB/A, Rdn. 82; s. ausführlich dazu Teil 1, A), II, 9, 10;

¹⁰⁰ *Schmidt/Franckenstein*, S. 217;

¹⁰¹ OLG Oldenburg, NJW-RR 1997, 661; VÜA Bund, 1 VÜ 15/97; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 21 VOB/A, Rdn. 21; a.A. *Daub/Eberstein*, § 21 Rdn. 20;

¹⁰² *Ingenstau/Korbion*, § 21 VOB/A, Rdn. 13; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 21 VOB/A, Rdn. 11;

¹⁰³ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 21 VOB/A, Rdn. 12;

¹⁰⁴ A.a.O., Rdn. 15;

¹⁰⁵ 1. VK Bund, Beschluss v. 17.07.2003, VK 1-55/03; *Weyand*, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, § 10 VOB/A, 83.6.7.2;

bot erhebliche technische und konzeptionelle Abweichungen von der Leistungsbeschreibung im Hauptleistungsverzeichnis vor, liegt kein Hauptangebot mehr vor. Bereits kleine technische Abweichungen stellen demnach eine Änderung der Leistungsbeschreibung dar und führen zu der Qualifizierung als Nebenangebot.¹⁰⁶

Diese **Entscheidung lässt jedoch einen Aspekt unberücksichtigt und verallgemeinert insoweit zu sehr, so dass sie** dahingehend **einzuschränken**, dass nicht alle technischen Abweichungen automatisch als Nebenangebot einzustufen sind: In diesem Zusammenhang ist auf §§ 21 Nr. 2, 25 Nr. 4 VOB/A zu verweisen. Danach ist ein Angebot, bei dem der Bieter in dem zugelassenen Umfang **von den vom Auftraggeber nach § 9 Nr. 5 ff. VOB/A vorgegebenen technischen Spezifikationen abweicht**, gerade **kein Nebenangebot**, sondern „*wie ein Hauptangebot zu werten*“. Eine Leistung, die „von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht“, ist aber nach dem klaren Wortlaut eine Leistung, die von dem abweicht, was der Auftraggeber in seiner Leistungsbeschreibung vorgibt. Dennoch soll es sich nach der ausdrücklichen Vorgabe der §§ 21 Nr. 2, 25 Nr. 4 VOB/A nicht um ein Nebenangebot handeln, sondern um ein Angebot, das „wie ein Hauptangebot zu werten“ ist.

Im Unterschied zur Rechtslage bei Nebenangeboten, für die der Bieter keiner zahlenmäßigen Beschränkung unterliegt, liegt eine solche beim Hauptangebot vor: **Jeder Bieter darf grundsätzlich nur ein einziges Hauptangebot abgeben**. Gibt er zwei Angebote mit derselben Leistung und denselben Rahmenbedingungen ab, muss dies als ein Angebot mit sich widersprechenden Preisen angesehen werden, so dass in der Folge beide Angebote aus dem Vergabeverfahren auszuschließen sind.¹⁰⁷ Im Gegenzug hat der Bieter gemäß § 21 Nr. 3 VOB/A „*die Anzahl von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen*“ an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Damit ergibt sich bereits aus dem Wortlaut dieser Regelung, dass ein Bieter, sofern Nebenangebote grundsätzlich im Sinne von § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A zugelassen sind, eine **unbegrenzte Zahl von Nebenangeboten** abgeben darf.

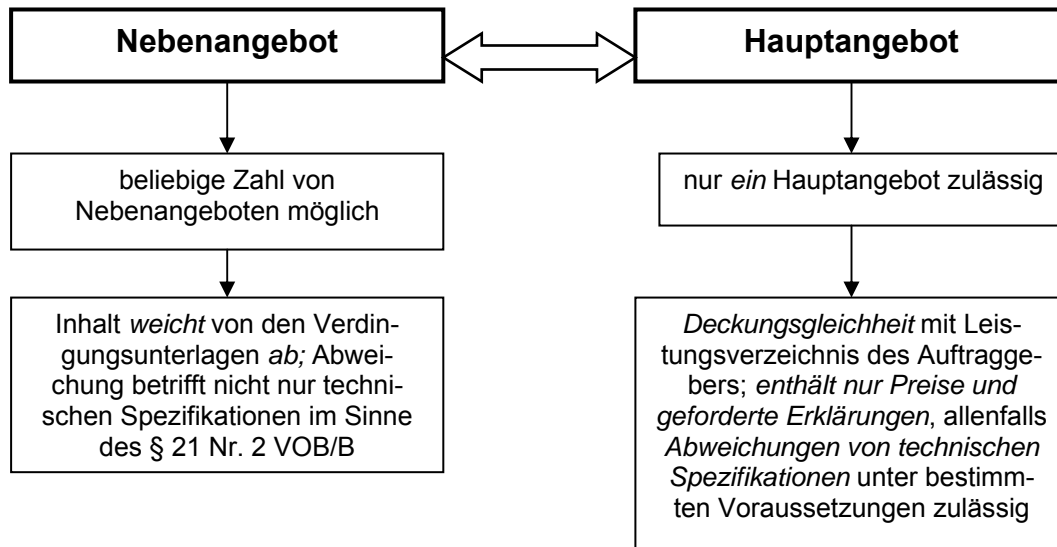
Inwieweit das Hauptangebot oder Nebenangebot als solches vom Bieter bezeichnet ist, ist unerheblich. Beide unterscheiden sich allein durch ihren Inhalt. Ist der Inhalt des Angebots identisch mit dem Leistungsverzeichnis, handelt es sich um ein Hauptangebot. Besteht eine Abweichung, liegt möglicherweise ein Nebenangebot vor, unabhängig davon, ob es als solches bezeichnet ist.¹⁰⁸

¹⁰⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.04.2003, Verg 69/02;

¹⁰⁷ *Dähne/Schelle*, S. 673;

¹⁰⁸ BayObLG, Beschluss vom 29.04.2002, Verg 10/02; näher unten zu 8;

Das heißt also zusammenfassend:



2. Abgrenzung zum Änderungsvorschlag

Änderungsvorschläge sind mit der herrschenden Meinung als **Unterfall des Nebenangebots** anzusehen. Es handelt sich um **Nebenangebote, deren Abweichung vom Hauptleistungsverzeichnis sich auf einzelne Leistungsbestandteile beschränkt**. Eine exakte Abgrenzung zwischen dem Vorliegen eines Nebenangebots und eines Änderungsvorschlags ist in der Vergabep Praxis ebenso wenig immer zweifelsfrei möglich wie nötig.¹⁰⁹

Die VOB Teil A verwendet die Begriffe seit der Ausgabe 2006 ohne Unterscheidung. Bis dahin waren die beiden Begriffe „Nebenangebot“ und „Änderungsvorschlag“ ebenso fast ausnahmslos ohne Differenzierung in Gebrauch. Dies galt für §§ 10 Nr. 5 Abs. 4 (Zulassung), 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u), Nr. 2 Abs. 2 lit. q) (Bekanntmachung), 21 Nr. 3 (Form), 22 Nr. 3 Abs. 2 (Eröffnungstermin), 22 Nr. 7 (Information der Bieter), 24 Nr. 1, Nr. 3 (Verhandlungen zur Aufklärung des Angebotsinhalts) sowie 25 Nr. 1 und Nr. 5 VOB/A (Wertung der Angebote). Auch in den Vorläuferausgaben der VOB/A vor der Ausgabe 2006 war ohne Abweichung auf der Rechtsfolgenseite die Rede von „*Änderungsvorschläge und Nebenangebote*“ beziehungsweise „*Änderungsvorschläge oder Nebenangebote*“.

Lediglich **§ 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A** gebrauchte in Satz 1, 2. Halbsatz einmal **isoliert** den **Begriff des Nebenangebots ohne gleichzeitige Nennung des „Änderungsvorschlags“**. Nach dieser Regelung hat der Auftraggeber in den Verdingungsunter-

¹⁰⁹ Siehe auch *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 29; eine parallele Verwendung beider Begriffe praktiziert auch *Weyand*, ibr-online-Kommentar, § 10 VOB/A, Ziff. 83;

lagen anzugeben, wenn er beabsichtigt, Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise auszuschließen.

Über die **Abgrenzung zwischen den beiden Begriffen** herrscht **Unklarheit**.¹¹⁰ Weder für das Nebenangebot noch für den Änderungsvorschlag enthält die VOB Teil A oder eine andere vergaberechtliche Rechtsnorm wie die Vergabeverordnung oder das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine Legaldefinition bzw. sonstige ausdrückliche Definition. Ein Teil der Literatur trifft eine Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen des Nebenangebots und des Änderungsvorschlag überhaupt nicht.¹¹¹ In der übrigen Literatur sind eine Reihe von verschiedenartigen Versuchen unternommen worden, eine Abgrenzung zwischen dem „Nebenangebot“ auf der einen und dem „Änderungsvorschlag“ auf der anderen Seite vorzunehmen.

Nebenangebot und Änderungsvorschlag haben zunächst im Sinne der oben erfolgten Darstellung gemeinsam, dass beide im Vergabeverfahren nicht vom Auftraggeber, sondern **vom Bieter ausgehen**. Eine weitere Gemeinsamkeit ist darin zu sehen, dass beide eine **inhaltliche Änderung der vom Auftraggeber ursprünglich in den Verdingungsunterlagen vorgegebenen Leistung**, bei einem öffentlichen Auftraggeber des Amts- oder Verwaltungsentwurfs, darstellen.¹¹²

2.1 Materielle Abgrenzung

Die **Abgrenzung** zwischen den beiden Begriffen ist nach der herrschenden Meinung in materieller Hinsicht **im Hinblick auf die Art und den Umfang der inhaltlichen Abänderung der Verdingungsunterlagen** vorzunehmen.¹¹³

Systematisch wird dabei das **Nebenangebot als Oberbegriff** gesehen und der **Änderungsvorschlag als Unterfall des Nebenangebots**: Das Nebenangebot bedeutet demnach grundsätzlich eine Abweichung vom Hauptangebot, das der Auftraggeber mit seinem Leistungsverzeichnis in den Verdingungsunterlagen vorformuliert hat. Der Änderungsvorschlag ist nach der Abgrenzung der Vergabekammer des Bundes¹¹⁴ ein Unterfall des Nebenangebots, der eine „Teilalternative technischer Art“ bedeutet.¹¹⁵ Dieser Ansicht – allerdings ohne die Beschränkung auf eine Teilalternative lediglich technischer Art – folgt auch ein großer Teil der Literatur, wie nachstehend aufzuzeigen sein wird.

¹¹⁰ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn. 53; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 10 VOB/A, Rdn. 17 ff.;

¹¹¹ *Schmidt/von und zu Falckenstein*, S. 308;

¹¹² *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 241, ebenso in *BauR* 2000, 1643;

¹¹³ *Kapellmann/Messerschmidt*, a.a.O.;

¹¹⁴ VK Bund, Beschluss vom 24.10.2000, VI 1-31/00; *IBR* 2001, 76;

¹¹⁵ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 21 VOB/A, Rdn. 33; *Dähne/Schelle*, S. 58;

Ein **Nebenangebot** soll demnach vorliegen, wenn es sich um eine **Änderung entweder des gesamten ausgeschriebenen Leistungsinhalts oder jedenfalls um grundlegende Änderungen oder Umgestaltungen wesentlicher Leistungsteile** handelt. Ein **Änderungsvorschlag beschränkt sich dagegen auf begrenzte Teile der vom Auftraggeber ausgeschriebenen Leistung**. Er soll vorliegen, wenn ein Bieter nur inhaltliche Änderungen bezüglich einzelner Leistungsteile bzw. Leistungsbestandteile vornimmt.¹¹⁶ Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Bieter gegenüber dem „Amtsentwurf“ in den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers etwa Umstellungen im Bauablauf ohne Auswirkungen auf die Bauzeit vornimmt.¹¹⁷ Ein Nebenangebot soll danach beispielsweise gegeben sein, wenn der Bieter die Leistung unverändert gegenüber den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers anbietet, ihre Ausführung hingegen von anderen als in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen vertraglichen Bedingungen abhängig macht. Belässt der Bieter somit die geforderte Leistung unverändert, bietet aber Abweichungen hinsichtlich der Ausführungsfristen, der Mängelhaftung oder der Einbeziehung einer Gleitklausel für Lohn und/oder Stoffe an, soll ein Nebenangebot vorliegen.¹¹⁸

Diese Auffassung vertritt unter anderem auch das Schleswig-Holsteinische OLG: *„Von einem Änderungsvorschlag spricht man, wenn der Unternehmer abweichend von der Ausschreibung einzelne Leistungsteile oder Leistungsbestandteile ändert, von einem Nebenangebot, wenn der gesamte Leistungsinhalt oder jedenfalls ganze Abschnitte anders angeboten werden.“*¹¹⁹

Nawrath¹²⁰ grenzt auf dieselbe Weise ab:

*„Nebenangebote liegen vor, wenn es sich um die **Änderung entweder des gesamten vom Ausschreibenden vorgesehenen Leistungsinhaltes oder jedenfalls um grundlegende Änderungen und Umgestaltungen in sich geschlossener bedeutsamer Leistungsteile** handelt.*

*Änderungsvorschläge sind **alle sonstigen Abweichungen vom ausgeschriebenen Leistungsinhalt, insbesondere die Änderung einzelner Leistungsbestandteile** oder Umstellungen im Bauablauf mit oder ohne Auswirkung auf die Bauzeit. Diese sind also **ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots nicht denkbar**, so dass hierüber eine dahingehende Abschlussbestimmung nicht nötig ist.“*

¹¹⁶ Kapellmann/Messerschmidt, § 21 VOB/A, Rdn. 33; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 25 VOB/A, Rdn. 132f.; Daub/Piel/Soergel, Rdn. A 17.101; Ingenstau/Korbion, § 10 VOB/A, Rdn. 79; Hofmann in ZfBR 1984, 259f.; Franke/Höfler/Bayer, II 10 S. 5;

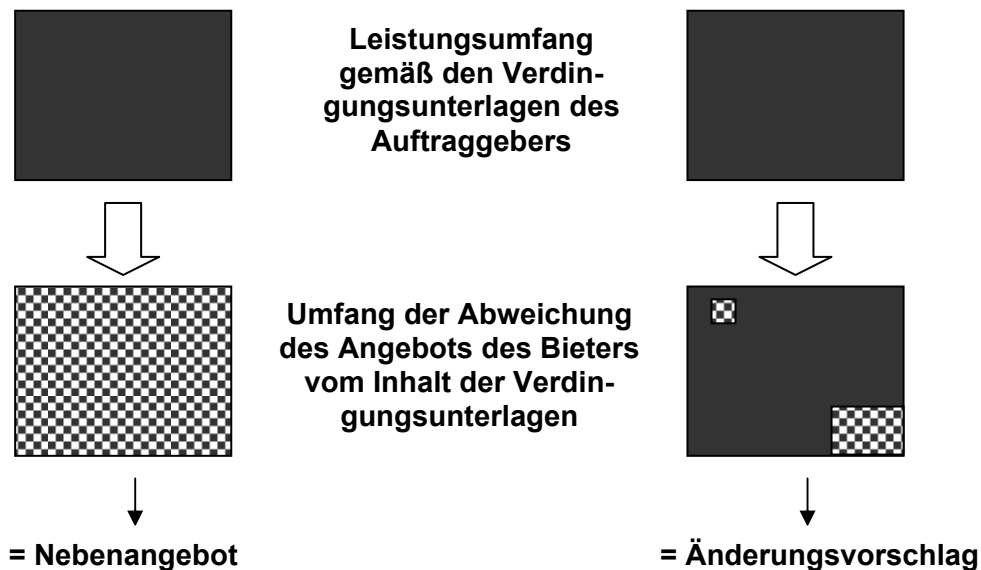
¹¹⁷ Nawrath in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 29; Ingenstau/Korbion, a.a.O.;

¹¹⁸ Saarländisches OLG, ZVgR 2000, 181; Leimböck, S. 119; Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 71;

¹¹⁹ Urteil vom 05.08.1993, 11 U 197/89;

¹²⁰ In: Nebenangebote im Bauwesen, S. 29;

Das Nebenangebot soll demnach ein Mehr gegenüber dem Änderungsvorschlag sein. Vereinfacht lässt sich diese Ansicht wie folgt schematisch darstellen:



= Abweichung vom Hauptangebot

Nach dieser Auffassung läge etwa ein Nebenangebot vor, wenn ein Bieter anbietet, eine Baugrube mit einer rückverankerten HDI-Sohle und ausgesteiften Schlitzwänden statt mit einer Unterwasserbetonsohle und rückverankerten Schlitzwänden an den Seiten herzustellen. Die Abweichung betrifft hier nicht nur einen kleineren Ausschnitt des Amtsentwurfs, sondern bietet eine völlig andere Leistung für das Bauvorhaben an. Ein Änderungsvorschlag wäre beispielsweise gegeben, wenn ein Bieter im Vergabeverfahren für den Bau einer Eisenbahnbrücke anbietet, die Brücke an sich zwar wie vom Auftraggeber vorgesehen zu errichten, das Gelände aber aus Aluminium statt aus Stahl herzustellen. Die Abweichung gegenüber den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers betrifft hier nur einen kleinen Ausschnitt der ausgeschriebenen Leistungen.

Abzugrenzen soll der Begriff des Änderungsvorschlags sein von einem bloßen „Hinweis“, der dann als eigenständiger Änderungsvorschlag zu werten sei, wenn er erläutert und im Hinblick auf in Aussicht gestellte Einsparmöglichkeiten konkretisiert ist.¹²¹ Hierzu müssen jedoch technische Erläuterungen gegeben und mögliche Einsparungen beziffert werden. Erfolgt lediglich ein nicht näher ausgeführter und erklärter Hinweis auf mögliche Einsparungen ohne konkrete Bezeichnung der Abweichung

¹²¹ Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 70;

von der auftraggeberseits vorgegebenen Leistung, liegt kein Änderungsvorschlag vor.¹²²

Zu dieser Ansicht stellt sich wiederum die Frage, wie ein Angebot zu qualifizieren ist, mit dem der Bieter im Sinne von § 21 Nr. 2 VOB/A von den vom Auftraggeber vorgegebenen **technischen Spezifikationen abweicht**. Nach der hier diskutierten Theorie der materiellen Abgrenzung könnte es sich demnach um einen Änderungsvorschlag handeln. Ein solches Angebot weicht in technischer Hinsicht von der Leistungsbeschreibung ab, die der Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen an die Bieter versandt hatte. In diesem Fall geht jedoch die ausdrückliche Regelung in der VOB/A vor: § 25 Nr. 4 VOB/A gibt vor, dass ein solches Angebot „wie ein Hauptangebot zu werten“ ist. Es handelt sich dabei also gerade nicht um ein Nebenangebot¹²³ und damit auch **nicht** um einen **Änderungsvorschlag**, der nach den hier dargestellten Theorien ein Unterfall bzw. eine Ausprägung eines Nebenangebots bildet.

2.2 Formelle Abgrenzung

Eine andere Ansicht in der Literatur grenzt zwischen dem Nebenangebot einerseits und dem Änderungsvorschlag andererseits in rein formeller Hinsicht ab. Es soll demnach nicht von Bedeutung sein, ob die Änderung/Abweichung inhaltlich gegenüber dem Leistungsumfang gemäß den Verdingungsunterlagen gravierend oder nur geringfügig sei. **Entscheidend** sei vielmehr **allein, ob das Angebot des Bieters zugleich mit einem Hauptangebot oder ohne gleichzeitiges Hauptangebot abgegeben wird**.

Ein Nebenangebot liegt demnach vor, wenn es selbstständig, also ohne Hauptangebot, vom Bieter abgegeben wird. Änderungsvorschläge sollen dagegen ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots nicht möglich sein.¹²⁴ Als Begründung dieser Abgrenzung zieht diese Ansicht die Regelung in § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A heran. Dort ist die Verpflichtung für den Auftraggeber geregelt, es in den Verdingungsunterlagen anzugeben, wenn er Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausschließen will. In dieser Vorschrift sei abweichend vom Regelfall nur die Rede vom Nebenangebot, nicht aber vom Änderungsvorschlag. Somit stelle ein vom Leistungsverzeichnis des Auftraggebers abweichendes, selbstständiges Angebot ohne gleichzeitiges Hauptangebot ein Nebenangebot dar. Im Umkehrschluss handle es sich bei einem abweichenden Angebot mit gleichzeitig abgegebenem Hauptangebot um einen Änderungsvorschlag.¹²⁵

¹²² VÜA des Bundes, ZVgR 1997, 12;

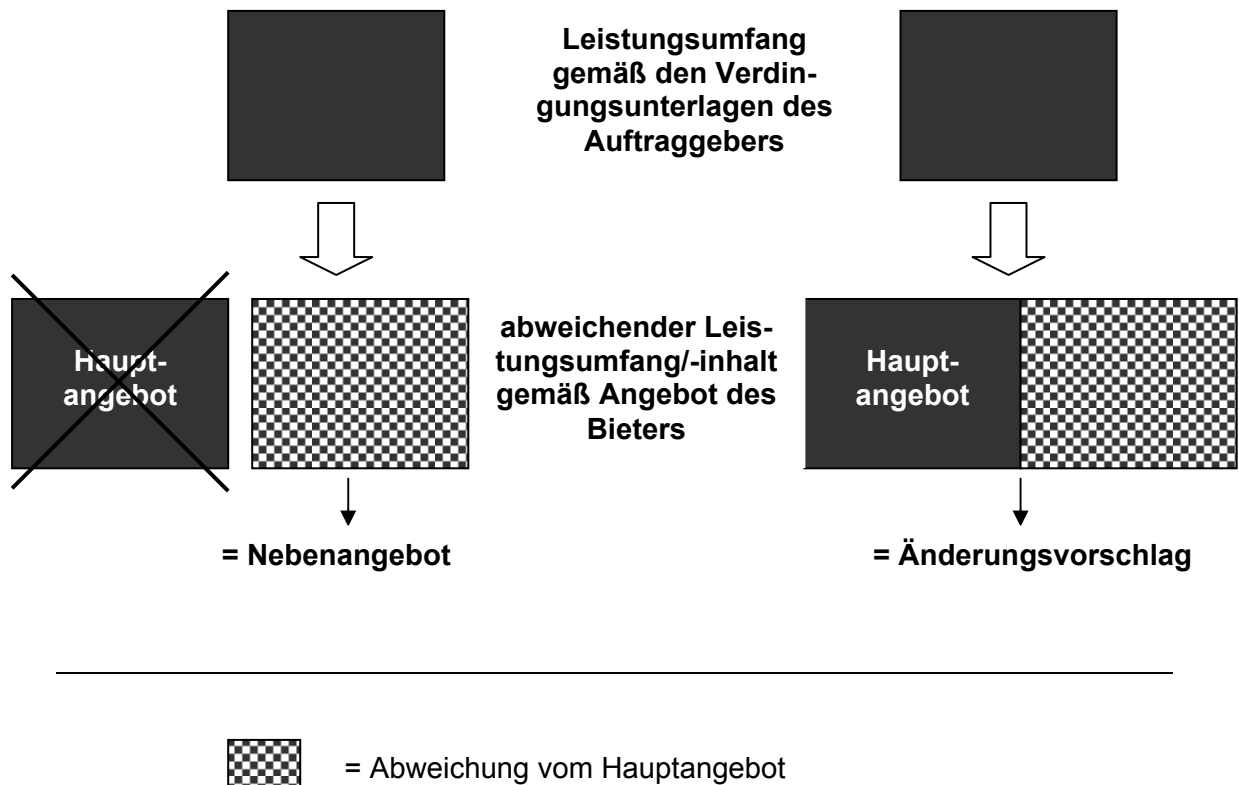
¹²³ Kapellmann/Messerschmidt, § 25 VOB/A, Rdn. 94;

¹²⁴ A.a.O., § 10 VOB/A, Rdn. 53; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 10 VOB/A, Rdn. 18 f.;

¹²⁵ A.a.O., Rdn. 17 ff.; Ingenstau/Korbion, § 10 VOB/A, Rdn. 79; Schweda in: VergR 2003, 268 f.; Köppel in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 85;

Unabhängig von der Reichweite der Abweichung gegenüber dem Leistungsverzeichnis des Auftraggebers sieht diese Ansicht ein Nebenangebot für gegeben, wenn ein Bieter kein Hauptangebot abgibt und in seinem Angebot etwa, dem oben angeführten Beispiel folgend, ein Alu- statt ein Stahlgeländer anbietet. Gibt der Bieter dieses abweichende Angebot zugleich mit einem Hauptangebot ab, soll ein Änderungsvorschlag gegeben sein.

Das bedeutet schematisch dargestellt:



2.3 Synonymer Gebrauch der beiden Begriffe

Eine andere Ansicht verwendet die beiden Begriffe „Nebenangebot“ und „Änderungsvorschlag“ synonym, ohne eine Unterscheidung in der Definition vorzunehmen.¹²⁶ Begründet wird dies mit den Erläuterungen des Deutschen Verdingungsausschusses für Leistungen (DVAL)¹²⁷ zu der Regelung in § 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A. Dort heißt es: „Der Begriff Nebenangebot umfasst jede Abweichung vom geforderten Angebot. Auch Änderungsvorschläge sind als Nebenangebote zu betrachten.“

¹²⁶ OLG Celle, Urteil vom 30.04.1999, Az. 13 Verg 1/99; NZBau 2000, 105 = BauR 2000, 405; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 25 VOB/A, Rdn. 651;

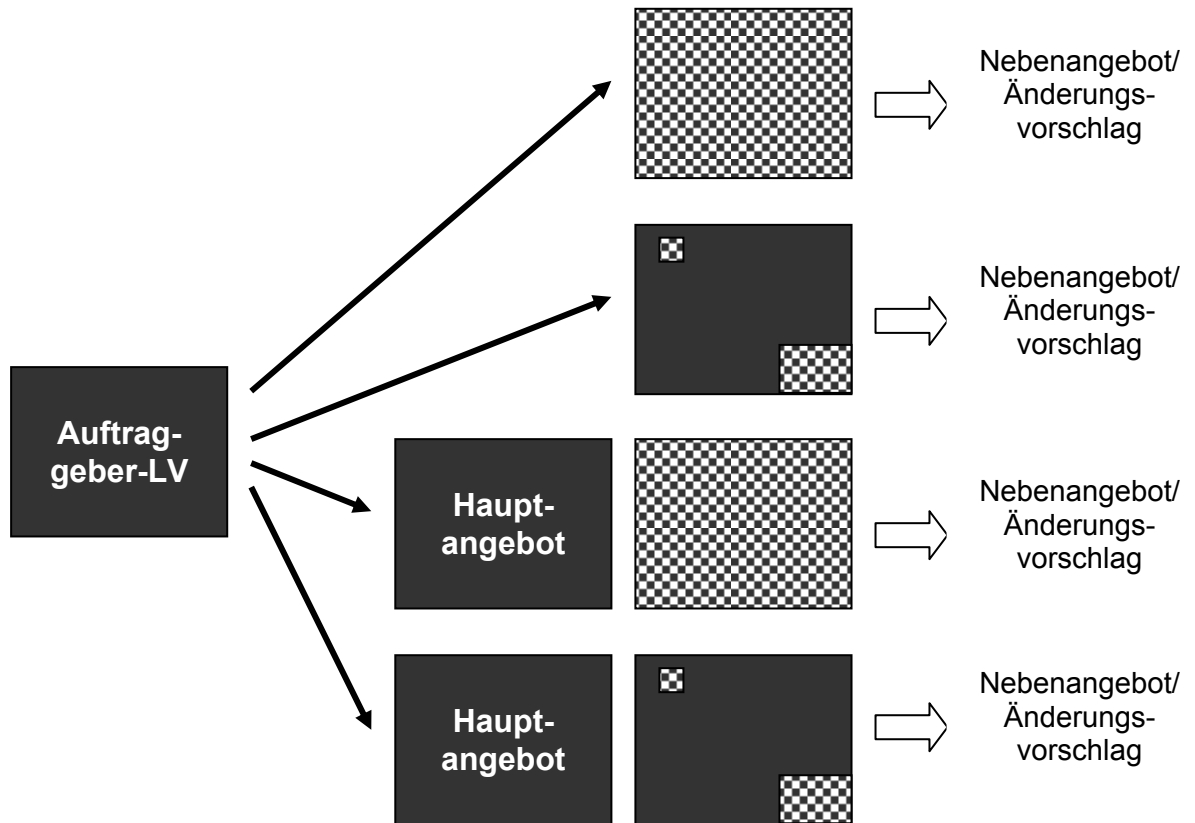
¹²⁷ Diese sind nicht rechtsverbindlich, werden aber zur Auslegung der VOL/A-Regelungen herangezogen; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 04.07.2001, Verg 20/01; Weyand, Ibr-online-Kommentar Vergaberecht, § 10 VOB/A, 83.6.7.1; Daub/Eberstein, Einführung, Rdn. 109;

Darüber hinaus wird verwiesen auf die europarechtlichen Vorgaben. So werde auch in der Sektorenrichtlinie 93/98/EWG nicht weiter unterschieden zwischen einem Nebenangebot und einem Änderungsvorschlag. Vielmehr sei in Art. 34 Abs. 3 der Richtlinie lediglich einheitlich die Rede von „Varianten“.¹²⁸ Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, können demnach die Auftraggeber von Bietern vorgelegte *Varianten* berücksichtigen, wenn sie den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen. Ergänzend hierzu ist auch auf die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 zu verweisen. Artikel 24 der Richtlinie spricht ebenso einheitlich von „Varianten“. Es erfolgt weder eine Nennung noch eine Unterscheidung der Begriffe „Nebenangebot“ beziehungsweise „Änderungsvorschlag“. Diese Ansicht vertrat auch das OLG Düsseldorf: *„(...) umfasst der Begriff ‚Nebenangebot‘ jede Abweichung vom geforderten Angebot. Selbst Änderungsvorschläge sind danach als Nebenangebote zu betrachten. Eine Dreiteilung in Hauptangebot, Nebenangebot und Änderungsvorschlag findet also nicht statt. Dies widerspricht auch nicht den europäischen Vergaberechtsrichtlinien. So wird in der Sektorenkoordinationsrichtlinie nicht weiter zwischen Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen unterschieden, sondern es ist einheitlich von ‚Varianten‘ die Rede (Art. 34 Abs. 3)“.*

Unabhängig von der Reichweite der Abweichung gegenüber dem Hauptleistungsverzeichnis und ebenso unabhängig von der Frage, ob gleichzeitig mit dem abweichenden Angebot ein Hauptangebot von dem Bieter abgegeben wurde oder nicht, liegt nach dieser Auffassung ein Nebenangebot bzw. ein Änderungsvorschlag vor.

Schematisch dargestellt:

¹²⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.04.2003, Verg 69/02;



= Abweichung vom Hauptangebot

Die Kritiker dieser Auffassung führen an, dass es sich bei den Erläuterungen des Deutschen Verdingungsausschusses zum einen um ein nicht verbindliches Regelwerk handelt. Zum anderen sei die Darstellung bezüglich der VOL/A gerade nicht auf die VOB/A anwendbar. Zwar würden auch darin Änderungsvorschläge und Nebenangebote weitgehend gleich behandelt. § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A¹²⁹ nehme aber gerade eine ausdrückliche Unterscheidung vor. Darin sei nur die Rede von Nebenangeboten, aber nicht von Änderungsvorschlägen – anders als in § 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A.¹³⁰

Auch das Vergabehandbuch des Bundes (VHB) unterscheide zwischen Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen.¹³¹ Ziffer 4.3 der EVM (B) BwB-E, Ausgabe 2001, legt fest: „Nebenangebote, die in technischer Hinsicht von der Leistungsbeschreibung abweichen, sind auch ohne Abgabe eines Hauptangebots zugelassen. Andere

¹²⁹ Bis einschließlich Ausgabe 2002;

¹³⁰ Kapellmann/Messerschmidt, § 10 VOB/A, Rdn. 54;

¹³¹ Daub/Piel/Soergel, ErlZ. A 17.107;

*Nebenangebote oder Änderungsvorschläge sind nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen.*¹³²

2.4 Zusammenfassung und Diskussion

Die **Abgrenzung der Begriffe „Nebenangebot“ und „Änderungsvorschlag“** wird in Literatur und Entscheidungspraxis **sehr uneinheitlich** vorgenommen. Die **herrschende Meinung** grenzt danach ab, dass es sich bei einem **Nebenangebot** um eine **umfassende Abweichung vom Hauptangebot** handelt, während sich **Änderungsvorschläge** auf die **ausgeschriebene Bauleistung** beziehen und diese **lediglich in Teilen abändert**.¹³³

Andere Ansichten sehen ein Nebenangebot dann für gegeben, wenn es der Bieter ohne gleichzeitiges Hauptangebot einreicht, einen Änderungsvorschlag dagegen, wenn er das abweichende Angebot zugleich mit einem Hauptangebot abgibt. Eine wieder andere Ansicht verwendet beide Begriffe synonym ohne Unterscheidung.

Zunächst bleibt festzuhalten, dass es **keine Legaldefinition des Änderungsvorschlags** gibt. Die VOB/A hatte bis einschließlich der Ausgabe 2002 die beiden Begriffe bis auf die Ausnahme in § 10 Nr. 5 Abs. 4 ebenso stets parallel verwendet. Die Tatsache, dass in §§ 17 Nr. 1 Abs. 2 u), Nr. 2 Abs. 2 q), 21 Nr. 3, 22 Nr. 3 Abs. 2 und 24 Nr. 3 VOB/A Änderungsvorschläge *oder* Nebenangebote erwähnt waren, ließ bereits von der ursprünglichen Formulierung her darauf schließen, dass beide Begriffe nicht ein und das selbe meinen. Aus der VOB Teil A jedoch lässt sich ebenso wenig wie aus anderen vergaberechtlichen Regelwerken eindeutig herleiten, welcher Begriff welche Bedeutung hat.

Letzte Zweifel hat die **neue Ausgabe 2006 der VOB/A** behoben: In allen oben angeführten Paragraphen, in denen „Änderungsvorschläge und Nebenangebote“ beziehungsweise „Änderungsvorschläge oder Nebenangebote“ erwähnt waren, wurde der **Regelungstext abgeändert**. In der neuen Ausgabe 2006 ist **nur mehr von „Nebenangebote“ als einzigem Begriff die Rede**. Dies belegt ebenso klarstellend wie eindrucksvoll, dass auch der Vergabe- und Vertragsausschuss keine Unterscheidung zwischen dem Begriff „Nebenangebot“ und dem Begriff „Änderungsvorschlag“ vornehmen will.

Im Ergebnis drängt sich keine Variante der Abgrenzung auf. Eine Unterscheidung der beiden Begriffe erscheint auch nicht zwingend angezeigt. Die Auffassung, durch die das Nebenangebot und Änderungsvorschlag materiell nach dem Inhalt und Umfang der Abweichung des Angebots vom Hauptleistungsverzeichnis abgegrenzt wird, lässt sich vom Wortsinn her sicher vertreten. Der „Änderungsvor-

¹³² Vgl. auch VK Nordbayern, Beschluss v. 21.09.2001, 320.VK-3194-32/01;

¹³³ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 25 VOB/A, Rdn. 133;

schlag“ *ändert* demnach Inhalte, die der Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen vorgegeben hat. Dies gilt aber ebenso für das Nebenangebot: Auch wenn es nach dieser Ansicht vom Bauentwurf des Auftraggebers umfassend oder komplett abweicht, stellt dies dennoch ebenso eine Änderung und damit wiederum wörtlich einen Änderungsvorschlag dar.

Auch die Begründung, § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A unterscheidet zwischen Nebenangeboten einerseits (abweichendes Angebot des Bieters alleine ohne gleichzeitiges Hauptangebot) und dem Änderungsvorschlag (abweichendes Angebot des Bieters mit einem gleichzeitig eingereichten Hauptangebot) andererseits („oder“), daher müsse eine Abgrenzung stattfinden, überzeugt nicht. Einzelne Stimmen rechtfertigten damit die Erforderlichkeit der Unterscheidung nach formellen Kriterien. Seit der Neuausgabe der VOB/A 2006 ist dieses Argument, wie eben ausgeführt, nicht mehr verwendbar – der Text der VOB/A gebraucht nun nur mehr den Begriff „Nebenangebot“ und nicht mehr den Terminus „Änderungsvorschlag“.

Aus der früheren Abgrenzung in § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A den Schluss zu ziehen, dass nur ein Nebenangebot ohne Hauptangebot stehen könne, nicht aber ein Änderungsvorschlag, erschien zwar vertretbar, lag aber ebenso nicht zwingend auf der Hand. Aus der früheren Regelung in § 10 Nr. 5 Abs. 4, Satz 1, 2. Halbsatz VOB/A ließ sich schließen, dass grundsätzlich die Einreichung von Nebenangeboten ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots zulässig gewesen sein soll und diese Konstellation nur ausnahmsweise ausgeschlossen sein sollte. Daraus folgt zwar, dass denknotwendig die Abgabe eines Nebenangebot ohne gleichzeitiges Hauptangebot möglich sein musste, sonst hätte § 10 Nr. 5 Abs. 4, Satz 1, 2. Halbsatz VOB/A diese Variante nicht ausdrücklich als grundsätzlich zulässig dargestellt. Die Regelung schloss jedoch nicht positiv aus, dass auch Änderungsvorschläge ohne gleichzeitiges Hauptangebot möglich waren. Dass Änderungsvorschläge im Zusammenhang mit der Regelung nicht ausdrücklich parallel zum Nebenangebot erwähnt wurden, während sie an allen anderen Stellen der VOB/A jeweils im gleichen Kontext mit Nebenangeboten angeführt wurden, ist allenfalls als Indiz dafür anzusehen.

Die Ansicht, die die Begriffe nicht unterscheidet, wirft ebenso Kritikpunkte auf. Nachdem die VOL/A in deren § 17 Nr. 3 Abs. 5 einen anderen Wortlaut als die VOB/A aufweist, ist die Erläuterung zur VOL/A nicht zur Erklärung der VOB/A heranziehbar. Auch die Tatsache, dass in europarechtlichen Regelungen einheitlich und ohne Unterscheidung von „Varianten“ die Rede ist, lässt nicht zwingend den Schluss zu, dass die Begriffe „Nebenangebot“ und „Änderungsvorschlag“ das selbe meinen, da beide Begriffe in der Richtlinie nicht gebraucht werden und diese insoweit keine Aussage dazu trifft. Darüber hinaus betrifft Abschnitt 1 der VOB/A lediglich nationale Vergabe-

verfahren und unterliegt insoweit nicht der zwingenden Übernahme der europarechtlichen Vorgaben.¹³⁴

Im Ergebnis jedoch erscheint die **Diskussion insgesamt wenig praxisrelevant**. Zum einen stößt jeder Versuch einer **Abgrenzung** der beiden Begriffe auf nicht rechtssicher überwindbare **praktische Schwierigkeiten**, da für keine der diskutierten Möglichkeiten eine hinreichend eindeutige Begründung vorliegt. Zum anderen ist es **für die Vergabepraxis auch nicht von erheblicher Bedeutung, ob und welcher Unterschied zwischen einem Nebenangebot und einem Änderungsvorschlag besteht**, nachdem die VOB Teil A, die einzig Regelungen für Nebenangebote bzw. Änderungsvorschläge vorgibt, nur an einer Stelle unterscheidet und im Übrigen für Nebenangebote und Änderungsvorschläge keine unterschiedlichen Regelungen und Rechtsfolgen vorsieht, sondern Nebenangebote und Änderungsvorschläge stets parallel nennt.¹³⁵

Aus diesem Grund ist der Empfehlung zu folgen,¹³⁶ beide Begriffe unterschiedslos parallel zu gebrauchen oder nur den Begriff des Nebenangebots zu verwenden, da dieser gegenüber dem Änderungsvorschlag nach obiger Darstellung jedenfalls als Oberbegriff anzusehen ist. Auch von staatlicher Seite wurde bereits vor vielen Jahren empfohlen, aus Vereinfachungsgründen nur mehr den Ausdruck „Nebenangebot“ zu verwenden, da dieser auch Änderungsvorschläge umfasse.¹³⁷

Diese Auffassung einer parallelen Verwendung ohne Unterscheidung bestätigte auch die **Änderung der VOB/A in der Ausgabe 2006**, die jetzt im Unterschied zu den früheren VOB-Ausgaben ebenso nur mehr den Begriff „Nebenangebot“ verwendet. Eine Unterscheidung zwischen beiden Begriffen ist damit unnötig. Änderungsvorschläge stellen nichts Anderes, sondern lediglich einen Unterfall des Nebenangebots dar, der rechtlich nicht abweichend gehandhabt wird.

Zusammenfassend ist der **Änderungsvorschlag wie folgt zu definieren**:

Ein Änderungsvorschlag ist eine Form des Nebenangebots, mit dem der Bieter eine Leistung anbietet, die nur bezogen auf einzelne Leistungsbestandteile vom Inhalt der Verdingungsunterlagen des Auftraggebers abweicht und daher nur zugleich mit einem Hauptangebot abgegeben werden kann.

¹³⁴ Franke/Höfler/Bayer, II 1.1;

¹³⁵ VÜA Bayern, IBR 1995, 242; Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 76; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 10 VOB/A, S. 762, Rdn. 19; Schweda in VergabeR 2003, 268 f.; Marbach in: Festschrift für Vygen, S. 242; Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 29f.;

¹³⁶ Dähne/Schelle, S. 58;

¹³⁷ Rundschreiben des Bundesministers für Verkehr vom 04.03.1977, Az. StB 12/16/70, 18/120 10 Vms 77; Hofmann, a.a.O.;

In der Praxis sollte der Begriff „Änderungsvorschlag“ auf Grund der nunmehrigen in der VOB/A 2006 obsolet geworden sein.

3. Abgrenzung zum „Sondervorschlag“

Der Begriff des „Sondervorschlags“ findet sich in der VOB/A nicht und wird auch in der Literatur kaum verwendet,¹³⁸ ist aber in der Baupraxis vielfach in Gebrauch. Es handelt sich dabei um „*eine andere Bezeichnung für ein Nebenangebot*“. Der Sondervorschlag drücke wie der Begriff Änderungsvorschlag aus, dass es sich um den Vorschlag eines Bieters handelt, der von den in den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers gemachten Vorgaben abweicht.¹³⁹

Wie oben dargestellt, werden die Begriffe Nebenangebot und Änderungsvorschlag jedoch von mehreren Vertretern in der Literatur nicht immer synonym verwendet, wie dies etwa auf *Dähne/Schelle* zutrifft. Nachdem aber nach der herrschenden Ansicht¹⁴⁰ auch ein Änderungsvorschlag ein Nebenangebot darstellt, muss bezüglich der Verwendung des Begriffs „Sondervorschlag“ nicht näher differenziert werden: Der Begriff „Nebenangebot“, für den der Terminus „Sondervorschlag“ synonym gebraucht wird, umfasst damit in jedem Fall auch „Änderungsvorschläge“.

Die Begriffe „Nebenangebot“/„Änderungsvorschlag“ sowie „Sondervorschlag“ meinen also das Selbe und sind **synonym zu gebrauchen**.¹⁴¹

4. Abgrenzung zur „Variante“

Das oben zu 3. Ausgeführte gilt ebenso für den **Begriff der „Variante“**. Dieser entstammt dem europarechtlichen Regelungssystem. In Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG etwa findet sich eine Regelung zu Nebenangeboten. Sie sind dort als „Varianten“ bezeichnet. Nach Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie können es öffentliche Auftraggeber zulassen, dass die Bieter „Varianten“ vorlegen. Gemäß Abs. 2 haben sie in der Vergabebekanntmachung anzugeben, ob Varianten zulässig sind. Abs. 3 gibt vor, dass die öffentlichen Auftraggeber für diesen Fall Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen zu nennen haben, die Varianten zu erfüllen haben.

Die Begriffe „Nebenangebot“/„Änderungsvorschlag“ sowie „Variante“ meinen also das Selbe und sind **synonym zu gebrauchen**.¹⁴²

¹³⁸ Kommentare wie etwa *Ingenstau/Korbion, Heiermann/Riedl/Rusam*, Beck'scher VOB-Kommentar Teil A oder *Kapellmann/Messerschmidt* verwenden lediglich die Begriffe „Nebenangebot“, nicht jedoch den Begriff „Sondervorschlag“;

¹³⁹ *Dähne/Schelle*, S. 1150;

¹⁴⁰ Vgl. oben 2);

¹⁴¹ *Hofmann*, in: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 29f., S. 28; *Schmidt-Breitenstein* in: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 69; *Leimböck*, S. 119;

¹⁴² *Schmidt-Breitenstein*, a.a.O.;

5. Abgrenzung zur „Alternative“

Seltener in der Praxis wird der Begriff der „**Alternative**“ gebraucht. Dieser Terminus darf insbesondere nicht verwechselt werden mit dem im Folgenden abzugrenzenden „Alternativangebot“, „Alternativvorschlag“ und „Alternativposition“. „Alternative“ **meint** ebenso wie „Sondervorschlag“ das Selbe wie der Begriff des Nebenangebots.¹⁴³

Die Begriffe „Nebenangebot“/„Änderungsvorschlag“ sowie „Alternative“ meinen also das Selbe und sind **synonym zu gebrauchen**.¹⁴⁴

6. Abgrenzung zum Alternativangebot sowie zu Alternativposition/Wahlposition und „alternativer Ausführungsart“

Zunächst ist in diesem Fall der vom Nebenangebot abzugrenzende Begriff an sich näher zu fassen. Anstatt des Ausdrucks „Alternativangebot“ werden in der Praxis häufig auch mit gleicher Bedeutung synonym die Begriffe „**Alternativposition**“, „**Wahlposition**“ oder „**alternative Ausführungsarten**“ verwendet.¹⁴⁵ Zur Vereinfachung wird im Folgenden für die weitere Abgrenzung zum Nebenangebot für all diese Erscheinungsformen der Begriff „Alternativposition“ verwendet.

Gemeinsam sind Nebenangebot und Alternativposition die **Zielrichtung** und der Effekt, den beide im Vergabeverfahren bewirken: Beide sind geeignet, den Wettbewerb in Form einer größeren Vielfalt der Möglichkeiten zu erweitern, indem sie nicht nur von vornherein ein verbindliches Verfahren mit einem verbindlich vorgegebenen bestimmten Baustoff zum Gegenstand des künftigen Bauvertrags machen, sondern einen größeren Spielraum für den Bieter eröffnen.

Eine Alternativposition ist eine Position (also anders bezeichnet: eine Ordnungsziffer im Leistungsverzeichnis), die an Stelle einer bezeichneten anderen Position ausgeführt werden kann. Der **entscheidende Unterschied zum Nebenangebot** liegt darin, dass die **Alternativposition nicht vom Bieter in das Verfahren eingebracht wird, sondern bereits der Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen vorgibt**. In seinem Leistungsverzeichnis findet sich in der Regel daher ein korrespondierendes Positionspaar, das aus einer Grundposition und der Alternativposition besteht.¹⁴⁶

Während beim Nebenangebot die planerische Leistung insoweit auf den Bieter verlagert wird, als ihm allein die Entscheidung obliegt, ob er eine eigene Alternative zum Entwurf des Auftraggebers ausarbeiten und wie er diese alternative Lösung ausges-

¹⁴³ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 241;

¹⁴⁴ *Hofmann*, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 28; *Schmidt-Breitenstein*, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 69; *Leimböck*, S. 119;

¹⁴⁵ *Dähne/Schelle*, S. 1501 f.; *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 31; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 21 VOB/A, Rdn. 35;

¹⁴⁶ *Vygen/Schubert/Lang*, Rdn. 520 ff.; *Dähne/Schelle*, S. 1501;

talten will, hat bei der Alternativposition diese Entscheidung bereits der Auftraggeber übernommen. Er ist es, der bereits mehrere Varianten der Ausführung oder mehrere Alternativen bezüglich möglicher Baustoffe festgelegt hat. Aufgabe des Bieters ist es bei der Alternativposition lediglich, statt nur für die Grundposition auch noch für die Wahlposition seine Preise zu kalkulieren und einzutragen.

Nachdem bei Alternativpositionen die Alternativen bereits vom Auftraggeber kommen, nimmt insoweit der Bieter keine inhaltliche Änderung der vorgegebenen Leistung vor, sondern bepreist lediglich die bereits vorgegebenen Alternativen. Der Auftraggeber behält sich die Entscheidung, ob er die Grund- oder die Alternativposition ausführen lassen will, für den Zeitpunkt vor, in dem ihm die entsprechenden Bieterangebote vorliegen.¹⁴⁷ Grund- und Alternativposition stehen also im Entweder-Oder-Verhältnis. Beide Positionen sind im Leistungsverzeichnis aber bereits inhaltlich bestimmt und regelmäßig bereits mit einem Vordersatz versehen.¹⁴⁸ Der Auftraggeber muss die Wahl zwischen der Grund- und der Alternativposition bei der Annahme eines Angebots, also bei Vertragsschluss, treffen.¹⁴⁹

Ein Beispiel: Der Auftraggeber will eine Abwasserentsorgungsanlage errichten lassen. In seinen Verdingungsunterlagen, die er im Vergabeverfahren an die Bieter verschickt, gibt er als Grundposition die Ausführung der Hausanschlüsse mit Gussrohren und zugleich als Alternativposition die Herstellung mit PVC-Rohren vor. Der Bieter bepreist beide Positionen. Der Auftraggeber muss sich bei Bezuschlagung entscheiden, ob er entweder die Ausführungsvariante mit Gussrohren oder mit PVC-Rohren beauftragen will. Diese Position wird dann zum Bau-Soll.

Alternativpositionen schließen allerdings Nebenangebote nicht aus. Im obigen Beispielsfall könnte ein Bieter, falls nicht Nebenangebote nach § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u), Nr. 2 Abs. 2 lit. q) i.V.m. § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit d) VOB/A ausgeschlossen sind, jederzeit über die Alternativposition hinaus noch ein Nebenangebot abgeben. Er könnte etwa eine weitere Materialalternative oder eine andere Ausführungsart beispielsweise in Form einer Horizontalbohrung statt einer Verlegung der Rohre in offenen Gräben anbieten.

Eine Alternativposition selbst kann unter Umständen auch zu einem Nebenangebot werden – dann nämlich, wenn ein Bieter nur bei der Grundposition, nicht aber bei der Alternativposition – oder umgekehrt – seinen Preis im Leistungsverzeichnis des Auftraggebers einträgt und nicht, wie vom Auftraggeber vorgesehen, sowohl in der Grund- als auch in der Wahlposition. In diesem Fall liegt auf Grund der nicht

¹⁴⁷ VK Bund, Beschluss vom 24.10.2000, VK 1-31/00; IBR 2001, 76; *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 31; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 21 VOB/A, Rdn. 35;

¹⁴⁸ Vergabehandbuch des Bundes, Nr. 4 zu § 9 VOB/A;

¹⁴⁹ 2. Vergabekammer des Bundes, ZVgR 1999, 222 ff.; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 5 VOB/A, Rdn. 14;

ausgefüllten Position ein unvollständiges Angebot vor, das allenfalls als Nebenangebot gewertet werden kann, sofern es nicht wegen Unvollständigkeit nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b), Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen wird.¹⁵⁰

Im Ergebnis ist die **Alternativposition somit systematisch zunächst als „Gegenstück“ zum Nebenangebot zu sehen**. Bei der Alternativposition stammt die Idee für die alternative Ausführungsart oder den alternativen Baustoff vom Auftraggeber und ist insoweit Bestandteil des Amtsentwurfs und damit des Hauptangebots. Beim Nebenangebot steuert der Bieter die alternative Lösungsmöglichkeit bei. Sie steht insoweit neben dem oder an Stelle des Hauptangebots.

7. Abgrenzung zur „Bedarfsposition“/„Eventualposition“

Für die Abgrenzung des Nebenangebots zur Bedarfsposition gilt systematisch im Wesentlichen das oben zu 4.) Gesagte. Synonym wird die „Bedarfsposition“ in Literatur und Praxis vielfach auch als **„Bedarfsleistung“**, **„Eventualleistung“** sowie **„Eventualposition“** bezeichnet.¹⁵¹ Darunter ist eine Position im Leistungsverzeichnis des Auftraggebers zu verstehen, die dieser sozusagen „vorsichtshalber“ mit nachfragt. Es handelt sich dabei somit um die **vorweg genommene Vergütungsbestimmung für mögliche künftige geänderte oder zusätzliche Leistungen**.¹⁵² Bedarfspositionen dürfen nach § 9 Nr. 1 VOB/A nur ausnahmsweise in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden, allerdings – theoretisch – nicht deshalb, um Planungsdefizite oder Mängel einer unzureichenden Planung auszugleichen.¹⁵³ In der Praxis ist dagegen nicht selten festzustellen, dass Bedarfspositionen genau mit dieser Zielrichtung eingesetzt werden. Bedarfspositionen sind jedenfalls dann ebenso wie Grundpositionen bei der Wertung nach § 25 Nr. 3 VOB/A zu berücksichtigen, wenn bereits unmittelbar nach der Submission feststeht, dass der Bedarf mit Sicherheit eintreten wird.¹⁵⁴ Andernfalls ist nach den Umständen des Einzelfalls abzugrenzen; gegebenenfalls bleiben Bedarfspositionen bei der Ermittlung des Angebotspreises dann unberücksichtigt.¹⁵⁵

Die Entscheidung, ob er die Bedarfsposition tatsächlich ausführen lässt, behält sich der Auftraggeber in der Regel abhängig vom Bauablauf vor. Er verbindet im Vergabeverfahren die Bedarfsposition mit einem Vorbehalt dahin gehend, dass der Auftraggeber auf deren Ausführung verzichten kann, ohne dem Auftragnehmer gegen-

¹⁵⁰ Dähne/Schelle, S. 1502;

¹⁵¹ A.a.O., S. 309;

¹⁵² Vygen/Schubert/Lang, Rdn. 517 ff.; Kapellmann/Messerschmidt, § 5 VOB/A, Rdn. 17;

¹⁵³ VHB Bund, § 9, Abschn. 4;

¹⁵⁴ Kapellmann/Messerschmidt, § 25 VOB/A, Rdn. 73;

¹⁵⁵ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 15.01.2003, 1 VK 71/02; IBR 2003, 320; VK Bremen, Beschluss vom 10.09.2004, VK 3/04; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 5, Rdn. 77 unter Verweis auf VÜA Nordrhein-Westfalen, VergR 1998, 7;

über eine Teilkündigung im Sinne der § 649 Satz 2 BGB, § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B erklären zu müssen.¹⁵⁶

In der Praxis sind Bedarfspositionen nur für einzelne Teilleistungen denkbar, nicht für den gesamten Auftrag an sich. Als Bedarfspositionen setzt ein Auftraggeber regelmäßig Teilleistungen ein, die erfahrungsgemäß im Zusammenhang mit Bauvorhaben der beauftragten Art erforderlich werden, deren Notwendigkeit aber im Zeitpunkt der Ausschreibung auch bei Ausschöpfung aller technischen Möglichkeiten und trotz genauer Erkundung der Örtlichkeiten im Bereich des konkreten Bauvorhabens objektiv noch nicht feststellbar ist. Erst im späteren Bauverlauf wird sich zeigen, ob die Ausführung der Bedarfspositionen nötig wird oder nicht.¹⁵⁷ Eine Bedarfsposition liegt beispielsweise vor, wenn ein Auftraggeber eine Baugrube herstellen lassen will, aber im Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht abschätzen kann, in welchem Umfang Grundwasser beim Aushub anfallen wird, da im vorgegebenen Baugrund der Grundwasserspiegel je nach Witterung stark schwankt.

Bedarfspositionen stellen keine Nebenangebote dar.¹⁵⁸ Ebenso wie Alternativangebote gehen sie vom Auftraggeber aus und nicht, wie für ein Nebenangebot systematisch erforderlich, vom Bieter. Der Auftraggeber legt bereits in seinen Verdingungsunterlagen fest, welche Teilleistungen er in jedem Fall und welche Teilleistungen er nur erforderlichenfalls ausführen lassen will. Der **Bieter erbringt keine eigene Planungsleistung** und nimmt auch keinerlei inhaltliche Änderung der Verdingungsunterlagen vor, sondern setzt lediglich seine kalkulierten Preise für die vorgegebenen (Bedarfs-)Positionen ein. Die Bedarfsposition ist damit ebenfalls Teil des Amtsentwurfs und damit des Hauptangebots und wird nicht vom Bieter parallel zum Hauptangebot oder an dessen Stelle angeboten.

8. Abgrenzung zur Auswahlposition

Im Gegensatz zur Wahl-/Alternativposition muss sich der Auftraggeber bei einer Auswahlposition im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Form des Zuschlags nicht festlegen, welche Variante der im Entweder-Oder-Verhältnis stehenden Alternativen – Grundposition oder Alternativposition¹⁵⁹ er wählen will. Es besteht insoweit nicht die Auswahlmöglichkeit zwischen zwei alternativen Positionen. Der Auftraggeber schreibt eine Position aus, die in sich ein späteres Wahlrecht birgt, das je nach Position vom Auftraggeber oder Auftragnehmer wahrgenommen werden muss. Dem Auftraggeber kann etwa die spätere Auswahl der Farbe vorbehalten bleiben („Farbe nach Auswahl des Bauherrn“).¹⁶⁰

¹⁵⁶ Dähne/Schelle, S. 309;

¹⁵⁷ A.a.O.;

¹⁵⁸ Schwab in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 31;

¹⁵⁹ Vgl. oben 4;

¹⁶⁰ Kapellmann/Messerschmidt, § 5 VOB/A, Rdn. 25;

Auch zu Gunsten des Auftragnehmers kann ein Wahlrecht bestehen. Solche Positionen finden sich vielfach auch in den ATV DIN 18299 ff., so etwa in der VOB/C, DIN 18299 (Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art), Abschnitt 2.2. Dieser gibt vor: *„Stoffe und Bauteile, die der Auftragnehmer nur vorzuhalten hat, die also nicht in das Bauwerk eingehen, dürfen nach Wahl des Auftragnehmers gebraucht oder ungebraucht sein.“* Vergleichbar hierzu sind unter anderem ATV DIN 18300 (Erdarbeiten), Abschnitt 3.1.1 (*„Die Wahl des Bauverfahrens und -ablaufs sowie die Wahl und der Einsatz der Baugeräte sind Sache des Auftragnehmers“*) sowie Abschnitt 3.6.2 (*„Die Wahl der Förderwege bleibt dem Auftragnehmer überlassen.“*), DIN 18301 (Bohrarbeiten), Abschnitt 3.2.2 (*„(...) sind die Wahl des Bohrverfahrens und -ablaufs sowie die Wahl und der Einsatz der Bohrgeräte Sache des Auftragnehmers“*).¹⁶¹

Die **Abgrenzung** der Auswahlposition vom Nebenangebot entspricht systematisch wiederum der oben bei der Wahl-/Alternativposition sowie bei der Bedarfsposition vorgenommenen Darstellung: Die Gestaltung des Inhalts der LV-Position – im Fall der **Auswahlposition** der Einbau eines späteren Auswahlrechts, das entweder vom Auftraggeber oder vom Auftragnehmer ausgeübt wird – obliegt dem Auftraggeber. Die Position ist **Inhalt des Amtsentwurfs und damit wiederum des Hauptangebots**. Der Bieter bepreist lediglich die vorgegebene, aus der Auftraggebersphäre stammende Position im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A.

9. Abgrenzung zu unzulässigen Änderungen an den Verdingungsunterlagen (§ 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A) – „verstecktes Nebenangebot“

Wie oben dargestellt,¹⁶² handelt es sich bei einem Nebenangebot definitionsgemäß um eine Änderung der Leistungen gegenüber den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers.¹⁶³ § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A dagegen gibt vor: *„Änderungen an den Verdingungsunterlagen sind unzulässig.“* Angebote, die dennoch Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthalten, sind nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A verpflichtend vom Auftraggeber aus der Wertung auszuschließen. Ein Nebenangebot dürfte also demnach nicht gewertet werden. Angesichts dieses scheinbaren Widerspruchs in diesem Spannungsfeld¹⁶⁴ besteht Bedarf, eine exakte Abgrenzung vorzunehmen zwischen dem (zulässigen) Nebenangebot und (unzulässigen) Änderungen an den Verdingungsunterlagen. In diesem Zusammenhang ist das „offene Nebenangebot“ vom „versteckten Nebenangebot“ zu unterscheiden.

Beide Erscheinungsformen – die an sich unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen nach § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A sowie das grundsätzliche zulässige

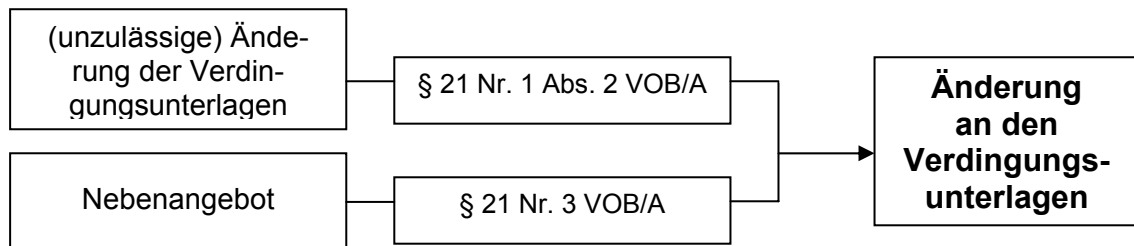
¹⁶¹ Englert/Katzenbach/Motzke, DIN 18300, Rdn. 70 ff.; Rdn. 108 ff.; DIN 18301, Rdn. 61 ff.;

¹⁶² Vgl. oben I.;

¹⁶³ U.a. OLG Jena, Beschluss vom 18.03.2004, 6 Verg 1/04; Beschluss vom 19.03.2004, 6 U 1000/03;

¹⁶⁴ Diercks, VergabeR 2002, 288 f.; Dähne, VergR 2002, 224 ff.;

Nebenangebot nach § 21 Nr. 3 VOB/A – haben gemeinsam, dass der Bieter die Verdingungsunterlagen ändert, insoweit von den Vorgaben des Auftraggebers abweicht:



Hier ist wiederum die Behandlung eines Angebots zu prüfen, mit dem ein Bieter von den vom Auftraggeber vorgegebenen technischen Spezifikationen abweicht, §§ 21 Nr. 2, 25 Nr. 4 VOB/A. Auch handelt es sich zunächst um eine Abweichung und damit eine Änderung an den Verdingungsunterlagen. Es ist damit wie eine anderweitige Abweichung nach den folgenden Gesichtspunkten zu unterscheiden.

9.1 Änderungen an den Verdingungsunterlagen

Zunächst ist damit der **Begriff der „Änderung an den Verdingungsunterlagen“** aus § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A zu klären. *Dähne* weist darauf hin, dass die Regelung nicht Änderungen *der* Verdingungsunterlagen, sondern nach dem Wortlaut nur Änderungen *an den* Verdingungsunterlagen meint. Dieser Passus lasse erkennen, dass es sich nur um unmittelbare Eingriffe wie Streichungen, Hinzufügungen o.ä. mit verfälschender, manipulativer Zielsetzung handeln kann.¹⁶⁵ Eine Änderung an den Verdingungsunterlagen liege vor, wenn ein Bieter abweichend von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses anbietet.¹⁶⁶ Der Tatbestand ist auch erfüllt, wenn der Bieter ausschließlich ein anderes Fabrikat als vom Auftraggeber gefordert einträgt oder nur einen Teil der ausgeschriebenen Leistung anbietet;¹⁶⁷ ebenso, wenn der Bieter beispielsweise vom Auftraggeber geforderte Maße oder Ausführungsfristen¹⁶⁸ abändert oder zusätzliche Angaben auf einer besonderen Anlage macht.¹⁶⁹ Überwiegend wird auch eine unzulässige Änderung angenommen, wenn der Bieter eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen seinem Angebot beifügt.¹⁷⁰ Entscheidend für die Annahme

¹⁶⁵ In: *Kapellmann/Messerschmidt*, § 21 VOB/A, Rdn. 21;

¹⁶⁶ VK Brandenburg, Beschluss vom 12.03.2003, VK 7/03, IBR 2003, 377;

¹⁶⁷ *Ingenstau/Korbion*, § 25 VOB/A, Rdn. 11;

¹⁶⁸ A.A.: VK Münster, Beschluss vom 09.05.2003, VK 07/03, IBR 2003, 493, die eine vom Bieter verbindlich angebotene Verkürzung der Bauzeit nicht als Änderung der Verdingungsunterlagen ansieht;

¹⁶⁹ *Dähne/Schelle*, S. 45;

¹⁷⁰ VÜA Bayern, IBR 1999, 400; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 21, Rdn. 39; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 21 VOB/A, Rdn. 22;

einer Änderung an den Verdingungsunterlagen ist also **im Ergebnis**, dass der Bieter eine **andere als die ausgeschriebene Leistung** anbietet.¹⁷¹

Keine Änderung an den Verdingungsunterlagen liegt vor, wenn der Auftraggeber keine eindeutigen Vergabeunterlagen herausgibt, der Bieter die Widersprüche in der Leistungsbeschreibung (z.B. zwischen Plänen und Textbeschreibung) durch eine Nachfrage beim Auftraggeber zu klären versucht, der Auftraggeber diese Anfrage aber nicht beantwortet und der Bieter den strittigen Teil der Leistungsbeschreibung nur in einem Nebenangebot anbietet.¹⁷²

Erforderlich ist daneben, dass der Bieter die Änderung an den *Verdingungsunterlagen* vorgenommen haben muss. Was davon umfasst ist, ergibt sich über den Verweis in § 10 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A aus §§ 9 und 10 Nr. 1 Abs. 2 sowie Nr. 2 bis 4 VOB/A). Welche(r) Teil(e) der Verdingungsunterlagen vom Bieter geändert oder ergänzt werden, ist unerheblich. Praktisch bedeutsam ist insbesondere, dass das Anschreiben des Bieters zu seinem Angebot nicht Bestandteil der Verdingungsunterlagen ist.¹⁷³ Darin sind klarstellende Hinweise und Kommentare zulässig.¹⁷⁴ Anders soll dies jedoch für ein Begleitschreiben zum Angebot gelten, das zu den Verdingungsunterlagen gehören soll.¹⁷⁵ Bereits aus dem Grund, dass eine Abgrenzung zwischen einem Anschreiben und einem Begleitschreiben sicher nicht eindeutig und griffig möglich ist, empfiehlt sich in der Praxis in jedem Fall Zurückhaltung bei der Angabe grundsätzlich zulässiger Hinweise, Kommentare und Klarstellungen im Anschreiben. Solche können bzw. müssen unter Umständen als versteckte Vorbehalte ausgelegt werden, was wiederum die Gefahr eröffnet, dass das Angebot wegen seiner Bedingung von der Wertung ausgeschlossen wird.¹⁷⁶ Der Vergabeüberwachungsausschuss Niedersachsen hat ein Angebot auch ohne ausdrückliche Kennzeichnung als solches als Nebenangebot gewertet, im Rahmen dessen ein Bieter ein Begleitschreiben beigelegt hatte, in dem er lediglich Klarstellungen, Kalkulationsannahmen und alternative Einheitspreise angeboten hatte. Dies stelle keine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen dar.¹⁷⁷

¹⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2006, Verg 77/05; OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.04.2005, 11 Verg 1/05; VK Bund, Beschluss vom 27.06.2006, VK 1-40/06; Beschluss vom 06.06.2005, VK 3-43/05; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.07.2005, 1 VK 39/05; VK Saarland, Beschluss vom 15.03.2006, 3 VK 2/2006; VK Thüringen, Beschluss vom 25.09.2006, 360-4002.20-017/06-NDH;

¹⁷² VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.07.2005, 1 VK 39/05;

¹⁷³ VK Sachsen, Beschluss vom 04.06.2002, 1/SVK/049-02; Beschluss vom 07.05.2002, 1/SVK/035-02; *Weyand*, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Ziff. 5554; Ziff. 4309;

¹⁷⁴ KG, *VergR* 2001, 392 ff.; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 31.10.2001, 1 VK 36/01;

¹⁷⁵ *Weyand*, a.a.O., Ziff. 5545; VK Sachsen, Beschluss vom 16.09.2005, 1/SVK/114-05; VK Brandenburg, Beschluss vom 25.02.2005, VK 6/05;

¹⁷⁶ *Schweda* in: *VergabeR* 2003, 270;

¹⁷⁷ VÜA Niedersachsen, Beschluss vom 25.03.1997, 32.2-35.66, Tgb.-Nr. 4/96;

9.2 Abgrenzung zum offenen Nebenangebot

Es ist daher ein **Abgrenzungskriterium erforderlich**, das es dem Auftraggeber ermöglicht, rechtssicher entscheiden zu können, ob das eingereichte Angebot eine **unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen** im Sinne des § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A darstellt – solche sind nach dem Wortlaut des § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) zwingend von der Wertung auszuschließen („Ausgeschlossen werden...“)¹⁷⁸ – **oder** aber eine Änderung an den Verdingungsunterlagen in Form eines insoweit privilegierten **Nebenangebots**.¹⁷⁹

Dieses **Abgrenzungskriterium findet sich – jedenfalls ansatzweise – in § 21 Nr. 3 VOB/A**. Demnach sind Nebenangebote vom Bieter an einer vom Auftraggeber bezeichneten Stelle aufzuführen, auf besonderer Anlage zu machen und als solche deutlich zu kennzeichnen. Nebenangebote, die diese Anforderungen erfüllen, sind so genannte **offene Nebenangebote**. Solche darf der Auftraggeber, sofern er Nebenangebote nicht bereits von vornherein nach § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A ausgeschlossen hat, nicht bereits auf der ersten Wertungsstufe mit der Begründung ausschließen, dass sie eine Änderung an den Verdingungsunterlagen enthalten.¹⁸⁰

9.3 „Verstecktes Nebenangebot“

Nimmt ein Bieter in seinem Angebot eine Änderung an den Verdingungsunterlagen vor, ohne die formalen Vorgaben des § 21 Nr. 3 VOB/A zu erfüllen (zahlenmäßige Aufführung, Angabe auf besonderer Anlage, Kennzeichnung), besteht **Uneinigkeit** in Literatur und Rechtsprechung, **wie ein solches Angebot zu handhaben ist**.

Eine Ansicht fordert einen strikten Ausschluss des Angebots. Reicht ein Bieter ein Angebot ein, das Änderungen an den Verdingungsunterlagen vornimmt, aber nicht als Nebenangebot ausdrücklich im Sinne von § 21 Nr. 3 VOB/A gekennzeichnet ist, kann ein solches nach dieser Meinung nicht in ein Nebenangebot umgedeutet werden. Dies würde eine unzulässige Umgehung der Vorschriften der § 21 Nr. 1 Abs. 3 und § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOB/A bedeuten. Ein Angebot, das die Verdingungsunterlagen ändert, sei demnach zwingend auszuschließen und dürfe nicht in ein wertungsfähiges Nebenangebot umgedeutet werden. Dies widerspräche der Zielsetzung des § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A, an die ein strenger Maßstab anzulegen sei. Dies sei erforderlich, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu sichern. Eine Qualifizierung als Nebenangebot, das lediglich gegen § 21 Nr. 3 VOB/A verstößt, komme nur in Betracht, wenn aus einem besonderen, zum Angebot hinzutretenden Umstand, etwa einer Erklärung des Bieters oder aus der äußeren Gestaltung des Angebots, erkennbar ist, dass der Bieter ein Nebenangebot abgeben habe wollen. Es sei darüber hinaus Sache des Bieters, zu entscheiden, ob er ein Haupt- oder ein Nebenangebot

¹⁷⁸ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 25, Rdn. 10; Ingenstau/Korbion, § 25 VOB/A, Rdn. 11;

¹⁷⁹ Schweda, in: VergabeR 2003, 270;

¹⁸⁰ A.a.O., S. 272;

abgeben wollte. Wenn der Bieter kein Nebenangebot abgeben haben wollen, dürfe sich die Vergabestelle nicht anmaßen, ein als Hauptangebot gewolltes Hauptangebot von sich aus in ein Nebenangebot umzudeuten. Der Wille, ein Nebenangebot abgeben zu wollen, muss demnach im Angebot selbst deutlich werden.¹⁸¹

Nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Literatur **muss** ein solches **Angebot nicht zwangsweise aus der Wertung ausgeschlossen werden**. Der Auftraggeber hat es dann zwar als Hauptangebot zwingend gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A auszuschließen.¹⁸² Er **kann** es aber **als so genanntes „verstecktes Nebenangebot“ werten**. In der Praxis entstehen derartige versteckte Nebenangebote, wenn ein Bieter eigentlich ein Hauptangebot abgeben will, dieses aber insoweit „missglückt“, als es faktisch vom Leistungsverzeichnis des Auftraggebers abweicht.¹⁸³ Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur vertritt die Auffassung, dass derartige Angebote insgesamt aus der Wertung auszuschließen sind. Sie argumentiert damit, dass § 21 Nr. 3 S. 1 VOB/A eine starke Ausrichtung auf die Verhinderung von Unregelmäßigkeiten aufweise. Zur Verhinderungen von Manipulationsmöglichkeiten sei somit ein strenger Maßstab anzulegen, der einen Beurteilungsspielraum für den Auftraggeber, ob er ein solches Angebot werten will oder nicht, nicht zulasse.¹⁸⁴ Ein Angebot mit unzulässigen Änderungen an den Verdingungsunterlagen im Sinne des § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A dürfe auch nicht ersatzweise als Nebenangebot gewertet werden.¹⁸⁵

Die überwiegende Meinung¹⁸⁶ räumt dem Auftraggeber jedoch die Möglichkeit ein, ein solches verstecktes Nebenangebot zu werten. Sie argumentiert im Ergebnis damit, dass es sich dabei nicht um Hauptangebote handle, die auf Grund der Verletzung der Vorschrift des § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A (unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen) nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 b) VOB/A zwingend auszuschließen sind. Vielmehr geht sie davon aus, dass es sich um Nebenangebote handelt, die entgegen der Vorgabe des § 21 Nr. 3 VOB/A nicht auf besonderer Anlage mit besonderer Kennzeichnung eingereicht sind. Dieser Verstoß jedoch führt nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A nicht zu einem zwingenden, sondern lediglich zu einem fakultativen Ausschluss des Angebots aus der Wertung.¹⁸⁷ Die Vorschrift des § 21 Nr. 3 VOB/A sei darüber hinaus als Schutznorm für den Auftraggeber ausgestaltet, so dass es

¹⁸¹ VK Südbayern, Beschluss vom 10.05.2005, 14-03/05; VK Bund, Beschluss vom 30.01.2004, VK 1-141/03; VK Südbayern, Beschluss vom 10.11.2003, 49-10/03; VK Sachsen, Beschluss vom 09.05.2003, 1/SVK/034-03; VK Bund, Beschluss vom 19.04.2002, VK 1-09/02; *Weyand*, *ibr-online-Kommentar*, § 25 VOB/A, Ziff. 5599 f.;

¹⁸² *Dähne/Schelle*, S. 45; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 3;

¹⁸³ *Schweda*, in: *VergR* 2003, 272;

¹⁸⁴ So etwa die VK Nordbayern, Beschluss vom 29.05.2001, 320.VK-3194-08/01, *IBR* 2002, 35; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 21 VOB/A, Rdn. 41;

¹⁸⁵ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 21 VOB/A, Rdn. 35 mit Hinweis auf *VÜA* Niedersachsen, *IBR* 1998, 416;

¹⁸⁶ Vgl. *Motzke/Pietzcker/Prieß*, a.a.O.;

¹⁸⁷ *Dähne/Schelle*, a.a.O.; *Schweda*, a.a.O.;

diesem auch überlassen bleiben müsse, ob er diesen Schutz für sich reklamieren wolle oder nicht. Die Vorschrift sei damit als nicht zwingende formale Ordnungsvorschrift und nicht als zwingende Ausschlussregel zu sehen. Ein Auftraggeber handle danach sogar ermessensfehlerhaft in Form eines Ermessensnichtgebrauchs, wenn er ein nicht als solches gekennzeichnetes Nebenangebot alleine mit der Begründung aus der Wertung ausschließe, dass es eine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen darstelle.¹⁸⁸

Der Auftraggeber kann ein solches verstecktes Nebenangebot damit grundsätzlich werten. Weicht ein Angebot von den Verdingungsunterlagen ab, ist zunächst kein zwingender Ausschluss vorzunehmen. Das Ermessen des Auftraggebers, ein solches Angebot zu werten, ist jedoch nicht uneingeschränkt: Wegen des systematischen Zusammenhangs mit § 21 Nr. 3 S. 1 VOB/A ist das Ermessen in einem solchen Fall dahingehend reduziert, das Angebot wegen des Bieter schützenden Gebots eines transparenten, chancengleichen Wettbewerbs in § 97 Abs. 1, 2 GWB nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A auszuschließen.¹⁸⁹

9.4 Korrektiv „K.o.-Kriterien“

Sowohl bezüglich der versteckten als auch der offenen Nebenangebote ist im Rahmen der Wertung als Korrektiv die Frage zu berücksichtigen, inwieweit das Nebenangebot von so genannten **K.o.-Kriterien** abweicht. Es handelt sich dabei um Mindestbedingungen, die der Auftraggeber im Rahmen seiner Ausschreibung festlegt und die die Nebenangebote in jedem Fall erfüllen müssen. Trägt ihnen das offene oder versteckte Nebenangebot nicht Rechnung, ist es zwingend auszuschließen. Alle übrigen Kriterien sind im Rahmen der vergleichenden Wertung im weiteren Verlauf der Vorgaben des § 25 VOB/A zu berücksichtigen.¹⁹⁰

9.5 Zusammenfassung und Fazit

Beide Ansichten sind auf den ersten Blick als in sich logisch und vertretbar anzusehen. Tatsächlich ergibt sich aus beiden Ansichten ein logischer Widerspruch:

Die Meinung, die einen zwingenden Ausschluss fordert, sieht zu Recht eine unzulässige Umgehung der §§ 21 Nr. 1 Abs. 3 und 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOB/A. Demnach ist ein Hauptangebot, das Änderungen an den Verdingungsunterlagen vornimmt, nicht fakultativ, sondern zwingend auszuschließen. Die Möglichkeit einer Umdeutung in ein Nebenangebot sieht die VOB/A ausdrücklich nicht vor.

¹⁸⁸ Schweda, in: VergabeR 2003, 272; Heiermann/Riedl/Rusam, § 21 VOB/A, Rdn. 54;

¹⁸⁹ VK Brandenburg, Beschluss vom 12.03.2003, VK 7/03;

¹⁹⁰ OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 267 ff. m. Anmerkungen von Waldner; er bezeichnet die K.o.-Kriterien als „harte“ Ausschlusskriterien im Gegensatz zu den übrigen, „weichen“ Kriterien, die einer Wertbarkeit des Nebenangebots nicht entgegen stehen; VK Arnsberg, Beschluss vom 10.06.2003, VK 1-10/2003; s. auch Schweda, a.a.O.;

Die andere Ansicht, die zu einem fakultativen Ausschluss gelangt und dem Auftraggeber die Möglichkeit einräumt, das Angebot zu werten, verweist zu Recht auf § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A, wonach ein Nebenangebot nicht zwingend aus der Wertung genommen werden muss, nur weil es nicht als solches bezeichnet ist. Diese Ansicht aber setzt sich in Widerspruch zu §§ 21 Nr. 1 Abs. 2, 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOB/A, das für solche Angebote nicht ausdrücklich die Möglichkeit einer Umdeutung in ein Nebenangebot vorsieht, sondern nur von einem zwingenden Ausschluss spricht.

Zu folgen ist aber im Ergebnis der herrschenden Meinung, die dem Auftraggeber die Wahlmöglichkeit belässt, ein Angebot zu werten, das eine Abweichung von den Vorgaben in den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers enthält, jedoch nicht gemäß § 21 Nr. 3 VOB/A als Nebenangebot ausgewiesen ist. Würde man hier einen zwingenden Ausschluss aus der Wertung fordern, wäre die Vorgabe des § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A obsolet. Danach *muss* ein Nebenangebot, das nicht wie von § 21 Nr. 3 VOB/A vorgesehen gekennzeichnet ist, nicht ausgeschlossen werden, sondern es *kann* vom Auftraggeber ausgeschlossen werden (fakultativer Ausschluss). Der **Auftraggeber hat** danach **nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob diese nicht** hinreichend gekennzeichneten Nebenangebote ausnahmsweise zu werten sind, wenn dies ohne Schwierigkeiten nach den weiteren Wertungsstufen gemäß § 25 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/A möglich ist.¹⁹¹

Diese Ansicht ermöglicht ein Mehr an Wettbewerb bei der Vergabe von Leistungen, wie ihn der insbesondere vom Europarecht geforderte **Wettbewerbsgrundsatz** fordert. In der nationalen Gesetzgebung findet sich dieser insbesondere in § 97 Abs. 1 GWB und in den Vergabeordnungen¹⁹² wieder. Der Gesetzgeber misst dem Wettbewerb eine hohe Bedeutung zu.¹⁹³ **Ziel** auch der einschneidenden Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), das zum 01.01.1999 in Kraft trat, war deshalb die Organisation eines **größtmöglichen Wettbewerbs**.¹⁹⁴ Ein Mehr an Angeboten korrespondiert mit einem Mehr an Wettbewerb. Auch das Argument, die Vergabestelle dürfe nicht von sich aus ein möglicherweise vom Bieter als Hauptangebot vorgesehenes Angebot eigenmächtig in ein Nebenangebot umdeuten, lässt sich aus Praxissicht nicht nachvollziehen: Ziel jedes Bieters wird es in der Praxis sein, dass das, was er als Angebot abgegeben hat, auch gewertet wird. Ob als Hauptangebot oder als Nebenangebot, wird für ihn im Ergebnis nicht von Bedeutung sein. Insoweit wird realistisch kein Bieter etwas dagegen haben, wenn sein als Hauptangebot geplantes Angebot mit eigentlich unzulässigen Änderungen an den Verdingungsunterlagen nicht von der Vergabestelle ausgeschlossen, sondern stattdessen als Nebenangebot weiter gewertet wird.

¹⁹¹ *Ingenstau/Korbion*, § 25 VOB/A, Rdn. 18; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 21;

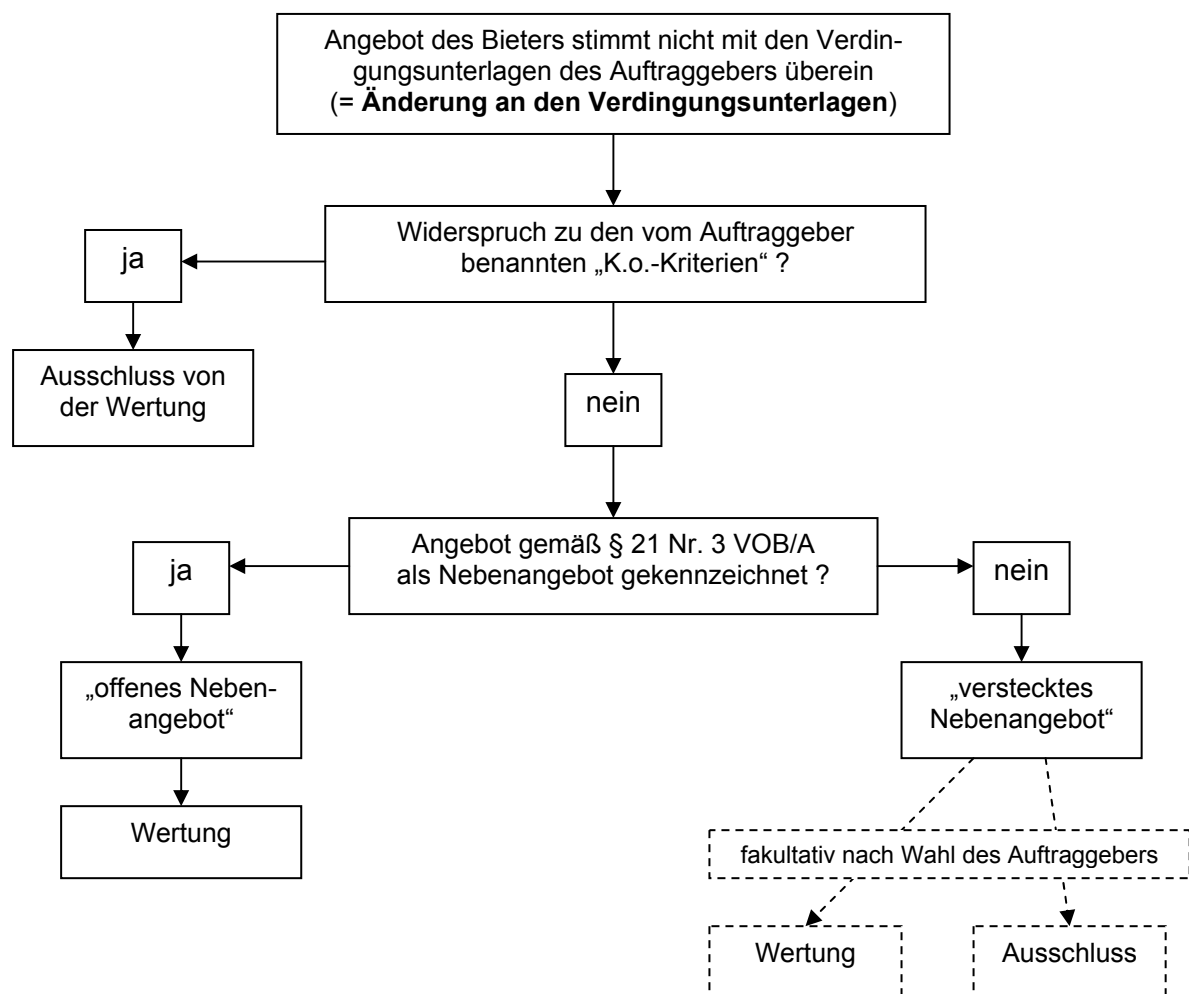
¹⁹² Hierbei handelt es sich nicht um formelle Gesetze;

¹⁹³ *Byok/Jaeger*, Rdn. 131 f.;

¹⁹⁴ Begründung zum Regierungsentwurf des VgRÄG, BT-Drucksache 13/9340, S. 13 f.;

Zusammengefasst ergibt sich damit folgende Systematik: Sowohl die Änderung an den Verdingungsunterlagen gemäß § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A als auch das Nebenangebot stellen im Ergebnis eine Abweichung der angebotenen von der ausgeschriebenen Leistung dar. Der Auftraggeber hat das Angebot in jedem Fall in die weitere Wertung aufzunehmen, wenn es im Sinne von § 21 Nr. 3 VOB/A formell richtig als Nebenangebot gekennzeichnet ist. Es handelt sich dann um ein so genanntes offenes Nebenangebot. Erfolgt keine Kennzeichnung, bedeutet das nicht zwingend einen Ausschluss aus der Wertung. Es liegt in diesem Fall ein so genanntes „verstecktes Nebenangebot“ vor. Dies ist ein Nebenangebot, das entgegen der Vorgabe von § 21 Nr. 3 VOB/A nicht ausreichend gekennzeichnet ist. Dies führt jedoch nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A nur zu einem fakultativen Ausschluss. Der Auftraggeber kann ein solches Angebot also weiter werten, wenn es nicht gegen seine eigenen zwingenden Vorgaben, die er für Nebenangebote in den Ausschreibungsunterlagen aufgestellt hat („K.o.-Kriterien“), widerspricht.

Schematisch dargestellt bedeutet dies:



10. Abgrenzung Nebenangebot – Abweichung von technischen Spezifikationen

§ 21 Nr. 2 VOB/A behandelt Angebote mit einer Leistung, „die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht“. Ein solches Angebot enthält damit definitionsgemäß eine **Leistung, die „abweicht“, also nicht exakt dem entspricht, was der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen angefordert hat**, wie dies auch für das Nebenangebot, wie oben dargestellt, Voraussetzung ist.

Nach § 9 Nr. 4 Abs. 2 VOB/A hat der Auftraggeber die technischen Anforderungen an die Leistung in den Verdingungsunterlagen unter Bezugnahme auf gemeinschaftsrechtliche¹⁹⁵ technische Spezifikationen festzulegen. Diese finden sich im „Anhang TS Nr. 1“ zur VOB/A.

Gemäß Ziff. 1.1 des Anhangs TS sind **technische Spezifikationen** *„sämtliche, insbesondere in den Verdingungsunterlagen enthaltene, technische Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den öffentlichen Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen. Zu diesen technischen Anforderungen gehören Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit und Abmessungen, ebenso die Vorschriften für Materialien, Erzeugnisse oder Lieferungen hinsichtlich Qualitätssicherung, Terminologie, Bildzeichen, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung. Außerdem gehören dazu auch die Vorschriften für die Planung und die Berechnung von baulichen Anlagen, die Bedingungen für die Prüfung, Inspektion und Abnahme von baulichen Anlagen, die Konstruktionsmethoden oder –verfahren und alle anderen technischen Anforderungen, die der öffentliche Auftraggeber bezüglich fertiger baulicher Anlagen oder der dazu notwendigen Materialien oder Teile durch allgemeine oder spezielle Vorschriften anzugeben in der Lage ist.“*

Technische Spezifikationen **dienen also der Festlegung der technischen Eigenschaften der geforderten Leistungen mit Hilfe von europäischen Normen, Zulassungen oder europaeinheitlichen Verfahren.**¹⁹⁶

Die **Handhabung solcher Angebote ist in der VOB/A klar geregelt**: Nach § 21 Nr. 2 VOB/A dürfen solche Leistungen, die von den vom Auftraggeber vorgesehenen technischen Spezifikationen abweichen, angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss demnach im Angebot „eindeutig bezeichnet sein“. Der Bieter hat ferner die Gleichwertigkeit „mit dem Angebot nachzuweisen“. Unklarheiten gehen zu Lasten des Bieters und führen zum Ausschluss des Ange-

¹⁹⁵ Also europarechtliche Normen;

¹⁹⁶ VK Münster, Beschluss vom 17.06.2005, VK 12/05; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 21, Rdn. 46;

bots.¹⁹⁷ § 25 Nr. 4 VOB/A schreibt klar vor, dass **solche Angebote „wie ein Hauptangebot zu werten“** sind.¹⁹⁸ Es handelt sich bei dem Angebot um die vom Auftraggeber geforderte Leistung und damit **nicht um Nebenangebote**. §§ 21 Nr. 3, 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3, 24 Nr. 3, 25 Nr. 5 VOB/A sind damit nicht anwendbar.¹⁹⁹

Angebotene Leistungen, die nur von den vom Auftraggeber vorgegebenen technischen Spezifikationen abweichen, sind demnach somit keine Nebenangebote. Andererseits handelt es sich dabei aber auch nicht um originäre Hauptangebote: § 25 Nr. 4 VOB/A sagt nicht, dass ein Angebot, mit dem der Bieter in nach § 21 Nr. 2 VOB/A zulässiger Weise von den vom Auftraggeber vorgegebenen technischen Spezifikationen abweicht, ein Hauptangebot ist. Die Regelung besagt lediglich, dass ein solches Angebot „wie ein Hauptangebot zu werten“ ist. Andererseits grenzt § 21 VOB/A deutlich ab zwischen einem Angebot mit einer Abweichung von technischen Spezifikationen (§ 21 Nr. 2 VOB/A) und Nebenangeboten (§ 21 Nr. 3 VOB/A). Es handelt sich dabei also letztlich um ein Angebot, das „zwischen“ einem Haupt- und einem Nebenangebot anzusiedeln ist. Ein solches Angebot kann als „**Quasi-Nebenangebot**“ bezeichnet werden. Auch in diesem Fall muss der Bieter nachweisen, dass Gleichwertigkeit besteht mit dem Amtsentwurf und ferner die Voraussetzungen des § 21 Nr. 2 VOB/A erfüllt sind.

11. Abgrenzung zum Nachtragsangebot

Die Abgrenzung des Nebenangebots vom Nachtragsangebot ist in erster Linie eine zeitliche: Zwar stellt das Nachtragsangebot und dessen Inhalt ebenso wie das Nebenangebot der Auftragnehmer zusammen und reicht sie beim Auftraggeber ein. Das **Nachtragsangebot** ist jedoch ein Angebot, das der Auftragnehmer **erst nach Vertragsschluss** stellt, um damit nach Möglichkeit eine Nachtragsvereinbarung zu erreichen.²⁰⁰ In der Baupraxis handelt es sich um eine alltägliche Erscheinung, mit der der Auftragnehmer regelmäßig nach Beginn der Bauausführung etwa bei Mengenänderungen sowie bei vom Auftraggeber im Sinne von § 1 Nr. 3, 4 VOB/B nachträglich angeordneten, nachträglich anerkannten (§ 2 Nr. 8 Abs. 2 S. 1 VOB/B) oder für die Erfüllung des Bauvertrags erforderlichen (unter den weiteren Voraussetzungen des § 2 Nr. 8 Abs. 2 S. 2 VOB/B) geänderten Leistungen (§§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B) oder zusätzlichen Leistungen (§§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B) eine entsprechende Anpassung der Vergütung beantragt.²⁰¹

Im Zeitpunkt der Legung und Einreichung des Nachtragsangebots durch den Auftragnehmer beim Auftraggeber liegt der entscheidende systematische Unterschied

¹⁹⁷ Schweda in: VergR 2003, 269;

¹⁹⁸ Marbach, in: BauR 2000, 1643 f.; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 21, Rdn. 46;

¹⁹⁹ Vgl. Vergabehandbuch des Bundes, Nr. 2 zu § 21 VOB/A; Kapellmann/Messerschmidt, § 21 VOB/A, Rdn. 31; Lampe-Helbig/Wörmann, Rdn. 133;

²⁰⁰ Dähne/Schelle, S. 910;

²⁰¹ Schmidt/von Franckenstein, S. 298;

zum **Nebenangebot**: Letzteres ist ein **Bestandteil ausschließlich des Vergabeverfahrens** und ist somit **nur im Zeitraum bis zum Vertragsschluss**, also bis zur Erteilung des Zuschlags durch den Auftraggeber nach § 28 VOB/A, möglich. Das Nebenangebot ist eine Möglichkeit für den Bieter, das vertraglich zu fixierende Bau-Soll zu beeinflussen. Beim **Nachtragsangebot** dagegen steht das Bau-Soll bereits aus dem geschlossenen Bauvertrag fest. Es betrifft die **nachträgliche Bewältigung einer Änderung, Mehrung oder Minderung des vertraglich fixierten Leistungsumfangs nach Abschluss des Bauvertrags**.²⁰² Eine Überschneidung von Nebenangebot (nur *vor* Vertragsschluss möglich) und Nachtragsangebot (nur *nach* Vertragsschluss möglich) ist damit nicht denkbar.

Trotz dieser an sich klaren und eindeutigen rechtlichen Abgrenzung sind aus der Praxis immer wieder Fälle bekannt, in denen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ein intensiver Rechtsstreit darüber besteht, ob ein Nebenangebot oder ein Nachtragsangebot vorliegt. Die Einordnung ist vielfach vor allem entscheidend für die Frage, wer ein Risiko zu tragen hat, das sich im Zuge der Ausführung realisiert hat. Handelt es sich um ein Nebenangebot, ist die Gefahr für den Auftragnehmer größer, die Folgen des Risikos tragen zu müssen.

Ein **Beispiel aus der Praxis**, bei dem diese Frage über Forderungen des Auftragnehmers in mehrstelliger Millionenhöhe entschied, verdeutlicht die Bedeutung der Abgrenzung: Für den Bau eines großen Schleusenbauwerks im Zuge einer bundesdeutschen Binnenwasserstraße war eine Baugrube herzustellen, die eine Fläche von mehr als zehn Fußballfeldern und eine Tiefe von über 15 Meter haben musste, um das Massivbauwerk später aufnehmen zu können. Für die Abdichtung und statische Absicherung der Baugrube hatte der Auftraggeber eine Konstruktion mit einer Unterwasserbetonsohle und mit Ankern rückverankerten Schlitzwänden an den Seiten der Baugrube ausgeschrieben. Eine Bietergemeinschaft bot auf das Leistungsverzeichnis mit dem Hauptangebot an. Darüber hinaus reichte sie unter anderem ein Nebenangebot ein mit einer alternativen Konstruktion. Demnach sollten die Schlitzwände an den Seiten nicht rückverankert, sondern innen ausgesteift werden. Die Unterwasserbetonsohle sollte durch eine im Düsenstrahlverfahren hergestellte HDI-Sohle ersetzt werden.

Der Auftraggeber prüfte Haupt- und Nebenangebot und stellte fest, dass nach seiner Ansicht die per Nebenangebot alternativ angebotene Ausführung nicht gleichwertig zum Hauptangebot sei. Auf Grund dessen verwarf er das Nebenangebot und erteilte der Bietergemeinschaft den Zuschlag auf das Hauptangebot. Nach der Beauftragung wurde eine mögliche Umstellung des Verfahrens erörtert. Der Auftraggeber forderte daraufhin die Arbeitsgemeinschaft auf, die Ausführungsvariante gemäß dem ursprünglichen Nebenangebot noch näher zu detaillieren und vorzustellen. Die Ar-

²⁰² Kniffka/Koebler, 6. Teil, Rdn. 117;

beitsgemeinschaft reichte wunschgemäß ein Nachtragsangebot ein, das die Umstellung von Unterwasserbetonsohle auf HDI-Sohle und von rückverankerter auf eine innen ausgesteifte Schlitzwand enthielt. Der Auftraggeber entschloss sich daraufhin, den ursprünglich schon beauftragten Amtsentwurf fallen und das Nachtragsangebot ausführen zu lassen.

Im Zuge der Bauausführung mit dem „neuen“ Verfahren kam es jedoch zu erheblichen Problemen. Es war ein Mehraufwand an Material und Bauzeit im Gegenwert von mehreren Millionen Euro erforderlich, um eine dichte Sohle herstellen zu können. Die Arbeitsgemeinschaft machte als Ursache Bodenverhältnisse aus, die nicht mit den Vorgaben aus den Baugrundgutachten des Auftraggebers übereinstimmten. Der Auftraggeber wies jegliche Mehrvergütungsforderungen zurück und verwies darauf, dass die Verantwortung ausschließlich bei der Arbeitsgemeinschaft liege, weil es ihr ursprüngliches Nebenangebot sei, das ausgeführt werde.

Unabhängig von der Frage, inwieweit die Arbeitsgemeinschaft grundsätzlich möglicherweise eine Mitverantwortung haben könnte auf Grund der Tatsache, dass sie das Verfahren vorgeschlagen hat,²⁰³ entfällt auf den Auftragnehmer aus zwei Gründen jedenfalls keine erhöhte Verantwortung auf Grund des Vorliegens eines Nebenangebots. Zum einen war das Nebenangebot nach den elementaren vertragsrechtlichen Grundsätzen des BGB in dem Moment erloschen, in dem der Auftraggeber das Nebenangebot zurückgewiesen hatte. Gemäß § 146 BGB erlischt ein Antrag – um einen solchen handelt es sich bei dem Nebenangebot, wie oben ausgeführt – wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt wird. Diese Ablehnung durch den Auftraggeber erfolgte hier in zweifacher Weise: zum einen ausdrücklich durch die Zurückweisung, zum anderen mindestens konkludent durch die Erteilung des Zuschlags auf das Hauptangebot. Ein einmal abgelehntes Angebot ist endgültig erloschen und lebt nicht wieder auf. Das Angebot existiert rechtlich nicht mehr und kann nicht mehr angenommen werden.²⁰⁴

Der Auftraggeber hat auch später kein Nebenangebot beauftragt: Der Auftraggeber übersah bei seiner rechtlichen Beurteilung hier entscheidend die oben angeführte zeitliche Abgrenzung zwischen Nebenangebot und Nachtragsangebot: Die Beauftragung des alternativen Bauverfahrens mit HDI-Sohle erfolgte in einem Zeitpunkt nach Erteilung des Zuschlags auf das Hauptangebot. Damit war bereits ein Vertrag wirksam zu Stande gekommen, gemäß dem die Arbeitsgemeinschaft die Herstellung einer Baugrube nach dem Amtsentwurf schuldete. Mit Zuschlagserteilung ist das

²⁰³ Auch dies wird nicht der Fall sein, wenn der vom Auftraggeber beschriebene Baugrund durch das alternative Verfahren nicht verlassen wurde und das Baugrundgutachten ausreichend Informationen für das Alternativverfahren enthalten hatte; diese Frage wird unten im Rahmen der Diskussion der bauvertraglichen Risikoverteilung noch ausführlich zu erörtern sein;

²⁰⁴ BGH NJW-RR 94, 1164; *Palandt/Heinrichs*, § 146, Rdn. 2;

Vergabeverfahren abgeschlossen.²⁰⁵ Ein Nebenangebot ist ab Vertragsschluss nicht mehr möglich. Auch wenn das Angebot der Arbeitsgemeinschaft nach Zuschlagserteilung den selben Inhalt hatte wie das ursprüngliche Nebenangebot, handelte es sich nach Vertragsschluss dennoch nicht mehr um ein Nebenangebot im rechtlichen Sinne. Das Angebot des Auftragnehmers konnte damit nur noch darauf abzielen, das Bausoll nachträglich abzuändern. Insoweit handelte es sich zweifelsfrei um ein Nachtragsangebot und nicht um ein Nebenangebot.

B) Historische Entwicklung des Nebenangebots

Insbesondere Teil A der VOB enthält, wie oben dargestellt, Bestimmungen zum Nebenangebot im Bauwesen. Um die Rolle des Nebenangebots nachvollziehen zu können, soll nachfolgend die Entwicklung in den Ausgaben der VOB/A – dort jeweils im Abschnitt 1 – seit der Erstausgabe 1926 in den wesentlichen Erscheinungsformen dargestellt und schließlich mit der aktuellen Fassung verglichen werden.

I. Historie der VOB Teil A

Der „Reichs-Verdingungs-Ausschuß“ hatte die erste Verdingungsordnung für Bauleistungen VOB aufgestellt und im Mai 1926 veröffentlicht lassen. Wie auch heute vielfach Forderungen laut werden, die eine ausdrückliche und umfassende gesetzliche Regelung des Vergabewesens und des Bauvertragsrechts fordern, war auch im Vorfeld der Begründung der VOB bereits kontrovers und mit nicht wesentlich unterschiedlichen Argumenten als Jahrzehnte später gefordert und diskutiert worden, das Verdingungswesen gesetzlich zu regeln.

Dem Reichstag war 1921 ein Antrag zur Entschließung vorgelegen, das Verdingungswesen gesetzlich zu regeln. Dieses Ansinnen lehnte das Gremium allerdings mit großer Mehrheit ab und setzte im gleichen Atemzug stattdessen den Reichs-Verdingungs-Ausschuss ein.²⁰⁶ Entsprechend schrieb Oberregierungsbaurat Voss in seinem Vorwort zur VOB 1926: *„Auf Ersuchen des Reichstages, der einen Antrag auf reichsgesetzliche Regelung des Verdingungswesens mit großer Mehrheit abgelehnt hatte, ist unter der geschäftsführenden Leitung des Reichsfinanzministeriums – Reichsbauverwaltung – ein ehrenamtlich tätiger Sachverständigenausschuß eingesetzt worden, um für die Vergebung der Leistungen und Lieferungen einheitliche Grundsätze für Reich und Länder zu schaffen.“*²⁰⁷ Ziel des Reichstags war es gewesen, die Regelung des Verdingungswesens auf eine breite Grundlage zu stellen. Das bedeutete, dass möglichst alle betroffenen Interessensgruppen an der Schaffung

²⁰⁵ Lampe-Helbig/Wörmann, Rdn. 285 f.;

²⁰⁶ Hereth/Ludwig/Naschold, S. 3;

²⁰⁷ VOB 1926, Vorwort, S. 3;

beteiligt werden sollten. Die Rechtshistoriker merken dabei mit dem Ausdruck des Erstaunens an, dass im Ausschuss in der rund fünfjährigen unmittelbaren Vorbereitungszeit der Reichs-Verdingungs-Ordnung eine selten konstruktive Atmosphäre geherrscht hatte. *„Es ist interessant, dass dieser Ausschuss eine Geschäftsordnung für seine Arbeit nicht benötigte“*, merkt ein Kommentator an.²⁰⁸ Zwar war die Arbeit häufig vor allem von widerstreitenden Reichs- und Länderinteressen geprägt.²⁰⁹ Bei Fragen, die zu stark voneinander abweichenden Meinungen geführt hatten, sei alles vermieden worden, die zahlenmäßig schwächere Seite durch einen theoretisch möglichen Mehrheitsbeschluss in die Knie zu zwingen. Von der Abfolge her erarbeitete der Ausschuss zunächst die VOB Teil C, also die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen.²¹⁰ Erst danach widmete er sich den Teilen A und B der VOB. Die Väter der VOB waren in den 20-er Jahren in erster Linie Vertreter der „in Frage kommenden Reichsressorts“, der Länderregierungen, des Deutschen Städtetages, des Reichsverbandes der Deutschen Industrie – Fachgruppe Bauindustrie, der Reichsverband des Deutschen Handwerks, der Arbeitnehmer-Gewerkschaften, des Verbandes der Deutschen Architekten und Ingenieurvereine und des Bundes Deutscher Architekten.²¹¹

Schon die erste VOB Teil A verfolgte das Ziel, im Rahmen der „Vergebung“ von Bauaufträgen einerseits unnötige Belastungen für die Bewerber bei der Angebotsabgabe zu vermeiden und andererseits „eine gerechte Behandlung derer zu gewährleisten, die sich dem Ausschreibungsverfahren auf Treu und Glauben unterstellen“.²¹²

II. Entwicklung der Regelungen zum Nebenangebot in der VOB Teil A seit 1926

Die Geschichte des Nebenangebots im Vergabewesen ist so alt wie die Historie der VOB Teil A. Bereits die erste Ausgabe der VOB Teil A aus dem Jahr 1926 enthält Regelungen zum Nebenangebot. Die folgende Darstellung zeigt die Entwicklung der Regelung des Nebenangebots von der Erstausgabe im Jahr 1926 bis zur aktuellen Fassung der VOB/A aus dem Jahr 2002 auf. Die Änderungen bzw. neu eingeführten Passagen gegenüber der jeweils davor liegenden Fassung sind kursiv dargestellt.

²⁰⁸ Hereth/Ludwig/Naschold, Band I, S. 4;

²⁰⁹ Englert/Katzenbach/Motzke, VOB/C, Syst I, Rdn. 12;

²¹⁰ Englert/Katzenbach/Motzke, VOB/C, Syst III, Rdn. 1;

²¹¹ VOB 1926, Vorwort, S. 3;

²¹² So Oberregierungsbaurat Voss in seinem Vorwort zur ersten VOB Teil A aus dem Jahr 1926, VOB/A 1926, S. 4;

1. VOB/A – Ausgabe 1926

Regelung	Inhalt
§ 9 Nr. 8 „Leistungsbeschreibung“	Nebenangebote zur Auswahl unter verschiedenen Ausführungsmöglichkeiten sind nur zu fordern, wenn es aus wichtigen Gründen geboten ist.
§ 22 Nr. 2 „Inhalt des Angebots“	Abänderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen gegebenenfalls auf besonderer Anlage gemacht werden.
§ 23 Nr. 3 S. 3 „Eröffnungstermin“	Außerdem ist anzugeben, ob und von wem Nebenangebote oder Änderungsvorschläge eingereicht sind.
§ 24 Nr. 2 „Prüfung der Angebote“	Fristgemäß abgegebene Nebenangebote und Änderungsvorschläge können berücksichtigt werden; sie sind ebenso zu werten wie die Hauptangebote, wenn sie bei der Ausschreibung ausdrücklich zugelassen oder gewünscht worden sind.
§ 25 Nr. 1 „Verhandlungen mit Bietern“	Der Auftraggeber darf mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, über das Angebot selbst, über die geplante Art der Durchführung, über etwaige Abänderungsvorschläge, über Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Werkstoffen usw. zu unterrichten und um die Angemessenheit der Preise, nötigenfalls durch die vorzulegende Preisermittlung, zu prüfen. Die Ergebnisse solcher Verhandlungen sind geheimzuhalten.

2. VOB/A – Fassung 1952

Regelung	Inhalt
§ 9 Nr. 8 „Leistungsbeschreibung“	Nebenangebote zur Auswahl unter verschiedenen Ausführungsmöglichkeiten sind nur zu fordern, wenn es aus wichtigen Gründen geboten ist.
§ 21 Nr. 2 „Inhalt der Angebote“	<i>Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht werden. (bis dahin in § 22 Nr. 2 geregelt)</i>
§ 22 Nr. 3 S. 3 „Eröffnungstermin“	<i>Es wird bekanntgegeben, ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden. (bis dahin in § 23 Nr. 3 Abs. 3 geregelt)</i>
§ 24 Nr. 1 „Verhandlungen mit Bietern“	<i>Nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung darf der Auftraggeber mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten. (bis dahin in § 25 Nr. 1 geregelt)</i>
§ 25 Nr. 3 „Wertung der Angebote“	<i>Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung gewünscht oder aus-</i>

	<i>drücklich zugelassen hat, sind ebenso zu werten wie die Hauptangebote. Sonstige Änderungsvorschläge und Nebenangebote können berücksichtigt werden.</i>
--	--

3. VOB/A – Ausgabe 1958

Regelung	Inhalt
§ 9 Nr. 8 „Leistungsbeschreibung“	Nebenangebote zur Auswahl unter verschiedenen Ausführungsmöglichkeiten sind nur zu fordern, wenn es aus wichtigen Gründen geboten ist.
§ 21 Nr. 2 „Inhalt der Angebote“	Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht werden.
§ 22 Nr. 3 S. 3 „Eröffnungstermin“	Es wird bekanntgegeben, ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden.
§ 24 Nr. 1 „Verhandlungen mit Bietern“	Nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung darf der Auftraggeber mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.
§ 25 Nr. 3 „Wertung der Angebote“	Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung gewünscht oder ausdrücklich zugelassen hat, sind ebenso zu werten wie die Hauptangebote. Sonstige Änderungsvorschläge und Nebenangebote können berücksichtigt werden.

4. VOB/A – Ausgabe 1965

(keine Änderungen in der VOB/A, lediglich Aktualisierung der VOB/C)

5. VOB/A – Ausgabe 1973

Regelung	Inhalt
§ 9 Nr. 9 „Leistungsbeschreibung“	<i>Für Änderungsvorschläge und Nebenangebote gilt § 17 Nr. 4 Absatz 3.</i>
§ 17 Nr. 4 Abs. 1 „Bekanntmachung“	<i>Die Verdingungsunterlagen sind den Bewerbern mit einem Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) zu übergeben, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluß zur Abgabe eines Angebots notwendig sind, namentlich über (...) 1) Änderungsvorschläge und Nebenangebote (vgl. Absatz 3)</i>

§ 17 Nr. 4 Abs. 3 „Bekanntmachung“	<i>Wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht, ausdrücklich zulassen oder ausschließen will, so ist dies anzugeben; ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vorschriften oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind von ihm im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.</i>
§ 21 Nr. 2 „Inhalt der Angebote“	Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht <i>und als solche deutlich gekennzeichnet</i> werden.
§ 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 „Eröffnungstermin“	Es wird bekanntgegeben, ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden.
§ 22 Nr. 6 „Eröffnungstermin“	<i>Den Bietern können die Namen der Bieter und die Endbeträge der Angebote sowie die Zahl ihrer Änderungsvorschläge und Nebenangebote mitgeteilt werden.</i>
§ 24 Nr. 1 Abs. 1 „Verhandlungen mit Bietern“	Nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung darf der Auftraggeber mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.
§ 24 Nr. 3 „Verhandlungen mit Bietern“	<i>Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn sie bei Nebenangeboten, Änderungsvorschlägen oder Angeboten auf Grund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.</i>
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 e) „Wertung der Angebote“	<i>(Ausgeschlossen werden:) Änderungsvorschläge und Nebenangebote, soweit der Auftraggeber dies nach § 17 Nr. 4 Absatz 3 erklärt hat.</i>
§ 25 Nr. 3 „Wertung der Angebote“	Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung gewünscht oder ausdrücklich zugelassen hat, sind ebenso zu werten wie die Hauptangebote. Sonstige Änderungsvorschläge und Nebenangebote können berücksichtigt werden.

6. VOB – Ausgabe 1973 – Ergänzungsband 1976

(keine Änderungen in der VOB/A – lediglich Aktualisierung der VOB/C)

7. VOB/A – Ausgabe 1979

Regelung	Inhalt
§ 9 Nr. 9 „Leistungsbeschreibung“	Für Änderungsvorschläge und Nebenangebote gilt § 17 Nr. 4 Absatz 3.
§ 17 Nr. 4 Abs. 1 „Bekanntmachung“	Die Verdingungsunterlagen sind den Bewerbern mit einem Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) zu übergeben, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluß zur Abgabe eines Angebots notwendig sind, namentlich über (...) I) Änderungsvorschläge und Nebenangebote (vgl. Absatz 3)
§ 17 Nr. 4 Abs. 3 „Bekanntmachung“	Wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht, ausdrücklich zulassen oder ausschließen will, so ist dies anzugeben; ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vorschriften oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind von ihm im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.
§ 21 Nr. 2 „Inhalt der Angebote“	Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.
§ 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 „Eröffnungstermin“	Es wird bekanntgegeben, ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden.
§ 22 Nr. 6 „Eröffnungstermin“	Den Bietern können die Namen der Bieter und die Endbeträge der Angebote sowie die Zahl ihrer Änderungsvorschläge und Nebenangebote mitgeteilt werden.
§ 24 Nr. 1 Abs. 1 „Verhandlungen mit Bietern“	Nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung darf der Auftraggeber mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.
§ 24 Nr. 3 „Verhandlungen mit Bietern“	Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn sie bei Nebenangeboten, Änderungsvorschlägen oder Angeboten auf Grund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 e) „Wertung der Angebote“	(Ausgeschlossen werden:) Änderungsvorschläge und Nebenangebote, soweit der Auftraggeber dies nach § 17 Nr. 4 Absatz 3 erklärt hat.

§ 25 Nr. 3 „Wertung der Angebote“	Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung gewünscht oder ausdrücklich zugelassen hat, sind ebenso zu werten wie die Hauptangebote. Sonstige Änderungsvorschläge und Nebenangebote können berücksichtigt werden.
--------------------------------------	---

8. VOB/A – Ausgabe 1988

Regelung	Inhalt
§ 9 Nr. 9 „Leistungsbeschreibung“	Für Änderungsvorschläge und Nebenangebote gilt § 17 Nr. 4 Absatz 3.
§ 17 Nr. 4 Abs. 1 „Bekanntmachung“	Die Verdingungsunterlagen sind den Bewerbern mit einem Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) zu übergeben, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluß zur Abgabe eines Angebots notwendig sind, namentlich über (...) I) Änderungsvorschläge und Nebenangebote (vgl. Absatz 3)
§ 17 Nr. 4 Abs. 3 „Bekanntmachung“	Wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht, ausdrücklich zulassen oder ausschließen will, so ist dies anzugeben; ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind von ihm im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.
§ 21 Nr. 2 „Inhalt der Angebote“	Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.
§ 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 „Eröffnungstermin“	Es wird bekanntgegeben, ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden.
§ 22 Nr. 6 „Eröffnungstermin“	Den Bietern können die Namen der Bieter und die Endbeträge der Angebote sowie die Zahl ihrer Änderungsvorschläge und Nebenangebote mitgeteilt werden.
§ 24 Nr. 1 Abs. 1 „Verhandlungen mit Bietern“	Nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung darf der Auftraggeber mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.
§ 24 Nr. 3 „Verhandlungen mit Bietern“	Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn sie bei Nebenangeboten, Änderungsvorschlägen oder An-

	gebieten auf Grund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d) „Wertung der Angebote“	(Ausgeschlossen werden:) Änderungsvorschläge und Nebenangebote, soweit der Auftraggeber dies nach § 17 Nr. 4 Absatz 3 erklärt hat.
§ 25 Nr. 3 „Wertung der Angebote“	Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung gewünscht oder ausdrücklich zugelassen hat, sind ebenso zu werten wie die Hauptangebote. Sonstige Änderungsvorschläge und Nebenangebote können berücksichtigt werden.

9. VOB/A – Ausgabe 1988 – Ergänzungsband 1990 I

(keine Änderungen in der VOB/A, lediglich Aktualisierung VOB/C)

10. VOB/A – Ausgabe 1988 – Ergänzungsband 1990 II

Regelung	Inhalt
§ 10 Nr. 5 Abs. 2 „Vergabeunterlagen“	(§ 10 Nr. 5 Abs. 1: Für die Versendung der Verdingungsunterlagen (A § 17 Nr. 3) ist ein Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) zu verfassen, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluß zur Abgabe eines Angebots notwendig sind.) In dem Anschreiben sind insbesondere anzugeben: (...) l) Änderungsvorschläge und Nebenangebote (vgl. Absatz 4)
§ 10 Nr. 5 Abs. 4 „Vergabeunterlagen“	Wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will, so ist dies anzugeben; ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Von Bietern, die eine Leistung anbieten, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.
§ 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u) „Bekanntmachung, Aufforderung zur Angebotsabgabe“	(bei öffentlichen Ausschreibungen) Diese Bekanntmachungen sollen mindestens folgende Angaben enthalten: u) gegebenenfalls Nichtzulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten
§ 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. q) „Bekanntmachung, Aufforderung zur Angebotsabgabe“	(bei beschränkten Ausschreibungen mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb)

derung zur Angebotsabgabe“	Diese Bekanntmachungen sollen mindestens folgende Angaben enthalten: q) gegebenenfalls Nichtzulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten
§ 21 Nr. 2 „Inhalt der Angebote“	Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.
§ 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 „Eröffnungstermin“	Es wird bekanntgegeben, ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden.
§ 22 Nr. 6 S. 1 „Eröffnungstermin“	Den Bietern können die Namen der Bieter und die Endbeträge der Angebote sowie die Zahl ihrer Änderungsvorschläge und Nebenangebote mitgeteilt werden.
§ 24 Nr. 1 Abs. 1 „Verhandlungen mit Bietern“	Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.
§ 24 Nr. 3 „Verhandlungen mit Bietern“	Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn sie bei Nebenangeboten, Änderungsvorschlägen oder Angeboten auf Grund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d) „Wertung der Angebote“	(Ausgeschlossen werden:) Änderungsvorschläge und Nebenangebote, soweit der Auftraggeber dies nach A § 10 Nr. 5 Absatz 4 erklärt hat.
§ 25 Nr. 3 „Wertung der Angebote“	Änderungsvorschläge und Nebenangebote sind zu werten, es sei denn, der Auftraggeber hat sie in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen.

11. VOB/A – Ausgabe 1992

Regelung	Inhalt
§ 10 Nr. 5 Abs. 2 „Vergabeunterlagen“	(§ 10 Nr. 5 Abs. 1: Für die Versendung der Verdingungsunterlagen (§ 17 Nr. 3) ist ein Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) zu verfassen, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluß zur Abgabe eines Angebots notwendig sind.) In dem Anschreiben sind insbesondere anzugeben: (...) l) Änderungsvorschläge und Nebenangebote (vgl. Absatz 4)

§ 10 Nr. 5 Abs. 4 „Vergabeunterlagen“	Wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will, so ist dies anzugeben; ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Von Bietern, die eine Leistung anbieten, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.
§ 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u) „Bekanntmachung, Aufforderung zur Angebotsabgabe“	(bei öffentlichen Ausschreibungen) Diese Bekanntmachungen sollen mindestens folgende Angaben enthalten: u) ggf. Nichtzulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten
§ 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. q)	(bei beschränkten Ausschreibungen nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb) Diese Bekanntmachungen sollen mindestens folgende Angaben enthalten: q) ggf. Nichtzulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten
§ 21 Nr. 3 „Inhalt der Angebote“	Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.
§ 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 „Eröffnungstermin“	Es wird bekanntgegeben, ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden.
§ 22 Nr. 7 S. 1 „Eröffnungstermin“	Den Bietern können die Namen der Bieter und die Endbeträge der Angebote sowie die Zahl ihrer Änderungsvorschläge und Nebenangebote mitgeteilt werden.
§ 24 Nr. 1 Abs. 1 „Verhandlungen mit Bietern“	Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine <i>Eignung, insbesondere seine</i> technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.
§ 24 Nr. 3 „Verhandlungen mit Bietern“	Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn sie bei Nebenangeboten, Änderungsvorschlägen oder Angeboten auf Grund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d) „Wertung der Angebote“	(Ausgeschlossen werden:) Änderungsvorschläge und Nebenangebote, <i>wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erklärt hat, daß er diese nicht zulässt.</i>
§ 25 Nr. 5	Änderungsvorschläge und Nebenangebote sind zu wer-

„Wertung der Angebote“	ten, es sei denn, der Auftraggeber hat sie in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen.
------------------------	--

12. VOB/A – Ausgabe 1992 – Ergänzungsband 1996

(keine Änderungen in der VOB/A)

13. VOB/A – Ausgabe 1992 – Ergänzungsband 1998

(keine Änderungen in der VOB/A)

14. VOB/A – Ausgabe 2000

Regelung	Inhalt
§ 10 Nr. 5 Abs. 2 „Vergabeunterlagen“	(§ 10 Nr. 5 Abs. 1: Für die Versendung der Verdingungsunterlagen (§ 17 Nr. 3) ist ein Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) zu verfassen, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluss zur Abgabe eines Angebots notwendig sind.) In dem Anschreiben sind insbesondere anzugeben: (...) n) Änderungsvorschläge und Nebenangebote (vgl. Absatz 4)
§ 10 Nr. 5 Abs. 4 „Vergabeunterlagen“	Wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will, so ist dies anzugeben; ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Von Bietern, die eine Leistung anbieten, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.
§ 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u) „Bekanntmachung, Ver- sand der Vergabeunterlagen“	(bei öffentlichen Ausschreibungen) Diese Bekanntmachungen sollen mindestens folgende Angaben enthalten: u) ggf. Nichtzulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten
§ 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. q) „Bekanntmachung, Ver- sand der Vergabeunterlagen“	(bei beschränkten Ausschreibungen nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb) Diese Bekanntmachungen sollen mindestens folgende Angaben enthalten: q) gegebenenfalls Nichtzulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten
§ 21 Nr. 3 „Form und Inhalt der Angebote“	<i>Die Anzahl von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen ist an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Et-</i>

	waige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.
§ 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 „Eröffnungstermin“	Es wird bekannt gegeben, ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden.
§ 22 Nr. 7 S. 1 „Eröffnungstermin“	Den Bietern können die Namen der Bieter <i>sowie die verlesenen und die nachgerechneten</i> Endbeträge der Angebote sowie die Zahl ihrer Änderungsvorschläge und Nebenangebote <i>nach der rechnerischen Prüfung</i> mitgeteilt werden. <i>Nach Antragstellung hat dies unverzüglich zu erfolgen.</i>
§ 24 Nr. 1 Abs. 1 „Aufklärung des Angebotsinhalts“	Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.
§ 24 Nr. 3 „Aufklärung des Angebotsinhalts“	Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn sie bei Nebenangeboten, Änderungsvorschlägen oder Angeboten auf Grund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d) „Wertung der Angebote“	(Ausgeschlossen werden:) Änderungsvorschläge und Nebenangebote, wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erklärt hat, dass er diese nicht zulässt.
§ 25 Nr. 5 „Wertung der Angebote“	Änderungsvorschläge und Nebenangebote sind zu werten, es sei denn, der Auftraggeber hat sie in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen.

15. VOB/A – Ausgabe 2002

Regelung	Inhalt
§ 10 Nr. 5 Abs. 2 „Vergabeunterlagen“	(§ 10 Nr. 5 Abs. 1: Für die Versendung der Verdingungsunterlagen (§ 17 Nr. 3) ist ein Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) zu verfassen, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluss zur Abgabe eines Angebots notwendig sind.) In dem Anschreiben sind insbesondere anzugeben: (...)

	n) Änderungsvorschläge und Nebenangebote (vgl. Absatz 4)
§ 10 Nr. 5 Abs. 4 „Vergabeunterlagen“	Wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will, so ist dies anzugeben; ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Von Bietern, die eine Leistung anbieten, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.
§ 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u) „Bekanntmachung, Aufforderung zur Angebotsabgabe“	(bei öffentlichen Ausschreibungen) Diese Bekanntmachungen sollen folgende Angaben enthalten: u) gegebenenfalls Nichtzulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten
§ 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. q)	(bei beschränkten Ausschreibungen nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb) Diese Bekanntmachungen sollen folgende Angaben enthalten: q) ggf. Nichtzulassung von Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten
§ 21 Nr. 3 „Form und Inhalt der Angebote“	Die Anzahl von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen ist an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.
§ 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 „Eröffnungstermin“	Es wird bekannt gegeben, ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden.
§ 22 Nr. 7 S. 1 „Eröffnungstermin“	Den Bietern können die Namen der Bieter <i>sowie die</i> verlesenen und die nachgerechneten Endbeträge der Angebote sowie die Zahl ihrer Änderungsvorschläge und Nebenangebote nach der rechnerischen Prüfung mitgeteilt werden. Nach Antragstellung hat dies unverzüglich zu erfolgen.
§ 24 Nr. 1 Abs. 1 „Aufklärung des Angebotsinhalts“	Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.
§ 24 Nr. 3 „Aufklärung des Angebotsinhalts“	Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn sie bei Nebenangeboten, Änderungsvorschlägen oder Angeboten auf Grund eines Leistungsprogramms nötig

	sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d) „Wertung der Angebote“	(Ausgeschlossen werden:) Änderungsvorschläge und Nebenangebote, wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erklärt hat, dass er diese nicht zulässt.
§ 25 Nr. 5 „Wertung der Angebote“	Änderungsvorschläge und Nebenangebote sind zu werten, es sei denn, der Auftraggeber hat sie in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen.

16. VOB-Ausgabe 2002 – Ergänzungsband 2005

(keine Änderungen in der VOB/A)

17. VOB/A Ausgabe 2006

Regelung	Inhalt
§ 10 Nr. 5 Abs. 2 „Vergabeunterlagen“	(§ 10 Nr. 5 Abs. 1: Für die Versendung der Verdingungsunterlagen (§ 17 Nr. 3) ist ein Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) zu verfassen, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluss zur Abgabe eines Angebots notwendig sind.) In dem Anschreiben sind insbesondere anzugeben: (...) <i>n) Nebenangebote</i> (vgl. Absatz 4)
§ 10 Nr. 5 Abs. 4 „Vergabeunterlagen“	Wenn der Auftraggeber <i>Nebenangebote</i> wünscht oder nicht zulassen will, so ist dies anzugeben; ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen werden. Von Bietern, die eine Leistung anbieten, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.
§ 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u) „Bekanntmachung, Aufforderung zur Angebotsabgabe“	(bei öffentlichen Ausschreibungen) Diese Bekanntmachungen sollen folgende Angaben enthalten: <i>u) gegebenenfalls Nichtzulassung von Nebenangeboten</i>
§ 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. q)	(bei beschränkten Ausschreibungen nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb) Diese Bekanntmachungen sollen folgende Angaben enthalten: <i>q) ggf. Nichtzulassung von Nebenangeboten</i>
§ 21 Nr. 3 „Form und Inhalt der Angebote“	Die Anzahl von <i>Nebenangeboten</i> ist an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Etwaige <i>Nebenangebote</i> müssen auf

	besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.
§ 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 „Eröffnungstermin“	Es wird bekannt gegeben, ob und von wem <i>Nebenangebote</i> eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden.
§ 22 Nr. 7 S. 1 „Eröffnungstermin“	Den Bietern können die Namen der Bieter sowie die verlesenen und die nachgerechneten Endbeträge der Angebote sowie die Zahl ihrer <i>Nebenangebote</i> nach der rechnerischen Prüfung mitgeteilt werden. Nach Antragstellung hat dies unverzüglich zu erfolgen.
§ 24 Nr. 1 Abs. 1 „Aufklärung des Angebotsinhalts“	Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige <i>Nebenangebote</i> , die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten.
§ 24 Nr. 3 „Aufklärung des Angebotsinhalts“	Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft, außer wenn sie bei <i>Nebenangeboten</i> oder Angeboten auf Grund eines Leistungsprogramms nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.
§ 25 Nr. 1 Abs. 1 d) „Wertung der Angebote“	(Ausgeschlossen werden:) <i>Nebenangebote</i> , wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erklärt hat, dass er diese nicht zulässt.
§ 25 Nr. 5 „Wertung der Angebote“	<i>Nebenangebote</i> sind zu werten, es sei denn, der Auftraggeber hat sie in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen.

Im Ergebnis haben sich mit der **Neuausgabe der VOB 2006** materiell keine Änderungen in Bezug auf Nebenangebote ergeben. In formeller Hinsicht erfolgte eine **Klarstellung**, die eine bis dahin auf dogmatischer Ebene geführte Abgrenzungsdiskussion wesentlich beeinflusst: In jeder Regelung, in der bis einschließlich zur Ausgabe 2002 der VOB die Begriffe „Änderungsvorschläge und Nebenangebote“ bzw. „Änderungsvorschläge oder Nebenangebote“ verwendet worden waren, steht nun mit der Neuausgabe 2006 **nur mehr der Begriff „Nebenangebot(e)“**. Damit ist vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen als „Normgeber“ der VOB/A her eindeutig klargestellt, dass jedenfalls im Rahmen der rechtlichen Behandlung und der Rechtsfolgen keine Unterscheidung zwischen einem „Änderungsvorschlag“ einerseits und dem „Nebenangebot“ andererseits vorzunehmen ist. Vielmehr erfolgt eine Gleichstellung in der Weise, dass nur mehr der Begriff „Nebenangebot“ Verwendung findet, inhaltlich aber nach wie vor alle bisher darunter verstandenen Angebotsformen gemeint sind. Durch diese Neuerung wird die Diskussion um die Abgrenzung der Begriffe „Änderungsvorschlag“ und „Nebenangebot“ endgültig auf

eine rein akademische Ebene verlegt. Praktische Auswirkungen bzw. unterschiedliche Rechtsfolgen sind durch die Einordnung angesichts der Regelung in der VOB/A 2006, wie bereits zeitlich vorher, nicht verbunden. Der Vergabe- und Vertragsausschuss hat diese Tatsache nun mit der redaktionellen Klarstellung untermauert.

III. Vergleich der Regelungen in der VOB Teil A zum Nebenangebot 1926 und 2006

Ein Vergleich der Regelungen aus dem Jahr 1926 mit der aktuellen Ausgabe der VOB Teil A zeigt, dass sich die **Rolle und Systematik der Bestimmungen zum Nebenangebot in den vergangenen 80 Jahren seit der Erstausgabe nicht grundlegend verändert** haben. Überwiegend ergaben sich nur redaktionelle Änderungen. Bereits die Erstausgabe der VOB Teil A aus dem Jahr 1926 enthielt auch Regelungen bezüglich der Problematik des Nebenangebots. Eine Legaldefinition des Begriffs war auch in der Ausgabe aus dem Jahr 1926 nicht enthalten. Während in der Ausgabe 2006 der VOB/A nur mehr der Begriff „Nebenangebot“ alleine verwendet wird und bis zur Ausgabe 2006 jeweils ausschließlich in Verbindung mit dem Begriff „Änderungsvorschläge“ gebraucht wurde, stand in der „Ur-VOB/A“ in § 9 Nr. 8 der Begriff „Nebenangebot“ alleine und wurde bei den übrigen Regelungen jeweils gemeinsam mit dem Begriff „Abänderungsvorschlag“ verwendet. Letzterer Begriff wiederum steht in § 25 Nr. 1 VOB/A 1926 alleine. In der kommentierenden Literatur zur Ausgabe 1926 der VOB/A werden beide Begriffe synonym ohne jegliche Unterscheidung nebeneinander verwendet.²¹³ Bereits ab der zweiten Ausgabe der VOB Teil A aus dem Jahr 1952 steht statt dem ursprünglichen Begriff „Abänderungsvorschlag“ der Terminus „Änderungsvorschlag“.

In Abschnitt II, „Unterlagen der Vergebung“, regelt § 9 („Die geforderte Leistung“) Nr. 8 VOB/A 1926: *„Nebenangebote zur Auswahl unter verschiedenen Ausführungsmöglichkeiten sind nur dann zu fordern, wenn es aus wichtigen Gründen geboten ist.“* Dies deutet nicht etwa darauf hin, dass die VOB damit Nebenangebote bewusst als Ausnahmefall wünschte. Diese Regelung betraf nicht die Zulässigkeit von Nebenangeboten, sondern die Frage, wann der Auftraggeber solche ausdrücklich *fordern* konnte. Es war damit zu unterscheiden zwischen Nebenangeboten, die der Auftraggeber gewünscht oder ausdrücklich zugelassen hatte, und solchen, die der Bieter von sich aus abgeben wollte, etwa indem er eine vorteilhaftere Ausführungsweise vorschlug und dadurch den Zuschlag zu erhalten hoffte. Gegenstand der Regelung in Ziffer 8 waren nur Nebenangebote, die der Auftraggeber bei der Ausschreibung ausdrücklich *gefordert* hatte. Die Folge war, dass er Bewerbungen von Bietern, die nur Hauptangebote enthalten hatten und nicht auch die ausdrücklich konkret geforderten

²¹³ Hereth/Ludwig/Naschold, Band I, §§ A 9, Ez. 77ff; A 21, Ez. 8ff; A 25, Ez. 7; es handelt sich hierbei um eine Kommentierung der VOB in der Fassung aus dem Jahr 1952; im Folgenden sind jeweils die den Regelungen der VOB/A 1926 entsprechenden Stellen herangezogen;

Nebenangebote, von der Wertung als nicht bedingungsgemäß ausschließen konnte. § 9 Nr. 8 VOB/A 1926 regelte deshalb, dass der Auftraggeber Nebenangebote nur dann ausdrücklich fordern und dem nicht entsprechende Angebote in Folge dessen ausschließen durfte, wenn wichtige Gründe dafür vorlagen. Nebenangebote, die der Bieter von sich aus abzugeben wünschte, waren durch die Regelung nicht betroffen.²¹⁴

Eine der Erstausgabe der VOB Teil A exakt entsprechende Regelung ist in der aktuellen Version der VOB/A nicht mehr enthalten. § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A 2006 gibt lediglich vor, dass es der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen anzugeben hat, wenn er Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will oder wenn er Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausschließen möchte. Er kann demnach vor Durchführung des Vergabeverfahrens frei entscheiden, ob er Nebenangebote erhalten möchte oder nicht. Selbst wenn der Auftraggeber Nebenangebote ausdrücklich wünscht und zulässt, hat er damit nach dem Wortlaut der VOB/A keine Möglichkeit, einen Bieter von der Wertung auszuschließen, wenn dieser auf eine solche Ausschreibung nur ein Haupt-, jedoch kein Nebenangebot abgibt. Nach nicht unumstrittener herrschender Meinung in der Literatur kann ein Auftraggeber einen Bieter in einem Vergabeverfahren auf diese Weise nicht zwingen, ein Nebenangebot abzugeben.²¹⁵ Die gegenteilige Meinung erscheint auf Grund des aktuellen ausdrücklichen Wortlauts der Bestimmung in § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A aber kaum vertretbar. Auf diese Frage wird später noch näher einzugehen sein.

Die Terminologie in den ersten Ausgaben der VOB Teil A²¹⁶ verwenden Teile der Literatur als Hilfsmittel auch zur Abgrenzung der beiden Begriffe „Nebenangebot“ und „Änderungsvorschlag“. Wie oben dargestellt, sah § 9 Nr. 8 VOB/A bis einschließlich deren Ausgabe 1958 auch die Ausschreibung von Nebenangeboten „zur Auswahl unter verschiedenen Ausführungsmöglichkeiten“ vor. *Von Rintelen*²¹⁷ etwa sieht in der Textentwicklung der VOB/A die Bestätigung dafür, dass diese Abgrenzung nur an Hand materieller Kriterien erfolgen könne und nicht formell in der Weise, dass es sich um Nebenangebote handeln müsse, wenn der Bieter nicht zugleich ein Hauptangebot abgebe und Änderungsvorschläge dann vorliegen, wenn sie zusätzlich zu einem Hauptangebot eingereicht werden. Der Begriff des Nebenangebots habe in den ersten Ausgaben der VOB/A damit eine wesentliche Abänderung der ausge-

²¹⁴ *Hereth/Ludwig/Naschold*, Band I, § A 9, Ez. 77ff; die Regelung in § 9 Nr. 8 VOB/A ist in den Fassungen der VOB/A von 1926 und 1952 insoweit unverändert;

²¹⁵ *Daub/Piel/Soergel*, Ziff A 17.107; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn. 58; a.A.: *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 135; VÜA Bund, Beschluss vom 19.11.1998, Az. 1 VÜ 11/98, der aber im Ergebnis einen Zwang zur Abgabe von Nebenangeboten ebenso nur ausnahmsweise für den Fall als zulässig erachtete, dass besondere Gründe vorliegen;

²¹⁶ Entgegen *von Rintelen* in: *Kapellmann/Messerschmidt*, a.a.O., nicht nur in der Ausgabe 1926 und in der Fassung von 1952, sondern auch in der Ausgabe 1958;

²¹⁷ In: *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn. 53 f.;

schriebenen Leistung betroffen, während der „Änderungsvorschlag“ grundsätzlich das Gegenstück zur Alternativposition darstelle und also nur begrenzte Teile betreffe. Der Beurteilung der Abgrenzung kann zwar im Ergebnis gefolgt werden. Die historische Regelung des § 9 Nr. 8 VOB/A zur Begründung heranzuziehen, erscheint aber ebenso wenig nötig wie hilfreich. Zum einen ist nicht auszuschließen, dass der Vergütungsausschuss nach Wegfall des § 9 Nr. 8 VOB/A eine ausdrückliche Neuorientierung der Begrifflichkeit vorgenommen hat. Zum anderen erscheinen die aus der ursprünglichen Verwendung der Begriffe gezogenen Schlüsse zwar denkbar, aber nicht zwingend. Seit der Ausgabe 2006 ist die Unterscheidung auch formell obsolet, nachdem die VOB/A nur mehr den Begriff „Nebenangebot“ verwendet.

In Abschnitt IV regelt die VOB/A aus dem Jahr 1926 in § 22 Nr. 2 („Inhalt des Angebots“): *„Abänderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen gegebenenfalls auf besonderer Anlage gemacht werden.“* Dies sieht heute unverändert § 21 Nr. 3 Satz 2 der VOB Teil A in der Fassung von 2006 so vor.

§ 23 Nr. 3 VOB/A 1926, der sich mit der Öffnung der Angebote befasst, findet sich in der aktuellen Ausgabe der VOB Teil A 2006 mit identischem Regelungsgehalt in § 22 Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 wieder.

Verändert hat sich der Regelungsgehalt der ursprünglichen Bestimmung des § 24 Nr. 2 VOB/A 1926. Fristgemäß abgegebene Nebenangebote und Änderungsvorschläge *konnte* der Auftraggeber demnach berücksichtigen („*können*“). Bei der Ausschreibung ausdrücklich zugelassene oder gewünschte Nebenangebote *musste* der Auftraggeber werten („*sind ... zu werten*“). Hatte sich der Auftraggeber in den Vergütungsunterlagen nicht geäußert, ob er Nebenangebote zulassen wollte oder nicht, hatte er noch im Rahmen der Wertung die Entscheidungsfreiheit, ob er dennoch abgegebene Nebenangebote berücksichtigte oder nicht. Der Inhalt entspricht nur teilweise dem aktuellen § 25 Nr. 5 VOB/A aus Ausgabe 2006. Unverändert ist der Auftraggeber verpflichtet, eingereichte Nebenangebote zu werten, wenn er sie in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zugelassen hat. Anders geregelt ist aktuell aber der Fall, wenn der Auftraggeber Nebenangebote ausweislich der Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich gewünscht beziehungsweise zugelassen hat. Im Umkehrschluss ist § 25 Nr. 5 Satz 1 VOB/A 2006 zu entnehmen, dass nur dann Nebenangebote nicht verpflichtend zu werten sind, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich in den Vergabeunterlagen *nicht* zugelassen hat. Schweigt der Auftraggeber somit in den Ausschreibungsunterlagen zu der Frage der Zulassung, muss er dennoch eingereichte Nebenangebote trotzdem werten.²¹⁸ Nach § 24 Nr. 2 bestand eine Wertungsverpflichtung für diesen Fall in Ausgabe 1926 der VOB Teil A noch nicht. Die Entscheidung war diesbezüglich dem Auftraggeber freigestellt.

²¹⁸ Kapellmann/Messerschmidt, § 10 VOB/A, Rdn. 60;

Faktisch identisch blieb die Regelung des § 25 Nr. 1 VOB/A 1926, die sich jetzt in § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A 2006 wiederfindet. Lediglich die Terminologie veränderte sich vom ursprünglich gebrauchten Begriff des „Abänderungsvorschlags“ in „Änderungsvorschläge und Nebenangebote“.

C) Rechtliche Grundlagen zum Nebenangebot

I. Supranationale Regelungen (EU-Recht)

Das Vergaberecht ist erheblich geprägt durch europarechtliche Vorgaben, insbesondere in den Bereichen über dem Schwellenwert nach § 2 VgV²¹⁹, in dem die nationalen Regelungen, die aus den europäischen Richtlinien entstanden, zwingend anzuwenden sind, etwa das GWB und der 2. Abschnitt der VOB/A.²²⁰ Das Bauwesen hat im Bereich des europäischen Binnenmarkts eine erhebliche Bedeutung. Mehr als die Hälfte des öffentlichen Auftragswesens in der Europäischen Gemeinschaft entfällt durchschnittlich auf den Baubereich.²²¹

Für das öffentliche Vergabewesen in der EU bildet zunächst der Gemeinschaftsvertrag (EG-Vertrag) die rechtliche Grundlage. Der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr (Art. 28, 43, 49 EGV), die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 EGV) und insbesondere das Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV) prägen entscheidend das Vergabewesen auch im Baubereich. Aus ihnen haben sich zahlreiche Richtlinien ergeben, die die Mitgliedsstaaten verpflichten, europäische Vorgaben in nationales Recht umzusetzen und so für eine Angleichung und Harmonisierung der Vergaberechtsregeln innerhalb des Gemeinschaftsgebiets sorgen.²²² Bereits in den 70-er Jahren erließ der Rat der Europäischen Gemeinschaft die ersten Richtlinien zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge.²²³ Aus ihr haben sich zahlreiche weitere Richtlinien für den Bereich der Vergabe entwickelt. Von praktischer Bedeutung sind insbesondere die

- **Richtlinie 2004/17/EG** des Europäischen Parlaments und des Rats vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (**Sektorenrichtlinie**)

²¹⁹ Für die Vergabe von Bauleistungen: 5.278.000,- EUR, anders bei losweiser Vergabe;

²²⁰ *Prieß/Hausmann/Kulartz*, A.I.1, Ziff. 3 ff.; *Byok/Jaeger*, Rdn. 15 ff.; *Korbion*, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 97, Rdn. 1 ff.; *Lampe-Helbig/Wörmann*, Ziff. I 2, S. 2; *Winkler/Fröhlich*, VOB Teil A, S. 1 f.; S. 49 ff.; *Herig*, Teil A, Einführung, Rdn. 4 ff.;

²²¹ *Däubler-Gmelin*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1997, 709;

²²² *Byok/Jaeger*, Einführung, Rdn. 15;

²²³ Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26.07.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABIEG L 185/5 vom 16.08.1971;

- **Richtlinie 2004/18/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (**Vergabekoordinierungsrichtlinie**)

sowie als ihre Vorgänger die **Baukoordinierungsrichtlinie** (Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge) und die **Sektorenrichtlinie** (Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor). Im Bereich der unmittelbar in den Mitgliedsstaaten der EU anzuwendenden Verordnungen hat unter anderem die Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 der Kommission vom 7. September 2005 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge praktische Bedeutung.

In den oben aufgeführten Richtlinien finden sich auch **Vorgaben zum Nebenangebot im Bauwesen**. Zentrale Regelung war zunächst **Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG**, auf der auch die „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH²²⁴ fußt:

Art. 19 der Richtlinie 93/97/EWG

(1) Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden sollen, können die Auftraggeber von Bietern vorgelegte Änderungsvorschläge berücksichtigen, wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber erläutern in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, und bezeichnen, in welcher Art und Weise sie eingereicht werden können. Sie geben in der Bekanntmachung an, ob Änderungsvorschläge nicht zugelassen werden.

(3) Die öffentlichen Auftraggeber dürfen einen vorgelegten Änderungsvorschlag nicht allein deshalb zurückweisen, weil darin technische Spezifikationen verwendet werden, die unter Bezugnahme auf einzelstaatliche Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden, auf europäische technische Zulassungen oder auf gemeinsame technische Spezifikationen im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 oder aber auf einzelstaatliche technische Spezifikationen im Sinne von Artikel 10 Absatz 5 Buchstaben a) und b) festgelegt wurden.

²²⁴ Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-421/01; NZBau 2004, 279 = IBR 2003, 683 = VergabeR 2004, 50 = ZfBR 2004, 85; ausführlich dazu siehe Teil 4;

Die Norm gibt die grundsätzliche Möglichkeit für den Auftraggeber vor, bei Bauaufträgen, die nach dem Wirtschaftlichkeitsprinzip (das in Deutschland durch § 97 Abs. 5 GWB umgesetzt wurde, wonach der Zuschlag grundsätzlich auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist) vergeben werden, Nebenangebote zu berücksichtigen, ohne bereits Näheres zum Verfahren oder zu Einzelheiten zu regeln. Abs. 2 schreibt unter anderem die Verpflichtung des Auftraggebers fest, Mindestanforderungen für Nebenangebote nicht nur zu nennen, sondern zu erläutern.

Nunmehr regelt Art. 24 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG die Handhabung von Nebenangeboten im Vergabeverfahren, die dort nicht mehr als solche, sondern als „Varianten“ bezeichnet werden.

Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG, Varianten

(1) Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, können die öffentlichen Auftraggeber es zulassen, dass die Bieter Varianten vorlegen.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung an, ob Varianten zulässig sind; fehlt eine entsprechende Angabe, so sind keine Varianten zugelassen.

(3) Lassen die öffentlichen Auftraggeber Varianten zu, so nennen sie in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen, und geben an, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind.

(4) Die öffentlichen Auftraggeber berücksichtigen nur Varianten, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen.

Bei den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- oder Dienstleistungsaufträge dürfen öffentliche Auftraggeber, die Varianten zugelassen haben, eine Variante nicht allein deshalb zurückweisen, weil sie, wenn sie den Zuschlag erhalten sollte, entweder zu einem Dienstleistungsauftrag anstatt zu einem öffentlichen Lieferauftrag bzw. zu einem Lieferauftrag anstatt zu einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag führen würde.

Art. 24 Abs. 1 enthält wiederum die grundsätzliche Möglichkeit für Auftraggeber, Varianten zuzulassen. In Abs. 2 hat sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis nunmehr umgekehrt: Entgegen der Vorläuferregelung in Art. 19 Abs. 2 S. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie sind nunmehr Nebenangebote grundsätzlich unzulässig, wenn der Auftraggeber nicht ausdrücklich Gegenteiliges in der Vergabebekanntmachung erklärt. Abs. 3 verpflichtet den Auftraggeber jetzt, Mindestanforderungen für Nebenangebote zu nennen. Die ausdrückliche Vorgabe, diese auch zu erläutern, ist nun nicht mehr enthalten.

Nachdem die EU-Richtlinien nicht unmittelbar in den Mitgliedsstaaten gelten, sondern in nationales Recht umzuformen sind (Art. 249 EGV), ist für die praktische

Handhabung entscheidend, in welcher Weise die EU-Vorgaben sich in nationalen Regelungen wieder finden. Entsprechend der Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, die EU-Richtlinien in nationales Recht zu überführen, folgte die Bundesrepublik Deutschland Ende der 80-er und Anfang der 90-er Jahre zunächst der so genannten „haushaltsrechtlichen Lösung“²²⁵ und arbeitete die EU-Vorgaben in das Haushaltsgrundsatzgesetz (HGrG) ein. Auf dieser Basis wurde 1994 erstmals die Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge („Vergabeverordnung“, VgV) erlassen, die wiederum auf die für Bauaufträge einschlägige VOB/A verwies.²²⁶ Auf Grund der Kritik der Europäischen Kommission ging der deutsche Gesetzgeber für Aufträge ab den Schwellenwerten zur so genannten „kartellrechtlichen Lösung“ über und setzte im Rahmen des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG) zum 01.01.1999 die Vorgaben der EU-Richtlinien in den vierten Teil des **Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§ 97 ff. GWB)** um.²²⁷

Die Vorgaben der Bau- und der Vergabekoordinierungsrichtlinie finden sich national nach wie vor „untergesetzlich“ in **Abschnitt 2 der VOB/A** wieder.²²⁸ Sie hat das vorrangige Ziel, unzulässige Manipulationen bei der Vergabe von Bauleistungen zu verhindern.²²⁹ Die Rechtsnatur der VOB/A wird vielfach diskutiert.²³⁰ Während sie im Rahmen der haushaltsrechtlichen Lösung als reine Verwaltungsanweisung ursprünglich nur Binnenwirkung innerhalb der Verwaltung entfaltete,²³¹ ist nun im Rahmen der kartellrechtlichen Lösung zu differenzieren. Abschnitt 1 der VOB/A ist weiterhin als Binnenrecht der Verwaltung mit allenfalls mittelbarer Außenwirkung anzusehen,²³² während Abschnitte 2 bis 4, in denen die Bestimmungen der EU-Richtlinien umgesetzt sind, als Außenrecht anzusehen sind. Auf die Diskussion, inwieweit die Überführung der europarechtlichen Vorgaben „nur“ in ein untergesetzliches Regelungs- werk wie der VOB Teil A die Anforderungen der Umsetzungsverpflichtung des Art. 249 EGV gerecht wird, soll hier nicht näher eingegangen werden. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass mit der VOB/A die europarechtlichen Regelungen national für öffentliche Auftraggeber verbindlich gelten und für private Auftraggeber zumindest (unverbindlichen) Empfehlungscharakter haben.²³³

II. BGB

Wie oben im Rahmen der Definition des Nebenangebots bereits ausgeführt, handelt es sich bei einem Nebenangebot um einen Antrag des Bieters an den Auftraggeber

²²⁵ Ausführlich dazu: *Noch*, Vergaberecht kompakt, S. 14 ff.; *Elbel*, Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1999, 235 ff.; *Lampe-Helbig/Wörmann*, S. 1;

²²⁶ *Byok/Jaeger*, Einführung, Rdn. 21f.;

²²⁷ A.a.O., Rdn. 25; *Korbion*, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. VII;

²²⁸ *Lampe-Helbig/Wörmann*, S. 4;

²²⁹ BGH, BauR 1990, 463;

²³⁰ Ausführlich dazu *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Syst. III, Rdn. 15 ff.;

²³¹ *Noch*, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 118; *Boesen*, Einleitung, Rdn. 142;

²³² BGH NJW 1998, 3636 ff; BauR 1998, 1232 ff. = ZfBR 1999, 20;

²³³ *Werner/Pastor*, Einführung zur VOB, Beck-Texte im dtv, 22. Auflage, S. XI;

auf Abschluss eines Werkvertrags in Form eines Bauvertrags im Sinne der **§§ 145 ff. BGB**. Auch für das Nebenangebot gelten damit die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches zum Antrag und dessen Annahme durch den Auftraggeber. Unter anderem sind auch die Anfechtungsvorschriften der **§§ 119 ff. BGB** anwendbar.

Praktisch kaum relevant im Bereich von Nebenangeboten im Bauwesen sind die Vorschriften der **§§ 105 ff. BGB** zur Frage, inwieweit geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Rechtspersonen wirksam eine Willenserklärung abgeben können. (Sicherlich in der Praxis untergeordnete) Bedeutung auch im hier zu behandelnden Bereich von Nebenangeboten kann theoretisch die Regelung in § 177 Abs. 2 BGB erlangen, wonach der Vertretene eine Willenserklärung eines vollmachtlosen Vertreters nachträglich genehmigen kann.

III. VOB

In der **VOB** findet das **Nebenangebot** als solches **lediglich in Teil A**, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen, explizite Erwähnung. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen in Teil B der VOB enthalten ebenso wie Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen in VOB Teil C enthalten keine ausdrücklichen Regelungen zum Nebenangebot.

1. Verhältnis der Abschnitte 1-4 in der VOB Teil A

Die **VOB Teil A** besteht aus **vier Abschnitten**. **Abschnitt 1** enthält Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen („Basisparagrafen“) und ist für alle Bauaufträge, die öffentliche Auftraggeber ausschreiben, verbindlich anzuwenden, unabhängig von der Höhe der Auftragssumme und der damit verbundenen Frage, inwieweit der Schwellenwert aus der VgV erreicht wird. Abschnitt 1 stellt damit einheitliche Regelungen auf für die Vergabe von Bauleistungen und den Abschluss von Bauverträgen auf Grund des Haushaltsrechts.²³⁴ Insoweit wird bis heute zum Teil noch vertreten, dass die Vorschriften des Abschnitts 1 keine Außenwirkung entfalten, sondern lediglich verwaltungsinterne Vorgaben bilden.²³⁵ Es ist aber letztlich von einer grundrechtlich begründeten und ableitbaren **Außenwirkung auch der Basisparagrafen** auszugehen.²³⁶ Damit sind die Bundesrepublik Deutschland, die Länder, die Gemeinden²³⁷ und Landkreise und alle weitere Gebietskörperschaften, die bundes-, landes- und gemeindeunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen

²³⁴ *Kapellmann/Messerschmidt*, Einleitung VOB/A, Rdn. 12;

²³⁵ BGH NJW 1992, 827; VGH Baden-Württemberg, DÖV 1999, 79 (Entscheidung zu § 31 BadWürttGemHVO); *Lampe-Helbig/Wörmann*, Rdn. 410;

²³⁶ Ausführlich zur Diskussion und zur Begründung der Außenwirkung von Abschnitt 1: *Motzke/Pietzker/Prieß*, vor Abschnitt 1, Rdn. 3ff.; *Kapellmann/Messerschmidt*, Einleitung VOB/A, Rdn. 18 ff.;

²³⁷ VGH Baden-Württemberg, NJW-RR 1988, 1045;

Rechts²³⁸ und die aus solchen juristischen Personen des öffentlichen Rechts bestehenden öffentlich-rechtlichen Verbände unmittelbar zur Anwendung auch der Basisparagrafen verpflichtet. Privatrechtlich ausgestaltete Rechtspersonen der öffentlichen Hand²³⁹ oder Rechtspersonen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist, sind ebenfalls unter bestimmten Voraussetzungen zur Anwendung der VOB Teil A, Abschnitt 1, verpflichtet, wenn die Rechtsperson oder das konkrete Bauvorhaben öffentlich mitfinanziert ist.²⁴⁰

Abschnitt 2 gibt Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der Richtlinie 2004/18/EG²⁴¹ („a-Paragrafen“) vor. Die Verpflichtung zur Anwendung²⁴² hinsichtlich des sachlichen Geltungsbereichs regelt § 1a VOB/A. Demnach sind die a-Paragrafen zusätzlich zu den Basisparagrafen insbesondere durch öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Vergabe von Bauaufträgen anzuwenden, bei denen der geschätzte Gesamtauftragswert der Baumaßnahme bzw. des Bauwerks („alle Aufträge für eine bauliche Anlage“) mindestens den in § 2 Nr. 4 VgV genannten **Schwellenwert** ohne Umsatzsteuer entspricht.²⁴³ Dieser Schwellenwert für Bauleistungen liegt gemäß § 2 Nr. 4 VgV bei 5.278.000,- EUR.²⁴⁴ Bei losweiser Vergabe gelten Besonderheiten nach § 1a Abs. 2 VOB/A, § 2 Nr. 7 VgV. Der persönliche Anwendungsbereich entspricht letztlich dem des 1. Abschnitts – die Verpflichtung trifft insoweit die klassischen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB.²⁴⁵

In **Abschnitt 3 und 4** finden sich Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der Richtlinie 2004/17/EG²⁴⁶ („b-Paragrafen“) bzw. VOB/A-SKR. Gemäß § 1b VOB/A sind die Vorgaben aus Abschnitt 3 zusätzlich zu den Basisparagrafen anzuwenden von **Sektorenauftraggebern** für Bauaufträge ab den Schwellenwerten gemäß § 2 Nr. 4 VgV. Dies sind Baumaßnahmen im Bereich der Trinkwasser- und E-

²³⁸ Etwa Körperschaften, Anstalten und Stiftungen;

²³⁹ Als Beispiel seien Krankenhaus-Träger-GmbHs oder GmbHs im Rahmen der öffentlich-rechtlich zu besorgenden Abfallbeseitigung genannt;

²⁴⁰ Näher dazu *Ingenstau/Korbion*, Einleitung VOB/A, Rdn. 101;

²⁴¹ Hierbei handelt es sich um die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie) ; Amtsblatt Nr. L 134 vom 30.04.2004, S. 114ff.;

²⁴² Ausführlich dazu: *Heiermann/Riedl/Rusam*, Vorbem. zur VOB/A, Rdn. 14 ff.;

²⁴³ Nicht in die Berechnung des Schwellenwerts einbezogen werden auch die Baunebenkosten, VK Münster, Beschluss vom 15.11.2006, VK 13/06; IBR 2007, 1036;

²⁴⁴ Dieser Schwellenwert gilt seit der Vergaberechtsreform im Herbst 2006, im Zuge derer die VgV zum 01.11.2006 den europarechtlichen Vorgaben angepasst wurde; bis dahin lag der Schwellenwert bei einer Summe von 5 Mio. EUR;

²⁴⁵ *Kapellmann/Messerschmidt*, Einleitung VOB/A, Rdn. 13;

²⁴⁶ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste (sog. Sektorenrichtlinie); Amtsblatt Nr. L 134 vom 30.04.2004;

nergieversorgung sowie im Verkehrs- und Fernmeldewesen.²⁴⁷ Der sachliche Geltungsbereich der Abschnitte 3 und 4 stimmt insoweit überein. Die beiden Abschnitte unterscheiden sich insbesondere hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs: Abschnitt 3 haben Auftraggeber anzuwenden, die neben der SKR nach den allgemeinen Bestimmungen auch die VOB anzuwenden haben. Dies sind insbesondere die klassischen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB. Abschnitt 4 ist von den übrigen Auftraggebern im Sektorenbereich anzuwenden, die nicht „VOB-pflichtig“ sind. Dies betrifft vor allem private Unternehmen mit mehrheitlicher Beteiligung der öffentlichen Hand und private Unternehmen, die Tätigkeiten auf Grund von behördlich eingeräumten besonderen Rechten ausüben.²⁴⁸

2. Regelungen in VOB Teil A, Abschnitt 1

§ 10 Nr. 5 Abs. 2 lit. n) VOB/A schreibt dem Auftraggeber vor, im Anschreiben im Rahmen der Versendung der Verdingungsunterlagen an die Bieter anzugeben, ob er Nebenangebote im Sinne des **§ 10 Nr. 5 Abs. 4** wünscht oder nicht zulassen will beziehungsweise, ob er Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausschließen will. Letztere Vorschrift gibt ferner vor, dass der Auftraggeber von Bietern, die eine Leistung anbieten, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen²⁴⁹ oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, zu verlangen hat, dass diese in ihrem Angebot entsprechende Angaben über die Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu machen haben.

Gemäß **§ 17 Nr. 1 Abs. 1 lit. u) VOB/A** bei öffentlichen Ausschreibungen und gemäß **§ 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. q)** bei beschränkten Ausschreibungen hat der Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung zu informieren, wenn Nebenangebote nicht zugelassen sein sollten.

Nach **§ 21 Nr. 3 VOB/A** hat der Bieter im Rahmen seiner Angebotsabgabe die Anzahl seiner von ihm eingereichten Nebenangebote an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Darüber hinaus hat er etwaige Nebenangebote auf besonderer Anlage zu machen und als solche deutlich zu kennzeichnen. Im Eröffnungstermin hat der Auftraggeber gemäß **§ 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 VOB/A** nach der Angebotsöffnung bekannt zu geben, ob und von wem Nebenangebote eingereicht wurden. Nach **§ 22 Nr. 7 VOB/A** kann der Auftraggeber die Namen der Bieter und die Zahl von deren Nebenangeboten nach der rechnerischen Prüfung mitteilen. Stellt ein Bieter einen entsprechenden Antrag, hat der Auftraggeber diese Information unverzüglich zu erteilen.

²⁴⁷ Eine genaue Aufstellung der unter die SKR fallenden Auftraggeber findet sich in den Anhängen I bis IX der SKR; ausführlich dazu *Heiermann/Riedl/Rusam*, Vorbem. zur VOB/A, Rdn. 60 ff.;

²⁴⁸ *Kapellmann/Messerschmidt*, Einleitung VOB/A, Rdn. 14 ff.; *Heiermann/Riedl/Rusam*, Vorbem. zur VOB/A, Rdn. 71 ff.; *Ingenstau/Korbion*, Einleitung VOB/A, Rdn. 101 ff.;

²⁴⁹ Also den DIN-Normen der VOB Teil C, DIN 18299 ff.;

§ 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A gibt die Möglichkeiten und Grenzen vor, innerhalb derer dem Auftraggeber nach der Öffnung der Angebote eine Aufklärung des Inhalts eines Nebenangebots möglich ist. Andere Verhandlungen nach Submission, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind nach **§ 24 Nr. 3 VOB/A** unstatthaft, außer wenn sie unter anderem bei Nebenangeboten nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und sich daraus ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.

Als zentrale Vorschrift zur Wertung von Angeboten gibt § 25 VOB/A auch Vorgaben zur Wertung von Nebenangeboten. Nach **§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOB/A** sind Nebenangebote zunächst zwingend von der Wertung auszuschließen, wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung nach § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u) oder Nr. 2 Abs. 2 lit. q) VOB/A oder in den Vergabeunterlagen nach § 10 Nr. 5 Abs. 2 lit. n), Abs. 4 VOB/A erklärt hat, dass er Nebenangebote in dem konkreten Vergabeverfahren nicht zulässt. **§ 25 Nr. 5 VOB/A** regelt positiv, dass der Auftraggeber Nebenangebote werten muss, es sei denn, er hat sie nicht zugelassen.

3. Abschnitt 2 der VOB/A

Über Abschnitt 1 hinaus verpflichtet **§ 10a lit. f) VOB/A** den Auftraggeber ausdrücklich zur Nennung von **Mindestanforderungen** für Nebenangebote, sofern solche nicht ausgeschlossen sind. Dies erklärt sich aus der Systematik heraus: Abschnitt 2 gilt verpflichtend, wie oben dargestellt, für Bauaufträge mit einer Auftragssumme über den Schwellenwerten des § 2 Nr. 4 VgV, für die die europarechtlichen Regelungen aus der Richtlinie 2004/18/EG gelten. Dort ist ausdrücklich geregelt, dass der Auftraggeber Mindestanforderungen für Nebenangebote bereits in den Vergabeunterlagen zu nennen hat.²⁵⁰

In der Konsequenz schreibt **§ 25a Nr. 3 VOB/A** vor, dass der Auftraggeber nur solche Nebenangebote werten darf, die die von ihm nach § 10a lit. f) VOB/A verlangten Mindestanforderungen erfüllen.

4. Abschnitt 3 der VOB/A

Wie Abschnitt 2 verpflichtet auch Abschnitt 3 in **§ 10b Nr. 2 VOB/A** den Auftraggeber, die **Mindestanforderungen** für Nebenangebote zu benennen, wenn er solche nicht ausgeschlossen hat. Dies ist folgerichtig: Wie oben dargestellt, gilt auch Ab-

²⁵⁰ Auf dieser europarechtlichen Vorgabe, damals noch auf der Vorgängerrichtlinie der Richtlinie 2004/18/EG, der Richtlinie 93/97/EWG vom 14.07.1993 (sog. Baukoordinierungsrichtlinie), basiert auch die „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH vom 16.10.2003 zur Frage der Verpflichtungen des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der Vorgabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote, die in Rechtsprechung und Literatur eine intensive Diskussion erzeugt hat; in Richtlinie 93/97/EG war in Art. 19 Abs. 2 noch gefordert, dass der Auftraggeber die Mindestanforderungen zu nennen und zu erläutern hat. Die aktuelle Richtlinie 2004/18/EG fordert in Art. 24 Abs. 3 nur mehr ein „Nennen“; insoweit entspricht § 10a lit. f) VOB/A in der Fassung der VOB/A 2006 der aktuellen europäischen Vorgabe; s. dazu ausführlich unten Teil 3 D;

schnitt 3 für Bauaufträge, die über dem Schwellenwert nach § 2 Nr. 4 VgV liegen. Für solche sind damit die europarechtlichen Vorgaben verbindlich, die ebenso die Verpflichtung zur Vorgabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote enthalten.

Ebenso regelt **§ 25b Nr. 3**, dass der Auftraggeber nur Nebenangebote berücksichtigen darf, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen.

5. Abschnitt 4 der VOB/A

Der Inhalt von Abschnitt 4 weicht von den übrigen VOB/A-Abschnitten insoweit ab, als er nicht parallel, sondern statt den Basisparagrafen von Sektorenauftraggebern anzuwenden ist, die auf Grund der allgemeinen Bestimmungen im Übrigen nicht verpflichtet sind, die VOB zu befolgen.²⁵¹ Regelungen für Nebenangebote finden sich in Abschnitt 4 in den §§ 7 und 11:

§ 7 SKR Nr. 2 Abs. 3 verpflichtet den Auftraggeber, im Rahmen der Versendung der Verdingungsunterlagen an die Bieter ein Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) beizufügen, in dem er insbesondere anzugeben hat, wenn er Nebenangebote nicht oder nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zulassen will. Ebenso hat der Sektorenauftraggeber in diesem Rahmen wiederum die Mindestanforderungen an Nebenangebote anzugeben sowie, auf welche Weise diese einzureichen sind. Letztere Regelung ergibt jedoch keine Besonderheiten gegenüber den Vorgaben aus § 21 Nr. 3 VOB/A.²⁵²

§ 11 Nr. 4 SKR regelt die Wertung von Nebenangeboten. Nach Abs. 1 hat der Sektorenauftraggeber Nebenangebote zu werten, es sei denn, er hat sie in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen. Diese Vorschrift entspricht inhaltlich § 25 Nr. 5 VOB/A.²⁵³ Nach Abs. 2 darf der Auftraggeber Nebenangebote nur werten, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen. Das ist wiederum die Konsequenz aus der europarechtlichen Verpflichtung zur Vorgabe von Mindestanforderungen, wie sie bereits in §§ 25a und 25b Nr. 3 VOB/A geregelt ist.

IV. VgV

Die Vergabeverordnung trifft gemäß § 1 unter anderem nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren. Eine dieser Verfahrensregeln ist § 13 VgV. Danach hat der Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes zu informieren. Er hat diese Information in Textform spätes-

²⁵¹ *Ingenstau/Korbion*, Einleitung VOB/A, Rdn. 101; *Kapellmann/Messerschmidt*, Einleitung VOB/A, Rdn. 14 ff.; *Heiermann/Riedl/Rusam*, Vorbem. zur VOB/A, Rdn. 46 ff.;

²⁵² *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10a VOB/A, Rdn. 25 ff.; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 7 SKR, Rdn. 7;

²⁵³ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 10 SKR, Rdn. 34 ff.;

tens 14 Kalendertage vor dem Zuschlag an die Bieter zu versenden. Vor Ablauf dieser Frist oder ohne Erteilung dieser Information darf der Auftraggeber gemäß § 13 S. 5 VgV keinen Vertrag schließen. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig (§ 13 S. 6 VgV).

Ausdrückliche Regelungen zu Nebenangeboten trifft die Vergabeverordnung nicht. Unter anderem eine Entscheidung der Vergabekammer Sachsen²⁵⁴ hat die Anforderungen an die Informationspflicht nach § 13 VgV bei Nebenangeboten konkretisiert. Danach ist die Regelung des **§ 13 VgV verletzt, wenn das Vorabinformationsschreiben des Auftraggebers keine Aussagen zu nicht gewerteten Nebenangeboten enthält**. In dem konkreten Fall hatte der Auftraggeber in seinem Absageschreiben dem Bieter lediglich mitgeteilt, dass er unter der Berücksichtigung der in der Bekanntmachung und in der Verdingungsunterlage genannten Kriterien für die Auftragserteilung nicht das wirtschaftlichste Angebot gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A abgegeben habe. Die Vergabekammer sah darin einen Verstoß gegen § 13 VgV: Eine formelhafte Begründung reiche nicht aus. Der Bieter müsse zumindest erfahren, welche seiner Nebenangebote nicht bezuschlagt werden sollen.

V. Vergabehandbücher

Bund und Länder haben mit dem Ziel einer einheitlichen Anwendung der VOB eigene Richtlinien in Form von Vergabehandbüchern (VHB) erlassen.²⁵⁵ Auf deren Muster gehen die Zusätzlichen Vertragsbedingungen zurück. Das **VHB ist eine interne Dienstanweisung**. Insoweit begründet sie subjektive Rechte für die Bieter nur, soweit sie aus dem Grundsatz der Selbstbindung des öffentlichen Auftraggebers entstehen können.²⁵⁶ Soweit Mustervorgaben aus den Vergabehandbüchern in Einzelverträge übernommen werden, handelt es sich dabei im Rahmen der Zusätzlichen Vertragsbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen.²⁵⁷

Beispielhaft sollen hier die Regelungen zum Nebenangebot aus dem **Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen (Vergabehandbuch Bund), Ausgabe 2002**, dargestellt werden. Dieses wird herausgegeben vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung.²⁵⁸ Teil I der Vergabehandbücher enthält jeweils Richtlinien zur Anwendung und Auslegung der einzelnen Paragraphen der VOB Teile A und B. In Teil II finden sich einheitliche Verdingungsmuster (EVM), in Teil III einheitliche Formblätter (EFB). Teil IV enthält allgemeine Vorschriften, z.B. Preisverordnungen,

²⁵⁴ Beschluss vom 23.05.2003, 1/SVK/030-03;

²⁵⁵ Lampe-Helbig/Wörmann, Ziff. II. 9, S. 9;

²⁵⁶ Heiermann/Riedl/Rusam, § 10 VOB/A, Rdn. 5;

²⁵⁷ Ingenstau/Korbion, Einleitung VOB/A, Rdn. 103 ff.;

²⁵⁸ Ausgabe 2002 wurde vom damaligen Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau herausgegeben; Verlag und Vertrieb: Deutscher Bundesverlag GmbH, Bonn; im Internet ist das VHB als pdf-Datei downloadbar unter www.bmvbs.de;

Teil V sonstige Richtlinien und Hinweise für die Finanzverwaltungen (etwa zur Vergabestatistik), und Teil VI bildet den Anhang (beispielsweise mit einem Leitfaden für die Berechnung der Vergütung bei Nachtragsvereinbarungen nach § 2 VOB/B).²⁵⁹

Für die hier zu behandelnde Problematik der Nebenangebote sind vor allem die Vorgaben aus Teil I zur Auslegung und Anwendung der VOB/A-Regelungen von Bedeutung, nachdem die weiteren Teile der Vergabehandbücher vor allem Anleitungen für einheitliche Formalia bei der Handhabung der VOB enthalten. In der folgenden Darstellung sollen beispielhaft die Vorgaben des VHB Bund für den ersten Abschnitt der VOB/A dargestellt werden.

In **§ 10 Ziff. 4** gibt das VHB Bund in Teil I unter anderem vor, dass der Auftraggeber im Verdingungsmuster EVM(B) A - 211 (Aufforderung zur Angebotsabgabe) in Nr. 5.2 die entsprechende Zeile anzukreuzen hat. Mindestanforderungen für Nebenangebote sind danach nur in EG-Verfahren zu stellen. An dieser Stelle kann der Auftraggeber ferner Festlegungen treffen, wenn er Nebenangebote ohne Abgabe zugleich eines Hauptangebots zulassen will.

Zu **§ 21 VOB/A** weist das VHB Bund in Teil I unter Ziffer 4 („Berücksichtigung von Nebenangeboten“) klarstellend darauf hin, dass ein **Nebenangebot** zwar gegen § 21 bzw. die Bewerbungsbedingungen verstößt, **wenn es vom Bieter nicht an der im Angebotsschreiben dafür vorgesehenen Stelle angeführt wird**, aber dennoch **nicht ausgeschlossen werden kann**, da dies nach § 25 Nr. 4, 5 VOB/A kein Ausschlussgrund ist. Nach der weiteren Erläuterung sind Nebenangebote jedoch auszuschließen nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A, wenn sie nicht auf besonderer Anlage gemacht und nicht als solche deutlich gekennzeichnet sind.

Zur Wertung von Nebenangeboten trifft das VHB Bund in Teil I folgende Aussage in Ziffer 2 zu § 25 VOB/A: *„Bei der wirtschaftlichen Beurteilung zugelassener Nebenangebote (...) sind **neben der Prüfung der Angemessenheit der Preise auch die Vorteile zu berücksichtigen, welche die vom Bieter vorgeschlagene andere Ausführung oder andere Ausführungsfristen und die sich daraus ergebende mögliche frühere oder spätere Benutzbarkeit von Teilen der Bauleistung usw. bieten können.**“* Damit betont das VHB Bund konsequenterweise in Form der Auslegung der rechtlichen Vorschriften der VOB/A den betriebswirtschaftlichen Sinn und Zweck von Nebenangeboten. Demnach hat der öffentliche Auftraggeber nicht nur den Angebotspreis des Nebenangebots bei der Wertung und Findung des wirtschaftlichen Angebots im Sinne von § 97 Abs. 5 GWB zu berücksichtigen, sondern auch die Rahmenbedingungen, die durch den Zuschlag auf ein Nebenangebot Vorteile für den Auftraggeber eröffnen können.

²⁵⁹ Lampe-Helbig/Wörmann, Ziff. II. 9, S. 9;

Damit trägt das VHB Bund letztlich der Vorgabe in § 25 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 VOB/A Rechnung, die diesbezüglich noch konkreter und detaillierter Anleitung gibt als die Kommentierungen im Vergabehandbuch. Danach hat der Auftraggeber bei der Beurteilung der Angemessenheit „die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen“ zu berücksichtigen. Nach § 25 Abs. 3 hat der Auftraggeber dabei unter anderem Fragen der Rationalität des Baubetriebs, Qualität, Ästhetik, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität und Ausführungsfristen in die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einfließen zu lassen.

In **Teil II des VHB Bund** finden sich in den **Einheitlichen Verdingungsmustern (EVM) weitere Vorgaben zu Nebenangeboten**. Die EVM sind gemäß der Regelung in Teil I, Ziff. 1.1 VHB zu Teil A § 10 von öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich zu verwenden. Zu beachten ist, dass es sich bei EVM nicht um eine gesetzliche Regelung oder eine Rechtsverordnung handelt, die für den Bieter aus diesem Grund eine unmittelbare Verpflichtung zur Beachtung der Vorgaben entfalten würde. Das VHB ist, wie oben dargestellt, eine interne Dienstanweisung an öffentliche Auftraggeber und damit nur für diese verbindlich zu befolgen. Die EVM sind im Falle von deren Anwendung Bestandteil der Verdingungsunterlagen des Auftraggebers. Sie bringen somit zum Ausdruck, welche Erklärungen und Angaben der Auftraggeber von den Bietern in Zusammenhang mit der Abgabe eines Nebenangebots fordert. Angebote, die diesen Kriterien nicht entsprechen, können wegen Unvollständigkeit aus der Wertung ausgeschlossen werden.

Im Rahmen der EVM (B) BwB (Bewerbungsbedingungen) ist zu unterscheiden zwischen Vergabeverfahren unterhalb und solchen ab den Schwellenwerten nach § 2 Nr. 4 VgV. Für die Vergabe von Bauaufträgen mit einem **Auftragswert unter den Schwellenwerten** (nicht EU-weite Ausschreibung) ist das Verdingungsmuster **EVM(B) BwB/E (Bewerbungsbedingungen)** anzuwenden. Dieses gibt dem Bieter unter Ziffer 5 vor:

„ 5 Nebenangebote

- 5.1 Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sein, deren Anzahl ist an der im Angebotsschreiben bezeichneten Stelle aufzuführen.*
- 5.2 Sind an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt, müssen diese erfüllt werden; andernfalls **müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein**. Die Erfüllung von Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit der Angebotsabgabe nachzuweisen.*

- 5.3 *Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen **eindeutig und erschöpfend zu beschreiben**; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten.*
*Nebenangebote **müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.***
Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, hat er im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu machen.
- 5.4 *Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), **nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern** (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme).*
- 5.5 *Nebenangebote, die den Nummern 5.1, 1. Halbsatz, 5.2 bis 5.4 nicht entsprechen, **werden von der Wertung ausgeschlossen.***“

Die Regelung in Ziff. 5.1 wiederholt inhaltlich die Vorgabe von § 21 Nr. 3 VOB/A. Ziff. 5.2 weist darauf hin, dass Mindestanforderungen – sofern solche vom Auftraggeber gestellt wurden– zu erfüllen sind. Dies korrespondiert mit der Regelung in § 10a lit. f) VOB/A. Er verpflichtet den Auftraggeber zur Vorgabe von Mindestanforderungen, allerdings nur für Bauaufträge, die Abschnitt 2 der VOB/A unterfallen, also für Aufträge ab den EU-Schwellenwerten. Für Aufträge mit geringerem Wert besteht diese Verpflichtung nicht. Gibt der Auftraggeber aber dennoch „freiwillig“ Mindestanforderungen vor, ergibt sich aus Ziff. 5.2 des EVM(B) BwB/E, dass diese für den Bieter dann ebenfalls verbindlich einzuhalten sind. Ziff. 5.3 gibt dem Bieter weit reichende Aufgaben vor, die inhaltlich denen des § 9 Nr. 1 S. 1 VOB/A für den Auftraggeber bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung des Amtsentwurfs entsprechen: Der Bieter ist gehalten, die von ihm per Nebenangebot offerierte Leistung „*eindeutig und erschöpfend zu beschreiben*“. Sein Nebenangebot muss demnach „*alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind*“. Damit trifft das VHB Vorsorge gegen die „Neigung“ vereinzelter Bieter, mit einem bewusst unvollständigen Nebenangebot den günstigsten Preis zu erzielen, um dann „durch die Hintertüre“ über spätere Nachtragsangebote das Leistungspaket auf Kosten des Auftraggebers zu vervollständigen. Ziff. 5.3 verpflichtet den Bieter des Weiteren, ausführlich und detailliert zu beschreiben, was er alternativ zum Hauptangebot anbietet. Dies soll den Auftraggeber vor „unliebsamen Überraschungen“ sichern und dem Bieter zugleich veranlassen, sein Nebenangebot so einzureichen, dass es vollständig und vergleichbar ist mit dem Hauptangebot und somit gewertet werden kann. In diesem Rahmen gibt Ziff. 5.4 weiter vor, dass ein Nebenangebot nicht funktional beschrieben werden darf, sondern aufgliedert in Teilleistungen, also letztlich mit Leistungsverzeichnis im Sinne von § 9 Nr. 11 ff. VOB/A und nicht in Form eines Leistungsprogramms nach § 9 Nr. 15 ff. VOB/A.

Mit der Verwendung von Ziff. 5.5 des EVM macht der Auftraggeber deutlich, dass Nebenangebote, die nicht auf gesonderten Anlage gemacht und als solche gekennzeichnet sind (Ziff. 5.1, 1. Halbsatz), ebenso nicht gewertet werden wie Nebenangebote, die die übrigen Vorgaben der Ziffern 5.2 bis 5.4 nicht erfüllen.

Für die Vergabe von Bauleistungen **ab Erreichen der Schwellenwerte (EU-weite Ausschreibung)** gilt das Einheitliche Verdingungsmuster **EVM(B) BwB/E EG (Bewerbungsbedingungen EG)**, das unter Ziff. 5 die wortgleichen Vorgaben zu Nebenangeboten wie das EVM(B) BwB/E macht, jedoch mit einer Abweichung in Ziff. 5.2:

„ 5 Nebenangebote

5.1 (...)

5.2 *Sind Nebenangebote zugelassen, **müssen sie die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit der Angebotsabgabe nachzuweisen.***

5.3 (...)

5.4 (...)

5.5 (...)

Es fällt auf, dass in den Bewerbungsbedingungen für EU-weite Ausschreibungen nunmehr konsequent eine verpflichtende Vorgabe von Mindestanforderungen durch den Auftraggeber vorausgesetzt wird. Dies entspricht zum einen den entsprechenden Regelungen in den einschlägigen EU-Richtlinien und zum anderen § 10a lit. f) VOB/A. Zugleich fällt auf, dass **in den Bewerbungsbedingungen für EU-weite Ausschreibungen – anders als in Ziff. 5.2 EVM(B) BwB/E für Aufträge unterhalb der europarechtlichen Schwellenwerte – kein Hinweis gegeben ist auf das Erfordernis der quantitativen und qualitativen Gleichwertigkeit des Nebenangebots** mit dem Paket des Hauptangebots. Hieraus kann aber nicht der Schluss hergeleitet werden, dass Nebenangebote bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nicht mit den Hauptangeboten gleichwertig zu sein brauchen. Dies ergibt sich klar aus der ständigen und insoweit einhelligen Rechtsprechung.²⁶⁰

VI. HOAI

Die HOAI als Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ist von der Rechtsnatur her **Preisrecht**.²⁶¹ Sie ist eine **Rechtsverordnung**, kein Gesetz.²⁶² Sie schreibt Auftraggeber und Auftragnehmer – hier ein Architekt oder Ingenieur – bindend vor, in welchem Preisrahmen sie sich bei der Vergütungsbestimmung zu bewegen haben

²⁶⁰ Hierzu wird unten im Rahmen der Erörterung des Aspekts der Gleichwertigkeit näher ausgeführt, vgl. Teil 3 E V 4, 5;

²⁶¹ *Locher/Koebler/Frik*, § 4, Rdn. 7; OLG Koblenz, ZfBR 1994, 229;

²⁶² *Korbion/Mantscheff/Vygen*, Einführung, Rdn. 3;

und kontrolliert die Wirksamkeit von Preisvereinbarungen. Zugleich ersetzt sie in Fällen, in denen eine Honorarvereinbarung fehlt oder unwirksam ist, die Preisvereinbarung, indem sie die Höhe der Leistungsentgelte bestimmt. Die HOAI hat nicht dispositiven Charakter. Sie ist zwingend zu beachten und schafft damit **für jedermann verbindliches Recht**.²⁶³ Nachdem Architekten und Ingenieure regelmäßig keine eigenen Bau-, sondern Planungsleistungen erbringen, kann in solchen Verträgen mangels Vorliegen einer Bauleistung nicht die VOB vereinbart werden.²⁶⁴

Die HOAI kann also **keine unmittelbare Aussage** enthalten **zu Fragen der Handhabung von Nebenangeboten an sich**. Sie kann aber Antworten geben auf Fragen, welche Vorgaben sich für Architekten und Ingenieure im Rahmen ihrer Planungsleistungen im Zusammenhang mit Nebenangeboten ergeben. Grundlage der vertraglichen Verpflichtungen von Architekten und Ingenieuren und damit der Bestimmung ihrer geschuldeten Leistungen ist jedoch nicht die HOAI, sondern sind die werkvertraglichen Regelungen des BGB, dort §§ 631 ff. Die Leistungsphasen der einzelnen Leistungsbilder der HOAI sowie die Einteilung dort in Grund- und Besondere Leistungen haben als solche keine Bedeutung für die Bestimmung des geschuldeten Werkerfolgs. Die HOAI enthält insoweit keine normativen Leitbilder für den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen. Die geregelten Leistungsbilder enthalten vielmehr zunächst **nur Gebührentatbestände**. Der Leistungsinhalt eines Vertrags ist somit nicht primär an Hand der HOAI zu ermitteln.²⁶⁵ Anders gilt dies nur in Fällen, in denen die Vertragsparteien das Vertragssoll ausdrücklich an Hand der HOAI-Leistungsbilder festlegen. In Zweifelsfällen ist der Leistungsinhalt dann durch Auslegung unter Zuhilfenahme der HOAI-Inhalte zu ermitteln.²⁶⁶

Die HOAI erwähnt Nebenangebote ausdrücklich nur in **§ 55 Abs. 2 im Leistungsbild Objektplanung für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen**. Nr. 7, „Mitwirkung bei der Vergabe“, enthält als **Besondere Leistung**: *„Prüfen und Werten von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen mit grundlegend anderen Konstruktionen im Hinblick auf die technische und funktionelle Durchführbarkeit“*. Auch das **Leistungsbild Tragwerksplanung** enthält als **besondere Leistung** in **§ 64 Abs. 3 Nr. 7 HOAI** *„Mitwirken bei der Prüfung und Wertung von Nebenangeboten“*. In anderen ähnlich strukturierten Leistungsbildern, etwa in § 15 HOAI für Leistungen bei Gebäuden, Freianlagen und Raum bildende Ausbauten, oder in § 73 Abs. 3 Nr. 7 HOAI für Technische Ausrüstung ist diese Leistung nicht beschrieben.

Besondere Leistungen können gemäß der Definition in § 2 Abs. 3 HOAI zu den Grundleistungen hinzu oder an deren Stelle treten, wenn besondere Anforderungen an die Ausführung des Auftrags gestellt werden, die über die allgemeinen Leistungen

²⁶³ Jochem, Vorbem., S. 24;

²⁶⁴ Korbion/Mantscheff/Vygen, a.a.O., Rdn. 7;

²⁶⁵ BGH, Urteil vom 24.10.1996, VII ZR 283/95; BauR 1997, 154; Jochem, § 2, Rdn. 1;

²⁶⁶ Korbion/Mantscheff/Vygen, Einführung, Rdn. 58;

hinaus gehen oder diese ändern. Sie sind nach der ausdrücklichen Vorgabe in § 2 Abs. 3 HOAI in den Leistungsbildern allerdings nicht abschließend aufgezählt. Die besonderen Leistungen eines Leistungsbilds können demnach auch in anderen Leistungsbildern oder Leistungsphasen vereinbart werden, in denen sie nicht ausgeführt sind, soweit sie dort nicht Grundleistungen darstellen.

Im Gegenzug dazu umfassen die in den jeweiligen Leistungsbildern abschließend aufgezählten²⁶⁷ **Grundleistungen** gemäß § 2 Abs. 2 HOAI solche Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind. Besondere Leistungen können zu Grundleistungen hinzutreten. Dann darf ein Honorar hierfür gemäß § 5 Abs. 4 HOAI nur berechnet werden, wenn die Leistungen im Verhältnis zu den Grundleistungen einen nicht unwesentlichen Zeit- und Arbeitsaufwand verursachen und das Honorar schriftlich vereinbart worden ist.

Soweit besondere Leistungen ganz oder teilweise an die Stelle von Grundleistungen treten, ist für sie ein Honorar zu berechnen, das dem Honorar für die ersetzte Grundleistung entspricht.²⁶⁸ Die Abgrenzung zwischen Grund- und besonderen Leistungen hat damit allein gebührenrechtliche Bedeutung dahingehend, dass damit abgegrenzt wird, wann sich der Architekt oder Ingenieur mit der Honorierung der Grundleistung begnügen muss oder für die besondere Leistung zusätzliches Honorar erhält.²⁶⁹

Inhaltlich ist die Beschreibung der besonderen Leistung in Bezug auf Nebenangebote in § 55 Abs. 2 HOAI (Objektplanung für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen) ausführlicher als in § 64 Abs. 3 Nr. 7 HOAI (Tragwerksplanung). In ersterem Fall ist das „Prüfen und Werten“ von Nebenangeboten „mit grundlegend anderen Konstruktionen im Hinblick auf die technische und funktionelle Durchführbarkeit“ erwähnt. Im zweiten Fall ist nur die Rede vom „Mitwirken bei der Prüfung und Wertung von Nebenangeboten“.

Im Fall des **§ 55 HOAI** ist festzustellen, ob die mit Nebenangeboten vorgeschlagenen Lösungen in gleicher Weise wie die Grundlösung die funktionelle Einheitlichkeit, Mängelfreiheit und Qualität des Gesamtbauwerks sicherstellen.²⁷⁰ Auf Grund der Tatsache, dass diese Leistung regelmäßig einen erheblichen Zeit- und Arbeitsaufwand erfordert, tritt diese Leistung regelmäßig zu den Grundleistungen im Sinne von § 5 Abs. 4 HOAI hinzu. Aus den beiden dort vorgesehenen Abrechnungsmethoden ist regelmäßig die Abrechnung nach Zeithonorar (§ 6 HOAI) einschlägig, da auf Grund der Eigenart der Leistung „Prüfung und Wertung von Nebenangeboten“ geeignete Vergleichsmaßstäbe fehlen.²⁷¹

²⁶⁷ Jochem, § 2, Rdn. 4;

²⁶⁸ Vgl. dazu Korbion/Mantscheff/Vygen, § 2, Rdn. 16 f.; Jochem, § 2, Rdn. 4;

²⁶⁹ BGH, Urteil vom 24.10.1996, VII ZR 283/95; BauR 1997, 154;

²⁷⁰ Jochem, § 55, Rdn. 55;

²⁷¹ Korbion/Mantscheff/Vygen, § 55, Rdn. 7;

Im Rahmen des **§ 64 HOAI** erfasst die besondere Leistung vor allem die Prüfung, inwieweit die Nebenangebote den technischen Anforderungen an die Vorgaben der Tragwerksplanung entsprechen. Der einschränkende Begriff des (nur) „Mitwirkens“ ist dahingehend zu verstehen, dass sich die Prüfung von Nebenangeboten durch einen Tragwerksplaner nur auf die Bauleistungen und Leistungsbereiche erstrecken kann, für die der Sonderfachmann besondere Fachkenntnis besitzt; dies sind etwa Gründungen sowie Konstruktionen des Stahlbeton-, Stahl- und Holzbaus.²⁷² Die Prüfungen sind je Nebenangebot mit 2 bis 4 v.H. der Honorare zu vergüten.²⁷³

Im **Leistungsbild der Planungsleistungen für Gebäude, Freianlagen und Raum bildende Ausbauten** nach **§ 15 HOAI** ist, wie oben ausgeführt, eine derartige Leistung nicht ausdrücklich als besondere Leistung enthalten. Dennoch muss ebenso in diesem Leistungsbild davon ausgegangen werden, dass auch bei der Objektplanung das Prüfen und Werten von Nebenangeboten eine besondere Leistung darstellt. Auch in dieser Konstellation ist der Aufwand für diese besondere Leistung nicht vom Architekten steuerbar, da dieser von der Zahl und dem Umfang der von den Bietern eingereichten Nebenangebote abhängt.²⁷⁴

Das OLG Schleswig hat in einem Urteil von 18.04.2006²⁷⁵ die **Prüfung und Wertung eines Nebenangebots** – mit der Besonderheit, dass in dem streitgegenständlichen Fall eine beschränkte Ausschreibung vorlag – sogar **dem Grundleistungskatalog zugeschlagen**. Im Leitsatz lautet die Entscheidung wie folgt: *„Als Grundleistung der Phase 7 des § 15 Abs. 2 HOAI muss der Architekt auch ein im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung abgegebenes Nebenangebot ohne gesonderte Abrechnungsmöglichkeit prüfen und werten. Die Wertung schließt die Feststellung ein, ob der Unternehmer in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht auskömmlich in der Lage sein wird, die Leistung zu diesem Preis ordentlich zu erbringen.“* In der Konsequenz verweigerte das OLG dem klagenden Architekten den geltend gemachten zusätzlichen Honoraranspruch. Der Architekt hatte die Leistungsphase 7 doppelt abgerechnet, weil ein Bieter sowohl für die ausgeschriebenen 17 Einzelgewerke Angebote eingereicht hatte als auch ein Nebenangebot, das die Übernahme aller Leistungen als Generalunternehmer vorsah. Er hatte einen Preisspiegel über die 17 Einzelangebote erstellt und ermittelt, dass der Bieter nur bezüglich zwei Gewerken tatsächlich der günstigste Bieter war. Daraufhin hatte der Auftraggeber den Architekten mit einer erneuten Prüfung des Nebenangebots hinsichtlich sämtlicher Gewerke beauftragt, weil er sich unsicher war, ob das preisgünstigste - Nebenangebot überhaupt auskömmlich sei. Nachdem der Architekt dann das Nebenangebot erneut im Einzelnen geprüft hatte, kam er zu dem

²⁷² A.a.O., § 65, Rdn. 37;

²⁷³ Jochem, § 64, Rdn. 72;

²⁷⁴ Korbion/Mantscheff/Vygen, § 56, Rdn. 39;

²⁷⁵ Az. 3 U 14/05;

Ergebnis, dass die Preise des Nebenangebots auskömmlich seien. Damit, so der Architekt, habe er die Grundleistungen der Phase 7 ein zweites Mal erbracht.

Dies sah das OLG Schleswig anders: Leistungsphase 7 war nur einmal zu vergüten. Im Rahmen dessen hatte der Architekt im Rahmen der beschränkten Ausschreibung die Auskömmlichkeit der Nebenangebote zu prüfen und diese Leistung nicht erst auf gesonderte Aufforderung des Auftraggebers mit der Folge eines zusätzlichen Vergütungsanspruchs. Der Architekt hätte die Beurteilung der Auskömmlichkeit des Nebenangebots bereits im ersten Prüfungsdurchgang geschuldet. Nach dem Leistungsbild muss der Architekt jedes Angebot prüfen und werten. Eine zahlenmäßige Beschränkung, wie viele Angebote zu prüfen sind, ist nicht vorgesehen. Eine solche wäre nur anzunehmen, wenn vertraglich ausdrücklich eine Höchstzahl vereinbart worden wäre. Die Wertung der Angebote bezieht sich auf die Einzelpreise, ihre Vergleichbarkeit mit anderen Angeboten und auf die Feststellung, ob die Preisansätze in einem vernünftigen und günstigen Verhältnis zur geforderten Leistung stehen. Das schließt die Prüfung ein, ob der Unternehmer auch in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht auskömmlich in der Lage sein wird, die Leistung zu diesem Preis ordentlich zu erbringen und deshalb im Rahmen der Wertung dem Bauherrn empfohlen werden kann.²⁷⁶

VII. Exkurs: Regelungen zum Nebenangebot in VOL und VOF

1. VOL/A

Die VOL/A ist die **Verdingungsordnung für Leistungen** – ausgenommen Bauleistungen. Der sachliche Geltungsbereich erfasst damit all diejenigen Leistungen, die nicht „VOB-Leistungen“, also keine Bauleistungen sind.²⁷⁷ Im Rahmen des hier zu behandelnden Themas „Nebenangebote *im Bauwesen*“ spielen die Vorschriften der VOL/A²⁷⁸ demnach keine Rolle. Um Bauleistungen – also VOB-Leistungen – handelt es sich auch bei Leistungen, die zwar nicht Bauleistungen im eigentlichen Sinn darstellen, aber zur Herstellung, Instandhaltung oder Änderung einer baulichen Anlage zu montierenden Bauteile sind. Insbesondere sind damit auch die Lieferung und Montage maschineller und elektrotechnischer Einrichtungen in diesem Zusammenhang als Bauleistungen zu qualifizieren und damit dem Anwendungsbereich der VOB zuzuordnen.²⁷⁹ Im Gegenzug fällt die Lieferung von Stoffen und Bauteilen, wenn sie nicht Teil einer Bauarbeit ist, in den Geltungsbereich der VOL.²⁸⁰ Dabei dürfte es sich im Wesentlichen allerdings nur um einen theoretischen Fall handeln, da insbesonde-

²⁷⁶ Vgl. Urteilsbesprechung von *Schwenker/Schramm* in: IBR 2006, 563;

²⁷⁷ *Daub/Eberstein*, § 1, Rdn. 7;

²⁷⁸ Im Folgenden soll im Rahmen dieses Exkurses nur Abschnitt 1 der VOL/A betrachtet werden;

²⁷⁹ Erläuterungen des Deutschen Verdingungsausschusses für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen (DVAL) zu A § 1 Nr. 1

²⁸⁰ *Daub/Eberstein*, a.a.O., Rdn. 12;

re ein öffentlicher Auftraggeber regelmäßig nur die Lieferung von Bauteilen und Baustoffen ausschreiben wird, wenn er auch konkret ein Bauvorhaben plant, so dass es sich hierbei regelmäßig um VOB-Leistungen handelt.

Vom Regelungsgehalt her entspricht die VOL/A im Wesentlichen dem Text der VOB/A. Die Novellierung der VOL/A hatte als vorrangiges Ziel eine Angleichung an die VOB/A mit dem Ziel möglichst wortgleicher Regelung, soweit nicht auf Grund der unterschiedlichen Eigenart der zu vergebenden Leistungen in VOB und VOL abweichende Formulierungen erforderlich waren.²⁸¹

So regelt die VOL in **§ 17 Nr. 3 Abs. 2 lit. o**, dass das Anschreiben des Auftraggebers mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe Angaben bezüglich Nebenangebote enthalten soll. In **§ 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A**, auf den Nr. 3 verweist, wird konkretisiert, welche Angaben der Auftraggeber zu machen hat. Er hat es anzugeben, wenn er Nebenangebote wünscht, ausdrücklich zulassen oder ausschließen oder Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausschließen will. Diese Vorschrift entspricht wortgleich § 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 1 VOB/A. Die Erläuterungen des DVAL zu § 17 Nr. 3 Abs. 5 S. 1 VOL/A stellt für den Bereich der VOL/A klar, dass der Begriff Nebenangebot „jede Abweichung vom geforderten Angebot“ umfasst und ergänzt: „Auch Änderungsvorschläge sind als Nebenangebote zu werten.“

§ 21 Nr. 2 VOL/A gibt vor, dass Nebenangebote auf besonderer Anlage zu machen und als solche deutlich zu kennzeichnen sind. Dies entspricht der Vorgabe des § 21 Nr. 3 S. 2 VOB/A. In der VOL/A fehlt dagegen die Verpflichtung, die Anzahl der Nebenangebote anzugeben. Wortgleich mit § 22 Nr. 3 Abs. 2 S. 3 VOB/A regelt **§ 22 Nr. 4 Abs. 1 lit. b) VOL/A**, dass der Auftraggeber im Rahmen des Eröffnungstermins bekannt zu geben hat, ob und von wem Nebenangebote eingereicht wurden.

Eine gegenüber § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A detailliertere Regelung zur Möglichkeit der Verhandlungen des Auftraggebers mit Bietern nach Öffnung der Angebote trifft **§ 24 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A**: *„Ausnahmsweise darf bei einem Nebenangebot (...) mit dem Bieter, dessen Angebot als das wirtschaftlichste gewertet wurde (§ 25 Nr. 3), im Rahmen der geforderten Leistung über notwendige technische Änderungen geringen Umfangs verhandelt werden. Hierbei kann auch der Preis entsprechend angepasst werden. Mit weiteren Bietern darf nicht verhandelt werden.“* Die VOL/A-Regelung besagt damit klar, dass zum einen nur mit dem Bieter verhandelt werden darf, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Anders als nach der VOB/A darf bei einer VOL-Vergabe im Rahmen derartiger Verhandlungen aber noch der Preis verändert werden. Der Verhandlungsspielraum erfasst jedoch nur „notwendige technische Änderungen geringen Umfangs“ und nicht Verhandlungen über den Preis an

²⁸¹ A.a.O., Einführung, Rdn. 119;

sich, sondern nur nachträgliche Preisveränderungen, die sich aus solchen notwendigen technischen Änderungen ergeben.²⁸² Dies sind Änderungen, ohne die im betreffenden Einzelfall die sachgerechte Ausführung der Leistung nicht möglich wäre.²⁸³ § 24 Nr. 3 VOB/A verbietet im Gegenzug ausdrücklich Verhandlungen über die Änderung der Angebote oder Preise.

Nach **§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. g) VOL/A** hat ein Auftraggeber Nebenangebote im Rahmen der Wertung zwingend auszuschließen, wenn er solche nach § 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A ausgeschlossen hat. Das entspricht identisch der Systematik der §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d), 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 1 VOB/A. Dies gilt ebenso für den fakultativen Ausschluss von Nebenangeboten nach **§ 25 Nr. 2 lit. c) VOL/A**, die der Bieter entgegen § 21 Nr. 2 VOL/A nicht auf besonderer Anlage gemacht oder nicht als solche deutliche gekennzeichnet hat. Die gleiche Regelung für Bauleistungen treffen §§ 25 Nr. 1 Abs. 2, 21 Nr. 3 S. 2 VOB/A. **§ 25 Nr. 4 S. 1 VOL/A** trifft inhaltlich die gleiche Regelung wie § 25 Nr. 5 VOB/A. **§ 25 Nr. 4 S. 2 VOL/A** gibt vor – in der VOB/A fehlt eine solche ausdrückliche Vorgabe – dass der Auftraggeber „sonstige Nebenangebote“ berücksichtigen kann. Das sind Nebenangebote, die der Bieter ohne Aufforderung des Auftraggebers eingereicht hat, nicht aber solche, die ein Bieter abgegeben hat, obwohl der Auftraggeber Nebenangebote in seiner Ausschreibung ausdrücklich ausgeschlossen hat.²⁸⁴

§ 26 Nr. 2 VOL/A gibt dem Auftraggeber die Möglichkeit, die Ausschreibung aufzuheben, wenn Nebenangebote nicht ausgeschlossen waren und das wirtschaftlichste Angebot „den ausgeschriebenen Bedarf nicht voll deckt“ oder schwerwiegende Gründe der Vergabe der gesamten Leistung an einen Bieter entgegen stehen. Der Begriff „Nebenangebote“ erfasst hier auch mengenmäßige Abweichungen von den Verdingungsunterlagen.²⁸⁵ Die Teilaufhebung²⁸⁶ der Ausschreibung unter diesen Voraussetzungen ist in der VOB/A zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, ein praktisch bedeutsamer inhaltlicher Unterschied beider Regelungen ergibt sich dennoch nicht.

In **§ 27 Nr. 5 VOL/A** wird der Auftraggeber verpflichtet, im Rahmen der Mitteilung an erfolglose Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt wurden, darüber zu informieren, dass Nebenangebote eingereicht worden sind, sofern dies der Fall war. Der Auftraggeber darf jedoch keine Angaben über die Zahl der eingegangenen Nebenangebote und deren Preise machen.²⁸⁷ Im Gegenzug gibt § 27 VOB/A vor, dass bei der VOB-Vergabe der Auftraggeber erfolglosen Bietern nur über deren eigene Angebote und die Gründe für deren Nichtberücksichtigung Mitteilung zu machen hat.

²⁸² Erläuterungen des Deutschen Verdingungsausschusses für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen (DVAL) zu A § 24 Nr. 2;

²⁸³ *Daub/Eberstein*, § 24, Rdn. 15;

²⁸⁴ A.a.O., § 25, Rdn. 47; Erläuterungen des DVAL zu A § 25 Nr. 4 S. 2;

²⁸⁵ *Daub/Eberstein*, § 26, Rdn. 28;

²⁸⁶ A.a.O.;

²⁸⁷ A.a.O., § 27, Rdn. 21;

Auch für VOL-Ausschreibungen ergeben sich weitere Vorgaben zum Nebenangebot aus den Einheitlichen Verdingungsmustern EVM(L) BwB und EVM(L) BwB EG des Vergabehandbuchs unter Ziff. 4, die im Rahmen dieses Exkurses hier aber nicht ausführlicher dargestellt werden.

2. VOF

Die VOF regelt in § 2 die Vergabe von freiberuflichen Leistungen. Dies sind nach § 1 VOF Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Dies sind im Baubereich insbesondere Architekten- und Ingenieurleistungen.

Die VOF gibt **keine ausdrücklichen Regelungen zu Nebenangeboten** vor. Zwar enthält etwa § 25 Abs. 1 VOF Vorgaben für Planungswettbewerbe im Sinne des § 20 VOF, die dem Ziel dienen, „alternative Vorschläge für Planungen“ auf dem Gebiet der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens auf der Grundlage veröffentlichter einheitlicher Richtlinien zu erhalten. Dabei handelt es sich jedoch nicht um Nebenangebote im eigentlichen Sinne. Die VOF-Vergabe betrifft regelmäßig Aufgaben, für die eine Lösung vorab noch nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, so dass es Ziel der Vergabe – ähnlich wie bei einer Funktionalausschreibung einer Bauleistung – ist, für die Aufgabe die bestmögliche Lösung zu finden.²⁸⁸

VIII. Exkurs: Regelungen im Ausland

Welche Regelungen im Ausland für Nebenangebote im Vergabeverfahren für Bauaufträge gelten, ist für das deutsche Vergabewesen unmittelbar nicht von Bedeutung. Im Wege der Rechtsvergleichung ergeben sich jedoch Aufschlüsse über systematische Unterschiede.

1. Regelungen in den EU-Mitgliedsstaaten

Im europäischen Ausland, soweit es sich um **Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft** handelt, können bereits systematisch keine ausgeprägten Unterschiede bestehen für die Vergabe von Bauleistungen über den Schwellenwerten. Dies ist damit zu erklären, dass die Schwellenwerte auf die oben ausführlich erörterten europäischen Regelungen zurückgehen und insoweit in den Mitgliedsländern einheitlich geregelt sein müssen.²⁸⁹ Gemeinsame Regelungsgrundlagen sind insoweit insbesondere die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG sowie die Sektorenrichtlinie 2004/17/EG. Spielraum besteht jedoch für die Vergabe von Bauleistungen unter den Schwellenwerten, also bei Bauaufträgen mit einer Auftragssumme unter 5.278.000,- EUR.

²⁸⁸ Daub/Eberstein, § 26, Rdn. 28; § 1, Rdn. 27 f.;

²⁸⁹ Vgl. VI;

2. Beispiel: Regelungen zum Nebenangebot in Österreich

Beispielhaft für eine Regelungssystematik in Bezug auf Nebenangebote sei hier das aktuelle **Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006, BVergG²⁹⁰)** in **Österreich** dargestellt, das gemäß dessen § 1 Abs. 1 die Verfahren zur Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen regelt.

Im ersten Teil des Gesetzes, § 2 BVergG, sind vorab zunächst in alphabetischer Reihenfolge **Begriffsbestimmungen** vorgenommen. Das **BVergG verwendet nicht mehr den Begriff „Nebenangebot“** als solches. Im Entwurf des aktuellen österreichischen Bundesvergabegesetzes vom 05.07.2005 waren noch das Alternativangebot und das Nebenangebot (§ 2 Nr. 21 BVergG) vorgesehen. In der tatsächlich in Kraft gesetzten Version enthält das BVergG statt dem „Nebenangebot“ jedoch nunmehr neben dem Alternativangebot den „Abänderungsvorschlag“, der identisch definiert wird wie das Nebenangebot in dem Entwurf.

Gemäß § 2 Nr. 1 BVergG ist unter einem **Alternativangebot** ein *„Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters“* zu verstehen.

§ 2 Nr. 21 BVergG definiert das **Abänderungsangebot**: Dies ist *„ein Angebot eines Bieters, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so umfassenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht.“*

Das BVergG sieht darüber hinaus ein **„Variantenangebot“** (§ 2 Nr. 38) vor, das ein Angebot auf Grund einer Ausschreibungsvariante des Auftraggebers ist. Es handelt sich dabei also nicht um ein Nebenangebot, das eine Abweichung oder Variante des Bieters darstellt.

Zunächst ist festzustellen, dass das österreichische Bundesvergabegesetz eine andere Tendenz verfolgt als die VOB/A in Deutschland: Während mit der Neuausgabe der VOB 2006 in allen Paragrafen die Bezeichnung „Nebenangebot und/oder Änderungsvorschläge“ vereinheitlicht wurde in „Nebenangebot“, also eine ausdrückliche Gleichbehandlung von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen erfolgt, unterscheidet das BVergG zwischen einem „Alternativangebot“ und einem „Abänderungsangebot“. Das österreichische BVergG **grenzt** (ähnlich wie Stimmen in der Literatur zum deutschen Vergaberecht²⁹¹ das Nebenangebot vom Änderungsvorschlag) hier das Abänderungsangebot zum Alternativangebot **quantitativ vom Umfang der Abweichung des Angebots vom Amtsentwurf ab**. Das Alternativangebot stellt dabei die umfassende Abweichung von den Verdingungsunterlagen dar (nach der o.g. Lite-

²⁹⁰ Gültige Fassung vom 01.02.2006, Österreichisches Bundesgesetzblatt I Nr. 17/2006;

²⁹¹ Vgl. oben A II 2;

raturmeinung entsprechend das Nebenangebot im deutschen Vergaberecht), während das Abänderungsangebot nur eine Abweichung in einem weniger umfassenden Rahmen – zum Beispiel nur auf der Ebene einer Position – enthält (im deutschen Vergaberecht würde dem – nach der angeführten Meinung – der Änderungsvorschlag entsprechen).

Das **Alternativangebot** entspricht von der Definition her der bisherigen Regelung in § 20 Z 1 BVergG 2002. Als Alternativangebot sieht das Gesetz einen Vorschlag eines Bieters über eine alternative Leistungserbringung (z.B. Ausführung) oder Lieferung. Es weicht vom ausgeschriebenen Vertragsinhalt ab, etwa in Form alternativer Leistungen, Zahlungsmodalitäten (z.B. Ratenzahlung) oder sonstiger Konditionen (z.B. Leistungs- oder Gewährleistungsfristen). Die Abgrenzung zu einem nicht genehmigungsfähigen aliud ist nur im Einzelfall an Hand der konkreten Festlegungen des Auftraggebers möglich.²⁹²

Im Entwurfsstadium beabsichtigte der Gesetzgeber, wie oben dargestellt, das Nebenangebot in Abgrenzung zum Alternativangebot neu in das BVergG aufzunehmen. Von diesem Vorhaben rückte der österreichische Gesetzgeber nur hinsichtlich der Begriffswahl ab, indem er das „**Nebenangebot**“ als „**Abänderungsangebot**“ bezeichnete. In den Erläuterungen zum Entwurf des BVergG 2006²⁹³ erklärte der Gesetzgeber den Hintergrund der Unterscheidung zum Alternativangebot. Dort heißt es: *„Hintergrund der dahingehenden Neuregelung ist das in der Praxis bestehende Problem, wie bei der Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip mit Angeboten umgegangen werden soll, die von der ausgeschriebenen Leistung in sehr geringem Ausmaß abweichen. Da bei einer Auftragserteilung auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis Alternativangebote nicht zulässig sind, wären derartige Angebote nach der bisherigen Rechtslage als nicht ausschreibungskonform auszuschneiden gewesen. Ein solches Ausschneiden ist aber in den Fällen als unzumutbar anzusehen, in denen die angebotene Leistung mit der vom Auftraggeber verlangten völlig gleichwertig ist. Da Nebenangebote [nunmehr „Abänderungsangebote“, Anm. d. Verf.] Abweichungen nicht in einem Ausmaß beinhalten dürfen, wie sie bei Alternativangeboten zulässig sind, ist für die Prüfung, ob es sich bei einem konkreten Angebot noch um ein Nebenangebot handelt, ein strenger Maßstab anzulegen.“*

Das deutsche Vergaberecht kennt eine derartige Abgrenzung nicht. Wie oben ausgeführt, liegt im Fall eines vom Amtsentwurf abweichenden Angebots eines Bieters entweder eine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen im Sinne des § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A vor, die als solche nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) zwingend aus der Wertung auszuschließen sind, oder es liegt ein Nebenangebot vor, das nach §

²⁹² Erläuterungen des österreichischen Gesetzgebers zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006 [Österreich]), zu § 2 Z 1;

²⁹³ zu § 2, Z 21;

25 Nr. 5 VOB/A gewertet werden muss, wenn der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen hat. Wie umfangreich die Abweichung von der ausgeschriebenen Leistung ist, ist dabei unerheblich. Die Unterscheidung zwischen einem „ein wenig abweichenden Angebot“ (in Österreich: Abänderungsangebot) und einem „erheblich abweichenden Angebot“ (in Österreich: Alternativangebot) ist zum einen nicht zwingend durch die europarechtlichen Vorgaben bedingt, die zumindest über den Schwellenwerten auch im österreichischen Vergaberecht umzusetzen waren – Richtlinie 2004/18/EG spricht nur von „Varianten“, ohne nach dem Grad der Abweichung vom Amtsentwurf zu unterscheiden. Darüber hinaus dürfte die Abgrenzung in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein – eine klare Grenze, wann die Abweichung so gering ist, dass noch ein Abänderungsangebot vorliegt und wann sie einen Umfang erreicht, dass bereits ein Alternativangebot einschlägig ist, ergibt sich weder aus dem BVergG noch ist sie eindeutig in sonstiger Weise zu ziehen.

Die entscheidenden Regelungen für Alternativangebot und Abänderungsangebot finden sich im 2. Teil des österreichischen Bundesvergabegesetzes, dort im 3. Hauptstück, 6. Abschnitt, 1. Unterabschnitt:

§ 81 Alternativangebote

(1) Nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollen, kann der Auftraggeber Alternativangebote zulassen. Der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anzugeben, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind. Falls der Auftraggeber keine Angabe über die Zulässigkeit von Alternativangeboten gemacht hat, so sind Alternativangebote nicht zugelassen. Ist die Abgabe von Alternativangeboten zulässig, so sind Alternativangebote überdies, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig.

(2) Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, zu erläutern und zu bezeichnen, in welcher Art und Weise diese Angebote einzureichen sind. Der Auftraggeber darf nur jene Alternativangebote im Vergabeverfahren berücksichtigen, die die festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

(3) Ein Auftraggeber, der Alternativangebote nach Abs. 1 zugelassen hat, darf ein vorgelegtes Alternativangebot nicht allein deshalb zurückweisen, weil es, wenn es den Zuschlag erhalten sollte, zu einem Lieferauftrag und nicht zu einem Dienstleistungsauftrag oder zu einem Dienstleistungsauftrag und nicht zu einem Lieferauftrag im Sinne dieses Bundesgesetzes führen würde.

Der Folgeparagraf regelt das „Abänderungsangebot“, das nach der Definition dem deutschen Änderungsvorschlag (im Rahmen der zitierten Abgrenzung Nebenangebot – Änderungsvorschlag) entspricht:

§ 82 Abänderungsangebote

(1) Sofern der Auftraggeber in der Ausschreibung nicht anderes festlegt, sind Abänderungsangebote zulässig. Der Auftraggeber kann die Zulässigkeit von Abänderungsangeboten auf bestimmte Positionen beschränken und die Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen vorschreiben. Ist die Abgabe von Abänderungsangeboten zulässig, so sind Abänderungsangebote überdies, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig.

(2) Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen zu bezeichnen, in welcher Art und Weise diese Angebote einzureichen sind.

Zunächst besteht ein Unterschied im Regel-Ausnahme-Verhältnis: Abänderungsangebote sind grundsätzlich zugelassen (§ 82 Abs. 1 S. 1 BVergG), Alternativangebote sind dagegen grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber nicht ausdrücklich Gegenteiliges in seinen Ausschreibungsunterlagen erklärt (§ 81 Abs. 1 S. 3 BVergG). Während Alternativangebote nicht von vornherein eingegrenzt werden können, kann der Auftraggeber Abänderungsangebote gemäß § 82 Abs. 1 S. 2 BVergG bereits in der Ausschreibung auf bestimmte Positionen beschränken.

Sowohl Alternativangebote als auch Abänderungsangebote sind grundsätzlich nur parallel mit einem gleichzeitigen Hauptangebot zugelassen, wenn sich nicht aus der Ausschreibung etwas anderes ergibt (§§ 81 Abs. 1 S. 3, 82 Abs. 1 S. 3 BVergG). Beide Formen abweichender Angebote müssen entsprechend den europarechtlichen Vorgaben darüber hinaus die Mindestanforderungen erfüllen, die der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen anzugeben hat (§§ 81 Abs. 2, 82 Abs. 1 S. 3 BVergG).²⁹⁴ Weitere Regelungen trifft das österreichische Bundesvergabegesetz in Zusammenhang mit Alternativ- und Abänderungsangeboten in **§ 106** im Rahmen der „allgemeinen Bestimmungen“:

*(4) **Alternativangebote** haben die Mindestanforderungen zu erfüllen und die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Alternativangebote können sich auf die Gesamtleistung, auf Teile der Leistung, auf die wirtschaftlichen oder die rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringung beziehen. Alternativangebote sind als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen. Für jedes Alternativangebot, auch wenn es sich nur auf Teile der Gesamtleistung bezieht, ist vom Bieter je ein Gesamt-Alternativangebotspreis zu bilden.*

²⁹⁴ Die Erläuterungen des Gesetzgebers zu §§ 83 und 84, die im Gesetzesentwurf noch das Alternativangebot und das Nebenangebot (nunmehr „Abänderungsangebot“) regelten, verweisen diesbezüglich ausdrücklich auf die Entscheidung Rs C-421/01; dabei handelt es sich um das „Traunfellner-Urteil“ zur Frage der Verpflichtung des Auftraggebers, Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen zu benennen und zu erläutern;

*(5) **Abänderungsangebote** haben die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Abänderungsangebote können sich nur auf technische Aspekte von Teilen der Leistung beziehen. Abänderungsangebote sind als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen. Für jedes Abänderungsangebot ist vom Bieter je ein Gesamt-Abänderungsangebotspreis zu bilden.*[Hervorhebungen jew. dch. d. Verf.]

Hier wird noch einmal der Hinweis auf die Verpflichtung zur Erfüllung der Mindestanforderungen des Auftraggebers durch den Bieter verwiesen. Darüber hinaus stellen § 106 Abs. 4 S. 1, 2 und Abs. 5 S. 1, 2 BVergG ausdrücklich klar, dass das vom Bieter eingereichte abweichende Angebot **gleichwertig mit dem Hauptangebot sein muss** und in beiden Fällen – sowohl beim Alternativ- als auch beim Abänderungsangebot – der Bieter den Nachweis der Gleichwertigkeit zu führen hat. Eine solche explizite Regelung fehlt im deutschen Vergaberecht, abgesehen von den Vorgaben in den Einheitlichen Vergangungsmustern EVM(B) BwB/E bzw. EVM(B) BwB/E EG in Teil II des Vergabehandbuchs Bund.²⁹⁵ Das Erfordernis der Gleichwertigkeit ergibt sich hier nur auf Grund der Rechtsprechung und Entscheidungspraxis der Vergabekammern und -senate. Die Frage des Gleichwertigkeitserfordernisses im deutschen Vergaberecht wird unten im Rahmen der Wertung von Nebenangeboten noch ausführlich erörtert.²⁹⁶

Gemäß **§ 108 Abs. 1 Nr. 8 BVergG** muss jedes Angebot „allfällige Alternativ- oder Abänderungsangebote“ enthalten. **§ 111 Abs. 1 BVergG** trifft eine ausdrückliche Regelung für die Frage, inwieweit ein Bieter **Vergütung für die Ausarbeitung seines Angebots** erhält. Auch hierfür enthält die deutsche VOB/A keine Vorgabe. Diese Frage stellt sich insbesondere für Nebenangebote („Alternativ- und Abänderungsangebote“), da der Aufwand für deren Ausarbeitung wesentlich höher ist als für das Bepreisen eines bereits vollständig erstellten Leistungsverzeichnisses, wie dies im Rahmen eines Hauptangebots vom Bieter zu leisten ist. Diesbezüglich besagt § 111 Abs. 1 BVergG zunächst, dass Angebote „grundsätzlich ohne gesonderte Vergütung zu erstellen“ sind. Weiter lautet die Vorschrift in Satz 2: *„Die Kalkulation und alle hierzu erforderlichen Vorarbeiten, das Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses und die Erstellung von Alternativ- oder Abänderungsangeboten sind nicht als besondere Ausarbeitungen im Sinne des Abs. 3 anzusehen.“*

In **§ 118 BVergG** geht es um die Formalia bei der **Öffnung der Angebote**. Nach Abs. 5 sind auch aus Alternativ- und Abänderungsangeboten umfangreiche Angaben zu verlesen und in der Niederschrift über den Eröffnungstermin festzuhalten. Dies sind etwa Name, Sitz, Gesamtpreis, „wesentliche Erklärungen des Bieters“, „sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis relevante in Zahlen ausge-

²⁹⁵ Vgl. dazu oben V;

²⁹⁶ Siehe unten Teil 3 E V;

drückte sonstige Bieterangaben, deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist (...)“ sowie „aus Schreiben der Bieter, mit welchen einzelne Preise oder der Gesamtpreis abgeändert werden, (...) nur die geänderten einzelnen Einheits- oder Positionspreise sowie der geänderte Gesamtpreis oder Angebotspreis“. Die zu verlesenden Angaben im Rahmen des Eröffnungstermins gehen damit deutlich über das hinaus, was gemäß § 22 VOB/A in Deutschland im Eröffnungstermin durch den Auftraggeber bekannt zu geben ist.

§ 126 Abs. 1 des österreichischen Bundesvergabegesetzes gibt vor, was der Auftraggeber zu unternehmen hat, wenn sich bei der Prüfung von Alternativ- oder Abänderungsangeboten „**Unklarheiten über das Angebot** (...) oder über die geplante Art der Durchführung“ ergeben oder „Mängel“ in dem Angebot festgestellt werden, „sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind“. Dann hat der Auftraggeber „*vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.*“ Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind darüber hinaus nach § 127 Abs. 1 BVergG nur „zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit“ zulässig sowie zum Einholen von Auskünften, „*die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung von Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind*“. Abs. 2 ermöglicht bei Alternativ- und Abänderungsangeboten zusätzlich „Erörterungen, die unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende geringfügige Änderungen der Preise betreffen“, soweit die Grundsätze des § 19 Abs. 1 BVergG gewahrt werden.²⁹⁷

Nach **§ 129 Abs. 1 Nr. 7 BVergG** muss der Auftraggeber Alternativ- und Abänderungsangebote **zwingend ausscheiden**, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen. Dies gilt ferner, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertig mit dem Hauptangebot sind oder die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

Weitere Vorgaben speziell zu Alternativ- und Abänderungsangeboten finden sich im 8. Abschnitt, z.B. in §§ 255 und 257. Diese betreffen im Gegensatz zu den vorigen Abschnitten Vergabeverfahren über den EU-Schwellenwerten, auf die somit gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen anzuwenden sind. Inhaltlich ergeben sich jedoch

²⁹⁷ Dort ist geregelt, dass die nach dem österreichischen Bundesvergabegesetz durchzuführenden Verfahren die europäischen gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter zu beachten und zu wahren hat;

keine Unterschiede zu den oben beschriebenen Vorgaben aus den übrigen Abschnitten. Die Regelungen stimmen insoweit überein.

D) Zeitpunkt, Gültigkeit und mögliche Inhalte von Nebenangeboten

I. Zeitraum für die Abgabe

In der Baurechtspraxis besteht vereinzelt Streit darüber, ob einem konkreten Bauvertrag ein Nebenangebot zu Grund lag oder nicht. Dieser Streit ist nicht nur akademischer Natur: Das oben dargestellte Beispiel²⁹⁸ verdeutlichte bereits, dass die Antwort auf diese Frage nicht selten über Millionenbeträge und möglicherweise damit sogar über wirtschaftliche Existenzen entscheiden kann.

In dem geschilderten Fall hatte ein Bieter zunächst ein Nebenangebot abgegeben, das auch richtig im Sinne des § 21 Nr. 3 VOB/A als solches gekennzeichnet war. Der Auftraggeber hatte dieses Nebenangebot zurückgewiesen und den Zuschlag auf das Hauptangebot des Bieters erteilt. Nach Vertragsschluss hatte sich der Auftraggeber des alternativen Bauverfahrens aus dem Nebenangebot des früheren Bieters und nunmehrigen Auftragnehmers besonnen und diesen aufgefordert, das ursprüngliche Nebenangebot wieder „aufzuwärmen“ und ein Angebot über eine Ausführung nach diesem Verfahren beim Auftraggeber einzureichen. Der Auftraggeber beauftragte schließlich dieses Angebot mit dem alternativen Verfahren. Als es im Rahmen der Ausführung zu massiven Problemen kam, sahen Auftraggeber und Auftragnehmer den Verantwortlichen jeweils im anderen Vertragspartner. Der Auftraggeber argumentierte, es sei ein Nebenangebot des Auftragnehmers umgesetzt worden, der Auftragnehmer verwies darauf, dass sein Nebenangebot ja zunächst vom Auftraggeber abgelehnt worden, mithin nicht mehr existent gewesen sei.

Die obigen Ausführungen zur Abgrenzung zwischen dem Nebenangebot und dem Nachtragsangebot haben bereits gezeigt, dass **bezüglich der möglichen Zeitpunkte für ein Nebenangebot eine klare Eingrenzung** besteht: Ein Nebenangebot ist **nur möglich im Rahmen des Vergabeverfahrens** und damit nur **bis zur Erteilung des Zuschlags**, also dem Abschluss des Bauvertrags, der das Ende des Vergabeverfahrens markiert.²⁹⁹

²⁹⁸ Vgl. die ausführliche Darstellung oben Teil 1 A II, 9. im Rahmen der Abgrenzung des Nebenangebots zum Nachtragsangebot;

²⁹⁹ Lampe-Helbig/Wörmann, Rdn. 285 f.;

Dies ergibt sich aus mehreren Aspekten: Zum einen handelt es sich, wie oben dargestellt, beim Nebenangebot um ein Angebot im Sinne der §§ 145 ff. BGB. Dessen Gültigkeit endet, wie im Folgenden noch ausführlich darzustellen sein wird, spätestens mit Abschluss des Bauvertrags, da in diesem Zeitpunkt der Auftraggeber entweder das Nebenangebot bezuschlagt oder ein anderes Angebot beauftragt und damit konkludent die anderen (Neben-)Angebote ablehnt.³⁰⁰ Zum anderen ergibt sich dies aus der Regelungssystematik der VOB: Vorgaben zum Nebenangebot finden sich ausschließlich in Teil A der VOB. Diese enthält „Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen“.³⁰¹

Im oben dargestellten Beispielsfall war das Nebenangebot damit in dem Augenblick erloschen, in dem der Auftraggeber es ausdrücklich zurückgewiesen hatte. Das später tatsächlich beauftragte Angebot erfolgte erst nach dem Zuschlag, also nach Ende des Vergabeverfahrens. Es konnte damit kein Nebenangebot mehr sein.

Auch innerhalb des Vergabeverfahrens kann ein Bieter nicht zeitlich unbegrenzt ein Nebenangebot abgeben. Praktisch entscheidend ist, welche **Angebotsfrist gemäß § 18 VOB/A** der Auftraggeber gesetzt hat. Die Angebotsfrist umfasst den Zeitraum, der dem Bieter für die Bearbeitung und das Einreichen des Angebots zur Verfügung steht.³⁰² Nach § 18 Nr. 3 VOB/A können Angebote nur eingereicht werden bis zum Ablauf der Angebotsfrist. Dies gilt nicht nur für Hauptangebote, sondern ebenso für Nebenangebote, obgleich diese einen erheblich größeren Bearbeitungsaufwand erfordern – der Bieter muss nicht nur die Preise kalkulieren und in das vom Auftraggeber vorgegebene Leistungsverzeichnis eintragen, sondern erst noch eigenen Planungsaufwand betreiben, um eine Variante zu den vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungen überhaupt anbieten zu können. Die Angebotsfrist **läuft gemäß § 18 Nr. 2 VOB/A ab, sobald im Eröffnungstermin der Verhandlungsleiter mit der Öffnung der Angebote beginnt**. Ab diesem Zeitpunkt ist eine Abgabe von Nebenangeboten nicht mehr möglich.

Der Bieter kann in einem Vergabeverfahren also bis zum Ablauf der Angebotsfrist im Sinne des § 18 Nr. 2 VOB/A ein Nebenangebot abgeben.

II. Geltungsdauer und Bindung des Bieters

In Zusammenhang mit Nebenangeboten stellt sich in besonderer Weise auch die Frage von deren Geltungsdauer. In obigem Beispielsfall hatte der Auftraggeber den Inhalt des Nebenangebots erst nach Abschluss des Bauvertrags beauftragt. In anderen Fällen mag sich der Bieter, der ein Nebenangebot eingereicht hat, möglicherwei-

³⁰⁰ Prütting/Wegen/Weinreich, § 146, Rdn. 1;

³⁰¹ Im Gegensatz dazu enthält Teil B der VOB „Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“ (Hervorhebg. d. d. Verf.)

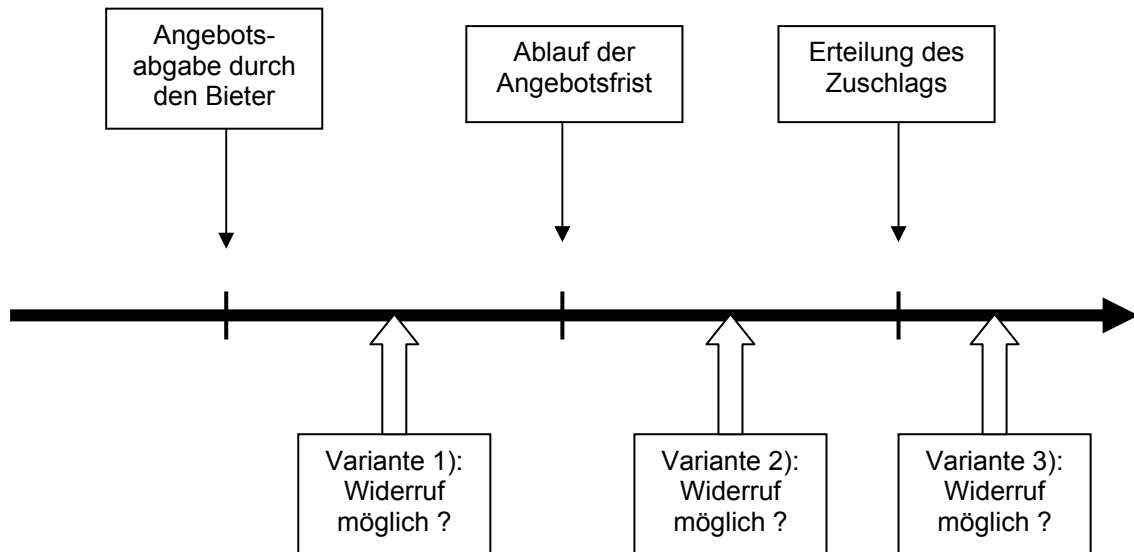
³⁰² Motzke/Pietzcker/Prieß, § 18, Rdn. 2;

se noch während des laufenden Vergabeverfahrens „eines Besseren besinnen“ – eventuell stellt er fest, dass er sich doch „verkalkuliert“ hat und das von ihm alternativ vorgeschlagene Verfahren doch nicht funktioniert oder er hat inzwischen von einer anderen Baustelle die Erfahrung, dass der abweichend angebotene Baustoff nicht wie geplant geeignet ist für die Ausführung der nachgefragten Bauleistung.

Denkbar ist in der Praxis folgender **Beispielfall**: Ein Auftraggeber schreibt für eine großflächige Betonaußenmauer einen dreilagigen Schutzanstrich aus. Der Bieter hatte vor seiner Angebotsausarbeitung von einem Farbenhersteller einen neuartigen Schutzanstrich vorgestellt bekommen, der pro Lage einen deutlich besseren Schutzeffekt bewirken sollte als herkömmliche, in solchen Fällen eingesetzte Schutzanstriche. Auf Grund dessen bietet der Unternehmer in Form eines Nebenangebots an, den geforderten Schutz statt mit der ursprünglich in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Farbe in drei Lagen mit der neuartigen Farbe mit nur zwei Anstrichen erzielen zu können. Der Bieter müsste die große Fläche der Betonmauer in Folge dessen nur zwei Mal statt drei Mal streichen. Er braucht weniger Farbe, weniger Zeit und kann dadurch einen deutlich niedrigeren Endpreis in seinem Angebot ansetzen. Während er bei einem Dreifachanstrich im Hauptangebot eine Angebotssumme von 30.000 EUR errechnet hätte, kann er die Leistung in seinem Nebenangebot nun mit 25.000 EUR anbieten. Nach Abgabe des Nebenangebots allerdings tritt eine der folgenden Störungen ein:

- Der Auftragnehmer bemerkt, dass er sich verschrieben/verrechnet hat: Statt der errechneten 25.000 EUR hat er einen Preis von 20.000 EUR angeboten.
- Der Farbenhersteller informiert den Bieter, dass sich in der Praxis beim Einsatz des neuen Schutzanstrichs auf Beton Probleme ergeben haben – in einigen Fällen sei die Farbe bereits nach wenigen Wochen abgeblättert.
- Der Auftragnehmer stellt auf Grund ihm zugangener Informationen fest, dass sein Angebot auch noch das günstigste gewesen wäre, wenn seine Angebotssumme auf 28.000 EUR gelautet hätte. Nun sucht er nach einer Möglichkeit, nachträglich den höheren Angebotspreis einzubringen.

Auf einem grafischen Zeitstrahl stellt sich die Fallfrage wie folgt dar:



In allen Fallvarianten stellt sich die Frage, ob der Bieter noch eine Möglichkeit hat, sein Nebenangebot zu korrigieren bzw. abzuändern beziehungsweise inwieweit und wie lange der Bieter an sein Nebenangebot gebunden ist.

1. Vorgaben der §§ 145 ff. BGB

Nach § 145 BGB ist der Antrag – damit das (Neben-)Angebot – eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 BGB, die mit dem Zugang beim Empfänger wirksam wird. Der Bieter gibt mit seinem **Nebenangebot** eine **verbindliche Erklärung** ab, dem Auftraggeber das von diesem gewünschte Werk, also den von ihm geforderten Erfolg, in anderer, vom Bieter ausgearbeiteter Form zu den vom Bieter angebotenen Preisen erbringen zu wollen.³⁰³ Der Bieter offenbart mit seiner Angebotserklärung gegenüber dem potenziellen Auftraggeber damit einen **rechtlichen Bindungswillen**, sich an das binden zu wollen, was er im Angebot erklärt hat.

Ein entscheidendes Merkmal ist dabei nach den Grundsätzen des BGB die **Unwideruflichkeit des Angebots** innerhalb der Annahmefrist.³⁰⁴ Dies ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass es sich beim Angebot, wie oben ausgeführt, um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Bieters handelt. Die **Bindung des Bieters** an einen Antrag **beginnt** nach der grundsätzlichen Regelung im BGB in dem Augenblick, in dem seine Erklärung dem Auftraggeber im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB **zugeht**. Jedenfalls **bis zu diesem Zeitpunkt** des Zugangs beim Auftraggeber kann der Bieter bereits nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB sein Nebenangebot wirksam **widerrufen**. Die Erklärung des Nebenangebots wird also dann bereits nicht wirksam,

³⁰³ Dähne/Schelle, S. 89 f.;

³⁰⁴ Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, S. 283, § 6, Rdn. 20 f.; Palandt/Heinrichs, § 145, Rdn. 3;

wenn dem Auftraggeber vorher oder gleichzeitig mit dem Zugang des Nebenangebots ein Widerruf zugeht.³⁰⁵

Die Antwort auf die Frage der Geltungs- und Bindungsdauer eines Nebenangebots nach dessen Zugang beim Auftraggeber ergibt sich aus mehreren Aspekten: Zum einen handelt es sich beim Nebenangebot um ein **Angebot im Sinne des § 145 BGB**.³⁰⁶ Als solches **erlischt das Nebenangebot** nach den elementaren vertragsrechtlichen Bestimmungen des BGB entweder, **wenn es vom Auftraggeber abgelehnt (§ 146 1. Alt. BGB) oder nicht rechtzeitig im Sinne der §§ 147 bis 149 BGB angenommen wird (§ 146 2. Alt. BGB)**. Zu beachten ist dabei, dass die **Ablehnung eines (Neben-)Angebots** eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Auftraggebers im Sinne des § 130 BGB und zugleich ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt.³⁰⁷ Voraussetzung einer wirksamen Ablehnung ist daher, dass der Auftraggeber die Ablehnungserklärung abgegeben hat und diese dem Bieter zugegangen ist.³⁰⁸ Daran ändert sich nach § 130 Abs. 3 BGB auch nichts, wenn es sich beim Empfänger des Nebenangebots um eine Behörde handelt, wie es im Vergabeverfahren bei einem öffentlichen Auftraggeber regelmäßig der Fall ist. Wenn Staat, Land, Kreis oder Gemeinde als Auftraggeber auftreten, werden diese notwendigerweise durch Behörden gegenüber den Bietern und späteren Auftragnehmern vertreten.

Der in der Vergabep Praxis im Bauwesen am häufigsten in Erscheinung tretende Fall ist die Ablehnung eines **(Neben-)Angebot durch eine Benachrichtigung im Sinne des § 27 VOB/A** an den Bieter, das so genannte Absageschreiben, das in der Regel auf einem Formblatt vorgenommen wird.³⁰⁹ Nach § 27 Nr. 1 Satz 1 VOB/A sollen bereits im Vorfeld der Zuschlagserteilung auf ein anderes Angebot diejenigen Bieter verständigt werden, deren Angebot nach § 25 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen wurde oder deren Angebot nicht in die engere Wahl gekommen ist. § 27 Nr. 1 Satz 2 VOB/A verpflichtet den Auftraggeber, die übrigen Bieter zu verständigen, sobald der Zuschlag erteilt worden ist.

Nach den Grundsätzen des BGB wäre der **Bieter an sein Nebenangebot grundsätzlich gebunden, bis dieses nach den obigen Grundsätzen erlischt**.³¹⁰ Die VOB/A enthält diesbezüglich aber **Sonderregelungen** in den **§§ 18 und 19 VOB/A**.

2. Sonderregelungen der Binde- und Zuschlagsfristen nach VOB/A
Die **Erlöschenstatbestände der §§ 147, 148 BGB spielen im Vergaberecht eine große Rolle**. Nach § 147 Abs. 1 S. 1 BGB könnte ein Nebenangebot grundsätzlich

³⁰⁵ *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, S. 285, § 6, Rdn. 28;

³⁰⁶ Das BGB bezeichnet das Angebot als „Antrag“;

³⁰⁷ *Palandt/Heinrichs*, § 146, Rdn. 1; *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 146, Rdn. 1;

³⁰⁸ *Palandt/Heinrichs*, § 130, Rdn. 2; *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 130, Rdn. 8;

³⁰⁹ *Dähne/Schelle*, S. 23;

³¹⁰ *Palandt/Heinrichs*, § 145, Rdn. 3; *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 145, Rdn. 10;

nur sofort angenommen werden. Damit wäre ein Nebenangebot in einem grundsätzlich mehrere Wochen dauernden Vergabeverfahren nicht denkbar, da es bereits längst erloschen wäre, bis der Auftraggeber nach Prüfung und Wertung den Zuschlag erteilen könnte. Nach § 148 BGB kann ein Nebenangebot jedoch in dem Fall, in dem der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt hat, nur innerhalb dieser Frist angenommen werden. Dies eröffnet für den Auftraggeber die Möglichkeit, ein (Neben-)Angebot nicht sofort annehmen zu müssen, sondern die Entscheidung darüber innerhalb der längeren Frist treffen zu können.

Die für die Baupraxis und ebenso für Nebenangebote entscheidenden Regelungen finden sich in **§§ 18 und 19 VOB/A**. § 18 VOB/A regelt die „Angebotsfrist, Bewerbungsfrist“. § 19 VOB/A beschreibt die „Zuschlags- und Bindefrist“.

Zur Bindung des Bieters an ein Nebenangebot gibt § 19 Nr. 3 VOB/A vor: *„Es ist vorzusehen, dass der **Bieter bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden ist (Bindefrist)**.*“ Hier nimmt die VOB/A sozusagen eine „Legaldefinition“ des Begriffs der Bindefrist vor. Sie bildet den Zeitraum, in dem der Bieter an sein Angebot gebunden ist. Abweichend von der Grundsystematik des § 145 BGB beginnt die rechtliche Bindung des Bieters an sein Nebenangebot nicht bereits mit der faktischen Einreichung beim Auftraggeber, sondern erst in dem Zeitraum, in dem der Auftraggeber gemäß § 22 VOB/A die Angebote öffnet: Die **Bindefrist beginnt erst mit dem Eröffnungstermin und endet mit dem Ende der Zuschlagsfrist**.³¹¹ Sie ist damit identisch mit der Zuschlagsfrist im Sinne des § 19 Nr. 1 VOB/A.³¹²

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist, also bis zur Öffnung des ersten Angebots im Eröffnungstermin, kann der Bieter sein Angebot, damit auch seine Nebenangebote, auf Grund der ausdrücklichen Regelung in § 18 Nr. 3 VOB/A jederzeit zurücknehmen. Nach Öffnung und Verlesung der Angebote im **Eröffnungstermin** kann der Bieter sein Angebot nicht mehr zurückziehen. Er ist **ab diesem Zeitpunkt an sein Angebot** gegenüber dem Auftraggeber **gebunden** und kann dieses dann allenfalls durch eine wirksame Anfechtung³¹³ beseitigen.³¹⁴

Der Ablauf der **Zuschlags- und Bindefrist** bedeutet nicht automatisch das Ende des Vergabeverfahrens, da der Auftraggeber diese Fristen im Einvernehmen mit dem Bieter **verlängern kann**.³¹⁵ Eine Bindung des Bieters kann der Auftraggeber jedoch nur erreichen, wenn in den Vergabeunterlagen – regelmäßig in der Aufforderung zur

³¹¹ Heiermann/Riedl/Rusam, § 19 VOB/A, Rdn. 1 f.;

³¹² Motzke/Pietzcker/Prieß, § 19, Rdn. 6;

³¹³ Siehe unten 3.;

³¹⁴ Lampe-Helbig/Wörmann, Rdn. 238; Kapellmann/Messerschmidt, § 19 VOB/A, Rdn. 17;

³¹⁵ Motzke/Pietzcker/Prieß, a.a.O., Rdn. 7;

Angebotsabgabe – und im Angebotsschreiben das Ende der Zuschlagsfrist angegeben ist.³¹⁶

Ein Bieter ist demnach, unabhängig vom Zeitpunkt der tatsächlichen Abgabe seines Nebenangebots, nur während der Bindefrist an dieses gebunden. Diese Bindefrist gemäß § 19 Nr. 3 VOB/A beginnt mit Öffnen der Angebote im Eröffnungstermin nach § 22 VOB/A und endet mit Ablauf der Zuschlagsfrist nach § 19 Nr. 2 VOB/A. Während dieser Zeit kann der Bieter sein Nebenangebot allenfalls durch eine wirksame Anfechtung beseitigen.

Für den Beispielsfall oben II. (Nebenangebot mit alternativem Schutzanstrich) bedeutet das: Der Bieter kann sein Nebenangebot jederzeit zurückziehen bis zum Öffnen der Angebote im Eröffnungstermin. Stellt er erst danach fest, dass er sich „verkalkuliert“ hat, hat er außer einer Anfechtung keine Möglichkeit mehr, sich von seinem Nebenangebot zu lösen.

3. Anfechtung eines Nebenangebots

Während der Bindung an sein Nebenangebot³¹⁷ kann sich der Bieter nur durch Anfechtung davon lösen. Diese folgt wie bei Hauptangeboten auch im Fall eines Nebenangebots den allgemeinen Regeln der Anfechtung von Willenserklärungen, §§ 119 ff. BGB. Eine **Anfechtung** ist demnach **nur möglich, wenn ein zulässiger Anfechtungsgrund vorliegt**. Insoweit bestehen keine Besonderheiten für Nebenangebote.³¹⁸

Von Bedeutung für Nebenangebote ist insbesondere, dass ein **Preis- oder Kalkulationsirrtum nicht zu einer Anfechtung berechtigt**, da im Rahmen eines Nebenangebots eine ungleich größere Gefahr besteht, dass sich der Bieter insoweit „verkalkuliert“. Eine Anfechtung ist nur möglich, wenn der im Angebot eingetragene Angebotspreis nicht dem wirklichen Willen des Bieters entspricht oder wenn die Abweichung des wirklichen vom erklärten Willen aus dem Inhalt des Angebots erkennbar und anzunehmen ist, dass der Bieter bei Kenntnis dieser Sachlage und verständiger Würdigung des Falles den auf Irrtum beruhenden Preis nicht angeboten hätte. Es muss sich also um einen Inhalts- oder Erklärungsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB handeln.³¹⁹ Im Fall eines Hauptangebots ist die Gefahr, dass dem Bieter ein Irrtum bei der Ausstellung seines Angebots unterläuft, letztlich systematisch nur bei den Preiseinträgen möglich, da der übrige Inhalt des Angebots bereits vom Auftraggeber vorgegeben worden war.

³¹⁶ EVM(B)A und EVM(B)Ang, Anhang II; *Lampe-Helbig/Wörmann*, Rdn. 238;

³¹⁷ Siehe oben 2.;

³¹⁸ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 19 VOB/A, Rdn. 18; *Lampe-Helbig/Wörmann*, Rdn. 238;

³¹⁹ *Daub/Piel/Soergel*, § 23 VOB/A, Rdn. 23.20 ff.; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 23, Rdn. 23; *Hereth/Naschold*, EzA 23.20;

Im Fall eines Nebenangebots besteht eine größere Gefahr eines Irrtums deshalb, da der Bieter hier auch den gesamten Leistungsinhalt zu formulieren hat. Die Anfechtungsmöglichkeit ist jedoch nur insoweit „erweitert“, dass der Bieter auch wirksam anfechten kann, wenn ihm bei der Formulierung der Leistungen ein Inhalts- oder Erklärungsirrtum unterläuft. Im Übrigen ist dem Bieter auch beim Nebenangebot eine Anfechtung nicht wirksam möglich. Stellt der Bieter nach Öffnung der Angebote fest, dass er einem Preis- oder Kalkulationsirrtum³²⁰ unterlegen ist, bleibt ihm der Weg zur Anfechtung ebenfalls versperrt. Er kann sich also nicht darauf berufen, dass er für das von ihm als Nebenangebot in die Vergabe eingeführte Verfahren oder den alternativen Baustoff versehentlich einen zu niedrigen Preis errechnet und angeboten hat.

Eine mögliche Korrektur jenseits der Anfechtung im Sinne der §§ 119 ff. BGB eröffnet sich für den Bieter in einem solchen Fall jedoch möglicherweise im Rahmen der Angebotswertung: Führt nämlich ein Preis- oder Kalkulationsirrtum zu einem unangemessen niedrigen Angebotspreis, muss der Auftraggeber ein solches Nebenangebot bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen nach § 25 Nr. 3 Abs. 1, 2 VOB/A ausscheiden.³²¹ Führt ein Kalkulationsirrtum des Bieters zu einem überhöhten Angebotspreis eines Nebenangebots, wird dies für den Bieter möglicherweise ebenso nach § 25 Nr. 3 Abs. 1, 2 VOB/A folgenlos bleiben, wenn dieses Nebenangebot dann im wertenden Vergleich zu den übrigen Angeboten einen unangemessen hohen Preis aufweist.

In dem obigen Fall des Verschreibens besteht nach den obigen Ausführungen innerhalb der Bindefrist allenfalls die Möglichkeit zur Anfechtung seines Nebenangebots wegen eines Erklärungsirrtums. Hat sich der Bieter verrechnet, liegt ein unbeachtlicher Kalkulationsirrtum vor. Im Fall der nachträglichen Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit des per Nebenangebot offerierten Produkts gilt dies ebenso – der Bieter ist an sein Nebenangebot gebunden. In der Praxis wird es sicherlich im Interesse auch des Auftraggebers liegen, dass das Angebot einvernehmlich aus dem Wettbewerb genommen wird. Stellt der Bieter nachträglich fest, dass sein Nebenangebot auch mit einem höheren Preis noch das günstigste gewesen wäre, ist dies ebenso wie bei einem Hauptangebot das typische Wettbewerbsrisiko des Bieters. Eine Korrekturmöglichkeit besteht in dieser Phase nicht mehr.

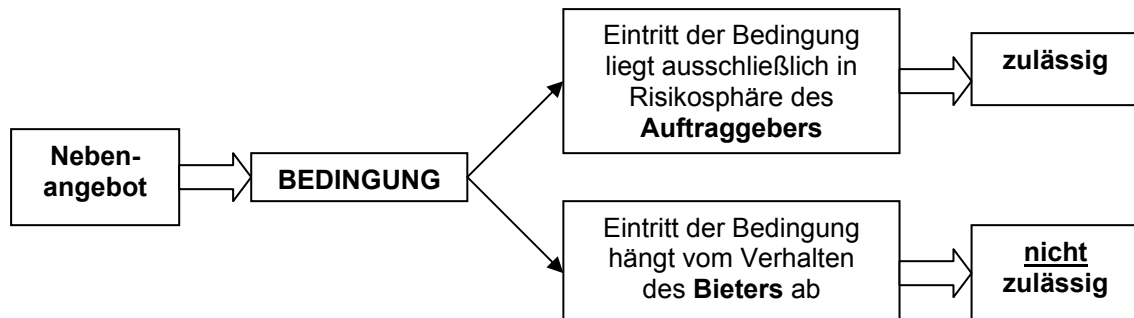
III. Nebenangebote unter Bedingungen

Es ist denkbar, dass ein Bieter ein **Nebenangebot** abgibt, **dessen Umsetzbarkeit** im Falle einer Beauftragung noch **vom Eintritt einer Bedingung abhängig ist**. Bei

³²⁰ Die h.M. stellt den verdeckten und den offenen Kalkulationsirrtum inzwischen gleich und behandelt beide als unbeachtlichen Motivirrtum; angesichts dessen soll diese Diskussion hier nicht weiter vertieft werden, da bezüglich des Nebenangebots insoweit keine Besonderheiten bestehen; vgl. dazu vertiefend *Palandt/Heinrichs*, § 119, Rdn. 18 ff.;

³²¹ Vgl. VHB-Richtlinie 1.5.3; *Lampe-Helbig/Wörmann*, Rdn. 238 und 266;

der Frage, inwieweit derartige bedingte Nebenangebot zulässig sind, ist **zu unterscheiden nach der Risikosphäre, in der der Eintritt der Bedingung liegt**: Nebenangebote, die eine Bedingung enthalten, deren Eintritt allein in der **Sphäre des Auftraggebers** liegt, sind grundsätzlich **zulässig**. Nebenangebote, bei denen der Eintritt der Bedingung **von einem Verhalten des Bieters abhängt**, sind **unzulässig**.³²²



Reicht ein Bieter beispielsweise ein Nebenangebot ein, bei dessen vorgesehener Leistung die Möglichkeit einer Ausführung von der Bedingung abhängt, dass die zuständige Behörde die erforderliche Genehmigung erteilt, liegt ein Fall einer zulässigen Bedingung vor: Die **behördliche Genehmigung** hat der Auftraggeber gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B einzuholen. Der Eintritt der Bedingung hängt damit nicht vom Verhalten des Bieters ab, sondern ist Aufgabe des Auftraggebers. Zwar hat es auch dieser nicht in der Hand, ob die Genehmigung tatsächlich von der Behörde erteilt wird, und er kann die Erteilung auch nicht unmittelbar selbst herbeiführen. Entscheidend bleibt jedoch, dass die Einholung in der **Risikosphäre des Auftraggebers** liegt.³²³ Allerdings ist Voraussetzung, dass die Einholung der erforderlichen Genehmigung tatsächlich Aufgabe des Auftraggebers im Sinne des § 4 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B ist. Dies trifft nur für öffentlich-rechtliche Genehmigungen zu, die das in Auftrag gegebene Werk an sich treffen, z.B. Planfeststellungsbeschluss und Baugenehmigung. Genehmigungen, die den Betrieb der Baustelle betreffen, etwa öffentlich-rechtliche Transportgenehmigungen für Schwertransporte von großen Fertigteilen, die im Nebenangebot zum Einbau vorgesehen werden o.ä., sind regelmäßig vom Bieter bzw. Auftragnehmer zu besorgen.³²⁴

Die Vergabestelle hat insoweit eine **Prognoseentscheidung** zu treffen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass für den Nichteintritt der Bedingung keine Auffangregelung im Vertrag vorgesehen ist, der Eintritt der Bedingung in der Risikosphäre des Bieters liegt und die Wertung eines Nebenangebots die Stellung des Bieters im

³²² Weyand, § 10 VOB/A, Ziff. 4377; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 31.10.2001, 1VK 36/01;

³²³ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.10.2002, 1 VK 53/02; Weyand, a.a.O.;

³²⁴ Dähne/Schelle, S. 967;

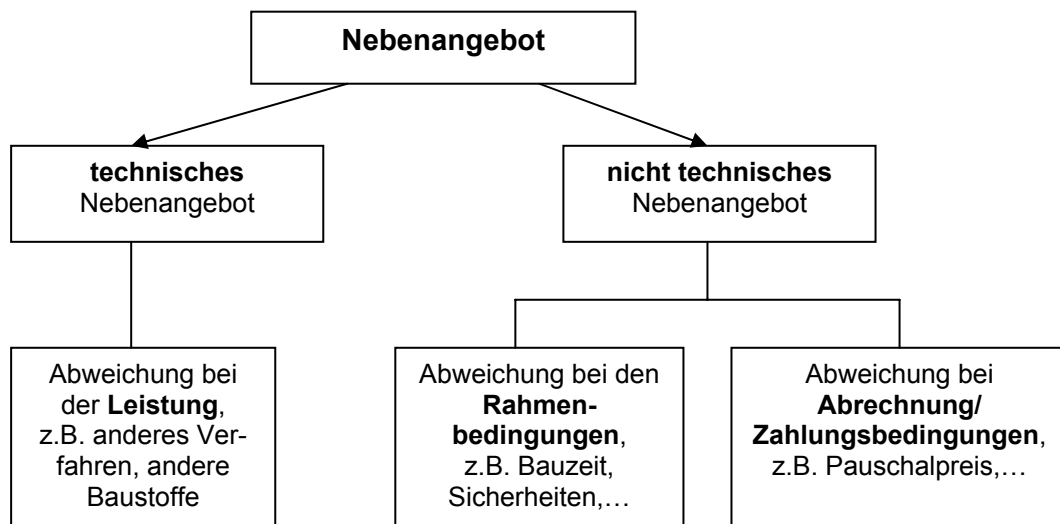
Wettbewerb beeinflusst. In diesem Fall sind an die Prognoseentscheidung des Auftraggebers extrem hohe Anforderungen zu stellen, so dass der Nichteintritt der Bedingung nahezu ausgeschlossen ist.³²⁵

IV. Inhalte von Nebenangeboten

Aus der obigen Definition hat sich bereits ergeben, dass ein Nebenangebot in jedem Fall eine Abweichung von den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers und damit vom Hauptangebot beinhaltet.³²⁶ Eine Festlegung der Art der Abweichung ergibt sich aus der Definition nicht. Diese kann **technischer Art** sein (z.B. Angebot einer anderen Ausführungsmethode oder anderer Baustoffe und Bauteile) oder sich auf **sonstige Vertragsbestimmungen** aus dem Amtsvorschlag beziehen (z.B. Zahlungsmodalitäten oder Bauzeit).³²⁷ In den letzteren beiden Fällen handelt es sich um ein **nicht technisches Nebenangebot**.³²⁸

Grundsätzlich gilt für den Inhalt von Nebenangeboten: Sie müssen so gestaltet sein, dass der Auftraggeber sie prüfen und werten und dabei feststellen kann, ob sie gleichwertig und für ihn zweckdienlich sind. Das ist nicht der Fall, wenn er seine Entscheidung erst nach weiteren, im Bietergespräch einzuholenden Informationen treffen kann.³²⁹

Folgende **Formen von Nebenangeboten** sind damit möglich:



³²⁵ VK Saarland, Beschluss vom 27.04.2004, 1 VK 2/2004; Weyand, a.a.O., Ziff. 4378;

³²⁶ Vgl. oben Teil A I;

³²⁷ Kapellmann/Messerschmidt, § 21 VOB/A, Rdn. 33;

³²⁸ u.a. VK Niedersachsen, Beschluss vom 13.02.2002, 1/SVK/2-02; ZfBR 202, 394;

³²⁹ BayObLG, Urteil vom 24.10.2000, Verg 6/00 = BauR 2001, 92 = ZfBR 2001, 118 = IBR 2001, 36;

Die einzelnen Formen von Nebenangeboten werden in der VOB/A nicht ausdrücklich unterschieden. Dort ist allgemein jeweils nur die Rede von „Nebenangeboten“. In der praktischen Handhabung ergeben sich jedoch insbesondere bezüglich von Nebenangeboten in Form abweichender Zahlungsbedingungen einige Besonderheiten, die im Folgenden zu untersuchen sind.

1. Technische Nebenangebote

Bei technischen Nebenangeboten **betrifft die vom Bieter vorgenommene Abweichung die Leistung**. Es handelt sich um die „klassische Form“ des Nebenangebots, auf das die oben bereits angesprochenen Vorteile für Bieter und Auftraggeber zutreffen wie Förderung der bautechnischen Innovation oder die Möglichkeit insbesondere für spezialisierte Unternehmen, ihr Know-how zur Erhöhung der Zuschlagschancen einzusetzen.³³⁰ Entscheidendes Kriterium bei der Wertung von technischen Nebenangeboten ist die Frage, inwiefern diese mit der ausgeschriebenen Leistung gleichwertig sind.³³¹ Eine technische Alternative zur ausgeschriebenen Leistung muss so klar und umfassend beschrieben sein, dass der Auftraggeber die Vereinbarkeit mit den Ausschreibungsbedingungen und die Eignung der alternativ angebotenen Leistung für den vorgesehenen Zweck beurteilen kann.³³² Im Streitfall wird diese Frage unter Umständen nicht von einem Richter beurteilt werden können, sondern der Klärung durch einen Sachverständigen unterzogen werden müssen.

1.1 Umfang der Abweichung

Bezüglich des **Umfangs und der Reichweite der Abweichung** in technischer Hinsicht bestehen grundsätzlich **keine Beschränkungen**. Der Bieter kann im Rahmen seines Nebenangebots sowohl nur einzelne Leistungsbestandteile der Verdingungsunterlagen als auch technisch grundlegende in sich geschlossene Leistungsteile oder aber die Ausführung der gesamten Leistung abändern.³³³ Ein Teil der Literatur unterscheidet, in diesem Zusammenhang das Nebenangebot als Fall einer vollumfänglichen technischen Abweichung vom Änderungsvorschlag, bei dem sich die Abweichung nur auf einen Teil der ausgeschriebenen Leistung bezieht.³³⁴ Der Änderungsvorschlag stelle insoweit eine „Teilalternative technischer Art“ dar.³³⁵ Nachdem sich die Behandlung im Vergabeverfahren jedoch vom technischen Nebenangebot im Übrigen nicht unterscheidet, ist die Unterscheidung letztlich ohne Bedeutung.

³³⁰ Schweda, VergR 2003, 268; Marbach in: Festschrift für Vygen, S. 241;

³³¹ Vgl. u.a. BayObLG, Beschluss vom 02.12.2002, Verg 24/02; VK Sachsen, Beschluss vom 14.12.2001, 1/SVK/123-01; diese Problematik wird unten in Teil 3 E V 5 im Rahmen der Ausführungen zur Wertung von Nebenangeboten ausführlich dargestellt;

³³² VÜA Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 09.10.1997, 424-84-41-13/s.6k; IBR 1998, 185;

³³³ Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 28; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 10, Rdn.19; OLG Celle, NZBau 2000, 105 f.;

³³⁴ Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 71;

³³⁵ Kapellmann/Messerschmidt, § 21 VOB/A, Rdn. 33; Dähne/Schelle, S. 58;

1.2 Art der Abweichung

Mögliche Varianten eines technischen Nebenangebots bestehen vor allem in der **Abänderung des vom Auftraggeber vorgesehenen Bauverfahrens** oder im **Angebot von den Verdingungsunterlagen abweichender Baustoffe und Baumaterialien**. Die Möglichkeiten für die Bieter, technische Nebenangebote auszuarbeiten, sind grundsätzlich vielfältig. Sie können sich aus dem Bereich der Bauphysik heraus bilden (Kriterien hinsichtlich Wärme, Feuchte, Schall o.ä.),³³⁶ aus der Bauchemie (Baustoffchemie, Einwirkungen auf die Baustoffe, Auswirkungen aus den Baustoffen auf andere Stoffe oder Konstruktionen u.ä.),³³⁷ aus dem Fachbereich der Verfahrenstechnik oder auch der Tragwerksrechnung.³³⁸ Einige **Beispiele**: Der Bieter bietet etwa den Einsatz einer Vortriebsmaschine beim Tunnelbau an statt der ausgeschriebenen Ausführung mit Hilfe von Sprengen und Bohren, Lockerungssprengungen zum Aushub eines Rohrgrabens statt dem ausgeschriebenen Fräsen, die Anwendung des Microtunnelingverfahrens statt der Verlegung einer Rohrleitung im offenen Rohrgraben, eine andere Stärke von Bauelementen als ausgeschrieben, rostfreien statt gewöhnlichen Stahl, Isolierglas statt einem einfachen Bauglas, andere Dachziegel, eine zusätzliche Brückenstütze, eine alternative Straßenbefestigung oder Plastikrohre statt Gussrohre.³³⁹

Die Zulässigkeit eines Nebenangebots in Form einer vom Amtsentwurf abweichenden Bauweise setzt regelmäßig nicht voraus, dass der Auftraggeber diese alternative Bauweise ausdrücklich als zugelassen oder erwünscht bezeichnet hat.³⁴⁰ Dies erscheint logisch: Sinn und Zweck von Nebenangeboten im technischen Bereich ist gerade die Förderung der Innovation in Bezug auf das konkrete ausgeschriebene Bauvorhaben.³⁴¹ Vom Auftraggeber kann nicht durchwegs verlangt werden, dass er über die gleiche Fachkunde und Detailkenntnisse verfügt wie ein spezialisierter Bieter, beispielsweise ein Spezialtiefbauunternehmen oder ein Unternehmen, das eine bestimmte Verfahrens- oder Anlagentechnik entwickelt hat. Wenn ein Bieter im Rahmen der von ihm seinem Angebot beigefügten „technischen Vorbemerkungen“ andere Produkte anbietet als vom Auftraggeber ausgeschrieben, ist dies grundsätzlich als Nebenangebot zu werten, auch wenn es nicht ausdrücklich als solches bezeichnet ist.³⁴²

³³⁶ *Zilch/Diederichs/Katzenbach*, S. 1-75 ff.;

³³⁷ A.a.O., S. 1-92 ff.;

³³⁸ A.a.O., S. 1-113;

³³⁹ Beispiele z.T. entnommen aus *Dähne/Schelle*, S. 924; *Marbach*, a.a.O.;

³⁴⁰ OLG Celle, Beschluss v. 21.08.2003, 13 Verg 13/03; *Weyand*, § 10, Ziff. 4376;

³⁴¹ *Schmidt-Breitenstein* in: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 71 f.;

³⁴² VK Sachsen, Beschluss vom 05.11.1999, 1/SVK/20-99; Vergaberechtsreport 4/2000, 2; *Dähne* in: *IBR 2000*, 357;

1.3 Abweichung vom Leitfabrikat

Zu beachten ist, dass dann noch **kein Nebenangebot** vorliegt, wenn die technische Abweichung darin liegt, dass der Bieter ein Angebot einreicht, das nicht das ausgeschriebene **Leitfabrikat** oder –verfahren vorsieht, sondern ein anderes, das aber mit diesem **gleichwertig** ist.³⁴³ Der Auftraggeber ist auf Grund von § 9 Nr. 6, Nr. 10 VOB/A verpflichtet, produktneutral auszuschreiben, wenn nicht Besonderheiten des Falles ausnahmsweise die Festlegung der Leistungen auf ein bestimmtes Produkt oder Verfahren verlangen.³⁴⁴

Grundsätzlich ist es systematisch im Vergabeverfahren **Sache der Bieter**, auf Grund ihrer Sach- und Fachkunde die für die Ausführung der Leistung notwendigen und geeigneten **Bauverfahren und Bauprodukte auszuwählen**.³⁴⁵ Dies ergibt sich zum einen aus der Vorgabe in § 9 Nr. 6 VOB/A. Ferner korrespondiert dies mit der Regelung in § 4 Nr. 2 VOB/B, demgemäß der Auftragnehmer die Leistung eigenständig und selbstständig in eigener Verantwortung auszuführen hat. § 9 Nr. 10 VOB/A gibt ausdrücklich vor, dass der Auftraggeber nur ausnahmsweise und nur mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren ausschreiben darf. Voraussetzung ist demnach, dass *„eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen nicht möglich ist.“* Dies ist der Fall, wenn andere derartige Bezeichnungen nicht vorhanden sind, etwa, wenn der Name für ein Verfahren oder Produkt derart in den allgemeinen fachlichen Sprachgebrauch eingegangen ist, dass die Bezeichnung in der Weise bereits allgemeiner Standard ist und eine Umschreibung nicht hinreichend eindeutig die geforderte Leistung erfassen könnte.³⁴⁶ Dies ist in der Praxis beispielsweise der Fall bei Materialien wie der „Rigipsplatte“ oder bei Verfahren wie dem „Torkretieren“ für das Aufbringen von Spritzbeton. Beide Beispielsbegriffe leiten sich jeweils aus dem Namen des Unternehmens her, das das Material bzw. Verfahren entwickelt hat und vertreibt. Der Auftraggeber darf also grundsätzlich keine Markennamen oder Bezugsquellen in seinem Leistungsverzeichnis aufführen, sondern nur in diesen Ausnahmefällen.³⁴⁷ Auch die Regelungen der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen in der VOB Teil C belegt dies – u.a. nach DIN 18300, Abschnitt 3.1.1 ist die Wahl des Verfahrens bzw. der Geräte Sache des Auftragnehmers.

Würde man jede **Abweichung vom Leitfabrikat** als Nebenangebot qualifizieren, würde nach einer Ansicht in der Literatur die ausdrückliche Regelung in § 9 Nr. 6, Nr. 10 VOB/A unterlaufen.³⁴⁸ Dass ein **Hauptangebot** vorliegt, ergibt sich aber bereits

³⁴³ VK Bund, Beschluss v. 17.07.2003, VK 1-55/03;

³⁴⁴ Prieß/Hausmann/Kulartz, A.I.12, Ziff. 1 ff.;

³⁴⁵ Heiermann/Riedl/Rusam, § 9 VOB/A, Rdn. 117;

³⁴⁶ Ingenstau/Korbion, § 9 VOB/A, Rdn. 80 ff.;

³⁴⁷ A.a.O., Rdn. 118; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 9 VOB/A, Rdn. 45 f.; VÜA Bayern, VÜA 12/97; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 146;

³⁴⁸ Weyand, § 10, Ziff. 4375;

aus der Systematik: Ein Nebenangebot ist gegeben, wenn ein Bieter abweichend vom Amtsentwurf anbietet. Im Falle eines Leitfabrikats bzw. Leitprodukts enthält das Angebot aber keine Abweichung oder Abänderung: Das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers in den Verdingungsunterlagen enthält bereits ausdrücklich die Vorgabe „Fabrikat XY *oder gleichwertig*“, wie dies unter anderem auch Abschnitt 0 der ATV DIN 18299 als Hinweis für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung vorgibt. Wenn der Bieter nun zwar nicht das Leitfabrikat XY, aber ein hierzu *gleichwertiges* Fabrikat anbietet, weicht er nicht von den Vorgaben des Amtsentwurfs ab, sondern bietet genau auf die nachgefragten Leistungen an.

Für die Bieter ist dabei eine **Besonderheit im Rahmen des § 9 Nr. 10 VOB/A** zu berücksichtigen. Wie bereits dargestellt, richten sich die Vorgaben des § 9 VOB/A zur Erstellung der Leistungsbeschreibung ebenso wie die Abschnitte 0 der ATV DIN 18299 ff. in Teil C der VOB grundsätzlich zwar ohnehin nur an öffentliche Auftraggeber und nicht an Bieter bei der Ausarbeitung eines Nebenangebots. Jedoch haben auch die Bieter ihre Leistungsbeschreibung nach diesen Grundregeln analog zu erarbeiten. Somit stellt sich auch die Frage, inwieweit der Bieter in seinem technischen Nebenangebot zum einen an das Gebot der produktneutralen Bezeichnung von Fabrikaten und Verfahren gebunden ist und zum anderen für sich die Möglichkeit in Anspruch nehmen kann, ein Produkt nicht genau bezeichnen zu müssen, sondern produktneutral anbieten zu können, um sich so einen gewissen Spielraum offen halten zu können. Hierzu ist aber festzustellen, dass die Vorgaben des § 9 Nr. 10 VOB/A für die Ausarbeitung und Beschreibung eines Nebenangebots überlagert werden durch die Verpflichtung des Bieters, ein eindeutiges und vollständiges Angebot abzugeben. Andernfalls ist das Angebot zwingend nach §§ 21 Nr. 1 Abs. 2, 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A aus der Wertung auszuschließen. Fehlende oder nicht ausreichend eindeutige Typenangaben beeinträchtigen die Vergleichbarkeit des Angebots mit den anderen eingegangenen Angeboten. Der Auftraggeber kann dem (Neben-)Angebot dann nicht entnehmen, ob es die von ihm gestellten Anforderungen erfüllt. Ein solches Angebot ist zwingend auszuschließen.³⁴⁹ Der Bieter hat also in seinem eigenen Interesse die Leistungen seines Nebenangebots so beschreiben, dass das Angebot eindeutig und vollständig ist. Er hat also von ihm alternativ angebotene Verfahren, Baustoffe oder Konstruktionen genau und zweifelsfrei zu benennen. Der Zusatz „*oder gleichwertig*“ würde nach der Rechtsprechung die Eindeutigkeit beseitigen. Im Gegenzug ist die Vorgabe des § 9 Nr. 10 S. 2 VOB/A ebenso für den Bieter nicht bindend: Er darf nicht nur „ausnahmsweise“ einen Verweis auf ein bestimmtes Produkt

³⁴⁹ BGH, Urteil vom 07.06.2005, X ZR 19/02; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 16.09.2003, 11 Verg 11/03; OLG Dresden, Beschluss vom 10.07.2003, WVerf 15/02; VK Thüringen, Beschluss vom 11.10.2006, 360-4002.20-026/06-SLF; VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21.11.2005, 1 VK LVwA 44/05; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.06.2005, 1 VK 32/05; VK Bund, Beschluss vom 21.01.2004, VK 2-126/03; a.A.: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.07.2005, Verg 35/05; *Weyand*, § 25, Ziff. 5453;

anbringen, sondern muss dies tun, um sein Angebot ausreichend klar und eindeutig zu formulieren.

1.4 Technisches Nebenangebot bei Funktionalausschreibung

Im Rahmen einer Vergabe mit Leistungsbeschreibung in Form eines Leistungsprogramms – also einer Funktionalausschreibung – im Sinne des § 9 Nr. 15 ff. VOB/A gibt der Auftraggeber nicht detailliert vor, welche Leistungen er nachfragen will. Vielmehr schreibt er nur eine Definition der Funktionen und Anforderungen aus, die er an das zu errichtende Bauwerk stellt, ohne dass er diese Kriterien in eigene Planungen umgesetzt hat.³⁵⁰ Ein Angebot auf Grund einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm verlangt somit von den Bietern, dass sie eigene planerische Leistungen erbringen. Die Bieter müssen nicht nur die fertig konfigurierten Leistungen bepreisen, sondern Entwurf, Ausführungsunterlagen und wesentliche Teile der Leistungsbeschreibung – nämlich das eigentliche Leistungsverzeichnis – ausarbeiten.³⁵¹ Im Ergebnis entfällt somit auf den Bieter bei der Ausarbeitung eines Hauptangebots auf eine Funktionalausschreibung mit Leistungsbeschreibung per Leistungsprogramm die selbe Aufgabe und der selbe Arbeitsaufwand wie bei der Ausarbeitung eines Nebenangebots auf eine „normale“ Ausschreibung, bei dem der Auftraggeber bereits in Form eines fertigen Leistungsverzeichnisses vorgibt, welche Einzelleistungen für die Erreichung des gewünschten Werkerfolgs erforderlich sind: Der Bieter muss nicht nur kalkulieren, zu welchen Preisen er die einzelnen vorgegebenen Leistungen anbieten will. Er muss sich zunächst überlegen, mit welchen Verfahren und welchen Baustoffen er das vorgegebene Leistungsprogramm des Auftraggebers umsetzen möchte.

Angesichts dieser Systematik stellt sich die Frage, inwieweit ein Bieter bei einer Funktionalausschreibung überhaupt ein Nebenangebot abgeben kann, nachdem das Hauptangebot in diesem Fall quasi bereits dem Inhalt eines Nebenangebots bei einer Vergabe mit Leistungsbeschreibung per Leistungsverzeichnis entspricht. In der Literatur findet sich lediglich der Hinweis, dass der Spielraum der Bieter im Rahmen einer Funktionalausschreibung bei der Gestaltung der Leistung *„insbesondere verschiedene Systeme (...), Baustoffe (...) und Konstruktionen (...) ermöglicht, ohne dass Nebenangebote abgegeben werden müssen“*.³⁵² Dies trifft nach dem oben Gesagten zu, beantwortet aber noch nicht die Frage, inwieweit ein Nebenangebot bei einer Funktionalausschreibung zulässig und möglich ist. Ersteres ist eine rechtliche, Letzteres eine rechtliche Frage.

Aus der VOB/A ergibt sich an keiner Stelle, dass ein Nebenangebot bei einer Funktionalausschreibung nach § 9 Nr. 15 ff. VOB/A nicht zulässig wäre. Die Regelungen

³⁵⁰ Kapellmann/Messerschmidt, § 9 VOB/A, Rdn. 76;

³⁵¹ Heiermann/Riedl/Rusam, § 9 VOB/A, Rdn. 139; Dähne/Schelle, S. 777 ff.;

³⁵² Dähne/Schelle, S. 779 ff.;

beziehen sich jeweils nur allgemein auf Nebenangebote, die wiederum vom Auftraggeber in einem Vergabeverfahren zugelassen oder ausgeschlossen werden können. Eine Unterscheidung zwischen Nebenangeboten bei einer Vergabe mit Leistungsverzeichnis und einer solchen mit Leistungsprogramm wird nicht getroffen. Das heißt im Ergebnis: Aus rechtlicher Sicht ist ein **Nebenangebot auch bei einer Funktionalausschreibung** jedenfalls **zulässig**.

In technischer Hinsicht eröffnet dies jedoch die Folgefrage, ob ein Nebenangebot auf eine Funktionalausschreibung auch möglich beziehungsweise sinnvoll ist und wie ein solches in diesem Fall aussehen könnte bzw. müsste. In diesem Zusammenhang wird die eben erörterte Problematik relevant, dass der Bieter bereits wie bei einem Nebenangebot Planungsleistungen zu erbringen hat und ein Konzept sowie ein Leistungsverzeichnis ausarbeiten muss, um überhaupt ein Hauptangebot abgeben zu können. Die Vergrößerung des Spielraums für die Bieter bei der Ausarbeitung des Hauptangebots verursacht somit zugleich eine Verringerung der Möglichkeiten für die Ausarbeitung eines Nebenangebots. Eine „Alternativlösung“ hat der Bieter im Fall der Funktionalausschreibung bereits mit seinem Hauptangebot offeriert. Entscheidet er sich trotzdem dazu, auch ein oder mehrere Nebenangebote abzugeben, bedeutet dies für ihn zunächst eine Vervielfachung seines Planungsaufwands: Bei einer Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis muss er für das Hauptangebot „nur“ Preise kalkulieren und für ein potenzielles Nebenangebot jeweils zusätzlich Planungsleistungen erbringen. Bei einer Funktionalausschreibung dagegen muss der Bieter bereits für das Hauptangebot Planungsleistungen ausführen³⁵³ und zusätzlich noch solche jeweils für ein mögliches Nebenangebot aufwenden.

Ein nicht technisches Nebenangebot eröffnet bei der Funktionalausschreibung regelmäßig keine Sonderprobleme. Auf Grund der in diesem Fall grundlegend veränderten technischen Ausarbeitung des Hauptangebots stellt sich jedoch die Frage, welcher Inhalt für ein technisches Nebenangebot bei einer Funktionalausschreibung denkbar wäre. Ein solches kann theoretisch entweder darin bestehen, dass ein Bieter den vom Auftraggeber gewünschten Erfolg – also das Leistungsprogramm – verändert. Dies ist allerdings nur in engen Grenzen möglich und zulässig: Ein Nebenangebot muss quantitativ und qualitativ gleichwertig mit der vom Auftraggeber ausgeschrieben Leistung – hier also mit dem beschriebenen Erfolg und dessen Funktionen – sein, um vom Auftraggeber bei der Wertung berücksichtigt werden zu dürfen.³⁵⁴ Weicht ein Nebenangebot zu erheblich vom vorgegebenen Leistungsprogramm ab, wird es als nicht mehr gleichwertig einzustufen und aus der Wertung auszuschließen sein. Eine andere Möglichkeit für ein technisches Nebenangebot liegt in der Offerte eines abweichenden Verfahrens oder Baustoffs gegenüber dem, das der

³⁵³ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 10 VOB/A, Rdn. 18;

³⁵⁴ Vgl. Teil 3 B 4, E V 4, 5;

Bieter bereits mit seinem Hauptangebot zur Ausfüllung des Leistungsprogramms des Auftraggebers geplant und vorgeschlagen hat.

Möglichkeiten für technische Nebenangebote bestehen also im Ergebnis nicht nur in dem Fall, dass der Auftraggeber die gewünschte Bauleistung im Sinne des § 9 Nr. 11 ff. VOB/A mit einer Leistungsbeschreibung in Form eines Leistungsverzeichnisses ausschreibt. Bei einer **Vergabe mit einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (Funktionalausschreibung) kommen technische Nebenangebote ebenso in Frage**. Da in diesem Fall der Auftraggeber definitionsgemäß nur den zu erreichenden Erfolg beschrieben und noch keine eigenen Vorstellungen zu dessen Verwirklichung entwickelt und ausgeschrieben hat, muss der Bieter in diesem Fall bereits bei der Erstellung seines Hauptangebots selbst eigene Überlegungen anstellen, wie er die in Form der Beschreibung nur des gewünschten Erfolgs gestellte Bauaufgabe lösen will. Insoweit ist der Spielraum für die Ausarbeitung technischer Nebenangebote bei der Funktionalausschreibung eingeschränkt gegenüber der Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis des Auftraggebers.

1.5 Technische Nebenangebote ohne Hauptangebot

Technische Nebenangebote sind grundsätzlich auch ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots zulässig, es sei denn, der Auftraggeber hat in seinen Vergabeunterlagen darauf hingewiesen, dass er ausnahmsweise Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots im Sinne des § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A nicht werten wird. Ersteres ist durchaus als sinnvoll zu erachten, da andernfalls Bieter gezwungen wären, mit dem Hauptangebot möglicherweise eine Leistung anzubieten, die auszuführen sie überhaupt nicht in der Lage sind³⁵⁵ – dies ist denkbar beispielsweise bei einem hoch spezialisierten Unternehmen, das nur ein sehr enges Spektrum an Bauverfahren ausführt, von denen der Auftraggeber in den Vergabungsunterlagen eines konkreten Vergabeverfahrens zwar keines nachfragt, weil er diese Verfahren möglicherweise noch gar nicht selbst kennt, eines der Verfahren aber für die Lösung der nachgefragten Bauaufgabe hier denkbar wäre. In diesem Fall ist es sinnvoll, dass der Bieter dann mit seinem innovativen Verfahren, das er nur als Nebenangebot anbieten kann, nicht ausgeschlossen ist, nur weil er die Kriterien des Hauptangebots nicht erfüllen kann.

1.6 Nebenangebote und Innovation – Beispiele aus der Praxis

Nebenangebote fördern die Innovation und technische Weiterentwicklung.³⁵⁶ Im Folgenden werden einige Beispiele technischer Nebenangebote aus der Baupraxis beschrieben. Einen Anspruch auf Vollständigkeit können diese nicht erheben. Die Darstellung soll einen exemplarischen, nicht repräsentativen Einblick in die Vielfalt der Möglichkeiten für die Ausarbeitung technischer Nebenangebote und deren Bedeu-

³⁵⁵ EVM(B)BwB/E Nr. 5.3, Anhang II; *Lampe-Helbig/Wörmann*, Rdn. 135;

³⁵⁶ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 69;

tung für die Weiterentwicklung in dem jeweiligen Bereich geben. Im Folgenden wird zu untersuchen sein, inwieweit ein notwendiger Zusammenhang zwischen einem technischen Nebenangebot und einer daraus resultierenden Notwendigkeit einer Anpassung auch der nicht technischen Inhalte des Amtsentwurfs besteht. Insbesondere wird dabei die Frage nach dem relevanten Stand der Technik zu stellen sein.

1.6.1 Technische Nebenangebote im Hochbau

Die Palette der denkbaren Möglichkeiten für technische Nebenangebote im Hochbau ist ebenso unüberschaubar wie die Vielfalt der im Hochbau möglichen Bauaufgaben.

Ein Beispiel³⁵⁷ für eine Weiterentwicklung der Hochbautechnik durch technische Nebenangebote ist die Einführung des so genannten „Takthubverfahrens“ im Hochhausbau. Es wurde unter anderem im Rahmen des Baus der BMW-Zentrale³⁵⁸ in München entwickelt. Es ermöglicht eine bessere Integration von Rohbau, Ausbau und Haustechnik. Beim Takthubverfahren besteht der Hauptvorteil darin, dass der Rohbau des Hängekörpers und der Einbau der Fassadenelemente in einer stationär am Boden bleibenden Baustelle ausgeführt werden können. Aus dieser wird der Etage für Etage in Taktarbeit wachsende Baukörper des Hochhauses als Hubkörper herausgezogen. Damit entfällt das kostenintensive und zeitaufwändige Bauen in großer Höhe, das teure Gerüste und Kräne erfordern würde.

Weitere namhafte Beispiele im Hochbaubereich für eine technische Weiterentwicklung aus Nebenangeboten heraus sind etwa die Entwicklung der charakteristischen „Ei-Form“ als optimale Bauform für Faulbehälter von Kläranlagen. Nebenangebote haben in diesem Bereich auch das Bauverfahren zur Herstellung optimiert, indem aus einem abschnittswisen Bau ein Verfahren mit Hilfe von vorgefertigten Ringsegmenten in Kletterbauweise entwickelt wurde, neue Verfahren im Offshore-Bereich sowie etwa die Entwicklung „schlüsselfertiger“ Behältersysteme zur Speicherung flüssiger Gase, die ebenfalls auf technischen Nebenangeboten beruhen.

1.6.2 Technische Nebenangebote im Brückenbau

Besondere Auswirkungen auf die Innovation hinsichtlich der praktizierten Bauverfahren sind auch im Bereich des Brückenbaus festzustellen. Technische Nebenangebote haben in diesem Sektor für bedeutsame Weiterentwicklungen der Bautechnik gesorgt.³⁵⁹ Der Neubau und der Erhalt von Brücken stellen einen wesentlichen Faktor für die Bauwirtschaft dar.³⁶⁰

³⁵⁷ Beispiele z.T. aus *Schmidt-Breitenstein*, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 76 ff.;

³⁵⁸ Im Volksmund vielfach „Vierzylinder“ genannt auf Grund seiner architektonischen Form von vier kreisrunden Baukörpern;

³⁵⁹ *Schmidt-Breitenstein* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 73;

³⁶⁰ *Scheidler*, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 110;

Insbesondere die Weiterentwicklung von Spannbetonbrücken seit den 50-er Jahren wäre nach Einschätzung von Vertretern der Bauwirtschaft ohne Nebenangebote nicht denkbar gewesen.³⁶¹ Ein bekanntes Beispiel im süddeutschen Raum stellen etwa die Mainbrücke Karlstadt dar, die 1953 als erste auf Grund eines Nebenangebots im Freivorbau mittels eines Hilfspylons errichtet wurde, sowie die Mangfallbrücke Weyarn im Zuge der Autobahn A 8 München-Salzburg und die geschwungene Hochbrücke („Tatzelwurm“) der Autobahn A 9 bei Freimann, die derzeit nach über 40 Jahren intensiver Beanspruchung rückgebaut und ersetzt wird.

In den 80-er Jahren beispielsweise war der Bau einer Schrägseilbrücke für den Eisenbahnverkehr über einen großen deutschen Fluss ausgeschrieben. Der Amtsentwurf sah einen Stahlüberbau entsprechend der damaligen Lehrmeinung vor, dass Schrägseilbrücken für Eisenbahnlasten nur in Stahl errichtet werden können. Aus einem Nebenangebot heraus resultierte eine bedeutende Weiterentwicklung des Standards: Ein Bieter hatte eine Spannbetonlösung statt der Stahlkonstruktion angeboten. Auf diese Weise entstand die zu dieser Zeit weitest gespannte Spannbetonbrücke der Welt für Eisenbahnlasten, die zugleich die weltweit erste Schrägseileisenbahnbrücke mit mehr als 100 Metern Spannweite und bundesweit erste Schrägseilbrücke in Beton überhaupt darstellte.³⁶²

Technische Nebenangebote im Brückenbau können sich auf die Gründung beziehen. Beim Bau einer Flussbrücke sah ein Bieter zum Beispiel ein anderes Herstellverfahren in der Form vor, die Gründung eines Brückenwiderlagers statt mit Hilfe einer Umspundung in Form einer offenen Baugrube mit Wasserhaltung zu errichten. Im Fall des Baus einer Flussbrücke im Alpenvorland bestand ein Nebenangebot darin, dass ein Bieter eine andere Gründungsform vorsah. Der Auftraggeber hatte im Amtsentwurf eine Flachgründung für ein Brückenwiderlager mit Konstruktionsspundwänden vorgesehen. Der Bieter bot per Nebenangebot an, auf die Spundwände zu verzichten und stattdessen eine lotrechte Bohrfahlgründung mit konstruktiver Einspannung der Pfähle im Untergrund herzustellen.

Auch im Bereich der Brückenüberbauten ergeben sich zahlreiche Möglichkeiten für vom Amtsentwurf abweichende Lösungen. Insbesondere bei Großbrücken sehen technische Nebenangebote nicht selten den Ersatz vorgesehener Ortbetoneinbauten durch Fertigteilkonstruktionen vor, um die Bauzeit vor Ort deutlich verkürzen zu können. Im Zusammenhang mit dem Einbau von Fertigteilen sorgten wiederum technische Nebenangebote für die Optimierung von Unterhaltungs- und Wartungsaufwendungen.³⁶³

³⁶¹ A.a.O., S. 115;

³⁶² *Schmidt-Breitenstein*, a.a.O.;

³⁶³ *Scheidler* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 115 ff.;

1.6.3 Technische Nebenangebote im Erdbau

Bedeutung erlangten technische Nebenangebote im Bereich des Erdbaus unter anderem im Hinblick auf Verfahren zur Bodenverbesserung.³⁶⁴ Für den Ausbau eines Autobahnabschnitts etwa sah der Amtsentwurf der Behörde vor, den nicht tragfähigen Untergrund durch Bodenersatz zu verbessern, um die nötige Tragfähigkeit für die spätere Fahrbahn erzielen zu können. Ein Bieter schlug im Rahmen eines technischen Nebenangebots vor, den anstehenden Boden nicht aufwändig auszutauschen, sondern durch ein zu dieser Zeit neuartiges Verfahren, nämlich einer besonderen Verdichtungsart den Baugrunds in situ zu verbessern.

Ein ähnliches technisches Nebenangebot führte bei einer weiteren Baumaßnahme zu erheblichen Zeit- und Kosteneinsparungen: Im Zuge des Neubaus einer Autobahn war eine zweigleisige Eisenbahnlinie vorübergehend zu verlegen. Die Interimstrasse war dabei über eine mit Müll verschiedener Art und Güte verfüllte frühere Kiesgrube vorgesehen. Im Amtsentwurf war geplant, den Müll im Bereich der rund 200 Meter langen und bis zu sechs Meter tiefen wilden Deponie auszubaggern und durch tragfähiges Material zu ersetzen. Das beauftragte technische Nebenangebot führte den gewünschten Erfolg statt mit einem aufwändigen Austausch mit Hilfe einer Bodenverbesserung herbei. Mit Hilfe von schweren Fallgewichten verdichtete der Auftragnehmer den Müll und passte ihn den Tragwerten der angrenzenden Böden an.

Ein weiteres Beispiel für ein technisches Nebenangebot im Erdbau sind Bodenverbesserungsmaßnahmen im Rahmen eines 12 Kilometer langen Erdbauloses im Zuge des Neubaus eines Autobahnabschnitts. Das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers sah vor, rund 500.000 m³ des anstehenden Baugrunds auf Grund seines für das Bauvorhaben zu hohen natürlichen Wassergehalts mit Hilfe von Kalk und Zement zu verbessern und zu verfestigen. Ein Bieter schlug vor, auf die Bodenverbesserung zu verzichten und stattdessen die zu nassen Böden mittels eines speziellen Abbau- und Einbauverfahrens zu entwässern. Er plante einen Längseinschnitt mit seitlicher Lagerung des ausgebaggerten Erdreichs, so dass der anstehende Boden sein Wasser in diesen Schlitz abgeben konnte. Durch einen weiteren Baggerschnitt wurde der Längseinschnitt ausgeweitet, damit die neu freigelegten Wände wiederum ihren Wassergehalt abgeben konnten. Dieser Arbeitsgang wurde so oft wiederholt, bis der Einschnitt in voller Breite hergestellt und der gesamte Baugrund ausreichend entwässert war.

1.6.4 Technischen Nebenangebote im Verkehrswegebau, insbesondere Oberbau

Im Verkehrswegebau unterscheidet die VOB/C vier Normen der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen: **DIN 18315** regelt Oberbauschichten ohne Bindemittel,

³⁶⁴ Beispiele aus *Schipka*, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 98 ff.;

DIN 18316 Oberbauschichten mit hydraulischen Bindemitteln und **DIN 18317** Oberbauschichten aus Asphalt. DIN 18318 ist für Pflasterdecken und Plattenbeläge in ungebundener Ausführung einschlägig. Unter **Oberbau** – DIN 18317 – ist der Verkehrsweg im eigentlich Sinne zu verstehen, der auf dem Unterbau errichtet wird, welcher wiederum aus geeignetem, möglichst in der Nähe anstehenden Boden als Erdbauwerk auf dem Untergrund, also dem gewachsenen Boden, hergestellt wird.³⁶⁵ Im Oberbaubereich besteht die Problematik, dass technische Regelwerke wie insbesondere die RStO³⁶⁶ für eine erhebliche Standardisierung des Straßenoberbaus sorgen. Da Nebenangebote aber jeweils das Erfordernis der Gleichwertigkeit mit dem Amtsvorschlag erfüllen müssen, sind durch die RStO-Standards bereits erhebliche theoretische Potenziale für Nebenangebote vorweg genommen.³⁶⁷

Dennoch haben technische Nebenangebote auch in diesem Bereich für entscheidende Weiterentwicklungen und Innovationen gesorgt, hier insbesondere **unter ökologischen Gesichtspunkten** und dem Gesichtspunkt der Verwendung von Abstoffen im Straßenbau (**Baustoffrecycling**).³⁶⁸ Während vor Jahren noch sämtliches Altmaterial aus dem Rückbau abgenutzter Fahrbahnabschnitte abtransportiert und deponiert wurde, ist das Baustoffrecycling im Bereich von Fahrbahnen oder auch Rollwegen im Flughafenbau heute gebräuchlich. Technische Nebenangebote haben in diesem Bereich bundesweit zu einer steten Optimierung der Recyclingtechnik beigetragen.

Auch im Straßenbaubereich sind Nebenangebote sowohl im Bereich des Bauverfahrens, also der Rationalisierung der Herstellungstechnik als auch bezüglich der Baustoffe an sich denkbar. Ein konkretes Beispiel für ein Nebenangebot in ersterem Bereich führte zu erheblichen Zeit- und Kosteneinsparungen für den Auftraggeber beim Ausbau eines Autobahnstückes im Bereich der neuen Bundesländer. Der Amtsentwurf der Autobahndirektion hatte vorgesehen, die erforderlichen erheblichen Asphaltmengen mit hunderten von LKW-Transporten über weite Strecken zum Einbauort zu transportieren. Ein Bieter hatte per Nebenangebot vorgeschlagen, stattdessen vor Ort an der Baustelle eine Mischanlage mit einer Stundenleistung von rund 250 Tonnen Asphalt aufzustellen, um damit im Gesamtergebnis Kosten für den Auftraggeber einsparen zu können, die Abläufe zeitlich zu straffen und zugleich als Begleiterscheinung aktiv Umweltschutz durch die entfallenen LKW-Transporte zu betreiben.

³⁶⁵ *Englert/Katzenbach/Motzke*, gemeinsame Vorbemerkungen zu DIN 18315, 18316 und 18317, Rdn. 1;

³⁶⁶ Richtlinie für die Standardisierung des Oberbaus von Verkehrsflächen; diese wird von der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen herausgegeben und regelt für alle Straßen, Wege und Verkehrsflächen inner- und außerorts, auf welche Art und Weise der Straßenoberbau herzustellen ist;

³⁶⁷ *Köppel*, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 89;

³⁶⁸ A.a.O., S. 94;

Im Zuge einer weiteren Autobahnbaustelle hatte ein Bieter vorgeschlagen, an Stelle der ausgeschriebenen hydraulisch gebundenen Tragschicht eine 15 cm dicke Verfestigung der bereits vorhandenen Frostschutzschicht im damals neuartigen Mixed-in-Place-Verfahren³⁶⁹ vorzunehmen. Um auf der Linienbaustelle Verkehrsbehinderungen minimieren und zugleich Staubentwicklung nach Möglichkeit verhindern zu können, erklärte sich der Auftragnehmer mit Arbeitsunterbrechungen im Falle besonders starken Seitenwinds einverstanden.³⁷⁰

In der Praxis am häufigsten treten technische Nebenangebote im Straßenbau in der Form in Erscheinung, dass Bieter die vom Auftraggeber vorgesehenen Stärken der einzelnen Schichten variieren und bezüglich der ausgeschriebenen Zusammensetzungen der Oberbaumischungen abweichen, also zum Beispiel die geplante Dicke der bituminösen Tragschicht reduzieren und als „Ausgleich“ eine zusätzliche Frostschutzschicht oder eine dickere Schottertragschicht anbieten, die Asphaltmischung gegenüber dem Amtsentwurf abändern oder bei einer aufzubringenden Betondecke an Stelle der ausgeschriebenen Edelsplitte preisgünstigere, einfach gebrochene Splitte als Zuschlagsstoffe vorsehen. Die hier nicht zu thematisierende Frage der Gleichwertigkeit sei in diesem Zusammenhang noch einmal explizit in den Raum gestellt. In den vergangenen Jahren hat sich aus derartigen technischen Nebenangeboten unter anderem eine Weiterentwicklung der „Flüsterasphalt“-Mischungen ergeben.

1.6.5 Technische Nebenangebote im (Spezial-)Tiefbau und Tunnelbau

Besondere praktische Bedeutung haben technische Nebenangebote im Bereich des Tiefbaus, insbesondere hier auf dem Feld des Spezialtiefbaus. Dies liegt darin begründet, dass sich in diesem Sektor spezialisierte Unternehmen entwickelt haben, die durch ihre Erfahrung in der Lage sind, genau für die zu lösende Bauaufgabe – ob Verbau, Gründung oder andere Spezialtiefbauleistung – abgestimmte Verfahren und „Lösungspakete“ anzubieten. Inzwischen gibt es eine breite Palette von speziellen Verfahren wie etwa das Düsenstrahlverfahren mit verschiedenen Ausprägungen bezüglich des Herstellverfahrens (z.B. Ein-, Zwei- und Dreiphasensystem), Mixed-in-Place-Verfahren, Rüttelortbetonpfähle und weitere Spezialtiefbauverfahren.

Im **Tunnelbau** etwa sorgen abweichende Bieteranschläge nicht selten für eine erhebliche Umstellung des ausgeschriebenen Bauablaufs, so etwa wenn ein technisches Nebenangebot vorschlägt, einen Unterwassertunnel nicht wie beschrieben im herkömmlichen Vortriebsverfahren zu errichten, sondern vorgefertigte Elemente

³⁶⁹ Es handelt sich bei dem MIP-Verfahren („Mixed-in-place-Verfahren“) um eine Methode zur Herstellung von vertikalen Betonwänden im Erdreich. Es wird dabei anstehender Boden mit einer mäklergeführten Bohrschnecke mit Zementsuspension vermischt und so ein Erdbetonkörper hergestellt (Def. entnommen aus www.wikipedia.org);

³⁷⁰ Beispiel aus *Köppel*, a.a.O.;

im Einschwimm- und Absenkverfahren einzubauen, wie dies etwa bei der Elbunterquerung in Hamburg der Fall war.³⁷¹

Ein namhaftes Beispiel für ein technisches Nebenangebot in jüngerer Vergangenheit im Bereich des Spezialtiefbaus ist die Herstellung einer etwa elf Fußballfelder großen **Baugrube für die** Errichtung der **Schleuse Uelzen II** im Zuge des Elbe-Seitenkanals südlich von Lüneburg. Der Elbe-Seitenkanal verbindet die Seehäfen von Hamburg und Lübeck mit dem europäischen Binnenwasserstraßennetz. Durch stark gestiegene Verkehrsströme war der Bau einer weiteren Schleuse neben der bestehenden Schleuse Uelzen I erforderlich geworden. Für die Herstellung der Baugrube mit einer Länge von 265 Metern und einer Breite von 52 Metern hatte der Bauherr im Amtsentwurf einlagig mit Bohrverpresspfählen rückverankerte, bis zu 30 Meter tief reichende Stahlbetonschlitzwände ausgeschrieben. Zur horizontalen Abdichtung der Baugrube nach unten sollte eine Unterwasserbetonsohle eingebaut werden. Ein Bieter schlug stattdessen mit seinem Nebenangebot vor, die Schlitzwände nicht rückzuverankern, sondern von innen mit einer massiven Gurt- und Steifenkonstruktion zweilagig gegeneinander auszusteifen. Als Abdichtung nach unten sah das Nebenangebot statt der Unterwasserbetonsohle eine mitteltief, rund vier Meter unter der Baugrubenaushubsohle gelegte HDI-Sohle nach dem Düsenstrahlverfahren auszuführen. Zur Rückverankerung der 1,5 m dicken HDI-Sohle schlug die Bietergemeinschaft Soil-Jet-Gewi-Pfähle vor. Die massive Sohlplatte sollte während der Errichtung des eigentlichen Schleusenbauwerks die Aussteifung der Baugrubenschlitzwände im unteren Bereich bilden, während im Zuge der Bauwerkserstellung später die Wand bzw. Deckenkonstruktion der Sparbecken die Aussteifung der Baugrubenschlitzwände übernehmen sollten.³⁷²

Das Nebenangebot der Bietergemeinschaft eröffnete zunächst einen wirtschaftlichen Vorteil dahingehend, dass die Angebotssumme etwa unter der des Hauptangebots lag. Die entscheidenden Vorteile bot das Nebenangebot in diesem Fall jedoch in technischer Hinsicht: Schon im Vorfeld der Vergabe war die potenzielle Gefährdung der unmittelbar neben der geplanten Schleuse Uelzen II stehenden Schleuse Uelzen I bekannt. Diese reagierte extrem empfindlich auf Verformungen und hatte bereits wegen Setzungen und Verkantungen saniert werden müssen. Die Rückverankerung der Baugrubenwände für die neue Schleuse hätte bis in den Untergrund unmittelbar unter der Bestandsschleuse gereicht, so dass weitere störende Einflüsse bis hin zu einer Gefährdung der Betriebssicherheit zu besorgen waren. Der alternative Entwurf des Nebenangebots konnte die Verformungswirkung auf die Bestandsschleuse Uelzen I erheblich reduzieren. Darüber hinaus ermöglichte das Nebenangebot, die Eingriffe in den Grundwasserhaushalt, wie vom Bauherrn beabsichtigt, so gering wie

³⁷¹ Vgl. *Schmidt-Breitenstein*, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 78;

³⁷² Informationen 1998/99 der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Mitte, S. A 54 ff.; *Wittke*, S. 4 ff.; *Fockenberg/Blaasch/Sinnhuber*, in: Tiefbau 1/2005, S. 4 ff.;

möglich zu halten.³⁷³ Das hier beschriebene Nebenangebot hatte der Auftraggeber jedoch dennoch zunächst verworfen.

1.6.6 Innovation und Vertragsrecht beim technischen Nebenangebot

Wie die aufgeführten Beispiele aus der Baupraxis gezeigt haben, nimmt das Nebenangebot eine wichtige Rolle ein bei der technischen Weiterentwicklung. In nahezu allen Bereichen der Bauwirtschaft haben Nebenangebote bereits dazu beigetragen, die Standards und Möglichkeiten, bestimmte Bauaufgaben zu bewältigen, im Sinne der Innovation nach oben zu verändern. Für den Auftraggeber stellt sich in diesem Zusammenhang jedoch die Frage einer hinreichenden Absicherung. Nach § 631 Abs. 1 BGB ist der Unternehmer beim Bauvertrag verpflichtet, das versprochene Werk herzustellen. Ungeschriebener Vertragsbestandteil ist dabei, dass das Werk den anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen hat.³⁷⁴ An Hand dieser ist die Soll-Beschaffenheit der vertraglich geschuldeten Leistung zu ermitteln. Gemäß § 1 Nr. 1 VOB/B gelten als Bestandteil des Vertrags auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, VOB/C.

Im Rahmen technischer Nebenangebote werden nicht selten von Bietern alternative Verfahren und/oder Baustoffe angeboten, die völlig neuartig sind beziehungsweise jedenfalls über die anerkannten Regeln der Technik zum Teil weit hinaus gehen. Die **anerkannten Regeln der Technik** bilden im Rahmen der Drei-Stufen-Theorie der Technikstandards³⁷⁵ die erste und damit niedrigste Stufe. Sie spiegelt die herrschende Auffassung der Fachleute im Sinne der Mehrheitsauffassung unter den technischen Praktikern wider und verfügen über eine praktische Bewährung.³⁷⁶ Der Begriff der anerkannten Regeln der Technik umfasst alle überbetrieblichen technischen Normen, zu denen unter anderen die DIN-Normen zählen, von denen einige als Allgemeine Technische Vertragsbedingungen in den **DIN 18299 ff. in Teil C der VOB** enthalten sind. Bezüglich dieser besteht eine widerlegliche Vermutung, dass sie den anerkannten Stand der Technik wiedergeben.³⁷⁷ Die DIN 18299 ff. sind gemäß § 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B automatisch Bestandteil eines Bauvertrags, sobald die Geltung der VOB vereinbart wurde oder es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, der zwingend die VOB zu befolgen hat. Für VOB-Verträge regelt § 4 Nr. 2 Abs. 1 S. 2 VOB/B ausdrücklich, dass er Auftragnehmer die anerkannten Regeln der Technik zu beachten hat.

Stufe 2 der Drei-Stufen-Theorie ist der „**Stand der Technik**“. Dieser Standard muss noch nicht allgemein anerkannt sein, er ist dynamischer und aktueller als der aner-

³⁷³ Informationen 1998/99 der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Mitte, a.a.O.; *Wittke*, S. 4 ff., S. 16; *Fockenbergl/Blaasch/Sinnhuber*, a.a.O., S. 4, S. 7;

³⁷⁴ *Sienz* in: *BauR* 2002, 181;

³⁷⁵ *Seibel* in: *BauR* 2004, 266, 269;

³⁷⁶ *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 263;

³⁷⁷ *Kniffka/Koebler*, 6. Teil, Rdn. 44;

kannte Stand der Technik. Ihm entsprechen neuartige technische Verfahren während der Zeit, bis sie sich durchgesetzt haben und „anerkannt“ sind. Die höchste technische Qualitätsstufe bildet der „**Stand von Wissenschaft und Technik**“. Er entspricht dem neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisstand. Inwieweit neuartige Verfahren, die sich in diesem Stadium befinden, tatsächlich erfolgreich realisieren lassen, spielt keine Rolle. Insoweit liegt der Schwerpunkt auf einem Höchstmaß an Fortschrittlichkeit.³⁷⁸

Nebenangebote beinhalten nicht selten Verfahren oder Baustoffe, die noch nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, sondern dem Stand der Technik oder gar dem Stand von Wissenschaft und Technik. Angesichts dessen ließe sich die These vertreten, dass eine Diskrepanz entsteht, wenn der Auftraggeber ein solches Nebenangebot beauftragt: Der Bieter – dann der Auftragnehmer – schuldet nach der eben geschilderten Regeln nur die Herstellung eines Werks, das den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Er bietet mit dem Nebenangebot jedoch eine Bauweise an, die einen qualitativ anderen technischen Standard – sozusagen ein „Mehr an technischem Standard“ – erfordert, nämlich dem Stand der Technik oder dem Stand von Wissenschaft und Technik entspricht. Somit könnte eine Lücke entstehen – der Unternehmer bietet eine Leistung an, die dem Stand der Technik oder dem Stand von Wissenschaft und Technik entspricht, schuldet aber als Erfolg ein Minus, nämlich eine Leistung, die nur den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Dieser potenziellen Sorge eines Auftraggebers, der den Zuschlag auf ein derartiges Nebenangebot erteilt, kann allerdings begegnet werden: Entscheidend dominiert in diesem Fall die Erfolgshaftung des Auftragnehmers – er schuldet den Erfolg mit dem von ihm angebotenen Verfahren und den von ihm angebotenen Baustoffen.³⁷⁹ Wenn der Bieter ein Nebenangebot abgibt, das über die anerkannten Regeln der Technik hinausgeht, schuldet er demnach auch die Leistung eines höheren Technikstandards. Die obige Vorgabe, dass ein Werk (nur) den anerkannten Regeln der Technik entsprechen muss, um als mangelfrei abgenommen werden zu können, kollidiert damit nicht: Die **anerkannten Regeln der Technik** stellen nicht das Maximum des zu Leistenden, sondern das Minimum dar. Diese sind vom Auftragnehmer **nur als eine Art Mindeststandard geschuldet**.³⁸⁰ Wenn die auf der Basis des Nebenangebots vertraglich vereinbarte Leistung die anerkannten Regeln der Technik „überschreitet“, wird also der herzustellende Erfolg nicht durch diese begrenzt. Der Auftragnehmer schuldet das, was Gegenstand des Vertrags ist.

³⁷⁸ A.a.O.;

³⁷⁹ *Kuffer/Wirth*, Teil A, Rdn. 277;

³⁸⁰ BGH BauR 1998, 872; Amtliche Begründung zum Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucksache 14/640, S. 616 f.; *Seibel* in: NZBau 2006, 523 ff.; *Voppel* in: BauR 2002, 843 ff.; *Englert/Motzke/Wirth*, § 633, Rdn. 67;

2. Nicht technische Nebenangebote

Neben technischen Nebenangeboten sind auch Nebenangebote möglich, die zwar keine technisch vom Leistungsverzeichnis abweichende Lösung anbieten, dafür aber zum Beispiel einen anderen Vertragstyp, eine andere Vergütungsart³⁸¹ oder abweichende ausführende Vertragsbestimmungen.³⁸² Dies sind so genannte nicht technische oder **kaufmännische**³⁸³ **Nebenangebote**, die eine **Abweichung vom Amtsentwurf in wirtschaftlicher, rechtlicher oder rechnerischer Art** vorsehen.³⁸⁴

Auch nicht technische Nebenangebote müssen im Rahmen der Wertung im engeren Sinne nach § 25 VOB/A gleichwertig mit dem Amtsvorschlag sein, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können.³⁸⁵ Dieser Aspekt wird jedoch vorliegend erst im Rahmen des Kapitels zur Wertung von Nebenangeboten behandelt. Im Folgenden steht die Frage im Mittelpunkt, welche Formen nicht technischer Nebenangebote grundsätzlich möglich und zulässig sind.

Im Gegensatz zu technischen Nebenangeboten, die auch ohne gleichzeitig abgegebenes Hauptangebot eingereicht werden können, **sind nicht technische Nebenangebote nur zulässig, wenn sie zugleich mit einem Hauptangebot abgegeben werden.**³⁸⁶ Dies liegt darin begründet, dass etwa eine abweichende Zahlungsbedingung oder eine Abweichung bezüglich der Ausführungszeit nur zusammen mit der im Hauptangebot im Übrigen beschriebenen geschuldeten Bauleistung an sich ein vollständiges Angebot bilden kann. Im Mittelpunkt steht im Rahmen der Umsetzung eines Bauvorhabens naturgemäß die technische Leistung, ohne die eine Realisierung nicht möglich ist. Der Bieter kann freilich eine kaufmännische Variante anbieten und im Übrigen auf die gegenüber dem Amtsentwurf unverändert beibehaltenen technischen Leistungen verweisen.

2.1 Abweichungen bei den vertraglichen Rahmenbedingungen

Ein Nebenangebot beinhaltet notwendigerweise immer eine Abweichung von den Verdingungsunterlagen. Dabei muss die Abweichung die Leistungsseite, nicht die Entgeltseite (Vergütung) betreffen.³⁸⁷ Diese Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn das Nebenangebot zwar keine Abweichung hinsichtlich des Bauverfahrens oder der zu verbauenden Baustoffe vorsieht (dann, wie oben dargestellt, liegt ein technisches

³⁸¹ BayObLG in: VergabeR 2003, 207 ff.; VK Bund, Beschluss vom 11.06.2002, VK 1-25/02;

³⁸² Schweda in VergabeR 3/2003, S. 269; Höfler/Bayer, 2. Teil, Rdn. 253; Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 28;

³⁸³ Hänsel, Vortrag Forum für Baurecht und Bautechnik im Freistaat Sachsen, Chemnitz, 19.09.2006, S. 16;

³⁸⁴ VK Münster, Beschluss vom 21.12.2005, VK 25/05; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 01.04.2004, VK-SH 5/04; Weyand, ibv-online-Kommentar, § 10, Ziff. 4367;

³⁸⁵ Kapellmann/Messerschmidt, § 25 VOB/A, Rdn. 103; Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 71; VÜA Schleswig-Holstein, IBR 1999, 243; VÜA Bayern, IBR 1997, 444;

³⁸⁶ Vergabehandbuch des Bundes, EVM(B)BwB/E Nr. 4.3; Kapellmann/Messerschmidt, § 25 VOB/A, Rdn. 97;

³⁸⁷ Hofmann, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 30;

Nebenangebot vor), sondern ebenso, wenn die Rahmenbedingungen durch den Bieter abweichend von den Verdingungsunterlagen angeboten werden.³⁸⁸

2.1.1 Bauzeit

Praktisch bedeutsame nicht technische Nebenangebote sind etwa solche, die **in zeitlicher Hinsicht vom Amtsentwurf abweichen**. Diese Abweichung kann mehrere Aspekte betreffen – der Bieter kann eine kürzere oder längere Ausführungsfrist für die ausgeschriebene Bauleistung anbieten. Er kann ebenso im Bereich der Bindefrist eine andere Vorgabe machen als vom Auftraggeber vorgesehen – entweder eine längere oder eine kürzere.

2.1.2 Sicherheitsleistung

Des Weiteren sind nicht technische Nebenangebote denkbar **im Bereich der Stellung einer Sicherheitsleistung** im Sinne von § 17 VOB/B. Der Bieter kann beispielsweise abweichend vom Amtsentwurf eine größere Sicherheit für den Auftraggeber anbieten, die für diesen damit im Ergebnis die Risiken verringert (etwa über 10 % der Auftragssumme statt nur über die geforderten 5 %). Eine andere Variante ist das Angebot nicht nur einer geforderten Vertragserfüllungsbürgschaft, sondern darüber hinaus die freiwillige Stellung zusätzlich einer Mängelhaftungsbürgschaft. Der Bieter kann des Weiteren alternativ zu den Vorgaben aus den Verdingungsunterlagen eine andere Art von Sicherheit anbieten – zum Beispiel eine Bürgschaft auf erstes Anfordern³⁸⁹ statt einer „normalen“ Bürgschaft im Sinne des § 765 BGB.

2.1.3 Mängelhaftung

Denkbare Möglichkeiten für ein nicht technisches Nebenangebot in diesem Bereich ergeben sich zum Beispiel durch das Angebot einer von den Verdingungsunterlagen oder von den gesetzlichen Vorgaben (§ 634 a BGB) bzw. der Regelung in § 13 Nr. 4 VOB/B abweichenden Mängelhaftungsfrist, sei es in Form einer Verkürzung oder einer Verlängerung der vom Auftraggeber vorgesehenen Mängelhaftungsfrist. Eine Verkürzung der Mängelhaftungsfrist durch den Bieter stellt ein Nebenangebot nicht technischer Art dar. In der Konsequenz ist ein solches Angebot auszuschließen, wenn die Bewerbungsbedingungen nicht technische Nebenangebote nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zulassen und ein solches Hauptangebot nicht abgegeben wurde.³⁹⁰

2.2 Abweichungen bei der Abrechnung/Zahlungsbedingungen

Grundsätzlich beinhaltet ein **Nebenangebot immer eine Abweichung von der ausgeschriebenen Leistung** dahingehend, dass die **Leistungsseite, nicht die Entgeltseite (Vergütung) betroffen** ist. Insoweit ist nachstehend im Einzelnen zu prü-

³⁸⁸ Die folgenden Beispiele sind z.T. entnommen aus *Dähne/Schelle*, S. 924;

³⁸⁹ *Palandt/Sprau*, Einf v § 765, Rdn. 14;

³⁹⁰ VK Niedersachsen, Beschluss vom 09.01.2001, VgK 4/2000; *Schelle*, in: IBR 2001, 327;

fen, inwieweit ein Angebot eines Bieters, das eine Abweichung in Bezug auf die Vergütung vorsieht, dennoch als Nebenangebot angesehen werden kann.

2.2.1 Unbedingte Preisnachlässe

Wie die obige Definition zeigt, kann die vom Bieter vorgesehene Abweichung vom Amtsentwurf jeglicher Art sein, unabhängig von ihrem Grad, ihrer Gewichtung oder ihrem Umfang. Insoweit kann nach einer Ansicht – auf den ersten Blick systematisch nachvollziehbar – auch eine Erklärung eines Bieters in seinem Angebot, einen globalen Preisnachlass, also einen Preisnachlass ohne Bedingungen, gewähren zu wollen, in Form eines Nebenangebots abgegeben werden.³⁹¹

Tatsächlich gilt für unbedingte, globale Preisnachlässe aber eine ausdrückliche Sonderregelung, auf Grund derer die andere Ansicht einen solchen unbedingten Preisnachlass zu Recht nicht als Nebenangebot ansieht.³⁹² **§ 21 Nr. 4 VOB/A**³⁹³ gibt ausdrücklich vor: „Soweit Preisnachlässe ohne Bedingungen gewährt werden, sind diese an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle³⁹⁴ aufzuführen.“ Einen weiteren indirekten Hinweis zur Einordnung gibt **§ 25 Nr. 5 S. 2 VOB/A**. Während S. 1 zunächst Fragen zu Nebenangeboten behandelt, regelt S. 2: „Preisnachlässe ohne Bedingungen sind nicht zu werten, wenn sie nicht an der vom Auftraggeber nach § 21 Nr. 4 bezeichneten Stelle aufgeführt sind.“ Diese „vom Auftraggeber bezeichnete Stelle“ kann, da Nebenangebote nach § 21 Nr. 3 S. 2 VOB/A auf besonderer Anlage zu machen sind, notwendigerweise nur eine Stelle innerhalb des Hauptangebots sein. Es handelt sich dabei um einen zwingenden Ausschlussbestand, im Rahmen dessen der Auftraggeber aber nicht das gesamte Angebot des Bieters ausschließen muss, sondern nur den globalen Preisnachlass an sich nicht berücksichtigen darf. Das Angebot im Übrigen darf dennoch gewertet werden, als Angebotssumme gilt die Preisangabe ohne Nachlass.³⁹⁵

Die Einordnung unbedingter Preisnachlässe als Hauptangebot ist auch von der Systematik her berechtigt. Im Rahmen der Ausarbeitung des (Haupt-)Angebots ist es Aufgabe des Bieters, die vom Auftraggeber nachgefragten Leistungen zu bepreisen. Im Fall des Hauptangebots lässt der Bieter also das vorgegebene Leistungsverzeichnis unverändert und erklärt gegenüber dem Auftraggeber nur, zu welchen Preisen er diese Leistungen auszuführen bereit wäre. Das Einsetzen eines höheren oder niedrigeren Preises führt nicht bereits zum Vorliegen eines Nebenangebots. Ein globaler Preisnachlass stellt im Ergebnis nichts anderes dar als die Bepreisung des

³⁹¹ Weyand, § 10, Ziff. 4367;

³⁹² Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 72; Kapellmann/Messerschmidt, § 25 VOB/A, Rdn. 106;

³⁹³ Eingeführt, ebenso wie § 25 Nr. 5 S. 2, mit Ausgabe 2000 der VOB/A;

³⁹⁴ In der Praxis geschieht dies regelmäßig im Angebotsschreiben, vgl. Vergabehandbuch des Bundes, EVM(B)Ang/1999;

³⁹⁵ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 25, Rdn. 145;

Amtsentwurfs, bei der der Bieter als weitere Stufe lediglich seine zu den einzelnen Ordnungsziffern eingesetzten Angebotspreise „am Ende“ noch einmal nach unten korrigiert und damit zu einem in der Gesamtsumme niedrigeren Angebotspreis gelangt. Eine Abweichung vom Leistungsverzeichnis nimmt der Bieter damit jedoch nicht vor.

Als **Sonderfall** ist zu beachten, wenn ein Bieter einen unbedingten Nachlass im Hauptangebot an der vom Auftraggeber vorgesehenen Stelle gewährt, aber nicht ausdrücklich erwähnt, dass der Nachlass auch für die von ihm eingereichten Nebenangebote gelten soll. Ein solcher Formblattnachlass ohne Bedingung ist grundsätzlich wertbar, auch wenn er bei der Submission nicht verlesen wird. Der Nachlass kann in diesem Fall jedoch nicht gewertet werden, wenn der Auftraggeber ein Nebenangebot des Bieters beauftragt: Ein Preisnachlass in dem Formblatt des Auftraggebers ist ohne ausdrücklichen Hinweis nur auf das Hauptangebot zu beziehen. Bei der Berücksichtigung eines Nebenangebots kann ein solcher unbedingter Nachlass nicht gewertet werden, es sei denn, der Bieter hat dies ausdrücklich und an der richtigen Stelle erklärt.³⁹⁶

2.2.2 Bedingte Preisnachlässe

Ein bedingter Preisnachlass liegt vor, wenn der Bieter dessen Gewährung vom Eintritt einer Bedingung abhängig macht.³⁹⁷ Dies kann in mehreren Formen geschehen. Der Bieter kann einen Preisnachlass einräumen beispielsweise unter der Bedingung, dass der Auftrag bis zu einem spätesten Datum erteilt wird oder dass der vom Auftraggeber vorgesehene Einheitspreisvertrag in einen Pauschalpreisvertrag umgestaltet wird. Das Kriterium einer Bedingtheit eines Preisnachlasses ist noch nicht erfüllt, wenn der Bieter einen Nachlass anbietet unter der „Bedingung“, dass ihm der Auftrag erteilt wird. Dabei handelt es sich nicht um eine echte Bedingung in diesem Sinne, sondern um eine selbstverständliche Voraussetzung, die zwingend eintreten muss, damit der Preisnachlass überhaupt eine Rolle spielen kann.³⁹⁸

Im Rahmen der Einführung der §§ 21 Nr. 4, 25 Nr. 5 S. 2 VOB/A³⁹⁹ wurde diskutiert, ob diese Neuregelung, die ausdrücklich Preisnachlässe ohne Bedingung betrifft, zugleich zur Folge hat, dass bedingte Preisnachlässe nicht mehr zulässig sein sollen.⁴⁰⁰ Diese Annahme würde jedoch zu weit führen. Mit den beiden Paragraphen wurde lediglich eine Sonderregelung für Preisnachlässe ohne Bedingungen eingeführt, um die Transparenz im Vergabeverfahren zu fördern. Bieter hatten vielfach Preisnachlässe gewährt, diese aber an versteckter Stelle in ihrem Angebot aufgeführt, so dass diese im Eröffnungstermin nicht auf den ersten Blick erkennbar waren und auf

³⁹⁶ VOB-Stelle Eichsfeld, Bescheid vom 13.01.2004, 15.23;

³⁹⁷ VK Brandenburg, Beschluss v. 01.03.2005, 1 VK 20/03;

³⁹⁸ Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 72;

³⁹⁹ Beide wurden eingeführt mit Neuausgabe 2000 der VOB/A;

⁴⁰⁰ Vgl. Motzke/Pietzcker/Prieß, § 25, Rdn. 145;

diese Weise die Reihenfolge für das wirtschaftlichste Angebot unter Umständen verändert wurde. Bei den obigen Regelungen handelt es sich um Formvorschriften für globale Preisnachlässe, um Manipulationsmöglichkeiten für die Bieter einzudämmen, nicht aber um Regelungen, die zur Folge hatten, dass künftig keine bedingten Preisnachlässe mehr möglich waren.⁴⁰¹

Es bleibt festzuhalten, dass Preisnachlässe, bedingt oder unbedingt, jedenfalls nach dem Eröffnungstermin unzulässig sind. Nachträglich vom Bieter vorgenommene Änderungen seines Angebots darf der Auftraggeber nicht berücksichtigen.⁴⁰² Ein **Preisnachlass** muss darüber hinaus ausreichend klar formuliert sein. Er **darf** vom Auftraggeber **nur insoweit berücksichtigt werden, als es zweifelsfrei ist**.⁴⁰³ Ein Nachlass, der unklar formuliert ist, darf nicht gewertet werden.⁴⁰⁴ Ferner ist ein Preisnachlass mit Bedingungen nur zu realisieren, wenn sämtliche vom Bieter vorgesehene Bedingungen vollständig erfüllt werden.⁴⁰⁵ Es kommt darauf an, dass diese ausreichend klar bestimmt und darüber hinaus erfüllbar sind.⁴⁰⁶

Nicht jede Bedingung für einen Preisnachlass darf dabei gewertet werden: Ein Nebenangebot ist beispielsweise dann vergaberechtswidrig und darf nicht gewertet werden, wenn es einen Preisnachlass unter folgender Bedingung vorsieht: *„Sollte unser Angebot nicht das preisgünstigste sein, gewähren wir einen Nachlass von 2 Prozent auf die Angebotssumme.“*⁴⁰⁷ Unzulässig ist auch die Wertung eines Nebenangebots, das einen Preisnachlass einräumt *„für den Fall der uneingeschränkten Einhaltung der VOB/B als Vertragsgrundlage“*; wenn der Auftraggeber ohnehin die Einbeziehung der VOB in den Bauvertrag vorgesehen hat⁴⁰⁸ oder als öffentlicher Auftraggeber dazu ohnehin auf Grund von § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A verpflichtet ist.

2.2.3 Skonto

Das Angebot an den Auftraggeber, unter bestimmten Voraussetzungen **Skonto** vom Rechnungsbetrag abziehen zu dürfen, stellt einen Sonderfall des bedingten Preisnachlasses dar.⁴⁰⁹ Die Entscheidungspraxis diesbezüglich ist uneinheitlich. Eine Ansicht sieht in der Gewährung eines Skontos ein Nebenangebot, da es sich dabei um einen Preisnachlass handle, der an bestimmte Bedingungen geknüpft wird, nämlich

⁴⁰¹ A.a.O.; *Ingenstau/Korbion*, § 25 VOB/A, Rdn. 92;

⁴⁰² *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 23, Rdn. 32;

⁴⁰³ OLG Nürnberg, Urteil vom 15.01.1997, 4 U 2299/96, BauR 1997, 825 = NJW-RR 1997, 854;

⁴⁰⁴ VK Nordbayern, Beschluss v. 26.10.2001, 320.VK-3194-37/01;

⁴⁰⁵ VOB-Stelle Sachsen-Anhalt, 06/2000, Fall 249;

⁴⁰⁶ VK Brandenburg, Beschluss v. 01.03.2005, VK 8/05;

⁴⁰⁷ VK Sachsen, Beschluss v. 21.05.2004, 1/SVK/036/04;

⁴⁰⁸ OLG Dresden, Beschluss v. 28.03.2006, WVerG 4/06;

⁴⁰⁹ *Dähne/Schelle*, S. 319;

an die Bedingung, dass der Auftraggeber binnen einer bestimmten Frist nach Rechnungsstellung durch den Unternehmer den abgerechneten Betrag zahlt.⁴¹⁰

Die herrschende Ansicht behandelt die Gewährung von Skonto unter der Bedingung, dass der Auftraggeber bestimmte Zahlungsfristen einhält, nicht als Nebenangebot. Die Begründung ist jedoch nicht einheitlich. Eine Ansicht lehnt die Annahme eines Nebenangebots auf Grund der Systematik des Vergabeverfahrens aus der VOB/A heraus ab: Skonto soll den Auftraggeber für eine zügige Bezahlung der vom Unternehmer erbrachten Bauleistungen „belohnen“. Es handelt sich dabei um eine den Preis betreffende Angabe im Sinne der VOB/A. Damit sei keine Abweichung von den rechtlichen Rahmenbedingungen der auszuführenden *Leistung* verbunden, wie dies definitionsgemäß für das Vorliegen eines Nebenangebots der Fall sein muss.⁴¹¹

Eine andere Begründung stellt darauf ab, dass es sich bei einem Skontoangebot bereits nicht um ein „echtes“ bedingtes Angebot im Sinne des § 158 BGB handle. Damit sei dies auch nicht ein Nebenangebot, da der Auftraggeber das Skontoangebot (in Abgrenzung zu der Frage, ob der Auftraggeber das Skonto tatsächlich ziehen kann oder wird) annehmen könne, ohne die für das Skonto ausbedungene Zahlungsfrist einhalten zu müssen. Er erhalte dann lediglich das Skonto nicht. Entscheidend sei, dass die Zahlungsfristen des § 16 VOB/B durch ein Skontoangebot nicht abbedungen würden. Für ein Nebenangebot sei jedoch Voraussetzung, dass es in irgendeiner Weise von den Verdingungsunterlagen abweiche. Dies sei hier nicht der Fall.⁴¹² Das sieht unter anderem auch die Vergabekammer Brandenburg⁴¹³ so: In einem Skontoangebot, das zum Beispiel vorsieht, dass bei Zahlung innerhalb von 14 Tagen nach Rechnungseingang x Prozent Skonto gewährt werden, liege lediglich die Zusage eines Preisabschlags innerhalb der bezeichneten Frist, nicht aber eine Änderung des im Leistungsverzeichnis des Auftraggebers aufgeführten Leistungsinhalts oder auch nur einzelner Abschnitte davon. Eine – für das Vorliegen eines Nebenangebots erforderliche – inhaltliche Änderung dessen, was ein Bieter dem Auftraggeber als Bauleistung angeboten habe, sei jedoch nicht gegeben. **Ein Nebenangebot liegt somit bei einem Skontoangebot nicht vor.**⁴¹⁴

Nichtsdestotrotz steht es dem Bieter frei, Skonto innerhalb seines Hauptangebots anzubieten. Eine Ausnahme bildet die Konstellation, dass ein Bieter dem Auftraggeber den Abzug eines bestimmten Skontosatzes anbietet für den Fall (Bedingung),

⁴¹⁰ Weyand, § 10, Ziff. 4370, unter Verweis auf VK Brandenburg, Beschluss v. 01.03.2005, VK 08/05;

⁴¹¹ Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 75;

⁴¹² Dähne/Schelle, a.a.O.;

⁴¹³ Beschluss v. 26.03.2002, VK 4/02;

⁴¹⁴ Stellmann/Isler, Der Skontoabzug im Bauvertragswesen, in: ZfBR 2004, 633; vgl. auch Weyand, § 10 VOB/A, Ziff. 4369;

dass sein Angebot nicht das günstigste sein sollte. Diese Bedingung ist vergaberechtswidrig.⁴¹⁵

2.2.4 Koppelungsangebot

Macht ein Bieter die Gewährung eines Preisnachlasses davon abhängig, dass auch eine andere, nicht im selben Vergabeverfahren erfasste Bauleistung an ihn vergeben wird, handelt es sich um ein so genanntes **Koppelungsangebot**. Ein solches Angebot ist nur in sehr engen Grenzen zulässig, nämlich nur dann, wenn in dem anderen Vergabeverfahren, in dem die weitere Bauleistung zu vergeben ist, die Angebotsöffnung bereits erfolgt ist, bevor der Bieter in dem vorliegenden Vergabeverfahren sein Angebot eingereicht hat und zugleich feststeht, dass der Bieter in dem anderen Vergabeverfahren das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat.

Das heißt: Ein Bieter kann nur dann in zulässiger Weise für Bauleistung A einen Preisnachlass unter der Bedingung anbieten, dass er auch eine Bauleistung B beauftragt erhält, die im Rahmen einer anderen Ausschreibung vergeben wird, wenn er im Zeitpunkt der Angebotsabgabe für Bauleistung A schon weiß, dass sein Angebot auf Bauleistung B im Rahmen der Submission im anderen Vergabeverfahren den ersten Rang belegt hat. In diesem Fall ergibt sich die gestellte Bedingung von selbst durch das Wettbewerbsergebnis. In allen anderen Fällen ist ein Koppelungsangebot unzulässig und darf vom Auftraggeber nicht berücksichtigt werden, da sonst eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung zu besorgen wäre.⁴¹⁶

2.2.5 Anderweitige Abweichungen im Abrechnungsbereich

Auch im Bereich der Abrechnung von Bauleistungen ergeben sich für den Bieter mehrere Möglichkeiten, vom Amtsentwurf in Form eines Nebenangebots abzuweichen. Dies kann unter anderem durch den Ansatz anderer Einheiten sowie durch Angebot einer Gleitklausel oder Pauschalierung geschehen. Spezielle Problemfelder ergeben sich in diesem Zusammenhang insbesondere bei losweisen Ausschreibungen

2.2.5.1 Abrechnung nach anderen Einheiten

Eine weitere Möglichkeit für die Abgabe eines kaufmännischen Nebenangebots mit Abweichungen gegenüber dem Amtsentwurf hinsichtlich der Abrechnungsmodalitäten ergibt sich für die Bieter durch das Angebot, die **Leistung nach anderen Einheiten abzurechnen als vom Auftraggeber vorgesehen**.⁴¹⁷ Der Bieter könnte beispielsweise im Falle der nachgefragten Herstellung von Bohrpfählen vorschlagen, die Abfuhr des Bohrgutes nicht wie im Amtsentwurf vorgesehen nach Fahrzeugaufmaß der Abfuhr-LKW, belegt durch Wiegescheine, abzurechnen, sondern nach theoretischen

⁴¹⁵ VOB-Stelle Sachsen-Anhalt, Stellungnahme vom 09.10.1997, Fall 220;

⁴¹⁶ Saarländisches OLG, ZVgR 2000, 181; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 162;

⁴¹⁷ *Dähne/Schelle*, S. 924;

scher Kubatur der eingebauten Bohrpfähle. Oder er bietet bei nachgefragtem Einbau eines Estrichs statt einer Abrechnung nach m² hergestellter Fläche über die Vorgaben der VOB/C⁴¹⁸ hinaus eine Abrechnung nach verbrauchtem Zement und anderem Material an.

2.2.5.2 Angebot bezüglich Gleitklauseln

Ein Nebenangebot ist auch zulässig in der Form, dass ein Bieter von den Vorstellungen des Auftraggebers in dessen Verdingungsunterlagen dahingehend abweicht, dass er **Veränderungen hinsichtlich der Frage von Gleitklauseln** vornimmt. Dies kann wiederum in beiden Richtungen geschehen: Der Bieter kann bei im Übrigen unverändertem Leistungskatalog die Vereinbarung einer Gleitklausel für Lohn oder Material vorsehen, obwohl der Auftraggeber eine solche nicht geplant hat. Auch ist denkbar, dass der Bieter in seinem Nebenangebot den Verzicht auf eine Gleitklausel anbietet, wenn der Auftraggeber in seinen Ausschreibungsunterlagen eine solche vorgesehen hatte.⁴¹⁹

2.2.5.3 Angebot einer abweichenden Preisart (Pauschalierung)

Uneinigkeit besteht hinsichtlich die Frage, ob es sich um ein zulässiges Nebenangebot handelt, wenn ein Bieter eine **andere Preisart** anbietet als der Auftraggeber in seiner Ausschreibung vorgesehen hat. Ein in der Praxis häufiges Beispiel ist der Fall, dass der Auftraggeber eine Abrechnung nach Einheitspreisen vorsieht und ein Bieter stattdessen eine **Pauschalierung des Preises** für bestimmte Leistungsteile oder aber die gesamte ausgeschriebene Leistung anbietet. Eine Ansicht sieht ein solches Angebot nicht als Nebenangebot an. Eine bloße Pauschalierung des Preises gehe nicht mit einer Änderung auf der Leistungsseite einher, wie dies für das Vorliegen eines Nebenangebotes der Fall sein müsse. Betroffen sei vielmehr nur die Preisseite. Dies reiche nicht aus.⁴²⁰

Eine andere Ansicht⁴²¹ beantwortet die Frage differenzierter: Ein Angebot beispielsweise eines Pauschalpreises statt der ausgeschriebenen Einheitspreise soll nicht schon ein Nebenangebot darstellen, wenn nicht zugleich der Leistungsumfang in Frage stehe, sondern die einzige Abweichung im Angebot des Bieters darin liege, dass er eine andere Preisart vorschlägt, sofern nur die Voraussetzungen des § 5 Nr. 1 b) VOB/B gegeben seien. Anders wäre dies zu beurteilen – ein Nebenangebot soll dann also gegeben sein – wenn der Auftraggeber ausdrücklich aufgefordert habe,

⁴¹⁸ Vgl. ATV DIN 18353, Abschn. 0.5;

⁴¹⁹ Saarländisches OLG, ZVgR 2000, 181; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 71; *Dähne/Schelle*, a.a.O.;

⁴²⁰ *Hofmann* in: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 30;

⁴²¹ *Ingenstau/Korbion*, § 25 Nr. 5 VOB/A, Rdn. 90;

nur zu Einheitspreisen anzubieten⁴²² oder wenn der Bieter neben dem Einheitspreis parallel in Form eines Nebenangebots zu einem Pauschalpreis anbiete.⁴²³

Nach der herrschenden Meinung liegt jedoch in einem solchen Fall ein **zulässiges Nebenangebot** vor.⁴²⁴ Begründet wird dies damit, dass zum Beispiel ein Pauschalangebot auf eine Einheitspreisausschreibung zwar keine technisch vom Leistungsverzeichnis abweichende Lösung darstelle, jedoch eine Abweichung hinsichtlich des Bauvertragstyps enthalte, so dass ein Nebenangebot vorliege, das als solches gewertet werden könne.⁴²⁵ Ein Pauschalpreisnebenangebot kann auch dann gewertet werden, wenn der Auftraggeber ausdrücklich aufgefordert hat, Einheitspreise anzubieten. Dies soll auch gelten für einen Fall, in dem ein Bieter nur auf Grund seiner allgemeinen Ortskenntnis und einer speziellen Baustellenbesichtigung einen Pauschalpreis hinreichend sicher anbieten konnte. Dieser Wissensvorsprung sei nicht ein diskriminierender Wettbewerbsvorteil, da der Bieter die spezielle Kenntnis auf Grund jedermann erlaubter Eigeninitiative und als natürliche Folge vorheriger Auftragsvergaben erlangt habe.⁴²⁶

Die VK Sachsen⁴²⁷ differenziert im Fall eines Nebenangebots, das abweichend von den Verdingungsunterlagen statt Einheitspreisen einen Pauschalpreis vorsieht: Ein solches Pauschalpreisangebot ist danach nur wertbar im Rahmen einer Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis, wenn der Bieter in seinem Nebenangebot ein Nachunternehmerverzeichnis und Fabrikatsangaben enthält. Die durch ein solches Nebenangebot bewirkten Unklarheiten können auch nicht gemäß § 24 Nr. 3 VOB/A durch ein Bietergespräch beseitigt werden, da es sich nicht um Änderungen geringen Umfangs handle. Die Einbeziehung eines Nebenangebots in die Wertung setze voraus, dass sich der Auftraggeber ein klares Bild über die im Rahmen des Nebenangebots vorgesehene Ausführung machen kann. Nebenangebote müssen daher so gestaltet sein, dass der Auftraggeber in der Lage ist, diese prüfen und werten zu können. Das bedeute, dass ein Pauschalpreisnebenangebot alle Fakten enthalten müsse, die zur einwandfreien Ausführung der Leistung erforderlich sind. Andernfalls sei eine Wertung nicht zulässig. Als Hintergrund nennt die VK Sachsen in der Entscheidung die Tatsache, dass es sich bei einer Vergütung nach Pauschalpreis um eine Ausnahme bei einem Leistungsvertrag handle, die nur in geeigneten Fällen im Sinne von § 5 Nr. 1 b VOB/A in Frage komme. Insoweit sei besonderer Wert auf die Bestimmtheit der Ausführungsart zu legen, damit bei Vertragsschluss zwischen

⁴²² vgl. Schelle/Erkelenz, S. 286;

⁴²³ Hofmann in: ZfBR 1984, 260;

⁴²⁴ BayObLG, Beschluss v. 02.12.2002, Verg 24/02; VK Münster, Beschluss v. 10.02.2004, VK 1/04; VK Thüringen, Beschluss v. 07.11.2003, 216-4002.20-055/03-EF-S; Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 71; Weyand, *ibr-online-Kommentar*, § 10, Ziff. 4373 f.;

⁴²⁵ VK Bund, Beschluss v. 11.06.2002, VK 1-25/02; ZfBR 2002, 722; VK Thüringen, Beschluss v. 07.11.2003, 216-4002.20-055/03-EF-S;

⁴²⁶ VK Bund, a.a.O.;

⁴²⁷ Beschluss vom 13.02.2002, 1/SVK/2-02;

Auftraggeber und Auftragnehmer völlige Klarheit darüber herrsche, in welcher Art und Weise das Bauvorhaben und seine Einzelheiten auszuführen sind. Der Auftraggeber muss dabei die submittierten Angebote nach ihrem Wortlaut werten und darf dabei nicht den von ihm irrtümlich zunächst anders vorgegebenen Leistungstext in den beabsichtigten Inhalt umändern.⁴²⁸

Auch nach der VK Sachsen-Anhalt ist Wertungsvoraussetzung, dass zweifelsfrei erkennbar ist, welchen Inhalt und welche Bedingung die abweichend angebotene Pauschalierung hat. Hat ein Bieter etwa ein Skonto von 2 % als Preisnachlass angeboten unter der Bedingung, dass die Vergütung pauschaliert wird, kann ein solches Nebenangebot nur berücksichtigt werden, wenn eindeutig zu erkennen ist, dass es auch für das Pauschalangebot gelten soll.⁴²⁹

2.2.5.4 Preisnachlässe bei losweisen Ausschreibungen

Eine weitere Frage im Zusammenhang mit vom Amtsentwurf abweichenden Angeboten ergibt sich bei Bauleistungen, die im Rahmen der Ausschreibung losweise vergeben werden sollen. § 4 Nr. 2 VOB/A sieht ausdrücklich vor, dass umfangreiche Bauleistungen „möglichst in Lose geteilt und nach Losen vergeben werden (Teillose)“ sollen. Ein Los ist der in einem Bauauftrag enthaltene Anteil einer zur Erstellung, Änderung oder Beseitigung einer baulichen Anlage erforderlichen Gesamtleistung. Wird die Gesamtleistung zur Vergabe in einzelne Fachgebiete aufgeteilt, handelt es sich um Fachlose. Wenn bestimmte Teilleistungen innerhalb eines Fachgebiets an verschiedene Auftragnehmer vergeben werden, liegen Teillose vor.⁴³⁰ Hintergrund der Aufforderung an die Auftraggeber („möglichst in Lose geteilt (...) vergeben werden“) ist die europarechtliche Vorgabe, die national in § 97 Abs. 3 GWB Niederschlag gefunden hat. Demnach sind mittelständische Interessen im Rahmen von Vergabeverfahren durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose zu fördern. Durch die Aufteilung in einzelne, kleinere Auftragsumfänge wird es mittelständischen Unternehmen ermöglicht, die geforderten Leistungen mit ihren Kapazitäten bewältigen zu können.⁴³¹ Eine andere Ansicht sieht die Möglichkeit für ein Pauschalpreisnebenangebot in einem solchen Fall nur, wenn die vollständigen Ausführungspläne vorliegen.⁴³²

Ein praktisch nicht seltener Fall einer Angebotsabweichung besteht in diesem Zusammenhang darin, dass ein Bieter im Falle einer losweisen Ausschreibung für mehrere Lose anbietet und darüber hinaus dem Auftraggeber einen Preisnachlass auf die Gesamtleistung anbietet unter der Bedingung, dass er den Auftrag für alle ausgeschriebenen Lose erhält. Es ist strittig, inwieweit es sich hier um ein Nebenangebot

⁴²⁸ Weyand in: IBR 2002, 509; Dähne, in: IBR 2001, 452;

⁴²⁹ VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.04.2001, VK Hal 04/01;

⁴³⁰ Lampe-Helbig/Wörmann, Rdn. 70;

⁴³¹ Byok/Jaeger, § 97, Rdn. 153 f.; Kapellmann/Messerschmidt, § 4 VOB/A, Rdn. 5 ff.;

⁴³² VÜA Bund in: IBR 1997, 486;

handelt. Eine Ansicht bejaht das Vorliegen eines Nebenangebots mit der Begründung, dass sich zwar der ausgeschriebene Leistungsgegenstand im Angebot des Bieters nicht ändere, jedoch der Leistungsumfang insgesamt für den einzelnen zu vergebenden Auftrag in Frage stehe. Dies stelle eine Abweichung dar, die zu einem Nebenangebot führe.⁴³³

Die andere Ansicht⁴³⁴ sieht in diesem Fall kein Nebenangebot. Durch das formell zwar vom Amtsentwurf abweichende Angebot des Bieters mit einem bedingten Preisnachlass für den Fall der Beauftragung der Gesamtleistung werde der Leistungsumfang insgesamt nicht geändert. Art, Umfang und Inhalt der ausgeschriebenen Leistung blieben unverändert. Der Bieter habe im Fall einer losweisen Ausschreibung seine Kalkulation darauf abzustellen, dass er in Abhängigkeit vom Wettbewerbsergebnis mit der Ausführung eines, möglicherweise aber auch mehrerer oder aller Lose beauftragt wird. In der Regel werde er diese Zusammenhänge, etwa in Form möglicher Einsparungen im Bereich der Baustelleneinrichtung bei Beauftragung mehrerer Lose, durch entsprechende Preisnachlässe in seinem Angebot berücksichtigen. Somit sei nicht, wie für das Vorliegen eines Nebenangebots erforderlich, auch die Leistungsseite von der Änderung betroffen. Vielmehr gehe es nur um die Höhe des Angebotspreises, der im Rahmen eines Hauptangebots vom Bieter einzutragen sei.

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Sachverhalt eines angebotenen Nachlasses für den Fall der „Vergabe mehrerer Lose gemeinsam“ an diesen Bieter letztlich alleine nach formellen Kriterien entschieden.⁴³⁵ Demnach dürfen Preisnachlässe für die Beauftragung von mehreren Losen nicht gewertet werden, wenn sie nicht an der in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufgeführt sind. Der Auftraggeber muss derartige Angebote nicht als Nebenangebote werten. Der Bieter hatte den angebotenen Nachlass nicht im Sinne von § 21 Nr. 4 VOB/A an der vom Auftraggeber im Angebotsformular EVM(B) Ang, Ziff. 6.1, vorgesehenen Stelle aufgeführt. Daher dürfe das Angebot nach § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A nicht gewertet werden. Die Vergabekammer wandte diese Regelung, obwohl sie ausdrücklich nur für Preisnachlässe ohne Bedingungen gilt, bewusst auch für den hier bedingten Nachlass an. Inwieweit der Nachlass ein nichttechnisches Nebenangebot darstellt oder nicht, ließ die Vergabekammer offen: Selbst wenn man den Nachlass als nichttechnisches Nebenangebot auslegen würde, könne der Auftraggeber nicht verpflichtet werden, diesen zu werten: Zum einen habe der Bieter unter der betreffenden Ziffer im Angebotsformular nicht die Zahl seiner Nebenangebote aufgeführt, wie dies § 21 Nr. 3 S. 1 VOB/A verlange. Außerdem habe der Bieter den Nachlass nicht als Nebenangebot bezeichnet. Dies bedeute weiterhin einen Verstoß gegen § 21 Nr. 3 S. 2 VOB/A. Nach § 25 Nr. 1

⁴³³ *Ingenstau/Korbion*, § 10 VOB/A, Rdn. 80

⁴³⁴ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 73; *Hofmann* in: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 30 f.;

⁴³⁵ Beschluss vom 26.10.2001, 320.VK-3194/37/01;

Abs. 2 VOB/A könne diese mangelhafte oder gar fehlende Bezeichnung zum Ausschluss des Angebots führen. Im Übrigen könne der Nachlass bereits deswegen nicht berücksichtigt werden, weil er unklar sei.⁴³⁶

3. Verknüpfung und Wechselwirkung zwischen technischem und nicht technischem Nebenangebot

Technische und nicht technische Nebenangebote stehen nicht in einem Ausschlussverhältnis – ein Bieter kann eine technische Alternative auch zugleich mit einem von den Verdingungsunterlagen abweichend Vorschlag nicht technischer Art anbieten, also ein technisches und ein nicht technisches Nebenangebot kombinieren. Zum Beispiel kann ein Bieter ein von den Vorgaben des Auftraggeber abweichendes Bauverfahren (damit eine technische Alternative) und zugleich eine Pauschalierung des Preises statt der Abrechnung nach Einheitspreisen (also ein nicht technisches Nebenangebot) vorschlagen. Der Auftraggeber hat in diesen Fällen dann jedoch kein Auswahlrecht: Enthält etwa ein „Nebenangebot 1“ technische und nicht technische Alternativvorschläge, kann der Auftraggeber sich nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens⁴³⁷ einen Teil annehmen und den anderen ablehnen. Hier gilt der allgemeine Grundsatz, dass ein Angebot nur unverändert angenommen werden kann. Andernfalls läge nach § 150 Abs. 2 BGB eine Annahme unter Einschränkungen vor. Dies ist keine Annahme, wie dies ein Zuschlag darstellt, sondern eine Ablehnung des Nebenangebots, verbunden mit einem neuen Antrag des Auftraggebers.⁴³⁸

Liegt ein technisches Nebenangebot in einem Vergabeverfahren vor, kann dies Auswirkungen auch auf rechtliche Komponenten des Bauvertrags haben. Den Bauvertragsparteien ist somit auch im Falle eines auf technische Abweichungen beschränkten Nebenangebots zu empfehlen, zu prüfen, inwieweit **möglicherweise rechtliche Komponenten aus den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers angepasst werden müssen** oder dies jedenfalls angezeigt erscheint. In Fällen, in denen beispielsweise ein Baustoff oder –verfahren über den Technikstandard der anerkannten Regeln der Technik hinaus geht, also noch nicht so umfassend praxiserprobt ist, dass hinreichende Erfahrungen mit der Umsetzbarkeit vorliegen,⁴³⁹ empfiehlt es sich beispielsweise, die Vertragsregelung dahingehend anzupassen, dass eine klarstellende Regelung eingefügt wird, dass nicht nur eine den anerkannten Regeln der Technik entsprechend u.a. den DIN-Normen in Teil C der VOB geschuldet ist, son-

⁴³⁶ Asam in: IBR 2002, 274;

⁴³⁷ Anders im Rahmen einer zulässigen einvernehmlichen Abänderung der vertraglich geschuldeten Leistung nach Abschluss des Vergabeverfahrens und Beauftragung des eingereichten (Neben-)Angebots – in der Praxis passen die Bauvertragsparteien dann häufig sowohl technisch als auch nicht technisch den Vertragsinhalt noch an, beispielsweise durch Gewähr eines weiteren Nachlasses oder Veränderung technischer Parameter;

⁴³⁸ Prütting/Wegen/Weinreich, § 150, Rdn. 3 ff.;

⁴³⁹ Vgl. oben 1.6.;

dern eine, die dem Technikstandard des Nebenangebots entspricht.⁴⁴⁰ Denkbar ist beispielsweise auch eine im Ergebnis ausgleichende Regelung, die dem Auftraggeber mehr Sicherheit bietet, wenn er bereits ist, sich auf ein innovatives technisches Nebenangebot einzulassen – etwa in der Form, dass der Bieter eine verlängerte Mängelhaftung anbietet oder eine (zusätzliche) Sicherheitsleistung gestellt.

⁴⁴⁰ Z.B. dem Stand der Technik oder dem Stand von Wissenschaft und Technik, vgl. oben 1.6;

Teil 2 – Das Nebenangebot aus baubetrieblicher Sicht

Nicht nur aus rechtlicher Sicht ist das Nebenangebot in der Praxis der Bauvergabe von erheblicher Bedeutung. Eine sachgerechte und für alle Beteiligten sinnvolle Lösung von baurechtlichen Problemen erfordert auf Grund der Komplexität der Zusammenhänge eine interdisziplinäre Betrachtung.⁴⁴¹

Auch das Phänomen des Nebenangebots ist daher insbesondere in baubetriebswirtschaftlicher Hinsicht zu ergründen. Nach einer Untersuchung der baubetrieblichen Bedeutung werden Vorteile und Nachteile für Auftraggeber und Bieter jeweils gegenüber gestellt. Nach einer Betrachtung des Standorts im kalkulatorischen Ablauf werden Beispiele für Nebenangebote aus der Baupraxis dargestellt.

A) Bedeutung von Nebenangeboten für die Bauwirtschaft

Nebenangebote sind nach Einschätzung von *Marbach*⁴⁴² das „Salz in der Suppe“ im Wettbewerb um die Vergabe eines Bauauftrags. Sie spielen in der täglichen Baupraxis nicht nur rechtlich eine große Rolle, gleich ob im Vergabeverfahren oder später im Verlauf der Bauausführung, sondern auch aus der Sicht der Baubetriebswirtschaft.⁴⁴³

Um die Erscheinung des Nebenangebots ganzheitlich erfassen zu können, ist deshalb auch eine Betrachtung aus der Sicht der Bauwirtschaft erforderlich. Das Nebenangebot bringt dort für Auftraggeber und Bieter zum Teil erhebliche Vorteile, ist aber auch mit Risiken und Nachteilen verbunden, die wiederum auch rechtliche Aspekte aufweisen. Neben einer systematischen Einordnung des Nebenangebots in den Planungs- und Herstellungsprozess eines Bauvorhabens sollen Beispiele aus der Baupraxis Erscheinungsformen und damit die Rolle von Nebenangeboten verdeutlichen.

I. Wettbewerbliche Situation in der Bauwirtschaft

Die **Bauwirtschaft** liefert sich, gerade in Zeiten der Rezession wie in den vergangenen Jahren, einen „oft ruinösen Kostenwettbewerb“, wie dies *Prof. Thomas Bauer*, Präsident des Bayerischen Bauindustrieverbands und Vizepräsident des Hauptver-

⁴⁴¹ CBTR, Jahresband 2004/5, S. 2;

⁴⁴² In: Festschrift für Vygen, S. 241

⁴⁴³ VK Südbayern, Vergaberechtsreport 3/2000, S. 1; *Schweda* in: VergabeR 3/2003, S. 268; *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB, S. 486, A § 25, Rdn. 69; *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 242;

bandes der Deutschen Bauindustrie, umschrieb.⁴⁴⁴ Vertreter der Baubranche wie *Prof. Dr.-Ing. E.h. Dipl.-Ing. Manfred Nußbaumer M. Sc.*, Vorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Geotechnik e.V., sehen die Situation der deutschen Bauunternehmen in einem sich öffnenden europäischen Markt als bedenklich an. **Unvernünftiger Wettbewerb auf dem deutschen Baumarkt** sowie die ungünstigen Rahmenbedingungen haben die Umsätze der deutschen Baukonzerne auf ein Niveau von 0 bis 0,5 Prozent absinken zu lassen. Die **Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen wird in der Praxis überwiegend über den Preis entschieden**. Qualitätsbewusstsein und gute Referenzen spielen dabei aktuell nur eine untergeordnete Rolle.⁴⁴⁵

Einer der Gründe dafür ist, dass die **Bauwirtschaft** – im Gegensatz zu anderen Wirtschaftszweigen wie beispielsweise der Automobilindustrie – **nur sehr wenig Spielraum für eine Produktdifferenzierung** bietet.⁴⁴⁶ In der Fahrzeugproduktion etwa kommt alleine für private Abnehmer eine große Produktvielfalt auf den Markt – vom Kleinwagen bis Familienfahrzeug, von schlichter Ausführung bis zum hochpreisigen Segment. Die Folge ist eine Differenzierung am Markt. Je unterschiedlicher die Produkte, desto vielfältiger die Käufer, die sich davon angesprochen fühlen. Für die Hersteller bedeutet dies, dass sie durch Innovation und entsprechende Bestückung ihrer Produktpalette den Wettbewerb im Idealfall positiv für sich beeinflussen können.

Der Bauwirtschaft dagegen fehlt auf Grund der ihr immanenten Systematik **diese Möglichkeit der Wettbewerbssteuerung** zunächst grundsätzlich. Bauherrn haben bei der Vergabe einer Bauleistung bereits fertig im Kopf, welches Produkt am Ende des Fertigungsprozesses stehen soll. In der Regel legen sie bereits einen fertigen Bauplan vor und schreiben detailliert im Sinne des § 9 Nr. 1 ff. VOB/A alle Teilleistungen aus. Nachdem bis auf sehr wenige Ausnahmen kein Bauwerk exakt dem anderen gleicht, stellen Bauunternehmen stets ausschließlich Prototypen her.⁴⁴⁷

Das Bauunternehmen steht als Träger der Ausführungsphase **erst am Ende des Prozesses des Entstehens eines Bauwerks. Die prägenden technischen und wirtschaftlichen Entscheidungen trifft im Regelfall der Auftraggeber bereits vor Erteilung des Auftrags in der Planungs- und Vorbereitungsphase**. Die wesentlichen Parameter des Bauvorhabens wie Nutzung, Architektur, Abmessung und Größe, zu verwendende Baustoffe und Ausstattung sind bereits vor dem Vergabeverfahren festgelegt. Die **Möglichkeiten für grundlegende oder innovative Vorschläge sind im Regelfall daher entsprechend eingengt**. Im Wesentlichen bleibt dem Bauunternehmer im Rahmen der Ausführung eines Hauptangebots nur noch ein

⁴⁴⁴ So in seinem Vortrag im Rahmen der Jahrestagung des Centrums für deutsches und internationales Baugrund- und Tiefbaurecht (CBTR) in Schrobenshausen im Mai 2002; CBTR-Jahresband 2002, S. 61 ff., 65;

⁴⁴⁵ CBTR-Jahresband 2003, S. 89;

⁴⁴⁶ *Bauer* in: CBTR-Jahresband 2002, S. 65;

⁴⁴⁷ A.a.O.;

Spielraum für eine Rationalisierung des im Wesentlichen bereits durch die Auftragsvorgaben fixierten Bauablaufs oder für Änderungen von Teilleistungen, die zu Kosteneinsparungen führen können – jeweils in dem Rahmen, den der Auftraggeber durch die Gestaltung des Bauvorhabens und die Vorgabe der hierfür erforderlichen Leistungen selbst oder durch seine Planer – Architekten und Sonderfachleute – bereits fixiert und vorgegeben hat.⁴⁴⁸

Mehr Spielraum bleibt Bauunternehmen im Rahmen einer Funktionalausschreibung, wenn der Auftraggeber mit Hilfe einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm gemäß § 9 Nr. 15 ff. VOB/A vorgibt, was er nachfragen will. Der Auftraggeber beschreibt hier nur den Zweck beziehungsweise die spätere Funktion und überlässt es dem Bieter, zu beschreiben, auf welchem Weg und mit welchen Mitteln er dieses Ziel erreichen will. Diese Art der Ausschreibung setzt voraus, dass sie nach Abwägung aller Umstände abweichend von § 9 Nr. 11 ff. VOB/A zweckmäßig für das konkrete Bauvorhaben und wirtschaftlich vertretbar ist – insbesondere mit Blick auf den Auftragnehmer.

Die Funktionalausschreibung verfolgt das Ziel, die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln. In der Vergabepaxis wird diese Form der Auftragsvergabe nicht nur bei Massenleistungen des industrialisierten Bauens angewandt, wo große Serien vergeben werden, sondern auch bei Einzelbauwerken oder Teilen davon, wo der letzte planerische Entscheidungsvorschlag zweckmäßigerweise der Erfahrung der Bieter überlassen bleiben soll.⁴⁴⁹

Der Grundgedanke und die Systematik der Funktionalausschreibung entsprechen insoweit dem Nebenangebot: Das „Produkt“, also das geplante Bauvorhaben, das der künftige Auftragnehmer als werkvertraglichen Erfolg schulden wird, steht bereits fest. Aufgabe des Bieters ist es, den wirtschaftlich günstigsten und vorteilhaftesten Weg zu finden, diesen Erfolg zu realisieren. Die Aufstellung der Leistungsbeschreibung mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis wird bei der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm wie bei der Ausarbeitung eines Nebenangebots auf den Bieter verlagert.⁴⁵⁰ Bei der Funktionalausschreibung trifft diese Aufgabe alle Bieter, bei einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis nur diejenigen Bieter, die sich dazu entschließen, ein Nebenangebot auszuarbeiten und einzureichen.

⁴⁴⁸ *Schmidt-Breitenstein* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 69

⁴⁴⁹ *Ingenstau/Korbion*, § 9 VOB/A, Rdn. 123;

⁴⁵⁰ *Franke/Höfler/Bayer*, Abschn. II, 6.3, Rdn. 70;

Allerdings **muss der Auftraggeber auch bei der Funktionalausschreibung ein feststehendes Leistungsziel mit wesentlichen Einzelheiten vorgeben.**⁴⁵¹ Eine Veränderung darf diesbezüglich nicht zu erwarten sein. Andernfalls wird die erforderliche Gewähr für eine sachgerechte Angebotswertung nicht für gegeben erachtet.⁴⁵² Auch hier gibt der Bauherr also bereits vor, was am Ende des Bauprozesses stehen und welche Funktionen das Produkt erfüllen soll sowie welche wesentliche Zwischenschritte der Bieter bzw. Auftragnehmer auf dem Weg zum gewünschten Ziel zu nehmen hat. Insoweit besteht auch bei dieser Vergabeform **kein unbegrenzter Gestaltungsspielraum für die Bieter.**

Vertreter der Bauwirtschaft betrachten eine derartige Vergabepaxis nachvollziehbar mit Skepsis. Es werde der niedrigste Preis für eine vorgegebene Leistung zum alleinigen Entscheidungskriterium für Auftraggeber in der Annahme, Qualität und Wirtschaftlichkeit könnten auch bei niedrigstem Preis durch Normen, Ausschreibungs- und Vergabebedingungen erzwungen werden. **Wettbewerb** in dieser Form sei **nicht leistungssteigernd** und **fördere vor allem auch nicht Innovationen.** Außerdem schaffe eine fortgesetzte Billigstvergabe die **Voraussetzung für Manipulationen am Markt**, denn nur ein vorhersehbares Verhalten, nämlich die Vergabe des Auftrags an das preisgünstigste Angebot, dieses Verhalten unlauter auszunützen, stellte *Dipl.-Ing. Jürgen Schmidt-Breitenstein* zu seiner Zeit als Vizepräsident des Bayerischen Bauindustrieverbandes und Vorstandsmitglied eines großen Baukonzerns fest.⁴⁵³ Dies geschehe häufig in der Weise, dass das Angebot einer Firma – unbewusst oder auch durchaus bewusst – fehlerhaft sei oder ein Unternehmen unbewusst oder bewusst einen falschen bzw. nicht kostendeckenden Preis einsetze. Freilich wird dem entgegen zu halten sein, dass eine fehlerhafte Kalkulation im Falle einer Zuschlagserteilung darauf letztlich vor allem zu Lasten des beauftragten Unternehmers und weniger zu Lasten des Auftraggebers geht.

Als weiteres Problem kommt für die Bauwirtschaft hinzu, dass sie systematisch von Nachfragemonopolen geprägt ist. Auch eine Lagerfertigung „auf Halde“ ist systembedingt nicht möglich, so dass eine Unterauslastung für Bauunternehmer hohe Kosten verursacht.⁴⁵⁴

II. Betriebswirtschaftliche Bedeutung von Nebenangeboten im Wettbewerb

Nebenangebote können diesen gegenüber anderen Branchen faktisch **eingeschränkten Wettbewerb in der Bauwirtschaft erweitern.** Sie bedeuten ein Mehr

⁴⁵¹ *Prieß/Hausmann/Kulartz*, A I, S. 5;

⁴⁵² *Ingenstau/Korbion*, § 9 VOB/A, Rdn. 124; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 9 VOB/A, Rdn. 82;

⁴⁵³ In: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 67 ff., 69

⁴⁵⁴ *Bauer*, in: *CBTR-Jahresband 2002*, S. 65 ff.;

an Wettbewerb,⁴⁵⁵ der sowohl für die Bieter als auch für die Auftraggeber Vorteile wie Nachteile mit sich bringt. Dies erklärt, warum in der Baupraxis der Fall relativ selten ist, dass ein Auftraggeber Nebenangebote und Änderungsvorschläge von vornherein im Sinne von § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u) und Nr. 2 Abs. 2 lit. q) ausschließt.⁴⁵⁶ Ein solcher Ausschluss ist bereits aus Sicht des Auftraggebers nicht empfehlenswert: Er verbaut sich damit von Anfang an die immerhin theoretische Chance, dass einer der Bieter in einem Nebenangebot möglicherweise eine kostengünstigere und/oder schnellere Variante zur Ausführung des geplanten Bauvorhabens entwickelt.

Nebenangebote schaffen insoweit mehr Flexibilität und eröffnen Spielräume für einen qualitativen Leistungswettbewerb als Gegenstück zu einem Wettbewerb, der die Entscheidung über den Zuschlag nur quantitativ über den Preis fällt.⁴⁵⁷ Sie bieten sowohl für den Auftraggeber als auch für die Bieter Vorteile. Aber auch Nachteile in Form von Risiken sind sowohl für die Auftraggeber als auch für alle am Wettbewerb Beteiligten mit der Abgabe von Nebenangeboten verbunden, die jeweils nachfolgend dargestellt werden.

B) Standort des Nebenangebots in der baubetrieblichen Angebotsbearbeitung

In der Regel wird einem Bauunternehmer im Rahmen einer Ausschreibung von Bauleistungen ein komplettes Vertragswerk vorgelegt, das der Bieter nur mehr mit entsprechenden Preisen zu versehen hat. Die Preise hat der Bieter den jeweiligen bauvertraglichen Rahmenbedingungen anzupassen.⁴⁵⁸ Wie oben bereits dargestellt, unterscheidet sich der Baumarkt von anderen Branchen wie etwa dem Textil- oder Nahrungsmittelmarkt dadurch, dass es in der Bauwirtschaft kaum möglich ist, eine Produktion auf Lager durchzuführen. Dies kann allenfalls für Bauvorhaben wie Fertighäuser oder für die Herstellung einzelner Bauprodukte wie Mauersteine, Betonfertigteile in bestimmten Fällen oder etwa Dachpfannen, Bauteile für Trockenbau oder ähnliches gelten.

Die in der Bauwirtschaft nachgefragten Bauleistungen sind von Individualität geprägt. Sie unterscheiden sich hinsichtlich der anzuwendenden Bauverfahren, der zu bewältigenden technischen und organisatorischen Schwierigkeiten ebenso wie hinsichtlich der Dauer der Produktion. Aus diesem Grund gibt es in der Bauwirtschaft praktisch keinen Angebotsmarkt für fertige Güter und keine Marktpreise im Sinne der stationä-

⁴⁵⁵ Kapellmann/Messerschmidt, § 25 VOB/A, Rdn. 96;

⁴⁵⁶ Schmidt-Breitenstein in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 68;

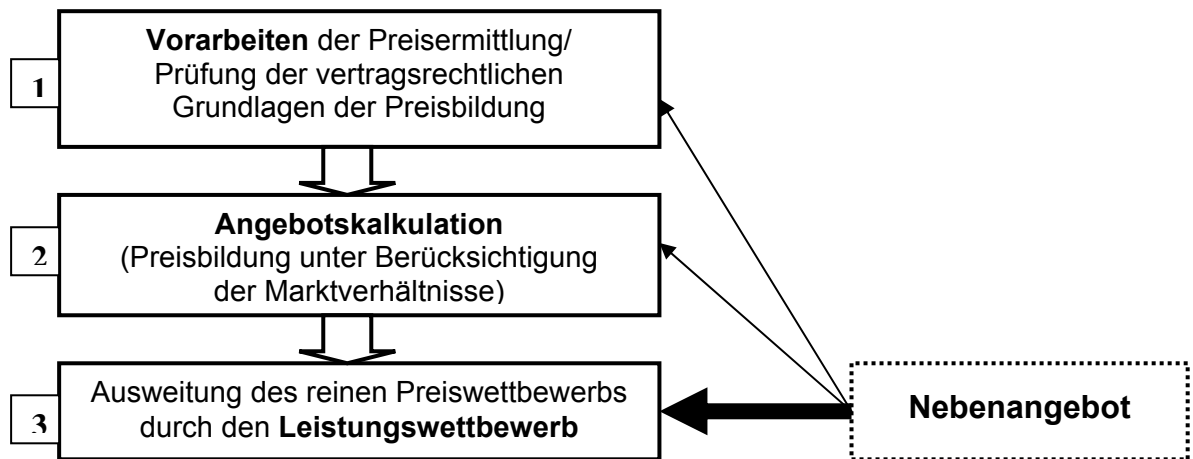
⁴⁵⁷ So auch Schweda in VergR 2003, 268;

⁴⁵⁸ Plümecke, S. 13;

ren Industrie. In der Konsequenz muss sich der Bauherr im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens den geeigneten Partner für die Ausführung seines Bauvorhabens suchen. Auf der Grundlage der vom Auftraggeber erstellten und (in der Regel in einem beschränkten Kreis) veröffentlichten Leistungsbeschreibung kann der Bieter kalkulieren, das heißt, seine Angebotspreise festlegen.⁴⁵⁹

I. Überblick: Ablauf der baubetrieblichen Angebotsbearbeitung

Die Angebotsbearbeitung ist ein mehrstufiges Verfahren, bei dem das bietende Bauunternehmen alle relevanten Einflussgrößen zu berücksichtigen hat. Art und Umfang der Bearbeitung der einzelnen Schritte im Rahmen der Kalkulation sind hierbei stark von der Situation des Baumarkts zum Zeitpunkt der Bearbeitung des Angebots abhängig.⁴⁶⁰ Die Angebotsbearbeitung unterscheidet etwa *Leimböck* in der baubetriebswirtschaftlichen Literatur⁴⁶¹ in mehrere Schritte:



Stimmen in der Literatur wie *Leimböck* erwähnen einen Einfluss des Nebenangebots nur auf die dritte Stufe der baubetrieblichen Angebotsbearbeitung, nämlich auf die Ausweitung des reinen Preiswettbewerbs durch den Leistungswettbewerb⁴⁶² – hierauf wird noch näher einzugehen sein. Dies wird jedoch der baubetrieblichen Praxis kaum gerecht werden, wie dies auch etwa *Plümecke*⁴⁶³ sieht. Vielmehr sind Auswirkungen auch auf die beiden ersten Stufen zu beobachten.

II. Einflüsse des Nebenangebots auf die Angebotsbearbeitung

Eine Empfehlung von *Plümecke* bringt die Maßgabe an die Kalkulatoren bei der Bearbeitung von Angeboten auf den Punkt: „**Vor und während der Kalkulation sollte**

⁴⁵⁹ *Leimböck*, S. 106;

⁴⁶⁰ *Plümecke*, S. 27;

⁴⁶¹ In: *Bauwirtschaft*, S. 106;

⁴⁶² *Leimböck*, S. 119;

⁴⁶³ S. 28 f.;

*auch geprüft werden, ob Nebenangebote oder Sondervorschläge erarbeitet werden können. So ist es durchaus möglich, dass Wettbewerber mit relativ hohen Angebotssummen für die ausgeschriebenen Leistungen Alternativen anbieten, deren wirtschaftliche Vorteile für den Auftraggeber dann zum Auftrag führen. Geänderte Baukonzeption, der Einsatz alternativer Baustoffe oder auch zweckmäßigere Bauabläufe haben in dieser Hinsicht schon oft Erfolge gezeigt.*⁴⁶⁴

Diese Aussage belegt, dass in jeder Phase der Angebotsbearbeitung – vor und während der Kalkulation – Nebenangebote von Bedeutung sind und in jeder Phase auch aus baubetrieblicher Perspektive vom Kalkulator die Möglichkeiten und Risiken von Nebenangeboten auszuloten sind.

Sind Nebenangebote in dem konkreten Vergabeverfahren zugelassen und entschließt sich der jeweilige Bieter nach kritischer Prüfung seiner Ressourcen, seines fachlichen Potenzials und seiner individuellen Ausstattung, ein Nebenangebot abgeben zu wollen, weil er sich damit Vorteile erhofft im Sinne einer Vergrößerung seiner Erfolgsaussichten auf den Erhalt des Zuschlags, stellt sich im Rahmen der Angebotsbearbeitung als nächstes die Frage, ob das Unternehmen nur ein Nebenangebot oder, sofern diese Konstellation in der Ausschreibung zugelassen ist, ein Nebenangebot und parallel dazu ein Hauptangebot abgeben will. In letzterem Fall hat der Kalkulator in der ihm vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Zeit bis zur Angebotsabgabe ein Haupt- und ein Nebenangebot zu kalkulieren.

Auf jegliche baubetriebswirtschaftliche Einzelheiten im Mechanismus der Angebotsbearbeitung soll hier nicht eingegangen werden. Zentraler Punkt der Betrachtung ist die Systematik der Bedeutung und Auswirkungen von Nebenangeboten im baubetrieblichen Bereich sein. Eine Detailbetrachtung der betriebswirtschaftlichen Kalkulationsmechanismen wie etwa des Vorgehens bei der Ermittlung von Einzelkosten der Teilleistung, Lohn- und Lohnnebenkosten oder Allgemeiner Geschäftskosten⁴⁶⁵ ist hierfür nicht erforderlich und würde den hier gesetzten Rahmen sprengen.

III. Einzelbetrachtung: Stufen der Angebotsbearbeitung und Auswirkungen von Nebenangeboten

Im Folgenden werden die Einflüsse und Auswirkungen von Nebenangeboten auf die einzelnen, oben im Überblick dargestellten Stufen der baubetrieblichen Angebotsbearbeitung im Einzelnen untersucht.

⁴⁶⁴ In: Bauwirtschaft, S. 29;

⁴⁶⁵ Siehe hierzu vertiefend Plümecke, S. 32 ff.;

1. Stufe 1: Vorarbeiten der Kalkulation

1.1 Ablauf und Bedeutung im Rahmen der Angebotsbearbeitung

Im Rahmen der **Vorarbeiten der Preisermittlung und Prüfung der vertragsrechtlichen Grundlagen der Preisbildung** hat der Bieter zu ergründen, welche vertragsrechtliche Systematik für die anzubietende Bauleistung vom Auftraggeber vorgesehen ist. Hierzu zählt etwa die Unterscheidung, ob „nur“ ein BGB-Bauvertrag nach den §§ 631 ff. BGB vorgesehen ist oder eine Einbeziehung der VOB.⁴⁶⁶ Eine entscheidende Abgrenzung hat hier auch danach zu erfolgen, ob ein öffentlicher oder privater Auftraggeber vorliegt. Ersterer Fall hat bereits im Zeitraum der Angebotsbearbeitung erhebliche Auswirkungen, weil dann das Vergabeverfahren nach den Vorgaben der VOB Teil A zu erfolgen hat und insoweit ein wesentlich stärker reglementiertes Verfahren zu befolgen ist. In diesem Rahmen ist weiter festzustellen, welche Vergabeart der Auftraggeber gewählt hat - öffentliche, beschränkte oder freihändige Vergabe, § 3 Nr. 1 Abs. 1 bis 3 VOB/A. Sofern die VOB/A zur Anwendung kommt, hat die Leistungsbeschreibung nach den Vorgaben des § 9 VOB/A zu erfolgen.

1.2 Vorüberlegungen bezüglich potenzieller Nebenangebote

In Bezug auf Nebenangebote hat der Bieter auf dieser Stufe der Angebotsbearbeitung entscheidend zu prüfen, inwieweit der Auftraggeber Nebenangebote überhaupt zugelassen oder aber ausgeschlossen hat.⁴⁶⁷ In letzterem Fall stellen sich weitere Fragen zu Auswirkungen von Nebenangeboten bereits ab diesem Stadium der Angebotsbearbeitung nicht mehr – hat der Auftraggeber Nebenangebote nicht zugelassen, ist deren Kalkulation und Abgabe überflüssig, da sie gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOB/A nicht gewertet werden dürfen.

Im Fall der Zulassung wird der Bieter in diesem Zeitpunkt bereits **erste konkrete Vorüberlegungen** anstellen, **ob** er auf die ihm vorliegende Ausschreibung ein **Nebenangebot** oder einen Änderungsvorschlag ausarbeiten und abgeben will. Bereits in diesem frühen Stadium stellt der Bieter die entscheidenden Weichen. Er hat unter baubetriebswirtschaftlichen Aspekten für sich intern zu prüfen, inwieweit es für seine konkrete Position in der konkreten Ausschreibung förderlich ist, ein Nebenangebot auszuarbeiten. Dabei hat er mehrere Aspekte zu berücksichtigen.

Zunächst hat er die vom Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen, also den unter werkvertraglichen Gesichtspunkten nach § 631 BGB geschuldeten Erfolg, dahingehend zu prüfen, **ob sich die Eigenart der im Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber beschriebenen Leistungen und des Erfolgs** in Gestalt des herzustellenden Bauvorhabens überhaupt **für die Ausarbeitung eines Nebenangebots eignet**. Gibt es sinnvolle Alternativen – etwa andere Baustoffe oder ein anderes Bauverfahren als

⁴⁶⁶ Prange/Leimböck/Klaus, S. 6; Byok/Jaeger, § 98, Rdn. 210 ff.; Korbion, § 98, Rdn. 2 ff.;

⁴⁶⁷ Plümecke, S. 29;

in den Verdingungsunterlagen beschrieben – die zum einen aus technischer Sicht zum Ziel – nämlich zum geschuldeten Erfolg – führen können und die zum anderen zugleich geeignet sind, betriebswirtschaftlich im Ergebnis dem Bieter einen Wettbewerbsvorteil verschaffen zu können.

Der Bieter hat im Rahmen seiner Vorüberlegungen zur eigentlichen Kalkulation ferner selbstkritisch **zu prüfen, inwieweit** sein **Unternehmen** (oder geeignete Subunternehmer, derer er sich im Falle der Beauftragung bedienen würde) konkret **darauf eingestellt** ist, **ein Nebenangebot anbieten zu können**. Hat zunächst das Unternehmen die erforderlichen Ressourcen, um etwa ein alternatives Bauverfahren innerhalb der zur Angebotsbearbeitung zur Verfügung stehenden, oft relativ knapp bemessenen Frist planen zu können? Ist der Bieter mit seinem Leistungsspektrum entsprechend aufgestellt, um beispielsweise ein alternatives Bauverfahren anbieten zu können? Hat er dafür erforderliches Fachwissen? Verfügt er über die nötigen Geräte? Hat er ausreichend qualifiziertes Personal im Zeitraum der geplanten Bauausführung zur Verfügung? Kann er zeitgerecht die benötigten Materialien beschaffen?

Als dritten Schritt wird der Bieter bereits auf dieser Stufe der Vorarbeiten zur eigentlichen Kalkulation **abwägen** müssen, **ob** er bei Bejahung der ersten beiden oben dargestellten Vorfragen mit einem **Nebenangebot** in der ihm vorliegenden Ausschreibung tatsächlich einen **hinreichenden Wettbewerbsvorteil erzielen kann**. Das heißt: Selbst wenn der Bieter beispielsweise ein alternatives Bauverfahren oder andere Baumaterialien als die ausgeschriebenen kennt, mit denen der vom Auftraggeber geforderte Erfolg erreicht werden könnte und die erforderlichen Ressourcen in seinem Unternehmen hat, um dieses alternative Verfahren im erforderlichen Zeitraum der Bauausführung realisieren zu können, ist weiter erforderlich, dass der Unternehmer mit dieser Alternative tatsächlich insgesamt eine Verbesserung gegenüber dem Inhalt der Verdingungsunterlagen erreichen kann. Selbst wenn ein alternatives Bauverfahren in Form eines Nebenangebots noch so fortschrittlich sein mag, wird es der Auftraggeber nicht beauftragen, wenn es nicht kostengünstiger ist, eine schnellere oder rationellere Ausführung erlaubt oder etwa einen geringeren Wartungs- oder Betriebsaufwand verursacht.

Erst wenn der Bieter all diese Vorüberlegungen bejahen kann, wird er zur zweiten Stufe der Angebotsbearbeitung, der eigentlichen Kalkulation des Haupt- und des/der Nebenangebot(e) übergehen. Andernfalls wird er entweder nur ein Hauptangebot kalkulieren oder aber, falls er etwa bereits ausreichend ausgelastet ist und nicht genügend Ressourcen zum angefragten Bauausführungszeitraum zur Verfügung hat, sich an der Vergabe des konkreten Auftrags überhaupt nicht beteiligen.

Im **Überblick** hat der Bieter also folgende Überlegungen im Rahmen der Vorarbeiten zur Angebotskalkulation im eigentlichen Sinn anzustellen:

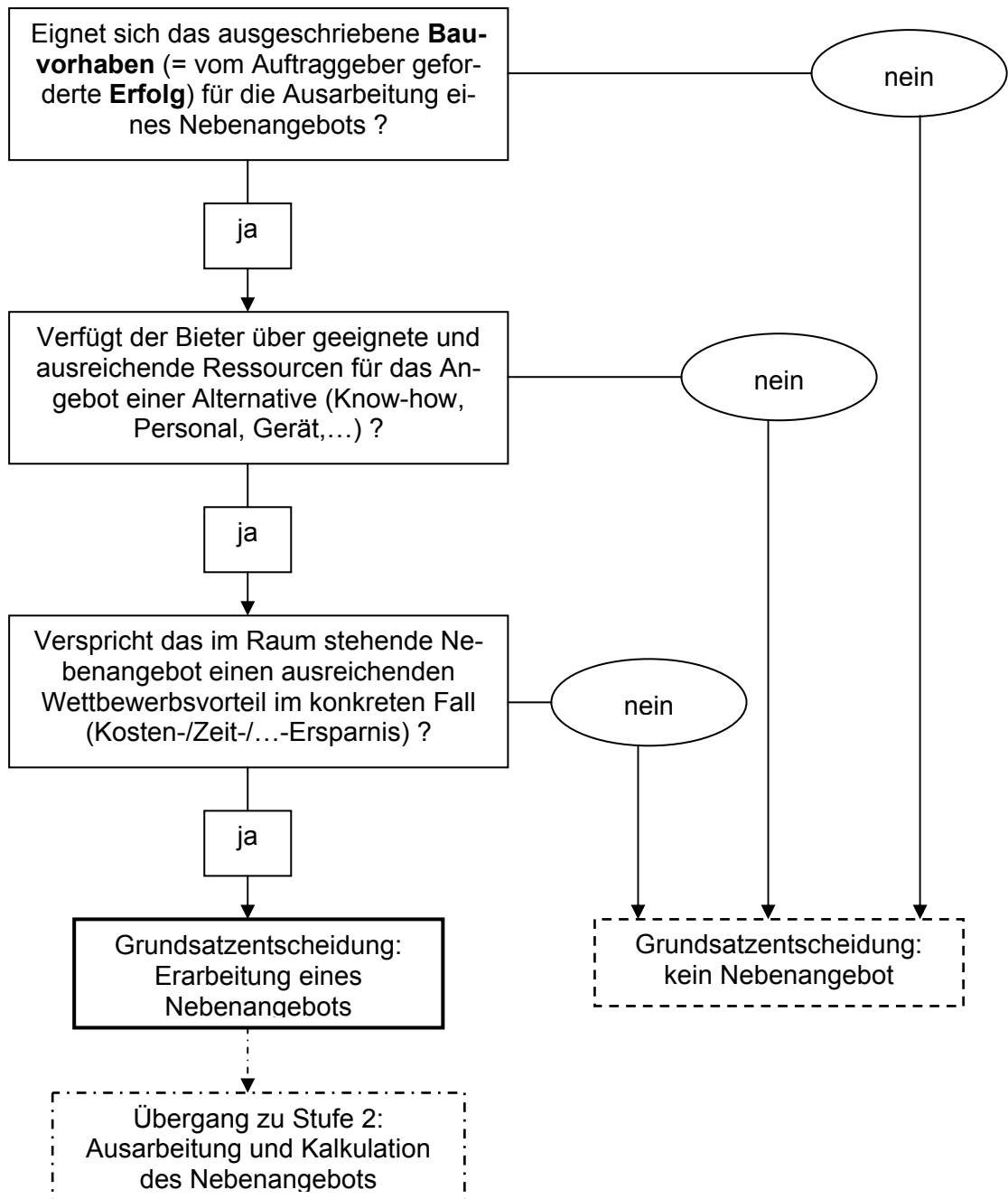


Abb.: Vorüberlegungen bezüglich potenzieller Nebenangebote vor der Kalkulation

2. Stufe 2: Angebotskalkulation

2.1 Ablauf und Bedeutung im Rahmen der Angebotsbearbeitung

Als nächste Stufe folgt nach diesem Modell die **Angebotskalkulation als Grundlage der Preisfindung**.⁴⁶⁸ Im Rahmen der Angebotskalkulation **schätzt der Bieter die zu erwartenden Herstellkosten für eine Bauaufgabe, um Preise für ein Angebot bilden zu können**. Diese Schätzungen basieren auf den bis zu diesem Zeitpunkt bekannten Angaben des Auftraggebers über die zu erbringende Bauleistung. Die Angebotskalkulation ist in diesem Sinne damit in erster Linie zunächst eine Soll-Kosten-Prognose, aus der schließlich das eigentliche Angebot, also der Preis, den der Bieter in das Hauptleistungsverzeichnis des Auftraggebers einträgt, hervorgeht.⁴⁶⁹ Der Bieter muss hierbei neben einer Abschätzung des erforderlichen Aufwands auch eine realistische Einschätzung der Lage auf dem Baumarkt durchführen, um ein Angebot einreichen zu können, das eine realistische Aussicht hat, als das wirtschaftlichste Angebot im Sinne des §§ 97 Abs. 5 GWB, 25 Nr. 3 VOB/A den Zuschlag zu erhalten.⁴⁷⁰

Der Bieter hat im Rahmen seiner Angebotskalkulation im engeren Sinne zu berücksichtigen, dass **unterschiedlichste Randbedingungen die Preisbildung beeinflussen**. Gerade in Zeiten einer Rezession auf dem Baumarkt ist es ein existenzielles Erfordernis für Bieter, zeitgleich verschiedene Projekte zu kalkulieren, da er sich naturgemäß nicht darauf verlassen kann, auf jedes eingereichte Angebot tatsächlich einen Zuschlag zu erhalten. Im Rahmen der Angebotserstellung hat der Kalkulator des Bieters entsprechend jedes einzelne Projekt isoliert für sich zu betrachten. Im Rahmen der Kalkulation hat der Bieter unter anderem auch zu prüfen, inwiefern er Nachunternehmer für die Ausführung der gesamten Leistung oder von deren Teilen einsetzen will. In diesem Fall hat er zu diesem Schritt ferner mögliche Nachunternehmer zu suchen und die Preise zu ermitteln, die die potenziellen Subunternehmer für die von ihnen auszuführenden Leistungsteile verlangen.⁴⁷¹

Die Berechnung des Angebotspreises für die nachgefragten Bauleistungen im Rahmen der konkreten Ausschreibung nimmt der Kalkulator nach einem betriebswirtschaftlichen System vor, das in einzelnen Elementen von Kalkulation zu Kalkulation Abweichungen aufweisen kann (Kalkulation über die Angebotssumme,⁴⁷² Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlagssätzen,⁴⁷³ Kalkulation mit Stundenverrechnungssät-

⁴⁶⁸ Leimböck, S. 112 ff.;

⁴⁶⁹ A.a.O.;

⁴⁷⁰ Byok/Jaeger, § 97, Rdn. 188 ff.; Korbion, § 97, Rdn. 7; die VOB/A spricht in § 25 Nr. 3 Abs. 3 entsprechend vom „annehmbaren Angebot“ – auch hier stellt dies letztlich zugleich das wirtschaftlichste Angebot dar;

⁴⁷¹ Prange/Leimböck/Klaus, S. 33 ff.; Plümecke, S. 29 f.; Leimböck, S. 112 ff.;

⁴⁷² Plümecke, S. 34 ff.;

⁴⁷³ A.a.O., S. 45;

zen,⁴⁷⁴ Sonderverfahren⁴⁷⁵). Alle Erscheinungsformen der Angebotskalkulation haben gemeinsam, dass die **Festlegung des Angebotspreises** letztlich im Zeitpunkt der Preisbildung eine **Entscheidung unter großem Risiko** darstellt, da der Bieter erst bei Angebotsöffnung erfährt, wo auf die konkrete Ausschreibung bezogen der Marktpreisspiegel liegt und inwieweit er in der Folge eine Chance hat, auf sein Angebot den Zuschlag zu erhalten.⁴⁷⁶

Die **Grundsystematik der baubetrieblichen Angebotskalkulation** stellt sich wie folgt dar:

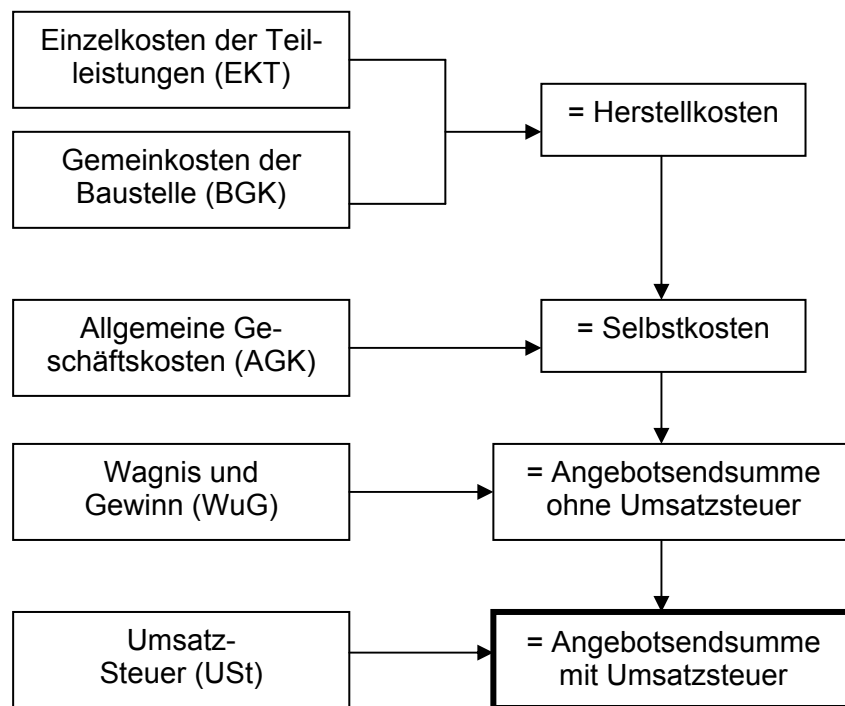


Abb.: Baubetriebliches Kalkulationsschema⁴⁷⁷

Die **Einzelkosten der Teilleistungen (EKT)** setzen sich zusammen aus Lohnkosten, Kosten der Baustoffe und des Fertigungs-, Rüst-, Schal- und Verbaumaterials, Kosten der Geräte, die für die Herstellung der Bauleistung eingesetzt werden müssen, sowie Kosten der Nachunternehmerleistungen. Die EKT sind positionsweise auf der Basis des Leistungsverzeichnisses zu kalkulieren. Sie können den Positionen des LV direkt und unmittelbar zugeordnet werden und bilden die Basis zur Umlage der übrigen Kosten.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ Plümecke, S. 45 f.;

⁴⁷⁵ A.a.O., S. 46;

⁴⁷⁶ Leimböck, S. 119;

⁴⁷⁷ Meyer-Abich in BrBp 12/03, S. 227; ausführlich siehe Leimböck, S. 113;

⁴⁷⁸ Plümecke, S. 33; Leimböck, a.a.O.;

Die **Gemeinkosten der Baustelle** (GdB), auch als **Baustellengemeinkosten** (BGK) bezeichnet, sind Kosten, die durch die jeweilige konkrete Baustelle bedingt sind, also konkrete Kosten des Einzelbauvorhabens. Im Unterschied zu den EKT können sie aber nicht unmittelbar den einzelnen Leistungspositionen des Leistungsverzeichnisses zugeordnet werden, weil sie etwa für mehrere oder alle Positionen anfallen. Sie müssen daher über Umlage- oder Schlüsselverfahren in Form prozentualer Zuschläge in die Einheitspreise für die einzelnen Leistungen eingerechnet werden. Beispiele für BGK sind anteilig das Gehalt der Ober- und Bauleiter, der Kaufleute oder die Kosten der Baustelleneinrichtung.⁴⁷⁹

Die Einzelkosten der Teilleistungen und die Gemeinkosten der Baustelle ergeben zusammen die **Herstellkosten**. Sie sind unmittelbar dem konkreten Bauvorhaben zuordenbar.

Im Gegensatz dazu können die **Allgemeinen Geschäftskosten (AGK)** nicht einem konkreten Bauvorhaben zugeordnet werden. Es handelt sich dabei um die Kosten, die aus dem allgemeinen Betrieb des Unternehmens des jeweiligen Bieters resultieren. Insbesondere sind dies die Kosten, die der „Überbau“ verursacht, also die nicht gewerblichen Mitarbeiter in der Verwaltung, ebenso aber auch Einrichtungen des Unternehmens, die dem allgemeinen Ablauf des Bauunternehmens dienen und nicht nur für eine konkrete Baustelle eingerichtet werden, sondern ganzjährig vorgehalten werden müssen. Dies sind zum Beispiel Kosten für die Geschäftsführung, Verwaltung des Personals, Lohnbuchhaltung und auch für den Bauhof und den Fuhrpark. Die AGK können nicht auf die einzelnen Aufträge exakt aufgeteilt werden. Nachdem aber die Allgemeinen Geschäftskosten eines Bauunternehmens systembedingt über die einzelnen Aufträge erwirtschaftet werden müssen, sind sie in Form von prozentualen Zuschlägen, die für das konkrete Unternehmen zu bilden sind, den einzelnen Baustellen zuzurechnen.⁴⁸⁰

Der Betrag für **Wagnis und Gewinn (WuG)** berücksichtigt das allgemeine Unternehmerwagnis des bietenden Bauunternehmens und eine angemessene Vergütung für deren Leistung in wirtschaftlicher, technischer und organisatorischer Hinsicht.⁴⁸¹

2.2 Auswirkungen des Nebenangebots auf die Angebotskalkulation

Auf der Stufe der Angebotskalkulation im eigentlichen Sinne, also der Ausarbeitung der Preise für die nachgefragte Bauleistung, ist zu unterscheiden: Die **Kalkulation von Nebenangeboten an sich unterscheidet sich nicht grundsätzlich von der üblichen Angebotskalkulation**. Allerdings ist besonderer Wert auf die exakte Er-

⁴⁷⁹ Prange/Leimböck/Klaus, S. 33 ff.; Meyer-Abich in BrBp 12/03, S. 229; Leimböck, S. 119; Plümecke, S. 33;

⁴⁸⁰ Plümecke, a.a.O.; Leimböck, S. 113;

⁴⁸¹ Meyer-Abich in: BrBp 12/03, S. 229; Leimböck, S. 114; Plümecke, S. 43 ff.;

stellung der zugehörigen Leistungsbeschreibung und der Massenermittlung zu legen, da diese Vertragsgrundlage werden und dort enthaltene Fehler dann zu Lasten des Anbieters gehen können.⁴⁸²

Das bedeutet im Ergebnis in zweierlei Hinsicht mehr Aufwand bei der Angebotskalkulation: Zum einen hat der Bieter, sofern er sich für die Ausarbeitung und Kalkulation eines oder mehrerer Nebenangebote entschieden hat, **mehr Zeitaufwand in der Phase der Angebotskalkulation**. Er muss nicht nur ein Hauptangebot kalkulieren und dabei die vom Auftraggeber nachgefragten Leistungen bepreisen, sondern auch für das oder die Nebenangebot(e) zusätzlich eine Kalkulation erstellen. Dies erfordert denknottwendig mehr Zeit als nur die Kalkulation eines Hauptangebots.

Zum anderen verursacht die Kalkulation des Nebenangebots an sich auch unter einem anderen Aspekt abermals mehr Aufwand: Diese Kalkulation mag sich zwar, wie oben zitiert, von der Berechnung der Preise nicht grundsätzlich von der „üblichen Angebotskalkulation“ unterscheiden. Die Kalkulation des Nebenangebots im engeren Sinne erfordert jedoch eine zusätzliche Leistung – es reicht nicht aus, nur die Preise für einen vorgegebenen Katalog von Teilleistungen zu berechnen und in das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers einzutragen. Der Unternehmer muss vor diesem Schritt erst den Leistungskatalog seines Nebenangebots „erfinden“. Er muss nicht nur die Preise errechnen, sondern davor die Grundlage dafür erarbeiten. Der **Bieter muss** – regelmäßig unter Hinzuziehung eines Technikers – **erst den Leistungskatalog aufstellen**, mit dem er sich alternativ zum Hauptleistungsverzeichnis aus den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers positionieren möchte, um die seiner Ansicht nach entscheidenden Wettbewerbsvorteile für sich zu begründen.

Diese Zusammenstellung der anzubietenden Leistungen durch den Bieter hat für ihn wiederum mehrfache betriebswirtschaftliche Auswirkungen: Zum einen hat sie Einfluss darauf, ob sich nach der Kalkulation der erhoffte Wettbewerbsvorteil auch in Form des Angebotspreises realisiert. Wenn sich nach Abschluss der Angebotskalkulation das Nebenangebot als „teurer“ als das Hauptangebot herausstellt, bestehen nur marginale Aussichten, dass der Auftraggeber hierauf den Zuschlag erteilen wird. Zum anderen legt der Bieter mit dem eigenen Leistungskatalog, der dem Nebenangebot zu Grunde liegt, den Grundstock für die Problematik der Risikotragung. Die Fragen zur Auswirkung von Nebenangeboten auf die bauvertragliche Risikoverteilung werden unten⁴⁸³ ausführlich dargestellt. An dieser Stelle bleibt festzuhalten, dass die Risikoverteilung auch einen erheblichen baubetrieblichen Aspekt aufweist: Bei der Ausarbeitung des Leistungskatalogs des Nebenangebots muss der Unternehmer bereits entscheiden, in welchem Umfang er bereit ist, zusätzliche Risiken für die von ihm vorgeschlagenen Alternativen zu übernehmen. Will der Bieter so wenig

⁴⁸² Plümecke, S. 29;

⁴⁸³ Siehe unten Teil 5;

Risiken wie möglich übernehmen, wird er seine Alternativen eng begrenzen beziehungsweise nur oder insbesondere solche Alternativleistungen/-materialien anbieten, deren Auswirkungen er sicher beherrschen kann. Ist er risikofreudiger, wird er möglicherweise auch Alternativleistungen/-materialien im Rahmen seines Nebenangebots anbieten, die er zwar weitgehend und überwiegend, aber nicht „hundertprozentig“ beherrscht. Das Ausmaß der Übernahme von Risiken auf der Leistungsseite korrespondiert baubetrieblich mit dem Risiko, in dem Fall, in dem sich die Risiken realisieren, die Baustelle mit weniger Gewinn oder gar einem unter Umständen erheblichen Minus abschließen zu müssen. Die Ausgestaltung des Leistungsverzeichnisses für das Nebenangebot ist somit zwar einerseits zunächst eine technische Ingenieursleistung, ein alternatives Angebot auszuarbeiten, die aber in erheblichem Maß baubetriebswirtschaftliche Folgen und Auswirkungen hat.

3. Stufe 3: Ausweitung des reinen Preiswettbewerbs durch den Leistungswettbewerb

Auf dieser Stufe liegt die zentrale Stelle, in der Auswirkungen des Nebenangebots auf die baubetriebliche Angebotsbearbeitung festzustellen sind. Grundsätzlich besteht **in der Bauwirtschaft faktisch ein reiner Preiswettbewerb**, der **nur in zwei Ausnahmefällen auf einen Leistungswettbewerb ausgeweitet** wird. Es handelt sich dabei um die oben bereits angesprochenen Fälle, dass sich der Auftraggeber entscheidet, nicht mit einem bereits detailliert ausgestalteten Leistungsverzeichnis, sondern im Rahmen einer **Funktionalausschreibung** mit Hilfe einer Leistungsbeschreibung durch ein Leistungsprogramm auszuschreiben, oder aber die Entscheidung trifft, **Nebenangebote** zuzulassen.

In beiden Fällen geht es nicht mehr nur darum, im Sinne des reinen Preiswettbewerbs auf ein einheitlich für alle Bieter bestehendes und feststehendes Spektrum an Teilleistungen Preise zu errechnen und in das Angebot einzutragen in der Hoffnung, mit den kalkulierten Preisen möglichst das wirtschaftlichste Angebot abgegeben zu haben. Sowohl bei der Funktionalausschreibung als auch beim Nebenangebot tritt zu den Preisen als im Preiswettbewerb einzigem Unterscheidungskriterium der eingereichten Angebote noch ein weiteres Moment hinzu: In diesen beiden Fällen ist **neben dem Preis auch der Inhalt des Angebots relevant für die Bewertung der Angebote**. Anders als im Regelfall einer Ausschreibung mit Hilfe eines Leistungsverzeichnisses des Auftraggebers unterscheiden sich die Angebote der Bieter bei einer Funktionalausschreibung ebenso wie beim Nebenangebot inhaltlich. Sie sehen – wenn auch im Rahmen der Wertung nach § 25 VOB/A notwendig gleichwertige – aber doch anders ausgestaltete Leistungen vor. Statt mit ihren Angeboten Vorschläge zu machen, die sich strikt an das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers halten, nehmen die Bieter inhaltlich Veränderungen im Hinblick auf Bauausführung, Baugestaltung und Baukonstruktion vor.⁴⁸⁴

⁴⁸⁴ Leimböck, S. 119;

Auf diese Weise eröffnet sich für die Bieter eine zusätzliche Möglichkeit, sich von ihren Konkurrenten abzusetzen – nicht nur über den Preis, sondern darüber hinaus auch über die Ausgestaltung des Leistungsinhalts. Die Bieter können auf diese Weise ihre technischen Kenntnisse, Betriebseinrichtungen und unternehmerischen Erfahrungen nützen, um sich Vorteile bei der konkreten Auftragsvergabe zu verschaffen.⁴⁸⁵

Der Wettbewerb wird damit vom reinen Preiswettbewerb auf einen zusätzlichen Leistungswettbewerb ausgeweitet. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass selbst diese Ausweitung im Ergebnis faktisch wiederum zu einem – wenn auch erweiterten – Preiswettbewerb führt: Der Auftraggeber wird den Zuschlag am Ende seiner Wertung auf das wirtschaftlichste Angebot erteilen. Der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB ist auf Grund von §§ 97 Abs. 5 GWB, 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A hierzu sogar verpflichtet. Zwar gibt § 25 Abs. 3 Nr. 3 S. 3 VOB/A ausdrücklich vor, dass der niedrigste Angebotspreis nicht alleine entscheidend für den Zuschlag sein darf. In der Praxis ist jedoch festzustellen, dass fast ausnahmslos bei der Vergabe von Bauleistungen das Wertungskriterium „Preis“ weit überwiegende Bedeutung gegenüber anderen Wertungskriterien hat.

Dennoch eröffnen Nebenangebote in diesem faktischen Preiswettbewerb erhebliche zusätzliche Möglichkeiten für Unternehmen, durch das Angebot beispielsweise alternativer Leistungen oder Baustoffe im Ergebnis auch einen niedrigeren Angebotspreis erzielen zu können als mit einer Bepreisung nur des vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungsverzeichnisses. **Der Gestaltungsspielraum für den Bieter wird durch die Möglichkeit der Einreichung von Nebenangeboten damit aus baubetriebswirtschaftlicher Sicht vergrößert.**

C) Betriebswirtschaftliche Auswirkungen von Nebenangeboten für die Auftraggeber

I. Vorteile für den Auftraggeber

Die Zulassung von Nebenangeboten bedeutet für den Auftraggeber ein **Mehr an Wettbewerb**. Der Amtsvorschlag, den der Auftraggeber als Grundlage für Hauptangebote mit den Verdingungsunterlagen an die Bieter weiter gibt, stellt nicht immer die optimale Lösung einer Bauaufgabe dar, und zwar sowohl in technischer Hinsicht als auch im Hinblick auf den erforderlichen finanziellen Aufwand für die Realisierung des Bauvorhabens. Im Ergebnis bergen Nebenangebote eine Reihe von potenziellen

⁴⁸⁵ So auch *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 69;

Vorteilen für den Auftraggeber. Viele Bieter nützen die Möglichkeit, ihre Auftragschancen dadurch zu verbessern, dass sie entweder eine technisch oder wirtschaftlich bessere Lösung als vom Auftraggeber ausgeschrieben zum gleichen oder zu einem günstigeren Preis oder aber eine mit den Leistungen aus den Verdingungsunterlagen gleichwertige Lösung zu einem niedrigeren Preis anbieten als eine reine Bepreisung nur des Leistungsverzeichnisses im Hauptangebot ergeben hätte.⁴⁸⁶

Versetzt der Auftraggeber den Bieter in die Lage, im Wege eines Nebenangebots eigene Ideen und Erfahrungen in das Vergabeverfahren einzubringen, hat dies für ihn in mehrfacher Hinsicht potenzielle Vorteile:

1. Vorteile in finanzieller Hinsicht

Zum einen wird ein Nebenangebot **regelmäßig in finanzieller Hinsicht Vorteile** für den Auftraggeber eröffnen. Im Rahmen des vornehmlich bestehenden Preiswettbewerbs auf dem Bauplatz muss es systembedingt Ziel aller Bieter sein, ein Angebot mit einem möglichst niedrigen Preis abzugeben. Zwar ist der niedrigste Preis nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 3 VOB/A nicht allein entscheidend für die Frage, auf welches Angebot der Auftraggeber den Zuschlag erteilen wird. In der Praxis ist die Angebotssumme jedoch ein entscheidendes Kriterium. Ein Bieter arbeitet Nebenangebote regelmäßig nicht mit dem alleinigen Ziel aus, den Stand der Technik zu revolutionieren oder mit einem alternativ angebotenen Bauverfahren oder Baustoff die Innovation in der Bautechnik voran zu bringen. Vorrangiges Ziel wird in der Baupraxis für den Bieter sein, durch die von ihm angebotene Alternative einen niedrigeren Angebotspreis anbieten zu können als er dies bei Abgabe eines Hauptangebots auf die vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungen erreichen hätte können. Die Bieter versuchen, einen günstigeren, aber dennoch für sie Kosten deckenden Angebotspreis zu erzielen, indem sie im Rahmen von Nebenangeboten Änderungen in der Konstruktion oder der Gründung vorschlagen, andere Baustoffe anbieten oder durch die Konzeption eines rationelleren Bauablaufs echte Kosteneinsparungen der Herstellungskosten für das geplante Bauwerk erreichen.

Auf diese Weise eröffnet sich für den Auftraggeber die Aussicht auf **oft erhebliche Einsparungen** – im Fall eines öffentlichen Auftraggebers letztlich von Steuergeldern, so dass dies damit unmittelbar der Allgemeinheit zu Gute kommt.⁴⁸⁷ Nach Erfahrungen aus der Bauwirtschaft führen Vergabeverfahren unter Ausschluss von Nebenangeboten dazu, dass häufig ein Unternehmen den Auftrag erhält, das bei der Kalkulation entweder einen unbewussten Fehler gemacht und dadurch den niedrigsten Preis

⁴⁸⁶ Vergaberechtsreport 3/2001 der VK Südbayern, S. 1;

⁴⁸⁷ Kapellmann/Messerschmidt, § 25 VOB/A, Rdn. 96; Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 69; Schweda in: VergR 2003, 268;

angeboten oder auch bewusst einen falschen bzw. nicht Kosten deckenden Preis vorgegeben hat.⁴⁸⁸

Auch mittelbar können dem Auftraggeber durch Nebenangebote finanzielle Vorteile erwachsen: Beispielsweise durch Verkürzung der Bauzeit, Energieeinsparmöglichkeiten beim Gebäudeausbau oder durch die Reduzierung von Wartungskosten können vom Bieter angebotene Abweichungen vom Leistungskatalog des Auftraggebers dazu führen, dass der Bauherr das Gebäude etwa früher als geplant nutzen kann oder die Folgekosten für den Unterhalt des Bauwerks niedriger liegen als sie im Falle der Ausführung des Hauptangebots gewesen wären.⁴⁸⁹

2. Verringerung des Planungsaufwands für den Auftraggeber

Ein weiterer potenzieller Vorteil für Auftraggeber bei Zulassung von Nebenangeboten eröffnet sich nach einer Ansicht in der Literatur⁴⁹⁰ in Form einer **Möglichkeit, eigenen Planungsaufwand in Teilen auf den Bieter abzuwälzen und deren Erfahrungspotenzial für sich nützlich zu machen**. Allerdings ist dieser Vorteil zu relativieren. Dieser Vorteil realisiert sich eher, wenn der Auftraggeber mit Hilfe einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm im Sinne von § 9 Nr. 10 ff. VOB/A ausschreibt. Das Wesen dieser Funktionalausschreibung liegt darin, dass der Auftraggeber nur die benötigten Funktionen definiert und die Bauaufgabe so beschreibt, dass der Bewerber alle für die Entwurfsbearbeitung maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen kann.⁴⁹¹ Die Bieter sind in diesem Fall gefordert, die Entwurfsplanung mit entsprechenden Erläuterungen bereits im Zeitraum des Ausschreibungsverfahrens zu erbringen. Insoweit verlagert der Auftraggeber Planungsaufwand auf die Bieter, weil er nur die Rahmenbedingungen vorgibt und die detaillierte Entwurfsausarbeitung und Gestaltung des Leistungskatalogs den Unternehmen überlässt, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligen.⁴⁹²

Diese **Wirkung** lässt sich jedoch bei der Zulassung von Nebenangeboten **nur sehr eingeschränkt** feststellen: Der Bieter, der ein Nebenangebot ausarbeitet, hat freilich hierfür den Planungsaufwand, und nicht der Auftraggeber. Im Ergebnis ist es denkbar, dass der Auftraggeber eine technisch vorteilhafte Leistung durch das Nebenangebot erhält, ohne die umzusetzende Lösung selbst geplant zu haben. Allerdings ergibt sich in der Summe keine „Ersparnis“ an Planungsaufwand für den Auftraggeber: Er muss, will er nach § 9 Nr. 6 ff. VOB/A Bauleistungen mit Hilfe einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis vergeben, in unverändertem Umfang

⁴⁸⁸ *Schmidt-Breitenstein*, ehemaliges Mitglied des Vorstands der Dyckerhoff & Widmann AG, München, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 70;

⁴⁸⁹ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 241;

⁴⁹⁰ *Schweda*, in: VergR 2003, 268;

⁴⁹¹ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 9 VOB/A, Rdn. 76; Vergabehandbuch des Bundes, Ziff. 7.2 zu § 9 Nr. 11 VOB/A;

⁴⁹² *Ingenstau/Korbion*, § 9 VOB/A, Rdn. 151 ff.;

planen, um den Bietern ein den Anforderungen des § 9 Nr. 1 ff. VOB/A genügendes Leistungsverzeichnis mit den Verdingungsunterlagen übergeben zu können.

3. Vorteile in technischer Hinsicht

Nebenangebote haben **vielfach technische Innovationen und andere Rationalisierungsmomente** zur Folge. Auch dies ist mit der Systematik erklärbar: Wie oben im Rahmen der Definition festgestellt, weicht der Leistungsinhalt von Nebenangeboten von dem der Verdingungsunterlagen des Auftraggebers ab. Will der Bieter also im Rahmen eines Nebenangebots eine alternative Leistung anbieten, wird diese häufig in einer technisch besseren Lösung der gestellten Bauaufgabe bestehen.⁴⁹³ Regelmäßig enthalten Nebenangebote neue Bauweisen oder Techniken.⁴⁹⁴ Dies liegt darin begründet, dass Bieter vielfach Spezialkenntnisse haben, die Auftraggebern nicht zur Verfügung stehen. Unter anderem Spezialtiefbauunternehmen etwa haben in ihrem Leistungsspektrum nicht selten neue Bauverfahren oder Konzepte zur Gründung oder Unterfangung von Bauwerken oder etwa zur Herstellung von Baugruben – als Beispiel sei etwa der Ersatz einer im Amtsentwurf ausgeschriebenen Unterwasserbetonsohle für den „Boden“ einer großen Baugrube durch eine Sohle im Düsenstrahlverfahren durch ein Spezialtiefbauunternehmen im Rahmen eines Nebenangebots. Aber auch in anderen Gewerken haben insbesondere spezialisierte Unternehmen die Möglichkeit, ihre zum Teil langjährigen Erfahrungen auf ihrem Einsatzgebiet in innovative Nebenangebote zu überführen. Zunehmende Spezialisierung von Unternehmen führt darüber hinaus dazu, dass sie in der Lage sind, derartige Verfahren auch zu einem konkurrenzfähigen Preis anzubieten.

Insoweit **kann der Auftraggeber auf diese Weise die technischen Kenntnisse, Betriebseinrichtungen und unternehmerischen Erfahrungen der Unternehmen für sich nützen.**⁴⁹⁵ Der Nutzen kann beispielsweise darin liegen, dass der Auftraggeber im Ergebnis ein höherwertiges Werk erhält als er mit seiner ursprünglichen Planung selbst ausgeschrieben hatte. Von einem Bauverfahren oder alternativen Baustoffen aus dem Entwurf eines Nebenangebots, die höherwertig gegenüber dem Amtsentwurf sind, kann der Auftraggeber in mehrererlei Hinsicht potenziell profitieren: Die Dauerhaftigkeit des Werks kann gegenüber seinem eigenen Entwurf gesteigert sein. Der Wartungs- und Instandhaltungsaufwand während der Betriebszeit des Bauwerks kann niedriger sein – sei es, weil das Bauwerk nur in längeren Abständen einer Wartung bedarf (längere Wartungsintervalle) oder der Aufwand pro Wartung an sich geringer ist. Dadurch ergibt sich durch Einsparungen bei den Betriebskosten sekundär ein finanzieller Vorteil für den Auftraggeber, der möglicherweise noch zu einer Ersparnis bei den Herstellungskosten hinzu kommt.

⁴⁹³ Vergaberechtsreport 3/2001 der VK Südbayern, S. 1;

⁴⁹⁴ Schweda in: VergR 2003, 268;

⁴⁹⁵ Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 69;

Somit kommen Nebenangebote in dieser Hinsicht nicht nur dem konkreten Auftraggeber zu Gute, sondern **fördern zugleich insgesamt die Rationalisierung und Weiterentwicklung der Bautechnik**.⁴⁹⁶ Bieter können im Rahmen von Nebenangeboten „jenseits des engen Korsetts des Leistungsverzeichnisses zeigen was sie können“.⁴⁹⁷ Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass der **Spielraum für technische Innovation** einerseits **nicht unbegrenzt** ist und andererseits mit immer weiter voranschreitendem Stand der Technik **zunehmend kleiner** wird. Unter anderem die deutsche Bautechnik ist im internationalen Vergleich auf einem sehr hohen Stand.⁴⁹⁸ Das bedeutet aber zugleich, dass Innovation in vielen Bereichen nur mehr in sehr begrenzten Details möglich ist, da der technische Fortschritt bereits weit fortgeschritten ist. Je weiter die technischen Verfahren und Baustoffe schon entwickelt sind, desto weniger Spielraum besteht für Bieter, im Rahmen von Nebenangeboten „noch bessere“ Verfahren oder Baustoffe als Alternative zu den im Leistungsverzeichnis des Auftraggebers vorgesehenen anzubieten.

Die technische Innovation kann sich in verschiedenen Formen verkörpern: Ein Bieter kann mit Hilfe eines Nebenangebots ein „besseres“ Bauverfahren oder einen „besseren“ Baustoff anbieten. Er kann das Bauverfahren in technischer Hinsicht optimieren, so dass die Herstellung oder aber der Betrieb des fertig gestellten Bauwerks schneller, kostengünstiger oder einfacher handhabbar ist.

II. Nachteile für den Auftraggeber

Nebenangebote bergen nicht nur positive Aspekte für den Auftraggeber, sondern auch Nachteile in sich. Generell bringen Nebenangebote „Unruhe“ in das Vergabeverfahren.⁴⁹⁹ Nachteile für den Auftraggeber ergeben sich aus baubetrieblicher Sicht zunächst in Form eines größeren Aufwands im Rahmen der Ausschreibung und Wertung. Darüber hinaus stehen Folgerisiken im Raum, die sich aus der Ausführung von Nebenangeboten ergeben können.

1. Mehr Aufwand für den Auftraggeber

1.1 Mehraufwand im Vorfeld der Ausschreibung

Der Mehraufwand, der dem Auftraggeber durch seine Entscheidung, Nebenangebote zuzulassen, im Vorfeld der Versendung der Verdingungsunterlagen entsteht, hat in der Vergabep Praxis durch die so genannte „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH vom 16.10.2003⁵⁰⁰ eine Wandlung erfahren. Zeitlich davor hielt sich der Mehraufwand für den Auftraggeber in diesem Zeitraum des Vergabeverfahrens in engen Grenzen: Er brauchte im Sinne von § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A nur anzugeben, ob er

⁴⁹⁶ *Schipka* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 96;

⁴⁹⁷ *Schweda*, in: VergR 2003, 269;

⁴⁹⁸ *Schmidt-Breitenstein* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 71;

⁴⁹⁹ *Schweda*, a.a.O., S. 268;

⁵⁰⁰ Az. Rs. C-421/01 in: BauR 2004, 563 = VergR 2004, 50 = ZfBR 2004, 85 = IBR 2003, 683;

Nebenangebote und Änderungsvorschläge zulassen wollte oder nicht. Auswirkungen in baubetrieblicher Hinsicht waren insoweit nicht feststellbar – ein Kreuz zu machen im entsprechenden Formblatt korrespondiert nicht mit einem messbaren Aufwand in Ablauf und Kosten.

Seit dem „Traunfellner-Urteil“ liegt der Aufwand, den ein Auftraggeber in dieser Phase eines Vergabeverfahrens in Zusammenhang mit Nebenangeboten hat, deutlich höher: Der Auftraggeber hat demnach Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen anzugeben und zu erläutern, denen Nebenangeboten genügen müssen. Aus rechtlicher Sicht ist festzustellen, dass die „Traunfellner-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs faktisch nur der Auslöser war für den Beginn eines Umdenkungsprozesses in der Vergabepaxis. Die Verpflichtung des Auftraggebers zur Beschreibung und Erläuterung von Mindestbedingungen für Nebenangebote bestand bereits vorher – der EuGH hat insoweit nicht erst Recht gesetzt, sondern nur auf der Basis bereits bestehender Vorgaben aus Art. 19 der europäischen Richtlinie 93/97/EWG geurteilt. Die Information diesbezüglich, dass diese Pflicht bestand, scheint in der Vergabepaxis jedoch bis zur Veröffentlichung des „Traunfellner-Urteils“ nicht oder nur kaum bei Auftraggebern und Bietern bekannt gewesen zu sein. Die Praxis zeigte jedenfalls, dass nur äußerst vereinzelt Angaben zu Mindestanforderungen in Verdingungsunterlagen zur Ausschreibung von Bauleistungen zu finden waren.

Die rechtliche Verpflichtung des Auftraggebers, Mindestbedingungen für Nebenangebote nicht nur anzugeben, sondern darüber hinaus erläutern zu müssen, um Nebenangebote überhaupt werten zu dürfen, führt zu einem spürbaren Mehraufwand in zeitlicher und personeller Hinsicht bereits bei der Erstellung der Verdingungsunterlagen. Der Auftraggeber muss zum einen die Zeit aufwenden, um zu eruieren, welche Mindestbedingungen er für die konkrete gewünschte Bauleistung aufstellen will und welche er aufstellen muss, damit sie den Anforderungen der vom EuGH zitierten EU-Richtlinie genügen. Lässt der Auftraggeber seine Vergabeunterlagen, wie dies insbesondere bei Großprojekten vielfach der Fall ist, von einem externen Ingenieurbüro ausarbeiten, bedeutet dieser höhere Zeitaufwand zugleich einen größeren finanziellen Aufwand. Das Ingenieurbüro wird für den zusätzlichen Aufwand eine höhere Vergütung fordern. In Fällen eines kleineren Leistungsumfangs, der zu vergeben ist, erarbeiten häufig eigene Behördenabteilungen der öffentlichen Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen. Hier kann es im Einzelfall erforderlich werden, zusätzlich Personalkapazitäten hinzu zu ziehen, um ausreichend technisches Know-how für die Ausgestaltung der Kriterien im konkreten Vergabeverfahren zur Verfügung zu haben.

1.2 Mehraufwand bei der Angebotsprüfung

Der Auftraggeber hat, lässt er Nebenangebote im Vergabeverfahren zu, wiederum in zweifacher Hinsicht Mehraufwand – quantitativ und qualitativ: Der quantitative Mehr-

aufwand besteht darin, dass der Auftraggeber nicht nur ein (Haupt-)Angebot pro Bieter zu prüfen hat. Er muss von jedem Bieter ein Hauptangebot prüfen (es sei denn, der Fall ist zugelassen, dass die Bieter Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots einreichen dürfen)⁵⁰¹ und zusätzlich unter Umständen eine Vielzahl von Nebenangeboten, die die Bieter eingereicht haben. Der zeitliche Mehraufwand bei der Angebotsprüfung und -wertung wird noch einmal größer dadurch, dass nicht nur die Zahl der zu prüfenden Angebote gegenüber einem Vergabeverfahren mit ausschließlich zu wertenden Hauptangeboten größer ist. Der Auftraggeber hat auch eine qualitative Prüfung vorzunehmen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Prüfungsaufwand für ein Nebenangebot grundsätzlich systembedingt wesentlich höher ist als bei einem Hauptangebot.

Die **Prüfung eines Hauptangebots beschränkt sich auf den Umfang, den § 23 Nr. 2 VOB/A vorgibt**. Kern der Angebotsprüfung ist dabei die Regelung des § 23 Nr. 2 VOB/A. Die Angebote, die nicht bereits auf Grund formeller Mängel im Sinne des § 23 Nr. 1 VOB/A ausgeschieden wurden (i.e. solche Angebote, die nicht die Anforderungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A erfüllen, also etwa Angebote, die nicht unterzeichnet sind, die unzulässige Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthalten oder von den technischen Spezifikationen abweichen),⁵⁰² hat der Auftraggeber des Weiteren rechnerisch, technisch und wirtschaftlich zu prüfen. Dabei hat er sich gegebenenfalls eines Sachverständigen zu bedienen, wie § 23 Nr. 2 VOB/A ausdrücklich vorgibt. Die rechtlichen Aspekte hierzu werden unten im Rahmen der Darstellung der Besonderheiten zur Frage der Prüfungsanforderungen bei Nebenangeboten ausführlich erörtert.⁵⁰³ Aus baubetriebswirtschaftlicher Sicht ist hier als Auswirkung anzuführen, dass der Auftraggeber nicht nur die Hauptangebote, sondern auch alle eingereichten Nebenangebote einer Prüfung nach dem Maßstab von § 23 Nr. 2 VOB/A zu unterziehen hat.⁵⁰⁴ Nebenangebote und Änderungsvorschläge sind dabei besonders gründlich zu prüfen, da sie in der Regel vom ausgeschriebenen Konzept abweichen.⁵⁰⁵

Die Zahl der insgesamt vom Auftraggeber zu prüfenden Angebote erhöht sich also bei gleich bleibender Zahl der Bieter dadurch, dass durch die zusätzlichen Nebenangebote pro Bieter durchschnittlich mehr Angebote vorliegen. Dies führt zu mehr Zeitaufwand. Des Weiteren **erfordern Nebenangebote einen größeren Prüfungsaufwand pro Angebot**, insbesondere bei der technischen und wirtschaftlichen Prüfung.

⁵⁰¹ Nach § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A ist der vorgesehene Regelfall, dass Nebenangebote ohne gleichzeitiges Hauptangebot zugelassen sind; die Konstellation, dass Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausgeschlossen werden sollen, ist ausdrücklich als „Ausnahme“ bezeichnet;

⁵⁰² Vgl. hierzu ausführlich *Ingenstau/Korbion*, § 23 VOB/A, Rdn. 6 ff.; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 21 VOB/A, Rdn. 3 ff.; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 23 VOB/A, Rdn. 3 ff.;

⁵⁰³ Siehe unten Teil 3 D II;

⁵⁰⁴ *Ingenstau/Korbion*, § 23 VOB/A, Rdn. 8; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 23 VOB/A, Rdn. 6;

⁵⁰⁵ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 23 VOB/A, Rdn. 13;

Vor allem die technische Prüfung ist bei Nebenangeboten wesentlich aufwändiger als bei Hauptangeboten. Im Rahmen dieser technischen Prüfung des Angebots hat der Auftraggeber zu klären, ob das eingereichte Angebot den technischen Anforderungen des Auftraggebers genügt. Damit sind alle Angebotsteile gemeint, die technischer Natur sind und sich auf die der Ausschreibung entsprechenden Anforderungen bei dem konkreten Bauvorhaben beziehen. Die Prüfung hat dabei nach der Literatur nach den Grundsätzen der allgemein anerkannten Regeln der Technik zu erfolgen.⁵⁰⁶ Dem ist allerdings nur bedingt zuzustimmen: Dies ist nur für den Fall der **richtige Prüfungsmaßstab**, wenn es sich um ein technisches Nebenangebot handelt, das ein abweichendes Verfahren oder alternative Baustoffe zum Gegenstand hat, die auch (bereits) den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Vielfach aber beinhaltet gerade ein besonders innovatives Nebenangebot in der Praxis Lösungsvorschläge, die noch nicht diesem Technikstandard entsprechen, sondern noch den Stand der Technik oder den Stand von Wissenschaft und Technik wiedergeben.⁵⁰⁷ In diesem Fall kann sich die technische Prüfung durch den Auftraggeber nicht auf die anerkannten Regeln der Technik beschränken, da er dann den Inhalt und die Frage der Funktionalität und der Durchführbarkeit des Nebenangebots nicht vollständig erfassen würde. Dann muss die technische Prüfung in diesem Sinne ausgeweitet werden auf den für dieses Nebenangebot relevanten Technikstandard als individuellem Prüfungsmaßstab.

Bei **Hauptangeboten** betrifft diese Prüfung nur einen eingeschränkten Bereich: Gegenstand der Prüfung sind naturgemäß **nur die vom Bieter gemachten Angaben**, da die übrigen technischen Kriterien bereits vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen vorgegeben wurden und damit nicht mehr gesondert im Stadium der Angebotsprüfung einer gesonderten Kontrolle von Grund auf im Zusammenhang mit jedem einzelnen Angebot unterzogen werden müssen.⁵⁰⁸ Auf Grund der Vorschrift des § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A, der Änderungen an den Verdingungsunterlagen durch den Bieter für unzulässig erklärt, sind abweichende Angaben von Bietern bei Hauptangeboten bereits aus Rechtsgründen nur in engen Grenzen möglich. In der Regel besteht ein Hauptangebot lediglich aus den Preisen, die der Bieter auf die vorgegebenen Leistungen des Auftraggebers eingetragen hat. Die technisch relevanten abweichenden Angaben des Bieters beschränken sich regelmäßig im Rahmen von Hauptangeboten darauf, dass der Bieter möglicherweise ein anderes Fabrikat oder Verfahren eingetragen hat für eine Leistungsposition, in der der Auftraggeber eine Position mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ nachgefragt hat. Hier hat der Auftraggeber technisch zu prüfen, ob das vom Bieter vorgeschlagene Verfahren oder der vom

⁵⁰⁶ *Ingenstau/Korbion*, § 23 VOB/A, Rdn. 22;

⁵⁰⁷ Vgl. hierzu oben Teil 1, D IV 1.6.6;

⁵⁰⁸ Vgl. *Kapellmann/Messerschmidt*, § 23 VOB/A, Rdn. 13;

Bieter als „gleichwertig“ eingestufte Baustoff tatsächlich Gleichwertigkeit verkörpert.⁵⁰⁹

In Bezug auf Änderungsvorschläge und Nebenangebote gibt das Vergabehandbuch des Bundes⁵¹⁰ vor: „**Änderungsvorschläge und Nebenangebot hat der Auftraggeber daraufhin zu untersuchen, ob sie den Vertragszweck erfüllen.**“⁵¹¹ In technischer Hinsicht bedeutet dies zunächst eine besonders gründliche Prüfung.⁵¹² Dies ist im Einzelfall nicht unproblematisch: Der Auftraggeber hat zunächst zu untersuchen, ob die vom Bieter im Rahmen des Nebenangebots vorgeschlagene Alternativlösung für die nachgefragte Bauleistung nach seiner Beurteilung überhaupt geeignet ist, den gewünschten Erfolg zu erreichen. Darüber hinaus hat der Auftraggeber zu prüfen, inwieweit das technische Konzept des Nebenangebots in sich stimmig ist. Das erfordert insbesondere bei neuartigen Verfahren und Baustoffen sowie bei komplizierten Systemen unter Umständen einen **erheblichen Zeitaufwand**. Neben diesem kommt des Weiteren ein **finanzieller Mehraufwand** hinzu: Der Auftraggeber wird möglicherweise einen externen Fachmann, etwa ein Ingenieurbüro, hinzuziehen müssen, um das Nebenangebot technisch prüfen zu können.

Dies gilt auch für die **wirtschaftliche Prüfung der Nebenangebote**: In diesem Rahmen muss der Auftraggeber beurteilen, ob ein offenes Missverhältnis zwischen den angebotenen Preisen und der Leistung besteht. Auch dahingehend ist wiederum jedes eingereichte Angebot einzeln zu prüfen.⁵¹³ Damit ergibt sich auch hier bereits auf Grund der höheren Zahl von zu untersuchenden Angeboten ein deutlich höherer Zeitaufwand. Bei der Prüfung von Nebenangeboten ist der Prüfungsaufwand auch in wirtschaftlicher Hinsicht abermals größer, da der **Auftraggeber anders als bei Hauptangeboten die Leistungen noch nicht kennt und preislich sowie von den Folgeerscheinungen her erst einschätzen muss**.

Wie unten ausführlich darzustellen sein wird,⁵¹⁴ hat der Auftraggeber bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung im Rahmen des § 23 Nr. 2 VOB/A zusätzlichen Aufwand dahingehend, dass er die Nebenangebote auch dahin zu untersuchen hat, ob durch den Änderungsvorschlag möglicherweise zwar eine Kostenersparnis bei der Ausführung der Bauleistungen möglich ist, andererseits aber im Gegenzug potenzielle höhere Kosten an anderer Stelle zu erwarten sind.⁵¹⁵ Anders als bei Hauptangeboten muss der Auftraggeber daher erst ergründen, inwieweit und inwiefern durch Nebenangebote Folgeerscheinungen in Bezug auf Nachfolgewerke oder auch für den

⁵⁰⁹ *Ingenstau/Korbion*, § 23 VOB/A, Rdn. 23;

⁵¹⁰ Zu § 23 A Nr. 2.2;

⁵¹¹ Vgl. *Ingenstau/Korbion*, a.a.O.;

⁵¹² *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 23 VOB/A, Rdn. 21;

⁵¹³ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 23 VOB/A, Rdn. 27 f.;

⁵¹⁴ Siehe unten Teil 3 D II;

⁵¹⁵ *Motze/Pietzcker/Prieß*, a.a.O., Rdn. 33;

Betriebszustand des fertigen Bauwerks verursacht werden könnten.⁵¹⁶ Diese Prüfung erfordert unter Umständen wesentlich mehr Zeitaufwand und damit korrespondierend möglicherweise auch mehr finanziellen Aufwand, wenn auch hierzu externe Fachleute oder Sachverständige hinzugezogen werden müssen, um die Wirtschaftlichkeit beurteilen zu können.

1.3 Mehraufwand bei der Angebotswertung

Auch im Rahmen der Wertung der Angebote nach § 25 VOB/A bedeuten Nebenangebote Mehraufwand für den Auftraggeber. Neben den Wertungsaspekten, die der Auftraggeber ebenso wie bei Hauptangeboten zu berücksichtigen hat, liegt der **Schwerpunkt der Wertung insbesondere bei der Prüfung, inwieweit das vorliegende Nebenangebot mit dem Amtsentwurf gleichwertig ist.**⁵¹⁷ Es ist zu ergründen, ob die definitionsgemäße Abweichung des Nebenangebots von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung gleichwertig mit dem Leistungsumfang des Hauptangebots ist.⁵¹⁸ Das erschwert die im Rahmen des § 25 VOB/A vorzunehmende vergleichende Wertung der Angebote, insbesondere der Hauptangebote mit den Nebenangeboten.⁵¹⁹

Der Auftraggeber muss damit im Rahmen der Angebotswertung teilweise erheblich mehr Aufwand erbringen. Ohne die Zulassung von Nebenangeboten sieht er sich bei der Angebotswertung vor der Situation, dass alle in die Wertung einzubeziehenden (Haupt-)Angebote den selben Leistungsinhalt aufweisen, nachdem Änderungen an den Verdingungsunterlagen nach § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A unzulässig sind und somit allenfalls eine Abweichung von den vorgesehenen technischen Spezifikationen im Sinne des § 21 Nr. 2 VOB/A vorliegt, die gemäß § 25 Nr. 4 VOB/A als Hauptangebot zu werten ist.

In der Regel wird daher der Auftraggeber in der Praxis das wirtschaftlichste Angebot ohne zugelassene Nebenangebote daher relativ einfach ermitteln können, indem er das Hauptangebot mit dem niedrigsten Preis für den Zuschlag auswählt, sofern dieser nicht unangemessen niedrig (vgl. § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A) oder nicht aufklärbar (vgl. § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A) war. Hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, erfordert die Prüfung und Wertung der eingegangenen Angebote ein gesteigertes Maß an Sorgfalt, Aufwand und Sachkenntnis. Der Auftraggeber hat in diesem Fall zu beurteilen, ob ein alternatives Bauverfahren oder ein von den Verdingungsunterlagen abweichender Baustoff, den der Bieter im Rahmen des Nebenangebots vorge-

⁵¹⁶ *Ingenstau/Korbion*, § 23 VOB/A, Rdn. 25;

⁵¹⁷ VK Nordbayern, Beschluss v. 06.02.2003, 320.VK-3194-01/03; VK Lüneburg, Beschluss v. 29.08.2002, 203-VgK-13/02; VK Lüneburg, Beschluss v. 29.09.2002, 203-VgK-18/02; *Schweda* in: *VergR* 2003, 268;

⁵¹⁸ *Dähne/Schelle*, S. 929;

⁵¹⁹ *Schweda*, a.a.O.;

schlagen hat, im Sinne des § 25 VOB/A mit dem Hauptangebot auf den Amtsentwurf gleichwertig ist.

Auch hier wird sich der Auftraggeber einem **erheblich höheren Aufwand** ausgesetzt sehen. Wie bereits im Rahmen der Angebotsprüfung im Sinne von § 23 VOB/A wird insbesondere bei komplexen alternativen Vorschlägen, die Bieter im Rahmen ihrer Nebenangebote machen, eine **Hinzuziehung eines externen Ingenieurbüros oder anderweitigen Sachverständigen** erforderlich werden, der aus baubetrieblicher Sicht zu einem **größeren finanziellen Aufwand** führt.

2. Mögliche finanzielle Folgerisiken

Selbst wenn der Auftraggeber mit größtmöglicher Sorgfalt die Nebenangebote gemäß § 23 VOB/A, dort insbesondere Nr. 2, geprüft und nach den Vorgaben des § 25 VOB/A gewertet und die erforderliche Gleichwertigkeit der Nebenangebote mit dem Amtsentwurf festgestellt hat, verbleibt aus baubetrieblicher Sicht ein „Restrisiko“, das sich im Fall der Beauftragung eines Nebenangebots realisieren kann. Diese Risiken werden im Folgenden einer näheren Untersuchung unterzogen.

Zu beachten ist, dass diese Risiken im Rahmen der hier anzustellenden baubetriebswirtschaftlichen Betrachtung unabhängig von der rechtlichen Bewältigung dieser Auswirkungen dargestellt werden. Das heißt: In diesem Kapitel werden nur die potenziellen Folgeerscheinungen in baubetrieblicher Hinsicht diskutiert. Möglicherweise belasten die finanziellen Auswirkungen dieser Risiken auf Grund rechtlicher Regelungen nicht (nur) den Auftraggeber, sondern (auch) den Auftragnehmer, der mit seinem Nebenangebot unter Umständen erst die Grundlage der Verwirklichung der Störung gelegt hat. Die Verteilung der finanziellen Folgen der Risiken aus der Beauftragung von Nebenangeboten wird im entsprechenden Kapitel unten dargestellt.⁵²⁰

2.1 Risiko im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Forderungen

Selbst wenn dem Auftragnehmer ein Risiko am Ende auf Grund entsprechender rechtlicher Regelungen zufällt, hat es dennoch jedenfalls über einen gewissen Zeitraum Auswirkungen in baubetriebswirtschaftlicher Hinsicht auch auf den Auftraggeber: Nachdem die endgültige Risikoverteilung in der Praxis vielfach erst im Rahmen eines langjährigen Baugerichtsverfahrens – nicht selten erst in zweiter oder dritter Instanz – per Urteil oder Vergleich festgelegt wird, hat der Auftraggeber in diesem Fall zunächst einen **nicht unerheblichen Zeit- und Geldaufwand einzusetzen**, um anwaltliche Unterstützung und ein gerichtliches Verfahren vorzufinanzieren. Im Zeitraum der Vorbereitung und während des Gerichtsverfahrens entsteht baubetriebswirtschaftlich Mehraufwand dadurch, dass der Auftraggeber Personal und Ressourcen abstellen muss, um gemeinsam mit seinem Rechtsanwalt das außergerichtliche

⁵²⁰ Siehe unten Teil 5;

Verfahren und eine Klageschrift sowie im Verfahren weitere Schriftsätze und Termine zur mündlichen Verhandlung beziehungsweise zur Beweisaufnahme vorzubereiten sowie zu besetzen.

Selbst wenn es im – aus Sicht des Auftraggebers – günstigsten Fall zu einem Urteil in vollem Umfang zu seinen Gunsten kommen sollte, hat der Auftragnehmer dann zwar per Gerichtsentscheidung die Verfahrenskosten zu 100 Prozent zu tragen. Diese zu erstattenden Kosten umfassen in diesem Fall zwar die Gerichtskosten und die Vergütungsansprüche des eigenen Anwalts sowie einen Teil der „Nebenkosten“.⁵²¹

Ein in baubetriebswirtschaftlicher Hinsicht nicht unwesentlicher Kostenfaktor bleibt bei dieser Kostenerstattung im Sinne von § 91 ff. ZPO aber außen vor: Insbesondere bei komplexeren Baurechtsstreitigkeiten sind Vertreter oft mehrerer Abteilungen über einen längeren Zeitraum gebunden und anderweitig während dieser Zeit nicht einsetzbar. Vor allem bei privaten Auftraggebern, die zwar nicht das formelle Vergabeverfahren nach den Vorgaben der VOB/A durchlaufen, aber auch bei öffentlichen Auftraggebern, werden damit **erhebliche Ressourcen gebunden, die während dieser Zeit nicht für anderweitige Leistungen eingesetzt werden können**. Dies bedeutet, baubetriebswirtschaftlich betrachtet, einen höheren Aufwand und damit einen Nachteil, der auch im Fall eines voll obsiegenden Urteils zu Lasten des Auftraggebers verbleibt.

Die baurechtliche Praxis zeigt jedoch, dass ein voll obsiegendes Urteil nicht der Regelfall ist. Aus rechtlicher Sicht⁵²² ergibt sich **häufig** eine **Mischverantwortung**, so dass trotz der Umsetzung eines Nebenangebots und damit einer Idee des Auftragnehmers auch **zu Lasten des Auftraggebers eine anteilige Mitverantwortung** an einer Störung, einem Mangel oder einer Behinderung verbleibt. Diese mag etwa darin begründet sein, dass der Auftraggeber vor der Beauftragung das Nebenangebot nicht ausreichend im Sinne des § 23 Nr. 2 VOB/A geprüft hat und im Rahmen dieser Prüfung bereits erkennen hätte können, dass die später eingetretene Störung dem Nebenangebot schon immanent war und insoweit bereits veranlagt war. In diesem Fall ergeht ein Urteil, das dem Auftraggeber nur zum Teil Recht gibt. Entsprechend hat er auch nach der Quote des Unterliegens gemäß § 91 ff. ZPO die Kosten zu tragen und es ergibt sich in dieser Form ein finanzieller Nachteil für den Auftraggeber.

Oft enden Baustreitigkeiten in der täglichen Praxis aber nicht mit einem Urteil. Mit Hinblick auf die **zu erwartende lange Verfahrensdauer**, die bei Baurechtsfällen vor Gericht nicht selten bei fünf oder mehr Jahren liegt, insbesondere, wenn mehrere Instanzen bemüht werden, neigen die Parteien vielfach dazu, den Streit vergleichsweise zu beenden. In einzelnen Fällen ergibt sich eine Vergleichsbereitschaft der

⁵²¹ Thomas/Putzo, § 91, Rdn. 5 ff.;

⁵²² Zu den rechtlichen Einzelheiten in Zusammenhang mit Risiken in Folge von Nebenangeboten erfolgt eine nähere Darstellung unten in Teil 5;

Beteiligten, sobald ein gerichtlich bestellter Sachverständiger die strittige Materie begutachtet und seine Ergebnisse vorgelegt hat. Angesichts der Tatsache, dass Gerichte nicht selten geneigt sind, den sachverständigen Feststellungen ohne allzu kritische Nachfragen Folge zu leisten, lässt sich nach Vorlage der Gutachterergebnisse das Ergebnis des Rechtsstreits in diesem Umfang schon vorhersagen. Häufig versuchen die Parteien in diesem Zeitpunkt mit dem **Ziel einer „baubetriebswirtschaftlichen Schadensbegrenzung“**, durch einen **Vergleichsschluss** unter Berücksichtigung der Gutachterergebnisse die Verfahrensdauer zu begrenzen und damit die Gesamtkosten des Rechtsstreits zu reduzieren. Ein solcher Vergleich beinhaltet systembedingt ein gegenseitiges Nachgeben, wie dies § 779 BGB vorgibt.⁵²³ Die Kosten des gesamten Rechtsstreits folgen in einem solchen Fall der Einigung in der Hauptsache. Das heißt baubetriebswirtschaftlich, dass auch für den Auftraggeber finanzielle Lasten in Folge des Nebenangebots entstehen.

Nachdem in der Praxis selbst bei langen Verfahrensdauern bis zu einem Vergleichsschluss **Zinsen der bestehenden Forderung bei einem Vergleich regelmäßig ausgeklammert werden**, entfällt vom wirtschaftlichen Ergebnis her auch der im Rahmen eines potenziellen Verzugsschadensersatzanspruchs des Auftraggebers nach § 288 BGB bestehende Zinsanspruch. Der Auftraggeber muss den nach den gesetzlichen Vorschriften zu seinen Gunsten vom verspätet leistenden Auftragnehmer zu verzinsenden Betrag damit bis zum Abschluss eines Vergleichs und der Zahlung des Vergleichsbetrags durch den Auftragnehmer zinslos selbst finanzieren. Hierin liegt ein weiterer baubetriebswirtschaftlicher Nachteil für den Auftraggeber.

2.2 Risiko von Folgekosten

Wie oben dargestellt, hat der Auftraggeber im Rahmen des § 23 Nr. 2 VOB/A ganz besonders Nebenangebote einer intensiven Prüfung in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht zu unterziehen. Dennoch kann sich **aus dieser Prüfung und der Wertung im Rahmen des § 25 VOB/A allenfalls eine begründete Prognose** ergeben. Kein Auftraggeber kann quasi als „Hellseher“ bereits exakt im Rahmen der Prüfung und Wertung exakt und in allen Details vorhersehen, welche Folgen sich bei der Realisierung des konkreten Nebenangebots während der Bauausführung oder während der Betriebszeit des fertigen Bauwerks ergeben werden.⁵²⁴ Es **verbleibt damit in baubetriebswirtschaftlicher Hinsicht eine breite Palette an Risiken, die trotz bestmöglicher Prüfung und Wertung für den Auftraggeber nicht eliminiert werden kann**. Wie oben bereits ausgeführt, erfolgt die Betrachtung dieser Risiken hier nur unter dem Aspekt der Baubetriebswirtschaft. Inwieweit sich diese Risiken aus

⁵²³ BGHZ 39, 60; NJW 1970, 1122; NJW-RR 92, 363; *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 779, Rdn. 12; *Palandt/Sprau*, § 779, Rdn. 9;

⁵²⁴ *Lampe-Helbig/Wörmann*, Rdn. 247 ff.;

rechtlichen Aspekten zu Lasten des Auftraggebers oder des Auftragnehmers realisieren, wird in dem entsprechenden Kapitel unten⁵²⁵ dargestellt.

Auf diese Weise bleibt zunächst ein **Erfolgsrisiko** für den Auftraggeber, inwieweit der vom Bieter alternativ angebotene Lösungsvorschlag für die gestellte Bauaufgabe tatsächlich tauglich ist und quantitativ sowie qualitativ ausreicht. Es besteht die Gefahr, dass der Auftraggeber im Zuge der Prüfung und Wertung nach §§ 23, 25 VOB/A nicht rechtzeitig erkennt, dass das Leistungsspektrum des Nebenangebots „nicht das hält, was es verspricht“.⁵²⁶

Auch die **Auswirkungen der Leistungen des Nebenangebots auf Folgegwerke und andere Leistungsteile des Auftragnehmers sowie von Drittunternehmern** in Zusammenhang mit dem zu erstellenden Bauwerk lassen sich häufig nicht hinreichend beurteilen im Zeitraum des Vergabeverfahrens. Es ist denkbar, dass etwa eine kürzere Brücke im Gegenzug eine längere Zufahrtsstraße oder einen längeren Damm bedingt. Wird die Dicke der Feinschicht eines Straßenbelags geringer, muss unter Umständen die Tragschicht dicker bemessen werden. Besteht ein Nebenangebot im Einsatz von für sich genommen kostengünstigeren Fertigteilen, ist die Verlegung nötiger Installationen unter Umständen wesentlich aufwändiger und teurer.⁵²⁷ Dies gilt ebenso für die Frage, inwiefern ein Nebenangebot tatsächlich innerhalb der vom Bieter angebotenen Zeit ausgeführt werden kann oder möglicherweise erhebliche Verzögerungen im gesamten Bauablauf eintreten, wenn die alternative Lösung des Auftragnehmers eine wesentlich längere Zeit beansprucht als im Nebenangebot vorgesehen.

Ein weiterer potenzieller Nachteil für den Auftraggeber ist das **Risiko einer erhöhten Schadens- beziehungsweise Folgekostenanfälligkeit des fertigen Bauwerks**. Der Auftraggeber kann im Rahmen seiner Angebotsprüfung und -wertung regelmäßig nur die Ausführbarkeit und die Plausibilität der Preise für die als Alternativlösung angebotene Leistung prüfen. Häufig bieten Wettbewerbsteilnehmer neuartige Baustoffe und/oder Bauverfahren in Form von Nebenangeboten an, für die noch keine oder wenig Erfahrungswerte bestehen. Wird ein Verfahren erst seit kurzer Zeit praktiziert, sind noch keine Erfahrungswerte vorhanden, wie sich ein auf diese Weise errichtetes Bauwerk – ob im (Spezial-)Tiefbau, Hochbau oder Anlagenbau – im Laufe jahrelanger Nutzung verhält. Es ist möglicherweise setzungsanfälliger oder hat eine kürzere „Haltbarkeit“, so dass bereits nach geringerer Betriebszeit eine Renovierung oder Sanierung durchgeführt werden muss. Diese erfordert, auf die gesamte Nutzungsdauer eines Bauwerks gesehen, insgesamt damit höhere Betriebskosten. Dies gilt insbesondere für eine erhöhte Schadensanfälligkeit auf Grund des alternativ an-

⁵²⁵ Siehe unten Teil 5;

⁵²⁶ Dähne/Schelle, S. 929;

⁵²⁷ A.a.O.

gebotenen Bauverfahrens oder Baustoffs. Diese kann zu unter Umständen aufwändigen Reparaturen führen, die bei einer Herstellung auf der Basis des Amtsentwurfs nicht erforderlich geworden wären.

In diesem Zusammenhang besteht auch ein **Preisrisiko** für den Auftraggeber. Nicht selten gibt ein Bieter an Stelle eines Hauptangebots in Form eines Einheitspreisangebots stattdessen spekulativ in Form eines Nebenangebots ein **Pauschalpreisangebot** ab, da er die vom Auftraggeber im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Mengen als überhöht erkennt („spekulativer Pauschalpreis“). Nimmt der Auftraggeber ein solches Angebot an, hat er im Endeffekt für die gleiche Leistung mehr Vergütung in Form des Pauschalpreises zu leisten als er hätte, wenn er in Form eines Einheitspreisvertrags das Hauptangebot beauftragt hätte.⁵²⁸ In letzterem Fall wäre ihm die Verringerung der Mengen gegenüber den Mengen im Leistungsverzeichnis, bei erheblichen Mindermengen auch im Rahmen des § 2 Nr. 3 VOB/B, zu Gute gekommen. Im Falle einer Pauschalierung nimmt der Auftragnehmer diesen Vorteil für sich in Anspruch. Damit entsteht in baubetriebswirtschaftlicher Hinsicht ein Nachteil für den Auftraggeber in Form eines höheren Kostenaufwands für den gleichen Leistungsumfang.

Darüber hinaus besteht für den Auftraggeber im Zusammenhang mit der Umsetzung von Nebenangeboten in gesteigertem Maße ein **Nachtragsrisiko**. Nicht selten gestalten Bieter den Inhalt ihres Nebenangebots bewusst unklar, um Verhandlungsspielraum zu belassen und damit das Wettbewerbsergebnis nachträglich noch zu ihren Gunsten und damit zu Lasten des Auftraggebers zu verändern. Insbesondere Nebenangebote sind bisweilen so zusammengestellt, dass sie einen möglichst geringen Angebotspreis erreichen und damit zugleich die größtmögliche Chance für den Bieter auf den Erhalt des Zuschlags eröffnen, aber bereits „kalkulierte Nachträge“ aufweisen.⁵²⁹ Nicht selten bauen Bieter bereits bei der Erstellung ihres Nebenangebots Positionen ein, mit denen sie schon im Vergabeverfahren darauf spekulieren, im Falle der Beauftragung im Zeitraum der Bauausführung Nachträge generieren und damit faktisch den Angebotspreis nachträglich erhöhen zu können. Dieses Phänomen ist in der Baupraxis freilich nicht nur im Zusammenhang mit Nebenangeboten, sondern ebenso bei Hauptangeboten auf den Amtsentwurf bekannt. Im Rahmen von Nebenangeboten jedoch bestehen unter Umständen mehr Möglichkeiten, Nachträge bereits von vornherein „anzulegen“. Daran ändert in der Praxis auch nur wenig die Tatsache, dass der Auftraggeber dem Bieter bei Verwendung der Einheitlichen Vergütungsmuster EVM(B) BwB/E bzw. EVM(B) BwB/E EG klare Vorgaben macht, wie er sein Nebenangebot zu beschreiben hat. Gemäß Ziff. 5.3 hat der Bieter die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen *„eindeutig und erschöpfend zu beschreiben“*. Nebenangebote müssen demnach *„alle Leistungen umfassen, die zu einer einwand-*

⁵²⁸ Dähne/Schelle, S. 931;

⁵²⁹ A.a.O., S. 930;

freien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind“. In der Praxis ist allerdings zu beobachten, dass vielfach bei der Auseinandersetzung über Nachträge des Unternehmers in Zusammenhang mit Nebenangeboten auch bei gerichtlichen Auseinandersetzungen die Vorgaben in den EVM weder von den beteiligten Prozessparteien, noch von den erkennenden Gerichten in irgendeiner Form Beachtung finden. Deren Existenz scheint vielen „Baubeteiligten“ bislang verborgen geblieben zu sein. Selbst wenn die Regelung in den EVM erkannt werden sollte, besteht die weitere Unwägbarkeit, dass erst regelmäßig gutachterlich zu klären ist, ob der Nachtrag tatsächlich darauf beruht, dass es der Auftragnehmer als Bieter unterlassen hatte, sein Nebenangebot mit allen erforderlichen Leistungen zu versehen und anzubieten, oder aber darauf, dass aus den unverändert gebliebenen Leistungsanteilen des ursprünglichen Amtsentwurfs oder aber aus anderen, nicht aus dem Nebenangebot resultierenden Gründen die Notwendigkeit einer Änderung oder Erweiterung der Leistungen entstand.

Ein derartiges Preisrisiko besteht für den Auftraggeber aber auch, wenn er ein Nebenangebot in Form eines **Einheitspreisangebots** beauftragt. Es besteht die Gefahr, dass der Bieter die Mengen, die er seinem Nebenangebot zu Grunde gelegt hat, falsch ermittelt hat und der Auftraggeber am Ende der Ausführung mit wesentlich höheren Mengen konfrontiert wird, als sie im Nebenangebot vorgesehen waren.⁵³⁰ Die Frage, wer dieses Mengenrisiko aus rechtlicher Hinsicht zu übernehmen hat, wird, wie oben bereits ausgeführt, unten zu diskutieren sein.⁵³¹

Der Auftraggeber kann einer solchen Entwicklung darüber hinaus damit begegnen, dass er eine **nachträgliche Pauschalierung** mit dem Auftragnehmer vereinbart. Diese Möglichkeit ist im Rahmen von Nebenangeboten zwar mit **§ 24 Nr. 3 VOB/A** vereinbar.⁵³² Jedoch wird sich die Tatsache, dass die Mengen in der Abrechnung möglicherweise wesentlich höher liegen als im Nebenangebot, erst dann zeigen, wenn der Auftragnehmer seine Schlussrechnung einreicht. Selbst im Stadium der Abschlagsrechnungen ist dies möglicherweise noch nicht ausreichend sicher erkennbar, da Abschlagsrechnungen nur vorläufigen Charakter haben.⁵³³ Im Übrigen hat der Auftraggeber ohnehin das Recht, aus seiner Sicht überhöht geleistete Abschlagszahlungen mit späteren Abschlagsforderungen des Auftragnehmers zu verrechnen.⁵³⁴ Der Zeitpunkt der Abrechnungsmöglichkeit für den Auftragnehmer besteht aber erst, wenn die Bauleistungen schon vollständig (Schlussrechnung)⁵³⁵ oder

⁵³⁰ *Dähne/Schelle*, s. 930;

⁵³¹ Vgl. unten Teil 5;

⁵³² Diesen Lösungsvorschlag unterbreiten *Dähne/Schelle*, S. 930;

⁵³³ BGH NJW 1986, 1681 ff.; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 10, Rdn. 70;

⁵³⁴ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 16 VOB/B, Rdn. 94; *Thode* in: ZfBR 1999, 124;

⁵³⁵ *Kniffka/Koebke*, 6. Teil, Rdn. 151 ff.; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 10, Rdn. 91; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 16 VOB/B, Rdn. 75; *Ingenstau/Korbion*, § 16 Nr. 3 VOB/B, Rdn. 8 ff.;

jedenfalls teilweise (Abschlagsrechnung)⁵³⁶ ausgeführt sind. Dann besteht jedoch die Möglichkeit einer nachträglichen Pauschalierung nach § 24 Nr. 3 VOB/A nicht mehr, da der zulässige Zeitraum für Verhandlungen in diesem Sinne ausschließlich zwischen der Angebotsöffnung (§ 22 VOB/A) und der Zuschlagserteilung (§ 28 VOB/A) liegt.⁵³⁷

D) Betriebswirtschaftliche Auswirkungen von Nebenangeboten für die Auftragnehmer

I. Vorteile für den Bieter

Die Vorteile von Nebenangeboten für die Bieter korrespondieren unmittelbar mit den oben angeführten Vorteilen für die Auftraggeber. Lässt der Auftraggeber Nebenangebote zu, bedeutet dies für die Bieter, dass sie die Möglichkeit erhalten, jenseits des engen Korsetts des Leistungsverzeichnisses zu zeigen, „was sie können“, indem sie ihre **eigenen kreativen und innovativen Ansätze zur Bewältigung der gestellten Bauaufgabe** einfließen lassen.⁵³⁸

Auf diese Weise eröffnet die Möglichkeit zur Abgabe von Nebenangeboten **insbesondere mittelständischen, aber technisch leistungsfähigen und spezialisierten Unternehmen eine größere Chance**, international und mit Großunternehmen **Schritt zu halten**, mit deren Preisen auf das Hauptangebot sie auf Grund der unternehmerischen kalkulatorischen Zwänge nicht konkurrieren könnten.⁵³⁹ Ein Bieter kann dadurch seine **Position im Wettbewerb verbessern**, indem er etwa eine technisch oder wirtschaftlich bessere als die vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen vorgegebene Lösung zu einem niedrigeren Preis anbietet.⁵⁴⁰ Er kann seine technischen Kenntnisse, Betriebseinrichtungen und unternehmerischen Erfahrungen optimal nutzen und damit seine Stellung im Wettbewerb nachhaltig verbessern.⁵⁴¹

Insbesondere spezialisierte Bieter haben gegenüber „normalen“ Wettbewerbern Vorteile. Sie haben in ihrem unternehmerischen Leistungsprogramm vielfach hoch spezialisierte Verfahren oder verfügen über spezielle Erfahrungen mit neuen oder besonderen Baustoffen. Hieraus können sie Nebenangebote ableiten, die nicht nur im

⁵³⁶ Kniffka/Koebler, 6. Teil, Rdn. 182 ff.; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, § 10., Rdn. 70; Heiermann/Riedl/Rusam, § 16 VOB/A, Rdn. 30; Ingenstau/Korbion, § 16 Nr. 1 VOB/B, Rdn. 1 ff.;

⁵³⁷ Lampe-Helbig/Wörmann, Rdn. 251; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 24 VOB/A, Rdn. 7; Kapellmann/Messerschmidt, § 24 VOB/A, Rdn. 3;

⁵³⁸ Schweda in: VergR 2003, 268;

⁵³⁹ Marbach in: BauR 2000, 1643;

⁵⁴⁰ VK Südbayern, Vergaberechtsreport 3/2000, S. 1; Schmidt-Breitenstein in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 69;

⁵⁴¹ Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 69;

Hinblick auf die Technik gegenüber dem Amtsentwurf und somit den Hauptangeboten seiner Mitbieter Vorteile eröffnen, sondern sich entscheidend auch auf den Angebotspreis positiv auswirken. Damit vergrößert sich die Chance für diesen Bieter, im Wettbewerb um den konkreten Auftrag das wirtschaftlichste Angebot abgegeben zu haben und damit den Zuschlag für sich zu erreichen.

II. Nachteile für den Bieter

Für den Bieter ist die Zulassung von Nebenangeboten nicht nur von Vorteil. Die Möglichkeit, mit einem besonders innovativen und speziellen Verfahren oder Baustoff eine größere Chance auf den Zuschlag zu erkämpfen können, bedeutet für die Bieter zunächst zugleich einen erhöhten Wettbewerbsdruck: Es besteht die latente Gefahr, dass ein Mitbieter möglicherweise einen noch höheren Spezialisierungsgrad aufweist und eine noch günstigere, innovativere oder rationellere Lösungsmöglichkeit für die ausgeschriebene Bauaufgabe erarbeitet. Der **Konkurrenzdruck** wird damit durch die Zulassung von Nebenangeboten **erhöht**. Entweder der Bieter versucht, mit noch mehr Einsatz und Aufwand bei der Angebotsbearbeitung sein eigenes Nebenangebot noch ausgefeilter aufzustellen, oder er muss damit rechnen, dass er mit seinem Hauptangebot und/oder Nebenangebot gegenüber dem Nebenangebot von Mitbietern unterliegt.

Ein weiterer potenzieller Nachteil für den **Bieter** besteht darin, dass er einen **erheblichen Mehraufwand zu schultern** hat, wenn er ein oder mehrere Nebenangebote abgeben möchte. Insbesondere technische Nebenangebote⁵⁴² verlangen eine wesentlich zeitintensivere Beschäftigung mit der Ausschreibung als die Erstellung „nur“ eines Hauptangebots. Anders als im Rahmen der Ausarbeitung des Hauptangebots muss der Bieter nicht nur kalkulieren, zu welchen Preisen er das anbieten möchte, was der Auftraggeber in seinem Leistungsverzeichnis vorgegeben hat. Er muss zunächst Überlegungen anstellen und Planungsaufwand tätigen, um erst einen eigenen Leistungskatalog, den er dann bepreist, erarbeiten zu können. Diesen Mehraufwand muss er innerhalb der unveränderten Angebotsfrist gemäß § 18 VOB/A bewältigen – er hat damit innerhalb der regelmäßig ohnehin nur kurzen Zeit für die Angebotsbearbeitung wesentlich mehr Leistung zu erbringen, um unter Umständen neben seinem Hauptangebot auch noch ein oder mehrere Nebenangebote fertig stellen zu können.⁵⁴³

Die Ausarbeitung seines Nebenangebots verlangt dem Bieter **besondere Sorgfalt** ab, um damit konkurrenzfähig zu werden und um zugleich gewähren zu können, dass die alternativ vorgeschlagene Ausführungsmethode oder der Einsatz von alternativen Baumaterialien tatsächlich zum geforderten Erfolg führt, das Nebenangebot also **ausreichend „durchdacht“** ist. Der Bieter muss sein Nebenangebot ferner so

⁵⁴² Vgl. oben Teil 1 D IV 1;

⁵⁴³ *Dähne/Schelle*, S. 926; *Schmidt-Breitenstein* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 69 f.;

klar und verständlich aufstellen, dass auch eine realistische Chance besteht, dass der Auftraggeber die Vorzüge des Nebenangebots gegenüber dem Amtsentwurf auch hinreichend absehen und werten kann.⁵⁴⁴

Als ein weiterer möglicher Nachteil aus der Zulassung von Nebenangeboten kann sich für die Bieter bzw. späteren Auftragnehmer auch ein finanzieller Aspekt ergeben: Zum einen muss der Bieter unter Umständen bereits in der Angebotsphase **finanziellen Mehraufwand** in Kauf nehmen. Will er beispielsweise bei einem ausgetragenen Brückenbauwerk einen der Stützpfeiler an einer anderen Stelle setzen als ihn der Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen vorgesehen hat, muss er – auf seine Kosten – dafür Sorge tragen, dass der von ihm abweichend verwendete Baugrund ausreichend erkundet ist. Gibt ein vom Auftraggeber mit den Vergabeunterlagen übergebenes Bodengutachten nur Auskunft über den Baugrund unter dem in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Pfeilerstandort und will der Bieter mit seinem Nebenangebot davon abweichen, reicht ihm das vorhandene Gutachten nicht mehr aus. Er muss dann dafür sorgen, dass der von ihm genützte Baugrund ebenfalls hinreichend nach den Vorgaben der DIN 4020 erkundet ist.⁵⁴⁵ Finanzieller Mehraufwand kann sich für den Bieter auch ergeben, wenn er zum Beispiel zunächst neue Baustoffe erproben oder neue Bauverfahren entwickeln muss (Entwicklungs- und Erprobungskosten), um die nötige „Serienreife“ zu erreichen, damit er diese per Nebenangebot anbieten kann.

In der Ausführungsphase kann sich ein weiterer finanziell bedeutsamer Nachteil für den Bieter im Falle der Zuschlagung in der Ausführungsphase einstellen: Der **Bieter** – dann als Auftragnehmer – übernimmt **in höherem Maß ein Risiko für das Gelingen seines abweichenden Leistungsvorschlags**. Während der Auftragnehmer bei Beauftragung eines Hauptangebots gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B Bedenken gegen die vom Auftraggeber vorgesehene Art der Ausführung gelten machen und sich auf diese Weise unter Umständen gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B von der Mängelhaftung befreien kann, ist dies im Falle der Ausführung eines Nebenangebots nicht möglich. Er ist für die technische Gestaltung und praktische Ausführung regelmäßig alleine verantwortlich.⁵⁴⁶

Auch **bei Abgabe eines nicht technischen Nebenangebots** können Nachteile für den Bieter entstehen. Zwar besteht hier nicht das Risiko in technischer Hinsicht, inwieweit der Erfolg eintritt, da der Bieter hier am technischen Leistungsinhalt keine Abweichung vom Leistungsverzeichnis aus den Verdingungsunterlagen des Auftraggebers vorgenommen hat. Hat der Bieter zum Beispiel mit seinem nicht technischen

⁵⁴⁴ Köppel in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 89 f.; Dähne/Schelle, S. 926; Schweda in: VergR 2003, 268;

⁵⁴⁵ Vgl. auch Dähne/Schelle, S. 927;

⁵⁴⁶ Dähne/Schelle, S. 927; die Frage der Risikoverteilung in der Phase der Bauausführung wird unten in Teil 5 ausführlich erörtert;

Nebenangebot eine kürzere Bauzeit versprochen, sich freiwillig abweichend vom Hauptangebot einer Vertragsstrafandrohung unterworfen oder eine Pauschalierung statt eines nachgefragten Einheitspreises angeboten, unterliegt er auch in diesem Fall dem **Risiko, dass sein Nebenangebot „nicht funktioniert“** – möglicherweise hat sich der Bieter „verrechnet“ und die Ausführung dauert doch länger als geplant oder der angebotene Pauschalpreis rechnet sich auf Grund unerwarteter Ereignisse, die nicht auf den Auftraggeber abwälzbar sind, doch nicht. Auch in diesem Zusammenhang ist wiederum auf die Vorgaben des Auftraggebers an die Bieter im Rahmen der Einheitlichen Verdingungsmuster EVM(B) BwB/E und EVM(B) BwB/E EG zu verweisen, die an den Bieter hohe Anforderungen stellen für die Aufstellung seiner Leistungsbeschreibung sowie seines Nebenangebots insgesamt. In diesem Fall hat der Bieter, dann als Auftragnehmer, nicht selten erheblichen finanziellen Mehraufwand zu tragen.

Teil 3 – Das Nebenangebot im Vergaberecht

A) Zulässigkeit von Nebenangeboten

Damit Nebenangebote im Vergabeverfahren eine Rolle spielen können, müssen sie zunächst zulässig sein. Dies ergibt sich aus der zentralen Wertungsvorschrift des § 25 Nr. 5 VOB/A, wonach Nebenangebote zu werten sind wie Hauptangebote, „es sei denn, der Auftraggeber hat sie in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen nicht zugelassen“. Entscheidende Frage ist damit, ob Nebenangebote zugelassen sind und inwiefern die Formvorschriften in diesem Zusammenhang eingehalten sind.

I. Rechtsgrundlagen zur Zulassung von Nebenangeboten

Die europarechtliche Regelung in der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG gibt zur Frage der Zulassung von Nebenangeboten zunächst grundsätzlich vor:

Art. 24 Varianten

(1) Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, können die öffentlichen Auftraggeber es zulassen, dass die Bieter Varianten vorlegen.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung an, ob Varianten zulässig sind; fehlt eine entsprechende Angabe, so sind keine Varianten zugelassen.

Grundsätzlich können öffentliche Auftraggeber also gemäß Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie von sich aus entscheiden, ob sie Nebenangebote zulassen wollen oder nicht. Abs. 2 enthält neben der Vorgabe, dass der Auftraggeber diese Entscheidung in der Vergabebekanntmachung den potenziellen Bietern mitzuteilen hat, den weiteren Grundsatz, dass Nebenangebote unzulässig sind, wenn der Auftraggeber nicht ausdrücklich die Zulassung in der Vergabebekanntmachung erklärt.

Die nationale Umsetzung der europäischen Vorgaben finden sich in der VOB Teil A. § 25 Nr. 5 VOB/A gibt vor, dass Nebenangebote (wie Hauptangebote, vgl. Nr. 4) zu werten sind, es sei denn, der Auftraggeber hat sie in der Bekanntmachung (§ 17 VOB/A) oder in den Verdingungsunterlagen (§ 10 VOB/A) nicht zugelassen. Damit kehrt die deutsche VOB/A das Regel-Ausnahme-Verhältnis der EU-Richtlinie 2004/18/EG um: Ohne anderweitige ausdrückliche Regelung sind nach der deutschen VOB/A Nebenangebote grundsätzlich zugelassen (§ 25 Nr. 5 S. 1 VOB/A), während sie nach der EU-Vorgabe (Art. 24 Abs. 2) grundsätzlich nicht zugelassen sind.

II. Entscheidung des Auftraggebers zur Zulassung/Nichtzulassung von Nebenangeboten

Festzuhalten bleibt auf Grund der angeführten Regelwerke zunächst, dass **in jedem Fall der Auftraggeber die Entscheidung über die Zulässigkeit von Nebenangeboten in dem jeweiligen Vergabeverfahren trifft**. Seine Entscheidung ist Ausgangspunkt für die Wertung oder Nichtwertung von Nebenangeboten.

Umstritten ist, **inwieweit die Entscheidung des Auftraggebers**, Nebenangebote zuzulassen oder nicht zuzulassen, **justitiabel** ist.⁵⁴⁷ Nach einer Ansicht handelt es sich um eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers, so dass eine Nachprüfungsmöglichkeit allenfalls auf Willkür hin besteht.⁵⁴⁸ Nach der anderen Ansicht ist die Nichtzulassung von Nebenangeboten die Ausnahme und bedarf insoweit einer besonderen Rechtfertigung durch den Auftraggeber sowie Erläuterung im Vergabevermerk gemäß § 30 Nr. 1 VOB/A. Insoweit wird in der Literatur zum Teil Nachprüfbarkeit bejaht.⁵⁴⁹ *Schweda*⁵⁵⁰ verweist auf die Erläuterungen zu § 17 Nr. 3 Abs. 5 S. 1 VOL/A, der ausdrücklich erwähne, dass Nebenangebote aus wettbewerbsspolitischer Sicht als erwünscht gelten. In Anbetracht des zusätzlichen Aufwands, der für Auftraggeber mit der Wertung von Nebenangeboten einher gehe, sei dem OLG Koblenz zuzustimmen und es grundsätzlich der alleinigen Entscheidungskompetenz des Auftraggebers zu überlassen, ob er Nebenangebote zulasse oder nicht. Die Entscheidung, Nebenangebote nicht zuzulassen, sei nach der Normsystematik nur ausnahmsweise zulässig und daher justitiabel.

Die Frage der Justitiabilität stellt sich in der Praxis zunächst nur in Vergabeverfahren bezüglich Bauaufträgen über den Schwellenwerten, da sonst gemäß §§ 107 Abs. 2, 97 GWB i.V.m. § 2 VgV das formelle Vergabenachprüfungsverfahren unzulässig ist. Im Nachprüfungsverfahren besteht gemäß § 110 Abs. 1 GWB der Untersuchungsgrundsatz. Im Rahmen dieser Amtsermittlung hat die Vergabekammer weit reichende Überprüfungsmöglichkeiten.⁵⁵¹ Dennoch ist fraglich, wo die Überprüfung der Entscheidung des Auftraggebers bezüglich der (Nicht-)Zulassung von Nebenangeboten in der Praxis ansetzen soll: Die VOB/A überlässt dem Auftraggeber die Entscheidung, ob er Nebenangebote zulassen will oder nicht. Eine Pflicht, diese Entscheidung zu begründen, ergibt sich aus der VOB/A nicht. Auch die Begründung der Justitiabilität mit § 30 Nr. 1 VOB/A überzeugt nicht: Die Regelung selbst schreibt keine Verpflichtung des Auftraggebers vor, die Entscheidung, dass er Nebenangebote nicht zugelassen hat, zu begründen. Auch aus der Entscheidungspraxis und der

⁵⁴⁷ Vgl. dazu *Schweda* in: VergR 3/2003, S. 273;

⁵⁴⁸ OLG Koblenz, VergR 2002, 617 ff.;

⁵⁴⁹ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 10 VOB/A, Rdn. 20;

⁵⁵⁰ A.a.O., S. 274 f.;

⁵⁵¹ BayObLG, Beschluss v. 21.05.1999, Verg 1/99; *Byok/Jaeger*, § 110, Rdn. 702; *Korbion*, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 110, Rdn. 4 f.;

Kommentarliteratur hierzu lässt sich keine derartige Vorgabe entnehmen. Demnach sind regelmäßig nur die Zahl der abgegebenen Nebenangebote und die Gründe für deren Ablehnung zu nennen.⁵⁵² Im Falle der Nichtzulassung wird sich der Vergaberwerb also darauf beschränken, dass der Auftraggeber erklärt, die eingereichten Nebenangebote deshalb abgelehnt zu haben, weil sie nicht zugelassen waren.

Im Ergebnis ist daher in der Vergabepraxis die Entscheidung des Auftraggebers zur die Frage der Zulassung von Nebenangeboten als nicht überprüfbar einzustufen. Selbst wenn man vergleichsweise die Situation im Verwaltungsverfahren heranziehen wollte und der Auftraggeber echtes Ermessen im Sinne von § 40 VwVfG ausüben hätte, bestünde nur eine eingeschränkte Überprüfungsmöglichkeit. Ermessen bedeutet in diesem Sinne, dass der Auftraggeber Spielraum bei der Setzung einer bestimmten Rechtsfolge – hier dem Ausschluss von Nebenangeboten – hätte.⁵⁵³ Selbst in diesem Fall hätte der Bieter lediglich Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens.⁵⁵⁴ Gemäß §§ 68, 120 VwGO bestünde selbst in diesem Fall nur die Möglichkeit für die Widerspruchsbehörde bzw. das überprüfende Gericht, die Ermessensentscheidung dahingehend zu beurteilen, ob die öffentliche Hand das Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat und nicht etwa Ermessensausfall, -fehlgebrauch, -missbrauch oder -überschreitung vorliegt.⁵⁵⁵

Im Vergabeverfahren besteht jedoch nicht einmal eine ausdrückliche Verpflichtung des Auftraggebers, überhaupt eine Entscheidung zu treffen: Unterlässt er eine solche, sind nach dem oben dargestellten Grundsatz der VOB/A Nebenangebote ausdrücklich zugelassen. Selbst wenn man ein Ermessen des Auftraggebers annimmt, zu entscheiden, ob er es beim Grundsatz der Zulassung nach der VOB/A belassen oder Nebenangebote per ausdrücklicher Festlegung nicht zulassen will, wäre in der Praxis selbst ein Ermessensausfall kaum nachzuweisen. Auch für den Fall, dass man eine Nachprüfmöglichkeit bejahen würde, wäre sie in der Praxis letztlich sowohl für den Auftraggeber als auch für den Bieter folgenlos.

III. Wahlmöglichkeiten des Auftraggebers

Aus **Teil A der VOB** ergeben sich folgende mögliche Varianten der Zulassung von Nebenangeboten durch den Auftraggeber:⁵⁵⁶

- Nebenangebote vom Auftraggeber **gewünscht** (§ 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 1 VOB/A)

⁵⁵² *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 30, Rdn. 2; *Ingenstau/Korbion*, § 30 VOB/A, Rdn. 9 ff., 13; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 30, Rdn. 12 ff.; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 30 VOB/A, Rdn. 2 f.;

⁵⁵³ *Kopp/Ramsauer*, § 40, Rdn. 11;

⁵⁵⁴ A.a.O., Rdn. 12;

⁵⁵⁵ *Kopp/Schenke*, § 68, Rdn. 9; § 113, Rdn. 24; § 114, Rdn. 7 ff.;

⁵⁵⁶ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn. 55;

- Nebenangebote vom Auftraggeber **nicht zugelassen** (§ 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 1, § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u), Nr. 2 Abs. 2 lit. q), § 25 Nr. 5 S. 1 VOB/A)
- Nebenangebote **ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen** (§ 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 1, 2. Halbs. VOB/A)

Im Umkehrschluss zur in der VOB/A ausdrücklich genannten Möglichkeit der Nichtzulassung von Nebenangeboten ergibt sich die Variante:

- Nebenangebote vom Auftraggeber **zugelassen**

Über diese ausdrücklich erwähnten Möglichkeiten sind folgende denkbare weitere Varianten zu unterscheiden:

- Nebenangebote vom Auftraggeber **gefordert**
- **Auftraggeber äußert sich nicht** zur Frage der Zulässigkeit

Die einzelnen Varianten sind im Folgenden zu untersuchen.

1. Auftraggeber erklärt sich nicht über die Zulässigkeit von Nebenangeboten

Die **Zulässigkeit** von Nebenangeboten ist im deutschen Vergaberecht in Teil A der VOB im Gegensatz zur europarechtlichen Systematik (Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG) auch in der Ausgabe 2006 der VOB/A der **Regelfall**.⁵⁵⁷ Gibt der Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung bzw. Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Verdingungsunterlagen **keine ausdrückliche Erklärung** ab, ob er Nebenangebote zulassen will, sind **Nebenangebote zugelassen**.⁵⁵⁸ Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Auftraggeber in diesem Fall seine ausdrückliche Verpflichtung aus § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A verletzt hat. Nach dieser Vorschrift hat der Auftraggeber ausdrücklich anzugeben, wenn er Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will oder Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Nebenangebots ausnahmsweise ausschließen will.

Trotz der klaren Regelung ist dies nicht unumstritten. *Weyand*⁵⁵⁹ vertritt die Ansicht, dass auf Grund der europarechtlichen Regelung in Art. 24 Abs. 2, 3 und 4 Satz 1 der Richtlinie 2004/18/EG beim Fehlen einer ausdrücklichen Erklärung des Auftraggebers Nebenangebote *nicht* zugelassen sein sollen. Dies ist mit Blick auf die europäische Regelung durchaus logisch und richtig. Dem steht jedoch die immer noch ausdrücklich gegenteilige nationale Regelung in § 25 Nr. 5 S. 1 VOB/A entgegen: Demnach sind Nebenangebote zu werten, es sei denn, der Auftraggeber hat sie aus-

⁵⁵⁷ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 10, Rdn. 20;

⁵⁵⁸ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 10 VOB/A, Rdn. 32; *Herig*, Teil A, § 10, Rdn. 15;

⁵⁵⁹ In: *ibr-online-Kommentar*, § 10, Ziff. 4384;

drücklich *nicht* zugelassen. Daraus folgt eindeutig, dass Nebenangebote zugelassen sind, wenn keine ausdrückliche Festlegung durch den Auftraggeber erfolgt.

2. Zulassung von Nebenangeboten

Wie eben dargestellt, ist die Zulässigkeit von Nebenangeboten in Vergabeverfahren nach VOB/A der Grundsatz. Entsprechend sind Nebenangebote ebenso zugelassen, wenn der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen bzw. der Vergabebekanntmachung ausdrücklich erklärt, dass er Nebenangebote zulässt oder wünscht. **Im Falle der Zulassung ist der Auftraggeber auf Grund von § 25 Nr. 5 VOB/A verpflichtet, die eingegangenen Nebenangebote auch zu werten.** Andernfalls liegt ein Ermessensfehler vor, der im Falle eines Vergabeverfahrens über den Schwellenwerten im Vergabennachprüfungsverfahren erfolgreich beanstandet werden kann.⁵⁶⁰

Erklärt der Auftraggeber, dass er **Nebenangebote nicht nur zulässt, sondern sogar wünscht**, hat dies von der rechtlichen Systematik her keine Auswirkung. Es bleibt dabei, dass er in diesem Fall eingereichte Nebenangebote gemäß § 25 Nr. 5 VOB/A werten muss und dass er dennoch nicht Nebenangebote mehr als bei „bloßer“ Zulassung bevorzugen kann, da er nach wie vor verpflichtet ist, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 VOB/A). Die Bieter können aus einer derartigen Angabe allenfalls herleiten, dass der Auftraggeber besonders „nebenangebotsfreundlich“ und ernsthaft bereit ist, im Rahmen der vergaberechtlichen Möglichkeiten Nebenangebote bei der Wertung zu berücksichtigen.⁵⁶¹

3. Eingeschränkte Zulassung von Nebenangeboten

Der Auftraggeber hat auch die **Möglichkeit, Nebenangebote nur eingeschränkt**, nämlich nur für einzelne Positionen der ausgeschriebenen Leistung **zuzulassen** und im Übrigen auszuschließen.⁵⁶² Dies folgt aus der Systematik: Wenn der Auftraggeber die Möglichkeit hat, Nebenangebote völlig in einem Vergabeverfahren auszuschließen, muss es ihm auch möglich sein, Nebenangebote nur mit Einschränkungen zuzulassen (argumentum a maiore ad minus). Er kann ebenso in den Vergabeunterlagen besondere Kriterien für die Zulassung von Nebenangeboten vorsehen.⁵⁶³ Will der Auftraggeber eine solche verbindliche Vorgabe für Nebenangebote machen (in diesem Sinne eine „eingeschränkte Zulassung“ von Nebenangeboten), muss er diese im Sinne eines Ausschlusskriteriums (sog. „**K.o.-Kriterien**“) den Bietern klar mitteilen.⁵⁶⁴ Andernfalls ist im Wege der Auslegung der Vergabeunterlagen zu ermit-

⁵⁶⁰ Schweda in: VergR 2003, 275;

⁵⁶¹ Kapellmann/Messerschmidt, § 10 VOB/A, Rdn. 57;

⁵⁶² VK Bund, Beschluss vom 26.03.2002, VK1-07/02; VK Brandenburg, Beschluss vom 27.05.2002, 2 VK 94/01; Schweda in: VergR 2003, 275;

⁵⁶³ VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 07.06.2002, Weyand, § 10, Ziff. 4387;

⁵⁶⁴ VK Lüneburg, Beschluss vom 26.01.2004, 203-VgK-39/2003; VK Arnberg, Beschluss vom 27.01.2004, VK 1-31/2003; VK Nordbayern, Beschluss vom 20.03.2003, 320.VK-3194-07/03; Weyand, a.a.O.;

ten, ob es sich um verbindliche Vorgaben des Auftraggebers handelt oder nicht.⁵⁶⁵ Festlegungen des Auftraggebers in den Verdingungsunterlagen, die systembedingt für Hauptangebote gelten, können in Ausnahmefällen auch verbindlich für potenzielle Nebenangebote sein. Dies setzt jedoch voraus, dass die Formulierung hinreichend streng und eindeutig ist – etwa die Formel „in jedem Fall“, also sowohl für ein Haupt- als auch für ein Nebenangebot – damit die Bieter zweifelsfrei erkennen können, dass die Vorgabe auch für Nebenangebote gelten soll.⁵⁶⁶

Der **Auftraggeber erhält auf diese Weise eine Möglichkeit zur Feinsteuerung**, die sich anbietet, wenn er einerseits Nebenangebote nicht vollständig ausschließen will und damit Gefahr läuft, dass ihm innovative Vorschläge von Bietern entgehen, andererseits aber den Prüfungsaufwand bezüglich der Nebenangebote in Grenzen halten oder minimieren will.⁵⁶⁷

4. Unklare Formulierung des Auftraggebers

In der VOB/A gilt der Grundsatz, dass Nebenangebote zugelassen sind, wenn die Vergabeunterlagen keine anders lautende Erklärung des Auftraggebers enthalten. Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass sich in den Verdingungsunterlagen keine hinreichend konkrete und eindeutige Angabe findet, aus der die Bieter eindeutig erkennen können, ob Nebenangebote zugelassen oder nicht zugelassen sein sollen.

In einem solchen Fall sind die **Vergabeunterlagen auszulegen** und eine Gesamtbetrachtung der Angaben zu den Nebenangeboten anzustellen.⁵⁶⁸ Diese hat gemäß den bürgerlich-rechtlichen Regelungen (§§ 133, 157 BGB) nach dem objektiven Empfängerhorizont aller angesprochenen Bieter im konkreten Vergabeverfahren zu erfolgen.⁵⁶⁹ Diese Auslegung hat vor dem Hintergrund stattzufinden, dass nach der oben bereits ausführlich beschriebenen VOB-Systematik die Zulassung von Nebenangeboten die Regel und die Nichtzulassung die Ausnahme darstellt, auch wenn die europarechtliche Vorgabe das Gegenteil vorsieht. Wenn als weiterer Aspekt hinzu kommt, dass die konkret auszulegenden Verdingungsunterlagen mehrfach Regelungen zu Nebenangeboten treffen und inhaltliche Anforderungen an solche stellen, wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass Nebenangebote zugelassen sind.⁵⁷⁰

Andererseits kann sich im Wege der Auslegung auch ein vom Auftraggeber ungewollter Ausschluss von Nebenangeboten ergeben, wenn er sich nicht ausreichend klar äußert und eine Gesamtbetrachtung vor dem objektiven Empfängerhorizont etwa

⁵⁶⁵ VK Arnsberg, Beschluss vom 11.06.2003, VK 1-10/2003; *Weyand*, § 10, Ziff. 4387;

⁵⁶⁶ VK Südbayern, Beschluss vom 10.12.1999, 120.3-3194.1-18-11/99; Vergaberechtsreport 3/2000; *Schelle* in: IBR 2000, 256;

⁵⁶⁷ *Schweda*, a.a.O.;

⁵⁶⁸ *Weyand*, § 10, Ziff. 4390;

⁵⁶⁹ VK Arnsberg, Beschluss vom 11.06.2003, VK 1-10/2003; *Weyand*, a.a.O.;

⁵⁷⁰ VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 31.07.2003, VK 16/03;

auf Grund mehrdeutiger Formulierungen zum Ergebnis kommt, dass Nebenangebote nicht gewollt waren.⁵⁷¹

5. Nichtzulassung von Nebenangeboten

Im Rahmen seiner Entscheidungsmöglichkeit hat der Auftraggeber die Möglichkeit, Nebenangebote grundsätzlich nicht zuzulassen.⁵⁷² Dies muss er jedoch ausdrücklich und für alle Bieter unmissverständlich in den Vergabeunterlagen erklären (§ 10 Nr. 5 Abs. 2 lit. n) VOB/A bzw. in der Vergabebekanntmachung (§ 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u), Nr. 2 Abs. 2 lit q) VOB/A).⁵⁷³ Nach einer Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen OLG⁵⁷⁴ bedarf der Ausschluss von Nebenangeboten sowohl besonderer Gründe als auch besonderer Erwähnung. Diese Einschätzung lässt sich durch die Vorgaben der VOB/A jedoch nur zum Teil begründen: Zwar hat der Auftraggeber die Nichtzulassung tatsächlich besonders zu erwähnen (in den Vergabeunterlagen bzw. der Vergabebekanntmachung, s.o.). Die Verpflichtung zu einer „besonderen Begründung“ sieht die VOB/A jedoch nicht vor.

Hat der **Auftraggeber** Nebenangebote ausdrücklich nicht zugelassen, **darf er gleichwohl abgegebene Nebenangebote nicht werten**, auch wenn sie sich als das günstigste Angebot erweisen.⁵⁷⁵ Es handelt sich insoweit um eine **zwingende Regelung** des § 25 Nr. 5 VOB/A, so dass nicht nur ein fakultativer Ausschlussgrund vorliegt.⁵⁷⁶

Auch wenn es sich der Auftraggeber im Verlauf des Vergabeverfahrens „anders überlegt“ haben sollte, ist eine **nachträgliche Änderung der Entscheidung** nicht mehr ohne Weiteres möglich. Insoweit liegt eine Bieter schützende Festlegung des Auftraggebers vor. Eine Verletzung könnten die unterlegenen Bieter erfolgreich im Vergabenachprüfungsverfahren geltend machen.⁵⁷⁷ Sollte der Auftraggeber nach Versand der Vergabeunterlagen an die Bieter dennoch seine Entscheidung abändern und Nebenangebote entgegen der ursprünglichen Erklärung doch zulassen wollen, bleibt ihm nur die Möglichkeit, eine Korrektur der Vergabebekanntmachung vorzunehmen und zugleich die Angebotsfristen im Sinne des § 18 Nr. 1 VOB/A zu verlängern, um den Bietern trotzdem eine angemessene Zeit für die Ausarbeitung von Nebenangeboten zu geben. Sollte dies nicht der Fall sein oder der Auftraggeber seine Entscheidungsänderung nicht allen Bietern hinreichend klar und ausdrücklich mittei-

⁵⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.01.2001, U (Kart) 9/00; VK Südbayern, Beschluss vom 20.04.2001, 07-03/01; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn. 61;

⁵⁷² VK Nordbayern, Beschluss vom 25.03.2002, 320.VK-3194-06/02;

⁵⁷³ VK Nordbayern, Beschluss vom 18.10.2001, 320.VK-3194-34/01; *Weyand*, § 10, Ziff. 4385 f.;

⁵⁷⁴ Beschluss vom 15.02.2005, 6 Verg 6/04;

⁵⁷⁵ VÜA Bayern, BauR 1999, 791; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 10 VOB/A, Rdn. 33; *Herig*, Teil A, § 10, Rdn. 14; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 134; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn 61; differenzierend VK Südbayern, Beschluss vom 28.04.2001, 07-03/01;

⁵⁷⁶ *Marbach*, Festschrift für Vygen, S. 243;

⁵⁷⁷ OLG Saarbrücken, ZVgR 2000, 181 ff.; *Schweda* in: VergR 2003, 275;

len, wäre die „nachträgliche Zulassung“ von Nebenangeboten vergaberechtswidrig und damit unzulässig.⁵⁷⁸

Eine weitere Möglichkeit für eine nachträgliche Korrektur der Nichtzulassungsentscheidung zu Gunsten einer Zulassung von Nebenangeboten wird darin gesehen, dass der Auftraggeber die **Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 c) VOB/A aus „anderen schwerwiegenden Gründen“ aufhebt** und neu ausschreibt. Voraussetzung hierfür ist zumindest, dass dem Auftraggeber die alternative Ausführungsvariante erst nach Beginn der Ausschreibung bekannt geworden ist.⁵⁷⁹ Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Bieter trotz Nichtzulassung ein Nebenangebot abgegeben hat und der Auftraggeber daraus eine neue oder andere Möglichkeit erfährt, wie er sein Bauvorhaben kostengünstiger, schneller oder mit anderen Vorteilen realisieren kann.

Hat der Auftraggeber Nebenangebote ausdrücklich in den Vergabeunterlagen und der Vergabebekanntmachung nicht zugelassen und hat ein Bieter dennoch ein Nebenangebot erstellt und eingereicht, hat er in diesem Fall den – zeitlich und finanziellen vielfach nicht unerheblichen – Aufwand für die Ausarbeitung eines Nebenangebots vergeblich betrieben. Dies ist angesichts dessen, dass auf Grund der ausdrücklichen Nichtzulassung kein Vertrauenstatbestand zu Gunsten des Bieters geschaffen wurde, in diesem Fall recht und billig.⁵⁸⁰

6. Ausschluss von Nebenangeboten ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots

Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots durch den Bieter auszuschließen.⁵⁸¹ Gemäß § 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 1 VOB/A handelt es sich dabei systematisch um den Ausnahmefall. Das heißt im Umkehrschluss, dass es der **Regelfall** sein soll, dass die **Einreichung von Nebenangeboten möglich ist, unabhängig davon, ob der Bieter zugleich auch ein Hauptangebot abgibt oder nicht**. Das bedeutet zugleich, dass ein Nebenangebot ein Hauptangebot völlig ersetzen kann.⁵⁸²

Die Vorgabe eines Auftraggebers, Nebenangebote nicht isoliert, sondern nur parallel mit Hauptangeboten zuzulassen, hat den denkbaren taktischen Hintergrund, dass er auf diese Weise sicher stellen will, dass nicht nur – möglicherweise nicht wertbare, nicht „funktionierende“ oder nicht gleichwertige – Nebenangebote eingehen und das Vergabeverfahren dann nach § 26 Nr. 1 a) VOB/A aufgehoben werden müsste, weil in diesem Fall kein annehmbares Angebot eingegangen wäre, sondern auch der

⁵⁷⁸ VK Sachsen, Beschluss vom 13.04.2005, 1/SVK/018-05; *Weyand*, § 10, Ziff. 4386;

⁵⁷⁹ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 10, Rdn. 24 unter Verweis auf BGH WM 1993, 299 ff.;

⁵⁸⁰ LG Weiden, NJW 1985, 1477; *Ingenstau/Korbion*, § 10 VOB/A, Rdn. 67;

⁵⁸¹ VK Bund, Beschluss vom 17.07.2003, VK 1-55/03; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.06.2000, VK SH 3/00; IBR 2000, 475;

⁵⁸² *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 243;

Eingang von Hauptangeboten gewährleistet ist, so dass das Vergabeverfahren in jedem Fall mit einem Zuschlag auf ein Hauptangebot enden könnte, sollte kein annehmbares Nebenangebot eingereicht werden.⁵⁸³

Auch die Entscheidung, Nebenangebote nur mit gleichzeitiger Abgabe eines Hauptangebots zuzulassen, ist eine Bieter schützende Festlegung und kann insoweit ebenso wie die Entscheidung, Nebenangebote überhaupt nicht zuzulassen, nicht mehr ohne Weiteres im laufenden Vergabeverfahren vom Auftraggeber geändert werden.⁵⁸⁴

7. Verpflichtung zur Abgabe von Nebenangeboten

Theoretisch denkbar wäre die Variante, dass der Auftraggeber Nebenangebote in einem Vergabeverfahren nicht nur zulässt oder ausdrücklich wünscht, sondern als weitere Steigerungsstufe die Bieter ausdrücklich verpflichtet, Nebenangebote abzugeben. Dies wäre etwa erklärbar damit, dass der Auftraggeber besonderen Wert darauf legt, dass Innovation und Spezialwissen der Bieter in die Lösung der gestellten Bauaufgabe einfließen.

Inwieweit es zulässig ist für den Auftraggeber, Bieter dazu zu verpflichten, Nebenangebote abzugeben, ist strittig.

7.1 E.A.: Verpflichtung zur Abgabe eines Nebenangebots zulässig

*Brinker/Ohler*⁵⁸⁵ bejahen dies unter Verweis auf eine Entscheidung des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes.⁵⁸⁶ Der Ausschuss hatte es für zulässig erachtet, dass der Auftraggeber in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren für die selbe Bauaufgabe die Leistung nach Einheitspreisen ausgeschrieben und von den Bietern zugleich verpflichtend Nebenangebote in Form von Pauschalpreisangeboten gefordert hatte. Die Vergabestelle kann nach *Brinker/Ohler* bindend festsetzen, dass jeder Bieter neben seinem Hauptangebot ein Nebenangebot abzugeben hat, das von der als Hauptangebot ausgeschrieben Bauleistung abweicht. Dieses verpflichtende Nebenangebot könne sich sowohl auf eine abweichende technische Ausführung der Bauleistung (technisches Nebenangebot) als auch auf eine andere vertragliche Abwicklung (kaufmännisches Nebenangebot) richten.

Allerdings räumt diese Ansicht ein, dass eine verpflichtende Koppelung von Haupt- und Nebenangebot durch den Auftraggeber nur unter engen Voraussetzungen zulässig sein soll: Das Anfordern der Nebenangebote an sich müsse den vergaberechtlichen Vorgaben entsprechen. Verlange der Auftraggeber einen abweichenden tech-

⁵⁸³ *Weyand*, § 10, Ziff. 4394;

⁵⁸⁴ OLG Saarbrücken, ZVGR 2000, 181 ff.;

⁵⁸⁵ In: *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 135;

⁵⁸⁶ VÜA Bund, Beschluss vom 19.11.1998, 1 VÜ 11/98; 1 VÜ 15/97, Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung (WuW/E) Verg 78, 79;

nischen Vorschlag, müssten die Beschreibungen für das verpflichtend abzugebende Nebenangebot den Anforderungen des § 9 VOB/A an diese Leistungsbeschreibung unbedingt genügen. Verpflichtete der Auftraggeber die Bieter zur Abgabe eines kaufmännischen Nebenangebots, müsse dieses selbst zulässig sein. Der Auftraggeber dürfe etwa ein Nebenangebot in Form eines Pauschalpreisangebots nur fordern, wenn die Voraussetzungen des § 5 Nr. 1 lit. b) VOB/A erfüllt seien. Ferner dürfe der Auftraggeber den erlangten Wertungsspielraum zwischen Haupt- und Nebenangebot nicht zum Nachteil der Bieter verwenden. Es müsse insoweit die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet sein. Eine sorgfältige Wertung habe darauf zu achten, dass Benachteiligungen einzelner Bieter vermieden werden.

Des Weiteren stellen *Brinker/Ohler*⁵⁸⁷ fest, dass die Vergabestelle das Hauptangebot eines Bieters, der entgegen der Verpflichtung, ein Nebenangebot abzugeben, nicht zugleich ein solches einreicht, nicht wegen Unvollständigkeit im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ausschließen darf. Dieses „eigentlich unvollständige Angebot“ sei vielmehr als eigenständiges Nebenangebot in der Wertung zu berücksichtigen. Immer, wenn der Auftraggeber in zulässiger Weise ein Haupt- mit einem Nebenangebot kopple, gelte für dieses Angebot § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A, so dass bei einem Fehlen von Preisangaben das Angebot insgesamt als Nebenangebot zu werten sei.

7.2 A.A.: Verpflichtung zur Abgabe eines Nebenangebots unzulässig

Die Gegenansicht⁵⁸⁸ hält eine Verpflichtung von Bietern zur Abgabe von Nebenangeboten durch den Auftraggeber für unzulässig. Begründet wird dies mit dem Wortlaut der VOB/A, die nur noch „gewünschte“ oder „zugelassene“, nicht aber „geforderte“ Nebenangebote kenne.⁵⁸⁹ Es wäre nach *von Rintelen* nicht verständlich, warum Bieter, die ein Nebenangebot nicht abgeben könnten oder wollten, auch mit einem Hauptangebot ausgeschlossen werden sollten. Dem Auftraggeber bleibe es frei, ob er ein Haupt- oder ein Nebenangebot beauftragen solle. Die Einschränkung des Bieterkreises durch eine zwingende Koppelung von Haupt- und Nebenangeboten widerspreche jedoch sowohl den Auftraggeberinteressen an einer möglichst preisgünstigen Vergabe als auch den Bieterinteressen. Auf Grund dessen sei ein Zwang zur Abgabe von Nebenangeboten vergaberechtlich unzulässig.⁵⁹⁰

7.3 Diskussion und Stellungnahme

Der VÜA hatte in seiner o.g. Entscheidung, die von den Befürwortern einer Koppelungsverpflichtung Haupt-/Nebenangebot zur Begründung herangezogen wird, die Zulässigkeit einer Abgabeverpflichtung bezüglich eines Nebenangebots aus § 10 Nr.

⁵⁸⁷ VÜA Bund, Beschluss vom 19.11.1998, 1 VÜ 11/98; 1 VÜ 15/97, Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung (WuW/E) Verg 78, 79 unter Verweis auf die o.g. VÜA-Entscheidung;

⁵⁸⁸ *von Rintelen* in: Kapellmann/Messerschmidt, § 10 VOB/A, Rdn. 58;

⁵⁸⁹ So bereits § 25 Nr. 3 VOB/A 1973; vgl. oben Teil 1 B 2, 2.5;

⁵⁹⁰ *von Rintelen*, a.a.O., mit Verweis auf *Daub/Piel/Soergel*, ErlZ. A 17.107;

5 Abs. 4 VOB/A hergeleitet. Wenn ein Auftraggeber ausnahmsweise einen Bieter ausschließen könne, wenn er ein Nebenangebot ohne Hauptangebot abgebe, dann folge hieraus, dass ein Auftraggeber umgekehrt auch von den Bietern verpflichtend verlangen könne, dass sie neben einem Haupt- auch ein Nebenangebot abgeben. Dieser Schluss überzeugt jedoch nicht, da er im Wortlaut der Regelung in der VOB/A keine Grundlage findet. § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A unterscheidet bezüglich Nebenangeboten ausdrücklich nur zwischen „wünschen“, „nicht zulassen“ und „ausnahmsweise ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausschließen“. Von „fordern“ ist dagegen keine Rede. Nachdem insoweit eine klare Begrenzung auf diese drei Möglichkeiten stattfindet und sich auch im Übrigen kein Anhaltspunkt für weiter gehende Varianten findet, endet die Auslegungsmöglichkeit nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB in den Grenzen des Wortlauts.

Weitere Fragen und Bedenken bezüglich der Ansicht, eine Verpflichtung zur Abgabe eines Nebenangebots zulassen zu wollen, können daher bereits aus diesem Grund dahinstehen. Unter anderem bestehen solche Bedenken im Rahmen der Privatautonomie⁵⁹¹ hinsichtlich der Verpflichtung, für einen abzuschließenden Vertrag mehrere Angebote abgeben zu müssen. Darüber hinaus ist in Frage zu stellen, inwieweit die Verpflichtung zur Abgabe auch eines Nebenangebots noch mit dem Vergabegrundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter im Sinne des § 97 Abs. 2 GWB⁵⁹² vereinbar ist. Zwar werden formell alle Bieter gleich behandelt, da sich die Verpflichtung, auch ein Nebenangebot einzureichen, an alle Bieter in gleicher Weise richtet. Materiell allerdings kann durchaus eine Ungleichbehandlung entstehen, da mancher Bieter möglicherweise zwar von seiner Unternehmensstruktur und Kompetenz her in der Lage ist, innerhalb der zur Verfügung stehenden Angebotsfrist ein Angebot auf die ausgeschriebene Leistung abzugeben, möglicherweise aber nicht über ausreichend Spezialkenntnisse und Ressourcen verfügt, um in diesem Zeitraum auch ein Nebenangebot ausarbeiten zu können. Nachdem das Zeitproblem kaum Großunternehmen treffen wird, ist auch kritisch zu hinterfragen, ob nicht mittelständische Bieter mit dieser Vorgehensweise benachteiligt werden, obgleich nach dem Gedanken des § 97 Abs. 3 GWB mittelständische Interessen ausdrücklich berücksichtigt werden sollen (wenn auch ausdrücklich nur in der Form, dass nach Möglichkeit die Leistung in Teil- und Fachlose aufgeteilt wird).⁵⁹³

⁵⁹¹ U.a. *Palandt/Heinrichs*, Einf. v. § 145, Rdn. 7;

⁵⁹² Vgl. hierzu *Byok/Jaeger*, § 97, Rdn. 146 ff.; *Korbion*, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 97, Rdn. 3;

⁵⁹³ *Byok/Jaeger*, a.a.O., Rdn. 154;

B) Inhaltliche Anforderungen an Nebenangebote

I. Vorgaben zur Leistungsbeschreibung beim Hauptangebot

Im Regelfall des Vergabeverfahrens gibt der **Auftraggeber** vor, welche Bauleistung er ausgeführt haben will und auf welche Weise das Bauvorhaben ausgeführt werden soll. Die VOB Teil A gibt dem Auftraggeber in § 9 VOB/A detaillierte Vorgaben, wie er seine Leistung zu beschreiben hat.⁵⁹⁴ Der Regelungsschwerpunkt dieses „Grundgesetzes der Ausschreibung“ liegt in der möglichst genauen und vollständigen Beschreibung der vom Bauherrn bzw. dessen Architekten aufgestellten und vom Bieter zu kalkulierenden Leistung.⁵⁹⁵ § 9 Nr. 1–4 VOB/A enthalten dabei unter der Zwischenüberschrift „Allgemeines“ Vergabevorschriften für alle Arten von Leistungsbeschreibungen. § 9 Nr. 5 ff. befassen sich mit technischen Spezifikationen. Nr. 11 ff. regelt die Ausschreibung mit Leistungsbeschreibung mit Hilfe eines Leistungsverzeichnisses, Nr. 15 ff. mit Leistungsprogramm.

§ 9 VOB/A regeln damit das **Kernstück der eigentlichen Vergabeunterlagen**.⁵⁹⁶ Darüber hinaus hat die Regelung auch **mittelbar bauvertragliche Relevanz**, nach dem die Leistungsbeschreibung das „Herzstück des Bauvertrags“ darstellt.⁵⁹⁷ Die Normen des § 9 VOB/A sind Bestandteil des Vergaberechts und wirken auf Grund dessen nicht unmittelbar auf das Bau-Soll eines bereits geschlossenen Vertrags ein. Ein Verstoß gegen Vorgaben des § 9 VOB/A führt nicht zu einer Unwirksamkeit des Bauvertrags. Nachdem jedoch der öffentliche Auftraggeber die Vorschriften der VOB/A zwingend beachten muss, hat § 9 **Bedeutung für die Auslegung von Leistungsverzeichnissen und damit auch des Vertragsinhalts**. Es muss davon ausgegangen werden, dass der Auftraggeber eine VOB/A-konforme Ausschreibung vornehmen wollte.⁵⁹⁸ Die Leistungsbeschreibung ist als Teil des Vertrags so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.⁵⁹⁹ Die Verkehrssitte ergibt sich im vorliegenden Fall aus den Vorgaben der Leistungsbeschreibung nach § 9 VOB/A.⁶⁰⁰

⁵⁹⁴ A.A. Quack, in: BauR 1998, 381 ff., der aus § 9 VOB/A keine unbedingte Verpflichtung für den Auftraggeber herleiten will;

⁵⁹⁵ Herig, § 9 VOB/A, Rdn. 2;

⁵⁹⁶ Ingenstau/Korbion, § 9 VOB/A, Allgemeine Grundlagen; Kapellmann/Messerschmidt sprechen von „Vergaberecht in Reinkultur“;

⁵⁹⁷ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 9 VOB/A, Rdn. 2;

⁵⁹⁸ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 9 VOB/A, Rdn. 3; Kapellmann/Messerschmidt, § 9 VOB/A, Rdn. 3 ff.;

⁵⁹⁹ BGH, Urteil vom 22.04.1993, VII ZR 118/92; BauR 1993, 595 f.; BGH, Urteil vom 23.06.1994, VII ZR 163/93; BauR 1994, 625 f.;

⁶⁰⁰ Heiermann/Riedl/Rusam, § 9 VOB/A, Rdn. 5 a.E.;

II. Leistungsbeschreibung beim Nebenangebot

1. Grundsätzliche Problematik

Im Rahmen von Nebenangeboten ergibt sich regelmäßig das Problem, dass die inhaltliche Wertung schwieriger ist als die von Hauptangeboten. Dies liegt darin begründet, dass der Auftraggeber im Fall des Hauptangebots den Leistungsinhalt bereits kennt und im Rahmen der Ausarbeitung des Amtsentwurfs bereits auf Funktionalität ausführlich geplant und geprüft hat. Beim Nebenangebot dagegen wird der Auftraggeber mit einer neuartigen Leistungszusammensetzung mit Eingang der Angebote konfrontiert, die er bis dahin für das konkret beabsichtigte Bauvorhaben noch nicht kannte und in Bezug auf die er regelmäßig kein oder nur bedingt Hintergrundwissen hat.⁶⁰¹ Auf Grund dessen sind an den Inhalt der Leistungsbeschreibung eines Nebenangebots gesteigerte Anforderungen zu stellen.⁶⁰²

Für die **Beschreibung der Leistung** in den Verdingungsunterlagen gibt **§ 9 VOB/A** vor, wie eine solche Leistungsbeschreibung für das Hauptangebot gestaltet sein muss. Demnach ist die Leistung unter anderem so eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können (§ 9 Nr. 1 S. 1 VOB/A). Der Auftraggeber darf den Bietern keine ungewöhnliche Wagnisse aufbürden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen diese nicht im Voraus schätzen können (§ 9 Nr. 2 VOB/A). Der Auftraggeber hat alle eine „einwandfreie Preisermittlung beeinflussenden Umstände“ festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben (§ 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A). Dazu zählt die Verpflichtung, die für die Ausführung der Leistung wesentlichen Verhältnisse, z.B. die Boden- und Wasserverhältnisse, so beschreiben, dass die Bieter ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann (§ 9 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A). Von besonderer praktischer Bedeutung ist dabei die Vorgabe in § 9 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A, wonach der Auftraggeber die „Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung“ in den Abschnitten 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299 ff. der VOB/C, zu beachten hat.

Bereits in Zusammenhang mit der Erstellung der Leistungsbeschreibung für die Verdingungsunterlagen des Auftraggebers ist die Rolle von § 9 VOB/A nicht unumstritten. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die Anwendung von § 9 VOB/A nicht nur für öffentliche Auftraggeber verpflichtend ist, sondern auch zumindest Anhaltspunkte dafür bietet, was bei einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung auch außerhalb der VOB/A zu beachten ist.⁶⁰³ Die Vorschrift hat demnach Bieter

⁶⁰¹ Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 88;

⁶⁰² VÜA Bund, Beschluss vom 03.06.1996, 1 VÜ 6/96;

⁶⁰³ Marbach in: BauR 1994, 168 ff.; Ingenstau/Korbion, § 9 VOB/A, Rdn. 2;

schützenden Charakter.⁶⁰⁴ Nach anderer Ansicht von *Quack*⁶⁰⁵ gibt es keine normative Grundlage für eine Beschreibungspflicht des Bestellers. Weder in §§ 145 ff. BGB noch in §§ 631 ff. BGB fänden sich Belege hierfür. Auch als Rechtsprinzip lasse sich diese „schwerlich rechtfertigen“. § 9 VOB/A stellt nach Quacks Ansicht „nach Herkunft und Bedeutung schwerlich etwas anderes als eine historisch zufällige Vergabetechnik dar“. Weder im Baurecht noch allgemein im deutschen bürgerlichen Recht gebe es vertragliche Beschreibungspflichten, die dahin gingen, dass eine bestimmte Vertragsseite näher festgelegte Beschreibungen des Vertragsinhalts schulde. In welcher Art und wie genau die Leistung zu beschreiben ist, sei keine Rechtsfrage, solange die Grenzen der Bestimmbarkeit der Leistung gewahrt bleiben.⁶⁰⁶ Für den Privaten gehe es in diesem Rahmen *„ausschließlich um kautelarische Zweckmäßigkeit, die sich beispielsweise mit Gesichtspunkten wie Streitvermeidung, Qualitätssicherung, aber auch Planungskosten, Planungsrisiken und Kalkulationsrisiken, schließlich Zuweisung zum besseren Know-how, Serienfertigung und ähnlichen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen benennen lassen“*.⁶⁰⁷

Eine ausdrückliche Regelung im vergaberechtlichen Regelungssystem, nach welchen Grundsätzen der Bieter ein Nebenangebot inhaltlich zu gestalten hat, gibt es nicht. Die Vorgaben des **§ 9 VOB/A** sind jedenfalls **nicht unmittelbar anwendbar**, da sich die VOB/A ausschließlich an den öffentlichen Auftraggeber wendet, der diese verpflichtend anzuwenden hat.⁶⁰⁸

2. Allgemeine Anforderungen an die Leistungsbeschreibung bei Nebenangeboten

Grundsätzlich fällt es in die Risikosphäre des Bieters, ob die von ihm abweichend zum Amtsentwurf angebotene Leistung hinreichend konkret beschrieben und die Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot nachgewiesen ist.⁶⁰⁹ Insoweit liegt die Verantwortung für die Vollständigkeit der Unterlagen allein beim Bieter.⁶¹⁰

Der Auftraggeber seinerseits hat zunächst die Bieter gemäß § 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 2 VOB/A bereits in den Vergabeunterlagen oder in der Praxis regelmäßig in den Bewerbungsbedingungen⁶¹¹ nach § 10 Nr. 5 Abs. 5 VOB/A **aufzufordern, die per Nebenangebot offerierte Leistung hinreichend eindeutig zu beschreiben**. Bewerbungsbedingungen sind im Ergebnis trotz ihrer Geltung nur für das Vergabeverfahren dennoch als vorvertraglich vereinbarte Allgemeine Geschäftsbedingungen

⁶⁰⁴ BGH, Urteil vom 11.11.1993, VII ZR 47/93; NJW 1994, 850 = BGHZ 124, 64; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 9 VOB/A, Rdn. 1; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 9 VOB/A, Rdn. 3;

⁶⁰⁵ in: *BauR* 1998, 381 ff.; in: *BauR* 2005, 1080 ff.;

⁶⁰⁶ *Quack* in: *BauR* 1998, 383 unter Verweis auf den Kammerschleusenfall des BGH, Urteil vom 27.06.1996, VII ZR 59/95; *BauR* 1997, 126 = *ZfBR* 1997, 29 = *NJW* 1997, 61;

⁶⁰⁷ *Quack*, a.a.O.;

⁶⁰⁸ *Winkler/Fröhlich*, VOB Teil A, S. 1; *Lampe-Helbig/Wörmann*, S. 11 f.;

⁶⁰⁹ *Schweda* in: *VergR* 2003, 276;

⁶¹⁰ *Weyand*, § 25, Ziff. 5774;

⁶¹¹ Vgl. *EVM(B) BwB/E*, Ziff. 4.2.;

anzusehen. Sie gehören – wie das Anschreiben des Auftraggebers an die Bieter – nicht zu den Verdingungsunterlagen und werden insoweit nicht Bestandteil des späteren Bauvertrags.⁶¹² Zwar ist der Begriff des Nebenangebots in § 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 2 VOB/A nicht ausdrücklich erwähnt. Dies ergibt sich jedoch aus der Eingrenzung in der Regelung. Sie lautet wörtlich: „*Von Bietern, die eine Leistung anbieten, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind im Angebot entsprechende Angaben über die Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.*“ Eine Leistung im Rahmen des Hauptangebots ist in den Verdingungsunterlagen geregelt, nicht jedoch eine davon abweichende Leistung aus einem Nebenangebot. Insoweit hat der Bieter also „entsprechende Angaben“ über die Ausführung und Beschaffenheit der per Nebenangebot vorgesehenen Leistungen zu machen. Ein besonderer Beschreibungsbedarf besteht insbesondere dann, wenn die abweichend vorgeschlagene Leistung weder den Verdingungsunterlagen noch den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen, also der VOB Teil C, DIN 18299 ff., entspricht.⁶¹³

Nebenangebote müssen vom Bieter damit inhaltlich so ausgestaltet werden, dass sie der Auftraggeber ohne Weiteres prüfen und werten kann sowie beurteilen kann, ob sie geeignet, wirtschaftlich und gleichwertig sind.⁶¹⁴ Dazu ist grundsätzlich eine klare, in sich geschlossene, übersichtliche Beschreibung des Leistungsinhalts durch den Bieter erforderlich.⁶¹⁵ Sie muss somit alle erforderlichen Daten und Angaben enthalten, die erforderlich sind, um dem Auftraggeber einen schnellen und klaren Überblick zu verschaffen, was der Bieter vorschlägt.⁶¹⁶

Zwar ist auf Grund der Systematik des Vergabeverfahrens § 9 VOB/A nicht unmittelbar auf den Bieter anwendbar, der ein Nebenangebot ausarbeitet. Die herrschende Meinung und herrschende Entscheidungspraxis wendet jedoch die Regelung des **§ 9 VOB/A entsprechend** auf die **Leistungsbeschreibung im Rahmen von Nebenangeboten** an.⁶¹⁷ Die Leistungsangaben des Bieters müssen somit den Anforderungen genügen, die die VOB/A im umgekehrten Verhältnis an den Auftraggeber für die Ausarbeitung und Aufstellung einer Leistungsbeschreibung stellt.⁶¹⁸ Den Bieter treffen damit die gleichen Pflichten bei der Erstellung seines Nebenangebots wie den

⁶¹² Kapellmann/Messerschmidt, § 10 VOB/A, Rdn. 65; Daub/Piel/Soergel, ErlZ A 17.92; Heiermann/Riedl/Rusam, § 10 VOB/A, Rdn. 26a;

⁶¹³ Kapellmann/Messerschmidt, a.a.O., Rdn. 63;

⁶¹⁴ BayObLG, VergR 2003, 70 f.;

⁶¹⁵ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 05.08.2004, VK-SH 19/04; VK Nordbayern, Beschluss vom 21.05.2003, 320.VK-3194-14/03; VK Hannover, Beschluss vom 15.11.2002, 26045-VgK-15/2002;

⁶¹⁶ OLG Frankfurt, VergR 2002, 72 f.; BayObLG, ZfBR 2001, 118; VK Nordbayern, Beschluss vom 21.03.2002, 320.VK-3194-06/02; Schweda, a.a.O.;

⁶¹⁷ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 25, Rdn. 139; Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 88; Schweda in: VergR 2003, 276; Weyand, § 25, Ziff. 5774; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 25 VOB/A, Rdn. 683;

⁶¹⁸ VK Südbayern, Beschluss vom 03.09.2003, 36-0/03; Beschluss vom 30.08.2002, 29-07/02; Weyand, a.a.O.;

Auftraggeber bei der Ausarbeitung seiner Leistungsbeschreibung für den Amtsentwurf und damit das Hauptangebot.⁶¹⁹

Daraus ergibt sich die **Verpflichtung für den Bieter, alle Vorgaben zu erfüllen, die § 9 VOB/A enthält**. Er hat somit im Sinne von § 9 Nr. 1 VOB/A die **Leistung insbesondere eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, das Nebenangebot zu prüfen und zu werten**. Die Vergabestelle muss sich auf der Basis der Leistungsbeschreibung des Bieters ein klares Bild über die von diesem vorgesehene Art und Weise der Ausführung machen können.⁶²⁰ Im Sinne von § 9 Nr. 3 VOB/A hat der Bieter alle den Preis beeinflussende Umstände in seinem Nebenangebot anzugeben. Die Vergabestelle muss sich ein klares Bild über die im Rahmen des Nebenangebots vorgesehene Ausführung der Leistung machen können und insbesondere auch die Angemessenheit des Preises für die vom Bieter vorgeschlagene abweichende Ausführungsart beurteilen können.⁶²¹ Insbesondere muss der Bieter dem Auftraggeber auch ausreichend Angaben liefern, damit dieser etwa im Fall eines abweichend angebotenen Bauverfahrens oder anderer Materialien die baurechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Zulässigkeit beurteilen kann.⁶²² Nebenangebote müssen sich insoweit in jeder Hinsicht am Hauptangebot messen lassen.⁶²³

Voraussetzung für eine ausreichend eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung eines Nebenangebots ist, dass der Auftraggeber folgende Kriterien überprüfen und werten kann:⁶²⁴

- Vollständigkeit des Nebenangebots
- Technische Ausführbarkeit
- Erfüllung der einschlägigen technischen Vorschriften
- Verstoß des Nebenangebots gegen zwingende Vorgaben der Verdingungsunterlagen des Auftraggebers („K.o.-Kriterien“)
- Wirtschaftlichkeit des Nebenangebots

⁶¹⁹ OLG Koblenz, Beschluss vom 29.08.2003, 1 Verg 7/03; BauR 2004, 142 = VergR 2003, 699 = IBR 2003, 620; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.08.2005, 1 VK 43/05; Beschluss vom 07.04.2004, 1 VK 13/04; VK Sachsen, Beschluss vom 27.06.2005, 1/SVK/064-05; Beschluss vom 23.01.2004, 1/SVK/160-03; VK Südbayern, Beschluss vom 03.05.2005, 15-03/05; VK Bund, Beschluss vom 22.03.2005, VK 3-13/05; Beschluss vom 25.03.2003, VK 1-11/03; VK Nordbayern, Beschluss vom 22.12.2004, 320.VK-3194-49/04; VK Hannover, Beschluss vom 05.02.2004, 26045-VgK 15/2003; VK Thüringen, Beschluss vom 08.04.2003, 216-4002.20-002/03-J-S; VK Brandenburg, Beschluss vom 29.05.2002, VK 19/02;

⁶²⁰ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.03.2003, 1 VK 06/03;

⁶²¹ Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 88 f.;

⁶²² VK Südbayern, Beschluss vom 03.05.2005, 15-03/05; VK Nordbayern, Beschluss vom 22.12.2004, 320.VK-3194-49/04;

⁶²³ OLG Koblenz, Beschluss vom 15.05.2003, 1 Verg 3/03; BauR 2003, 1738 = VergR 2003, 567;

⁶²⁴ nach Weyand, § 25, Ziff. 5775;

- Angemessenheit des Preises in Relation zu der vom Bieter abweichend angebotenen Leistung
- Ermittlung der wertungserheblichen Vor- und Nachteile des Nebenangebots gegenüber dem Amtsentwurf
- Gleichwertigkeit mit dem Amtsentwurf
- Zweckdienlichkeit der abweichend vorgeschlagenen Lösung⁶²⁵

Verbleiben Unklarheiten – bleibt etwa dem Bieter die theoretische Möglichkeit, jede oder jedenfalls mehrere verschiedene Ausführungsarten zu wählen – ist die Leistungsbeschreibung nicht hinreichend konkret und das Nebenangebot damit nicht wertbar.⁶²⁶ Es dürfen somit keine nachträglichen Interpretationsmöglichkeiten des Bieters über den Umfang der von ihm mit dem Nebenangebot vorgeschlagenen Leistungen vorliegen.⁶²⁷ Der Bieter genügt auch dann nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung seines Nebenangebots, wenn sie nicht ausreichende und klare Informationen zu konstruktiven, sicherheitsrelevanten und statischen Details enthält.⁶²⁸ Im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs gemäß § 24 VOB/A bestehen nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten einer nachträglichen Erläuterung, die unten näher dargestellt werden.⁶²⁹

Zu berücksichtigen ist bereits im Rahmen der Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung für das Nebenangebot, dass dieses wie im Falle des Hauptangebots später als **Abrechnungsgrundlage** für die vom Bieter bzw. späteren potenziellen Auftragnehmer auszuführende Leistung dient. Insoweit ist die Leistung gegebenenfalls in Teilleistungen aufzuspalten. Grundsätzlich reicht es aus, wenn ein Bieter eine Baubeschreibung und ein Leistungsverzeichnis für sein Nebenangebot vorlegt, wenn die Vergabestelle daraus erkennen kann, ob der Bieter alle Teilleistungen, Materialien und Bauteile, die zur Erreichung des geschuldeten Leistungserfolgs erforderlich sind, berücksichtigt und mit ausreichenden Mengenansätzen versehen hat.⁶³⁰

Handelt es sich um ein **kaufmännisches, nicht technisches Nebenangebot**, das etwa die vertraglichen Bedingungen abweichend vom Amtsentwurf regeln möchte, muss sich aus der Leistungsbeschreibung des Nebenangebots ebenso eindeutig und klar ergeben, wie der Bieter die vorgeschlagene Änderung meint. Bietet der Bewerber etwa eine Lohn- und Stoffgleitklausel an, die im Amtsentwurf vom Auftraggeber nicht vorgesehen war, muss der Bieter klar beschreiben, unter welchen Voraussetzungen diese greifen und für welche Leistungsteile die Klausel gelten soll.⁶³¹

⁶²⁵ VK Nordbayern, Beschluss vom 22.12.2004, 320.VK-3194-49/04;

⁶²⁶ BayObLG, Beschluss vom 24.10.2000, Verg 6/00; Vergaberechtsreport 11/2000, 3;

⁶²⁷ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 25 VOB/A, Rdn. 683;

⁶²⁸ A.a.O. unter Verweis auf OLG Naumburg, Beschluss vom 22.12.1999 (juris);

⁶²⁹ Siehe unten Teil 3 D III;

⁶³⁰ Weyand, § 25, Ziff. 5776 f.;

⁶³¹ Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 92;

Die entsprechende Anwendbarkeit von § 9 VOB/A auf den Bieter, der mit seinem Nebenangebot die Leistungsbeschreibung erstellt, erstreckt sich auch auf die Auswahlmöglichkeit, ob er diese mit Hilfe eines Leistungsverzeichnisses (Nr. 11 ff.) oder eines Leistungsprogramms (Nr. 15 ff.) bewerkstelligen will. Für eine nur **funktionale Beschreibung eines Nebenangebots mit Leistungsprogramm** (funktionale Leistungsbeschreibung) wäre aus rechtlicher Sicht zunächst auf die Vorgabe des § 9 Nr. 15 VOB/A zu verweisen: Auch hierfür wäre demnach vorauszusetzen, dass es nach Abwägen aller Umstände im konkreten Fall zweckmäßig ist, den Leistungsinhalt des Nebenangebots (nur) funktional zu beschreiben. Dem Bieter ist dieses Vorgehen allerdings nicht zu empfehlen: Wie oben ausgeführt, liegt es allein in seinem Risikobereich, dass sein Nebenangebot insoweit vollständig, klar, eindeutig und erschöpfend beschrieben ist. Bei einer funktionalen Beschreibung besteht jedoch die Gefahr, dass zu viele für eine Prüfung und Wertung erforderlichen Details offen bleiben, so dass der Auftraggeber das Nebenangebot deshalb unter Umständen nicht werten kann, obwohl er dies möglicherweise auf Grund von dessen Inhalt grundsätzlich bezuschlagen würde.

Entscheidet sich der Bieter dennoch für eine funktionale Leistungsbeschreibung seines Nebenangebots, hat er das Leistungsprogramm im Sinne von § 9 Nr. 16 VOB/A eingehend und zweckmäßig zu gliedern und erforderlichenfalls mit Angaben zu Mengen und Preisen für Teile der abweichend angebotenen Leistung zu versehen.⁶³² Auf diese Weise wird jedoch in der Praxis nicht der Grad an Detaillierung erreicht werden können, der erforderlich ist, damit der Auftraggeber eindeutig und zweifelsfrei prüfen und werten kann, ob das Nebenangebot gleichwertig ist mit dem Amtsentwurf oder nicht. Dies aus einem weiteren Grund: Im Rahmen einer Funktionalausschreibung mit Hilfe eines Leistungsprogramms enthält die Leistungsbeschreibung definitionsgemäß nur eine Zielvorgabe in Form der gewünschten Funktionen des künftigen Bauwerks. Das Ziel – nämlich das geplante Bauvorhaben – ist beim Amtsentwurf und beim Nebenangebot aber notwendigerweise das selbe: Würde ein Nebenangebot zu einem abweichenden Erfolg führen, wäre es kaum als gleichwertig mit dem Hauptangebot einzustufen. Beim Nebenangebot ist der Weg, der zu diesem Erfolg führt, ein anderer. Im Rahmen einer funktionalen Beschreibung eines Nebenangebots mit Leistungsprogramm würde aber wiederum nur das *Ziel*, also die Funktion, die erreicht werden soll, beschrieben, nicht aber der entscheidende *Weg*. **Ein Nebenangebot mit Leistungsbeschreibung in Form eines Leistungsprogramms gibt es damit faktisch nicht.** Das ergibt sich auch wiederum auch aus dem Vergabehandbuch Bund, dort Teil II, aus den **Einheitlichen Verdingungsmustern**. Ziff. 5.4 der EVM(B) BwB/E bzw. EVM(B) BwB/E EG geben dem Bieter vor, Nebenangebote „nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme)“, soweit diese „Teilleistungen (Positionen des Leistungsverzeich-

⁶³² VK Münster, Beschluss vom 22.08.2002, VK 7/02; Weyand, § 25, Ziff. 5776 f.;

nisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich einfordern)“. Gemäß Ziff. 5.5 werden Nebenangebote, die dieser Form nicht entsprechen, von der Wertung ausgeschlossen.

Hintergrund der umfassenden Anforderungen an die Leistungsbeschreibung von Nebenangeboten in entsprechender Anwendung des § 9 VOB/A ist zum einen die Wahrung der erforderlichen **Transparenz** des Vergabeverfahrens⁶³³ im Sinne von § 97 Abs. 1 GWB. Diese Transparenz ist im Ergebnis kein Selbstzweck, sondern soll letztlich gewährleisten, dass das Verfahren der Auftragsvergabe in einem vernünftigen Kostenrahmen bleibt.⁶³⁴ Ein Nebenangebot, das erst in einem Aufklärungsgespräch erläutert werden muss, genügt den Anforderungen der Transparenz nicht.⁶³⁵ Weiterer Hintergrund ist die **Verhinderung von wettbewerbsschädlichen Manipulationsmöglichkeiten** für die Bieter, die gemäß § 2 Nr. 1 VOB/A ausdrücklich zu bekämpfen sind: Ein Sondervorschlag muss bereits bei der Angebotsabgabe so formuliert sein, dass er den Anforderungen einer eindeutigen und klaren Leistungsbeschreibung entspricht, da es dem Bieter sonst möglich wäre, im Rahmen von Aufklärungsgesprächen nach Submission eine Veränderung des Angebots durchzuführen. Andernfalls könnte der Bieter möglicherweise ein nur oberflächliches Nebenangebot einreichen und nach Submission oder gar Zuschlagserteilung versuchen, dann durch Offenbarung der tatsächlich für seinen abweichenden Vorschlag erforderlichen Teilleistungen quasi „durch die Hintertüre“ sein Nebenangebot erfolgreich zu platzieren, obwohl es möglicherweise bei Betrachtung des vollständigen Teilleistungskatalogs weder annehmbar noch wirtschaftlich ist.⁶³⁶

Auch wenn man der o.a. Meinung von *Quack* folgen wollte und eine entsprechende Anwendbarkeit von § 9 VOB/A auf Private und damit auf Bieter, die die Leistungsbeschreibung für ihr Nebenangebot ausarbeiten, ablehnt, käme man zu keinem abweichenden Ergebnis. Zum einen werden regelmäßig die Verdingungsunterlagen die ausdrückliche Aufforderung des Auftraggebers an die Bieter enthalten. § 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 2 VOB/A besagt hierzu: „*Von Bietern, die eine Leistung anbieten, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, sind im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.*“ Fordert ein Auftraggeber die Bieter entsprechend hierzu auf und kommt der Bieter dem nicht nach, beschreibt seine Leistung also nicht ausreichend umfassend, handelt es sich um ein Angebot, bei dem geforderte Erklärungen fehlen und das damit als unvollständig auszuschneiden sein kann (§§ 21 Nr. 1 Abs. 2, 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A). Die möglichst ausführliche, umfassende und detaillierte Beschreibung der per Nebenangebot

⁶³³ Schweda, in: VergR 2003, 276;

⁶³⁴ Byok/Jaeger, § 97, Rdn. 135 ff.;

⁶³⁵ VK Düsseldorf, Beschluss vom 07.06.2001, VK 13/2001-B;

⁶³⁶ VK Südbayern, Beschluss vom 05.09.2002, 35-07/02 unter Verweis auf BayObLG, Beschluss vom 17.06.2002, Verg 14/02;

vorgeschlagenen abweichenden Leistung ist letztlich eine Obliegenheit, der der Bieter in seinem eigenen Interessen nachkommt. Der Bieter schuldet den Nachweis der Gleichwertigkeit seines Nebenangebots mit dem Amtsentwurf. Bleiben hier Fragen offen, ist der Auftraggeber nicht zu eigenen Nachforschungen verpflichtet und wird ein solches Nebenangebot nicht bezuschlagen. Will der Bieter seinem Nebenangebot eine größtmögliche Chance eröffnen, gewertet und bezuschlagt zu werden, wird er bereits aus diesem Grund Sorge für eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung legen – unabhängig davon, ob § 9 VOB/A entsprechend auf ihn anwendbar ist oder nicht.

3. Bezug zum „Amtsentwurf“

Über die oben angeführten Anforderungen aus dem entsprechend anzuwendenden § 9 VOB/A hinaus hat die Leistungsbeschreibung im Rahmen eines Nebenangebots weitere Voraussetzungen zu erfüllen: Das **Nebenangebot muss grundsätzlich eindeutig und umfassend erkennen lassen, welche Positionen des Hauptleistungsverzeichnisses aus dem Amtsentwurf durch das Nebenangebot ersetzt oder geändert werden und welche unverändert bleiben.**⁶³⁷ Dies gilt sowohl für technische als auch für nicht technische Nebenangebote.⁶³⁸

Ersetzt ein Nebenangebot vollständig den Amtsentwurf, bezieht es sich also auf die gesamte ausgeschriebene Leistung, hat dies in der Leistungsbeschreibung des Bieters deutlich zum Ausdruck zu kommen. Der Auftraggeber muss das Nebenangebot in einem solchen Fall insbesondere auf Vollständigkeit des abweichenden Vorschlags insgesamt überprüfen können.⁶³⁹ Bezieht sich ein Nebenangebot nur auf Teile des Amtsentwurfs, muss aus der Leistungsbeschreibung des Bieters klar und eindeutig hervor gehen, welche Teile des Hauptangebots geändert oder ersetzt werden sollen und welche nicht.

4. Nachweis der Gleichwertigkeit

Ein entscheidendes Kriterium für die Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung für eine vom Amtsentwurf abweichende Lösung der Bauaufgabe durch den Bieter eines Nebenangebots ist, dass der Bieter mit seinem Nebenangebot die Gleichwertigkeit mit dem Amtsentwurf darzulegen und nachzuweisen hat. Dies gilt sowohl für technische als auch für kaufmännische Nebenangebote. Maßgeblich ist hierfür eine Gesamtschau aller Wert bildenden Kriterien, die sowohl den Herstellungspreis und den technischen Wert als auch insbesondere die Betriebs- und Folgekosten umfassen.⁶⁴⁰

⁶³⁷ OLG Brandenburg, VergabeR 2003, 70 f.; *Ingenstau/Korbion*, § 25 VOB/A, Rdn. 90; *Gehlen*, in: NZBau 2002, 660 f.;

⁶³⁸ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 90;

⁶³⁹ A.a.O.;

⁶⁴⁰ VK Sachsen, Beschluss vom 09.01.2006, 1/SVK/149-05; VK Brandenburg, Beschluss vom 24.11.2005, 1 VK 69/05; VK Hessen, Beschluss vom 01.11.2005, 69 d VK-68/2005; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.10.2005, 1 VK 62/05; VK Bund, Beschluss vom

Der Bieter muss diesen Nachweis nach h.M. bereits im Zeitpunkt der Abgabe seines Nebenangebots erbringen.⁶⁴¹

Eine dogmatische Begründung für diese Forderung wird dabei allerdings nicht gegeben. Der Begriff der „Gleichwertigkeit“ tritt ausdrücklich in der VOB/A nur in Erscheinung in § 9 Nr. 10 S. 2, wenn – hier vom Auftraggeber – gefordert wird, produktneutral auszuschreiben. In diesem Zusammenhang sind Verweise auf bestimmte Unternehmen oder Produkte in den Verdingungsunterlagen nur zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. In diesem Fall muss der Auftraggeber einen solchen Verweis jedoch mit dem Zusatz „oder *gleichwertig*“ versehen. Diese Vorgabe richtet sich zum einen jedoch nicht an Bieter, sondern an den Auftraggeber und erfolgt zum anderen nicht in Zusammenhang mit Nebenangeboten. Sie bezieht sich auch nicht auf den Leistungsinhalt insgesamt, sondern nur auf einzelne Fabrikatsangaben. Letztlich ergibt sich die Forderung nach dem Nachweis der Gleichwertigkeit aus der Systematik des Vergaberechts: Der Auftraggeber hat den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, § 97 Abs. 5 GWB. Er darf kein Angebot für den Zuschlag auswählen, das einen „*unangemessen hohen oder niedrigen Preis*“ aufweist, § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A. Dessen Abs. 2 gibt weiter vor: „*Erscheint der Angebotspreis unangemessen niedrig und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist vom Bieter schriftlich Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für die Teilleistungen zu verlangen (...). Bei Beurteilung der Angemessenheit sind die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen zu berücksichtigen.*“ Weiter sagt § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2, 3 VOB/A: „*Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z.B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, Rentabilität oder technischer Wert, als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.*“

Im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots darf der Auftraggeber also nicht nur die Angebotspreise vergleichen, sondern muss auch den Inhalt vergleichen, um feststellen zu können, ob die Preise „angemessen“ sind. Dies bedingt die Prüfung auch der technischen Aspekte.⁶⁴² Dazu benötigt der Auftraggeber ausreichend inhaltliche Informationen, um prüfen zu können, inwieweit die Leistungspakete in den eingereichten Haupt- und Nebenangeboten gleichwertig sind. Ihm stehen nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten im Rahmen der §§ 24, 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A zur Verfügung, um solche Informationen nach Submission nachzuholen, soweit sie der Bieter nicht bereits in seinem Angebot angegeben hatte. Insoweit muss system-

22.03.2005, VK 3-13/05; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 27.11.2001, 2 VK 15/01; Weyand, § 25, Ziff. 5773;

⁶⁴¹ Weyand, a.a.O., Ziff. 5782 ff.;

⁶⁴² Motzke/Pietzcker/Prieß, § 25 VOB/A, Rdn. 78 ff.;

bedingt der Bieter mit seinem Nebenangebot den Nachweis der Gleichwertigkeit führen, damit dieses gewertet werden kann. Das Wettbewerbsprinzip, wie es unter anderem § 97 Abs. 1 GWB für Vergabeverfahren festlegt, könnte anders nicht ausreichend befolgt werden.

Die sich im Zusammenhang mit dem erforderlichen Nachweis der Gleichwertigkeit ergebenden Fragen werden unten bei den Besonderheiten im Vergabeverfahren ausführlich dargestellt.⁶⁴³

5. Vorgaben für die Leistungsbeschreibung im Vergabehandbuch

Ausdrückliche Vorgaben zur Erstellung der Beschreibung eines Nebenangebots durch die Bieter macht das Vergabehandbuch.⁶⁴⁴ In Teil II des VHB Bund finden sich „Einheitliche Verdingungsmuster“, die auch Regelungen zur Leistungsbeschreibung für Nebenangebote beinhalten. Diese Vorgaben sind wortgleich für die Vergabe von Bauleistungen unterhalb und ab Erreichen der Schwellenwerte nach § 2 Nr. 4 VgV. In Ziffer 5.3 und 5.4 geben die EVM(B) BwB/E und EVM(B) BwB/E EG eine Anleitung für die Beschreibung der per Nebenangebot offerierten Leistungen:

- 5.3 *Der Bieter hat die in Nebenangeboten enthaltenen Leistungen **eindeutig und erschöpfend zu beschreiben**; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten.*
*Nebenangebote **müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.***
Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, hat er im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu machen.
- 5.4 *Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern), **nach Mengensätzen und Einzelpreisen aufzugliedern** (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme).*

Ziff. 5.5 der EVM sanktioniert die Nichteinhaltung dieser Vorgaben: Demnach erklärt der Auftraggeber, Nebenangebote, die den Nummern 5.3 und 5.4 nicht entsprechen, von der Wertung auszuschließen. Aus den EVM ergibt sich damit eine Anleitung, die inhaltlich dem entspricht, was § 9 Nr. 1 S. 1 VOB/A dem Auftraggeber für die Beschreibung des Amtsentwurfs abverlangt. Wie oben bereits ausführlich dargestellt,⁶⁴⁵ handelt es sich bei den EVM nicht um eine Vorgabe in Form eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung unmittelbar an die Bieter, die für diesen insoweit verpflich-

⁶⁴³ Vgl. unten Teil 3 E V 5;

⁶⁴⁴ Repräsentativ wird hier das Vergabehandbuch des Bundes, VHB Bund, als Grundlage der Betrachtung verwendet;

⁶⁴⁵ Vgl. oben Teil 1 C V;

tend wären. Vielmehr sind die EVM gemäß Ziff. 1.1 zu Teil A § 10 VHB Bund, Teil I, Bestandteil der Verdingungsunterlagen des Auftraggebers. Sie geben insoweit wieder, welche Erklärungen der Auftraggeber von den Bietern in dessen Angebot im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 2 S. 5 VOB/A fordert, die für deren Vollständigkeit und damit Wertbarkeit gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A.

6. Rechtsfolge bei unzureichender Leistungsbeschreibung

Erfüllt die Leistungsbeschreibung eines Nebenangebots die an sie gestellten Anforderungen im Sinne von § 9 VOB/A nicht oder gibt sie nicht hinreichend klar darüber Auskunft, inwieweit und in welchen Positionen der Amtsentwurf dadurch geändert oder ersetzt werden soll, ist das **Nebenangebot unklar und widersprüchlich** nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b), § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A und insoweit **zwingend aus der Wertung auszuschließen**.⁶⁴⁶ Dem Auftraggeber steht diesbezüglich kein Ermessenspielraum zur Verfügung.⁶⁴⁷ Nachträgliche, also nach Angebotsabgabe vom Bieter gelieferte Informationen und Erläuterungen, darf der Auftraggeber in der Regel ebenfalls nicht mehr berücksichtigen.⁶⁴⁸

Aus diesem Grund wird Bietern empfohlen, bei der Ausarbeitung des Nebenangebots eine Kopie des Leistungsverzeichnisses aus dem Amtsentwurf zu erstellen und darauf das – gegebenenfalls durch Anmerkungen ergänzte – Nebenangebot darzustellen, um für sich selbst Sicherheit zu erlangen, keine ersetzte oder geänderte Leistungsposition zu übersehen.⁶⁴⁹

C) Formelle Anforderungen im Zusammenhang mit Nebenangeboten

Die VOB/A gibt in einigen Regelungen spezielle formelle Anforderungen in Bezug auf Nebenangebote vor, die sich zum Teil an den Auftraggeber und zum Teil an den Bieter richten. Bevor materielle Fragen zu den eingereichten Nebenangeboten durch den Auftraggeber erörtert werden können, etwa inwieweit das Nebenangebot gleichwertig mit dem Hauptangebot ist oder inwieweit es wirtschaftliche Vorteile bedingt, müssen zunächst diese formellen Kriterien erfüllt sein.

⁶⁴⁶ OLG Frankfurt, VergabeR 2002, 389 ff.; VK Lüneburg, Beschluss vom 20.09.2002, 203-VgK-18/2002; VK Südbayern, Beschluss vom 19.03.2002, 06-02/02; *Weyand*, § 25, Ziff. 5780;

⁶⁴⁷ *Dausner*, VergR 2003, 75 ff.;

⁶⁴⁸ BayObLG, BauR 2001, 92 ff.; BayObLG, VergR 2002, 286 ff.; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 27.11.2001, 2 VK 15/01; *Schweda* in: VergR 2003, 277;

⁶⁴⁹ *Schweda*, in: VergR 2003, 276;

I. Angaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen (§ 10 VOB/A)

Die Vergabeunterlagen sind in § 10 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A definiert. Sie bestehen demnach aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe („Anschreiben“), gegebenenfalls den Bewerbungsbedingungen und den eigentlichen Verdingungsunterlagen im Sinne der §§ 9, 10 Nr. 1 Abs. 2, Nr. 2 bis 4 VOB/A. In diesen hat der Auftraggeber im Rahmen von Vergabeverfahren, bei denen er Nebenangebote zulassen will, ausdrückliche formelle Vorgaben zu erfüllen.

1. Angaben zur Zulässigkeit von Nebenangeboten

Gemäß § 10 Nr. 5 Abs. 2 lit. n) VOB/A hat der Auftraggeber im Anschreiben, das nach § 10 Nr. 1 Abs. 1 lit. a) VOB/A Teil der Vergabeunterlagen ist, „insbesondere anzugeben: Nebenangebote (vgl. Absatz 4)“. In Absatz 4 S. 1 ist Genaueres hierzu geregelt:

„Wenn der Auftraggeber Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will, so ist dies anzugeben; ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausgeschlossen werden.“

Nähere Details zur formellen Vorgehensweise erläutert etwa das Vergabehandbuch des Bundes in Ziff. 4 zu § 10 A: „Sofern ausnahmsweise Nebenangebote ausgeschlossen werden sollen, ist in Nr. 5.2 der ‚Aufforderung zur Abgaben eines Angebotes‘ EVM(B) A – 211 die hierfür vorgesehene Zeile anzukreuzen.“ Weiter heißt es: „An dieser Stelle (= Nr. 5 des Formulars, Anm. d. Verf.) können auch Festlegungen zur Zulassung von Nebenangeboten ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebotes getroffen werden.“

Aus dem Wortlaut der Regelung in § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A und durch die Anleitung aus dem Vergabehandbuch wird deutlich, dass die **Grundregel** eine **Zulassung von Nebenangeboten** vorsieht. In diesem Fall braucht der Auftraggeber im Anschreiben keine Angaben zu machen.⁶⁵⁰ Wenn er jedoch Nebenangebote (ausnahmsweise) ausschließen will, muss er dies im Anschreiben bezeichnen. Dies gilt ebenso für die Frage, ob Nebenangebote nur mit gleichzeitiger Abgabe eines Hauptangebots zugelassen sind: Erklärt der Auftraggeber im Anschreiben nicht, dass ausnahmsweise Nebenangebote nur parallel mit einem Hauptangebot zugelassen sein sollen, gilt die **Grundregel, dass Nebenangebote auch alleine stehen können** und der **Bieter**

⁶⁵⁰ Heiermann/Riedl/Rusam, § 10 VOB/A, Rdn. 32; Ingenstau/Korbion, § 10 VOB/A, Rdn. 82; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 10, Rdn. 20; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 10 VOB/A, Rdn. 33; Kapellmann/Messerschmidt, § 10 VOB/A, Rdn. 61;

nicht verpflichtet ist, zugleich auch ein Hauptangebot abzugeben.⁶⁵¹ Wie ebenfalls oben bereits dargestellt, steht das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht im Einklang mit der europäischen Regelung, die genau umgekehrt vorsieht, dass Nebenangebote grundsätzlich ausgeschlossen sind, wenn sie der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen nicht ausdrücklich zugelassen hat.

Die Erklärung, dass er Nebenangebote nicht zulassen will, muss der Auftraggeber eindeutig formulieren.⁶⁵² In diesem Rahmen kann der Auftraggeber etwa auch die Zulassung von Nebenangeboten einschränken, indem er in den Verdingungsunterlagen bestimmte Elemente seines Leistungsverzeichnisses aus dem Amtsentwurf für verbindlich erklärt und Nebenangebote hierzu nicht zulässt. Beim Fehlen darüber hinaus gehender Erklärungen sind in einem solchen Fall Nebenangebote wiederum grundsätzlich zugelassen, sofern sie nicht die vom Auftraggeber ausdrücklich für verbindlich erklärten Elemente abändern.⁶⁵³

2. Vorgabe von Mindestanforderungen durch den Auftraggeber (§ 10a VOB/A)

Eine entscheidende weitere Verpflichtung für Auftraggeber ergibt sich aus § 10a lit. f) VOB/A für Nebenangebote bei EU-weiten Vergabeverfahren über den Schwellenwerten gemäß § 2 Nr. 4 VgV. Danach hat der Auftraggeber im Anschreiben, also in der Aufforderung zur Angebotsabgabe, zusätzlich zu den Angaben, die er bereits auf Grund von § 10 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A zu machen hat, Mindestanforderungen für Nebenangebote zu nennen, falls diese nicht ausgeschlossen sind.

Diese Pflicht besteht jedoch nur für Bauaufträge nach § 1a VOB/A. Dies sind Bauaufträge, deren Bruttoauftragswert ohne Umsatzsteuer und Baunebenkosten⁶⁵⁴ mindestens den in § 2 Nr. 4 VgV genannten Schwellenwert⁶⁵⁵ erreichen, die auf Grund der Vorschriften europaweit auszuschreiben sind. Die Regelung in § 10a VOB/A gibt die Vorgabe der europarechtlichen Richtlinien wieder, die auch Grundlage der „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH zur Frage der Mindestanforderungen für Nebenangebote waren. Die Thematik wird insgesamt ausführlich in Teil 4 dieser Abhandlung erörtert.

In **Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte** ist der Auftraggeber zwar nicht verpflichtet, Mindestanforderungen für Nebenangebote zu nennen. Auch in solchen Verfahren hat der **Auftraggeber** jedoch das **Recht, Mindestanforderungen**

⁶⁵¹ VK Bund, Beschluss vom 17.07.2003, VK 1-55/03; *Weyand*, § 10, Ziff. 4394;

⁶⁵² VK Bund, Beschluss vom 30.02.2002, VK 2-10/02;

⁶⁵³ VK Arnsberg, Beschluss vom 27.01.2004, VK 1-31/2003; VK Lüneburg, Beschluss vom 26.01.2004, 203-VgK-39/2003; VK Nordbayern, Beschluss vom 20.03.2003, 320.VK-3194-07/03; *Weyand*, § 10, Ziff. 4388 f.;

⁶⁵⁴ *Kuffer/Wirth*, 11. Kap., III, S. 1364, Rdn. 72 ff.;

⁶⁵⁵ Bei Bauaufträgen seit Ausgabe 2006 der VOB/A sind dies 5.278.000,- EUR; bei losweiser Ausschreibung bestehen anderweitige Regelungen zum Schwellenwert;

aufzustellen, die Nebenangebote der Bieter einzuhalten haben. Solche Mindestanforderungen können auch in Form von anderweitigen bestimmten Vorgaben benannt werden, denen Nebenangebote zu folgen haben. Das Recht des Auftraggebers, Mindestanforderungen auch in Vergabeverfahren nach dem 1. Abschnitt der VOB/A vorzugeben, ergibt sich als Minus zu dessen Recht, Nebenangebote nicht zuzulassen. Wenn er Nebenangebote nach § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A vollständig ausschließen kann, ist es ihm systematisch auch zuzubilligen, Nebenangebote nur unter Einschränkungen zuzulassen.⁶⁵⁶

In diesem Zusammenhang ist auch an die **Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung innerstaatlichen Rechts** zu denken. Dabei ist nicht entscheidend, ob die einschlägige innerstaatliche Rechtsvorgabe tatsächlich zur Umsetzung einer europäischen Richtlinie erlassen worden war. Das innerstaatliche Recht ist hierbei innerhalb des Anwendungsbereichs einer Richtlinie derart auszulegen, dass es so weit wie möglich mit dem von ihr verfolgten Ziel in Einklang gebracht werden kann.⁶⁵⁷ Dieser Auslegungsgrundsatz gilt allerdings nicht nur im unmittelbaren Anwendungsbereich einer Richtlinie. Somit reicht das Spektrum der richtlinienkonformen Auslegung weiter als die Direktwirkung beispielsweise der hier relevanten Baukoordinierungsrichtlinie.⁶⁵⁸ Insoweit ist eine richtlinienkonforme Auslegung auch des ersten Abschnitts der VOB/A vorzunehmen, obwohl die Baukoordinierungsrichtlinie nur unmittelbar für Vergabeverfahren mit Auftragssummen ab den Schwellenwerten anwendbar ist.

In diesem Zusammenhang hilft ein Blick auf die **Einheitlichen Verdingungsmuster EVM(B) BwB/E** für Aufträge unterhalb und **EVM(B) BwB/E EG** für Aufträge ab Erreichen der Schwellenwerte in Teil II des Vergabehandbuchs Bund weiter.⁶⁵⁹ Im EVM für EU-weite Ausschreibungen ist in Ziff. 5.2 geregelt:

*„Sind Nebenangebote zugelassen, **müssen sie die geforderten Mindestanforderungen erfüllen**; dies ist mit der Angebotsabgabe nachzuweisen.“*

Für nicht EU-weite Vergaben gibt das einschlägige EVM in Ziff. 5.2 dagegen eine andere Vorgabe:

*„Sind an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt, müssen diese erfüllt werden; andernfalls **müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung***

⁶⁵⁶ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.06.2000, VK-SH 3/00; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn. 62; § 10b VOB/A, Rdn. 8;

⁶⁵⁷ EuGH Rs. 14/83, von Colson und Kaman, Sammlg. 1984, 1891/1909, Rdn. 26; Rs. 222/84, Johnston gg. Chief Constable of the RUC, Sammlg. 1986, 1651/1690, Rdn. 53; OLG Brandenburg, BauR 1999, 1175;

⁶⁵⁸ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Syst I, Rdn. 40;

⁶⁵⁹ Vgl. oben Teil 1 C V;

qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Die Erfüllung von Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit der Angebotsabgabe nachzuweisen.“

Im Ergebnis gibt das EVM für EU-weite Ausschreibungen keine ausdrücklichen Vorgaben bezüglich eines Erfordernisses quantitativer und qualitativer Gleichwertigkeit eines Nebenangebots mit dem Hauptangebot, wie sie für die Vergabeverfahren unter den Schwellenwerten im einschlägigen EVM enthalten sind.

3. Rechtsfolgen

Ein „Fehler“ des Auftraggebers hinsichtlich der Verpflichtungen aus § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A ist letztlich systematisch nicht möglich. Wenn der Auftraggeber übersieht, eine Nichtzulassung von Nebenangeboten in den Verdingungsunterlagen zu erklären, sind diese auf Grund des Wortlauts in § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A dennoch zugelassen, da eine anderweitige Erklärung fehlt. Äußert sich der Auftraggeber nicht hinreichend eindeutig, ob er Nebenangebote nicht zulassen will, ist die **Erklärung zunächst durch Auslegung zu ergründen**. Die Gesamtschau der Vergabeunterlagen kann zu dem Schluss führen, dass der Auftraggeber Nebenangebote im konkreten Vergabeverfahren nicht zulassen wollte, selbst wenn er im Anschreiben nicht eine eindeutige Erklärung dahingehend abgegeben hat.⁶⁶⁰ Wenn sich aus hieraus keine ausreichende Klarheit ergibt, ist im Zweifel auf Grund der Regelungssystematik des § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A davon auszugehen, dass Nebenangebote zugelassen sind.⁶⁶¹

Wenn der Auftraggeber **Nebenangebote ausdrücklich nicht zugelassen hat, darf** er dennoch eingereichte Nebenangebote **nach § 25 Nr. 5 S. 1 VOB/A nicht werten**. Hat der Auftraggeber Nebenangebote nur bei gleichzeitiger Abgabe eines Hauptangebots zugelassen, darf er dennoch ohne Hauptangebot eingereichte Nebenangebote nicht werten. Es handelt sich in diesem Fall um (in dieser Form) nicht zugelassene Nebenangebote.⁶⁶²

II. Angaben des Auftraggebers in der Bekanntmachung (§ 17 VOB/A)

Die Bekanntmachung nach § 17 VOB/A markiert den eigentlichen „Beginn“ des Vergabeverfahrens nach außen hin.⁶⁶³ Sie hat eine zentrale Bedeutung für die Herstellung der erforderlichen Publizität des Vergabeverfahrens.⁶⁶⁴ Insoweit beschreibt die Bestimmung Pflichten in Form einer Art Checkliste, die der Auftraggeber in Richtung

⁶⁶⁰ VK Arnsberg, Beschluss vom 27.01.2004, VK 1-31/2003; *Weyand*, § 10, Ziff. 4390 ff.;

⁶⁶¹ A.a.O.;

⁶⁶² *Ingenstau/Korbion*, § 10 VOB/A, Rdn. 83; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 10, Rdn. 18 ff.; *Herig*, § 10 VOB/A, Rdn. 15;

⁶⁶³ *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 17 VOB/A, Rdn. 3;

⁶⁶⁴ *Ingenstau/Korbion*, § 17 VOB/A, Rdn. 1;

des potenziellen Bieterkreises zu befolgen hat. § 17 VOB/A unterscheidet dabei in Vorgaben in Nr. 1 für öffentliche Ausschreibungen im Sinne von § 3 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A und in Nr. 2 für beschränkte Ausschreibungen gemäß § 3 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A. Auch hinsichtlich von Nebenangeboten sind Vorgaben einzuhalten.

1. Vorgaben der VOB/A

§ 17 Nr. 1 Abs. 2 lit u) VOB/A für öffentliche Ausschreibungen und § 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. q) VOB/A wortgleich für beschränkte Ausschreibungen regeln bezüglich der Vergabebekanntmachung des Auftraggebers: „Diese Bekanntmachungen sollen folgende Angaben enthalten: (...) gegebenenfalls Nichtzulassung von Nebenangeboten“.

Durch diese Verpflichtung soll die Transparenz des Vergabeverfahrens gefördert werden. Die Bieter, für die die Ausarbeitung eines Nebenangebotes in der Regel einen erheblichen Aufwand bedeutet, sollen bereits von Anfang des Vergabeverfahrens ausdrücklich erfahren, inwieweit Nebenangebote im konkreten Verfahren zugelassen sind. Dadurch soll zugleich sichergestellt werden, dass potenzielle Bieter, die nur an der Abgabe eines Nebenangebots interessiert sind – etwa, weil sie auf Grund ihrer Erfahrungen wissen, dass sie mit dem im Amtsentwurf ausgeschriebenen Bauverfahren preislich nicht konkurrenzfähig sind, aber für die zu lösende Bauaufgabe ein innovatives neuartiges Verfahren zur Ausführung beherrschen, das konkurrenzfähig wäre, aber nur im Rahmen eines Nebenangebots in das Verfahren eingebracht werden hätte können – frühzeitig informiert werden, dass die Abgabe von Nebenangeboten im konkreten Vergabeverfahren nicht möglich ist.⁶⁶⁵

Nach dem Wortlaut der Vorschrift in § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit u) bzw. § 17 Nr. 2 Abs. 2 lit q) VOB/A muss der Auftraggeber auch in der Bekanntmachung wiederum nur Angaben machen, wenn er Nebenangebote nicht zulassen will. Dies entspricht der Regelausnahme-Systematik, die bereits oben⁶⁶⁶ im Rahmen von § 10 VOB/A dargestellt wurde: Ohne ausdrückliche Erklärung des Auftraggebers, dass Nebenangebote nicht zugelassen sein sollen, sind sie zulässig. Angesichts des oben ebenso bereits dargestellten Widerspruchs zu den europarechtlichen Vorgaben wäre auch an dieser Stelle konsequenterweise die Systematik der VOB/A entsprechend umzustellen.

2. Fehlerfolgen

§ 17 VOB/A ist eine **Bieter schützende Vorschrift**.⁶⁶⁷ Kommt der Auftraggeber seinen Verpflichtungen auf Grund dieser Vorgaben nicht nach, kann dies unter Umständen zur Unwirksamkeit des gesamten Vergabeverfahrens führen. Dies mit der Konsequenz, dass die Bieter unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 107 ff. GWB in Vergabeverfahren ab den Schwellenwerten des § 2 Nr. 4 VgV im Wege des Primärrechtsschutzes unmittelbar auf das Verfahren einwirken beziehungsweise generell

⁶⁶⁵ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 17, Rdn. 36;

⁶⁶⁶ Siehe Ziff. I 1;

⁶⁶⁷ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 17 VOB/A, Rdn. 70;

Schadensersatzansprüche aus Gesichtspunkten des Sekundärrechtsschutzes gegeben sein können.⁶⁶⁸

Macht der Auftraggeber das Vergabeverfahren im Übrigen ordnungsgemäß bekannt und unterlässt nur eine Angabe in der Bekanntmachung, dass – sofern er dies so festgelegt hat – Nebenangebote nicht zugelassen sind, ist eine **Unwirksamkeit des gesamten Vergabeverfahrens ebenso wie Schadensersatzansprüche der Bieter nicht begründbar**. Dies wäre auf Grund der untergeordneten Bedeutung des Verstoßes für Auftraggeber wie für die Bieter kaum zumutbar. In diesem Fall sind wiederum die gesamten Vergabeunterlagen dahingehend **auszulegen**, ob sich anderweitig Informationen ergeben, etwa aus dem Anschreiben im Sinne von § 10 VOB/A. Findet sich auch auf diese Weise keine klare Aussage zu einer Nichtzulassung, sind Nebenangebote als zulässig zu erachten, wie dies nach der oben dargestellten Systematik die Regel ist, wenn anderweitige Angaben des Auftraggebers fehlen. Ein auf diese Weise **nicht nach außen getragener anderweitiger Entschluss des Auftraggebers ist dann unbeachtlich** im Interesse der Transparenz des Vergabeverfahrens im Sinne von § 97 Abs. 1 GWB und des Anspruchs der Bieter aus § 97 Abs. 7 GWB, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren – so auch das Regel-Ausnahme-Verhältnis zur Zulassung von Nebenangeboten – einhält.

III. Angaben des Bieters zu Anzahl und Kennzeichnung (§ 21 VOB/A)

Anders als §§ 10 und 17 VOB/A **richtet sich** der Pflichtenkatalog des **§ 21 VOB/A nicht an den Auftraggeber, sondern an die Bieter**, die in einem konkreten Vergabeverfahren Angebote einreichen. § 21 VOB/A regelt den erforderlichen Inhalt, den Angebote – damit auch Nebenangebote – aufweisen müssen, um vom Auftraggeber gewertet werden zu können bzw. dürfen.

1. Pflicht zur Unterschrift des Nebenangebots

Für Hauptangebote gilt die Verpflichtung an die Bieter, dass diese gemäß § 21 Nr. 1 VOB/A zu unterschreiben sind, damit sie gewertet werden können. § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A regelt die Rechtsfolge, dass Angebote, die nicht den formellen Vorgaben des § 21 Nr. 1 VOB/A entsprechen – also auch solche, die nicht gemäß Nr. 1 Abs. 1 S. 2 unterschrieben sind – zwingend von der Wertung auszuschließen sind.

In Bezug auf Nebenangebote wird diskutiert, ob diese ebenso unterschrieben sein müssen, damit sie gewertet werden dürfen.⁶⁶⁹ Hierzu ist grundsätzlich festzuhalten, dass auch für Nebenangebote die Vorgabe des § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A gilt: Neben-

⁶⁶⁸ A.a.O.; VÜA Bund, 1 VÜ 1/94, WuW/E VergAB 49 ff.; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 17 VOB/A, Rdn. 83 ff.; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 17 VOB/A, Rdn. 4;

⁶⁶⁹ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 21 VOB/A, Rdn. 40; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 21 VOB/A, Rdn. 22; zu Recht kritisch: *Schweda*, in: *VergR* 2003, 272;

angebote sind nur zu werten, wenn sie unterschrieben sind.⁶⁷⁰ Dies geht bereits aus der Regelung in § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOB/A hervor, die sich auf „Angebote“ bezieht. Wie oben dargestellt, handelt es sich auch bei einem Nebenangebot um eine Form eines Angebots, so dass die Vorschrift bezüglich der Unterschrift auch dafür gilt.⁶⁷¹ Entsprechend wird vertreten, dass ein Nebenangebot, das nicht mit einer Unterschrift des Bieters versehen ist, zwingend von der Vergabe auszuschließen ist.⁶⁷²

Eine **Unterschrift unter einem Nebenangebot ist jedoch unter Umständen ausnahmsweise entbehrlich**: Soweit zweifelsfrei erkennbar ist, dass sich eine Unterschrift, die der Bieter an einer anderen Stelle des Angebots abgegeben hat – beispielsweise auf einem Begleitschreiben zum Angebot insgesamt – erkennbar auch auf eingereichte Nebenangebote bezieht. Dabei ist jeweils zu prüfen, ob dies ausreichend deutlich wird.⁶⁷³ Bietern ist in jedem Fall zu empfehlen, auch ihre Nebenangebote jeweils einzeln zu unterzeichnen. Wie die Entscheidungspraxis in Vergabesachen insgesamt zeigt, legen Vergabekammern und -senate Formvorschriften immer strenger aus. Somit besteht für Bieter die Gefahr, dass ihre Nebenangebote möglicherweise nicht gewertet werden dürfen, wenn diese nicht unterschrieben sind.

2. Formelle Vorgaben des § 21 Nr. 3 VOB/A

Eine weitere formelle Vorschrift in Bezug auf Nebenangebote – in diesem Fall gerichtet an die Bieter – stellt § 21 Nr. 3 VOB/A dar:

„Die Anzahl von Nebenangeboten ist an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Etwaige Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.“

Die Verpflichtung an den Bieter besteht demnach in dreifacher Form:⁶⁷⁴

- Angabe der Anzahl der Nebenangebote;
- Abgabe von Nebenangeboten auf besonderer Anlage;
- deutliche Kennzeichnung von Nebenangeboten

Die Verpflichtungen aus dieser Regelung verfolgen in erster Linie den Zweck, die in §§ 97 Abs. 1 GWB normierte Transparenz des Vergabeverfahrens zu fördern und zu sichern. Es soll insbesondere sichergestellt werden, dass der Auftraggeber aus den von den Bietern eingereichten Angeboten hinreichend klar und eindeutig unterscheiden kann, welches Angebot ein Hauptangebot, welches eine unzulässige Änderung

⁶⁷⁰ OLG Nürnberg, Urteil vom 15.01.1997, 4 U 2299/96; IBR 1997, 317 = BauR 1997, 825;

⁶⁷¹ Vgl. oben Teil 1 I;

⁶⁷² Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 21 VOB/A, Rdn. 186;

⁶⁷³ Kapellmann/Messerschmidt, a.a.O.; Heiermann/Riedl/Rusam, a.a.O.;

⁶⁷⁴ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 21, Rdn. 51;

an den Verdingungsunterlagen im Sinne von 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A und welches ein nach § 25 Nr. 5 VOB/A zu wertendes Nebenangebot darstellt.⁶⁷⁵

Diese Vorgaben dienen damit vorrangig dem Schutz des Auftraggebers, und dies wiederum in erster Linie in Zusammenhang mit dem Eröffnungstermin, bei dem der Auftraggeber auf den ersten Blick die Angebote richtig ordnen können soll.⁶⁷⁶ Die Kennzeichnungspflicht nützt aber auch den Bieter, da durch eine bessere Kennzeichnung gewährleistet ist, dass ihre Nebenangebote auch als solche erkannt und berücksichtigt und nicht versehentlich unbeachtet bleiben.⁶⁷⁷ Die Einheitlichen Verdingungsmustern aus Teil II des Vergabehandbuchs Bund, EVM(B) BwB/E für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte nach § 2 Nr. 4 VgV sowie EVM(B) BwB/E EG für Aufträge ab den Schwellenwerten, bestätigen die Vorgabe des § 21 Nr. 3 VOB/A: Ziff. 5.1 besagt, dass der Bieter Nebenangebote „auf besonderer Anlage“ zu machen hat und diese als solche zu kennzeichnen hat. Ferner hat er deren Anzahl an der im Angebotsschreiben bezeichneten Stelle aufzuführen.

2.1 Angabe der Anzahl der Nebenangebote

Die Angabe der Gesamtzahl der vom Bieter eingereichten Nebenangebote hat nach dem Wortlaut des § 21 Nr. 3 VOB/A „an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle“ zu erfolgen. Dies setzt denknötwendig voraus, dass der Auftraggeber eine Stelle vorgegeben haben muss, damit der Bieter dieser Anforderung gerecht werden kann. Die Vorschrift enthält insoweit korrespondierend damit die Anweisung an den Auftraggeber, in den Verdingungsunterlagen eine solche Stelle ausdrücklich zu bezeichnen.⁶⁷⁸ Im Vergabehandbuch des Bundes gibt das Verdingungsmuster 213, EvM (B) Ang, die Stelle vor, an der der Bieter die Anzahl der Nebenangebote anzugeben hat. Wenn der Auftraggeber eine solche Vorgabe nicht gemacht hat, entfällt dennoch nicht die Verpflichtung des Bieters, die Gesamtzahl seiner Nebenangebote zu beziffern. In diesem Fall bleibt dann den Bieter überlassen, an welcher Stelle sie diese Angabe machen.⁶⁷⁹

2.2 Abgabe von Nebenangeboten auf besonderer Anlage

Die diesbezügliche Vorgabe des § 21 Nr. 3 VOB/A wiederholt auch das Formblatt EVM(B) BwB/E unter Ziffer 5.1. Diese Anforderung ist erfüllt, wenn sich die eingereichten Nebenangebote deutlich körperlich vom Hauptangebot abheben. Hierzu ist erforderlich, dass der Bieter seine **Nebenangebote nicht auf dem Angebotsblatt selbst, sondern im Rahmen einer davon erkennbar getrennten Anlage** beim

⁶⁷⁵ Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 33; Schweda in: VergR 2003, 272; Kapellmann/Messerschmidt, § 21 VOB/A, Rdn. 37;

⁶⁷⁶ Ingenstau/Korbion, § 21 VOB/A, Rdn. 30; Heiermann/Riedl/Rusam, § 21 VOB/A, Rdn. 22;

⁶⁷⁷ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 21 VOB/A, Rdn. 179; Prieß/Hausmann/Kulartz, A.I.14, S. 70;

⁶⁷⁸ Kapellmann/Messerschmidt, § 21 VOB/A, Rdn. 37;

⁶⁷⁹ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 21 VOB/A, Rdn. 179;

Auftraggeber einreicht. Auf dieser besonderen Anlage hat der Bieter den Inhalt seines Nebenangebots für sich verständlich zu erklären.⁶⁸⁰ Es muss bereits aus der äußeren Gestaltung der Angebotsunterlagen insgesamt deutlich werden, welcher Teil das vom Auftraggeber geforderte Hauptangebot ist und welcher Teil ein alternatives Leistungsangebot des Bieters in Form eines Nebenangebots enthält.⁶⁸¹ Eine **ausdrückliche Bezeichnung als „Anlage“** mag klarstellend und damit hilfreich sein, ist aber **nicht zwingend erforderlich**. Der Begriff der „Anlage“ ist nicht begrifflich, sondern körperlich zu verstehen.⁶⁸² Das Nebenangebot ist insoweit auf einem **vom Hauptangebot getrennten Schriftstück** zu unterbreiten.⁶⁸³

2.3 Deutliche Kennzeichnung von Nebenangeboten

Die Verpflichtung zur „deutlichen Kennzeichnung“ von Nebenangeboten ergänzt die obigen beiden Vorgaben im Sinne der Transparenz des Vergabeverfahrens und Förderung der Erkennbarkeit von Nebenangeboten. In welcher Weise diese zu erfolgen hat, ist nicht geregelt. Der Bieter muss **hinreichend klar zum Ausdruck bringen** und den Auftraggeber ausdrücklich darauf hinweisen, **dass es sich um ein Nebenangebot handelt**, das vom Amtsentwurf in technischer oder kaufmännischer Hinsicht abweicht.⁶⁸⁴ Eine ausdrückliche Bezeichnung mit einer Überschrift „Nebenangebot“ muss der Bieter nicht zwingend verwenden. Dem Bieter ist jedoch zu empfehlen, um eventuelle Zweifel beim Auftraggeber zu verhindern, seine Nebenangebote auch wörtlich als solche zu überschreiben oder etwa den synonymen Begriff des „Sondervorschlags“ zu verwenden, um jegliche Zweifel von vornherein zu verhindern.⁶⁸⁵

Gemäß einer Entscheidung des OLG Düsseldorf etwa reicht es für die Annahme einer deutlichen Kennzeichnung im Sinne des § 21 Nr. 3 VOB/A nicht aus, wenn der Bieter im umfangreichen Leistungsverzeichnis des Amtsentwurfs zwei Wörter streicht und das Angebot so ohne weitere Kennzeichnung einreicht. In diesem Fall kann ein Bieter nicht darauf vertrauen, dass sein abweichender Vorschlag als solcher im weiteren Vergabeverfahren gewertet wird.⁶⁸⁶

3. Fehlerfolgen

Die Folgen von Verstößen eines Bieters gegen Vorgaben des § 21 Nr. 3 VOB/A sind in § 25 Nr. 1 VOB/A geregelt. Nach dem Wortlaut können Angebote von Bietern, „*die dem § 21 Nr. 3 Satz 2 nicht entsprechen*“, von der Wertung ausgeschlossen werden.

⁶⁸⁰ A.a.O., Rdn. 180 f.;

⁶⁸¹ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 21, Rdn. 49;

⁶⁸² A.a.O.; VÜA Bayern, VÜA 27/97;

⁶⁸³ Ingenstau/Korbion, § 21 VOB/A, Rdn. 31;

⁶⁸⁴ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, a.a.O., Rdn. 182;

⁶⁸⁵ Ingenstau/Korbion, § 21 VOB/A, Rdn. 31;

⁶⁸⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.01.1996, BauR 1999, 716 = ZVgR 1997, 173;

Die Rechtsfolge des **fakultativen Ausschlusses** ist **ausdrücklich** also **nur in Bezug auf einen Verstoß gegen § 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A vorgegeben**.

Eine Ansicht in der Literatur nimmt dennoch keine Differenzierung vor und stuft die Vorgaben in § 21 Nr. 3 VOB/A insgesamt zwar als Muss-Vorschriften ein, deren Nichtbeachtung jedoch nicht zu einem Ausschluss des betreffenden Nebenangebots führe. Es handle sich auch nach der Intention des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses lediglich um eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung die Wirksamkeit einer Erklärung nicht berührt.⁶⁸⁷ Nach einer anderen Ansicht hat der Auftraggeber in einem Fall, in dem ein Bieter die Zahl seiner Nebenangebote nicht angegeben oder diese nicht deutlich gekennzeichnet hat, erst festzustellen, ob es sich tatsächlich um ein Angebot für eine alternative Leistung handelt.⁶⁸⁸

Das **Vergabehandbuch des Bundes** erläutert diese Abgrenzung folgerichtig in Ziffer 4 zu § 21 A wie folgt: *„Nebenangebote, die **nicht im Angebotsschreiben an der dafür vorgesehenen Stelle aufgeführt sind**, verstoßen gegen § 21 VOB/A bzw. die Bewerbungsbedingungen. Sie **können jedoch nicht ausgeschlossen werden**, da dies nach § 25 Nrn. 4 und 5 VOB/A kein Ausschlussgrund ist.“*

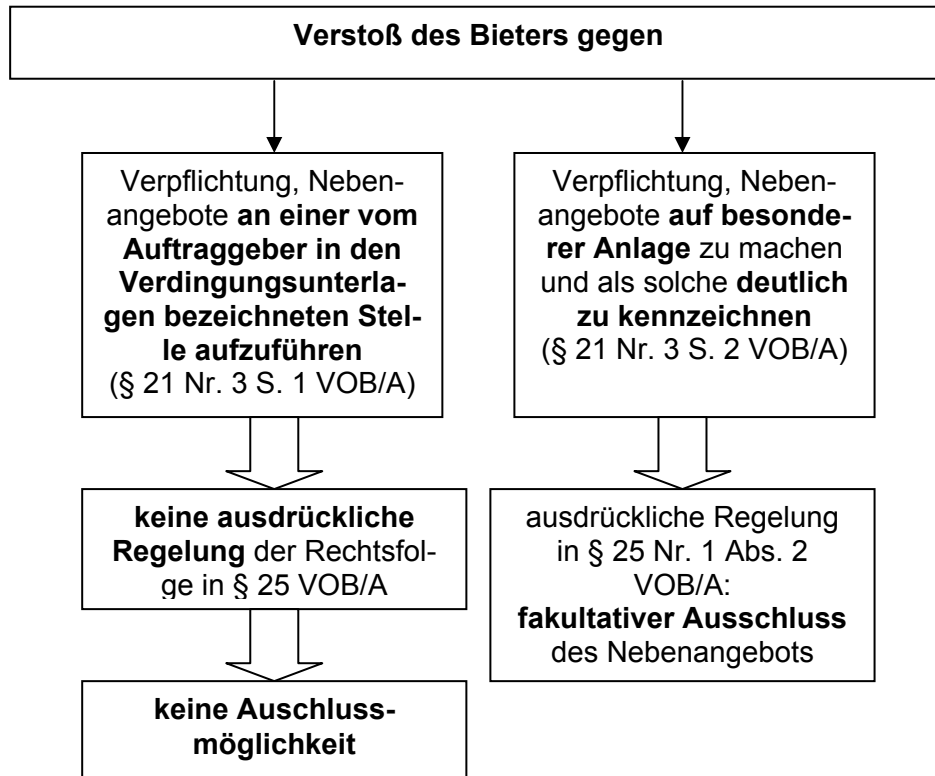
Anders gelagert ist auch nach diesen Erläuterungen die Rechtsfolge, wenn ein Bieter die weiteren Vorgaben des § 21 Nr. 3, nämlich die aus Satz 2 nicht befolgt: *„Nebenangebote sind nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A grundsätzlich **auszuschließen**, wenn sie **nicht auf besonderer Anlage gemacht und nicht als solche deutliche gekennzeichnet sind**.“⁶⁸⁹*

Es ist demnach wie folgt zu differenzieren:

⁶⁸⁷ Kapellmann/Messerschmidt, § 21 VOB/A, Rdn. 39;

⁶⁸⁸ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 21, Rdn. 54 unter Verweis auf VÜA Niedersachsen, 34.2-35.66 Tgb.-Nr. 4/96 „Gipskartonarbeiten“, VgR 1/98, 49;

⁶⁸⁹ VHB Bund, Ziff. 4 zu § 21 A;



Im Ergebnis führt ein Verstoß gegen eine der drei Bieterpflichten aus § 21 Nr. 3 VOB/A in keinem Fall zu einem verpflichtenden Ausschluss des betreffenden Nebenangebots. Gibt der Bieter nicht die Gesamtzahl seiner Nebenangebote an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle an, besteht angesichts des Wortlauts des § 25 Nr. 1 VOB/A keine Möglichkeit für einen Ausschluss. Es ist auch kein fakultativer Ausschlussstatbestand geregelt. In Fällen, in denen ein Bieter Nebenangebote nicht auf besonderer Anlage macht oder/und diese nicht deutlich als solche kennzeichnet, ist das Nebenangebot zwar ebenso nicht zwingend aus der Wertung auszuschließen. In diesem Fall läuft der Bieter aber jedenfalls Gefahr, dass der Auftraggeber von seinem Recht Gebrauch macht, das Nebenangebot im Rahmen einer Ermessensentscheidung auszuschließen. Angesichts der Tatsache, dass der Transparenzgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB einer der entscheidenden Wettbewerbsgrundsätze im Vergabeverfahren ist, wird im Regenfalle das Ermessen des Auftraggebers so weit reduziert sein, dass er von einem Ausschluss nur unter der engen Voraussetzung absehen kann, dass jegliche Gefahr für eine Verzerrung oder nachteilige Beeinflussung des Wettbewerbs im konkreten Fall ausgeschlossen werden kann.⁶⁹⁰

⁶⁹⁰ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 21, Rdn. 54 a.E.;

D) Besonderheiten in Zusammenhang mit Nebenangeboten im Vergabeverfahren

Bei einem Nebenangebot handelt es sich, wie oben dargestellt, trotz der Besonderheiten, die im Zusammenhang damit zu beachten sind, um ein Angebot, für das grundsätzlich auch die Vorschriften zu beachten sind, die im Rahmen von Hauptangeboten einschlägig sind.⁶⁹¹ Diese Regelungen sollen hier jedoch nicht dargestellt werden. Vielmehr geht es vorliegend nur um die Besonderheiten im Vergabeverfahren, die eintreten, wenn zu den Hauptangeboten auch Nebenangebote zugelassen sind beziehungsweise in Folge dessen von Bietern entsprechend eingereicht werden.

I. Besonderheiten im Eröffnungstermin (§ 22 VOB/A)

In Bezug auf Nebenangebote gibt § 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A ausdrücklich besondere Vorgaben dahingehend, dass der Verhandlungsleiter im Eröffnungstermin bekannt zu geben hat, „*ob und von wem Nebenangebote eingereicht*“ wurden. Gemäß § 22 Nr. 7 VOB/A kann den Bietern die Zahl der Nebenangebote nach der rechnerischen Prüfung (§ 23 VOB/A) mitgeteilt werden; auf Antrag ist diese Mitteilung verpflichtend zu machen. Nach § 22 Nr. 4 VOB/A ist über den Eröffnungstermin und damit auch über die oben bezeichneten Gesichtspunkte bezüglich der eingereichten Nebenangebote ein Protokoll zu führen.

1. Regelungsgehalt des § 22 VOB/A in Bezug auf Nebenangebote

Die Regelung unterscheidet zunächst in Nr. 3 Abs. 2 zwischen der Handhabung von Hauptangeboten und Nebenangeboten dahingehend, dass von Hauptangeboten nach deren Öffnung „*Name und Wohnort der Bieter und die Endbeträge der Angebote oder ihrer wesentlichen Abschnitte, ferner andere den Preis betreffende Angaben (...) verlesen*“ werden. Bei Letzteren handelt es sich um Angaben, die unmittelbare Auswirkungen auf den Wettbewerbspreis haben, insbesondere Preisnachlässe ohne Bedingungen, zu denen der Verhandlungsleiter ferner mitzuteilen hat, ob diese im Sinne des § 25 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A an der dafür vorgesehenen Stelle vom jeweiligen Bieter aufgeführt wurden. Auch angebotene Skonti sind zu verlesen.⁶⁹²

In Bezug auf Nebenangebote dagegen hat der Verhandlungsleiter lediglich „*bekannt zu geben*“, „*ob und von wem Nebenangebote eingereicht sind*“. Der Umfang der Verpflichtungen des Verhandlungsleiters wird unterschiedlich gesehen: Das LG Arnsberg⁶⁹³ hatte aus dieser Formulierung die Forderung hergeleitet, dass auch von Nebenangeboten die Preise vorzulesen seien. Deshalb hatte es den Zuschlag auf ein Nebenangebot, dessen Preise im Eröffnungstermin nicht verlesen worden waren,

⁶⁹¹ Vgl. oben Teil 1 I und II;

⁶⁹² Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 22 VOB/A, Rdn. 84;

⁶⁹³ Urteil vom 09.12.1977, 1 O 391/77;

verweigert. Das LG berief sich zur Begründung auf „*übergeordnete Gründe des Wettbewerbs*“, die es erforderten, auch Nebenangebote mit Preis vorzulesen.

Wenngleich die Wettbewerbsgrundsätze, unter anderem aus § 97 GWB sowie § 2 Nr. 1 VOB/A, das Vergabeverfahren elementar bestimmen, geht die Entscheidung des LG Arnsberg dennoch zu weit. Der Wortlaut der Vorschrift in § 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A unterscheidet klar zwischen „verlesen“ in Bezug auf Hauptangebote, zu denen ergänzend vorgegeben ist, dass von diesem Verlesen auch die Preise umfasst sind, sowie einem nur „Bekanntgeben“ hinsichtlich von Nebenangeboten, im Rahmen derer auch die ausdrückliche Verpflichtung hinsichtlich einer Bekanntgabe der Preise nicht normiert ist. „Verlesen“ ist dabei zu übersetzen mit „Zitieren der Angaben aus dem Angebot“, während „bekannt geben“ eine Information über Nebenangebote in freier sprachlicher Form meint.⁶⁹⁴

Darüber hinaus wäre das Verlesen oder die Bekanntgabe der Preise von Nebenangeboten letztlich auch nicht zweckdienlich: Der Preis im Sinne der Angebotsendsumme ist nicht das einzige Kriterium, das über die Frage einer möglichen Zuschlagung eines Nebenangebots entscheidet. Vielmehr ist erst im Rahmen der weiteren Prüfung und vergleichenden Wertung ein Urteil darüber möglich, ob durch das Nebenangebot wirtschaftliche Vorteile gegenüber einer Realisierung des Hauptangebots erwachsen. Insoweit lassen sich die Endpreise von Haupt- und Nebenangeboten nicht vergleichen.⁶⁹⁵ Darüber hinaus wird in der Literatur befürchtet, dass eine Verfahrensweise nach der Entscheidung des LG Arnsberg „fatale Konsequenzen für die Praxis“ hätte. Demnach wäre der Verhandlungsleiter gezwungen, in die nähere Prüfung der Angebote einzutreten, was zu verlesen ist und was nicht. Zum anderen würde er sich der Gefahr aussetzen, den gebotenen Schutz der Vertraulichkeit zu verletzen, da er einzelne inhaltliche Positionen der Nebenangebote verlesen müsste. Um sicher zu gehen, würden demnach Auftraggeber wesentlich häufiger Nebenangebote von vornherein ausschließen, was wiederum nicht sachdienlich wäre.⁶⁹⁶ Diese Ansicht überzieht sicherlich die praktisch zu erwartenden Folgen. Entscheidend bleibt aber festzuhalten, dass auf Grund des klaren Wortlauts des § 22 Nr. 3 VOB/A die Forderung des LG Arnsberg nicht haltbar ist.

In Bezug auf Nebenangebote ist somit im Rahmen des Eröffnungstermins vom Verhandlungsleiter nur bekannt zu geben, ob überhaupt Nebenangebote abgegeben wurden und wenn ja, von wem diese stammen. Darüber hinaus hat der Verhandlungsleiter im Eröffnungstermin im Rahmen des § 22 Nr. 7 VOB/A die **Gesamtzahl der eingereichten Nebenangebote** bekannt zu geben. **Über den sonsti-**

⁶⁹⁴ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 22, Rdn. 38;

⁶⁹⁵ Heiermann/Riedl/Rusam, § 22 VOB/A, Rdn. 29; Ingenstau/Korbion, § 22 VOB/A, Rdn. 28;

⁶⁹⁶ Motzke/Pietzcker/Prieß, a.a.O.;

gen Inhalt der Nebenangebote sind **keine Angaben** zu machen, **insbesondere nicht über die Preise.**⁶⁹⁷

Um feststellen zu können, ob überhaupt Nebenangebote eingereicht wurden, hat der Verhandlungsleiter daher auch die den Angeboten beigelegten Unterlagen, insbesondere auch die Begleitschreiben, sorgfältig durchzusehen.⁶⁹⁸ Insbesondere „**versteckte Nebenangebote**“, also solchen, die **nicht** entsprechend der Vorgabe des § 21 Nr. 3 VOB/A **auf besonderer Anlage gemacht** sind, die aber nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A dennoch gewertet werden können, sind unter Umständen auf den ersten Blick schwer zu erkennen. Es reicht, wenn der Verhandlungsleiter feststellt, dass es sich um einen vom Hauptangebot abweichenden Vorschlag handelt. Im Zweifel sind schwer erkennbare Nebenangebote als im Eröffnungstermin nicht vorliegend und damit nicht wertbar anzusehen.⁶⁹⁹

2. Folgen für fehlerhaft behandelte Nebenangebote

Es ist denkbar, dass Nebenangebote eingereicht wurden, die zwar ordnungsgemäß und rechtzeitig zum Eröffnungstermin im Sinne des § 22 Nr. 2 VOB/A dem Auftraggeber vorlagen, bezüglich derer aber der Verhandlungsleiter im Eröffnungstermin versehentlich oder weil sie nicht auf besonderer Anlage gemäß § 21 Nr. 3 VOB/A gemacht wurden und daher nicht auf den ersten Blick erkennbar waren, **nichts bekannt gegeben** hat.

§ 22 VOB/A ist als **Muss-Vorschrift** zu sehen. Dies ergibt sich aus deren Wortlaut („werden verlesen“, „wird bekannt gegeben“,...).⁷⁰⁰ Nach herrschender Meinung handelt es sich jedoch dabei grundsätzlich um eine **reine Ordnungsvorschrift, nicht um Wirksamkeitserfordernisse für das Nebenangebot**. Das bedeutet im Ergebnis, dass ein Nebenangebot nicht bereits deshalb aus der Wertung im weiteren Vergabeverfahren auszuschließen ist, weil es vom Verhandlungsleiter im Eröffnungstermin nicht bekannt gegeben wurde.⁷⁰¹

Ein im Eröffnungstermin nicht erwähntes Nebenangebot darf aber in diesem Fall nur dann gewertet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass es rechtzeitig vorgelegen hat. Zweifel an der Rechtzeitigkeit bestehen insbesondere, wenn ein im Eröffnungstermin anwesender Vertreter des Bieters der Nichtbekanntgabe nicht bereits im Termin widersprochen hat. Das heißt, dass der Bieter den Nachweis erfolgreich führen

⁶⁹⁷ OLG Braunschweig, IBR 1995, 372; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 22 VOB/A, Rdn. 21; *Ingenstau/Korbion*, § 22 VOB/A, Rdn. 28; *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 22 VOB/A, Rdn. 95; *Schelle* in: IBR 1997, 317;

⁶⁹⁸ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 22 VOB/A, Rdn. 31;

⁶⁹⁹ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 22, Rdn. 37;

⁷⁰⁰ VÜA Bund, ZfBR 1996, 219;

⁷⁰¹ VÜA Bayern, IBR 1999, 101; *Kapellmann/Messerschmidt*, a.a.O.;

muss, dass sein Nebenangebot rechtzeitig vorgelegen hat.⁷⁰² Ferner hat der Bieter nachzuweisen, dass das Nebenangebot im Zeitpunkt des Eröffnungstermins bereits vollständig vorgelegen hatte.⁷⁰³

Besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang das **Protokoll im Sinne von § 22 Nr. 4 VOB/A**, das der Auftraggeber über den Eröffnungstermin anzufertigen hat: Unterlässt der Auftraggeber eine danach gebotene Protokollierung, ist es ihm im Verhältnis zu den Bietern verwehrt, sich auf die Unvollständigkeit des Protokolls zu berufen, wenn er diese nicht beweisen kann.⁷⁰⁴ Das Protokoll über den Eröffnungstermin hat somit **Beweislastfunktion**. Wird ein Nebenangebot nicht protokolliert bzw. im Eröffnungstermin nicht bekannt gegeben, muss der Auftraggeber den Beweis führen, dass das Nebenangebot gleichwohl zum Eröffnungstermin vorgelegen hat, wenn er behauptet, dass das Nebenangebot vorgelegen hat. Etwaige Zweifel gehen dann zu Lasten des Auftraggebers.⁷⁰⁵ In einem bereits entschiedenen Fall⁷⁰⁶ wollte der Auftraggeber das Nebenangebot werten, hatte aber im Protokoll über den Eröffnungstermin nichts bezüglich des Nebenangebots erwähnt. Ein anderer Bieter hatte gerügt, dass das Nebenangebot nicht rechtzeitig vorgelegen hatte. Nachdem sich der Auftraggeber hier auf die Rechtzeitigkeit berief, hatte er folgerichtig auch den Beweis hierfür zu liefern und die Folgen dieser Beweislast zu tragen.

II. Prüfung des Nebenangebots durch den Auftraggeber (§ 23 VOB/A)

1. Generelle Prüfungspflicht des Auftraggebers

Gemäß § 23 VOB/A hat der Auftraggeber Angebote, die dem Verhandlungsleiter bei Öffnung des ersten Angebots vorgelegen haben und die den Bestimmungen des § 21 Nr. 1 Abs. 1 bis 3 entsprechen (Umkehrschluss aus § 23 Nr. 1 VOB/A), zu prüfen. Über den **Umfang der Prüfungspflicht** gibt **§ 23 Nr. 2 VOB/A** nähere Informationen: Demnach **hat der Auftraggeber die Angebote rechnerisch, technisch und wirtschaftlich zu prüfen. Gegebenenfalls** hat er hierzu einen **Sachverständigen beizuziehen**.

Trotz der Formulierung „*brauchen nicht geprüft zu werden*“ im Zusammenhang mit Angeboten, die nicht den formellen Vorgaben des § 21 Nr. 1 Abs. 1 bis 3 VOB/A entsprechen, bedeutet dies nicht, dass solche Angebote nicht weiter wirtschaftlich,

⁷⁰² OLG Nürnberg, Urteil vom 15.01.1997, 4 U 2299/96; IBR 1997, 317; BauR 1997, 825; NJW-RR 1997, 854; OLGR 1997, 268; VÜA Bayern, Beschluss vom 30.09.1998, IBR 1998, 512;

⁷⁰³ OLG Jena, Beschluss vom 22.12.1999, BauR 2000, 396; VÜA Schleswig-Holstein, IBR 1999, 243; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 22 VOB/A, Rdn. 21; *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 22 VOB/A, Rdn. 93;

⁷⁰⁴ BGH, Urteil vom 26.10.1999, X ZR 30/98; BauR 2000, 254 = NJW 2000, 661 = NVwZ 2000, 350 = NZBau 2000, 35 = ZfBR 2000, 113;

⁷⁰⁵ *Schulze-Hagen* in: IBR 2000, 54;

⁷⁰⁶ Vgl. Fußnote 698;

rechnerisch und technisch geprüft werden dürfen. Derartige Angebote können dem Auftraggeber – insbesondere im Fall von Nebenangeboten – unter Umständen wertvolle Informationen liefern für seine endgültige Vergabeentscheidung. Der Auftraggeber hat dann nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, wie er mit solchen Angeboten weiter verfährt. Nur Angebote, die § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A widersprechen, sind zwingend auszuschließen. Im Zusammenhang mit Nebenangeboten erlangt diese Vorgabe besondere Bedeutung: Aus einem „Verstoß“ gegen **Abs. 3** („Änderungen an den Verdingungsunterlagen“) können sich unter Umständen „versteckte Nebenangebote“⁷⁰⁷ ergeben, die der Auftraggeber damit im Rahmen des § 23 VOB/A zu prüfen hat. Insbesondere hat der Auftraggeber Angebote, denen lediglich unwesentliche Erklärungen fehlen, im Rahmen seines Ermessens stets zu prüfen.⁷⁰⁸

2. Besonderheiten bei Nebenangeboten

2.1 Formelle Vorprüfung

§ 23 Nr. 2 VOB/A verpflichtet den Auftraggeber nach dem Wortlaut lediglich zur Prüfung in rechnerischer, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht. Eine formelle Prüfung ist nicht ausdrücklich vorgesehen. Eine solche ist aber zwingend vorzuschalten, um das Vorliegen der Voraussetzungen des § 23 Nr. 1 VOB/A beurteilen zu können. Ohne formelle Vorprüfung kann der Auftraggeber nicht beurteilen, ob ein (Neben-) Angebot den Vorgaben des § 21 Nr. 1 Abs. 1 bis 3 VOB/A genügt.⁷⁰⁹

Nicht einheitlich beurteilt wird die Frage, ob Nebenangebote, die von Bietern eingereicht wurden trotz einer ausdrücklichen Vorgabe des Auftraggebers, dass Nebenangebot im konkreten Vergabeverfahren nicht zugelassen sind (§ 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A), bereits auf dieser Stufe auszuschließen oder noch weiterer Prüfung im Rahmen des § 23 Nr. 2 VOB/A zuzuführen sind. Nach überwiegender Meinung sind solche Nebenangebote nicht weiter zu prüfen.⁷¹⁰ Dem ist angesichts der zwingenden Regelung des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOB/A, Nebenangebote auszuschließen, die trotz Nichtzulassung eingereicht wurden, zuzustimmen. Eine weitere Prüfung – insbesondere angesichts des erhöhten Prüfungsaufwands in Zusammenhang mit Nebenangeboten, die naturgemäß eine von dem Auftraggeber bereits bekannten Amtsentwurf abweichende Lösung enthalten – wäre insoweit unwirtschaftlich und sinnwidrig, da diese Nebenangebote ohnehin nicht gewertet werden dürfen. Eine weitere Prüfung ist dem Auftraggeber nicht verwehrt. Eine Verpflichtung des Auftraggebers, derartige Nebenangebote zu werten, ebenso aber ein korrespondierender Anspruch des Bieters hierauf, ist auf Grund der klaren Regelung des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d)

⁷⁰⁷ Vgl. oben Teil 1 II;

⁷⁰⁸ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 23, Rdn. 10; Heiermann/Riedl/Rusam, § 23 VOB/A, Rdn. 7;

⁷⁰⁹ Kapellmann/Messerschmidt, § 23 VOB/A, Rdn. 3;

⁷¹⁰ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 23 VOB/A, Rdn. 14; Lampe-Helbig/Wörmann, Rdn. 246; Heiermann/Riedl/Rusam, a.a.O., Rdn. 9;

VOB/A jedoch zu verneinen.⁷¹¹ Einschränkend sieht dies eine andere Ansicht,⁷¹² die mit dem Ergebnis der Vorprüfung nicht zugelassener Nebenangebote noch keine weitere Präjudizierung über die weitere Angebotsbehandlung verbinden will.

Die weiteren Einzelheiten zu den formellen Vorgaben auf Grund von § 21 VOB/A und den Rechtsfolgen im Falle der Nichtbeachtung sind ausführlich oben dargestellt.⁷¹³

2.2 Sachliche Prüfung des Nebenangebots im Rahmen des § 23 VOB/A

Nebenangebote, die die Hürde der formellen Vorprüfung überstanden haben, sind der weiteren Prüfung im Sinne von § 23 Nr. 2 VOB/A zuzuführen. Diese **Prüfung** des Angebotsinhalts durch den Auftraggeber ist demnach **in rechnerischer, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht** durchzuführen.

Im Rahmen von Nebenangeboten besteht eine gesteigerte Verpflichtung des Auftraggebers, eine besonders eingehende und alle Vergabekriterien gewichtende und zueinander ins Verhältnis setzende, vergleichende Prüfung durchzuführen.⁷¹⁴ Die Verpflichtung des Auftraggebers zu einer besonders gründlichen Prüfung von Nebenangeboten liegt darin begründet, dass diese systembedingt in der Regel vom ausgeschriebenen Konzept des Auftraggebers abweichen.⁷¹⁵ Der Auftraggeber muss sich dabei mit Nebenangeboten im Rahmen der Prüfung (nur) soweit auseinander setzen, wie nach den Umständen des Einzelfalls mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot aller Bieter zumutbar ist.⁷¹⁶

2.3 Rechnerische Prüfung

Im Rahmen der **rechnerischen Prüfung** hat der Auftraggeber auch Nebenangebote nachzurechnen und eventuelle Rechen- und Übertragungsfehler zu korrigieren, um die tatsächliche Angebotssumme zu bestätigen bzw. zu ermitteln. In diesem Rahmen kann und darf der Auftraggeber nicht bereits prüfen, ob die vom Bieter auf sein Nebenangebot eingetragenen Summen inhaltlich richtig sind, ob also eine bestimmte vom Amtsentwurf abweichende Leistung zu billig oder zu teuer angeboten wurde. Diese Frage wird erst im Rahmen der Wertung nach § 25 VOB/A relevant. Im Rahmen des § 23 VOB/A ist lediglich zu prüfen und festzustellen, ob die vom Bieter eingetragenen Summen rechnerisch richtig sind oder ob – absichtlich oder versehentlich

⁷¹¹ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 23, Rdn. 10;

⁷¹² Kapellmann/Messerschmidt, § 23 VOB/A, Rdn. 5;

⁷¹³ vgl. oben Teil 3 C III;

⁷¹⁴ VK Südbayern, Beschluss vom 03.09.2003, 36-08/03; Beschluss vom 30.08.2002, 29-07/02; VK Lüneburg, Beschluss vom 29.08.2002, 203-VgK13/2002; Weyand, § 25, Ziff. 5792 f.;

⁷¹⁵ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 23 VOB/A, Rdn. 13;

⁷¹⁶ OLG Naumburg, Beschluss vom 22.12.1999, 1 Verg 4/99; IBR 2000, 104;

– Rechenfehler durch den Bieter eingetragen wurden.⁷¹⁷ Nähere Vorgaben macht hierzu etwa das VHB Bund in den Anmerkungen zu § 23 VOB/A. Besondere Prüfungsinhalte in rechnerischer Hinsicht aus der Natur von Nebenangebote ergeben sich nicht.

2.4 Technische und wirtschaftliche Prüfung

Besonderheiten in Bezug auf Nebenangebote ergeben sich insbesondere bei der **technischen und wirtschaftlichen Prüfung** durch den Auftraggeber. Da dem Auftraggeber mit einem Nebenangebot ein Vorschlag vom Bieter unterbreitet wird, der sich nicht mit seinen Vorgaben im Amtsentwurf deckt, ist der Auftraggeber zu einer gründlicheren und intensiveren Prüfung verpflichtet.⁷¹⁸ Die Prüfpflichten konkretisieren die Richtlinien zu § 23 A, Nr. 1.2 des Vergabehandbuchs des Bundes. Demnach hat der Auftraggeber insbesondere zu prüfen, *„ob die angebotene mit der geforderten Leistung übereinstimmt. Änderungsvorschläge oder Nebenangebote sind daraufhin zu untersuchen, ob sie den Vertragszweck erfüllen. Soweit erforderlich, ist zu prüfen, ob das vorgesehene Arbeitsverfahren technisch möglich ist und für eine vertragsgemäße Ausführung geeignet ist, die vorgesehenen Maschinen und Geräte dem Arbeitsverfahren entsprechen und der vorgesehene Maschinen- und Geräteeinsatz für die Ausführung der Leistung in der vorgeschriebenen Bauzeit ausreicht.“* Darüber hinaus hat der Auftraggeber zu prüfen, ob der Bieter den Nachweis der Gleichwertigkeit ausreichend geführt hat.⁷¹⁹

Gegenstand der Prüfung sind dabei nur die vom Bieter gemachten Angaben. Eine technische Prüfung eines Nebenangebots kommt insoweit nur in dem Umfang in Betracht, als der Bieter Angaben konkret positiv gemacht hat.⁷²⁰ Während der Auftraggeber in Bezug auf die abgegebenen Hauptangebote (die vom Leistungsinhalt her systembedingt seinem Amtsvorschlag entsprechen) bereits positiv weiß, das sie in technischer Hinsicht zum gewünschten Erfolg führen können, muss er Nebenangebote dahingehend erst prüfen und technisch zu beurteilen. Dies kann im Einzelfall mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, insbesondere, wenn ein Bieter per technischem Nebenangebot als Alternative zum Amtsentwurf neuartige Verfahren anbietet, über die der Auftraggeber sich erst noch Kenntnisse und Informationen einholen muss.⁷²¹ Hier erlangt die Vorgabe in § 23 Nr. 2 VOB/A, gegebenenfalls einen Sachverständigen hinzuzuziehen, im Rahmen von Nebenangeboten besondere Bedeutung, um beurteilen zu können, inwieweit das Nebenangebot den

⁷¹⁷ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 23 VOB/A, Rdn. 21; Herig, § 23 VOB/A, Rdn. 3; Lampe-Helbig/Wörmann, S. 104, Rdn. 247 f.; Kapellmann/Messerschmidt, § 23 VOB/A, Rdn. 6 ff.; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 23, Rdn. 12 ff.;

⁷¹⁸ VK Südbayern, Beschluss vom 30.08.2002, 29-07/02; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 23, Rdn. 13; Kapellmann/Messerschmidt, § 23 VOB/A, Rdn. 14 f.;

⁷¹⁹ Zur Nachweisverpflichtung des Bieters in Bezug auf die Gleichwertigkeit siehe ausführlich unten Teil 3 E V 5;

⁷²⁰ Kapellmann/Messerschmidt, § 23 VOB/A, Rdn. 14;

⁷²¹ A.a.O.; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 23, Rdn. 42;

technischen Erfordernissen, insbesondere hinsichtlich der **Gebrauchsfähigkeit** und **Sicherheit**, sowie den anerkannten Regeln der Technik entspricht,⁷²² insoweit also den Vertragszweck erfüllt.⁷²³

Diese Vorgabe, dass ein Nebenangebot im Rahmen der technischen Prüfung durch den Auftraggeber (lediglich) den anerkannten Regeln der Technik entsprechen muss, reicht jedoch möglicherweise im Einzelfall nicht aus: Wie oben bereits erörtert,⁷²⁴ beinhalten Nebenangebote nicht selten Bauverfahren oder -stoffe, die relativ neuartig sind und insoweit noch nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Dann stellt sich die Frage, inwieweit es ausreicht, diese Abweichungen vom Amtsentwurf mit dem Prüfungsmaßstab der anerkannten Regeln der Technik zu betrachten, obwohl sie den insoweit fortschrittlicheren, innovativeren Stand der Technik bzw. Stand von Wissenschaft und Technik widerspiegeln. Nach dem oben Gesagten stellen die anerkannten Regeln der Technik Mindeststandards auf, denen die angebotene Leistung genügen muss. Nebenangebote sind demnach daraufhin zu prüfen, ob sie diesem Mindeststandard entsprechen. Wenn sie darüber hinaus gehen, dann beeinträchtigt dies nicht die Gleichwertigkeit, sondern führt allenfalls zu einer höheren Wertigkeit gegenüber dem Amtsentwurf des Auftraggebers. Letzterer hat also im Rahmen der technischen Prüfung nicht zwingend zu prüfen, welchem Technikstandard das Nebenangebot entspricht – er hat lediglich festzustellen, ob es wenigstens den anerkannten Regeln der Technik genügt. Tut es dies nicht, hat es die technische Prüfung nicht bestanden. Entspricht es diesen oder überschreitet es diese, hat das Nebenangebot die technische Prüfung erfolgreich absolviert. Dass ein Bieter, der ein über den Technikstandard der anerkannten Regeln der Technik hinaus gehendes Nebenangebot einreicht, auch diesen höheren Stand im Falle einer Beauftragung vertraglich schuldet, bleibt hiervon unberührt.

Im Zusammenhang mit Nebenangeboten stellt sich auch die Frage, inwieweit der Auftraggeber **ästhetische und gestalterische Aspekte** im Rahmen des § 23 VOB/A zu prüfen hat. Dies hängt von der Bedeutung des Bauwerks ab, ist aber grundsätzlich ein Kriterium innerhalb der Prüfung.⁷²⁵

Auch bei der **wirtschaftlichen Prüfung** von Nebenangeboten nach § 23 Nr. 2 VOB/A ergeben sich erhöhte Anforderungen an den Auftraggeber. Grundsätzlich hat der Auftraggeber bei diesem Prüfungsschritt festzustellen, ob ein offenes Missverhältnis zwischen den angebotenen Preisen und der angebotenen Leistung besteht,⁷²⁶ insoweit also das Angebot angemessen ist.⁷²⁷ Die wirtschaftliche Überprü-

⁷²² Kapellmann/Messerschmidt, § 23 VOB/A, Rdn. 13;

⁷²³ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 23 VOB/A, Rdn. 37; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 23, Rdn. 40 f.;

⁷²⁴ Vgl. oben Teil 1 D IV 1.6;

⁷²⁵ Motzke/Pietzcker/Prieß, a.a.O.;

⁷²⁶ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 23, Rdn. 27;

fung hat sich konkret auf das betreffende Bauvorhaben zu beschränken und darf nicht verallgemeinert durchgeführt werden.⁷²⁸ Bezüglich eingereicherter Nebenangebote ist auch hier gegenüber Hauptangeboten besonderes Augenmerk darauf zu legen, ob durch das Nebenangebot Kosten an anderer Stelle zu erwarten sind oder eingespart werden können.⁷²⁹ Darüber hinaus hat der Auftraggeber insbesondere technische Nebenangebote in diesem Zusammenhang zusätzlich hinsichtlich Qualität, Haltbarkeit, Wartungsfreundlichkeit, Nutzungsart sowie bezüglich Betriebs- und Folgekosten zu prüfen.⁷³⁰ Auch hier geben die oben zur technischen Prüfung bereits zitierten Richtlinien der Vergabehandbücher nähere Kriterien zum Prüfungsumfang vor.

III. Aufklärungsmöglichkeiten des Auftraggebers zu Nebenangeboten im Rahmen des § 24 VOB/A

1. Regelung in § 24 VOB/A

§ 24 VOB/A regelt die Möglichkeiten des Auftraggebers, nach Öffnung der Angebote (§ 22 VOB/A) und deren Prüfung (§ 23 VOB/A) den Angebotsinhalt nachträglich mit dem Bieter aufzuklären. In Bezug auf Nebenangebote sind dabei Besonderheiten vorgegeben: Nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A darf der Auftraggeber bei Ausschreibungen *„nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, etwaige Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Stoffen oder Bauteilen und um sich über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungsgrundlagen (Kalkulationen) zu unterrichten“*. Nach § 24 Nr. 3 VOB/A sind *„andere Verhandlungen, besonders über die Änderung der Angebote oder Preise (...) unstatthaft, außer, wenn sie bei Nebenangeboten (...) nötig sind, um unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren.“*

Damit ist im Rahmen des § 24 VOB/A hinsichtlich der Aufklärungsmöglichkeiten über Nebenangebote zu unterscheiden zum einen nach Nr. 1 Abs. 1 und zum anderen nach Nr. 3. Dabei ist zu untersuchen, inwieweit sich für den Auftraggeber – und damit auch für den Bieter – erweiterte Aufklärungsmöglichkeiten zu Nebenangeboten gegenüber Hauptangeboten ergeben.

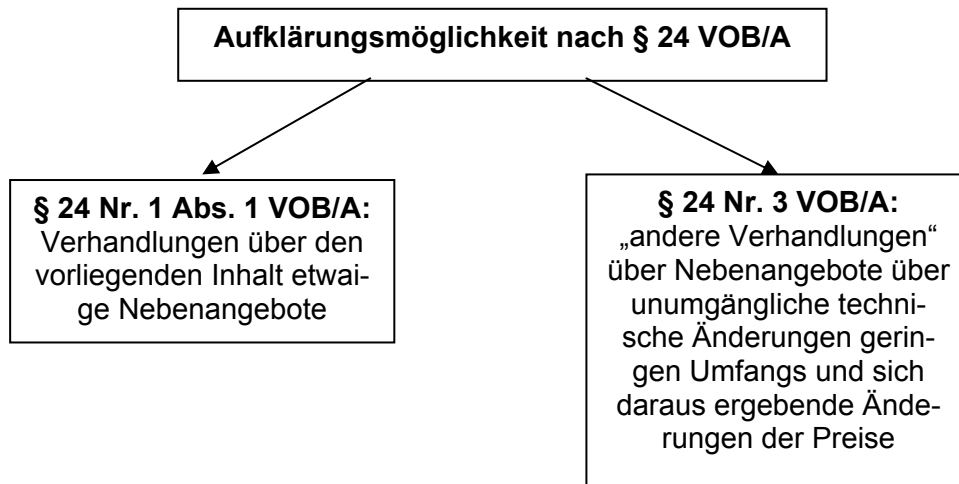
Grafisch dargestellt bestehen folgende Möglichkeiten:

⁷²⁷ *Ingenstau/Korbion*, § 23 VO/A, Rdn. 25;

⁷²⁸ *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 23 VOB/A, Rdn. 41;

⁷²⁹ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 23 VOB/A, Rdn. 24; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, a.a.O., Rdn. 33;

⁷³⁰ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 23 VOB/A, Rdn. 17; *Herig*, § 23 VOB/A, Rdn. 6;



Beide Varianten des § 24 VOB/A in Bezug auf Nebenangebote haben nach dem Wortlaut der Vorschrift gemeinsam, dass es sich um Aufklärungsmöglichkeiten im Zeitraum zwischen Angebotsöffnung und Zuschlagserteilung handelt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in beiden Fällen keine unbegrenzte Nachverhandlungsmöglichkeit besteht. Es besteht auch bei Nebenangeboten **nicht die Möglichkeit, im Rahmen der Aufklärung etwa eine ungenügende Beschreibung des Leistungsinhalts oder den Nachweis der Gleichwertigkeit durch den Bieter im Sinne von § 9 VOB/A nachzuholen bzw. nachzubessern**. Dem Auftraggeber ist es verwehrt, ein Nebenangebot, das sich auf Grund der bis dahin beschriebenen Leistung im Zeitpunkt der Submission als nicht gleichwertig herausgestellt hatte, im Rahmen von Nachverhandlungen „gleichwertig zu machen“, also Änderungen ausführen oder Erläuterungen nachliefern zu lassen, die nachträglich eine Gleichwertigkeit dieses Nebenangebots mit dem Hauptangebot erzielen.⁷³¹ Durch diese Beschränkung soll verhindert werden, dass ein Bieter etwa bewusst ein unklares Nebenangebot abgibt, um dann nach Angebotsöffnung den Inhalt mit dem Auftraggeber erst „auszuarbeiten“ und sich damit in manipulativer Weise unzulässige Wettbewerbsvorteile verschaffen.⁷³²

Auch Aufklärungsgespräche in Bezug auf technische Fragen zu führen, ist **nur** zulässig mit dem beiderseitigen **Ziel der Konkretisierung, nicht aber der Ergänzung oder Veränderung des bisherigen Inhalts des Nebenangebots**.⁷³³ Derartige Verhandlungen dürfen nur eine weitere Erläuterung des Nebenangebots zum Ziel haben, nicht aber eine Angebotsergänzung. Zu solchen Gesprächen ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, sondern allenfalls berechtigt. Grundsätzlich sind trotz der Mög-

⁷³¹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.03.2002, 11 Verg 3/01; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.04.2004, 1 VK 13/04; VK Bund, Beschluss vom 26.03.2002, VK 1 -07/02; VK Nordbayern, Beschluss vom 18.10.2001, 320.VK-3194-34/01; *Weyand*, § 24, Ziff. 5273;

⁷³² VK Lüneburg, Beschluss vom 12.07.2005, VgK-29/2005; *Weyand*, § 24, Ziff. 5253;

⁷³³ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.06.2000, VK SH 3/00;

lichkeiten, die § 24 VOB/A für Ausnahmefälle einräumt, Nebenangebote so zu werten, wie sie im Eröffnungstermin vorgelegen haben.⁷³⁴

Ein Aufklärungsgespräch nach § 24 VOB/A muss der Auftraggeber auch nicht in jedem Fall durchführen, sondern nur, wenn tatsächlich konkreter Bedarf hierfür besteht. So etwa, wenn in einem Nebenangebot Unklarheiten bestehen.⁷³⁵ Der Bieter hat insoweit keinen Anspruch auf ein solches Gespräch.⁷³⁶

2. Aufklärungsmöglichkeit nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A

§ 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A gibt im Hinblick auf Nebenangebote vor, dass der Auftraggeber berechtigt ist, über „etwaige Nebenangebote“ mit dem Bieter zu verhandeln. Dies liegt darin begründet, dass im Rahmen von Nebenangeboten naturgemäß eher Unklarheiten über die angebotene Leistung besteht, da der Auftraggeber anders als beim Hauptangebot den Leistungskatalog nicht selbst erstellt hat und damit genau kennt, sondern erst mit Prüfung des eingereichten Nebenangebots Kenntnis davon erlangt. Der Auftraggeber muss sich in diesem Fall gegebenenfalls über den Inhalt des Nebenangebots informieren, um beurteilen zu können, ob das Nebenangebot praktikabel, zielführend und gleichwertig ist. Es ist in diesem Zusammenhang möglicherweise nötig, die Erklärungen des Bieters näher in Bezug darauf zu ergründen, was dieser damit zum Ausdruck bringen wollte.⁷³⁷ Es darf dabei entscheidend nur um die Frage gehen, ob das konkrete Nebenangebot so, wie es eingereicht wurde, mit hinreichender Sicherheit geeignet ist, dem Willen des Auftraggebers in allen technischen und wirtschaftlichen Einzelheiten mit der gebotenen Sicherheit gerecht zu werden. Es kommen insoweit lediglich Fragen zum Verständnis bestimmter Ausdrucksweisen und die Erforschung des tatsächlichen Willens des Bieters in Frage.⁷³⁸

Im Rahmen der Aufklärung nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A müssen sich die Verhandlungen auf Aufklärungsmaßnahmen im engeren Sinne beschränken, um den bereits vom Bieter erklärten Leistungsinhalt seines Nebenangebots zu erläutern. Es ist nicht zulässig, den Bieter dadurch zu einer inhaltlichen Änderung seines bisher im Nebenangebot zum Ausdruck gebrachten Willens zu bewegen oder ihm dies zu ermöglichen.⁷³⁹ Der Bieter muss aber in jedem Fall sein Nebenangebot bereits mit Angebotsabgabe hinreichend konkretisiert beschrieben haben.⁷⁴⁰

⁷³⁴ OLG Naumburg, Beschluss vom 22.12.1999, 1 Verg 4/99; IBR 2000, 104 = BauR 2000, 1636;

⁷³⁵ VÜA Bayern, Beschluss vom 10.04.1997, VÜA 19/96; IBR 1997, 444;

⁷³⁶ VK Thüringen, Beschluss vom 10.12.2001, 216-4002.20-081/01-GTH; Schweda in: VergR 2003, 279;

⁷³⁷ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 24 VOB/A, Rdn. 65;

⁷³⁸ Ingenstau/Korbion, § 24 VOB/A, Rdn. 7 f.;

⁷³⁹ A.a.O., Rdn. 3; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 24, Rdn. 26 f.;

⁷⁴⁰ Lampe-Helbig/Wörmann, S. 105, Rdn. 253; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 24 VOB/A, Rdn. 65;

Zu weit geht jedoch die Ansicht, die es für zulässig hält, dass der Auftraggeber im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A dem Bieter die Möglichkeit einräumen kann, überhaupt erst den Nachweis der Gleichwertigkeit seines Nebenangebots mit dem Amtsentwurf zu begründen.⁷⁴¹ Diesen Nachweis hat der Bieter grundsätzlich bereits mit Angebotsabgabe zu führen.⁷⁴²

3. Aufklärungsmöglichkeit nach § 24 Nr. 3 VOB/A

Anders als § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A erlaubt Nr. 3 nicht nur die Aufklärung des bereits vom Bieter beschriebenen Inhalts seines Leistungsangebots, sondern „Verhandlungen (...) über Änderung der Angebote oder Preise“, wenn sie nötig sind, um „unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende Änderungen der Preise zu vereinbaren“. Die Vorschrift durchbricht damit das grundsätzlich bestehende Nachverhandlungsverbot.⁷⁴³ Auch diese Regelung ist jedoch **restriktiv auszulegen**.⁷⁴⁴ Die Regelung betrifft eine **ausgesprochene Ausnahmesituation**. Eine ausdehnende Auslegung des eigentlichen Inhalts des Nebenangebots ist nicht zulässig.⁷⁴⁵ Dies gilt ebenso für die nachträgliche Ergänzung eines Nebenangebots um technische Zusatzmaßnahmen.⁷⁴⁶

Gegenstand der Verhandlung nach § 24 Nr. 3 VOB/A dürfen nach dem Wortlaut zum einen nur „unumgängliche technische Änderungen“ sein, die nur „geringen Umfang“ haben dürfen. **Unumgängliche Änderungen** sind nur solche, ohne die eine sachgerechte Durchführung des Bauvorhabens nicht möglich wäre.⁷⁴⁷ Zum Teil wird in der Literatur vertreten, dass damit darüber hinaus auch Änderungen gemeint sind, mit denen die Leistung den konkreten, praktischen, funktionalen, technischen oder wirtschaftlichen Anforderungen, die der Auftraggeber aus subjektiver Sicht stellt, angepasst wird, um das Nebenangebot den örtlichen Gegebenheiten oder den Anforderungen des Auftraggebers anzupassen.⁷⁴⁸ Letzterer Punkt wird jedoch zu weit führen: Um manipulative Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, ist zu fordern, dass ein Nebenangebot bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe so ausformuliert ist, dass es auf die konkret zu lösende Bauaufgabe – nicht anders können die „örtlichen Gegebenheiten“ letztlich verstanden werden – passt.

Die unumgänglichen Änderungen dürfen ferner nur „**geringen Umfang**“ haben. Diese Voraussetzung lässt sich nicht an einer feststehenden Grenze messen. Insoweit

⁷⁴¹ Herig, § 24 VOB/A, Rdn. 4;

⁷⁴² VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 31.07.2003, VK 16/03; VK Sachsen, Beschluss vom 23.01.2004, 1/SVK/160-03; Weyand, § 25, Ziff. 5782;

⁷⁴³ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 24 VOB/A, Rdn. 160;

⁷⁴⁴ Kapellmann/Messerschmidt, § 24 VOB/A, Rdn. 26;

⁷⁴⁵ Ingenstau/Korbion, § 24 VOB/A, Rdn. 28;

⁷⁴⁶ VK Brandenburg, Beschluss vom 23.08.2001, 2 VK 82/01;

⁷⁴⁷ KG, Beschluss vom 03.11.1999, KartVerg 3/99; VÜA Bund, Beschluss vom 23.08.1994, ZVgR 1997, 12; Ingenstau/Korbion, a.a.O., Rdn. 24; Heiermann/Riedl/Rusam, § 24 VOB/A, Rdn. 30;

⁷⁴⁸ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 24, Rdn. 51 f.;

kommt es jeweils auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Die (unumgängliche !) technische Änderung darf, gemessen an der bisher vorgesehenen Ausführung nach Art und Umfang nur eine unwesentliche, nicht ins Gewicht fallende Bedeutung haben. Es dürfen sich diesbezüglich bereits keine systematischen Änderungen ergeben, etwa ein Wechsel der Ausführungsart.⁷⁴⁹ Ebenso sind wesentliche Änderungen von Mengen nicht mehr unter den Begriff der Geringfügigkeit zu fassen.⁷⁵⁰ Wird ein Teil des Nebenangebots komplett überarbeitet und zum Teil neu gefasst, der vom Umfang und Wert her rund ein Drittel des gesamten Nebenangebots darstellt, handelt es sich auch um eine unzulässige „Aufklärung“.⁷⁵¹

Entscheidend im Zusammenhang mit der Aufklärungsmöglichkeit des § 24 Nr. 3 VOB/A ist des Weiteren, dass **nicht per se nachträgliche Preisänderungen**, etwa in Form der Reduzierung des Angebotspreises, des Angebots von Skonti oder Preisnachlässen, im Rahmen einer Verhandlung nach Angebotsöffnung **zulässig** sind. Nach dem Wortlaut der Regelung sind nur Preisänderungen zugelassen, die sich als Folge von unumgänglichen inhaltlichen Änderungen geringen Umfangs („daraus sich ergebende Änderungen der Preise“) automatisch ergeben.⁷⁵² Im Rahmen der Preisänderung dürfen nur die durch die technische Änderung unmittelbar bedingten Mehr- bzw. Minderkosten berücksichtigt werden, so dass auch die Preisänderung im Ergebnis nur geringfügig sein kann und darf.⁷⁵³ Der umgekehrte Weg, nämlich die Änderung von Preisen im Zuge der Nachverhandlung, die technische Änderungen bedingen würde, ist ebenso nicht zulässig.⁷⁵⁴ Dem Auftraggeber ist es auch verwehrt, eine im Rahmen des § 24 Nr. 3 VOB/A zulässige geringfügige technische Änderung zum Anlass zu nehmen, zugleich nicht unmittelbar durch diese Änderung beeinflusste Preise „mitzuverhandeln“.⁷⁵⁵

4. Beispiele aus der Rechtsprechung

Enthält ein Nebenangebot eine Formulierung „**Erstellung nach Wahl des Auftragnehmers**“ oder lediglich eine Umschreibung der alternativ von ihm per Nebenangebot vorgesehenen Leistung mit „**in geänderter Ausführungsweise**“, liegt nach einer Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf⁷⁵⁶ keine Beschreibung vor, die im Rahmen des § 24 VOB/A einer Aufklärung zugeführt werden kann. Es handelt sich in diesem Fall nicht um technische oder wirtschaftliche Fachausdrücke, deren Inhalt im Rahmen einer Verhandlung nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A konkretisiert werden könnte. Diese Fallkonstellation überschreitet selbst den zulässigen Verhandlungsrahmen, den § 24 VOB/A für Nebenangebote ausnahmsweise einräumt.

⁷⁴⁹ *Ingenstau/Korbion*, § 24 VOB/A, Rdn. 25;

⁷⁵⁰ VÜA Bayern, Beschluss vom 17.02.1995, VÜ 1/95; WuW 1996, 153 ff.;

⁷⁵¹ VK Bund, Beschluss vom 26.08.1999, VK 2-20/99;

⁷⁵² *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 24, Rdn. 64;

⁷⁵³ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 24 VOB/A, Rdn. 32; *Ingenstau/Korbion*, § 24 VOB/A, Rdn. 26;

⁷⁵⁴ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 24 VOB/A, Rdn. 27;

⁷⁵⁵ VK Bund, Beschluss vom 09.09.1999, VK 2-24/99;

⁷⁵⁶ Beschluss vom 23.08.2001, 2 VK 82/01;

Zu weit geht in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Vergabeüberwachungsausschusses Bayern.⁷⁵⁷ Im zu entscheidenden Fall hatte ein Bieter im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen für die Verlegung einer Straße ein Nebenangebot abgegeben. Die Beschreibung der Leistungsabweichung beschränkte sich auf die Angabe: „Bei Ausführung nach unseren Terminvorschlägen und einer Bauabwicklung nach unseren Vorstellungen während wir Ihnen aus Ablaufvorteilen einen Nachlass in Höhe von 3,15 % auf die Einheitspreise dieses Angebots“. Weitere Angaben machte der Bieter nicht. Die Vergabestelle wertete das Angebot dennoch und fragte im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nach, worin denn nun eigentlich die „Bauabwicklung nach den Vorstellungen des Auftragnehmers“ bestehe.

Hiergegen wandte sich ein anderer Bieter an die Vergabeprüfstelle und beklagte eine unzulässige Verhandlung. Der VÜA Bayern sah dies jedoch anders. Das Aufklärungsgespräch habe eine „zulässige Unterrichtung über die geplante Art der Durchführung im Sinne des § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A“ dargestellt. Die Vergabestelle habe im Leistungsverzeichnis einen konkreten Bauablauf vorgegeben. Das Nebenangebot habe sich darauf beschränkt, einen selbst geplanten Bauablauf an die Stelle des in der Ausschreibung vorgesehenen Bauablaufs treten zu lassen. Die Bauleistung an sich sei aber ebenso wie die Preise gegenüber dem Amtsentwurf unverändert geblieben. Der Auftraggeber habe sich nur in zulässiger Weise den Inhalt des Nebenangebots erläutern lassen.

Die Entscheidung des VÜA Bayern geht jedoch deutlich über das hinaus, was nach § 24 VOB/A zulässig ist: Im vorliegenden Fall überschritt der Auftraggeber den Rahmen zulässiger Verhandlungen. Der Bieter hatte das Nebenangebot nicht hinreichend konkret entsprechend § 9 VOB/A beschrieben. Es handelte sich vorliegend nicht nur um die Erläuterung dessen, was inhaltlich bereits Bestandteil des Nebenangebots war – dies wäre im Rahmen des § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A als zulässig anzusehen –, sondern um eine nachträgliche Beschreibung, was der Bieter eigentlich im Rahmen des Nebenangebots offerieren wollte. Dies ist auch nach § 24 VOB/A unzulässig. **Die zulässige Grenze für Nachverhandlungen ist überschritten, wenn in diesem Rahmen erst der Kern des Nebenangebots beschrieben wird, der im Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch völlig unklar geblieben war.**⁷⁵⁸

Insgesamt unklare Nebenangebote sind nach einer weiteren Entscheidung des OLG Celle⁷⁵⁹ insbesondere dann einer sachgerechten Auslegung und Aufklärung zugänglich, wenn die festgestellten **Ungenauigkeiten in dem betreffenden Nebenangebot durch ein fehlerhaftes Leistungsverzeichnis des Auftraggebers verursacht**

⁷⁵⁷ Beschluss vom 22.03.1999, VÜA 21/98; *Marian* in: IBR 1999, 452;

⁷⁵⁸ VK Münster, Beschluss vom 15.01.2003, VK 22/02;

⁷⁵⁹ Beschluss vom 21.08.2003, 13 Verg 13/03; IBR 2003, 570;

wurden. In dem entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber Massen falsch ausgeschrieben. Gemäß dem Amtsentwurf hatte der Auftraggeber im Zuge des Neubaus einer Ortsumgehung eine 4 cm dicke Splittmastixasphaltschicht auf der gesamten Länge auszuführen. Dabei hatte der Auftraggeber jedoch übersehen, dass auf den Brücken nur eine Deckschicht aus Splittmastixasphalt herstellbar ist, während Asphalttrag- und Asphaltbinderschicht nur im übrigen Straßenbereich außerhalb der Brücken in Betracht kam.

Dennoch hatte der Auftraggeber für die gesamte Ortsumgehung sämtliche drei Schichten ausgeschrieben, obwohl für Splittmastixasphalt entsprechend eine größere Fläche nachgefragt werden hätte müssen. Ein Bieter hatte per Nebenangebot eine so genannte Kompaktasphaltbauweise angeboten, im Rahmen derer er die Position „Splittmastixasphaltschicht 4 cm“ ersetzte durch eine Schicht mit 2 cm Dicke. Der Auftraggeber vertrat die Ansicht, dass das Nebenangebot nicht gewertet werden könne, weil es den für die Brückendeckschichten erforderlichen Splittmastixasphalt nicht enthalte. Das OLG Celle ließ in diesem Fall – zu Recht – eine Aufklärung im Rahmen des § 24 VOB/A zu, nachdem die unklare Angabe im Nebenangebot – Ersatz des Splittmastixasphalt auch im Brückenbereich ? – einzig darauf beruhte, dass der Auftraggeber seine Angaben in der Leistungsbeschreibung des Amtsentwurfs falsch ausgewiesen hatte.

5. Rechtsfolgen bei Verstößen

Soweit der Auftraggeber über das zulässige Maß Aufklärung betreibt und damit gegen das grundsätzliche Verhandlungsverbot verstößt, wenn nicht zulässige Ausnahmen vorliegen, hat der Bieter, der ohne den Verstoß mit hinreichender Wahrscheinlichkeit⁷⁶⁰ auf sein Angebot den Zuschlag erhalten hätte, einen **Schadensersatzanspruch** aus culpa in contrahendo⁷⁶¹, die jetzt in § 311 Abs. 2 und 3 BGB gesetzlich geregelt ist,⁷⁶² sowie aus kartellrechtlichen Gesichtspunkten in Form von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 24 VOB/A, sofern im konkreten Vergabeverfahren die Schwellenwerte erreicht werden. Der Schadensersatzanspruch besteht für den übergangenen Bieter auf das positive Interesse. Darüber hinaus besteht ein Anspruch auf das negative Interesse, also der Kosten für die Angebotsausarbeitung, aus § 126 Abs. 1 GWB.⁷⁶³

⁷⁶⁰ OLG Nürnberg, NJW-RR 1997, 854; a.A. OLG Celle, ZfBR 1997, 40, das es ausreichen lässt, wenn der Anspruchsteller den Anscheinsbeweis erfolgreich führen kann, der sich aus dem niedrigsten Preis des Angebots des übergangenen Bieters ergibt;

⁷⁶¹ Die o.g. Urteile betrafen noch die Rechtslage vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, als die culpa in contrahendo noch nicht ausdrücklich im BGB geregelt war;

⁷⁶² Wirth/Sienz/Englert, § 311, 1, 3 ff.;

⁷⁶³ Näher dazu siehe Motzke/Pietzcker/Prieß, § 24, Rdn. 65 ff.;

IV. Möglichkeiten zur Aufhebung des Vergabeverfahrens (§ 26 VOB/A)

Im Zusammenhang mit Nebenangeboten stellt sich in besonderer Weise die Frage, inwieweit der Auftraggeber das Vergabeverfahren aufheben kann. Dies ist denkbar insbesondere in der Situation, in der der Auftraggeber Nebenangebote im Sinne von § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A nicht zugelassen hat, dennoch aber von einem oder mehreren Bietern Nebenangebote eingereicht werden, die Lösungsmöglichkeiten für das ausgeschriebene Baumaßvorhaben beinhalten, die das Interesse des Auftraggebers geweckt haben und die dieser nunmehr trotz der ursprünglichen Nichtzulassung gerne berücksichtigen würde. Eine Berücksichtigung nicht zugelassener Nebenangebote verbietet § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOB/A ausdrücklich. Insoweit kann der Auftraggeber allenfalls den Weg über eine **nachträgliche Änderung der Verdingungsunterlagen** mit entsprechender Bekanntgabe an alle Bieter oder eine **Aufhebung des Vergabeverfahrens und Neuausschreibung**, dann mit Zulassung von Nebenangeboten oder Änderung der Leistungsbeschreibung für das Hauptangebot, suchen.

Eine Möglichkeit für eine nachträgliche Korrektur der Nichtzulassungsentscheidung zu Gunsten einer Zulassung von Nebenangeboten wird darin gesehen, dass der Auftraggeber die **Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 c) VOB/A aus „anderen schwerwiegenden Gründen“ aufhebt** und neu ausschreibt. Voraussetzung hierfür ist zumindest, dass dem Auftraggeber die alternative Ausführungsvariante erst nach Beginn der Ausschreibung bekannt geworden ist.⁷⁶⁴ Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Bieter trotz Nichtzulassung ein Nebenangebot abgegeben hat und der Auftraggeber erst im Rahmen der Angebotsöffnung und der nachfolgenden Prüfung⁷⁶⁵ daraus eine neue oder andere Möglichkeit erfährt, wie er sein Bauvorhaben kostengünstiger, schneller oder mit anderen Vorteilen realisieren kann.

Grundsätzlich ist zunächst festzuhalten, dass für die Annahme eines „schwerwiegenden Grundes“ im Sinne von § 26 Nr. 1 c) VOB/A **strenge Maßstäbe** anzulegen sind.⁷⁶⁶ **Ein schwerwiegender Grund kann durchaus in dem oben beschriebenen Fall vorliegen, dass ein Auftraggeber durch ein nicht zugelassenes Nebenangebot eine grundlegend andere und insbesondere auch kostengünstigere**

⁷⁶⁴ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 10, Rdn. 24 unter Verweis auf BGH WM 1993, 299 ff. = NJW 1993, 520 = ZfBR 1993, 78 = BauR 1993, 214;

⁷⁶⁵ Wie oben unter II dargestellt, ist der Auftraggeber nicht zur weiteren Prüfung von Nebenangeboten im Sinne des § 23 VOB/A verpflichtet, wenn er diese ausdrücklich nicht zugelassen hat; wie oben ebenfalls ausgeführt, darf der Auftraggeber aber dennoch freiwillig solche Nebenangebote, insbesondere in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht, weiter prüfen. Auf diese Weise kann er unter Umständen neue Anregungen erhalten für eine alternative Lösungsmöglichkeit der ausgeschriebenen Bauaufgabe, die zu dem Dilemma führen können, dass der Auftraggeber Nebenangebote nicht zugelassen hat, im Nachhinein solche aber nun doch gerne berücksichtigen würde;

⁷⁶⁶ Kapellmann/Messerschmidt, § 26 VOB/A, Rdn. 18;

Form für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung erfährt.⁷⁶⁷ Zumindest bei einer gravierenden Abweichung zwischen Amtsentwurf und Inhalt des nicht zugelassenen Nebenangebots soll der Auftraggeber bereits aus Gleichbehandlungsgründen gehalten sein, die Ausschreibung aufzuheben, um anschließend in einem erneuten Vergabeverfahren allen Bietern die Möglichkeit zu geben, auf der Grundlage der kostengünstigeren Ausführungsweise anbieten zu können, was sich letztlich aus dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsmittel ergebe.⁷⁶⁸

Die **andere Ansicht** hält einen **schwerwiegenden Grund** in der beschriebenen Fallkonstellation **nicht für gegeben**. Rein wirtschaftliche und fiskalische Überlegungen könnten eine Aufhebung nicht rechtfertigen. Ein schwerwiegender Grund im Sinne des Auffangtatbestandes des § 26 Nr. 1 c) VOB/A ergebe sich daraus nicht.⁷⁶⁹ Hebe der Auftraggeber ein Vergabeverfahren dennoch in diesem Fall auf, mache er sich gegenüber den anderen Bietern schadensersatzpflichtig.⁷⁷⁰ *Marbach*⁷⁷¹ sieht in einer Aufhebung eine Vorgehensweise, die mit den Regelungen des § 20 Nr. 3 VOB/A nicht vereinbar sei, wonach die über die Prüfung der Angebote hinausgehende Verwendung von (Neben-)Angeboten und Vorschlägen des Bieters der vorherigen schriftlichen Vereinbarung mit diesem bedarf. Darüber hinaus dürften nach § 27 Nr. 3 VOB/A nicht berücksichtigte Angebote und Ausarbeitungen der Bieter für eine neue Vergabe oder für andere Zwecke nicht benutzt werden.

Letztgenannter Auffassung ist zuzustimmen. Würde man dem Auftraggeber eine Aufhebung in vorgenanntem Fall zubilligen, würde dies zunächst Sinn und Zweck von Nebenangeboten widersprechen. Sie sollen es Bietern, die über besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten verfügen, ermöglichen, daraus auch Wettbewerbsvorteile zu erzielen.⁷⁷² Würde ein Bieter, der ein Nebenangebot einreicht, Gefahr laufen, dass seine Idee im Wege einer Neuausschreibung allen anderen Bietern auch offen steht, würde die Bereitschaft von Bietern, Nebenangebote auszuarbeiten, verständlicherweise erheblich sinken. Andernfalls ist freilich zu berücksichtigen, dass in dem hier zu diskutierenden Fall der Bieter auf Grund der klaren Erklärung des Auftragge-

⁷⁶⁷ *Ingenstau/Korbion*, § 26 VOB/A, Rdn. 43;

⁷⁶⁸ A.a.O. unter Verweis auf BGH NJW 1993, 520 und OLG Nürnberg, NJW 1986, 437; der vom BGH entschiedene Fall betraf eine Ausschreibung, bei der der Auftraggeber durch ein nicht zugelassenes, aber dennoch abgegebenes Nebenangebot die Erkenntnis gewonnen hatte, dass der Einsatz von per Nebenangebot vorgeschlagenen Wasserbauschüttsteinen gegenüber dem ausgeschriebenen Baustoff die wesentlich günstigere Lösung darstellten. Der BGH bejahte die Berechtigung des Auftraggebers, das Vergabeverfahren auf Grund dessen aufzuheben und mit der Vorgabe von Wasserbauschüttsteinen neu auszuschreiben; ebenso *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 26 VOB/A, Rdn. 11 unter Verweis auf OLG Nürnberg, NJW 1986, 437; NJW-RR 1986 247;

⁷⁶⁹ OLG Düsseldorf, BauR 1986, 107 ff.; *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 245; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 26 VOB/A, Rdn. 42;

⁷⁷⁰ *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 25 VOB/A, Rdn. 656;

⁷⁷¹ A.a.O.;

⁷⁷² *Schweda*, in: VergR 2003, 268;

bers wusste, dass Nebenangebote nicht zugelassen waren und er daher insoweit keinen schützenswerten Vertrauenstatbestand zu seinen Gunsten reklamieren kann.

Dennoch muss der Anspruch der Bieter, dass die Vorgaben des Vergabeverfahrens eingehalten werden, der sich in Form eines subjektiven Rechts der Bieter aus § 97 Abs. 7 GWB verkörpert, im Vordergrund stehen. Der Auftraggeber hat es von vornherein in der Hand, Nebenangebote zuzulassen. Lässt er solche nicht zu, müssen sich die Bieter auch darauf verlassen können. Es ist nicht mit der Systematik des Vergabeverfahrens vereinbar, dass dieses in Bezug auf die Frage, ob Nebenangebote zugelassen sind, letztlich während des gesamten Verfahrens in das Belieben des Auftraggebers gestellt wird. Eine – angesichts der klaren Vorgaben der §§ 25 Nr. 5, 26 VOB/A – im Ergebnis willkürliche Beendigung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber ist nicht hinnehmbar. Die Bieter kalkulieren bei Nichtzulassung von Nebenangeboten ihre Angebote ausdrücklich in der Erwartung, dass ein Zuschlag auf der Grundlage der ausgeschriebenen Leistung erteilt wird und nicht doch entgegen der klaren Vorgabe in den Verdingungsunterlagen ein abweichender Vorschlag aus einem nicht zugelassenen Nebenangebot relevant wird.⁷⁷³

V. Nicht berücksichtigte Nebenangebote (§§ 20, 27 VOB/A)

In Bezug auf Angebote generell – ohne Eingrenzung auf Haupt- oder Nebenangebote – verbietet § 27 Nr. 3 VOB/A dem Auftraggeber die Weiterverwendung solcher Angebote, die nicht im Vergabeverfahren „berücksichtigt“ wurden. Dort heißt es: „Nicht berücksichtigte Angebote und Ausarbeitungen der Bieter dürfen nicht für eine neue Vergabe oder für andere Zwecke benutzt werden.“ § 20 Nr. 3 VOB/A gibt darüber hinaus vor, dass der Auftraggeber „Angebotsunterlagen und die in den Angeboten enthaltenen eigenen Vorschläge eines Bieters nur für die Prüfung und Wertung der Angebote (§§ 23 und 25) verwenden“ darf. Eine darüber hinaus gehende Verwendung bedarf demnach der vorherigen schriftlichen Vereinbarung.

Zwar enthalten diese Bestimmungen **keine ausdrücklichen Sonderregelungen für Nebenangebote**. Dennoch ist diese Regelung hier darzustellen, da sich **die Problematik der potenziellen Weiterverwendung eines Angebots durch den Auftraggeber in Zusammenhang mit Nebenangeboten in ganz besonderer Weise stellt**. Während Hauptangebote nur die Preise der Bieter auf den vom Auftraggeber bereits vorgefertigten Leistungskatalog enthalten und insoweit keine besondere Veranlassung für den Auftraggeber besteht, ein nicht gewertetes Hauptangebot in irgendeiner Form „weiter zu verwenden“, ist dies bei Nebenangeboten entscheidend anders gelagert: Diese enthalten definitionsgemäß vom Amtsentwurf abweichende Lösungen.

⁷⁷³ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 26, Rdn. 43;

Insbesondere bei technischen Nebenangeboten kann ein Bieter unter Umständen neue Verfahren oder Baustoffe vorgeschlagen haben, die der Auftraggeber nicht durch Beauftragung des Nebenangebots nützen kann, weil das Nebenangebot sich etwa insgesamt nicht als gleichwertig erwiesen oder unter sonstigen Mängeln gelitten hat, so dass es nicht als annehmbarstes Angebot im Sinne des § 25 Nr. 3 VOB/A den Zuschlag erhalten konnte. In diesem Fall könnte der Auftraggeber ein Interesse daran haben, den Bieter, der das annehmbarste Angebot abgegeben hat, zu beauftragen und mit ihm dann im Nachgang, nach Erteilung des Zuschlags und damit Ende des Vergabeverfahrens, eine Vertragsänderung dahingehend zu vereinbaren, dass er statt dem beauftragten Hauptangebot doch die abweichende Leistung aus dem ursprünglichen Nebenangebot des anderen Bieters auszuführen hat. Der Bieter, der ein Nebenangebot einreicht, das häufig Innovation gegenüber dem Amtsentwurf bedeutet,⁷⁷⁴ wird entsprechend ein gesteigertes Interesse daran haben, dass, wenn er schon den Auftrag nicht erhält, wenigstens sein Know-how vor Weiterverwendung hinreichend geschützt wird.

Diesen Schutz gewährt bereits § 20 Nr. 3 VOB/A. § 27 Nr. 3 VOB/A enthält dazu eine deklaratorische Erweiterung des Schutzes der Bieter. Aus § 20 Nr. 3 VOB/A ergibt sich, dass die **Angebotsunterlagen und damit die Unterlagen zum Nebenangebot trotz Einreichung im Vergabeverfahren grundsätzlich im Eigentum des Bieters bleiben**. Hiervon ausgenommen sind nur Ausnahmefälle, falls die Übereignung zur Prüfung und Bewertung des Angebots zwingend erforderlich ist (z.B. unter Umständen bei Mustern oder Proben) oder Auftraggeber und Bieter in anderer Weise explizit vereinbart haben, dass das Eigentum an den Auftraggeber übergehen soll.⁷⁷⁵ Hieraus folgt neben dem **Rückgabeanspruch bezüglich der Angebotsunterlagen aus § 27 Nr. 4 VOB/A**, der zeitlich auf 30 Kalendertage nach Ablehnung des Angebots begrenzt ist, ein **Herausgabeanspruch** nach den zivilrechtlichen Grundsätzen der **§§ 985 ff. BGB**. Dieser unterliegt demnach keiner zeitlichen Beschränkung und kann allenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen der Verwirkung eines Rechts Grenzen in zeitlicher Hinsicht unterliegen. Beide Herausgabeansprüche beziehen sich auf die körperlichen (Neben-)Angebotsunterlagen, nicht auf die Weiterverwendung der in diesen verkörperten Informationen.

Nach einer Entscheidung des VÜA Brandenburg⁷⁷⁶ **dürfen im Rahmen der Vorgaben der §§ 20 Nr. 3, 27 Nr. 3 VOB/A nur solche Nebenangebote nicht vom Auftraggeber weiterverwendet werden, die urheberrechtlich geschützt sind oder schutzwürdiges Know-how enthalten**. In dem entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber ein Nebenangebot eines Bieters mit einem vom Amtsvorschlag abweichenden Fahrbahnaufbau aus einer aufgehobenen Ausschreibung teilweise für die

⁷⁷⁴ *Marbach*, in: Festschrift für Vygen, S. 241; *Schweda* in: VergR 2003, 268;

⁷⁷⁵ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 20, Rdn. 36 f.; § 27, Rdn. 28; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 20 VOB/A, Rdn. 14; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 20 VOB/A, Rdn. 18;

⁷⁷⁶ Beschluss vom 28.08.1997, 1 VÜ 14/96;

zweite, neue Ausschreibung übernommen. Der VÜA hatte dies gebilligt. Diese Entscheidung ist mit dem insoweit eindeutigen Wortlaut der VOB/A nicht vereinbar. Dort ist nicht unterschieden zwischen einem „schützenswerten“ und einem „nicht schützenswerten“ Angebotsinhalt. Möglicherweise will diese Ansicht nur eine Weiterverwendung von urheberrechtsfähigen Planungen im Sinne des UrhG⁷⁷⁷ unterbinden. Es ist klar geregelt, dass der Auftraggeber (jeglichen) Angebotsinhalt nur für die Prüfung und Wertung im konkreten Vergabeverfahren verwenden darf. Somit bestand in dem obigen Fall keine Berechtigung des Auftraggebers zur Weiterverwendung der Idee des Bieters aus der aufgehobenen Ausschreibung im neuen Vergabeverfahren.

Ein Auftraggeber darf ein Nebenangebot eines Bieters nicht zum Gegenstand einer neuen Ausschreibung machen oder diese im Wege von Verhandlungen anderen Bietern zur Verfügung stellen.⁷⁷⁸ Die Vergabestelle darf ebenso **nicht die Ausschreibung aufheben und anschließend auf der Grundlage eines im ursprünglichen Vergabeverfahren nicht gewerteten Nebenangebots neu ausschreiben oder gar freihändig vergeben.**⁷⁷⁹ In diesem Sinne vor Weiterverwendung geschützt sind Entwürfe, Pläne und Zeichnungen zu einem Nebenangebot, die zudem Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG genießen.⁷⁸⁰ § 20 Nr. 3 VOB/A umfasst darüber hinaus auch andere Interessen des Bieters, die durch eine Weiterverwendung des Nebenangebots über Prüfung und Wertung im konkreten Vergabeverfahren hinaus betroffen sein könnten. Dies sind etwa das in den Unterlagen und Vorschlägen des Bieters enthaltene **Know-how** sowie **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Bieters**, die sich möglicherweise aus den Kalkulationsunterlagen und Preisen oder aus sonstiger Weise aus den Angebotsunterlagen zum Nebenangebot ergeben können. Diese Informationen darf der Auftraggeber an keinen Dritten weitergeben.⁷⁸¹

Eine schuldhaftige Verletzung des Weiterverwendungsverbots durch den Auftraggeber kann **Schadensersatzansprüche** des betroffenen Bieters auslösen aus culpa in contrahendo, § 311 Abs. 2 BGB.⁷⁸² § 20 Nr. 3 VOB/A gewährt dem Bieter Ersatzansprüche nur, soweit ein konkreter Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.⁷⁸³ Des Weiteren hat der Bieter einen Anspruch aus §§ 812 ff. BGB. Dieser bezieht sich aber nicht auf Herausgabe der Nebenangebotsunterlagen an sich. Vielmehr greift dieser, sobald der Auftraggeber das nicht berücksichtigte Nebenangebot eines Bie-

⁷⁷⁷ Siehe ausführlich zur Frage der Urheberrechtsfähigkeit: *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 20 VOB/A, Rdn. 14;

⁷⁷⁸ *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 20 VOB/A, Rdn. 22;

⁷⁷⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.1986, IBR 1998, 418 = BauR 1986, 107ff. = NJW-RR 1986, 508;

⁷⁸⁰ BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1985, 129 ff.; OLG Hamm, GRUR 1967, 608 f.; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 20, Rdn. 41;

⁷⁸¹ VÜA Brandenburg, 1 VÜA 14/96; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 20, Rdn. 43; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 102 ff.;

⁷⁸² *Ingenstau/Korbion*, § 20 VOB/A, Rdn. 51;

⁷⁸³ OLG München, Urteil vom 04.08.2005, 8 U 1540/05; IBR 2006, 578;

ters rechtswidrig benützt.⁷⁸⁴ Die Angebotsunterlagen hat der Auftraggeber nicht ohne Rechtsgrund erhalten. Diese hat der Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens und damit in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 2 BGB dem Auftraggeber überlassen. Durch den Abschluss des Vergabeverfahrens mit dem Zuschlag endet dieses Schuldverhältnis sowohl für den Bieter, der den Zuschlag erhält, sondern auch für die übrigen Bieter, deren (Neben-)Angebote nicht zum Zug gekommen sind. Der Rechtsgrund ist somit weggefallen. In Bezug auf eine unzulässige Weiterverwendung des Inhalts eines Nebenangebots durch den Auftraggeber außerhalb des konkreten Ausschreibungsverfahrens besteht zu keiner Zeit ein Rechtsgrund. §§ 20 Nr. 3, 27 Nr. 3 VOB/A regeln dies ausdrücklich. Der Anspruch des Bieters erstreckt sich in diesem Fall auf den Nutzen, den der Auftraggeber im Sinne von § 818 Abs. 1 BGB aus der unberechtigten Weitergabe des Nebenangebots an einen Dritten gezogen hat. Würde also etwa ein Auftraggeber das Know-How aus dem nicht berücksichtigten Nebenangebot an ein anderes Unternehmen oder an einen anderen Dritten weiterverkaufen und dafür einen Erlös erzielen, hätte er diesen Erlös an den Bieter herauszugeben.

VI. Entschädigung für Nebenangebot nach § 20 Nr. 2 VOB/A ?

Nach der Regelung in § 20 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A erhält ein Bieter für die Bearbeitung des Angebots keine Entschädigung. Eine ausdrückliche Erwähnung von Nebenangeboten findet in diesem Zusammenhang nicht statt. Diese Handhabung wird damit gerechtfertigt, dass das Vergabeverfahren so ausgestaltet ist, dass der Auftraggeber die fertige Leistungsbeschreibung im Sinne von § 9 VOB/A ausarbeitet und der Bieter insoweit nur noch seine Preise einträgt und damit keinen großen Aufwand hat.⁷⁸⁵ Die Ausarbeitung eines Nebenangebots erfordert einen ungleich größeren Aufwand als die Erstellung des Hauptangebots. In letzterem Fall hat der Bieter „nur“ seine Preise zu kalkulieren und auf den vom Auftraggeber bereits fertig ausgestalteten Leistungskatalog in der Leistungsbeschreibung einzutragen. Beim Nebenangebot dagegen muss der Bieter erst einen eigenen Vorschlag entwickeln, der in technischer oder zumindest in kaufmännischer Weise vom Hauptangebot abweicht. Insoweit könnte man vertreten, dass der Bieter eines Nebenangebots entgegen der Grundregel des § 20 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A ausnahmsweise eine Entschädigung für seinen erhöhten Aufwand erhalten müsste.

Auch für die Ausarbeitung von Nebenangeboten gilt insoweit jedoch keine Ausnahme: Auch hierfür **erhält der Bieter keine Entschädigung**. Dies wird damit begründet, dass es im Belieben des Bieters steht, ob und gegebenenfalls wie viel und in welchem Umfang er Nebenangebote abgibt.⁷⁸⁶ Nach einer einschränkenden An-

⁷⁸⁴ Heiermann/Riedl/Rusam, § 27 VOB/A, Rdn. 11 unter Verweis auf OLG Dresden; Hereth/Naschold, § 27, Ez. 8 ff.;

⁷⁸⁵ Kapellmann/Messerschmidt, § 20 VOB/A, Rdn. 9;

⁷⁸⁶ Heiermann/Riedl/Rusam, § 20 VOB/A, Rdn. 12 a.E.;

sicht ist jedenfalls für Nebenangebote, die der Auftraggeber nur zugelassen oder gewünscht, nicht aber ausdrücklich gefordert hat, keine Entschädigung zu gewähren.⁷⁸⁷ Unabhängig davon, ob eine ausreichend griffige Abgrenzung zwischen einem „Wünschen“ und dem „Fordern“ von Nebenangeboten getroffen werden kann, ist eine Entschädigung in jedem Fall abzulehnen. Voraussetzung für eine Entschädigung ist nach § 20 Nr. 2 S. 2 VOB/A, dass der Auftraggeber Entwürfe, Pläne o.ä. von den Bietern gefordert hat. Dies bedeutet, dass Voraussetzung für eine Entschädigung ist, dass die Bearbeitung des Angebots den normalerweise üblichen und erforderlichen Umfang der Angebotsbearbeitung nicht übersteigt.⁷⁸⁸ Nach der Systematik der VOB/A kann der Auftraggeber entscheiden, ob er Nebenangebote „wünscht“ oder „nicht zulassen will“. Weitere Alternativen sieht § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A nicht vor. Insoweit handelt es sich selbst im Falle des „Wünschens“ von Nebenangeboten nicht um vom Auftraggeber „verlangte“ Unterlagen. Den Aufwand für die Ausarbeitung von Nebenangeboten betreibt der Bieter ausschließlich im Eigeninteresse, um sich eine günstigere Stellung im Wettbewerb zu eröffnen.⁷⁸⁹

Zur dogmatischen Begründung hierfür ließe sich auch § 632 Abs. 3 BGB heranziehen. Demnach ist ein Kostenanschlag, den ein Unternehmer unterbreitet, *„im Zweifel nicht zu vergüten“*. Auch ein Nebenangebot ist von seiner Systematik her letztlich mit einem Kostenanschlag vergleichbar: Dieser dient dazu, die Höhe der voraussichtlichen Kosten für eine Leistung unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten abschätzen und mit Konkurrenzangeboten vergleichen zu können.⁷⁹⁰ Der Aufwand für die Erstellung eines Kostenanschlags zählt nach der berechtigten Erwartung des Bestellers zu den Gemeinkosten des Unternehmers.⁷⁹¹ Ähnlich verhält es sich bei einem Nebenangebot: Auch dieses resultiert nicht aus einer vertraglich geschuldeten Planung des Unternehmers, die im Zweifel zu vergüten wäre,⁷⁹² sondern um eine letztlich im Eigeninteresse des Bieters erstellte Planung und Berechnung des Angebotspreises, damit der Auftraggeber dieses mit den weiteren, eingereichten Angeboten vergleichen und seine Vergabeentscheidung treffen kann.

⁷⁸⁷ *Ingenstau/Korbion*, § 20 VOB/A, Rdn. 20;

⁷⁸⁸ *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 20 VOB/A, Rdn. 15;

⁷⁸⁹ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 20, Rdn. 26; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 20 VOB/A, a.a.O.; *Ingenstau/Korbion*, a.a.O.; *Schelle/Erkelenz*, S. 289f.;

⁷⁹⁰ *Palandt/Sprau*, § 632, Rdn. 10; *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 632, Rdn. 25 f.; *Englert/Motzke/Wirth*, § 632, Rdn. 6;

⁷⁹¹ Regierungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, S. 613; BT-Drucksache 14/6040, S. 260;

⁷⁹² OLG Celle, BauR 2004, 361 für eine durch einen Architekten erbrachte Planung;

E) Wertung von Nebenangeboten

Bei einem Nebenangebot handelt es sich, wie oben dargestellt, trotz der Besonderheiten, die im Zusammenhang damit zu beachten sind, grundsätzlich um ein Angebot, für das somit auch die Vorschriften des § 25 VOB/A zu beachten sind, die im Rahmen von Hauptangeboten einschlägig sind.⁷⁹³ Die Prüfung und Wertung von Nebenangeboten stellt an den Auftraggeber jedoch in mehrfacher Hinsicht höhere Anforderungen.⁷⁹⁴ Dies liegt in den Besonderheiten begründet, die mit Nebenangeboten einhergehen.

I. Besonderheiten gegenüber dem Hauptangebot

Anders als bei Hauptangeboten erfährt der Auftraggeber erst im Rahmen der Prüfung und Wertung, welchen Leistungsinhalt der Bieter in seinem Nebenangebot vorgesehen hat. Er hat insoweit keine Möglichkeit, sich bereits vor der Submission Gedanken darüber zu machen, ob die vom Amtsvorschlag abweichende Bieteridee „funktioniert“, also geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Darüber hinaus muss der Auftraggeber Prüfungsschritte vornehmen, die er im Rahmen eines Hauptangebots nicht zu bewältigen hätte: Er muss **zusätzlich prüfen und bewerten**, inwieweit der alternative Vorschlag des Bieters im Nebenangebot mit dem Amtsvorschlag **gleichwertig** ist (beziehungsweise als Vorstufe, ob der Bieter hinreichend Nachweise für die Gleichwertigkeit mitgeliefert hat) und insbesondere ermitteln, ob und inwieweit sich auf Grund des Nebenangebots **wirtschaftliche oder sonstige Vorteile** gegenüber einer Beauftragung des Hauptangebots ergeben.⁷⁹⁵

Die Prüfung und Wertung von Nebenangeboten stellt somit einen vergaberechtlichen Schwerpunkt dar.⁷⁹⁶ Im Folgenden werden diese Besonderheiten dargestellt, die sich aus dem Wesen von Nebenangeboten gegenüber der Wertungsabfolge bei Hauptangeboten ergeben.

II. Wertungspflicht des Auftraggebers

§ 25 Nr. 5 VOB/A gibt eine klare **Wertungspflicht für den Auftraggeber** vor: Er hat Nebenangebote zwingend zu werten („sind zu werten“), es sei denn, er hat sie ordnungsgemäß nach §§ 10, 17 VOB/A in den Vergabeunterlagen oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe von vornherein ausgeschlossen.⁷⁹⁷ Dies bedeutet in der Konsequenz, dass der Auftraggeber **Nebenangebote auch dann zwingend zu wer-**

⁷⁹³ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 138; *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 244;

⁷⁹⁴ *Schweda*, in: *VergR* 2003, 274;

⁷⁹⁵ OLG Naumburg, Beschluss vom 08.02.2005, 1 Verg 20/04; VK Hessen, Beschluss vom 16.07.2004, 69d-VK-39/2004; VK Bund, Beschluss vom 26.03.1001, VK 1-07/02; *Weyand*, § 25, Ziff. 5726;

⁷⁹⁶ *Marbach*, a.a.O., S. 243;

⁷⁹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.07.2003, Verg 40/03; VK Sachsen, Beschluss vom 20.01.2004, 1/SVK/160-03; *Weyand*, § 25, Ziff. 5722; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 131; *Hofmann* in: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 38;

ten hat, wenn er den von ihm beabsichtigten grundsätzlichen **Ausschluss nicht hinreichend klar und eindeutig** in den Vergabeunterlagen oder in der Bekanntmachung zum Ausdruck gebracht hat.⁷⁹⁸

Zum Teil wird vertreten, dass auch im Falle einer ausdrücklichen Nichtzulassung von Nebenangeboten dennoch eine nachträgliche Wertungsmöglichkeit besteht. Hält sich der Auftraggeber selbst nicht an den Ausschluss, den er in den Vergabeunterlagen und/oder der Vergabebekanntmachung erklärt hat, und wertet dennoch eingereichte Nebenangebote, soll er jedoch verpflichtet sein, wenn mehrere Bieter Nebenangebote abgegeben haben, diese so an der Vergabe zu beteiligen, als ob sie ausdrücklich zugelassen worden wären.⁷⁹⁹

Eine andere Ansicht in der Literatur sieht den Auftraggeber ebenso nicht verpflichtet, ein nicht zugelassenes, aber dennoch von einem Bieter eingereichtes Nebenangebot zu werten, nimmt jedoch in diesem Fall eine Wertungsmöglichkeit nach sachgerechtem Ermessen („Kann-Wertung“) an. Dies soll ebenso für den Fall von Nebenangeboten ohne gleichzeitiges Hauptangebot gelten, die in Verfahren abgegeben wurden, in denen der Auftraggeber diese Variante ausdrücklich nach § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A ausgeschlossen hat. In beiden Fallgruppen sei die Wertung in das Ermessen des Auftraggebers gestellt, jedoch – nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen – nicht in ein beliebiges Ermessen frei von allen sachlichen Erwägungen. Wenn solche Nebenangebote zweckmäßig, brauchbar und gleichwertig seien, wobei der Ausschreibende nach § 7 VOB/A die Möglichkeit habe, zur Beurteilung einen Sachverständigen hinzuzuziehen, sei dieses Angebot zu berücksichtigen, das Ermessen wäre hier also faktisch auf Null reduziert. Würde der Auftraggeber ein Nebenangebot in diesem Fall nicht, würde ein Ermessens Fehlgebrauch vorliegen.⁸⁰⁰

Diese Auffassungen sind jedoch abzulehnen: Es reicht nicht aus, wenn der Auftraggeber alle trotz Nichtzulassung abgegebenen Nebenangebote nachträglich doch in gleicher Weise wertet. § 97 Abs. 2 GWB verpflichtet ausdrücklich zur Gleichbehandlung *aller* Bieter. Dies sind nicht nur alle Bieter, die trotz Nichtzulassung doch Nebenangebote eingereicht haben, sondern alle Bieter, die sich an dem konkreten Vergabeverfahren beteiligt haben.⁸⁰¹ Möglicherweise haben teilnehmende Bieter im Vertrauen auf die ausdrückliche Nichtzulassung darauf verzichtet, Nebenangebote einzureichen. Für sie stellt es eine Ungleichbehandlung dar, wenn die nicht zugelassenen Nebenangebote ihrer Mitbewerber entgegen der ausdrücklichen Erklärung des Auftraggebers nun doch gewertet werden. Diesen Bieter geht damit möglicherweise Wettbewerbsvorteile, die sie sich verschaffen hätten können, wenn auch sie (trotz Nichtzulassung) ebenso Nebenangebote abgegeben hätten. Die Bieter ha-

⁷⁹⁸ *Ingenstau/Korbion*, § 25 VOB/A, Rdn. 85;

⁷⁹⁹ A.a.O., Rdn. 83; *Hofmann* in: ZfBR 1984, 259 f.; OLG Düsseldorf, BauR 1982, 53;

⁸⁰⁰ *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 39;

⁸⁰¹ *Byok/Jaeger*, § 97, Rdn. 146 ff.;

ben nach § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Vergabebestimmungen einhält. § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOB/A schreibt ausdrücklich vor, dass nicht zugelassene Nebenangebote nicht gewertet werden dürfen. Eine nachträgliche Wertung ist damit nicht zulässig.⁸⁰²

III. Beurteilungsspielraum des Auftraggebers

Im Rahmen der Wertung eines Nebenangebots steht dem Auftraggeber Ermessen innerhalb bestimmter Ermessensschränken zu. Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung hat er einen objektiven und subjektiven Beurteilungsspielraum. Die Wertung von Nebenangeboten ist durch die nachprüfende Stelle – sei es die Vergabepflichtstelle oder bei Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte die Vergabekammer bzw. der Vergabesenat des zuständigen OLG – insoweit nur eingeschränkt überprüfbar. Diese kann nicht ihre eigene Wertung an die Stelle der Wertung des Auftraggebers setzen. Wie bei der Prüfung einer Ermessensentscheidung im Verwaltungsrecht⁸⁰³ ist die Wertung lediglich dahingehend überprüfbar, ob der Auftraggeber sein Ermessen überhaupt ausgeübt hat sowie ob Fehler beim Gebrauch bzw. der Ausübung des Ermessens vorliegen.⁸⁰⁴ Im Rahmen der Wertung von Nebenangeboten muss der Auftraggeber zahlreiche Einzelumstände berücksichtigen und ins Verhältnis zueinander setzen, um am Ende im Rahmen einer Gesamtschau beurteilen zu können, ob das konkrete Nebenangebot gleichwertig mit dem Amtsentwurf und ob es wirtschaftlich gegenüber den abgegebenen Hauptangeboten und den weiteren Nebenangeboten günstiger ist. Dies erfordert systematisch einen Beurteilungsspielraum für die Vergabestelle zur Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe (so etwa des Begriffs „Wirtschaftlichkeit“) und zur Betätigung ihres Ermessens innerhalb der Ermessensschränken bei der Entscheidung, ob ein Ausschluss aus der Wertung erfolgt oder das Nebenangebot den Zuschlag erhalten soll.

Eine **Überschreitung dieses Beurteilungsspielraums bzw. der Ermessensschränken** ist nur in dem Fall anzunehmen, in dem der Auftraggeber im Rahmen dieser Wertung Verfahrensbestimmungen nicht eingehalten, also etwa die Prüfungsstufen nicht alle ausgefüllt oder nicht ausreichend voneinander getrennt hat, der Bewertung nicht den zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt zu Grunde gelegt hat, sachwidrige Erwägungen in die Wertung einfließen hat lassen (etwa weil er in einem Vergabeverfahren über dem Schwellenwert einen regionalen Bieter ge-

⁸⁰² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.07.2003, Verg 40/03; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 84 f.;

⁸⁰³ *Kopp/Ramsauer*, § 40, Rdn. 11 f.; *Kopp/Schenke*, § 68, Rdn. 9; § 113, Rdn. 24; § 114, Rdn. 7 ff.;

⁸⁰⁴ OLG Hamm, Urteil vom 25.10.2005, 24 U 39/05; OLG Naumburg, Beschluss vom 08.02.2005, 1 Verg 20/04; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.10.2005, 1 VK 62/05; VK Brandenburg, Beschluss vom 21.09.2005, 2 VK 54/05; VK Lüneburg, Beschluss vom 19.04.2005, VgK-11/2005; *Weyand*, § 25, Ziff. 5727;

genüber einem Mitbewerber aus dem europäischen Ausland bevorzugt⁸⁰⁵) oder seinen Beurteilungsspielraum nicht zutreffend anwendet. Nur wenn eine dieser Voraussetzungen vorliegt, kann die Nachprüfungsstelle die Ermessensentscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Wertung des Nebenangebots in zulässiger Weise aufheben.⁸⁰⁶

IV. Allgemeines Wertungssystem für Angebote

Die **Wertung von (Haupt-)Angeboten allgemein** – ohne besondere Rücksicht auf Nebenangebote – findet grundsätzlich in **vier Stufen** statt.⁸⁰⁷

- **Wertungsstufe 1:**
Ermittlung der **Angebote, die aus formalen Gründen zwingend auszuschließen sind** (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A) bzw. **fakultativ ausgeschlossen werden können** (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A)
- **Wertungsstufe 2:**
Prüfung der **persönlichen und fachlichen Eignung der Bieter** im Sinne von § 8 VOB/A (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit)
- **Wertungsstufe 3:**
Prüfung der **Angemessenheit der Angebotspreise** (§ 25 Nr. 3 Abs. 1, 2 VOB/A)
- **Wertungsstufe 4:**
Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots als Vergabevorschlag (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A)

Diese **Prüfungsstufen** sind, wie oben ausgeführt, auch in Zusammenhang mit Nebenangeboten durchzuführen. Im Rahmen der Wertung hat der Auftraggeber **nacheinander und strikt voneinander getrennt**⁸⁰⁸ die Wertungsstufen zu absolvieren und so zu ermitteln, welches der eingereichten Angebote das wirtschaftlichste ist und auf Grund dessen den Zuschlag erhalten soll.⁸⁰⁹

⁸⁰⁵ *Byok/Jaeger*, § 97, Rdn. 149;

⁸⁰⁶ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17.03.2006, VK-SH 2/06; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.10.2005, 1 VK 62/05; VK Berlin, Beschluss vom 29.06.2004, VK-B1-24/04; VK Sachsen, Beschluss vom 26.01.2004, 1/SVK/161-03; VK Bremen, Beschluss vom 19.02.2003, VK 2/03; VK Hessen, Beschluss vom 14.03.2002, 69d-VK 7/2002; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 07.03.2002, VK 2/02; *Weyand*, § 25, Ziff. 5727;

⁸⁰⁷ BGH NJW 1998, 3644 ff.; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.11.2001, 1 VK 37/01; *Schweda* in: VergR 2003, 274;

⁸⁰⁸ VK Münster, Beschluss vom 17.11.2005, VK 21/05; VK Südbayern, Beschluss vom 11.05.2005, 17-04/05; VK Bremen, Beschluss vom 25.06.2003, VK 10/03; VK Brandenburg, Beschluss vom 26.04.2004, VK 7/04;

⁸⁰⁹ OLG Celle, Beschluss vom 03.03.2005, 13 Verg 21/04; OLG Jena, Urteil vom 27.02.2002, 6 U 360/01; VK Südbayern, Beschluss vom 21.07.2005, 30-06/05; VK Sachsen, Beschluss

V. Zusätzliche Wertungsstufen für Nebenangebote

Innerhalb dieses Wertungssystems für Angebote hat sich eine fünfstufige Wertungsfolge speziell für Nebenangebote herausgebildet. Die Vergabekammer Sachsen hat diesen im Leitsatz ihres Beschlusses vom 23.05.2003⁸¹⁰ wie folgt beschrieben:

„Zunächst ist festzustellen, ob Nebenangebote überhaupt zugelassen waren; danach erfolgt die Prüfung, ob das Nebenangebot die Mindestbedingungen des Leistungsverzeichnisses erfüllt. Im nächsten Schritt ist zu klären, ob das Nebenangebot in der Fassung der Angebotsabgabe den Nachweis der Gleichwertigkeit erbracht hat. Daran schließt sich die Prüfung an, ob die behauptete Gleichwertigkeit auch objektiv gegeben ist. Erst im abschließenden fünften Schritt findet ein Wirtschaftlichkeitsvergleich des – danach zu werten – Nebenangebots gegenüber dem wirtschaftlichsten Hauptangebot oder anderen – wertbaren – Nebenangeboten statt.“

Hieraus ergibt sich folgende **Prüfungsreihenfolge für Nebenangebote**:

- **Stufe 1:**
Prüfung der **Zulässigkeit** von Nebenangeboten im konkreten Verfahren
- **Stufe 2:**
Erfüllung eventueller Mindestbedingungen des Auftraggebers aus dem Leistungsverzeichnis
- **Stufe 3:**
Nachweis der Gleichwertigkeit durch den Bieter ausreichend **erbracht** ?
- **Stufe 4:**
Ist die **Gleichwertigkeit** des Nebenangebots mit dem Hauptangebot objektiv gegeben ?
- **Stufe 5:**
Wirtschaftlichkeitsvergleich mit dem wirtschaftlichsten Hauptangebot bzw. anderen wertbaren Nebenangeboten

Nicht berücksichtigt ist in diesem System gesondert die Frage der Formalia, die sich aus § 21 Nr. 3 VOB/A ergeben. Diese Prüfung ist jedoch bereits in der regulären Angebotsprüfung in Stufe 1 enthalten, so dass diesbezüglich nicht eine Doppelprüfung im besonderen Wertungsverfahren für Nebenangebote anzustellen ist.

vom 11.02.2005, 1/SVK/128-04; VK Bund, Beschluss vom 10.12.2003, VK 1-116/03; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.07.2003, 1 VK 30/03; *Weyand*, § 25, Ziff. 5306;
⁸¹⁰ Beschluss vom 23.05.2003, 1/SVK/30-03; hierzu *Völlink* in: IBR 2003, 574;

Damit ergibt sich folgende **Prüfungssystematik für Nebenangebote**:

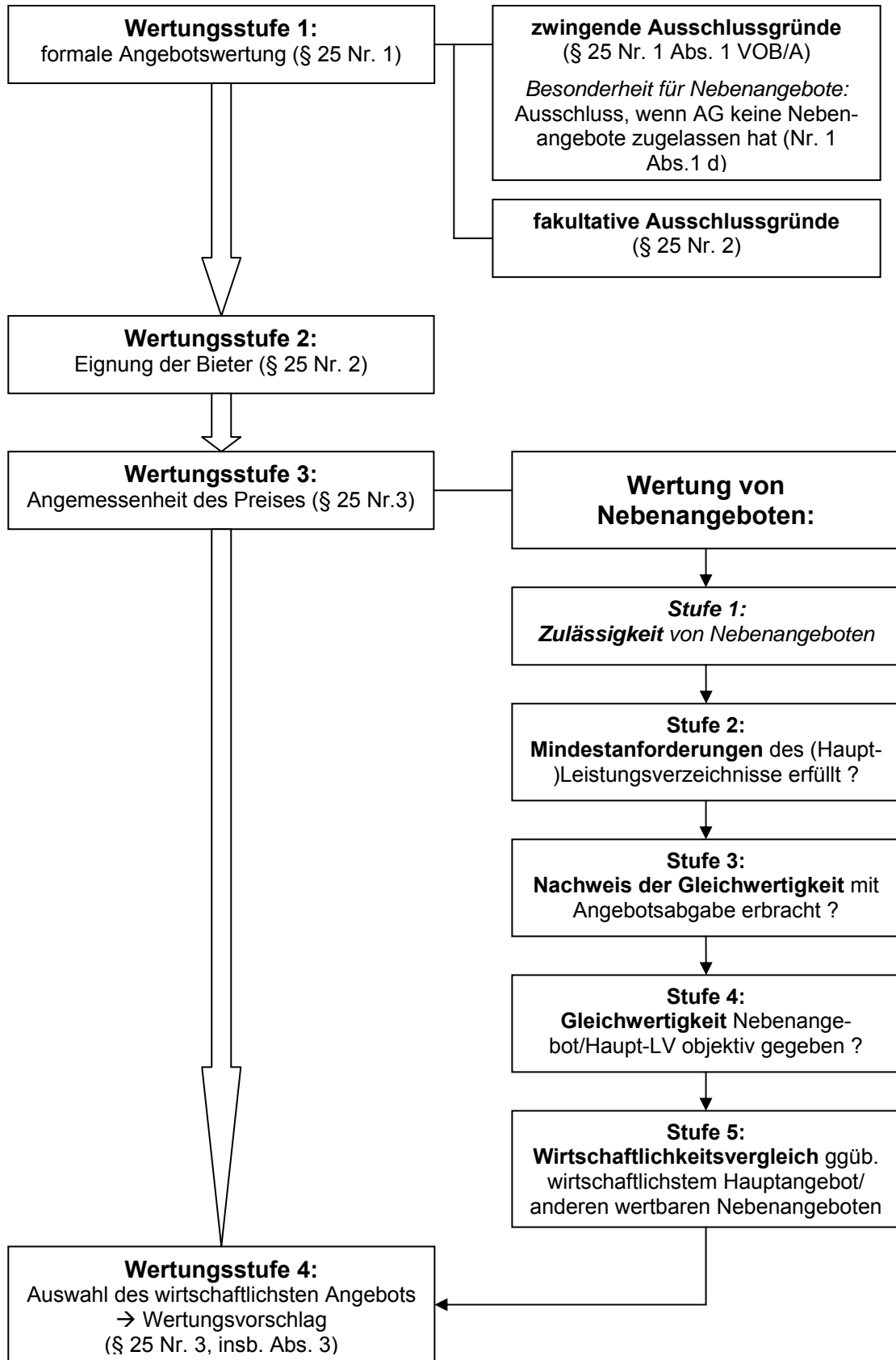


Abb.: Wertungssystem für Nebenangebote auf der Basis von § 25 VOB/A

Die fünf Prüfungsstufen im Rahmen der inhaltlichen Wertung von Nebenangeboten sind nunmehr im Einzelnen zu betrachten. Vorab ist die Prüfung der Formalia in Bezug auf die Besonderheiten in Zusammenhang mit Nebenangeboten darzustellen.

1. Prüfung der Formalia bei Nebenangeboten (§§ 21 Nr. 3, 25 Nr. 1 VOB/A)

Im Rahmen der Wertungsstufe 1 der Wertung von Angeboten allgemein⁸¹¹ ist auch im Rahmen der abgegebenen Nebenangebote vom Auftraggeber zunächst festzustellen, ob die Formalia bezüglich des Angebots eingehalten sind. Diese ergeben sich bei Nebenangeboten aus **§ 21 Nr. 3 VOB/A**. Demnach hat der Bieter drei Anforderungen zu erfüllen: Er hat die **Anzahl** der von ihm abgegebenen Nebenangebote an einer vom Auftraggeber bezeichneten Stelle **anzugeben**, Nebenangebote **auf besonderer Anlage zu machen** und **deutlich als solche zu kennzeichnen**.⁸¹²

Wie oben bereits ausgeführt, ist die **fehlende Angabe der Anzahl von Nebenangeboten** nicht sanktioniert und führt weder fakultativ noch zwingend zu einem Ausschluss des oder der Nebenangebote in dieser Konstellation. Es wird insoweit die Ansicht vertreten, dass es im Ermessen des Auftraggebers steht, dennoch das Angebot auszuschließen.⁸¹³ Zur Begründung wird unter anderem auf eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts verwiesen, aus der jedoch nur explizit hervorgeht, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei Fehlern im Angebot ein Ermessen hat, ob er dieses Angebot ausschließen will oder nicht.⁸¹⁴ In der VOB/A ist eine ausdrückliche Regelung getroffen, wann ein fakultativer und wann ein zwingender Ausschluss eines Angebots als Rechtsfolge vorzunehmen ist. Somit ist für den Fall, dass „nur“ die Angabe der Anzahl der Nebenangebote vom Bieter nicht vorgenommen wurde, nicht von einem Ermessen des Auftraggebers auszugehen, das Nebenangebot auszuschließen. Ebenso ist auch nicht eine Reduzierung des Ermessens auf Null anzunehmen, nachdem gerade für diese Konstellation keine Rechtsfolge in der VOB/A ausdrücklich vorgegeben ist.

Anders ist dies in Fällen, in denen der Bieter das **Nebenangebot nicht auf besonderer Anlage gemacht** und/oder **nicht ausreichend deutlich als solches gekennzeichnet** hat. In diesem Zusammenhang gilt es in besonderer Weise, die Erkennbarkeit von Nebenangeboten im Submissionstermin und damit die Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten, um den Auftraggeber vor späteren Manipulationsvorwürfen zu bewahren.⁸¹⁵ Hierfür sieht die VOB/A ausdrücklich Rechtsfolgen vor. Der Auftraggeber ist nach dem Wortlaut des § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A nicht ver-

⁸¹¹ Vgl. oben IV;

⁸¹² Vgl. oben Teil 3 C;

⁸¹³ *Weyand*, § 25, Ziff. 5615;

⁸¹⁴ BayObLG, Beschluss vom 29.04.2002, Verg 10/02;

⁸¹⁵ VK Nordbayern, Beschluss vom 26.10.2001, 320.VK-3194-37/01;

pflichtet, Nebenangebote in solchen Fällen auszuschließen. Dort ist ausdrücklich ein fakultativer Ausschluss vorgesehen.

Über die Anwendung dieser Rechtsfolge besteht in der Entscheidungspraxis jedoch Uneinigkeit.⁸¹⁶ Nach einer Ansicht kann der Auftraggeber Nebenangebote, die nicht ausreichend als solche gekennzeichnet oder/und nicht auf besonderer Anlage gemacht sind, von der Wertung ausschließen, er muss aber von diesem Recht keinen Gebrauch machen, sondern ist dahingehend in seiner Entscheidung völlig frei.⁸¹⁷ Eine andere Ansicht sieht zwar einen Ausschluss ebenso grundsätzlich in das Ermessen des Auftraggebers gestellt, hält das Ermessen jedoch auf Grund des systematischen Zusammenhangs mit § 21 Nr. 3 VOB/A für dahingehend reduziert, dass der Auftraggeber wegen des Bieter schützenden Charakters dieser Vorschrift im Regelfall verpflichtet ist, ein Nebenangebot auszuschließen, das unter einem solchen Mangel leidet. Dies sei Ausfluss des Transparenzgebots im Vergabeverfahren und der zu gewährleistenden Chancengleichheit aller Bieter. Dies gelte insbesondere für technische Nebenangebote, da diese bei Fehlen einer Kennzeichnung als solche nicht erkennbar seien und ein fehlerfreier Ablauf der Prüfung und Wertung nicht möglich sei. Wenn ein Auftraggeber ausnahmsweise ein solches Angebot dennoch weiter werten wolle, müssten hierfür besondere Gründe vorliegen und erkennbar sein.⁸¹⁸ Noch strenger handhabt eine weitere Ansicht die Regelung, die ein Nebenangebot, das nicht hinreichend gekennzeichnet und/oder nicht auf besonderer Anlage gemacht ist, generell von der Wertung ausschließt. Ein solches Angebot leide unter einem derart gravierenden Formfehler, dass es nicht gewertet werden dürfe.⁸¹⁹

Insbesondere letztgenannte Ansicht, nach der faktisch ein zwingender Ausschluss vorzunehmen wäre, wenn ein Nebenangebot nicht ausreichend deutlich als solches gekennzeichnet ist bzw. nicht auf besonderer Anlage unterbreitet wird, geht zu weit. Sie ist mit der ausdrücklichen anderweitigen Regelung in der VOB/A nicht vereinbar. § 25 Nr. 1 VOB/A unterscheidet von seinem Wortlaut her zwischen zwingenden Ausschlussgründen in Abs. 1 und fakultativen in Abs. 2. Die Nichteinhaltung der Formvorschriften in § 21 Nr. 3 S. 2 VOB/A ist dabei in § 25 Abs. 2 VOB/A geregelt. Somit wäre eine Auslegung dahin gehend, dass letztlich trotz des ausdrücklichen Wortlauts der Regelung ein Ausschluss verpflichtend vorzunehmen ist, „contra legem“⁸²⁰. Es besteht vielmehr Ermessen des Auftraggebers, ob er ein solches Nebenangebot dennoch werten will. Diese Grenzen des Ermessens sind nach der Teleologie der

⁸¹⁶ Vgl. hierzu *Weyand*, § 25, Ziff. 5611;

⁸¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2006, Verg 77/05; BayObLG, Beschluss vom 29.04.2002, Verg 10/02;

⁸¹⁸ VK Brandenburg, Beschluss vom 12.03.2003, VK 7/03; VK Sachsen, Beschluss vom 09.05.2003, 1 SVK/34-03;

⁸¹⁹ VK Hannover, Beschluss vom 05.07.2002, 26045-VgK-3/2002; VK Magdeburg, Beschluss vom 20.07.2001, VK-OFD LSA-5/01;

⁸²⁰ Im Sinne eines Widerspruchs gegen geltende Vorschriften – bei der VOB/A handelt es nicht um ein Gesetz im formellen Sinne;

Wertungsvorgabe in § 25 Nr. 1 VOB/A an dem Kriterium zu messen, ob das konkrete Nebenangebot auf Grund der Gesamtumstände trotz fehlender Kennzeichnung oder Abgabe auf besonderer Anlage als Nebenangebot eindeutig zu identifizieren ist.

2. Prüfung der Zulässigkeit von Nebenangeboten

Der Auftraggeber hat gemäß § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A die grundsätzliche Entscheidungsfreiheit, ob er im konkreten Vergabeverfahren Nebenangebote zulassen will oder nicht sowie ob er Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausnahmsweise ausschließen will. Diese dem Ausschreibenden zur Verfügung stehenden Möglichkeiten wurden oben bereits ausführlich dargestellt.⁸²¹

Im Rahmen der Wertung hat der Auftraggeber gemäß **§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOB/A** Nebenangebote **zwingend auszuschließen**, die von Bietern abgegeben wurden, obwohl Nebenangebote gemäß Erklärung in den Vergabeunterlagen (§ 10 VOB/A) oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 17 VOB/A) nicht zugelassen waren.⁸²² Dies gilt ebenso für den Fall, dass ein Bieter ein Nebenangebot ohne gleichzeitiges Hauptangebot abgibt, wenn die ausschreibende Stelle ausdrücklich nach § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A erklärt hatte, dass Nebenangebote ohne Abgabe parallel zu einem Hauptangebots unzulässig sind.⁸²³ Der Auftraggeber kann sich **nicht ohne Weiteres umentscheiden** und nachträglich Nebenangebote entgegen seiner ursprünglichen Erklärung doch zulassen und werten.⁸²⁴ Hat sich der Auftraggeber in Vergabeunterlagen sowie Vergabebekanntmachung **nicht zur Zulässigkeit geäußert**, sind Nebenangebote grundsätzlich zugelassen, wie aus dem Wortlaut der §§ 10 Nr. 5 Abs. 4, 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. u) sowie Nr. 2 Abs. 2 lit. q) VOB/A deutlich wird.

3. Erfüllung von Mindestanforderungen des Auftraggebers

Bei der Frage nach den Mindestbedingungen bzw. Mindestanforderungen ist zu unterscheiden. Dieser Begriff wird **in zweierlei Anwendungsbereichen** verwendet. Zum einen tritt er in Erscheinung im Rahmen von Vergabeverfahren ab den Schwellenwerten nach § 2 Nr. 4 VgV, für die die europarechtlichen Vorgaben und entsprechend die a-Paragrafen der VOB/A gelten. Hier regelt **§ 10a VOB/A**, dass der Auftraggeber Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen zu nennen hat. In Vergabeverfahren generell ohne Rücksicht auf den Bruttoauftragswert und die Schwellenwertregelungen können Mindestanforderungen im Sinne so genannter „**K.o.-Kriterien**“ vom Auftraggeber vorgegeben sein.

⁸²¹ Siehe oben Teil 3 A;

⁸²² VK Lüneburg, Beschluss vom 03.12.2004, 203-VgK-52/2004; *Weyand*, § 25, Ziff. 5604; *Marbach*, Festschrift für Vygen, S. 243;

⁸²³ OLG Saarbrücken, ZVgR 2000, 181 ff.; siehe oben Teil 3 A III 6.;

⁸²⁴ VÜA Bayern, BauR 1999, 791; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 10 VOB/A, Rdn. 33; *Herig*, Teil A, § 10, Rdn. 14; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 134; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 10 VOB/A, Rdn. 61; differenzierend VK Südbayern, Beschluss vom 28.04.2001, 07-03/01; siehe ausführlich hierzu Teil 3 A III 5.;

3.1 Mindestanforderungen nach § 10a VOB/A

Für Vergabeverfahren, mit denen Bauaufträge ab dem Schwellenwert nach § 2 Abs. 4 VgV⁸²⁵ vergeben werden, schreibt **§ 10a lit. f) VOB/A** vor, dass der **Auftraggeber** in seinem Anschreiben in den Vergabeunterlagen die **Nennung von Mindestanforderungen für Nebenangebote** vornehmen muss, sofern Nebenangebote nicht ausgeschlossen sind. **§ 25a Nr. 3 VOB/A** regelt für solche Verfahren die Rechtsfolge für den Fall, dass der Auftraggeber ordnungsgemäß Mindestanforderungen vorgegeben hat, der Bieter diese mit seinem Nebenangebot aber nicht erfüllt: *„Der Auftraggeber berücksichtigt nur Nebenangebote, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen.“* Für den Bereich der Sektorenauftraggeber schreibt § 10b Nr. 2 VOB/A die Nennung von Mindestanforderungen vor. § 25b Nr. 3 VOB/A regelt wiederum die entsprechende Rechtsfolge: Der Auftraggeber darf Nebenangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, nicht werten.

Die Problematik der Mindestanforderungen und insbesondere die Frage, in welchem Umfang und für welche Art von Nebenangeboten der Auftraggeber solche zu benennen hat, waren Gegenstand der *„Traunfellner-Entscheidung“* des EuGH.⁸²⁶ Im Rahmen der hier vorliegenden Abhandlung wird dieser Komplex ausführlich in Teil 4 ausgeführt.

3.2 „K.o.-Kriterien“

Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, Nebenangebote nach § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A vollständig in einem konkreten Vergabeverfahren auszuschließen.⁸²⁷ Er hat als Minus dazu des Weiteren die Möglichkeit – unabhängig davon, ob der Schwellenwert nach § 2 Nr. 4 VgV erreicht wird oder nicht – in seinen Vergabeunterlagen Mindestanforderungen (auch „Mindestkriterien“, „Mindestbedingungen“) aufzustellen, die zugelassene Nebenangebote einhalten müssen. Erfüllen Nebenangebote diese verbindlichen Festlegungen nicht, sind sie **zwingend auszuschließen**, da in diesem Fall damit die Verdingungsunterlagen vom Bieter in unzulässiger Weise geändert werden.⁸²⁸ Aus diesem Grund werden solche Mindestbedingungen vielfach als **„K.o.-Kriterien“** bezeichnet.⁸²⁹

⁸²⁵ Derzeit 5.278.000,- EUR; bei losweiser Vergabe unter den dort geregelten Voraussetzungen 100.000,- EUR, § 2 Nr. 4 VgV;

⁸²⁶ Urteil vom 16.10.2003, Az. Rs. C-421/01 in: BauR 2004, 563 = VergR 2004, 50 = ZfBR 2004, 85 = IBR 2003, 683;

⁸²⁷ Vgl. oben Teil 3 C I;

⁸²⁸ OLG Celle, Beschluss vom 03.03.2005, 13 Verg 21/04; VK Bund, Beschluss vom 10.12.2002, VK 1-93/02; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.05.2001, 1 VK 7/01; VK Lüneburg, Beschluss vom 03.12.2004, 203-VgK-52/2004; VK Nordbayern, Beschluss vom 11.02.2005, 320.VK-3194-51/04; Weyand, § 25, Ziff. 5604; Schweda, a.a.O.;

⁸²⁹ U.a. VK Arnsberg, Beschluss vom 10.06.2003, VK 1-10/2003; Schweda, in: VergR 2003, 276;

Auf Grund der Verpflichtung zur Transparenz im Vergabeverfahren ist es **nicht zulässig, eindeutige Anforderungen des Auftraggebers** in den Verdingungsunterlagen dahingehend **nachträglich zu relativieren** unter Rückgriff auf die Beweggründe, die die Vergabestelle zur Vorgabe der betreffenden Anforderungen veranlasst haben. In dem konkret entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber im Amtsentwurf vorgegeben, dass die Ausführung einer Baugrubenumschließung für ein Tunnelbauwerk mittels Spundbohlen unabhängig von der Einbringungsart der Bohlen ausgeschlossen war, da die Arbeiten wegen der Nähe der angrenzenden Bebauung „nahezu lärm- und erschütterungsfrei auszuführen“ waren. Ein Bieter hatte dennoch per Nebenangebot den Einbau von Spundbohlen vorgeschlagen und argumentiert, er könne ein Verfahren ausführen, mit dem er Metallplatten für eine Einphasen-Schlitzwand lärm- und erschütterungsarm in eine sich langsam verfestigende Suspension einhänge, statt diese einzurütteln. Das OLG Düsseldorf⁸³⁰ hatte den Ausschluss des Nebenangebots bestätigt. Es sei nicht zulässig, insoweit eindeutige Angaben („Spundbohlen ausgeschlossen“) mit Hinblick auf eine von der Vergabestelle mitgelieferte Begründung („wegen Lärm- und Erschütterungsfreiheit“) zu reduzieren, auch wenn ein Bieter die Begründung mit dem ausgeschlossenen Verfahren erfüllen könne.⁸³¹

Diese **K.o.-Kriterien** sind nicht zwingend ausdrücklich in den Verdingungsunterlagen ausgewiesen, sondern **können sich ebenso aus dem Gesamtzusammenhang ergeben**. In diesem Fall freilich eröffnet sich nicht unerhebliches Streitpotenzial, ob die Vorgaben tatsächlich die Bedeutung von derart verbindlichen Mindestanforderungen erreichen, dass die Nichtbeachtung einen Ausschluss des Nebenangebots zur Folge hat. Dies umso mehr, als es qua definitionem das Wesen von Nebenangeboten ist, dass sie notwendigerweise von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung des Amtsentwurfs abweichen.

Die **Entscheidungspraxis** ist entsprechend **uneinheitlich und rein einzelfallbezogen**. So soll etwa ein Nebenangebot gewertet werden dürfen, mit dem ein Bieter trotz der ausdrücklichen Aufforderung des Auftraggebers, ein Einheitspreisangebot abzugeben, einen Pauschalpreis angeboten hat.⁸³² Andererseits soll ein Nebenangebot zwingend auszuschließen sein, das eine Materiallieferung durch den Auftragnehmer zum Gegenstand hat, während der öffentliche Auftraggeber in seinem Amtsentwurf die eigene Bestellung von Baumaterial verbindlich in den Verdingungsunterlagen vorgesehen hatte. Die ausschreibende Stelle hatte in dem konkreten Fall für die Herstellung eines Damms vorgesehen, dass der Auftraggeber 15.000 Tonnen Erdmaterial pro Woche frei Umschlagplatz zur Verfügung stellt. Der VÜA hatte die Bestimmung zur Materialgestellung durch den Bieter – vorliegend in den Zusätzli-

⁸³⁰ Beschluss vom 15.08.2003, Verg 31/03;

⁸³¹ Vgl. *Gallina*, in: IBR 2003, 619,

⁸³² VK Bund, Beschluss vom 11.06.2002, VK 1-25/02; IBR 2002, 632 = ZfBR 2002, 722;

chen Vertragsbedingungen – als verbindliche Vorgabe eingestuft und eine davon abweichende Lösung in einem Nebenangebot nicht für zulässig erachtet.⁸³³

Ebenso soll ein Nebenangebot auszuschließen sein, das ein Abkippen von Abraummaterial auf eine andere Deponie als vom Auftraggeber vorgesehen vorschlägt, wenn der Auftraggeber gemäß dem Amtsentwurf eine Verbringung auf seine eigene Deponie ausgeschrieben hatte. Für die Deponierung wollte der Auftraggeber die Annahmegebühr selbst tragen. Ein Bieter hatte mit einem Nebenangebot vorgeschlagen, das Altmaterial auf seine eigene Deponie zu bringen, um damit Deponiegebühren zu sparen. Die VOB-Stelle Niedersachsen⁸³⁴ hatte einen Ausschluss des Nebenangebots gefordert, weil es die Vergabeunterlagen nicht ändere, sondern ein Element auf den Bieter übertrage, das der Auftraggeber erkennbar in seinem Zuständigkeitsbereich belassen habe wollen.⁸³⁵

3.3 Vorgaben im Vergabehandbuch

Auch die Vergabehandbücher⁸³⁶ enthalten Vorgaben zur Frage, in welchem Zeitpunkt ein Bieter nachzuweisen muss, dass sein Nebenangebot die vom öffentlichen Auftraggeber⁸³⁷ gestellte Mindestanforderungen erfüllt. Diese finden sich in den Einheitlichen Vergabemustern. Zwar unterscheidet sich der Wortlaut der einschlägigen EVM für Vergabeverfahren unterhalb und ab Erreichen der Schwellenwerte nach § 2 Nr. 4 VgV, der Inhalt ist aber im Ergebnis identisch. Ziff. 5.2 des EVM(B) BwB/E für nicht EU-weite Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nach § 2 Nr. 4 VgV gibt hierzu vor:

„(...) Die Erfüllung der Mindestanforderungen (...) ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.“

EVM(B) BwB/E EG gibt für Ausschreibungen ab Erreichen der EU-Schwellenwerte vor:

„Sind Nebenangebote zugelassen, müssen sie die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.“

⁸³³ VÜA Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 02.06.1998, 424-84-41-19/97; IBR 1998, 509;

⁸³⁴ Stellungnahme vom 10.04.1996, Fall 1070;

⁸³⁵ Anderer Ansicht zu Recht *Schelle* in IBR 1996, 410 – er kritisiert die Entscheidung und führt an, dass sich das Nebenangebot mit dem Zweck der Ausschreibung – nämlich überschüssigen Boden auf eine wirtschaftliche und ordnungsgemäße Weise zu entsorgen; hätte der Auftraggeber alternative Deponien nicht zulassen wollen im Sinne eines K.o.-Kriteriums, hätte er nach Ansicht von *Schelle* diesbezüglich Nebenangebote ausdrücklich ausschließen müssen;

⁸³⁶ Beispielhaft wird hier das Vergabehandbuch des Bundes herangezogen;

⁸³⁷ Die Vergabehandbücher sind interne Dienstanweisungen, die nur für öffentliche Auftraggeber verbindlich sind;

In beiden Fällen hat der Bieter also im Zeitpunkt der Abgabe seines Angebots nachzuweisen, dass vom Auftraggeber gestellte Mindestanforderungen erfüllt werden.

4. Ausreichender Nachweis der Gleichwertigkeit durch den Bieter

Bieter, die ein Nebenangebot abgeben, sind in der Beschreibung ihres Abweichungsvorschlags grundsätzlich in qualitativer wie in quantitativer Hinsicht insoweit frei, also sie – abgesehen von der Beachtung der oben⁸³⁸ beschriebenen Mindestkriterien – nicht den Zwängen des Leistungsverzeichnisses und der übrigen Verdingungsunterlagen unterliegen.⁸³⁹ Der Bieter, der ein Nebenangebot abgibt, hat allerdings – letztlich in seinem eigenen Interesse – grundsätzlich die Gleichwertigkeit mit dem Amtsentwurf so nachzuweisen, dass diese ausreichend belegt ist.⁸⁴⁰

Nachdem das Kriterium der Gleichwertigkeit an sich bereits nicht in der VOB/A ausdrücklich erwähnt ist, ist dort auch zum Umfang der Nachweispflicht (bzw. -obliegenheit) des Bieters nichts ausgeführt. In der Entscheidungspraxis haben sich jedoch insoweit eindeutige Vorgaben entwickelt, wer den Nachweis der Gleichwertigkeit in welcher Detailtiefe zu führen hat.

Den **Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu erbringen.**⁸⁴¹ Die Gleichwertigkeit ist dabei mit dem Angebot nachzuweisen.⁸⁴² Die Nachweisverpflichtung des Bieters korrespondiert dabei mit dessen Verpflichtung, den Leistungsinhalt seines Nebenangebots entsprechend § 9 VOB/A hinreichend klar und eindeutig zu beschreiben. Dies ergibt sich auch aus den Vorgaben des Vergabehandbuchs. Im VHB Bund, Teil II, gibt für Vergabeverfahren unter den EU-Schwellenwerten nach § 2 Nr. 4 VgV im **Einheitlichen Verdingungsmuster EVM(B) BwB/E**, dort Ziff. 5.2, vor:

*„Sind an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt, müssen diese erfüllt werden; andernfalls müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Die Erfüllung von Mindestanforderungen bzw. die **Gleichwertigkeit ist mit der Angebotsabgabe nachzuweisen.**“*

Zumindest für nicht EU-weite Vergabeverfahren fordert der öffentliche Auftraggeber durch die Verwendung des einschlägigen EVM in seinen Verdingungsunterlagen ausdrücklich den Nachweis der Gleichwertigkeit bereits mit der Angebotsabgabe. Kommt der Bieter diesen Anforderungen nicht nach, ist das Angebot nach §§ 21 Nr. 1 Abs. 2 S. 5, 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A sowie Ziff. 5.5 des EVM(B) BwB/E aus der

⁸³⁸ Siehe 3.;

⁸³⁹ Schweda in: VergR 2003, 275;

⁸⁴⁰ OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.08.2002, Verg W 6/02; NZBau 2002, 694 = IBR 2002, 684 = VergR 2003, 222;

⁸⁴¹ OLG Brandenburg, a.a.O.; VK Sachsen, Beschluss vom 10.03.2003, 1/SVK/012-03; Heiermann/Riedl/Rusam, § 25, Rdn. 93; Kapellmann/Messerschmidt, § 25 VOB/A, Rdn. 103;

⁸⁴² VÜA Schleswig-Holstein, Beschluss vom 22.12.1998, VÜ SH 3/98;

Wertung auszuschließen. Für die Vergabe von Bauleistungen, deren Auftragswert den EU-Schwellenwert (§ 2 Nr. 4 VgV) erreicht oder überschreitet, fehlt eine solche ausdrückliche Vorgabe im dann einschlägigen EVM(B) BwB/E EG.

Der Bieter hat dabei die Gleichwertigkeit mit der ausgeschriebenen Hauptleistung so weit darzulegen, dass der Auftraggeber sie ohne besondere Schwierigkeiten prüfen kann.⁸⁴³ Die **Detailtiefe und der Umfang der Nachweisverpflichtung des Bieters hängt grundsätzlich davon ab, in welchem Umfang das Nebenangebot vom Amtsvorschlag abweicht.**⁸⁴⁴ Eine erhebliche Abweichung führt zu einem gesteigerten Umfang der Nachweisverpflichtung, während eine nur sehr geringfügige Abweichung auch einen geringeren Umfang der Nachweisführung umfasst. Je mehr die per Nebenangebot vorgeschlagene Leistung vom Amtsentwurf abweicht, desto höher sind die Anforderungen an den Gleichwertigkeitsnachweis sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht. Bei einem völlig anderen Leistungsinhalt ist ein wirtschaftlicher Vergleich unter Umständen kaum mehr zu bewerkstelligen. In einem solchen Fall kann ein Nebenangebot nicht gewertet werden.⁸⁴⁵ Der Bieter muss sein Nebenangebot nicht nur im Rahmen der Vorgaben der entsprechend für ihn gültigen Vorgaben für die Leistungsbeschreibung des § 9 VOB/A inhaltlich, sondern auch hinsichtlich des Nachweises der Gleichwertigkeit so beschreiben, dass das Nebenangebot aus sich heraus vom Auftraggeber ohne Weiteres geprüft und beurteilt werden kann.⁸⁴⁶

Eigene Nachforschungen, ob ein Nebenangebot gleichwertig ist, muss der **Auftraggeber** nur im Rahmen der verfügbaren Erkenntnisquellen und innerhalb der zeitlichen Grenzen der Zuschlags- und Angebotsfrist anstellen.⁸⁴⁷ Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, auf die Schaffung der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten hinzuwirken. Die **Darlegung der Gleichwertigkeit** ist insoweit **ausschließlich Aufgabe des Bieters**. Dieser trägt das Risiko, dass sein Nebenangebot tatsächlich bereits bei Abgabe so beschaffen ist, dass es als gleichwertig angesehen werden kann und die Gleichwertigkeit **im Zeitpunkt der Angebotsabgabe** bereits ausreichend nachgewiesen ist.⁸⁴⁸

⁸⁴³ OLG Koblenz, Beschluss vom 05.09.2002, 1 Verg 4/02; VK Sachsen, Beschluss vom 09.01.2006, 1/SVK/149-05; VK Brandenburg, Beschluss vom 24.11.2005, 1 VK 69/05; VK Hessen, Beschluss vom 01.11.2005, 69d VK-68/2005; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.10.2005, 1 VK 62/05; VK Bund, Beschluss vom 22.03.2005, VK 3-13/05; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 27.11.2001, 2 VK 15/01; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 143; *Weyand*, § 25, Ziff. 5773;

⁸⁴⁴ *Schweda*, in: *VergR* 2003, 276;

⁸⁴⁵ OLG Jena, Beschluss vom 19.03.2004, 6 U 1000/03; Beschluss vom 18.03.2004, 6 Verg 1/04; *Weyand*, a.a.O., Ziff. 5770;

⁸⁴⁶ VK Hessen, Beschluss vom 20.10.2004, 69d-VK-62/2004; *Weyand*, a.a.O., Rdn. 5771;

⁸⁴⁷ OLG Koblenz, a.a.O.; *IBR* 2003, 40 = *VergabeR* 2003, 72;

⁸⁴⁸ VK Bremen, Beschluss vom 04.06.2003, VK 6/03; VK Sachsen, Beschluss vom 10.03.2003, 1/SVK/012-03; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 24, Rdn. 27a;

Der **Auftraggeber hat dennoch grundsätzlich sorgfältig nachzuforschen**, ob Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Amtsentwurf gegeben ist und insoweit die ihm zur Verfügung stehenden Informationen ausführlich würdigen. Er muss sich über die vom Bieter eingereichten Unterlagen ein klares Bild machen und eine besonders eingehende und alle Vergabekriterien berücksichtigende Überprüfung und Abwägung anzustellen.⁸⁴⁹ Sofern die vom Bieter eingereichten Nachweisunterlagen nicht ausreichen, um die Gleichwertigkeit hinreichend beurteilen zu können, **muss der Auftraggeber nicht mit eigenen Mitteln weitere Nachforschungen anstellen**.⁸⁵⁰ Es besteht insoweit keine umfassende Prüfungspflicht des Auftraggebers in Bezug auch vom Bieter nachgereichter Unterlagen.⁸⁵¹ Nachträglich – nach dem Eröffnungstermin – beigebrachte Unterlagen mit dem Ziel, den Nachweis der Gleichwertigkeit zu erzielen, dürfen im Regelfall vom Auftraggeber nicht mehr berücksichtigt werden.⁸⁵² Der Bieter hat insoweit keinen Anspruch darauf, die Gleichwertigkeit seines Angebots in einem Bietergespräch nach § 24 VOB/A nachweisen zu dürfen.⁸⁵³

Stellt sich jedoch im Rahmen eines dennoch vom Auftraggeber anberaumten Aufklärungsgesprächs heraus, dass ohne Abänderung der vom Bieter vorgeschlagenen Leistung wesentliche Folgekosten auftreten würden, zeigt sich also nachträglich in diesem Rahmen erst die fehlende Gleichwertigkeit, darf der Auftraggeber auf dieses Nebenangebot dennoch nicht den Zuschlag erteilen. Nicht wirksam möglich ist es ebenso, dass der Bieter im Rahmen dieses Aufklärungsgesprächs anbietet, diese Mehrkosten zu übernehmen. Dies stellt eine unzulässige nachträgliche Abänderung des Angebots dar.⁸⁵⁴

Praktische Bedeutung erlangt die Prüfung der Gleichwertigkeit insbesondere bei einem technischen Nebenangebot. Der Nachweis ist durch den Bieter in einem Umfang zu erbringen, dass nicht nur die abstrakt-generelle Eignung der abweichenden Lösung in Form einer grundsätzlichen Anwendbarkeit nachgewiesen ist, sondern der Auftraggeber aus der Gesamtschau aller Wert bildenden Kriterien wie Herstellungs-, Betriebs- und Folgekosten ohne Weiteres die Lösungsvarianten des Amtsentwurfs und des Nebenangebots vergleichen und sich über die Frage der Gleichwertigkeit ein

⁸⁴⁹ OLG Rostock, VergR 2002, 508; OLG Naumburg, BauR 2000, 1638; VK Nordbayern, Beschluss vom 06.02.2003, 320.VK-3194-01/03; VK Lüneburg, Beschluss vom 29.09.2002, 203-VgK-13/2002; Schweda, in: VergR 2003, 276;

⁸⁵⁰ OLG Rostock, a.a.O.; OLG Naumburg, a.a.O.; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 25 VOB/A, Rdn. 680; Schweda, a.a.O.;

⁸⁵¹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.08.2002, Verg W 6/02; NZBau 2002, 694; IBR 2002, 684; VergR 2003, 222;

⁸⁵² BayObLG, BauR 2001, 92 f.; BayObLG, VergR 2002, 286 f.; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 27.11.2001, 2 VK 15/01; Schweda, a.a.O.;

⁸⁵³ BayObLG, Urteil vom 24.10.2000, Verg 6/00; IBR 2001, 36; BauR 2001, 92; ZfBR 2001, 118; VK Sachsen, Beschluss vom 10.03.2003, 1/SVK/012-03; VK Düsseldorf, Beschluss vom 07.06.2001, VK 13/2001;

⁸⁵⁴ VK Arnberg, Beschluss vom 04.11.2002, VK 1-23/02;

Urteil bilden kann.⁸⁵⁵ Der Bieter hat zum ausreichenden Nachweis der Gleichwertigkeit gegebenenfalls – und auf eigene Kosten – mit seinem Nebenangebot entsprechende Nachweise wie Prüfzeugnisse, Zulassungen, Gutachten oder Qualitätszertifikate vorzulegen.⁸⁵⁶ Vorsicht ist in diesem Zusammenhang unter Umständen geboten bei Nachweisen, die vom Bieter selbst stammen. Dabei ist zu prüfen, inwieweit solche Darstellungen möglicherweise „parteiisch“ sind. Von Vorteil sind dabei Unterlagen und Nachweise von dritter, neutraler Stelle, die etwa auf DIN-Normen, Ausführungsnormen, Sachverständigengutachten oder Ähnlichem fußen.⁸⁵⁷

Erbringt der Bieter den Gleichwertigkeitsnachweis nicht in der oben beschriebenen Weise und in dem oben dargestellten Umfang bis zum Eröffnungstermin, ist das Nebenangebot auf dieser Stufe vom Auftraggeber **zwingend auszuschließen**.⁸⁵⁸

5. Objektive Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Amtsentwurf

Die Frage, inwieweit das eingereichte Nebenangebot gleichwertig mit dem Amtsentwurf ist, nimmt im Rahmen der Wertung eine zentrale Rolle ein. Ein abweichender Bieteranschlag kann nur dann zum Zug kommen, wenn er unter Abwägung aller Gesichtspunkte wie unter anderem Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung und Rentabilität **technisch und wirtschaftlich mit dem Amtsentwurf zumindest gleichwertig** ist.⁸⁵⁹ Hintergrund dieser Anforderung ist, dass ein Nebenangebot in gleicher Weise wie der Amtsvorschlag geeignet sein muss, die gestellte Bauaufgabe zu erfüllen und dem vorgesehenen Zweck zu dienen. Es muss mit hinreichender Sicherheit wie das Hauptangebot dem Willen des Auftraggebers in allen technischen und wirtschaftlichen Einzelheiten gerecht werden. Das Nebenangebot muss den Zweck erfüllen, den der Auftraggeber mittels der nachgefragten Bauleistung erreichen will. Ob ein Nebenangebot gleichwertig ist, hängt insoweit insbesondere davon ab, welchen Zweck der Auftraggeber mit dem geplanten Bauvorhaben verfolgt.⁸⁶⁰ Auch wenn ein Nebenangebot ohne die gleichzeitige Abgabe eines

⁸⁵⁵ OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.11.2002, Verg W 16/02; OLG Koblenz, Beschluss vom 05.09.2002, 1 Verg 4/02; VK Hessen, Beschluss vom 01.11.2005, 69 d VK-68/2005; *Weyand*, § 25, Ziff. 5773; VK Münster, Beschluss vom 15.01.2003, VK 22/02;

⁸⁵⁶ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.08.2005, 1 VK 43/05; Beschluss vom 25.05.2005, 1 VK 25/05; VK Brandenburg, Beschluss vom 21.12.2004, VK 64/04; *Weyand*, a.a.O.;

⁸⁵⁷ *Schweda* in: VergR 2003, 276 unter Verweis auf BayObLG, VergabeR 2003, 211 und OLG Koblenz, VergR 2003, 73; *Dausner* in: VergR 2003, 212; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 21, Rdn.47;

⁸⁵⁸ OLG Frankfurt, VergR 2002, 391; VK Lüneburg, Beschluss vom 20.09.2002, 203-VgK-18/2002; *Schweda*, a.a.O.; *Dausner*, a.a.O.;

⁸⁵⁹ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 93; *Ingenstau/Korbion*, § 25 VOB/A, Rdn. 89; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 25 VOB/A, Rdn. 103; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 143; *Herig*, § 25 VOB/A, Rdn. 53; *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 243f.; *Lampe-Helbig/Wörmann*, Rdn. 284;

⁸⁶⁰ OLG Koblenz, VergabeR 2003, 74; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17.03.2006, VK-SH 2/06; VK Sachsen, Beschluss vom 23.01.2004, 1/SVK/160-03; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.10.2002, 1 VK 50/02; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom

Hauptangebots zugelassen ist, führt dies nicht dazu, dass diese Nebenangebote einer Überprüfung der Gleichwertigkeit entzogen wären. Hinsichtlich der Gleichwertigkeit ist in diesem Fall dann in erster Linie auf die sonstige allgemeine Leistungsbeschreibung abzustellen.⁸⁶¹

Ein **Nebenangebot muss** nach insoweit einhelliger Meinung in der Literatur und Rechtsprechung dabei **sowohl qualitativ als auch quantitativ mit dem Amtsentwurf gleichwertig** sein.⁸⁶² Nachdem die Gleichwertigkeit – insbesondere in qualitativer Hinsicht – in vielen Fällen schwierig zu beurteilen ist, da oft neuartige Bauverfahren oder -stoffe per Nebenangebot in ein Vergabeverfahren eingeführt werden, hat sich der Auftraggeber unter Umständen der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen.⁸⁶³

Im Folgenden sind die von Literatur und Rechtsprechung einhellig als Wertungsstufen geführten Fragen der qualitativen und quantitativen Gleichwertigkeit theoretisch sowie an Hand von Beispielen aus Vergabeentscheidungen darzustellen. Diese Kriterien werfen jedoch auch Fragen auf und bilden Ansatzpunkte für eine kritische Betrachtung, die anschließend zu diskutieren sind.

5.1 Qualitative Gleichwertigkeit

Eine Gleichwertigkeit eines Nebenangebots mit dem Amtsentwurf in qualitativer Hinsicht setzt zunächst voraus, dass der vom Auftraggeber mit der ausgeschriebenen Leistung verfolgte Zweck erreicht wird. Darüber hinaus muss die abweichend angebotene Leistung auch die vom Auftraggeber gegebenenfalls aufgestellten oder durch Auslegung der Vergabeunterlagen zu erkennenden Mindestanforderungen erfüllen. Ein Nebenangebot kann nur dann als qualitativ gleichwertig eingestuft werden, wenn es den Standard erreicht, der von der Leistung aus dem Amtsentwurf erzielt worden wäre.⁸⁶⁴

Dabei sind wiederum **auch die Folgen der Ausführung nach dem abweichenden Vorschlag zu berücksichtigen**. Es ist also nicht nur die Qualität im Rahmen des Herstellungsprozesses zu bewerten, sondern auch, inwieweit die Leistung aus dem Nebenangebot während der kalkulierten Lebens- und Nutzungsdauer des Bauwerks

04.06.2002, VK 14/02; VK Brandenburg, Beschluss vom 26.03.2002, VK 3/02; *Weyand*, § 25, Ziff. 5758; *Schweda*, in: *VergR* 2003, 275;

⁸⁶¹ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.10.2002, 1 VK 50/02;

⁸⁶² VK Bund, Beschluss vom 26.03.2002, VK 1-07/02; VK Brandenburg, Beschluss vom 27.05.2002, 2 VK 94/01; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 143; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 95 f.; *Schweda* in *VergR* 2003, 275; *Weyand*, § 25, Ziff. 5760;

⁸⁶³ OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 14.04.2000, 10 U 145/99; *BauR* 2000, 1746;

⁸⁶⁴ OLG Jena, Beschluss vom 18.03.2004, 6 Verg 1/04; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17.03.2006, VK-SH 2/06; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.08.2005, 1 VK 43/05; VK Nordbayern, Beschluss vom 06.04.2004, 320.VK-3194-09/04; *Weyand*, § 25, Ziff. 5762 f.;

unterschiedliche Auswirkungen hat.⁸⁶⁵ Ist die Ausführungsvariante aus dem Nebenangebot zum Beispiel störungsanfälliger, verursacht sie einen größeren Wartungsaufwand oder weist kürzere Wartungsintervalle auf oder unterliegt sie höherem Verschleiß und führt zu früherer Renovierungsbedürftigkeit, ist sie nicht qualitativ gleichwertig mit dem Amtsentwurf.⁸⁶⁶

Weicht die Leistung aus dem Nebenangebot in Bezug auf die Standards nach unten ab, liegt keine qualitative Gleichwertigkeit vor.⁸⁶⁷ Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Bieter per Nebenangebot vorschlägt, eine in Stahlbetonweise beschriebene Lagerhalle in Holzbauweise zu errichten,⁸⁶⁸ ein Brückengeländer aus „normalem“ Stahl statt aus Edelstahl herzustellen oder eine Verkleidung aus Pressholzplatten statt aus Echtholz zu errichten. Sieht eine Ausschreibung die Verwendung fabrikneuen Materials vor, führt ein Nebenangebot, das den Verbau gebrauchter Teile vorsieht, zwar zu einem günstigeren Preis, kann aber mangels qualitativer Gleichwertigkeit nicht bezuschlagt werden.⁸⁶⁹

Dies gilt ebenso für einen Fall, in dem ein Auftraggeber Stabparkett ausgeschrieben und ein Bieter mit seinem Nebenangebot stattdessen ein Hochkantlamellenparkett vorgeschlagen hatte.⁸⁷⁰ Qualitative Gleichwertigkeit ist ferner zu verneinen im Fall einer ausgeschrieben Innenraumgestaltung, für die ein Bieter im Rahmen eines Nebenangebots alternative Farben für die Bodenbeläge vorsah.⁸⁷¹ Im Falle eines kaufmännischen Nebenangebots ist Gleichwertigkeit etwa abzulehnen, wenn eine Vertragsstrafenregelung im Amtsentwurf vorgesehen ist und ein Bieter im Rahmen eines Nebenangebots vorschlägt, auf eine solche zu verzichten.⁸⁷²

Die Abgrenzung zwischen qualitativer und quantitativer Gleichwertigkeit ist im Einzelfall nicht eindeutig. Wenn etwa eine Konstruktion laut Nebenangebot nur mit einem Pfeiler statt mit zwei Pfeilern gemäß Amtsentwurf abgestützt werden soll, kann dies sowohl eine qualitative (weniger Belastbarkeit) als auch eine quantitative (Zahl der Pfeiler geringer) Minderwertigkeit des Nebenangebots gegenüber dem Hauptangebot bedeuten. Ebenso tritt dieses Abgrenzungsproblem beispielsweise auf, wenn

⁸⁶⁵ VK Brandenburg, Beschluss vom 26.03.2002, VK 3/02; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19.01.2005, VK-SH 37/04; *Weyand*, § 25, Ziff. 5757;

⁸⁶⁶ Vgl. auch VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.10.2002, 1 VK 50/02; *Weyand*, a.a.O., Ziff. 5767;

⁸⁶⁷ OLG Hamm, Beschluss vom 25.10.2005, 24 U 39/05; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17.03.2006, VK-SH 2/06; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.08.2005, 1 VK 43/05; *Weyand*, a.a.O., Ziff. 5766;

⁸⁶⁸ Beispiel aus *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 95;

⁸⁶⁹ VK Lüneburg, Beschluss vom 12.10.2004, 203-VgK-45/2004;

⁸⁷⁰ VK Nordbayern, Beschluss vom 06.04.2004, 320.VK-3194-09/04;

⁸⁷¹ OLG Naumburg, Beschluss vom 08.02.2005, 1 Verg 20/04; das OLG sah in der Planung der Innenraumgestaltung im Amtsentwurf ein gestalterisches Gesamtkonzept, das grundsätzlich keine beliebigen Abweichungen vom vorgegebenen Farbkonzept zulasse; siehe dazu auch *Weyand*, § 25, Ziff. 5771;

⁸⁷² VK Lüneburg, Beschluss vom 21.09.2004, 203-VgK-42/2004;

eine Gründung statt wie vorgesehen drei Meter in den tragfähigen Untergrund nur einen Meter eingebunden werden soll. Die Unterscheidung ist aber letztlich nur akademischer Natur und hat keine Auswirkungen auf die Praxis, da ein Nebenangebot, wie oben dargestellt, sowohl qualitativ als auch quantitativ gleichwertig sein muss.

5.2 Quantitative Gleichwertigkeit

Neben der qualitativen Gleichwertigkeit muss ein Nebenangebot auch eine quantitative Gleichwertigkeit mit dem Amtsentwurf aufweisen. Sie dürfen also grundsätzlich keinen gegenüber dem Hauptleistungsverzeichnis reduzierten Leistungsumfang aufweisen.⁸⁷³ Auf **Nebenangebote, die quantitativ nicht gleichwertig sind, darf der Zuschlag nicht erteilt werden.**⁸⁷⁴

Ein Nebenangebot ist grundsätzlich dann nicht quantitativ gleichwertig, wenn es einen **geringeren Leistungsumfang** hat als der Auftraggeber im Amtsentwurf vorgesehen hatte.⁸⁷⁵ Nach anderer Ansicht besteht quantitative Gleichwertigkeit generell dann nicht, wenn ein Nebenangebot einen anderen als vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungsumfang aufweist – also auch in dem Fall, in dem es nicht ein Weniger an Leistung vorsieht, wie es der Regelfall sein wird, um einen geringeren Angebotspreis erzielen zu können, sondern auch in Fällen, in denen ein Bieter mit seinem Nebenangebot ein Mehr an Leistung anbietet als der Amtsentwurf vorsah. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Bieter vorschlägt, zu den ausgeschriebenen Rohbauarbeiten zusätzlich auch die Verputzarbeiten auszuführen.⁸⁷⁶

Besteht die einzige Abweichung des Nebenangebots gegenüber dem Hauptangebot darin, dass der Bieter die Mengenansätze des Hauptleistungsverzeichnisses reduziert, liegt ein so genanntes **Abmagerungsangebot** vor. Solche Abmagerungsangebote sind **grundsätzlich aus der Wertung auszuschließen.**⁸⁷⁷ Beispiele: Der Auftraggeber schreibt den Aushub von Boden aus. Laut Leistungsverzeichnis ist ein Anteil von 15 % als Bodenklasse 6, der Rest als Bodenklasse 5 einzustufen. Ein Bieter reicht ein Nebenangebot ein und reduziert den Mengenansatz für die zum Aushub

⁸⁷³ BayObLG, Beschluss vom 24.10.2000, Verg 6/00; BauR 2001, 92;

⁸⁷⁴ U.a. VK Nordbayern, Beschluss vom 25.03.2002, 320.VK-3194-06/02; der Leitsatz, nach dem quantitativ nicht gleichwertige Nebenangebote „nicht gewertet werden“ können, ist insofern verwirrend, nachdem die quantitative Ungleichwertigkeit ja erst im Rahmen der Wertung festgestellt werden kann; insoweit dürfen solche Nebenangebote sehr wohl „gewertet“ werden, sie müssen aber auf dieser Stufe, auf der quantitative Ungleichwertigkeit festgestellt wird, ausgeschlossen werden;

⁸⁷⁵ VK Nordbayern, Beschluss vom 30.09.2004, 320.VK-3194-39/04; *Weyand*, § 25, Ziff. 5761;

⁸⁷⁶ *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 96;

⁸⁷⁷ OLG Hamm, Beschluss vom 18.03.2004, 6 Verg 1/04; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.08.2005, 1 VK 43/05; VK Südbayern, Beschluss vom 09.09.2003, 38-08/03; IBR 2004, 40; Beschluss vom 05.08.2003, 29-07/03; IBR 2003, 690; VK Sachsen, Beschluss vom 04.06.2002, 1/SVK/048-02; IBR 2002, 563; Beschluss vom 14.12.2001, 1/SVK/124-01; IBR 2002, 435; VK Nordbayern, Beschluss vom 25.04.2001, 320.VK-3194-05/01; IBR 2001, 2001, 631; *Weyand*, § 25, Ziff. 5764 ff.;

teurere Bodenklasse 6 auf 10 % und erzielt damit einen niedrigeren Preis. Im Hochbau schreibt ein Auftraggeber den Einbau von Kellertüren mit elektromechanischer Feststelleinrichtung für die Türschließer aus. Ein Bieter schlägt mit seinem Nebenangebot vor, bei den Kellertüren auf die Feststelleinrichtung zu verzichten und erzielt damit einen pro Tür um 500 EUR niedrigeren Preis⁸⁷⁸. Im Bereich Spezialtiefbau: Die Vergabestelle schreibt eine Gründung mit 300 Bohrpfählen aus. Ein Bieter reduziert in seinem Nebenangebot die Zahl der Bohrpfähle auf 280.

Nicht immer führt eine Mengenreduzierung jedoch automatisch zu einer fehlenden quantitativen Gleichwertigkeit. Ein unzulässiges Abmagerungsangebot liegt dann nicht vor, wenn aus der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers erkennbar ist, dass dieser Überkapazitäten gefordert hat, und ein Bieter mit seinem Nebenangebot nicht diese Überkapazität anbietet, sondern den geschuldeten Erfolg mit einem geringeren Aufwand anbietet. Er bietet in diesem Fall den selben, insoweit **nicht „abgemagerten“ Leistungsumfang** wie der Amtsentwurf an, **erreicht** diesen aber **mit weniger Aufwand**.⁸⁷⁹

Im Rahmen der Beurteilung einer bloßen Massenreduzierung ist entscheidend, ob der Bieter per Nebenangebot die Massen nur ohne weitere Erklärung reduziert oder aber erläutert hat, aus welchem Grund er die ausgeschriebene Leistung mit verringerten Massen ebenso ausführen kann. Eine Massenreduzierung ohne jegliche Erläuterung genügt den Anforderungen an die quantitative Gleichwertigkeit nicht.⁸⁸⁰ Der Bieter muss die verringerten Mengenansätze in seinem Nebenangebot ausreichend kenntlich machen sowie erläutern und begründen, auf welche Weise er – insbesondere bei einem technischen Angebot: auf welchem technisch nachvollziehbaren Weg – er den ausgeschriebenen Erfolg auch mit geringeren Mengen- oder Massenansätzen erreichen kann. Auf diese Weise ist gesichert, dass Nebenangebote, die auf dem Weg einer beispielsweise neuartigen, innovativen Ausführungsvariante mit weniger Aufwand den gewünschten Erfolg erzielen, nicht von vornherein als nicht quantitativ gleichwertig ausgeschlossen werden müssen.

Der Bieter muss somit ausreichend Erklärungen liefern, um dem Auftraggeber **hinreichend deutlich und nachvollziehbar klar machen** zu können, **dass die Einsparungen durch die Anwendung eines Alternativverfahrens zu Stande kommen und nicht bloße, abstrakte Mengenreduzierungen darstellen**. Die Vergabestelle muss sicher beurteilen können, dass es sich nicht nur um ein echtes Abmagerungsangebot handelt. Letztlich in seinem eigenen Interesse, um einen Ausschluss seines Nebenangebots verhindern zu können, hat der Bieter in seinem Nebenangebot auch auf mögliche und insbesondere vorhersehbare Bedenken des Auftraggebers einge-

⁸⁷⁸ Fall nach VK Südbayern, Beschluss vom 09.09.2003, 38-08/03;

⁸⁷⁹ Weyand, § 25, Ziff. 5765, unter Verweis auf VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.02.2004, 1 VK 3/04;

⁸⁸⁰ OLG Bremen, Beschluss vom 04.09.2003, Verg 5/2003; ZfBR 2004, 91 f;

hen und diese von vornherein bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung zerstreuen. Eine Darlegung von Umständen, die zum Nachweis der Gleichwertigkeit führen, nach Submission etwa im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs nach § 24 VOB/A in der Regel unzulässig.⁸⁸¹

5.3 Umfang der geforderten Gleichwertigkeit

Die Anforderung der „Gleichwertigkeit“ von Haupt- und Nebenangeboten lässt zunächst offen, welchen Umfang diese aufweisen muss: Muss ein Nebenangebot in allen Details, also allen einzelnen Leistungsteilen, mit den entsprechenden Teilleistungen des Amtsentwurfs gleichwertig sein oder ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die nur darauf abstellt, dass letztlich das „Paket“ des Nebenangebots insgesamt mit dem „Gesamtpaket Amtsentwurf“ gleichwertig sein muss? Die Frage ist teleologisch zu beantworten. Sinn und Zweck des Nebenangebots ist es, dass im Wege der technischen Innovation auch neuartige und andere alternative Bauverfahren und Baumaterialien erfolgreich angeboten werden können. Würde man verlangen, dass in allen Einzelheiten Teilleistungen des Nebenangebots gleichwertig mit der ihr jeweils entsprechenden Teilleistung des Amtsentwurfs sein müssen, würde man den Spielraum über die Maßen einengen. Aus diesem Grund kann es nur dem Wesen des Nebenangebots gerecht werden, **Gleichwertigkeit nur in Bezug auf das „Gesamtpaket“ von Haupt- und Nebenangebot zu fordern.**

Das heißt, dass **in bestimmten Grenzen auch ein Ausgleich innerhalb des Gesamtnebenangebots möglich** ist. Dies allerdings nicht in jeder beliebiger Form und Richtung: Ein Nebenangebot kann technisch höherwertig sein als der Amtsentwurf, dafür aber im Preisrahmen des Hauptangebots auf den Amtsentwurf bleiben. In diesem Fall liegt nach der Literatur dennoch Gleichwertigkeit vor.⁸⁸² Genau genommen, trifft dies so jedoch nicht zu: Wenn das Nebenangebot nicht teurer, dafür aber qualitativ höherwertig ist, liegt nicht „Gleichwertigkeit“ vor, sondern insgesamt „Höherwertigkeit“. Hieraus lässt sich schließen, dass ein **Nebenangebot** nicht gleichwertig, **sondern mindestens gleichwertig sein muss. Wenn es das Hauptangebot übertrifft, ist dies kein Ausschlussgrund in der Wertung.** Dies entspricht dann dem unternehmerischen Risiko des Bieters, eine höherwertige Leistung zum gleichen Preis anzubieten als eine von geringerem Wert. Es gibt keinen vernünftigen Grund, ein solches Nebenangebot auszuschließen. Dieses Angebot ist dann eben das wirtschaftlichste im Sinne von § 25 Nr. 3 VOB/A und erhält den Zuschlag.

Ebenso kann ein Nebenangebot insgesamt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht die Anforderungen des Amtsentwurfs erfüllen, dafür aber preislich günstiger sein. Auch dies ist eine Konstellation, in der Gleichwertigkeit zu bejahen ist.⁸⁸³ Ein

⁸⁸¹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.03.2002, 11 Verg 3/01; *Weyand*, § 25, Ziff. 5768;

⁸⁸² *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 93;

⁸⁸³ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 25, Rdn. 142;

Nebenangebot ist ferner auch dann gleichwertig mit dem Hauptangebot, wenn es zwar teurer ist, dafür aber eine höhere Qualität aufweist.⁸⁸⁴ **Kein Fall der Gleichwertigkeit** kann aber ein solcher sein, in dem ein **Nebenangebot minderwertiger gegenüber dem Hauptangebot, im Gegenzug aber dafür preislich günstiger** ist: Mit der ständigen Rechtsprechung ist dann die qualitative oder/und quantitative Gleichwertigkeit zu verneinen. Der günstigere Preis kann dies nicht ausgleichen und führt dann nicht mehr zum wirtschaftlichsten Angebot, da der Auftraggeber in diesem Fall für weniger Geld auch weniger Leistung bzw. Qualität erhält als bei Beauftragung eines teureren, dafür umfangreicheren Hauptangebots.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang die **Konstellation eines kombinierten technischen und nicht technischen Nebenangebots, das sich wechselseitig in gewissem Umfang ausgleicht**. Es ist der Fall denkbar, dass ein Bieter beispielsweise ein vom Amtsentwurf abweichendes Bauverfahren mit seinem Nebenangebot offeriert, das nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht, sondern noch relativ neuartig ist und damit „nur“ dem Stand der Technik oder gar dem Stand von Wissenschaft und Technik genügt.⁸⁸⁵ Parallel dazu bietet das Nebenangebot an, dass die Mängelhaftungsfrist entgegen der Regelung in § 13 Nr. 4 Abs. 1 S. 1 VOB/B nicht nur vier, sondern fünf Jahre laufen soll. Für den Auftraggeber eröffnet dieses Nebenangebot zunächst ein höheres technisches Risiko, da das Verfahren aus dem Nebenangebot zwar einen höheren technischen Standard aufweist als das Hauptangebot, dafür aber noch wesentlich weniger praxiserprobt und damit unsicherer ist als das Verfahren, das mit dem Amtsentwurf ausgeschrieben wurde. Andererseits gewinnt der Auftraggeber ein Plus an Sicherheit, weil der Bieter für potenzielle Mängel ein Jahr länger haftet. Hier wäre nach dem oben Gesagten das technische Nebenangebot minderwertig. Das nicht technische Nebenangebot dagegen übersteigt die Anforderungen des Amtsentwurfs.

Auch hier muss in der Konsequenz gelten, dass das „Paket“ insgesamt gleichwertig sein muss mit dem Hauptangebot. Es besteht also die **theoretische Möglichkeit, dass ein kaufmännischer Vorteil einen technischen Nachteil ausgleicht – oder umgekehrt**. Dies gilt auch in vergleichbaren Fällen – zum Beispiel, wenn durch ein Nebenangebot die Herstellungskosten für das Bauwerk gesenkt, der Betriebs-/Wartungsaufwand dafür höher liegt als beim Amtsentwurf. In der Praxis führt dies allerdings zu erheblichen Problemen, die unter 5.4 noch näher zu erörtern sein werden: Die Entscheidung, inwiefern ein solches, kombiniertes Nebenangebot gleichwertig ist, eröffnet viel Raum für Zufall und Willkür: Es gibt keinen fixen Maßstab, um wie viel höher ein nicht technischer Vorteil sein muss, um einen technischen Nachteil ausreichend ausgleichen zu können oder umgekehrt. Beide Disziplinen sind insoweit bereits vom Wesen her nicht vergleichbar. Eine Bewertung etwa nach einem Punkte-

⁸⁸⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.03.1993, 22 U 220/92; BauR 1993, 597 ff.;

⁸⁸⁵ Zur Abgrenzung vgl. *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 256 ff.;

system scheidet damit aus, da kein geeigneter Vergleichsmaßstab gegeben ist. Die Beurteilung der Gleichwertigkeit ist erheblich subjektiv geprägt und von der Interessenslage des jeweiligen Auftraggebers abhängig, die in erheblichem Widerspruch zum Transparenzgebot im Vergabeverfahren steht. Dieser systematische Mangel muss jedoch im Interesse des Wettbewerbs hingenommen werden – ihm kann nicht wirksam begegnet werden, ohne zugleich den Spielraum für Nebenangebote erheblich einzuengen.

5.4 Kritik und Diskussion

Vorab ist in Frage zu stellen, inwieweit ein Nebenangebot in jedem Fall quantitativ und qualitativ gleichwertig mit dem Amtsentwurf zu sein hat. Im Falle eines öffentlichen Auftraggebers ergeben sich diesbezüglich Zweifel aus den Vergabehandbüchern. Im VHB Bund⁸⁸⁶ finden jedenfalls für Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte nach § 2 Nr. 4 VgV Vorgaben in den Einheitlichen Verdingungsmustern. EVM(B) BwB/E besagt in Ziff. 5.2: „*Sind an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt, müssen diese erfüllt werden; **andernfalls** müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein (...).*“ [Hervorheb. dch. d. Verf.]. Daraus ergibt sich, dass das Erfordernis der Gleichwertigkeit nur dann gelten soll, wenn der Auftraggeber nicht Mindestanforderungen gestellt hat. Enthalten die Verdingungsunterlagen des Auftraggebers aber solche,⁸⁸⁷ hat das Nebenangebot nur diese zu erfüllen. Nur wenn der Auftraggeber keine Mindestanforderungen vorgegeben hat („*andernfalls*“), müssen Nebenangebote qualitativ und quantitativ mit der Leistungsbeschreibung des Amtsentwurfs gleichwertig sein. Die Rechtsprechung geht auf diese Vorgabe jedoch durchwegs nicht ein und stellt selbstverständlich auf das Bestehen des Gleichwertigkeitserfordernis ab.

Die oben unter 5.1 und 5.2 dargestellten Beispielfälle und von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Kriterien geben zwar gewisse Anhaltspunkte vor, wie in Zusammenhang mit praktischen **Fragen der Gleichwertigkeit** entschieden werden könnte. Sie können jedoch **keine ausreichende Rechtssicherheit** für den Bieter eröffnen, der ein Nebenangebot einreicht. Dies gilt im Ergebnis ebenso für den Auftraggeber. Die Gleichwertigkeitsprüfung ist darüber hinaus vor dem Hintergrund zu betrachten, dass die **VOB/A** selbst **an keiner Stelle**, auch nicht in § 25 Nr. 5, der die Wertung von Nebenangeboten regelt, **ausdrücklich die Anforderung stellt, dass Nebenangebot und Amtsentwurf gleichwertig sein müssen. Auch die Frage, nach welchen Kriterien die Gleichwertigkeit zu beurteilen ist, beantwortet die VOB/A nicht.** In den übrigen Regelungswerken finden sich ebenso keine Anhaltspunkte hierfür. Die VOB/A macht insoweit allenfalls Andeutungen: Der Angebotspreis

⁸⁸⁶ Dieses wird beispielhaft für die Vergabehandbücher auch der Länder herangezogen;

⁸⁸⁷ Die Vorgabe von Mindestanforderungen durch den Auftraggeber ist nur für Vergabeverfahren ab Erreichen der EU-Schwellenwerte verpflichtend, vgl. § 10a VOB/A; bei nicht EU-weiten Ausschreibungen ist es dem Auftraggeber freigestellt, ob er solche Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgeben will oder nicht;

darf nicht „unangemessen niedrig“ sein (§ 25 Nr. 3 Abs. 2 S. 1). Der Zuschlag soll auf das Angebot erteilt werden, das „das wirtschaftlichste“ ist (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2). Dies impliziert, dass ein gewisser Vergleich der Angebote erforderlich ist. Wenn zwei Angebote vom Leistungsinhalt und -umfang her völlig identisch sind, kann die Wirtschaftlichkeitsentscheidung allein vom Angebotspreis her fallen. Dies geschieht jedoch, auch wenn § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A ausdrücklich auch andere Kriterien für die Wertung von Angeboten nennt, in der Praxis regelmäßig auch dann, wenn sich Angebote auch nicht völlig, sondern nur annähernd gleichen.

Dennoch gehen Literatur und Rechtsprechung selbstverständlich und ohne nähere Begründung und Erläuterung davon aus, dass ein Nebenangebot quantitativ und qualitativ mit dem Amtsentwurf „gleichwertig“ sein muss. Ob zwei Lösungsvorschläge für eine gestellte Bauaufgabe – zwei möglicherweise völlig verschiedene Bauverfahren oder zwei unterschiedlich Baustoffe, die sich aus dem Amtsentwurf und dem Nebenangebot zum Vergleich gegenüber stehen – „gleichwertig“ sind, lässt sich zweifelsfrei kaum bewerten. **Eine „absolute Gleichwertigkeit“ gibt es praktisch nicht.** Dieser Abgrenzung kann allenfalls noch gefolgt werden, wenn der Unterschied in der „Wertigkeit“ sehr deutlich ausfällt – hat der Auftraggeber etwa die Verwendung fabrikneuen Baumaterials ausgeschrieben und sieht ein Nebenangebot gebrauchtes Material vor, kann mit großer Sicherheit eine Gleichwertigkeit verneint werden. Das neue Material ist noch unverbraucht, weist noch keine Gebrauchs- bzw. Verschleißerscheinungen auf und wird regelmäßig eine längere Haltbarkeit gewähren. Ist Edelstahl im Amtsentwurf nachgefragt, wird „normaler“ Stahl nicht als gleichwertig anzusehen sein, weil er anfällig für Rost ist und insoweit einen höheren Instandsetzungsbedarf und eine kürzere Haltbarkeit aufweist.

In einem anderen Beispielfall, in dem ein Amtsentwurf den Bau einer Lagerhalle in Stahlbetonbauweise und ein Nebenangebot alternativ eine Holzlagerhalle vorsah, soll jedoch ebenso keine qualitative Gleichwertigkeit gegeben sein.⁸⁸⁸ Hierzu lassen sich allerdings sicher technische Argumente sowohl pro als auch contra Gleichwertigkeit finden. Vertreter der Holzindustrie werden darauf verweisen, dass eine Holzkonstruktion selbstverständlich nicht „minderwertiger“ ist. Vertreter von Unternehmen, die ausschließlich Beton- oder Stahlbetonbauten erstellen, werden eine gegenteilige Ansicht vertreten. Die Gleichwertigkeitsprüfung hat freilich ihre Berechtigung – der Auftraggeber ist davor zu schützen, dass er ein Minus gegenüber dem erhält, was er als seinen Vorstellung und seinen Bedarf im Amtsentwurf ausgeführt hat. Darüber hinaus muss die Anforderung, den Zuschlag auf das „wirtschaftlichste Angebot“ zu erteilen, in irgendeiner Form umgesetzt werden. Andererseits ergibt sich aus der Wertungssystematik aber zugleich ein **gewisses Willkürelement**. In der Praxis ist festzustellen, dass ein Auftraggeber durchaus Möglichkeiten hat, ein Nebenangebot aus der Wertung zu kippen, obwohl sich aus technischer Sicht eine qua-

⁸⁸⁸ Vgl. oben 5.1;

litative und quantitative Gleichwertigkeiten mit guten Argumenten bejahen ließe. Ebenso kann im gegenläufigen Fall ein Nebenangebot in der Wertung verbleiben, weil es ein Auftraggeber als gleichwertig einstuft, obwohl dies aus technischer Warte fundiert bezweifelt bzw. verneint werden könnte. Diese Unsicherheit, die im Ergebnis sowohl für den Auftraggeber als auch für den Bieter besteht, setzt sich in einem potenziellen Vergabenachprüfungsverfahren fort: Die Wertungsentscheidung ist nur sehr eingeschränkt prüfbar und kann nur dann erfolgreich angefochten werden, wenn der Auftraggeber Ermessensfehler begangen hat.

Besondere Bedeutung erlangt angesichts dessen die **Frage, nach welchen Wertungskriterien die Gleichwertigkeit zu beurteilen ist**. Für **Hauptangebote** gehen die Wertungskriterien insbesondere aus § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A hervor. Dort sind diese in Form einer **beispielhaften Aufzählung** vorgegeben – genannt werden **Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe sowie Ausführungsfrist**. Für die Bewertung der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten lässt die VOB/A offen, welche Kriterien anzuwenden sind. § 25 Nr. 5 VOB/A erschöpft sich lediglich in der Angabe, dass Nebenangebote „zu werten“ sind. Wie und unter welchen Aspekten, bleibt offen. Ebenso fehlt eine klare Aussage, inwieweit die Kriterien der Wertung von Hauptangeboten anwendbar bzw. anzuwenden sind.

Auf Grund der Gesamtsystematik wird jedoch klar, dass auch für die Bewertung der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten keine anderen Kriterien und Gesichtspunkte Verwendung finden dürfen als bei der „normalen“ Wertung der übrigen (Haupt-)Angebote: Für Bauaufträge ab den Schwellenwerten, auf die Abschnitte 2 ff. der VOB/A anwendbar sind, gibt § 25a Abs. 1 VOB/A klar vor, dass der Auftraggeber bei der Wertung der Angebote nur Kriterien berücksichtigen darf, die er in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen bereits genannt hat. Dies ist zwar in § 25 Nr. 3 VOB/A so nicht geregelt. Auch für Bauaufträge unter den Schwellenwerten darf aber nichts anderes gelten. Das geht in diesem Fall aus dem Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB hervor: Die Bieter müssen von vornherein wissen, auf welche Kriterien es dem Auftraggeber ankommt und unter welchen Gesichtspunkten dieser ihre (Neben-)Angebote beurteilen wird. Nur dann ist gesichert, dass spätere Manipulationen so weit wie möglich ausgeschlossen sind.

Dies hat aber ebenso nicht nur für die Wertungskriterien bezüglich der Hauptangebote zu gelten – o.g. Regelung im zweiten Abschnitt der VOB/A bezieht sich insoweit nur auf die Wertung von Angeboten, ohne sich ausdrücklich auf Hauptangebote zu beschränken. **Die Bieter müssen von vornherein ebenso einschätzen können, welche Kriterien der Auftraggeber anlegen wird, wenn er die erforderliche Gleichwertigkeitsprüfung ihrer Nebenangebote vornimmt. Diese ist also an Hand von Kriterien durchzuführen, die ebenso bereits von vornherein, also mit**

Erhalt der Vergabeunterlagen, feststehen und hinreichend für die Bieter erkennbar sind. Die Gleichwertigkeit ist also an Hand der zentralen Koordinaten des gewünschten Bauwerks zu beurteilen. Wesentliche Bestandteile sind hier insbesondere die **Mindestanforderungen**, die der Auftraggeber für potenzielle Nebenangebote bereits in den Vergabeunterlagen zu nennen und zu erläutern hat. Sie geben, sofern sie ordnungsgemäß vorgegeben sind, vergleichbar mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung die für den Auftraggeber zentralen Anforderungen an, die das herzustellende Bauwerk zu erfüllen hat. Die Gleichwertigkeit muss sich also sowohl auf den Preis als auch auf die Qualität und die Wirtschaftlichkeit (Wartungsaufwand, Instandsetzungskosten,...) des Hauptangebots beziehen. Ein Nebenangebot muss jedenfalls den Mindestanforderungen entsprechen und die wesentlichen Grundzüge des Amtsentwurfs erfüllt.

6. Wirtschaftlichkeitsvergleich im eigentlichen Sinn

Ein Nebenangebot kann nur dann bezuschlagt werden, wenn es sich als die gegenüber dem Amtsentwurf insgesamt wirtschaftlichere Lösung darstellt, insoweit „annehmer“ ist als ein Hauptangebot. Dies resultiert aus dem allgemeinen Grundsatz in § 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A, wonach der Zuschlag auf das wirtschaftlichste (Haupt- oder Neben-)Angebot zu erteilen ist. Die Beurteilung als „annehmer“ bedeutet, dass das Nebenangebot eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt:⁸⁸⁹

- Die Lösung aus dem **Nebenangebot** stellt die **bessere Lösung** gegenüber dem Amtsentwurf dar und ist **nicht teurer** als das Hauptangebot,⁸⁹⁰
- Die Lösung aus dem **Nebenangebot** ist **gleichwertig** mit dem Hauptangebot, ist **aber preislich günstiger**.⁸⁹¹

Zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit können auch Kriterien, die in die Prüfung der Gleichwertigkeit nur eingeschränkt und summarisch eingeflossen sind, nun noch einmal detailliert und vertieft Berücksichtigung finden.⁸⁹² Das Vergabehandbuch des Bundes gibt hierzu vor:⁸⁹³ *„Bei der wirtschaftlichen Beurteilung zugelassener Nebenangebote sind neben der Prüfung der Angemessenheit der Preise auch die Vorteile zu berücksichtigen, welche die vom Bieter vorgeschlagene andere Ausführung oder andere Ausführungsfristen und die sich daraus ergebende mögliche frühere oder spätere Benutzbarkeit von Teilen der Bauleistung usw. bieten können.“*

⁸⁸⁹ BayObLG, VergR 2003, 221;

⁸⁹⁰ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.0.2002, 1 VK 16/02; Beschluss vom 08.01.2002, 1 VK 46/01; *Weyand*, § 25, Ziff. 5756;

⁸⁹¹ VK Nordbayern, Beschluss vom 06.02.2003, 320.VK-3194-01/03;

⁸⁹² VK Bund, Beschluss vom 30.04.2002, VK 2-10/02; *Schweda* in: VergR 2003, 277;

⁸⁹³ § 25, Ziff. 2;

Das heißt, dass nicht nur die Herstellungskosten für die Ausführung der verfahrensgegenständlichen Bauleistung entscheidend für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit sein dürfen, sondern es sind auch die Folgewirkungen mit ausschlaggebend wie etwa Betriebs- und Unterhaltskosten bzw. die Lebensdauer, die bei Ausführung nach dem Lösungsvorschlag des Nebenangebots von den Folgeerscheinungen bei Realisierung des Hauptangebots unterschiedlich sein können.⁸⁹⁴

Nachdem es sich bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit wiederum um eine **Ermessensentscheidung des Auftraggebers** handelt, hat dieser hierbei grundsätzlich einen Beurteilungsspielraum, der **nur eingeschränkt überprüfbar ist**.⁸⁹⁵ Bei der Wirtschaftlichkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der Tatbestandsseite zuzuordnen ist. Kommt der Auftraggeber im Rahmen seiner Wertung zu dem Schluss, dass das Angebot das wirtschaftlichste ist, ist die Rechtsfolge insoweit klar: Auf dieses Angebot ist der Zuschlag zu erteilen. In der Praxis ist der Beurteilungsspielraum allerdings eingeschränkt: Wenn sich ein Nebenangebot als quantitativ und qualitativ gleichwertig mit dem Amtsentwurf herausgestellt hat, wird regelmäßig alleine der Preis die Entscheidung herbeiführen. Im Ergebnis ist dann der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.⁸⁹⁶ Der BGH billigt dem Auftraggeber insoweit jedoch eine Bewertungsprärogative zu, die seine Entscheidung insoweit der Nachprüfung entzieht. Eine insgesamt ordnungsgemäße Ermessensbetätigung erfordert jedoch eine Darlegung berücksichtigungsfähiger Gründe, wenn der Auftraggeber den Zuschlag nicht auf das preisgünstigste Angebot erteilt. Der BGH hatte in diesem Rahmen die Vergabeentscheidung eines Auftraggebers beanstandet, der den Zuschlag auf ein Angebot erteilt hatte, dessen Preis nicht der günstigste war, ohne dies in irgendeiner Form zu begründen. Damit hatte er nicht hinreichend dokumentiert, überhaupt Ermessen betätigt zu haben.⁸⁹⁷

⁸⁹⁴ VK Brandenburg, Beschluss vom 26.03.2002, VK 3/02; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19.01.2005, VK-SH 37/04;

⁸⁹⁵ BGH NJW 2000, 661 ff.; BGH, Urteil vom 08.11.1984, VII ZR 51/84; BauR 1985, 76; OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 540; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.04.2000, 2 Verg 3/00; OLG Rostock, VergR 2001, 318; BayObLG, VergR 2001, 442; *Jaeger*, NZBau 2001, 431; *Schweda*, VergR 2003, 277; anderer Ansicht *Opitz*, BauR 2000, 1564 ff.; *Goede*, VergR 2002, 347ff.;

⁸⁹⁶ BGH NZBau 2002, 107 f.; BGH NZBau 2001, 232 f.; BGH NZBau 2000, 35 f.;

⁸⁹⁷ BGH NJW 2000, 661 ff.; *Schweda*, VergR 2003, 278;

Teil 4) Einfluss der Rechtsprechung des EuGH

A) Einführung

Gerade das Vergaberecht ist ein Rechtsgebiet, das mehr als andere Rechtsbereiche inzwischen wesentlich durch europarechtliche Vorgaben berührt und geprägt wird. Der EG-Vertrag⁸⁹⁸ gibt für das gesamte öffentliche Auftragswesen maßgebliche Vorschriften vor: Art. 28, 43 und 49 EGV regeln den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr, Art. 39 EGV die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sowie Art. 12 EGV das Diskriminierungsverbot als Grundfreiheiten für den europäischen Binnenmarkt.⁸⁹⁹

Besonders deutlich wurde der Einfluss des Europarechts auf die nationale Regelungssystematik des Vergaberechts im Zuge der Einführung des vierten Teils, §§ 97 ff., in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit dem Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgRÄG) vom 26.08.1998⁹⁰⁰, in Kraft getreten zum 01.01.1999⁹⁰¹. § 97 GWB gibt heute mit der Vorgabe der Prinzipien „Wettbewerb“, „Gleichbehandlung“, „Transparenz“, der Berücksichtigung mittelständischer Interessen und der Vergabe an geeignete Unternehmen sowie der Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot die Grundregeln für das gesamte öffentliche Beschaffungswesen vor.⁹⁰² Mit dem vierten Teil des GWB setzte die Bundesrepublik Deutschland die europarechtlichen Anforderungen an die Vergabeverfahren um.⁹⁰³

Auch die Änderungen der VOB Teil A zur Ausgabe 2006 basieren im Wesentlichen auf europarechtlicher Veranlassung. Die EU hatte die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (VKR) und die Sektorenrichtlinie 2004/17/EG (SKR) erlassen, die die Bundesrepublik verpflichtend in nationales Recht umzusetzen hatte. Parallel zur der Änderung der Vergabeverordnung (VgV) erfolgte auch die Anpassung der VOB Teil A, insbesondere in den Abschnitten 2 bis 4, die für die europaweite Vergabe von Bauaufträgen ab den in der VgV geregelten Schwellenwerten gelten.

Ein weiteres Beispiel einer markanten europäischen Einflussnahme auf das deutsche Vergaberecht ist die so genannte „Traunfellner-Entscheidung“⁹⁰⁴ des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 16. Oktober 2003. Es besagt im Wesentlichen:

⁸⁹⁸ In der Fassung des Vertrags von Amsterdam vom 02.10.1997, BGBl. 1998 II, 387, BGBl. 1999 II, 416;

⁸⁹⁹ *Byok/Jaeger*, Einführung, Rdn. 15;

⁹⁰⁰ BGBl. 1998 I, S. 2512;

⁹⁰¹ *Hucko* in: NJW 1998, 3553; *Byok/Jaeger*, a.a.O., Rdn. 25; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, VOB Teil A, vor § 97 GWB, Rdn. 1 ff.;

⁹⁰² *Korbion*, § 97 GWB, Rdn. 2;

⁹⁰³ *Byok/Jaeger*, a.a.O., Rdn. 25;

⁹⁰⁴ Az. Rs. C-421/01 in: BauR 2004, 563 = VergR 2004, 50 = ZfBR 2004, 85 = IBR 2003, 683

„Der öffentliche Auftraggeber muss in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen erläutern, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, um sie bei der Wertung berücksichtigen zu können.“⁹⁰⁵

Die Auswirkungen der Entscheidung auf das Vergaberecht und insbesondere die Rolle der Änderungsvorschläge ist sehr groß. Bereits die ersten Veröffentlichungen zu dem Urteil prognostizierten zu Recht, dass die brisante⁹⁰⁶ Entscheidung „in der Bundesrepublik Deutschland für erheblichen Aufruhr sorgen“ werde.⁹⁰⁷ Das Urteil wirkte immerhin massiv auf die grundsätzliche Systematik der Nebenangebote ein: Die Rollenverteilung sah bis dato vor, dass der Ausschreibende sich bei der Erstellung seiner Verdingungsunterlagen vor Erhalt der Angebote der Bieter letztlich nur im Sinne des § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A zu erklären brauchte, ob er Nebenangebote und Änderungsvorschläge zulassen wollte oder nicht. Alle inhaltlichen Aspekte konnte der Auftraggeber der Kreativität der Bieter überlassen. Die Entscheidung des EuGH verpflichtet den Ausschreibenden nun dazu, Mindestanforderungen für die zugelassenen Nebenangebote zu formulieren. Es wird noch genau zu klären und konkretisieren sein, wie umfangreich und detailliert der Auftraggeber solche Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen verankern muss, um den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs zu genügen. Hiervon wird wesentlich abhängen, inwieweit Änderungsvorschläge an sich auch künftig geeignet sind, Innovation und Neuerungen insbesondere aus dem technischen Bereich in Vergabeverfahren einzubringen.

B) Die „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH

Um die Auswirkungen der so genannten „Traunfellner-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs beurteilen zu können, ist zunächst eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Urteils erforderlich und im Anschluss mit der grundsätzlichen Frage, welche Bedeutung, Tragweite und insbesondere rechtliche Verbindlichkeit die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für das deutsche Vergabewesen haben.

I. Anlass des Urteils: Vorlage zum Vorabentscheidungsverfahren

Anlass für das Urteil war ein Ersuchen des österreichischen Bundesvergabebeamten an den EuGH, das gemäß Art. 234 EGV ein so genanntes Vorabentscheidungsverfahren im Sinne des Art. 177 EGV beantragt hatte. Bei der Behörde war ein Verfahren anhängig, bei dem es ihrer Ansicht nach entscheidungserheblich auf die Frage

⁹⁰⁵ Leitsatz aus IBR 2003, 683;

⁹⁰⁶ Waldner in: IBR 2004, 535;

⁹⁰⁷ Weyand in: IBR 2003, 683;

der Auslegung der Richtlinie 93/97/EWG des Rates vom 14.06.93 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge⁹⁰⁸ ankam.

II. Sachverhalt

Das österreichische Bundesvergabeamt hatte einen Rechtsstreit zwischen der Traunfellner GmbH als Antragstellerin gegen die Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag) als Antragsgegnerin zu entscheiden. Die Traunfellner GmbH wehrte sich dagegen, dass ein von ihr abgegebenes Alternativangebot von der Asfinag nach Überzeugung der Traunfellner GmbH zu Unrecht zurückgewiesen worden war.

Im November 1997 hatte die Abteilung Bundesstraßenbau des Amtes der niederösterreichischen Landesregierung im Namen und im Auftrag der Asfinag europaweit einen Bauauftrag ausgeschrieben. Gegenstand waren Straßen- und Brückenbauarbeiten im Zuge der Erneuerung eines rund 8 Kilometer langen Straßenabschnitts der Westautobahn A 1 Neumarkt Richtung Fahrbahn Wien. Die Verdingungsunterlagen enthielten einen Amtsentwurf der Behörde. Ohne ausdrückliche Festlegung von Mindestanforderungen sah dieser eine zweischichtige Betondecke mit Oberbetonqualität vor. Die Ausschreibung ließ Alternativangebote zu – wiederum ohne Vorgabe ausdrücklicher, konkreter Mindestanforderungen hierfür. Die Vergabeunterlagen führten lediglich an, dass Alternativangebote nur angenommen würden, wenn zusätzlich ein vollständiges ausschreibungsgemäßes Leistungsverzeichnis (Hauptangebot) ausgefüllt worden sei. Es wurden weder für ausschreibungskonforme Angebote noch für Alternativangebote Zuschlagskriterien zur Beurteilung der wirtschaftlichen und technischen Qualität benannt. Es war ferner weder festgelegt, dass Alternativangebote eine der Amtsvariante gleichwertige Leistungserbringung sicherstellen müssten, noch, was unter gleichwertiger Leistungserbringung zu verstehen sei. Die Verdingungsunterlagen beschränkten sich insoweit lediglich auf einen Verweis auf § 42 BVergG (Österreichisches Bundesvergabegesetz).⁹⁰⁹

Die Traunfellner GmbH reichte auf die Ausschreibung ein Alternativangebot mit einer Gesamtangebotssumme von 78.327.748,53 ATS ein. Dieses war das preisgünstigste Angebot. Das billigste Angebot auf den Amtsentwurf schloss mit einer Angebotssumme von 87.750.304,30 ATS. Das Alternativangebot der Traunfellner GmbH ba-

⁹⁰⁸ Amtsblatt EG 97 Nr. L 328, S. 1;

⁹⁰⁹ § 42 BVergG („Übermittlung von Unterlagen“) besagt: *„Soweit dieses Bundesgesetz, mit Ausnahme der Bestimmung des § 178, Mitteilungs- oder Berichtspflichten an die Kommission oder andere Vertragsparteien des EWR-Abkommens vorsieht, hat bei Vergabeverfahren, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, die vergebende Stelle, bei Vergabeverfahren, die in den Vollziehungsbereich eines Landes fallen, die vergebende Stelle im Wege der jeweiligen Landesregierung dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Dieser hat die Unterlagen im Wege der Ständigen Vertretung Österreichs bei der EU an die Kommission und an die Vertragsparteien des EWR-Abkommens weiterzuleiten und den Bundeskanzler davon zu unterrichten.“*

sierte auf der Herstellung einer aus Bitumenmaterial gefertigten Asphaltdecke statt einer im Amtsentwurf vorgesehenen zweischichtigen Betondecke mit Oberbetonqualität.

Im Februar 1998 forderte die Abteilung Bundesstraßenbau des Amtes der niederösterreichischen Landesregierung die Traunfellner GmbH auf, über die technische Qualität ihres Alternativangebots aufzuklären. Diese legte Unterlagen und Stellungnahmen vor. Die Behörde fertigte auf dieser Grundlage einen technischen Prüfbericht. Darin stellte sie fest, dass Erfahrungen mit früheren Aufträgen vergleichbarer Art gezeigt hätten, dass selbst bei sorgfältiger, auftragskonformer Ausführung einer von der Traunfellner GmbH vorgeschlagenen Asphaltkonstruktion schon nach kurzer Betriebszeit der Fahrbahn Spurrinnen in erheblicher Tiefe auftraten und zusätzliche Sanierungsmaßnahmen notwendig wurden. Auf Grund dessen gab die Abteilung Bundesstraßenbau dem Bau nach den Vorgaben des Amtsentwurfs den Vorzug. Sie errechnete bei einer Generalerneuerung der Fahrbahn in der dort vorgesehenen Betonbauweise eine längere Lebensdauer von 30 Jahren gegenüber geschätzten 20 Jahren bei der Asphaltversion des Alternativvorschlags. Darüber hinaus maß sie dem Verfahren des Amtsentwurfs einen höheren Verformungswiderstand bei. Die Behörde kam zu dem Fazit, dass eine Betondecke eine um 50 % längere Lebensdauer biete, während die Herstellungskosten lediglich 8,5 % mehr betragen. Folglich sei das von der Angebotssumme her günstigere Alternativangebot der Traunfellner GmbH nicht als gleichwertig mit den Anforderungen des Amtsentwurfs anzusehen und müsse daher zurück gewiesen werden.

Auf der Basis dieses Prüfberichts beschloss die Vergabekommission der Abteilung Bundesstraßenbau im März 1998, den Zuschlag auf das preisgünstigste Angebot entsprechend dem Amtsentwurf zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die Traunfellner GmbH an das Österreichische Bundesvergabeamt und beantragte, die Zurückweisung ihres Alternativangebots für nichtig zu erklären.

Im April 1998 wies das Bundesvergabeamt den Antrag der Traunfellner GmbH zurück. In der Begründung führte es aus, dass die Frage nach der technischen Gleichwertigkeit des Alternativangebots nicht entscheidungserheblich sei. Dieses weiche nämlich in einem solchen Maß von den Vorgaben des Amtsentwurfs in den Vergabeunterlagen ab, dass es sich nicht mehr um ein allenfalls zulässiges Alternativangebot handle, sondern jedenfalls auszuschneiden sei. Selbst wenn es ein zulässiges Alternativangebot darstellte, wäre es technisch nicht gleichwertig und daher nicht zu berücksichtigen.

Gegen diese Entscheidung des Bundesvergabeamts legte die Traunfellner GmbH im Juni 1998 Beschwerde beim Österreichischen Verfassungsgerichtshof ein. Im November 1998 hob dieser die Entscheidung der Behörde wegen Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf Gleichheit vor dem Gesetz auf. Eine solche Verletzung liegt nach der Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs dann vor, wenn eine Behörde ihren Bescheid mit Ausführungen begründe, denen kein Begründungswert zukomme. Das sei hier der Fall, da es das Bundesvergabeamt unterlassen habe, auch nur anzudeuten, aus welchen Gründen angenommen werden könne, dass ein Alternativangebot nicht vorliege.

Gemäß dem österreichischen Recht war das Bundesvergabeamt in Folge dieser Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs erneut zur Entscheidung über die Frage berufen. Problematisch war insofern jedoch, dass der Zuschlag gemäß der ersten Entscheidung des Vergabeamts zu diesem Zeitpunkt bereits auf das preisgünstigste Angebot auf den Amtsentwurf erteilt war. Somit kam eine Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Auftraggeberentscheidung nicht mehr in Betracht. Das Bundesvergabeamt hatte gemäß Vorgabe des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs lediglich festzustellen, ob die behauptete Rechtsverletzung vorliege und ob daher die Auftraggeberentscheidung, das Alternativangebot der Traunfellner GmbH auszuschließen, rechtmäßig sei.

Mit Beschluss vom September 2001 legte das Österreichische Bundesvergabeamt dem Europäischen Gerichts folgende fünf Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Ist ein alternativer Angebotsvorschlag eines Bieters, der darin besteht, statt der ausgeschriebenen Herstellung der Oberdecke der Straßenfahrbahn durch Beton eine Asphaltoberdecke vorzuschlagen, ein Änderungsvorschlag im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG?

2. Kann das für die Zulässigkeit der Annahme eines Änderungsvorschlags im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG in nationalen Rechtsvorschriften aufgestellte Kriterium, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist, rechtmäßigerweise als gemäß Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 93/37/EWG vom Auftraggeber festgelegte und erläuterte Mindestanforderung angesehen werden, wenn die Ausschreibungsunterlage nur auf die nationale Rechtsvorschrift verweist und nicht näher definiert, anhand welcher konkreten Vergleichsparameter die Gleichwertigkeit zu überprüfen ist?

3. Verbieht Artikel 30 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 93/37/EWG im Zusammenhang mit den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung dem öffentlichen Auftraggeber, die Annahme eines alternativen Angebotsvor-

schlags, der sich durch eine andere technische Qualität von einem der Ausschreibung entsprechenden Angebot unterscheidet, von der positiven Beurteilung anhand eines in nationalen Rechtsvorschriften aufgestellten Kriteriums, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist, abhängig zu machen, wenn die Ausschreibungsunterlage diesbezüglich nur auf die nationale Rechtsvorschrift verweist und nicht näher definiert, anhand welcher konkreten Vergleichsparameter die Gleichwertigkeit zu überprüfen ist?

4. a) Falls Frage 3 bejaht wird: Darf ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren wie das unter Frage 3 beschriebene durch Vergabe des Auftrags zu Ende führen?

b) Falls Frage 3 und Frage 4a bejaht werden: Muss ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vergabeverfahren im Sinne von Frage 3 führt, Änderungsvorschläge von Bietern ohne inhaltliche Prüfung jedenfalls ablehnen, wenn er keine Zuschlagskriterien zur Beurteilung der technischen Abweichungen des Änderungsvorschlags von der Ausschreibung festgelegt hat?

5. Falls Frage 3 und 4a bejaht und 4b verneint werden: Muss ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vergabeverfahren im Sinne von Frage 3 führt, einen Änderungsvorschlag, dessen technische Abweichungen von der Ausschreibung er mangels entsprechender Festlegungen in der Ausschreibung nicht durch Zuschlagskriterien beurteilen kann, annehmen, wenn dieser Änderungsvorschlag das billigste Angebot ist und sonst keine Zuschlagskriterien festgesetzt wurden?

Diese Fragen beantwortete der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 16.10.2003. Dabei hatte der EuGH die Frage der Vereinbarkeit mit zwei Richtlinien zu prüfen.

III. Entscheidungserhebliche Richtlinien

Die oben angeführte Entscheidung des EuGH nimmt Bezug auf zwei Vorschriften – Artikel 19 und Artikel 30 – der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG⁹¹⁰ (BKR).

⁹¹⁰ Richtlinie 93/97/EWG des Rates vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge; Stand: 13.09.2001 (ABl. EG 01 Nr. L 285, S. 1); in Kraft seit dem 18.11.2001; derzeit gültige Fassung - seit dem 13.10.1997 unverändert - (ABl. EG 97 Nr. L 328, S. 1);

1. Grundsatz: Unmittelbare Geltung der Baukoordinierungsrichtlinie in Deutschland

Inzwischen ist die Nachfolgerichtlinie der Baukoordinierungsrichtlinie (BKR), die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG in das nationale Vergaberecht umgesetzt worden. Die Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG war bis zum Zeitpunkt, in dem die „Traunfellner-Entscheidung“ ergangen war, noch nicht in deutsches Vergaberecht übergeführt worden. Aus diesem Grund galt sie in Deutschland zu dieser Zeit unmittelbar.⁹¹¹ Zum besseren Verständnis der weiteren Entwicklung ab diesem Zeitpunkt und der politischen Bewertung der Situation im Vergaberecht sei im Folgenden im Rahmen eines Exkurses der Blick auf die vergabepolitische Bewertung der damaligen SPD-Grünen-Bundesregierung unter Bundeskanzler Gerhard Schröder gerichtet.

2. Exkurs: Nationale politische Bewertung durch die Bundesregierung

Dass die Regelung des Art. 19 Abs. 2 BKR noch nicht in nationales Recht umgesetzt war, war nicht einem Versäumnis der zuständigen Stellen zuzuschreiben, sondern hatte durchaus politische Absicht zum Hintergrund. Dies ergibt sich unter anderem aus der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag vom 15.06.2005.⁹¹² Die Fraktion fragte zunächst an, warum die Bundesregierung bis dato Artikel 19 Abs. 2 BKR noch nicht in deutsches Recht umgesetzt habe. Die Bundesregierung verwies in ihrer Antwort⁹¹³ zunächst darauf, dass die BKR hinsichtlich der Verfahrensvorschriften zur Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen im Wesentlichen durch den 2. Abschnitt des Teils A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) bereits in deutsches Recht umgesetzt sei. Wörtlich antwortet die Bundesregierung: *„Bei der Umsetzung wurde die Auffassung vertreten, dass die Regelungen ausreichend zur Umsetzung seien. Die Anforderungen an das Hauptangebot beschreiben auch die Anforderungen an ein Nebenangebot, eine ausdrückliche Vorgabe zur Beschreibung von Mindestanforderungen an Nebenangebote sei daher nicht erforderlich und könne eher dem Ziel von Nebenangeboten – der Förderung von Innovationen und alternativen Vorschlägen – entgegenstehen. Diese Auffassung wurde erst mit dem Urteil des EuGH vom 16. Oktober 2003⁹¹⁴ in Frage gestellt.“* Die Bundesregierung kündigte an, dies bei der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinie 2004/18/EG zu berücksichtigen, die die BKR ersetzt und in Art. 24 Abs. 3 eine dem Art. 19 Abs. 2 BKR vergleichbare Regelung enthält.

⁹¹¹ BT-Drucksache 15/5778 und BT-Drucksache 15/5901;

⁹¹² BT-Drucksache 15/5778;

⁹¹³ BT-Drucksache 15/5901;

⁹¹⁴ Gemeint ist die „Traunfellner-Entscheidung“;

Auf einen Zeitpunkt der geplanten Umsetzung wollte sich die damals amtierende Bundesregierung⁹¹⁵ in ihrer Antwort nicht festlegen. Sie teilte mit, das sie am 12.05.2004 Eckpunkte für eine Verschlinkung des Vergaberechts beschlossen habe, die vorsehen, das deutsche Vergaberecht im Rahmen der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG „vereinfacht und anwenderfreundlicher“ auszugestalten.⁹¹⁶ Ende März 2005 legte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Neuregelung des Vergaberechts einschließlich eines Entwurfs für eine neue Vergabeordnung vorgelegt. Die weiteren Verfahrensschritte sollten jedoch erst nach den Neuwahlen zum 16. Deutschen Bundestag folgen: *„Angesichts der beabsichtigten Neuwahlen (...) sieht die Bundesregierung derzeit nicht vor, die Entwürfe des BMWA zur Vergaberechtsreform zu beschließen.“*⁹¹⁷

In welcher Form und in welchem zeitlichen Rahmen die inzwischen amtierende Bundesregierung die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien weiter verfolgen würde, war zu dieser Zeit noch nicht näher bekannt. Die SPD-Grünen-Regierung unter Kanzler Schröder hatte sich im Rahmen ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der FDP im 15. Deutschen Bundestag Bedenken gegen eine zu restriktive Regelung für die Auftraggeber bezüglich der Vorgabe von Mindestanforderungen ausgesprochen: *„(...) eine zu starre Vorgabe von Mindestbedingungen kann Angebote mit innovativen Ideen ausschließen oder beschränken. Dies kann den technischen Fortschritt behindern und die Wirtschaftlichkeit der Beschäftigten beeinträchtigen. (...) Die Bundesregierung prüft derzeit, wie diese europarechtlichen Vorgaben praktikabel umgesetzt werden können. Es sollen weder Innovationen behindert noch die Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Auftragsvergabe beeinträchtigt werden. Da die Vorlage von Nebenangeboten nicht erschwert, sondern befördert werden soll, kommt es auf eine flexible Handhabbarkeit der Pflicht zur Angabe von Mindestbedingungen für Nebenangebote an.“* Auf konkrete Frage der FDP-Fraktion bejahte die Bundesregierung die Gefahr, dass es den Planungsbüros bei Bauleistungen nicht möglich sei, die Mindestanforderungen so zu bezeichnen, dass alle eventuellen Nebenangebote einbezogen werden könnten.

Die damalige Bundesregierung äußerte im Juli 2005 also konkrete Bedenken gegen die hohen Anforderungen, die die europarechtliche Regelung in der BKR an die öffentlichen Auftraggeber stellt, relativierte diese aber zugleich wieder. Eine grundsätzliche Beschränkung des Wettbewerbs durch den Wortlaut der europarechtlichen Vorgaben sah die Bundesregierung nicht. Wörtlich heißt es in der Antwort auf die FDP-Anfrage: *„Es kommt vielmehr auf eine praktikable Umsetzung und Anwendung*

⁹¹⁵ Es handelte sich um die Koalition aus SPD und Grünen unter Bundeskanzler Gerhard Schröder;

⁹¹⁶ BT-Drucksache 15/5901;

⁹¹⁷ BT-Drucksache 15/5901;

*dieser Vorgaben an.*⁹¹⁸ So zeige etwa die Entscheidung der Vergabekammer des Bundes vom 14.02.2005, Az. Vk 2 – 208/04, dass ein praktikabler Umgang mit den Vorgaben aus dem Europarecht möglich sei. Diese Entscheidung wird unten im Kapitel zu den Reaktionen der deutschen Rechtsprechung und Vergabekammern noch ausführlich dargestellt.

Die Bundesregierung brachte zum Ausdruck, dass sie grundsätzlich einer Schwächung der Rolle und Bedeutung von Nebenangeboten entgegen wirken wollte. In ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion stellte sie ausdrücklich klar: „*Sie (die Bundesregierung, Anm. d. Verf.) strebt (...) eine Lösung an, die sowohl den öffentlichen Auftraggebern als auch den potentiellen Auftragnehmern die erforderlichen Spielräume für innovative Nebenangebote lässt.*“ Die Regierungsantwort verwies auf die bis dahin bereits ergriffenen Schritte für eine Überarbeitung der Vergaberegungen unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben. Der Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit für eine neue Vergabeordnung, Stand Ende März 2005, schlug für eine bessere Berücksichtigung von Nebenangeboten eine generelle Zulassung von Nebenangeboten für alle Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte und auch für Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte vor. Um eine praxisgerechte Neuregelung zu begünstigen, hatte das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen Anfang 2005 gemeinsam mit der Bauwirtschaft einen Workshop für die Prüfung von Lösungsvarianten für Nebenangebote bei Bauaufträgen durchgeführt. Die dort dargestellten Lösungsansätze seien nunmehr in der Praxis auf ihre Anwendbarkeit zu prüfen.⁹¹⁹

Inzwischen ist auf VOB-Ebene die **Baukoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG** mit der Neuausgabe 2006 **in nationales Recht umgesetzt**. Für die Bauaufträge ab Erreichen der Schwellenwerte gemäß § 2 Nr. 4 VgV gibt nunmehr § 25a Nr. 3 VOB/A vor, dass der Auftraggeber nur Nebenangebot berücksichtigen darf, „*die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen*“.

3. Für die „Traunfellner-Entscheidung“ relevante Regelungen der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG

3.1 Artikel 19 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG:

Die Regelung lautet wie folgt:

(1) „Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden sollen, können die Auftraggeber von Bietern vorgelegte Änderungsvorschläge berücksichtigen, wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber erläutern in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Änderungsvorschläge erfüllen

⁹¹⁸ A.a.O.;

⁹¹⁹ BT-Drucksache 15/5901;

müssen, und bezeichnen, in welcher Art und Weise sie eingereicht werden können. Sie geben in der Bekanntmachung an, ob Änderungsvorschläge nicht zugelassen werden.

(3) Die öffentlichen Auftraggeber dürfen einen vorgelegten Änderungsvorschlag nicht allein deshalb zurückweisen, weil darin technische Spezifikationen verwendet werden, die unter Bezugnahme auf einzelstaatliche Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden, auf europäische technische Zulassungen oder auf gemeinsame technische Spezifikationen im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 oder aber auf einzelstaatliche technische Spezifikationen im Sinne von Artikel 10 Absatz 5 Buchstaben a) und b) festgelegt wurden.“ (Hervorhebungen dch. d. Verf.)

Art. 19 der Richtlinie wendet sich ausschließlich an öffentliche Auftraggeber. Diese werden in der deutschen Gesetzgebung in § 98 GWB definiert unter anderem als Gebietskörperschaften, deren Sondervermögen, andere juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts sowie Verbände, die zu dem besonderen Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie des Weiteren überwiegend öffentlich finanziert oder beaufsichtigt werden oder bestimmte natürliche oder juristische Personen, die im hoheitlichen Auftrag Versorgungsleistungen erbringen. Die Definitionsnorm des § 98 findet sich im vierten Abschnitt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Sie wurde durch das Vergaberechtsänderungsgesetz, das am 01.01.1999 in Kraft getreten war, dort eingefügt. Das neue Recht wurde dabei wiederum auf europarechtliche Veranlassung hin eingeführt, um die europäischen Vergaberichtlinien korrekt in nationales Recht umzusetzen.⁹²⁰ Auch die formell nationale Definition des öffentlichen Auftraggebers entspricht damit unmittelbar an den europarechtlichen Vorgaben.

Zunächst weist Art. 19 der Richtlinie darauf hin, dass öffentliche Auftraggeber Änderungsvorschläge, die von Bietern im Rahmen eines Vergabeverfahrens eingereicht wurden, unter der Voraussetzung berücksichtigen können, dass diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen. Wenngleich die Formulierung auf den ersten Blick darauf hindeuten mag, dass es sich bei der Maßgabe, Mindestvorschläge vorzugeben, um eine Kann-Bestimmung für die Auftraggeber handelt („... können die Auftraggeber...“), ist diese Regelung doch konkret so zu verstehen, dass *nur dann* Änderungsvorschläge Berücksichtigung finden *dürfen*, wenn sie die Mindestanforderungen des Auftraggebers erfüllen. Eine andere Auslegung würde der Regelung letztlich den Sinn nehmen. Die Verwendung des Begriffs „können“ bezieht sich von der Stellung im Regelungstext her nicht auf die Vorgabe von Mindestanforderungen, sondern bringt zum Ausdruck, dass der Auftraggeber Änderungsvorschläge – auch wenn Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen enthalten waren und das Angebot diesen genügt – nicht zwingend berücksichtigen muss, sondern ihm eine Berücksichtigung letztlich freigestellt ist.

⁹²⁰ Darauf weist ausdrücklich die amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf hin, BGBl. I 1998, 2546; Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB Teil A, Syst I, Rdn. 66;

Aus nationaler Perspektive ist diese Kann-Bestimmung jedoch abermals zu relativieren. Der Auftraggeber ist nicht während des gesamten Verlaufs des Vergabeverfahrens in der Entscheidung frei, ob er Nebenangebote und Änderungsvorschläge werten will. Lediglich in der Anfangsphase bleibt ihm dies gemäß § 10 Nr. 5 VOB/A freigestellt. Im Anschreiben zu den Vergabeunterlagen mit der Aufforderung an die Bieter zur Abgabe eines Angebots hat der Auftraggeber nämlich demgemäß anzugeben, ob er Änderungsvorschläge und Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will (§ 10 Nr. 5 Abs. 2 n), Abs. 4 S. 1 VOB/A). Hat sich der Auftraggeber in dieser Phase vor Versendung der Verdingungsunterlagen entschieden, dass er grundsätzlich Änderungsvorschläge und Nebenangebote wünscht, ist er gemäß § 25 Nr. 5 VOB/A verpflichtet, diese zu werten („...sind zu werten“) und insoweit später dann nicht mehr in der Entscheidung frei, ob er Änderungsvorschläge berücksichtigen will oder nicht. Er ist dann an seine Vorgabe gebunden und muss die Änderungsvorschläge werten, die den formellen Voraussetzungen entsprechen und den Mindestanforderungen genügen.⁹²¹

Art. 19 gibt weiter als zwingend zu beachtende Regelung („Die öffentlichen Auftraggeber *erläutern* ...“) vor, dass öffentliche Auftraggeber diese Mindestanforderungen, die die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, in ihren Verdingungsunterlagen anzugeben haben. In welcher Weise, zu welchen bzw. wie vielen Aspekten eines Änderungsvorschlags und in welcher „Regelungstiefe“ dies zu geschehen hat, gibt die Richtlinie jedoch nicht vor.

3.2 Artikel 30 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG⁹²²:

Art. 30 lautet:

(1) Bei der Erteilung des Zuschlags wendet der öffentliche Auftraggeber folgende Kriterien an:

a) entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises

b) oder – wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, wie z.B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert.

(2) In dem in Absatz 1 Buchstabe b) genannten Fall gibt der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien an, deren Verwendung er vorsieht, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung.

(3) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn ein Mitgliedstaat bei der Vergabe von Aufträgen im Rahmen einer Regelung, die zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Richtlinie in Kraft ist und bestimmten Bietern eine Bevorzugung gewährt, andere Kriterien zugrunde legt, sofern die angewandte Regelung mit dem Vertrag vereinbar ist.

⁹²¹ Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 25 Rdn. 131;

⁹²² Derzeit gültige Fassung - seit dem 13.10.1997 unverändert - (ABl. EG 97 Nr. L 328, S. 1)

(4) Scheinen bei einem Auftrag Angebote im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig, so muss der öffentliche Auftraggeber vor der Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten der Angebote verlangen, wo er dies für angezeigt hält; die anschließende Prüfung dieser Einzelposten erfolgt unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen.

Der öffentliche Auftraggeber kann Erläuterungen bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, der gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstiger Bedingungen, über die der Bieter bei der Durchführung der Arbeiten verfügt, oder der Originalität des Projekts des Bieters anerkennen.

Wenn die Auftragsunterlagen den Zuschlag auf das niedrigste Angebot vorsehen, muss der öffentliche Auftraggeber der Kommission die Ablehnung von als zu niedrig erachteten Angeboten mitteilen.

Bis Ende 1992 kann der öffentliche Auftraggeber jedoch unter der Voraussetzung, dass die geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften dies gestatten, ausnahmsweise und unter Vermeidung von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit Angebote, die im Verhältnis zur Leistung anomal niedrig sind, ablehnen, ohne das Verfahren nach Unterabsatz 1 einhalten zu müssen, sofern die Zahl dieser Angebote für einen bestimmten Auftrag so hoch ist, dass die Anwendung dieses Verfahrens eine erhebliche Verzögerung bewirken und das öffentliche Interesse an der Ausführung des betreffenden Auftrags beeinträchtigen würde. Die Anwendung dieses Ausnahmeverfahrens ist in der Bekanntmachung nach Artikel 11 Absatz 5 zu erwähnen.

Artikel 30 der Baukoordinierungsrichtlinie gibt vor, welche Zuschlagskriterien ein öffentlicher Auftraggeber für die Erteilung des Zuschlags heranziehen kann. Dabei unterscheidet die Regelung zwei grundsätzliche Wege. Entweder wendet der Auftraggeber ausschließlich den geringsten Preis als entscheidendes Abgrenzungskriterium für die Wertung der (auch Neben-)Angebote an und erteilt den Zuschlag damit auf das preislich günstigste Angebot gemäß Art. 30 Abs. 1 a) der BKR, oder er beauftragt das wirtschaftlich günstigste Angebot, das nicht zwingend in dem Angebot mit dem geringsten Angebotspreis liegen muss. In letzterem Fall, den grundsätzlich Art. 30 Abs. 1 b) BKR regelt, hat der Auftraggeber als Kriterien für die Wertung unter anderem auf Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischen Wert abzustellen. Im Übrigen gibt Artikel 30 BKR im Wesentlichen formelle Vorgaben.

4. Nachfolgeregelung: Artikel 24 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG

Die „Traunfellner-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs basiert auf der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG. Inzwischen ist diese Richtlinie ersetzt durch eine Neuregelung.⁹²³ Am 01.11.2004 ist die Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 in Kraft getreten. Sie wurde damit erst nach Erlass der „Traunfellner-Entscheidung“ zu geltendem Recht und betrifft die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentli-

⁹²³ BT-Drucksache 15/5901;

cher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. Die Umsetzungsfrist für die Mitgliedsstaaten gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VKR endete am 01.02.2006. Nachdem die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie bis dahin nicht in nationales Recht umgesetzt hatte, galt diese seitdem vorübergehend unmittelbar.⁹²⁴

Auch in der Richtlinie 2004/18/EG findet sich eine Regelung zu Nebenangeboten. Sie sind dort als „Varianten“ bezeichnet. Einschlägig ist Artikel 24:

Art. 24 Varianten

1. *Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, können die öffentlichen Auftraggeber es zulassen, dass die Bieter Varianten vorlegen.*
2. *Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung an, ob Varianten zulässig sind; fehlt eine entsprechende Angabe, so sind keine Varianten zugelassen.*
3. *Lassen die öffentlichen Auftraggeber Varianten zu, so **nennen sie in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen**, und geben an, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind.*
4. *Die öffentlichen Auftraggeber berücksichtigen nur Varianten, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen. Bei den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- oder Dienstleistungsaufträge dürfen öffentliche Auftraggeber, die Varianten zugelassen haben, eine Variante nicht allein deshalb zurückweisen, weil sie, wenn sie den Zuschlag erhalten sollte, entweder zu einem Dienstleistungsauftrag anstatt zu einem öffentlichen Lieferauftrag bzw. zu einem Lieferauftrag anstatt zu einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag führen würde.*

Mit der Vergaberechtsreform, die im November 2006 in Kraft trat, wurden die Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG nunmehr in nationales Recht umgeformt. §§ 10b Nr. 2, 25b Nr. 3 VOB/A enthält nun die Bestimmung, dass der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen Mindestanforderungen für Nebenangebote vorzugeben hat. § 10b Nr. 2 VOB/A verlangt vom Auftraggeber:

„Der Auftraggeber benennt die Mindestanforderungen für Nebenangebote, sofern er diese nicht ausgeschlossen hat.“

Entsprechend gibt § 25b Nr. 3 VOB/B vor:

„Der Auftraggeber berücksichtigt nur Nebenangebote, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen.“

⁹²⁴ OLG Koblenz, Beschluss vom 31.05.2006, Az. 1 Verg 3/06;

4.1 Regelungsinhalt

Art 24 der Richtlinie 2004/18/EG gibt den öffentlichen Auftraggebern zunächst die Möglichkeit, Varianten zuzulassen. Absatz 2 enthält eine „Positivregelung“: Varianten sind nur dann als zugelassen zu betrachten, wenn der öffentliche Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen konkret und ausdrücklich erwähnt hat, dass er Varianten zulassen will. Der Regelungsgeber hat damit bewusst davon abgesehen, eine grundsätzliche Zulassung vorzugeben, so dass Varianten automatisch zugelassen wären, es denn, ein Auftraggeber weist in den Vergabeunterlagen ausdrücklich darauf hin, dass er keine Nebenangebote wünscht. Abs. 3 verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber dazu, Mindestanforderungen für Varianten in den Verdingungsunterlagen anzuführen. Es handelt sich dabei um eine „Muss-Vorschrift“ („die öffentlichen Auftraggeber ... *nennen* ...“), die dem Auftraggeber insoweit keinen Spielraum einräumt. Er hat im Übrigen anzugeben, „in welcher Art und Weise“ Nebenangebote einzureichen sind. Dies entspricht letztlich der heute bereits bestehenden Regelungen formeller Kriterien in § 21 Nr. 3 VOB/A. Absatz 4 von Artikel 24 gibt wiederum im Sinne einer für den Auftraggeber zwingenden Vorschrift zwei Aspekte vor: Zum einen darf der Auftraggeber nur Nebenangebote in die Wertung aufnehmen, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen („...*berücksichtigen nur Varianten* ...“). Zum anderen ist die Regelung so zu interpretieren, dass der Auftraggeber Nebenangebote zwingend in die Wertung aufzunehmen hat, wenn sie den verlangten Mindestanforderungen genügen („...*berücksichtigen ... Varianten, die die ... Mindestanforderungen erfüllen*“).

4.2 Änderungen gegenüber der vorherigen Rechtslage

Die **neue Regelung in Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG** entspricht im Wesentlichen dem Inhalt von Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie als Vorgängerin. In der Literatur wird die Neuregelung bezüglich der Vorgabepflicht für Mindestanforderungen zum Teil als „stringenter“ angesehen⁹²⁵, ist jedoch letztlich identisch. Festgelegt sind zwei wesentliche Gesichtspunkte: Ein öffentlicher Auftraggeber muss in den Verdingungsunterlagen Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgeben. Nebenangebote, die diesen Mindestanforderungen entsprechen, hat er in die Wertung einzubeziehen. Solche, die die Mindestbedingungen nicht erfüllen, darf er nicht werten. Die Formulierung unterscheidet sich konkret wie folgt:

Art. 19 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie:

*Die öffentlichen Auftraggeber **erläutern** in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, und bezeichnen, in welcher Art und Weise sie eingereicht werden können. Sie ge-*

⁹²⁵ Müller-Stoy, Aufsatz „Der Einfluss des Europäischen Gerichtshofes auf das deutsche Vergaberecht in Bausachen“ in: IBR online (www.ibr-online.de);

ben in der Bekanntmachung an, ob Änderungsvorschläge nicht zugelassen werden.

Art. 24 Abs. 3 der Vergabekoordinierungsrichtlinie:

*Lassen die öffentlichen Auftraggeber Varianten zu, so **nennen** sie in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen, und geben an, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind.*

Während die alte Regelung also ein „Erläutern“ forderte, begnügt sich die neue Vorgabe mit einem „Nennen“. Auf Bedauern wird in der Praxis – sei es in der Baupraxis oder in der nationalen Rechtsprechung – stoßen, dass auch die neue Regelung in der Richtlinie 2004/18/EG keinen näheren Aufschluss darüber gibt, in welchem Umfang, in welcher Form, Dichte und Intensität der öffentliche Auftraggeber Mindestanforderungen in seinen Vergabeunterlagen zu verankern hat, um den Ansprüchen der europarechtlichen Regelung zu genügen. Auch die Nachfolgerichtlinie der Baukoordinierungsrichtlinie trägt damit nicht zur Klärung der seit der „Traunfellner-Entscheidung“ offenen diesbezüglichen Fragen bei. Bis sich der EuGH möglicherweise in einer weiteren Entscheidung detailliert dazu äußert, in welcher Weise und wie umfangreich Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen stehen müssen, bleibt die Auslegung der Folgefragen auf das „Traunfellner-Urteil“ ein nationales Problem und damit den deutschen Gerichten und Vergabekammern überlassen. Dies hat zur Folge, dass eine klare, einheitliche Linie nicht zu erwarten ist. Dies umso mehr, als auf Grund des Rechtsschutzsystems im deutschen Vergaberecht keine höchstrichterliche Entscheidung des Bundesgerichtshofs vorgesehen ist. Nachprüfungsanträge liegen zunächst „erstinstanzlich“ den Vergabekammern vor. Beschwerden gegen deren Entscheidungen erreichen nach § 116 Abs. 3 GWB nur die jeweiligen Oberlandesgerichte. Somit ist auch keine Möglichkeit denkbar für eine zumindest für das Bundesgebiet einheitliche obergerichtliche Richtschnur.

Auf absehbare Zeit verbleibt – sowohl bei den öffentlichen Auftraggebern wie bei den Bietern – vielfach die Unsicherheit, ob bei der konkreten Ausschreibung der europarechtlich geforderte Standard erreicht ist oder nicht. Selbst eine Angleichung der Extremen bei den Lösungsvorschlägen der berufenen Entscheidungsgremien in der Praxis wird eine nicht unerhebliche Zeit in Anspruch nehmen. „Ausreißerentscheidungen“, die selbst von einem zu findenden kleinsten gemeinsamen Nenner deutlich abweichen, werden auch dann noch Bietern die Möglichkeit eröffnen, Vergabeentscheidungen durch auf solchen Entscheidungen basierenden Nachprüfungsanträge hinauszuzögern oder Auftraggebern ermöglichen, „unsaubere“ Ausschreibungen mit sehr dünn ausgeführten Angaben zu Mindestanforderungen gegebenenfalls erfolgreich durchzusetzen.

IV. Inhalt der „Traunfellner-Entscheidung“

1. Leitsatz

Der EuGH hat die „Traunfellner-Entscheidung“ am 16.10.2003 zum Aktenzeichen Rs. C-421/01 erlassen. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

„1. Artikel 19 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, wonach ein Auftraggeber die Mindestanforderungen zu erläutern hat, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, ist nicht entsprochen, wenn die Verdingungsunterlagen lediglich auf eine nationale Rechtsvorschrift verweisen, die das Kriterium aufstellt, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung wie derjenigen sichergestellt ist, die Gegenstand der Ausschreibung ist.

2. Artikel 30 der Richtlinie 93/37/EWG findet nur auf solche Änderungsvorschläge Anwendung, die vom Auftraggeber im Einklang mit Artikel 19 dieser Richtlinie berücksichtigt worden sind.

3. Der öffentliche Auftraggeber muss in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen erläutern, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, um sie bei der Wertung berücksichtigen zu können.

2. Entscheidungsgründe

Im Einzelnen hat der EuGH in seinem Urteil vom 16.10.03 die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt beantwortet:

2.1 Erste Vorlagefrage zur Definition des Änderungsvorschlags

Die erste Vorlagefrage lautete:

1. Ist ein alternativer Angebotsvorschlag eines Bieters, der darin besteht, statt der ausgeschriebenen Herstellung der Oberdecke der Straßenfahrbahn durch Beton eine Asphaltoberdecke vorzuschlagen, ein Änderungsvorschlag im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG?

Eine Beantwortung dieser Frage hat der EuGH abgelehnt. Nach seiner Ansicht fehlte es hierfür auf Grund Artikel 234 EGV⁹²⁶, der auf einer klaren Trennung der Aufgaben zwischen den nationalen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof beruhe, an

⁹²⁶ Der EuGH verwies hier auf seine bisherige Rechtsprechung zu vergleichbaren Vorlagefragen, so etwa in seinem Urteil vom 18.11.99, Rs. C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121, Rdn. 29 u. 31; Urteil vom 22.06.00, Rs. C-318/98, Fornasar u.a., Slg. 2000, I-4785, Rdn. 32);

der Entscheidungsbefugnis auf Gemeinschaftsebene. Die Vorlagefrage des österreichischen Bundesvergabebeamten sei nicht darauf gerichtet gewesen, beim Gerichtshof eine Auslegung von Artikel 19 der Richtlinie zu dem Zweck zu erwirken, dass das Bundesvergabeamt anschließend beurteilen könne, ob das Angebot der Antragstellerin einen Änderungsvorschlag im Sinne dieser Bestimmung darstellt, sondern es habe den Gerichtshof ersucht, diese Beurteilung selbst vorzunehmen. Wörtlich heißt es dazu in der Entscheidung: *„Damit würde der Gerichtshof jedoch selbst die genannte Gemeinschaftsbestimmung auf den beim Bundesvergabeamt anhängigen Rechtsstreit anwenden, wozu er nach der in Randnummer 21 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung im Rahmen von Artikel 234 EG nicht befugt ist.“*

2.2 Zweite Vorlagefrage: Genügt ein Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift den Vorgaben von Artikel 19 der Richtlinie 93/97/EWG ?

Die zweite Vorlagefrage lautete wie folgt:

2. Kann das für die Zulässigkeit der Annahme eines Änderungsvorschlags im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie 93/37/EWG in nationalen Rechtsvorschriften aufgestellte Kriterium, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist, rechtmäßigerweise als gemäß Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 93/37/EWG vom Auftraggeber festgelegte und erläuterte Mindestanforderung angesehen werden, wenn die Ausschreibungsunterlagen nur auf die nationale Rechtsvorschrift verweist und nicht näher definiert, anhand welcher konkreten Vergleichsparameter die Gleichwertigkeit zu überprüfen ist?

Die zweite Vorlagefrage ist in Bezug auf die Auswirkungen für die Vergabepaxis als Kernfrage des Vorlageverfahrens einzustufen. Das österreichische Bundesvergabeamt hatte darin den EuGH um Beantwortung der Frage ersucht, wie umfangreich und detailliert ein Auftraggeber Mindestanforderungen in seinen Verdingungsunterlagen vorgeben muss, um den Anforderungen der Baukoordinierungsrichtlinie, Art. 19, zu genügen. Im streitgegenständlichen „Traunfellner“-Fall lag der Sachverhalt also nicht etwa so, dass der Auftraggeber überhaupt keine Mindestanforderungen vorgegeben hätte. Vielmehr hatte der Auftraggeber Mindestanforderungen in der Weise angegeben, dass er in den Verdingungsunterlagen pauschal auf § 42 des österreichischen Bundesvergabegesetzes verwiesen hatte. Dieser lautet in den entscheidenden Passagen wie folgt:

§ 42 Abs. 1 ÖBVergG:

Der Bieter hat sich, sofern nicht das Verhandlungsverfahren zur Anwendung kommt, bei der Erstellung des Angebots an die Ausschreibung zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

Abs. 4:

Ein Alternativangebot ist nur dann zulässig, wenn dabei die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Ein Alternativangebot kann sich auf die Gesamtleistung, auf Teile der Leistung oder auf die rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringung beziehen. Alternativangebote sind als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen.

§ 42 Abs. 4 ÖBVergG stellt lediglich auf eine qualitative Gleichwertigkeit ab. Die deutsche Entscheidungspraxis fordert hingegen zusätzlich auch eine quantitative Gleichwertigkeit eines Nebenangebots mit dem Amtsvorschlag. Gerade diese Anforderung führt in der deutschen Bauwirtschaft vielfach zu einem Hemmnis für potenzielle Nebenangebote. Nicht selten besteht die Grundidee einer alternativen Ausführungsart, die ein Bieter beispielsweise deutlich kostengünstiger gegenüber dem Amtsvorschlag anbieten könnte, gerade darin, dass er etwa durch ein hoch spezialisiertes Verfahren uneingeschränkte Funktionalität mit einem geringeren Bauvolumen erreichen würde, diese Variante aber in Folge mangelnder quantitativer Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot nicht gewertet werden kann. Diese Problematik wurde oben bereits bei der Frage der Gleichwertigkeit im Rahmen der Wertung von Nebenangeboten gemäß § 25 VOB Teil A erläutert und diskutiert.

Die österreichische Regelung gibt ohne nähere Erläuterung lediglich den Begriff der „gleichwertigen Leistung“ als Kriterium für die Zulässigkeit eines Alternativangebots vor. Das Bundesvergabeamt wollte nun vom EuGH wissen, ob dieser Begriff dem Terminus „Änderungsvorschlag“ in Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie entspricht. Die Verdingungsunterlagen im streitgegenständlichen Fall verwiesen damit lediglich pauschal auf eine nationale Rechtsvorschrift, die das Kriterium aufstellt, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung gegenüber derjenigen sicher zu stellen ist, die Gegenstand der Ausschreibung ist, ohne näher zu definieren, an Hand welcher konkreter Vergleichsparameter diese Gleichwertigkeit zu überprüfen ist.

Verkürzt und vereinfacht bedeutet dies: Der Auftraggeber hatte als Mindestanforderungen lediglich gefordert, dass der Änderungsvorschlag mit dem Amtsvorschlag gleichwertig sein muss, jedoch nicht näher angegeben, in welcher Hinsicht dies der Fall sein sollte. Dies entspricht im Wesentlichen auch der deutschen nationalen Handhabung. Hier ist die Forderung der Gleichwertigkeit von eingereichten Nebenangeboten mit dem Amtsvorschlag jedoch, anders als im österreichischen Bundesvergabegesetz, nicht ausdrücklich normiert. Eine gesetzliche Vorgabe fehlt bereits völlig. § 25 VOB/A, der bei Bauaufträgen die Kriterien für die Wertung von (auch Neben-)Angeboten vorgibt, verwendet nicht explizit den Begriff der „Gleichwertigkeit“.

Dieser hat sich in der Entscheidungspraxis auf der Basis der VOB-Regelung als entscheidendes Kriterium herausgebildet.

Da Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie gerade aber auf die Frage, inwieweit und in welcher Detailtiefe der Auftraggeber Mindestanforderungen anzugeben hat, keine Vorgabe gibt, hatte das Bundesvergabeamt letztlich keine Grundlage für eine eigene Entscheidung. Das Amt folgte auf Grund dessen seiner Verpflichtung, die in solchen Fällen alle entscheidungszuständigen Behörden nach Art. 177 EGV trifft, und legte die offene Frage dem EuGH vor, das als einziges Organ befugt ist, über strittige Auslegungsfragen bezüglich europarechtlicher Regelungen zu befinden.

Die Vorlagefrage lässt sich auf den Kern reduzieren und vereinfacht stellen: *„Hat der Auftraggeber ausreichend Mindestanforderungen vorgegeben, wenn er in den Verdingungsunterlagen pauschal auf eine nationale Regelung verweist?“*

Der EuGH beantwortet diese Frage eindeutig mit „Nein“. Wörtlich führt das Gericht in seiner Entscheidungs begründung aus:

„Somit erfüllt die in den Verdingungsunterlagen vorgenommene Verweisung auf eine nationale Rechtsvorschrift nach Artikel 19 Absatz 2 der Richtlinie nicht (...).“⁹²⁷

„(...) ist auf die zweite Frage zu antworten, dass Artikel 19 der Richtlinie, wonach ein Auftraggeber die Mindestanforderungen zu erläutern hat, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, nicht entsprochen ist, wenn die Verdingungsunterlagen lediglich auf eine nationale Rechtsvorschrift verweisen, die das Kriterium aufstellt, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung wie derjenigen sichergestellt ist, die Gegenstand der Ausschreibung ist.“⁹²⁸

Bereits nach dem Wortlaut von Artikel 19 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie ist nach der Entscheidung des EuGH ein Auftraggeber, der nicht ausgeschlossen hat, dass Änderungsvorschläge vorgelegt werden, verpflichtet, in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die diese Änderungsvorschläge erfüllen müssten.⁹²⁹

Einzig in Ziffer 29 der „Traunfellner-Entscheidung“ deutet der EuGH ansatzweise an, welche Anforderungen der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen zu erfüllen

⁹²⁷ Ziff. 28 der Entscheidung;

⁹²⁸ Ziff. 30 der Entscheidung;

⁹²⁹ Ziff. 27 der Entscheidung;

hat bei der Bezeichnung von Mindestanforderungen für die Bieter. Das europäische Gericht fordert eine „Erläuterung“ der Mindestanforderungen:

„Denn nur eine Erläuterung in den Verdingungsunterlagen ermöglicht den Bietern in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen, die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssen, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können. Es geht dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll, der bei jedem von der Richtlinie erfassten Vergabeverfahren für Aufträge einzuhalten ist.“⁹³⁰

Die Umsetzung der europäischen Entscheidung wird jedoch auch durch Ziffer 29 des Urteils nicht wesentlich vereinfacht. Zwar kann der öffentliche Auftraggeber herauslesen, dass er nicht nur auf eine nationale Vorschrift verweisen darf, sondern darüber hinaus die Mindestanforderungen aktiv „erläutern“ muss, um den Vorgaben zu genügen und Nebenangebote werten zu dürfen. Wie weit diese „Erläuterung“ reichen muss, ist der Ziffer 29 jedoch nicht zu entnehmen.

In dieser Ziffer nennt der EuGH die Hintergründe, warum er den bloßen pauschalen Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift zur Vorgabe von Mindestanforderungen im Sinne von Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie nicht für ausreichend hält: Das Gericht hält eine solche Vorgehensweise für zu global, um die nötige Transparenz des Wettbewerbs (vgl. auf nationaler Ebene § 97 Abs. 1 GWB) gewährleisten zu können. Die Transparenz im Vergabeverfahren ist nach Ansicht des EuGH wiederum unerlässliche Voraussetzung dafür, dass die erforderliche Gleichbehandlung aller am Verfahren beteiligten Bieter sicher zu stellen ist.⁹³¹

2.3 Dritte Vorlagefrage: Reicht der Hinweis auf eine nationale Vorschrift aus, die ohne nähere Erläuterung „Gleichwertigkeit“ als Zuschlagskriterium vorgibt ?

Wörtlich lautete die dritte Vorlagefrage des österreichischen Bundesvergabeamts:

„Verbietet Artikel 30 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 93/37/EWG im Zusammenhang mit den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung dem öffentlichen Auftraggeber, die Annahme eines alternativen Angebotsvorschlags, der sich durch eine andere technische Qualität von einem der Ausschreibung entsprechenden Angebot unterscheidet, von der positiven Beurteilung anhand eines in nationalen Rechtsvorschriften aufgestellten Kriteriums, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwerti-

⁹³⁰ Ziff. 29 der Entscheidung;

⁹³¹ Vgl. hierzu u.a. Byok/Jaeger, Rdn. 135 ff.;

gen Leistung sichergestellt ist, abhängig zu machen, wenn die Ausschreibungsunterlage diesbezüglich nur auf die nationale Rechtsvorschrift verweist und nicht näher definiert, anhand welcher konkreten Vergleichsparameter die Gleichwertigkeit zu überprüfen ist ?“

Die komplexe und etwas unübersichtliche Frage ist zunächst näher zu analysieren. Die österreichische Behörde wollte vom EuGH an Hand von Art. 30 der Baukoordinierungsrichtlinie und unter Berücksichtigung der „Wettbewerbsgrundsätze“ der Transparenz und Gleichbehandlung die Frage beantwortet wissen, ob ein öffentlicher Auftraggeber ein Nebenangebot in Form einer technischen Alternative zum Amtsvorschlag werten darf, wenn (lediglich) auf Grund eines Kriteriums aus einer nationalen Vorschrift sichergestellt ist, dass das Nebenangebot mit dem Amtsvorschlag qualitativ gleichwertig ist, diese nationale Vorschrift aber nicht näher erläutert, in welcher Art und Weise die Gleichwertigkeit besteht. Noch einmal verkürzt ließe sich die Frage auf den wesentlichen Kern reduzieren: Hat der öffentliche Auftraggeber in ausreichendem Maß Mindestanforderungen vorgegeben, wenn er auf eine nationale Vorschrift verweist, die lediglich fordert, dass eingereichte (Neben-)Angebote gleichwertig sein müssen mit dem Amtsvorschlag, aber nicht näher darlegt, welche Kriterien erfüllt sein müssen, um die Gleichwertigkeit zu gewährleisten ?

Der EuGH verweist bei der Beantwortung der dritten Vorlagefrage zunächst auf den grundlegenden systematischen Unterschied der Artikel 19 und 30 der Baukoordinierungsrichtlinie. Artikel 19 befaßt sich mit den eigentlichen Mindestanforderungen, während Artikel 30 die Zuschlagskriterien benenne: *„Artikel 19 betrifft nämlich die Voraussetzungen, unter denen die Auftraggeber Änderungsvorschläge berücksichtigen können, während Artikel 30 mit der Aufzählung der zulässigen Zuschlagskriterien einen späteren Abschnitt des Vergabeverfahrens für Aufträge betrifft. Folglich kann Artikel 30 nur auf solche Änderungsvorschläge Anwendung finden, die im Einklang mit Artikel 19 berücksichtigt worden sind.“*⁹³²

Der EuGH sieht in den Vorgaben des Artikels 19 damit die erste Stufe, auf der Artikel 30 erst in einer späteren Phase aufbauen kann. Beachtet der öffentliche Auftraggeber die Vorgaben zu den Mindestanforderungen in Artikel 19 Abs. 2 der BKR nicht, wird Artikel 30 nicht relevant. Macht der Auftraggeber entgegen Artikel 19 der BKR keine Angaben zu den Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen, kann gemäß dem EuGH ein Änderungsvorschlag selbst dann keine Berücksichtigung bei der Wertung finden, wenn die Änderungsvorschläge nicht, wie in Artikel 19 Abs. 2 BKR vorgesehen, in der Bekanntmachung für unzulässig erklärt worden sind. Das Urteil wörtlich: *„Daher ist auf die dritte Frage zu antworten, dass Artikel 30 nur auf*

⁹³² Ziffer 31 der Entscheidung;

solche Änderungsvorschläge Anwendung findet, die vom Auftraggeber im Einklang mit Artikel 19 der Richtlinie berücksichtigt worden sind.⁹³³

2.4 Vierte und fünfte Vorlagefrage

Als vierte und fünfte Vorlagefrage formulierte das österreichische Bundesvergabeamt:

„4. a) Falls Frage 3 bejaht wird: Darf ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren wie das unter Frage 3 beschriebene durch Vergabe des Auftrags zu Ende führen?

b) Falls Frage 3 und Frage 4a bejaht werden: Muss ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vergabeverfahren im Sinne von Frage 3 führt, Änderungsvorschläge von Bietern ohne inhaltliche Prüfung jedenfalls ablehnen, wenn er keine Zuschlagskriterien zur Beurteilung der technischen Abweichungen des Änderungsvorschlags von der Ausschreibung festgelegt hat?

5. Falls Frage 3 und 4a bejaht und 4b verneint werden: Muss ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vergabeverfahren im Sinne von Frage 3 führt, einen Änderungsvorschlag, dessen technische Abweichungen von der Ausschreibung er mangels entsprechender Festlegungen in der Ausschreibung nicht durch Zuschlagskriterien beurteilen kann, annehmen, wenn dieser Änderungsvorschlag das billigste Angebot ist und sonst keine Zuschlagskriterien festgesetzt wurden?“

Bei den beiden Fragen handelte es sich um Folgefragen, die nach der Vorstellung des vorliegenden österreichischen Bundesvergabeamts jeweils nur für den Fall zu beantworten seien, dass die davor gestellten Fragen jeweils positiv oder negativ verbeschieden worden waren. Die vorliegende Behörde wollte wissen, welche Folgen für das jeweilige Vergabeverfahren entstehen, wenn der jeweilige öffentliche Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen nicht in ausreichendem Maße Mindestanforderungen vorgegeben hatte. Darf der Auftraggeber das Vergabeverfahren dennoch mit dem Zuschlag unverändert zu Ende führen ? Muss der Auftraggeber in diesem Fall Nebenangebote ohne inhaltliche Prüfungsmöglichkeit auf Grund des Formfehlers ablehnen ? Oder muss der Auftraggeber trotz des Fehlens ausreichender Mindestanforderungen auf ein Nebenangebot dennoch den Zuschlag erteilen, wenn es das billigste Angebot darstellt ?⁹³⁴

⁹³³ Ziffer 34 der Entscheidung;

⁹³⁴ Vgl. Ziffer 35 der Entscheidung;

Der EuGH stufte die Vorlagefragen 4a, 4b und 5 jedoch als unzulässig ein. Diese Fragen seien „hypothetischer Natur“⁹³⁵. Wörtlich urteilt der EuGH: „Im vorliegenden Fall geht aus den Akten hervor, dass das betreffende Vergabeverfahren für Aufträge bereits zu Ende geführt ist, dass der Auftrag schon vergeben ist und dass das Verfahren vor dem vorlegenden Gericht nicht die Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung, sondern die Rechtmäßigkeit der Entscheidung betrifft, mit der die öffentliche Auftraggeber das Alternativangebot der Antragstellerin zurückgewiesen hat. Die Frage, ob dieses Verfahren nach dieser letztgenannten Entscheidung den Regeln entsprechend abgelaufen ist, ist daher nicht Gegenstand des Rechtsstreits, mit dem das vorliegende Gericht befasst ist. Die Fragen 4 und 5 beziehen sich aber auf diesen Teil des Vergabeverfahrens für Aufträge.“⁹³⁶

Der EuGH hat somit keine ausdrückliche Antwort auf die Frage gegeben, welche Auswirkungen es auf das Vergabeverfahren hat, wenn der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen nicht ausreichend Mindestanforderungen angegeben hat. Das europäische Gericht hat nicht vorgegeben, dass das Vergabeverfahren aufzuheben sei. Es hat auch nicht etwa ausdrücklich dem Auftraggeber verwehrt, ein Nebenangebot zu werten, wenn er in seinen Verdingungsunterlagen die europarechtlichen Vorgaben zu den Mindestanforderungen nicht (ausreichend) beachtet hat. Die Konsequenzen hieraus müssen sich vielmehr aus den nationalen Regelungssystemen ergeben. Das deutsche Vergaberecht, das für Bauaufträge wesentlich aus den Vorgaben der VOB Teil A besteht, und die darauf aufbauenden Entscheidungen der Vergabekammern und Gerichte, sehen als Folge vor, dass Nebenangebote nicht gewertet werden dürfen, wenn die Verdingungsunterlagen nicht ausreichend Mindestanforderungen bezeichnet haben.

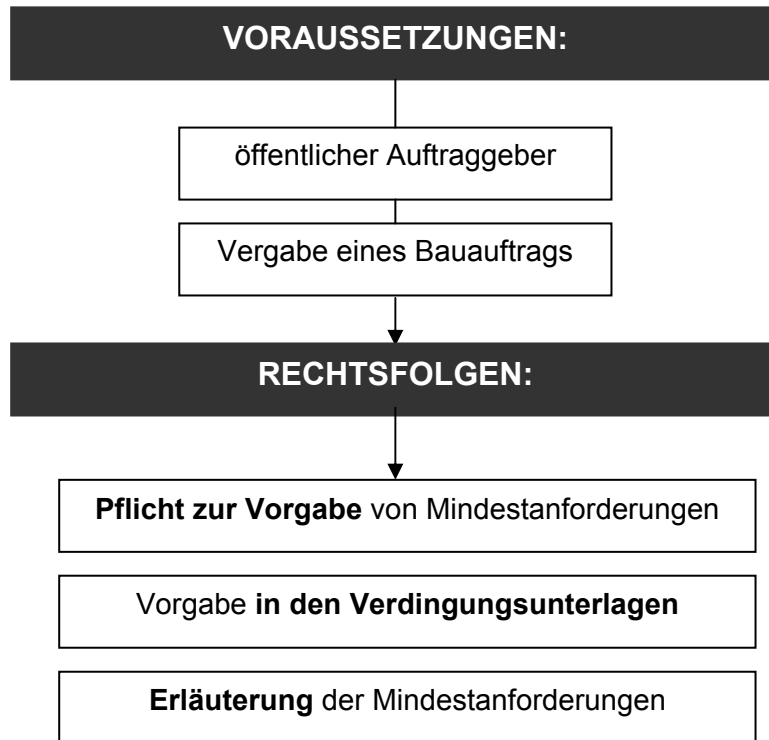
3. Zusammenfassung zur „Traunfellner-Entscheidung“

Basierend auf der europäischen Richtlinie 93/97/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, regelt die „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH vom 16.10.2003 folgende wesentliche Punkte, die sich aus Ziff. 3 des Leitsatzes ergeben: Demnach hat der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, um sie bei der Wertung berücksichtigen zu können.

Grafisch dargestellt:

⁹³⁵ Ziffer 39 der Entscheidung;

⁹³⁶ Ziffer 38 der Entscheidung;



C) Reaktionen der deutschen Literatur auf das „Traunfellner-Urteil“

Die „Traunfellner-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs fand zunächst keinen Niederschlag in der nationalen deutschen Fachliteratur, der ihrer Tragweite für die tägliche Vergabepraxis entsprochen hätte. Das Urteil vom 16.10.2003 haben unter anderem *Bultmann*⁹³⁷, *Opitz*⁹³⁸ sowie *Wagner* und *Steinkemper*⁹³⁹ in Veröffentlichungen aufgegriffen und besprochen. *Weyand* prognostizierte bei der Besprechung des „Traunfellner-Urteils“ in der IBR⁹⁴⁰, dass die Entscheidung „in der Bundesrepublik Deutschland für erheblichen Aufruhr sorgen“ werde. Die Praxis zeige, dass „in kaum einer Ausschreibung die Mindestanforderungen genannt sind, die Nebenangebote bzw. Änderungsvorschläge erfüllen müssen, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können. Allenfalls wird unter pauschalem Bezug auf eine kaum mehr zu überblickende Rechtsprechung ‚Gleichwertigkeit‘ – was auch immer darunter zu verstehen ist – verlangt. (...) Ich wage die Prognose, dass mit der konsequenten Umsetzung dieses Urteils des EuGH die Rechtsprechung (...) zur Frage der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten bzw. Änderungsvorschlägen signifikant abnehmen wird.“

⁹³⁷ In: ZfBR 2004, 88;

⁹³⁸ In: VergR 2004, 50;

⁹³⁹ „Bedingungen für die Berücksichtigung von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen“ in: NZBau 2004, 253;

⁹⁴⁰ IBR 2003, 683

Inwiefern die Prognose von *Weyand* zutreffen wird, lässt sich heute noch nicht hinreichend feststellen. Die Logik spricht dafür: Wenn die öffentlichen Auftraggeber hinreichend Mindestanforderungen vorgeben, werden die eingereichten Nebenangebote daran zu messen sein. Erfüllen diese die Mindestanforderungen, ist die Frage nach der Gleichwertigkeit letztlich obsolet, da diese bereits inzident beantwortet ist.

Eine „empfindliche Einschränkung des Wettbewerbs“ befürchtete *Noch*⁹⁴¹ auf Grund der EuGH-Entscheidung, deren Konsequenzen „noch offen“ seien. Das Urteil werde „zum Teil als der Tod der Nebenangebote“ bezeichnet. Eine „Brisanz“ attestierte auch *Waldner*⁹⁴² der Entscheidung. *Müller-Stoy*⁹⁴³ stellte fest: *„Nur langsam dringt in das Bewusstsein der mit Vergabesachen befassten Juristen die Erkenntnis ein, dass die europarechtlichen Regelungen das deutsche Recht überlagern und Vorrang vor den entsprechenden deutschen Bestimmungen haben. Die deutsche Vergabepraxis muss sich hierauf einrichten. (...) Die Auftraggeber werden künftig einen größeren planerischen Aufwand betreiben müssen, wenn sie Änderungsvorschläge und Nebenangebote zulassen wollen, weil deren Mindestanforderungen nur aufgrund einer eingehenden und phantasievollen Planung in den Ausschreibungsunterlagen definiert werden können. Dies wird zugleich zur Folge haben, dass die unerfreulichen und in ihrem Ausgang kaum vorhersagbaren Diskussionen über die Frage, ob ein Nebenangebot oder Änderungsvorschlag mit dem Hauptangebot ‚gleichwertig‘ ist, die Vergabeverfahren künftig nicht mehr belasten werden.“*

Dies trifft, wie oben ausgeführt, zu. Nicht unbeachtet sollte aber bleiben, dass die Diskussion um die Frage der Gleichwertigkeit nicht ersatzlos wegfällt. Stattdessen wird der Schwerpunkt der Diskussion in der Praxis auf absehbare Zeit nur verlagert werden auf die Frage, ob in dem jeweiligen Vergabeverfahren der Auftraggeber ausreichend Mindestanforderungen vorgegeben hat oder nicht. Die Konsequenz für das betreffende Nebenangebot ist die gleiche: Das vom Bieter oft aufwändig ausgearbeitete Nebenangebot hat keine Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten. Im ersteren Fall der fehlenden Gleichwertigkeit mit dem Amtsvorschlag, wird es im Rahmen der Wertung der Angebote nach § 25 VOB/A ausscheiden. Im zweiten Fall, dem Fehlen ausreichender Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen, darf das Nebenangebot überhaupt nicht in die Wertung eingehen.

*Hänsel*⁹⁴⁴ relativiert und kritisiert im Gegenzug die Tragweite der „Traunfellner-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs: *„Meiner Meinung nach geht die Ansicht des EuGH und des BayObLG⁹⁴⁵ aber zu weit. Denn die vom EuGH geforderte*

⁹⁴¹ IBR 2004, 272

⁹⁴² IBR 2004, 535

⁹⁴³ In: IBR 2004, 716

⁹⁴⁴ In: IBR 2005, 1091 (nur online unter www.ibr-online.de)

⁹⁴⁵ Gemeint ist hier die Entscheidung Verg 13/04 des BayObLG vom 22.06.2004; in: BauR 2004, 1840 (nur Leitsatz) = NZBau 2004, 626 = VergR 2004, 654;

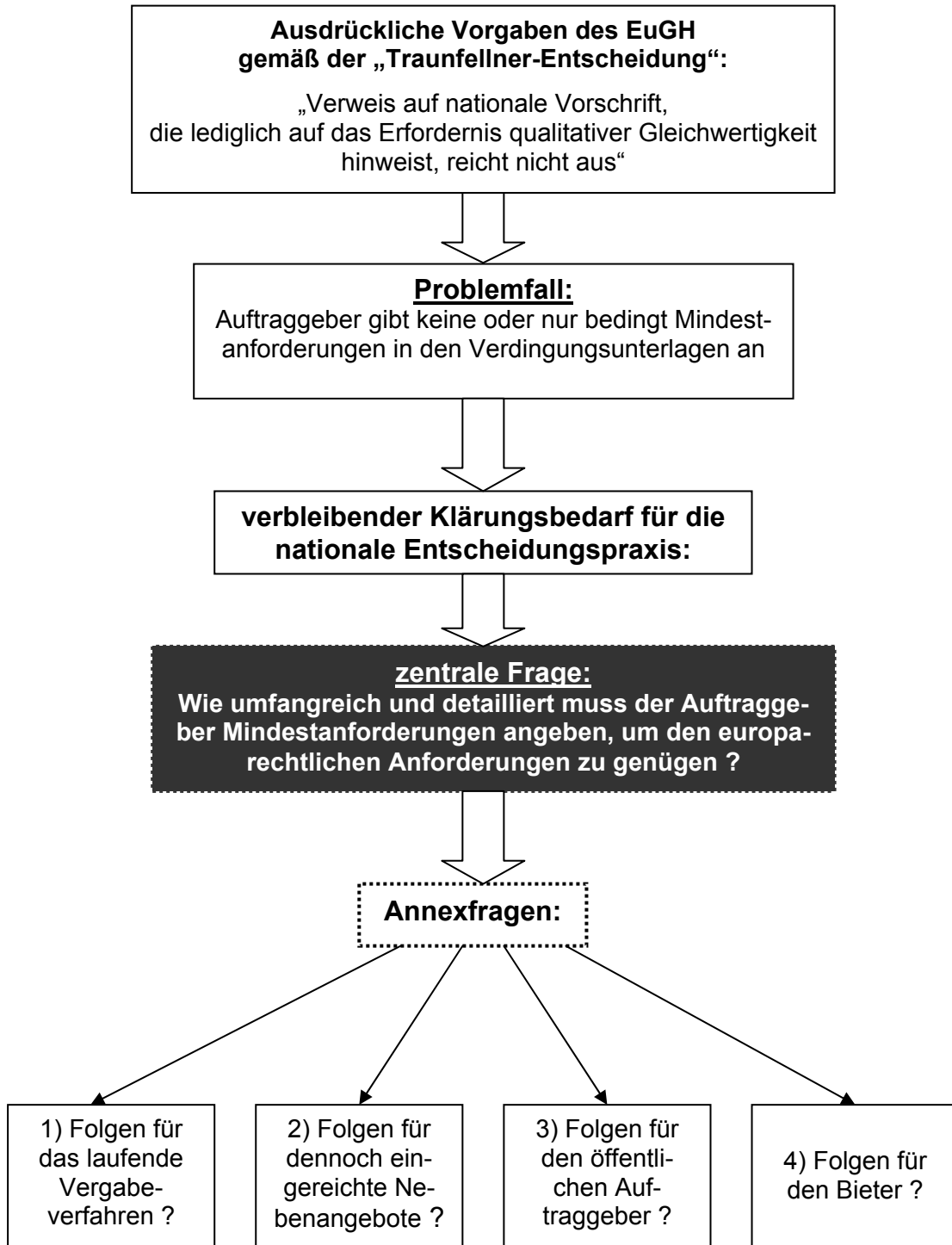
Nennung von Mindestanforderungen wird jedenfalls konkludent in den Vorgaben des Amtsvorschlags zu sehen sein.“ Er sah lediglich „eine erneute Mahnung an die Auftraggeber, die Beschreibungspflicht in § 9 VOB/A ernst zu nehmen und insbesondere Leitfabrikate nur vorzugeben, wenn die Voraussetzungen des § 9 Nr. 5 VOB/A auch tatsächlich erfüllt sind“. Letztgenannte Regelung gibt dem Auftraggeber in Absatz 1 vor, im Rahmen der Leistungsbeschreibung bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren nur dann ausdrücklich vorzuschreiben, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist. *Hänsele*s Ansicht ergibt einen Widerspruch zur ausdrücklichen Forderung des EuGH. Die europäischen Richter fordern gerade eine möglichst konkrete Vorgabe und Erläuterung von Mindestanforderungen. Wenn *Hänsele* dagegen die Angaben zum Hauptangebot im Leistungsverzeichnis für ausreichend hält, begibt er sich in einen Widerspruch zum Wortlaut des Urteils. In der EuGH-Entscheidung lediglich eine Mahnung zu sehen, die Maßgaben des § 9 VOB/A zu erfüllen, wird der Tragweite des Urteils nicht gerecht.

D) Reaktionen der deutschen Entscheidungspraxis auf die „Traunfellner-Entscheidung“

I. Ausgangslage

Das „Traunfellner-Urteil“ des EuGH vom 16.10.2003 stellte die deutsche Entscheidungspraxis vor eine nicht einfache Aufgabe. Die europäischen Richter hatten die klare Maßgabe vorgegeben, dass es nicht den europarechtlichen Anforderungen genügt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen nur auf nationale Vorschriften verweist, die die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen mit dem Amtsvorschlag postulieren. Wie die nationale Vergabenachsprüfungspraxis diese Vorgabe jedoch in praktikable Entscheidungen umsetzen sollte, beantwortete das „Traunfellner-Urteil“ nicht.

Die folgende Grafik zeigt die Ergebnisse und die durch das „Traunfellner-Urteil“ des Europäischen Gerichtshofs aufgeworfenen Fragen auf:



II. Entscheidungspraxis vor dem „Traunfellner-Urteil“

Die deutsche Entscheidungspraxis hatte auf nationaler Ebene das Erfordernis der Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Amtsentwurf fortentwickelt. Beispielfhaft sei neben den zitierten Urteilen und Entscheidungen ein Beschluss des Verga-

beüberwachungsausschusses Bayern vom 10.04.1997⁹⁴⁶ angeführt, der im Rahmen der Entscheidungsgründe bereits den Begriff der „Mindestanforderungen“ verwendete, jedoch ohne europarechtlichen Hintergrund. Der Ausschuss hatte über eine Vergabe im offenen Verfahren zu entscheiden, die unter anderem Erdarbeiten für den Bau einer Fachhochschule zum Gegenstand hatte. Neun Bieter gaben Hauptangebote mit Auftragssummen zwischen 2,6 und 3,2 Mio. DM ab. Einer der Bieter hatte ein Nebenangebot eingereicht, das statt dem ausgeschriebenen Frostschutzkies „hochwertiges nichtbindiges Gneiszmateriale“ vorsah. Der Bieter führte an, dass er mit seiner Alternative dem Auftraggeber zum einen eine Ersparnis von mehr als 200.000 DM ermögliche und sich zum anderen das von ihm vorgeschlagene Alternativmaterial besser verdichten lasse und im verdichteten Zustand bessere bodenmechanische Eigenschaften aufweise. Der Auftraggeber wertete das Nebenangebot jedoch nicht, nachdem ein von ihm eingeschalteter Bodengutachter das Nebenangebot ohne nähere Begründung abgelehnt hatte.

Der Vergabeüberwachungsausschuss wies den Protest des Bieters zurück. Die VOB Teil A verlange keine Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung. Diese müsse aber Mindestanforderungen erfüllen, um für den vertragsgemäßen Zweck geeignet zu sein. Der Auftraggeber müsse in den Vergabeunterlagen keine Mindestanforderungen benennen. Tue er dies aber dennoch, sei er auch daran gebunden und könne sich nicht im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens mit einem geringeren Standard begnügen. Hier hatte der Auftraggeber jedoch die Mindestanforderung der Frostsicherheit angegeben. Die Untersuchung des Bodengutachters hatte ergeben, dass das vom Bieter alternativ vorgeschlagene Material diese Anforderung jedoch nicht erfüllte. Insoweit hatte der Auftraggeber das Nebenangebot zu Recht nicht gewertet.

Entgegen dem späteren „Traunfellner-Urteil“ verpflichtete der VÜA Bayern den öffentlichen Auftraggeber nicht, Mindestanforderungen vorzugeben, wie es die EuGH-Entscheidung im Kern ihrer Aussage tut. Der Ausschuss hatte den Auftraggeber lediglich an seine eigenen Vorgaben gebunden: Gab er – freiwillig – Mindestanforderungen in seinen Verdingungsunterlagen vor, hatte er sich an diese im weiteren Vergabeverfahren auch gebunden zu halten. Dies entspricht letztlich dem zivilrechtlichen Grundsatz des vertragstreuen Verhaltens nach § 242 BGB.

III. Entscheidungen nach dem „Traunfellner-Urteil“

Im Folgenden werden Entscheidungen von Vergabekammern und Gerichten dargestellt, die nach dem „Traunfellner-Urteil“ in Deutschland zu Sachverhalten ergangen sind, die sich mit Mindestanforderungen für Nebenangebote befassen. Zum einen soll untersucht werden, inwiefern diese Entscheidungen die Aussagen des Europäischen Gerichtshofs überhaupt aufgreifen. Zum anderen ist zu analysieren, in welcher

⁹⁴⁶ Az. VÜA 19/96; in: IBR 1997, 444;

Weise sie die wenig detaillierten Vorgaben des EuGH in die Praxis umzusetzen versuchen. Wie oben ausgeführt, hatten die europäischen Richter lediglich geurteilt, dass der Verweis auf eine nationale Vorschrift keine ausreichende Vorgabe von Mindestanforderungen darstellt. Insoweit ist zu untersuchen, in welcher Weise die nationalen Entscheidungen die europäischen Vorgaben zu den Mindestanforderungen für Nebenangebote konkretisieren.

E) Einzelbetrachtung der nationalen Entscheidungen nach dem „Traunfellner-Urteil“

Wie oben festgestellt, geht aus der „Traunfellner-Entscheidung“ nur die Vorgabe hervor, dass es nicht ausreicht, wenn ein öffentlicher Auftraggeber als Mindestanforderungen für Nebenangebote nur auf eine nationale Rechtsvorschrift verweist, die Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot fordert. Damit erfolgt nur eine negative Abgrenzung. Eine positive Festlegung in Form einer Handlungsanweisung an die Auftraggeber geht aus dem EuGH-Urteil jedoch nicht hervor. Diese Konkretisierung bleibt vorerst Aufgabe der nationalen Entscheidungspraxis. Die Vergabekammern und Vergabesenate müssen versuchen, die „Traunfellner-Entscheidung“ so weiter zu entwickeln, dass mehr Klarheit und eine praktische Handhabbarkeit entsteht. Sie können sich unmittelbar nur in solchen Fällen auf die EuGH-Rechtsprechung stützen, in denen eben ein öffentlicher Auftraggeber keine weiteren Mindestbedingungen für Nebenangebote vorgibt als einen Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift, die Gleichwertigkeit von Haupt- und Nebenangeboten fordert. In allen anderen Fällen liegt eine „höchstrichterliche“ Vorgabe nicht vor. Dennoch lässt sich feststellen, dass nationale Entscheidungsgremien in ihren Entscheidungen auch zu anders gelagerten Sachverhalten zunächst Bezug auf das EuGH-Urteil nehmen, um dieses dann vermeintlich fortzuentwickeln.

Es ist im Folgenden zu untersuchen und zu strukturieren, wie Vergabekammern und -senate zu Fragen bezüglich der Mindestbedingungen für Nebenangebote entschieden haben. Diese Entscheidungen, die zeitlich nach dem „Traunfellner-Urteil“ ergangen sind, werden im Folgenden **nach Thesen zusammengefasst** und **im Einzelnen diskutiert** mit dem **Ziel, die Bandbreite der nationalen Rechtsprechung darzustellen**. Die Abgrenzung erfolgt zunächst nach Entscheidungen, die sich mit der **Grundfrage** befassen, **ob und für welche Arten von Vergaben Auftraggeber Mindestbedingungen vorgeben müssen** sowie solchen, die sich mit der **inhaltlichen Frage beschäftigen, in welcher Form und Tiefe ein Auftraggeber solche Mindestanforderungen formulieren muss**. Hieraus soll der Versuch unternommen werden, eine eigene Konkretisierung und Definition zu entwickeln, ob, wann und in

welchem Umfang ein Auftraggeber Mindestbedingungen für potenzielle Nebenangebote in den Vergabeunterlagen vorgeben muss.

Naturgemäß befassen sich die nachfolgenden Entscheidungen nicht nur jeweils mit einem Aspekt zur Frage der Mindestanforderungen für Nebenangebote, so dass sie vielfach mehreren Thesen zugeordnet werden könnten. Die Zuordnung erfolgt daher nach der wesentlichen Kernaussage der jeweiligen Entscheidung.

I. These: Vorgabe von Mindestanforderungen zulässig

Vom Thüringer OLG ist die erste nationale Entscheidung bekannt, die zu der Frage der Verpflichtung eines öffentlichen Auftraggebers zur Vorgabe von Mindestbedingungen für Nebenangebote in den Vergabeunterlagen nach dem „Traunfellner-Urteil“ ergangen ist. Es bestätigt im Wesentlichen die Kernaussage des EuGH, wenngleich in relativierter Form. Das Festlegen der Mindestanforderungen bezeichnet es als „unbedenklich“, nicht ausdrücklich als „verpflichtend“.

OLG Jena vom 18.03.2004: Mindestanforderungen zulässig

Der amtliche Leitsatz der Entscheidung vom 18.03.2004⁹⁴⁷ lautet:

1. *Das Festlegen von Mindestanforderungen ist vergaberechtlich unbedenklich, wenn sie alle Wettbewerber in gleichem Maß binden und von allen Bietern in diesem Sinn zu verstehen sind.*
2. *Auch wenn ein Nebenangebot seiner Natur nach von der Leistungsbeschreibung abweichen darf, hat es doch eine in der Ausschreibung als K.O.-Bedingung vorgegebene Mindestanforderung zu übernehmen.*

1. Sachverhalt

Die Vergabestelle hatte den vierstreifigen Ausbau der BAB 73 zwischen Suhl und Lichtenfels im offenen Verfahren europaweit ausgeschrieben. Als maßgebende Kriterien für die Angebotswertung nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A hatte der Auftraggeber Preis, Betriebs- und Folgekosten, technischer Wert und Gestaltung genannt. Darüber hinaus gaben die Verdingungsunterlagen vor: *„Bei Nebenangeboten (Sondervorschläge, Alternativangebote etc.) zusätzlich mindestens Gleichwertigkeit mit der geforderten Leistung. (...) Werden von Auftragnehmern andere Gesteinsarten angeboten, ist die Gleichwertigkeit mit den vorhandenen Gesteinskennwerten, Materialproben und Prüfzeugnissen nachzuweisen.“* Für Pos. 13.5, Futtermauer/Mulde, sah der Auftraggeber rötlichen Röttbacher Sandstein unter Angabe dezidierter Werte unter anderem für Biegezug- und Druckfestigkeit vor. Ein Bieter schlug in seinem Nebenangebot den Einbau von „Friedewalder Quarzsandstein“ und „Uder Sandstein“ vor. Beigelegte Unterlagen ergaben, dass die Gesteinskennwerte nicht die vom Auftrag-

⁹⁴⁷ Az. 6 Verg 1/04;

geber geforderten Werte erreichten. Aus diesem Grund schloss der Auftraggeber das Nebenangebot von der Wertung aus. Der Bieter stellte Nachprüfungsantrag und legte gegen die seinen Antrag ablehnende Entscheidung der Vergabekammer sofortige Beschwerde ein, die nunmehr dem OLG Jena vorlag.

2. Entscheidung

Das angerufene Gericht lehnte die Beschwerde des Bieters ab. Sehe das Leistungsverzeichnis bestimmte Mindestanforderungen vor, hätten auch Nebenangebote ihnen zu entsprechen. Im Falle von K.O-Kriterien sei einem Bieter die Option versagt, sich im Rahmen eines Nebenangebots über die Vergabebedingungen hinweg zu setzen und eine (gleichwertige) Ersatzlösung vorzuschlagen.⁹⁴⁸ Weiter heißt es in dem Beschluss: **„Gegen die Festlegung von Mindestanforderungen sind vergaberechtliche Bedenken nicht zu erheben, solange sie alle Wettbewerbsteilnehmer in gleichem Maße binden und von allen in diesem Sinne zu verstehen sind.“** Mindestanforderungen (wie vorliegend konkret angegebene Gesteinskennwerte) könnten nur so verstanden werden, dass das zum Einsatz kommende Material mindestens die gleichen Werte wie das in den Verdingungsunterlagen vorgegebene Leitprodukt aufweisen müsse, das heißt, dieses zwar qualitativ übertreffen, nicht aber unterschreiten dürfe. Eine nur funktionale Gleichwertigkeit genüge in einem solchen Fall nicht.

Eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Vorgabe von Mindestanforderungen sieht das OLG Jena jedoch nicht. In der Begründung der Entscheidung heißt es wörtlich: **„Die Festlegung, ob und welche Mindestanforderungen einzuhalten sind, unterfällt allein der Planungsautonomie eines Auftraggebers. Schreibt er (...) mehrere räumlich abtrennbare Abschnitte eines Großprojekts gesondert aus, steht es ihm frei, für die jeweiligen Ausschreibungsverfahren unterschiedliche Festlegungen zu treffen. Das Gleichbehandlungsgebot schützt nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 2 GWB die Teilnehmer ‚eines‘ Vergabeverfahrens. Eine verfahrensübergreifende Gleichbehandlung (...) ist der Bestimmung nicht zu entnehmen.“**

3. Diskussion

Das Thüringer Oberlandesgericht geht auf das ein halbes Jahr zuvor ergangene „Traunfellner-Urteil“ an keiner Stelle ein. Angesichts der Entscheidungsgründe muss angenommen werden, dass dem erkennenden nationalen Gericht der Tenor des EuGH-Urteils auch nicht bekannt war. Das OLG Jena hatte ausgeführt, dass es allein der Planungsautonomie des Auftraggebers unterfällt, ob und welche Mindestanforderungen für Nebenangebote er vorgeben will. Dies ist mit dem „Traunfellner-Urteil“ nicht in Einklang zu bringen – darin ist ausdrücklich bestimmt, dass ein öffentlicher Auftraggeber Mindestanforderungen vorzugeben hat. Es versteht sich insoweit von

⁹⁴⁸ Das Gericht verweist hier auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf in VergR 2002, 267, 269;

selbst, dass gegen die Vorgabe von Mindestanforderungen „vergaberechtliche Bedenken“ nicht bestehen. Dem Auftraggeber verbleibt insoweit nur mehr die Entscheidung hierüber, welche Mindestanforderungen er konkret aufstellen will.

Im Übrigen konkretisiert das OLG, wie ein Bieter mit vorgegebenen Mindestanforderungen umzugehen hat: Sie stellen entsprechend der Bedeutung des Wortlauts das Minimum dessen dar, was ein alternativer Vorschlag zu gewähren hat. Abweichungen in qualitativer Hinsicht nach oben sind grundsätzlich erlaubt.

II. These: Vorgabe von Mindestanforderungen in jedem Fall erforderlich

Eine Reihe von Entscheidungen bestätigt die Aussage des EuGH dahingehend, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtend Mindestanforderungen für Nebenangebote vorzugeben hat. Tut er dies nicht, dürfen Nebenangebote demnach nicht gewertet werden. Inhaltliche Fragen, wie diese Mindestbedingungen auszusehen haben, bleiben aber größtenteils offen.

1. BayObLG vom 22.06.2004: Nebenangebote ohne Vorgabe von Mindestanforderungen nicht wertbar

Die hinsichtlich der Mindestanforderungen entscheidenden Passagen des Leitsatzes des Beschlusses des Bayerischen Obersten Landesgerichts⁹⁴⁹ vom 24.06.2004⁹⁵⁰ lauten wörtlich:

„Aus dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG ergibt sich, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen.“

1.1 Sachverhalt:

Ein öffentlicher Auftraggeber hatte Elektroinstallationsarbeiten für den Neubau einer Grundschule inklusive Schulsporthalle im offenen Verfahren europaweit ausgeschrieben. Nebenangebote waren ausdrücklich zugelassen. Der Zuschlag sollte laut Vergabebekanntmachung auf das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß § 25 VOB/A erteilt werden. Gegenstand der Verdingungsunterlagen war darüber hinaus das Formblatt KVM BWB – Bewerbungsbedingungen – das die Bieter darauf hinwies, dass Leistungen, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweichen, nur angeboten werden durften, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig seien,

⁹⁴⁹ Das Bayerische Oberste Landesgericht wurde zum 30.06.2006 aufgelöst;

⁹⁵⁰ Az. Verg 13/04; in: BauR 2004, 1840 (Leitsatz) = NZBau 2004, 626 = VergR 2004, 654 = IBR 2004, 535;

wobei die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachzuweisen und die Abweichung vom Bieter im Angebot eindeutig zu bezeichnen sei.

Für bestimmte Positionen gab der Auftraggeber im Leistungsverzeichnis vor, dass ein einheitliches Fabrikat anzubieten und einzubauen sei. Ein Bieter reichte ein Nebenangebot ein, das darin bestand, dass er unterschiedliche Fabrikate vorsah und dadurch eine Ersparnis für den Auftraggeber erzielen wollte. Sein Nebenangebot schloss mit einer Angebotssumme von rund 1,18 Mio. EUR, während das preisgünstigste Hauptangebot mit rund 1,26 Mio. EUR endete. Gegen die Entscheidung der Vergabestelle, den Zuschlag auf das Nebenangebot erteilen zu wollen, stellte der zweitplatzierte Bieter Nachprüfungsantrag. Die Vergabekammer lehnte diesen mit der Begründung ab, der Antragsteller habe selbst in seinem Hauptangebot ebenso unterschiedliche Fabrikate angeboten, so dass ihm die Antragsbefugnis fehle. Hiergegen legte der betroffene Bieter sofortige Beschwerde zum BayObLG ein.

1.2 Entscheidung

Das Bayerische Oberste Landesgericht lehnte das Ansinnen des Antragstellers ab. Das Gericht hielt die Antragsbefugnis im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB für nicht gegeben, da der Antragsteller selbst in seinem Hauptangebot entgegen der Ausschreibung unterschiedliche Fabrikate angeboten habe. Sein Hauptangebot könne daher nicht gewertet werden, so dass er keine hinreichenden Aussichten auf Erteilung des Zuschlags habe.

Zugleich entschied das BayObLG, dass aber auch das ursprünglich angegriffene **Nebenangebot** des beigeladenen Bieters **nicht gewertet werden darf**. Die Ersetzung eines Fabrikats durch ein anderes könne als technische Änderung bewertet werden. Eine abweichende technische Spezifikation liege nicht vor. Nebenangebote seien jedoch **nur dann wertbar, wenn sie die Mindestanforderungen erfüllen, welche der Auftraggeber für die Nebenangebote aufgestellt habe**. Aus dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 BKR ergebe sich, dass der Auftraggeber verpflichtet sei, in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen. Die Entscheidung zitiert im Weiteren die Kerninhalte des „Traunfellner-Urteils“. Art. 19 Abs.2 BKR ist nach Ansicht des BayObLG im vorliegenden Fall auch anwendbar, da der Auftraggeber über den deklaratorischen Verweis auf § 25 VOB/A deutlich gemacht habe, dass der Zuschlag, wie von Art. 19 Abs. 2 BKR vorausgesetzt, auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden sollte.

Für den streitgegenständlichen Fall kam das BayObLG zu dem Schluss, dass der Auftraggeber nicht in ausreichendem Maß Mindestanforderungen vorgegeben hatte. In der entscheidenden Passage heißt es: *„Die Antragsgegnerin hat weder in der Bekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen Anforderungen an Nebenange-*

bote und deren Wertung formuliert (...). In den Bewerbungsbedingungen ist zwar der **Nachweis der Gleichwertigkeit** gefordert, doch **enthält** diese Anforderung **keine Beschreibung von Mindestanforderungen**. **Es kann auch nicht auf die Anforderungen zurückgegriffen werden, welche das Leistungsverzeichnis aufstellt**. Das Leistungsverzeichnis befasst sich nur mit den Anforderungen, welche an das Hauptangebot gestellt werden. Sinn des Nebenangebots ist es aber, eine vom Hauptangebot abweichende Lösung vorzuschlagen. Würde man also die Mindestanforderungen an Nebenangebote mit den Anforderungen an Hauptangebote gleichstellen, könnte es keine Nebenangebote mehr geben, weil diese dem Leistungsverzeichnis gerade nicht entsprechen.“ Dies zeige sich auch im konkreten Fall: Der Anforderung eines einheitlichen Fabrikats genüge das Nebenangebot gerade nicht. Aus dem Leistungsverzeichnis könnten aber auch andere Mindestanforderungen an Nebenangebote nicht herausgelesen werden wie z.B. die Einheitlichkeit von Schnittstellen, technisches Funktionieren o.ä. Unklar sei daher, welche Kriterien angelegt werden sollten: „Der Bieter weiß im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht, welche Anforderungen sein Nebenangebot erfüllen soll und wie und nach welchen Kriterien es gewertet werden wird. Dies ist ein Verstoß gegen das Transparenzgebot.“

1.3 Diskussion

Das BayObLG gibt ebenso wie der EuGH nicht umfassend positiv vor, in welchem Umfang der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen Mindestanforderungen anzugeben und zu erläutern hat. Er nennt hierfür beispielhaft zwei Kriterien: die „Einheitlichkeit von Schnittstellen“ und das „technische Funktionieren“. Für die tägliche Vergabepaxis werden freilich auch diese beiden Beispiele keine entscheidende Richtschnur geben können. Der Begriff der „Einheitlichkeit der Schnittstellen“ ist sehr spezifisch für die vorliegend ausgeschriebenen Elektroarbeiten und kaum für andere Sachverhalte wie etwa Gründungsarbeiten oder Spannbetonarbeiten als Maßstab übertragbar. Wie das „technische Funktionieren“ auszulegen ist, ist auf Grund der sehr allgemein gehaltenen Formulierung ebenso schwer eindeutig fassbar und daher nicht einfach auf andere Ausschreibungen zu übertragen.

Im Übrigen konkretisiert das BayObLG die Vorgaben des EuGH mit Hilfe einer negativen Abgrenzung: Nur ein pauschaler Verweis auf das Erfordernis der Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot, verbunden mit den Anforderungen, die das Leistungsverzeichnis vorgibt, wird dem nicht gerecht, was die europäischen Richter von den öffentlichen Auftraggebern fordern. Auch das Formblatt KVM BwB (Bewerbungsbedingungen) reicht selbst in Verbindung mit den Detailangaben im Hauptleistungsverzeichnis nicht aus. Als Begründung führt das Gericht die Systematik von Haupt- und Nebenangebot an: Das Leistungsverzeichnis gebe nur die Anforderungen vor, die das Hauptangebot zu erfüllen hat. Sinn und Zweck des Nebenangebots sei es aber gerade, eine inhaltliche Alternative zum Leistungsumfang gemäß dem Leistungsverzeichnis anzubieten. Dieser grundlegende Unterschied verbietet es nach Ansicht des

BayObLG, die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses auch für Nebenangebote heranzuziehen. So könnte man die wesentlichen Festlegungen des BayObLG mit einem weiteren – nicht amtlichen – Leitsatz ergänzen:

„Für die Mindestanforderungen an Nebenangebote kann auch nicht auf die Anforderungen zurück gegriffen werden, die das Leistungsverzeichnis aufstellt, da sich dieses nur mit den Anforderungen befasst, die an das Hauptangebot gestellt werden.“

Hierzu ist durchaus auch eine gegenteilige Meinung denkbar: Es ließe sich auch die Ansicht vertreten, dass die im Regelfall sehr dezidierten Anforderungen an die gewünschte Leistung, die sich im Leistungsverzeichnis des Auftraggebers für Hauptangebote finden, in Verbindung mit der Forderung nach einer (mindestens) gleichwertigen Alternative ausreichen, um auch für die Nebenangebote Mindestanforderungen vorzugeben: Diese müssten demnach qualitativ mindestens die Anforderungen erfüllen, die der Auftraggeber an Hauptangebote stellt. Andernfalls bleibt die Frage offen, ob es das Gericht wohl für ausreichend im Sinne der EuGH-Rechtsprechung halten würde,⁹⁵¹ wenn ein Auftraggeber noch einmal exakt die Anforderungen an Hauptangebote aus dem Leistungsverzeichnis an der Stelle der Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Bewerbungsbedingungen wieder gibt. In diesem Fall würde die Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung in der Praxis zu einer reinen Förmerei reduziert.

2. Vergabekammer Köln vom 22.06.2004: Deutsche VOB/A genügt nicht europarechtlichen Anforderungen

Am selben Tag wie die eben zitierte Entscheidung des BayObLG, am 22.06.2004, erging ein Beschluss der Vergabekammer Köln.⁹⁵² Sie hat keinen amtlichen Leitsatz. Die wichtigsten Aussagen zur hier relevanten Frage der Mindestanforderungen für Nebenangebote lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. *Das deutsche Vergaberecht, hier die VOB Teil A, genügt nicht den europarechtlichen Anforderungen und ist insoweit europarechtskonform auszulegen.*
2. *Hat der Auftraggeber keine ausreichenden Angaben zu Mindestanforderungen gemacht, können dennoch eingereichte Nebenangebote nicht berücksichtigt werden. Dies gilt in gleicher Weise für Änderungsvorschläge.*

⁹⁵¹ Auf Grund der Tatsache, dass das Bayerische Oberste Landesgericht inzwischen aufgelöst wurde, ist die Frage rein hypothetischer Natur;

⁹⁵² Az. VOB 14/2004; in: IBR 2004, 716;

2.1 Sachverhalt

Der Auftraggeber hatte im offenen Verfahren europaweit Zimmerer- und Holzbauarbeiten für den Neubau einer Schule für Körperbehinderte ausgeschrieben. Aus den Verdingungsunterlagen ging hervor, dass Angebote mit abweichenden technischen Spezifikationen, Änderungsvorschläge und Nebenangebote zugelassen wurden. In dem den Bewerbungsbedingungen vorangestellten Blatt mit der Überschrift „Aufforderung zur Angebotsabgabe“ fand sich eine Aufzählung von technischen und wirtschaftlichen Kriterien, die Einfluss auf die Auftragserteilung haben sollten. Diese Kriterien sollten sowohl für ein Hauptangebot als auch für Nebenangebote bzw. Änderungsvorschläge gelten. Mehrere Bieter reichten Haupt- und Nebenangebote ein. Die Vergabestelle favorisierte einen ortsansässigen Bieter, der mit mehreren Alternativvorschlägen zu einzelnen Positionen den günstigsten Angebotspreis erzielt hatte. Hiergegen beantragte ein österreichischer Bieter Nachprüfung, der mit seinem Hauptangebot unterlegen war. Die Vergabestelle wirft ein, dass sie in dem „Vorblatt“ ausreichend Mindestanforderungen angegeben habe. Ferner solle der Zuschlag auf einen Änderungsvorschlag und nicht auf ein Nebenangebot erteilt werden, auf den das „Traunfellner-Urteil“ nicht anwendbar sei. Die Rechtslage in Deutschland sei mit der in Österreich, zu der die „Traunfellner-Entscheidung“ ergangen sei, darüber hinaus nicht vergleichbar.

2.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Köln gibt dem Antragsteller Recht. Die Vergabestelle durfte nicht wie geplant den Zuschlag auf das Nebenangebot des Beigeladenen erteilen. Die Kammer verweist zur Begründung auf das „Traunfellner-Urteil“, das öffentliche Auftraggeber verpflichte, Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Vergabeunterlagen vorzugeben. Die deutsche VOB Teil A, insbesondere § 10 Nr. 5 Abs. 4, enthalte keine derartige Verpflichtung. Hieraus ergebe sich, dass **nach deutschem Vergaberecht Nebenangebote auch dann gewertet werden dürfen, wenn der Auftraggeber keine Angaben zu Mindestanforderungen gemacht hat.** „Diese deutsche Regelung steht damit im Widerspruch zum insoweit eindeutigen Wortlaut des Artikel 19 Abs. 2 Baukoordinierungsrichtlinie. Da nach dem ‚Effet-Utile-Grundsatz‘ den Regelungen des Gemeinschaftsrechts zur Durchsetzung zu verhelfen ist, sind **nationale Regelungen europarechtskonform auszulegen.** Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass, auch wenn sich das nicht unmittelbar aus den Regelungen der VOB/A ergibt, die Vergabestelle gemäß der Vorgabe des Artikel 19 Abs. 2 Baukoordinierungsrichtlinie in den Verdingungsunterlagen die Mindestbedingungen hätte erläutern müssen, die Nebenangebote erfüllen müssen.“ Dies habe der beigeladene Bieter nicht getan und damit gegen diese Bestimmungen verstoßen. In der Folge dürfe das Nebenangebot nicht berücksichtigt werden.

Der Argumentation der Vergabestelle, die „Traunfellner-Entscheidung“ beziehe sich ihrem Wortlaut nach nur auf Änderungsvorschläge und sei damit auf das hier vorlie-

gende Nebenangebot nicht anwendbar, folgte die Vergabekammer nicht und verwies auf einen Beschluss des OLG Düsseldorf.⁹⁵³ Demnach existieren begrifflich nur „Nebenangebote“ und „Hauptangebote“, eine Dreiteilung in „Hauptangebote“, „Nebenangebote“ und „Änderungsvorschläge“ finde nicht statt. Für Nebenangebote gelte demnach hinsichtlich der europäischen Rechtsprechung nichts anderes als für Änderungsvorschläge.

Die Vergabekammer teilte auch nicht die Ansicht der Vergabestelle, dass die „Traunfellner-Entscheidung“ auf den vorliegenden Sachverhalt nicht angewendet werden könne, weil sie zu einem österreichischen Rechtsstreit ergangen sei und die österreichische Rechtslage nicht mit der deutschen Rechtslage vergleichbar sei. Hierzu heißt es in dem Beschluss der Vergabekammer: *„Der EuGH hat mithin nicht unmittelbar auf österreichisches (Vergabe-)Recht Bezug genommen, sondern lediglich auf geltendes Gemeinschaftsrecht verwiesen. Aus dem Urteil ergibt sich somit eindeutig, dass danach die öffentlichen Auftraggeber ganz allgemein – und zwar völlig unabhängig von der Frage, in welchem Mitgliedsland die Vergabe erfolgen soll – verpflichtet sind, in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, wenn sie Änderungsvorschläge zulassen wollen.“*

Die Vergabekammer weist in ihrer Entscheidung darüber hinaus darauf hin, dass die Vergabestelle entgegen ihrer eigenen Ansicht in den Verdingungsunterlagen nicht ausreichend Mindestanforderungen vorgegeben und erläutert hat. Ein **Hinweis in den Verdingungsunterlagen** habe **lediglich eine wortgleiche Übernahme von § 21 Nr. 2 VOB/A** und damit gerade keine Erläuterung der für die streitgegenständliche Vergabe geltenden Mindestanforderungen und Änderungsvorschläge beinhaltet. Eine weitere Vorgabe in den Verdingungsunterlagen befasse sich im Wesentlichen nur mit den formalen Voraussetzungen, die Änderungsvorschläge und Nebenangebote erfüllen müssen *„und enthält keine Erläuterung von (technischen) Mindestanforderungen“*. Auch eine weitere Passage in den Angebotsunterlagen, die mit *„Kriterien für die Auftragserteilung bei Haupt- und Nebenangeboten/Änderungsvorschlägen“* überschrieben war, hält die Vergabekammer nicht für ausreichend. Hier seien nur Zuschlagskriterien im Sinne der §§ 10a und 17a Nr. 3 Abs. 1 VOB/A genannt und wiederum nicht Mindestanforderungen, die Nebenangebote erfüllen müssten.⁹⁵⁴

Die Vergabekammer Köln schließt ihre Entscheidungsgründe mit einer politischen Betrachtung der Situation aus ihrer Sicht: *„Die Kammer verkennt nicht, dass die konsequente Beachtung (...) des Artikel 19 Abs. 2 Baukoordinierungsrichtlinie für die Vergabestellen (...) nicht nur mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden sein wird, es ist wohl auch nicht auszuschließen, dass Vergabestellen, die sich nicht in*

⁹⁵³ Beschluss vom 09.04.2003, Az. Verg 69/02;

⁹⁵⁴ Der genaue Wortlaut der betreffenden Ziffern in den Vergabeunterlagen geht aus der Entscheidung der Vergabekammer Köln nicht hervor;

der Lage sehen, sinnvolle Eckdaten denkbarer Nebenangebote hinreichend konkret festzulegen, sich gezwungen sehen, die Abgabe von Nebenangeboten nicht mehr zuzulassen. Ebenso dürfte es innovativen Bietern schwer werden, neue Lösungen, die bisher so nicht bekannt waren, mit Aussicht auf Erfolg anbieten zu können. Da jedoch ganz offensichtlich der europäische Gesetzgeber und ausdrücklich der EuGH im genannten Urteil den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung/Chancengleichheit aller Bieter höchsten Stellenwert eingeräumt haben, ist dies hinzunehmen.“

2.3 Diskussion

Auch die Entscheidung der Vergabekammer Köln gibt weiterführende Informationen. Positiv – und zu Recht – gibt sie vor, dass das EuGH-Urteil für *alle* Nebenangebote anzuwenden ist. Wie oben dargestellt,⁹⁵⁵ ist ein sachlicher Grund für eine Unterscheidung zwischen Nebenangeboten einerseits und Änderungsvorschlägen andererseits nicht erkennbar. Insoweit besteht auch kein Grund, bezüglich der Anwendung der „Traunfellner-Entscheidung“ zu differenzieren zwischen „Änderungsvorschlägen“ und „Nebenangeboten“.

Im Sinne einer Negativliste postuliert die Vergabekammer Köln, dass eine bloße Wiederholung des Wortlauts der VOB Teil A als Vorgabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote nicht ausreicht. Diese Feststellung ist konsequent: Der EuGH hatte entschieden, dass es nicht ausreicht, wenn ein öffentlicher Auftraggeber lediglich auf eine nationale Vorschrift verweist, die das Kriterium aufstellt, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung wie derjenigen sichergestellt sein muss, die Gegenstand der Ausschreibung ist.⁹⁵⁶ Die VOB Teil A enthält entgegen der österreichischen Regelung keine derartige Vorgabe. Das Erfordernis der Gleichwertigkeit basiert in Deutschland nur auf der Entscheidungspraxis der Rechtsprechung. A maiore ad minus kann damit ein Verweis auf die Regelungen der VOB/A nicht den Vorgaben des EuGH genügen, nach denen der Auftraggeber Mindestanforderungen zu benennen und zu erläutern hat. Die richtlinienkonforme Auslegung darf sich jedoch nur auf die Vergabe solcher Bauaufträge erstrecken, deren Auftragswert ab dem Schwellenwert des § 2 Nr. 4 VgV liegt, da für Aufträge unter dieser Summe die europäischen Richtlinien ausdrücklich nicht gelten.

Die vorliegende Entscheidung der Vergabekammer Köln spezifiziert die EuGH-Vorgaben weiter dahin gehend, dass die bloße Benennung formaler Kriterien, die der Auftraggeber an Nebenangebote und Änderungsvorschläge stellt, ebenso nicht ausreichen: Die Kammer kritisiert, dass im Streitgegenständlichen Fall „keine Erläuterung von (technischen) Mindestanforderungen“ erfolge. Das signalisiert Auftraggebern,

⁹⁵⁵ Teil 1, A II 2;

⁹⁵⁶ Ziffer 30 der „Traunfellner-Entscheidung“;

dass sie auch Gedanken zu inhaltlichen – technischen – Anforderungen in den Verdingungsunterlagen niederzulegen haben.

Aus systematischer Sicht erscheint auch die weitere Feststellung der Vergabekammer Köln logisch und folgerichtig: Die Vorgabe des EuGH in der „Traunfellner-Entscheidung“ ist nicht nur auf österreichische Rechtsfragen anwendbar, sondern auch auf entsprechende Sachverhalte in den anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, in denen die Baukoordinierungsrichtlinie gilt. Damit entfaltet sie praktische Bedeutung auch in der Bundesrepublik Deutschland.

3. Vergabekammer Nordbayern vom 06.08.2004: Mindestanforderungen für technische und nicht technische Nebenangebote erforderlich

Der amtliche Leitsatz der Entscheidung⁹⁵⁷ lautet:

„Der Auftraggeber kann Nebenangebote nur dann einer wirtschaftlichen Wertung zuführen, wenn er die Mindestbestimmungen für die Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen festgelegt hat (Art. 19 Abs. 1 und 2 BKR). Es ist unerheblich, ob es sich bei den Nebenangeboten um technische oder nichttechnische Nebenangebote handelt.“

3.1 Sachverhalt

Für den Neubau eines Fachbereichs einer Universitätsklinik im nordbayerischen Raum schreibt die Vergabestelle im offenen Verfahren Erd-, Entwässerungs-, Mauer-Beton-, Stahlbeton-, Abdichtungs- und Abbrucharbeiten aus. Nach rechnerischer Prüfung liegen zwei Hauptangebote an den ersten beiden Stellen der Submission. Ein weiterer Bieter hatte unter anderem zwei Nebenangebote eingereicht, die jeweils eine Einsparung für den Auftraggeber vorsahen. Nebenangebot Nr. 3 sah einen Nachlass von 1 % auf die Angebotssumme für den Fall fristgerechter Planlieferung laut Ausschreibung vor. Nebenangebot Nr. 6 versprach eine Bauzeitverkürzung. Der Bieter erklärte, er habe die Bauabläufe optimiert und könne durch eine Verkürzung der Bauzeit auch die Zeit der Vorhaltung der Baustelleneinrichtung verkürzen und dadurch diese Position preisgünstiger anbieten. Die Vergabestelle teilte dem Bieter mit, dass sie die Nebenangebote nicht werten werde. Auf Grund von wirtschaftlichen Unwägbarkeiten sei nicht auszuschließen, dass die Planung nicht fristgerecht vorliege. Daher sei Nebenangebot Nr. 3 keine wirtschaftliche Alternative. Nebenangebot Nr. 6 könne nicht gewertet werden, da der Bieter keine Aussagen über die Einhaltung der Vertragsbedingungen des Hauptleistungsverzeichnisses mache. Der Bieter rügte den Ausschluss seiner Nebenangebote und beantragte die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

⁹⁵⁷ Beschluss vom 06.08.2004, Az. 320.VK-3194-26/04;

3.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Nordbayern lehnte den Nachprüfungsantrag ab. Der Auftraggeber hatte die beiden Nebenangebote nach ihrer Überzeugung zu Recht von der Wertung ausgeschlossen. Die VK stützte die Ablehnung jedoch auf andere Gründe als die Vergabestelle. Bereits vor der Entscheidung hatte die Vergabekammer die beteiligten Parteien auf die „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH und die darauf fußende Entscheidung des BayObLG⁹⁵⁸ hingewiesen und angemerkt, dass nach ihrer Prüfung die Vergabestelle weder in der Bekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen Anforderungen an Nebenangebote und deren Wertung formuliert, sondern sich darauf beschränkt habe, Nebenangebote zuzulassen.

Der Antragsteller und die Vergabestelle wandten ein, der Beschluss des BayObLG könne hier ebenso wie die Entscheidung des EuGH nicht herangezogen werden. Dem Beschluss des BayObLG und dem „Traunfellner-Urteil“ habe jeweils ein technisches Nebenangebot zu Grunde gelegen. Hier liege jedoch ein nichttechnisches Nebenangebot vor. Auch der in den beiden Entscheidungen zitierte Art. 19 Abs. 2 BKR beziehe sich nur auf technische und nicht auf kaufmännische Nebenangebote. Deutlich werde dies aus Art. 19 Abs. 3 BKR, in dem von einem Änderungsvorschlag unter Verwendung technischer Spezifikationen die Rede sei. Dies sei auch nachvollziehbar, da es nicht denkbar sei, wie Mindestanforderungen für kaufmännische Nebenangebote festgelegt werden könnten.

Die Beigeladene, die mit ihrem Hauptangebot Submissionserste war, beurteilte die Anwendbarkeit der Entscheidungen von EuGH und BayObLG konträr. Gemäß Art. 19 Abs. 1 BKR könnten die Auftraggeber von Bieter vorgelegte Änderungsvorschläge berücksichtigen, wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprächen; gemäß Art. 19 Abs. 2 BKR erläuterten die Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Änderungsvorschläge erfüllen müssten. Weder Artikel 19 Abs. 1 noch Abs. 2 BKR enthielten somit irgendwelche Einschränkungen im Hinblick auf die Art der Änderungsvorschläge.

Die Vergabekammer Nordbayern folgte mit ihrer Entscheidung hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit der Entscheidungen des EuGH und des BayObLG der Ansicht der Beigeladenen: **„Aus diesem Wortlaut⁹⁵⁹ ergibt sich, dass der Auftraggeber Nebenangebote überhaupt nur dann einer wirtschaftlichen Wertung zuführen kann, wenn er die Mindestbedingungen für die Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen festgelegt hat. Denn nur eine Erläuterung in den Verdingungsunterlagen ermöglicht den Bietern in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen, die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssen,**

⁹⁵⁸ Siehe oben II 1;

⁹⁵⁹ Gemeint ist der des Art. 19 Abs. 2 BKR;

um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können. Es geht dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll (...). Deswegen ist es unerheblich, ob es sich bei den Nebenangeboten um technische oder nichttechnische Nebenangebote handelt.“ Aus diesem Grund habe die Vergabestelle die Nebenangebote des Antragstellers im Ergebnis – wenn auch mit anderer Begründung – zu Recht ausgeschlossen. Die von der Vergabestelle verwendete Begründung hielt die Vergabekammer auf Grund der fehlenden Mindestanforderungen nicht mehr für entscheidungserheblich.

3.3 Diskussion

Die Vergabekammer Nordbayern thematisiert nicht näher, inwieweit eine Abgrenzung vorzunehmen ist zwischen einem „Nebenangebot“ und einem „Änderungsvorschlag“.⁹⁶⁰ Dies kann hier jedoch dahin gestellt bleiben: Die Vergabekammer legt unabhängig von der Frage der begrifflichen Unterscheidung fest, dass sie die Maßgaben von EuGH und BayObLG grundsätzlich auf alle Arten von Nebenangeboten für anwendbar hält, also für technische ebenso wie nichttechnische ohne Abhängigkeit davon, wie sie bezeichnet werden.

Sowohl die Ansicht der Vergabekammer Nordbayern als auch die des Antragstellers erscheinen auf den ersten Blick vertretbar. Tatsächlich verwendet die Baukoordinierungsrichtlinie in Artikel 19 durchgehend den Begriff „Änderungsvorschlag“ und nicht den des „Nebenangebots“. Eine ausdrückliche Definition, in welcher Weise der Begriff „Änderungsvorschlag“ europarechtlich auszulegen ist, gibt die Baukoordinierungsrichtlinie ebenso wenig wie die „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH vor. Der Verweis der Antragstellerin darauf, dass in Art. 19 Abs. 3 BKR von einem Änderungsvorschlag unter Verwendung technischer Spezifikationen die Rede sei, ist insoweit richtig. Wörtlich lautet Artikel 19 Abs. 3 BKR in der entscheidenden Passage: *„Die öffentlichen Auftraggeber dürfen einen vorgelegten Änderungsvorschlag nicht allein deshalb zurückweisen, weil darin technische Spezifikationen verwendet werden (...)“*. Die Formulierung lässt jedoch nicht den Umkehrschluss zu, dass von dem Begriff „Änderungsvorschlag“ in Folge dessen nur technische Nebenangebote erfasst sind. Hierfür sind keine Anhaltspunkte vorhanden. Der Wortlaut der BKR gibt nur Auskunft darüber, dass Änderungsvorschläge technischer Art sein können. Er gibt aber nicht vor, dass Änderungsvorschläge zwingend ausschließlich technische Spezifikationen enthalten dürfen. Diese Auslegung der Antragstellerin führt zu weit und ist vom Text der BKR nicht gedeckt.

Zutreffend ist, dass dem EuGH-Urteil ein Sachverhalt zu Grunde lag, bei dem ein Bieter eine technische Spezifikation zum Hauptangebot als „Änderungsvorschlag“ eingereicht hatte. Eine Ansicht in Deutschland unterscheidet, wie oben ausführlich

⁹⁶⁰ Vgl. dazu oben Teil 1, A II 2;

dargestellt,⁹⁶¹ dahingehend, dass der Begriff „Änderungsvorschlag“ als Unterfall des Nebenangebots lediglich eine technische Alternative zum Hauptangebot erfasse, während das „Nebenangebot“ sowohl technische als auch nichttechnische Alternativen meine. Diese Einteilung kann als rein nationale Regelung jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Auslegung supranationaler Begrifflichkeiten aus dem Gemeinschaftsrecht liefern. Somit ergibt sich auch hieraus nicht der Schluss, dass der europarechtliche Begriff des „Änderungsvorschlags“ ausdrücklich nur technische Alternativvorschläge meint. Zwingende Anhaltspunkte dafür, dass in der Folge die angeführten Entscheidungen des EuGH und des BayObLG auf den der Vergabekammer Nordbayern vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar seien, ergeben sich damit nicht.

Für die Praxis bedeutet die Erkenntnis der VK Nordbayern in ihrem Beschluss vom 06.08.2004 eine weitere Erschwernis. Der öffentliche Auftraggeber steht grundsätzlich bereits vor dem Problem, dass er vorahnend vorausdenken muss, welche Alternativvorschläge von Seiten der Bieter möglicherweise eingereicht werden könnten. Naturgemäß sind für technische Alternativvorschläge die Wünsche und Vorstellungen des Auftraggebers noch leichter in die Form von Mindestanforderungen zu bringen als für nichttechnische Alternativen zum Hauptangebot. Wie für nichttechnische Nebenangebote – etwa Skonti, Nachlässe, alternative Zahlungsmodalitäten und Pauschalierungen – konkrete Mindestanforderungen aussehen könnten und müssen, bleibt auch in dem vorliegenden Beschluss der Vergabekammer Nordbayern offen. Solche zu formulieren, die den Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung genügen, ohne zugleich die Vielfalt der dann noch möglichen Nebenangebote zu sehr zu beeinträchtigen – etwa mit einer nicht technischen Mindestanforderung „Nachlass mindestens 1 %“ oder „Ersparnis im Falle der Pauschalierung einzelner Positionen des Hauptleistungsverzeichnisses mindestens x EUR“ – wird die öffentlichen Auftraggeber vor erhebliche Herausforderungen stellen.

4. Vergabekammer Nordbayern vom 24.08.2004: Auftraggeber muss Mindestanforderungen für Nebenangebote festlegen

Der Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 24.08.2004⁹⁶² lautet im entscheidenden Leitsatz:

„1. Der Auftraggeber kann Nebenangebote nur dann einer wirtschaftlichen Wertung zuführen, wenn er die Mindestbedingungen für die Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen festgelegt hat.“

In der Entscheidung hatte die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag eines Bieters als unbegründet zurück gewiesen. Die Vergabestelle hatte mehrere Nebenan-

⁹⁶¹ Vgl. dazu oben Teil 1, A II 2;

⁹⁶² Az.: 320.VK-3194-30/04;

gebote für Elektroinstallationsarbeiten nicht gewertet. Hiergegen hatte sich der Bieter gewandt. Die Vergabekammer bestätigte die Entscheidung der Vergabestelle - jedoch mit anderer Begründung. Antragsteller, Vergabestelle und die Beigeladene, deren Hauptangebot die Submission für sich entschieden hatte, hatten sich im Vorfeld des Beschlusses über Fragen auseinandergesetzt, ob die Nebenangebote gleichwertig mit dem Hauptangebot seien. Dies sah die Vergabekammer aber nur als sekundäre Frage an. Sie befand die Nebenangebote für nicht wertbar, da der Auftraggeber entgegen Art. 19 Abs. 1 BKR keine Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Vergabeunterlagen angegeben hatte. Die Vergabestelle hatte sich darauf beschränkt, Nebenangebote nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zuzulassen und als Zuschlagskriterien für Haupt- und Nebenangebote Preis, Qualität, Konstruktion und Ausführungsfrist anzugeben. Dies sah die VK nicht als ausreichend an. In ihren Entscheidungsgründen wiederholte die Kammer im Wesentlichen ihre Begründung des Beschlusses vom 06.08.2004,⁹⁶³ so dass eine nähere Diskussion der Entscheidung mangels neuer Erkenntnisse nicht erforderlich ist. Festzuhalten bleibt, dass nach dem vorliegenden Beschluss die Bezeichnung von Zuschlagskriterien nicht ausreicht und systematisch zu unterscheiden ist von der Angabe von inhaltlichen Mindestanforderungen für Nebenangebote.

5. Vergabekammer Sachsen vom 11.11.2004: Anschluss an die „Traunfellner-Entscheidung“

Der Leitsatz der VK Sachsen⁹⁶⁴ bezüglich der Mindestanforderungen für Nebenangebote lautet:

„Nebenangebote sind nur wertbar, wenn sie die Mindestanforderungen erfüllen, welche der Auftraggeber für Nebenangebote aufgestellt hat. Aus dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 BKR ergibt sich, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen. Denn nur eine Erläuterung in den Verdingungsunterlagen ermöglicht den Bietern in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen, die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssen, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können. Es geht dabei um eine Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll.“

In den Verdingungsunterlagen im streitgegenständlichen Vergabeverfahren war nur die Zulassung von Nebenangeboten vermerkt. Weitere Angaben zu Nebenangeboten hatte der öffentliche Auftraggeber nicht gemacht. Bezüglich der Frage zur Begründetheit des Nachprüfungsantrags, inwieweit in den Verdingungsunterlagen Mindestanforderungen vorgegeben werden müssen, wiederholt die Entscheidung der VK

⁹⁶³ Az. 320.VK-3194-26/04, siehe oben 3;

⁹⁶⁴ Beschluss vom 11.11.2004, Az. 1/SVK/105-04;

Sachsen letztlich die Argumentation, die bereits der EuGH und das BayObLG⁹⁶⁵ vertreten haben. Insoweit ist eine ausführlichere Darstellung und Diskussion diesbezüglich hier nicht erforderlich.

III. These: Mindestbedingungen für nicht technische Nebenangebote erforderlich

Mehrere nationale Entscheidungen nach „Traunfellner“ unterscheiden hinsichtlich der vorzulegenden Mindestbedingungen zwischen technischen und nicht technischen Nebenangeboten.

1. Vergabekammer Nordbayern vom 22.12.2004: Auch bei nicht technischen Nebenangeboten sind Mindestanforderungen vorzugeben

Im für die vorliegende Problematik relevanten amtlichen Leitsatz gibt die Entscheidung der VK Nordbayern⁹⁶⁶ vor:

„Der Auftraggeber kann Nebenangebote überhaupt nur dann einer wirtschaftlichen Wertung zuführen, wenn er die Mindestbedingungen für die Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen festgelegt hat. Art. 19 Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG unterscheidet nicht zwischen der Art der Nebenangebote. Deswegen ist unerheblich, ob es sich beim Nebenangebot um eine technische oder kaufmännische Abweichung von den Verdingungsunterlagen handelt.“

Mit der Entscheidung bestätigt die VK Nordbayern ihre Linie, die sie bereits in dem oben besprochenen Beschluss vom 06.08.2004 vertreten hat⁹⁶⁷, so dass hier eine erneute Erläuterung nicht erforderlich scheint.

2. Vergabekammer Nordbayern vom 11.02.2005: Art. 19 BKR gilt auch für kaufmännische Nebenangebote

Im Leitsatz entscheidet die VK Nordbayern:⁹⁶⁸

„Art. 19 Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG unterscheidet nicht zwischen der Art der Nebenangebote. Er ist deswegen auch auf kaufmännische Nebenangebote (hier: Pauschalpreisangebot) anzuwenden.“

Die VK Nordbayern bestätigt damit ihre bisherige Entscheidungspraxis.⁹⁶⁹

⁹⁶⁵ Siehe oben II 1;

⁹⁶⁶ Beschluss vom 22.12.2004, 320.VK-3194-49/04; IBR 2005, 237;

⁹⁶⁷ Vgl. oben II 3;

⁹⁶⁸ Beschluss vom 11.02.2005, 320.VK-3194-55/04;

⁹⁶⁹ Vgl. Beschluss vom 06.08.2004, 320.VK-3194-26/04; Beschluss vom 22.12.2004, 320.VK-3194-49/04;

IV. These: Vorgabe von Mindestanforderungen für technische Nebenangebote nicht in jedem Fall erforderlich

1. Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 03.11.2004: Vergabestelle ist nicht verpflichtet, technische Mindestanforderungen anzugeben

Entgegen der Vorgaben des EuGH im „Traunfellner-Urteil“ lautet der amtliche Leitsatz des Beschlusses der VK Schleswig-Holstein vom 03.11.2004⁹⁷⁰ bezüglich der Mindestanforderungen wie folgt:

„Für die Wertbarkeit von Nebenangeboten kommt es nicht darauf an, dass der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen hierfür technische Mindestbedingungen festgesetzt hat.“

1.1 Sachverhalt

Gegenstand des europaweiten Vergabeverfahrens waren Erd-, Kanal- und Straßenbauleistungen für die Erschließung von Grundstücksflächen, die eine einer Gemeinde zugeordnete Grundstücksgesellschaft erworben hatte und voll erschlossen als einzelne Baugrundstücke weiterverkaufen wollte. Nebenangebote waren zugelassen. In den Verdingungsunterlagen verwies der Auftraggeber auf Formblatt EVM(B)BwB/E 212, wonach Nebenangebote auf einer besonderen Anlage gemacht werden und deutlich gekennzeichnet sein sowie eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung enthalten müssen. Weitere Mindestanforderungen gab er nicht vor.

Bieter A reichte das preisgünstigste Hauptangebot über rund 6,5 Mio. EUR ein. Zwei technische Nebenangebote des Bieters A hatte die Vergabestelle als nicht gleichwertig eingestuft. Bieter B erzielte mit einem seiner Nebenangebote bei der Submission den ersten Rang mit einer Angebotssumme, die rund 100.000 EUR unter der des preisgünstigsten Hauptangebots lag. Bieter A stellte daraufhin Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein. Er vertrat unter anderem die Ansicht, dass die Vergabestelle überhaupt keines der Nebenangebote werten hätte dürfen, da die Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen keine Mindestanforderungen an Nebenangebote und deren Wertung gestellt habe.

1.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Schleswig-Holstein teilt die Ansicht des Antragstellers nicht. Der Nachprüfungsantrag sei nicht begründet. Die Auftraggeberin habe zu Recht das Nebenangebot des beigeladenen Bieters B in die Wertung einbezogen. Zugelassene Nebenangebote seien nach § 25 Nr. 5 Satz 1 VOB/A zu werten. Ein Ausschluss von

⁹⁷⁰ Beschluss vom 03.11.2004, Az. VK-SH 28/04; in: VergR 2004, 50 = ZfBR 2004, 88 = IBR 2004, 715;

der Wertung sei auch nicht deshalb angezeigt gewesen, weil die Auftraggeberin keine Mindestanforderungen für Nebenangebote festgelegt hätte.

Unbeantwortet lässt die Vergabekammer zunächst die formelle Frage, inwieweit der Antragsteller mit der Beanstandung fehlender Mindestanforderungen möglicherweise präkludiert sein könnte. Obwohl sich diese Frage angesichts der restriktiven Vorgabe des § 107 Abs. 3 GWB und der entsprechenden Anwendung durch die Vergabekammern und -senate aufdrängt, war sie in den bisher diskutierten Entscheidungen nicht thematisiert worden. Auch die VK Schleswig-Holstein gibt hierauf keine Antwort, da ihrer Meinung nach unabhängig davon vorliegend ein Ausschluss der Nebenangebote ungerechtfertigt gewesen wäre.

Die Vergabekammer verweist auf die „Traunfellner-Entscheidung“ sowie auf Art. 19 BKR. Letzterem sei gemäß dem EuGH nicht entsprochen, wenn der Auftraggeber lediglich auf eine nationale Rechtsvorschrift verweise. Dies sei hier aber nicht der Fall: *„Die AG hat ausreichende Mindestbedingungen in den Verdingungsunterlagen formuliert und nicht bloß auf eine nationale Rechtsvorschrift verwiesen. In Ziff. 4 der Bewerbungsbedingungen, dem Formblatt EVM(B)BwB/E 212, konkretisierte die AG ihre Bedingungen für die Einreichung von Nebenangeboten. So müssen Nebenangebote unter anderem auf einer besonderen Anlage gemacht werden und deutlich gekennzeichnet sein und eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung enthalten. (...) Weitergehende Anforderungen an zu formulierende Mindestbedingungen stellen das europäische Recht und der EuGH nicht. **Das bedeutet** zum einen, **dass es dem öffentlichen Auftraggeber zwar nicht verwehrt ist, weitere Mindestbedingungen (z.B. hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit oder der Materialbeschaffenheit) festzulegen, zum anderen aber auch, dass er dazu nicht verpflichtet ist.**“*

Soweit das BayObLG⁹⁷¹ fordere, dass auch technische Mindestbedingungen vorzugeben seien, sei dem nicht zu folgen. Sinn und Zweck der Zulassung von Nebenangeboten sei es, dass der öffentliche Auftraggeber in die Lage versetzt werden solle, von den Realisierungsideen der Bieter zu profitieren. Die Bieter hätten die Möglichkeit, ihre technische Kenntnis und unternehmerische Erfahrung einzusetzen, die für den Auftraggeber zu Einsparungen führen könnten. Die Einreichung von Nebenangeboten bedeute grundsätzlich ein erhebliches Risiko für den Bieter, der für deren Inhalt voll verantwortlich sei.

Wörtlich begründet die Vergabekammer Schleswig-Holstein weiter ihre Entscheidung: *„So wie dem Auftraggeber nach § 9 Nr. 1 und 2 VOB/A die Pflicht zu einer erschöpfenden Leistungsbeschreibung im Leistungsverzeichnis obliegt, obliegt diese*

⁹⁷¹ In der bereits mehrfach zitierten Entscheidung vom 22.06.2004, Verg 13/04; siehe oben II 1;

Pflicht bei der Abgabe eines Nebenangebotes dem Bieter.⁹⁷² Der Auftraggeber, der von bestimmten technischen Entwicklungen oder neuen Produkten auf dem Markt keine Kenntnis hat, kann eine Leistungsbeschreibung gar nicht formulieren, die diese Möglichkeiten einbezieht. Das bedeutet, dass der Bieter sein Nebenangebot selbst so planen und kalkulieren muss, dass es keine unabwägbaren Risiken wie z.B. das Mengen- und Preis- oder Realisierungsrisiko enthält⁹⁷³ (...). Würde man dem Bay-ObLG folgen, würde das Risiko der Leistungsbeschreibung für Nebenangebote dem öffentlichen Auftraggeber zugemutet, was letztlich dazu führen würde, dass aufgrund mangelnder Kenntnis von neuen Produkten oder Entwicklungen Nebenangebote nicht mehr zugelassen werden könnten, wenn der öffentliche Auftraggeber diese nicht schon bei Erstellung der Leistungsbeschreibung im Blick gehabt hätte. Eine derartige Betrachtung würde dem Zweck von Nebenangeboten zuwiderlaufen und ist daher vom EuGH auch so nicht formuliert worden. Die Aufnahme von technischen Mindestanforderungen für jede Leistungsposition im Leistungsverzeichnis überfordert den öffentlichen Auftraggeber nicht nur in fachlicher Hinsicht, sondern wäre angesichts des Umfangs der Leistungsbeschreibungen auch nicht leistbar. Wollte man der Ansicht des BayObLG konsequent folgen, müssten neben jeder Leistungsposition die technischen Mindestanforderungen für etwaige Nebenangebote aufgenommen werden. So weit gehen weder die EU-Richtlinien noch der EuGH.“

1.3 Diskussion

Die Entscheidung der VK Schleswig-Holstein dürfte auf die Zustimmung vieler öffentlicher Auftraggeber stoßen, die sich seit Bekanntwerden der „Traunfellner-Entscheidung“ vor dem schwer lösbaren Problem sehen, einerseits so viele Mindestanforderungen wie nötig in die Verdingungsunterlagen zu fassen, damit die europarechtlichen Anforderungen erfüllt sind, und andererseits so wenige Mindestanforderungen wie möglich vorzugeben, um die Kreativität und die Vielfalt der potenziellen Nebenangebote der Bieter nicht mehr als nötig einzuschränken und die baubetriebswirtschaftliche Grundidee des Nebenangebots nicht auszuhebeln. Auf Grund dessen war auch in der Literatur Kritik an dem EuGH-Urteil laut geworden.⁹⁷⁴

Entscheidend für die Frage, ob der Auslegung des „Traunfellner-Urteils“ durch die Vergabekammer Schleswig-Holstein zu folgen ist, können jedoch nicht wirtschaftliche oder politische Aspekte und Wunschvorstellungen sein. Auch die Frage der praktischen Umsetzbarkeit der Vorgaben des EuGH darf hier keine Rolle spielen. Dies ist allein an Hand von rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Es ist somit zu prüfen,

⁹⁷² Die VK geht hier nicht ausdrücklich darauf ein, ob sie § 9 Nr. 1, 2 VOB/A für direkt auch auf den Bieter anwendbar hält, nachdem der Wortlaut nur den Auftragnehmer meint; die überwiegende Meinung leitet die umfassende Beschreibungspflicht für den Bieter stattdessen über § 17 Nr. 4 abs. 3 S. 2 VOB/A her;

⁹⁷³ So auch *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB, § 25, Rdn. 80;

⁹⁷⁴ U.a. *Schulze-Hagen* in: IBR 2005, 107; *Franz* in: IBR 2005, 46; *Schonebeck* in: IBR 2005, 108;

ob die Auslegung in Form der Entscheidungsgründe der VK Schleswig-Holstein von Art. 19 BKR und der „Traunfellner-Entscheidung“ gedeckt ist oder aber die zulässigen Grenzen überschreitet.

Zunächst ist die Entscheidung der VK Schleswig-Holstein im Lichte des Art. 19 BKR zu beleuchten. Dieser sagt wörtlich: *„Die öffentlichen Auftraggeber erläutern in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, **und** bezeichnen, in welcher Art und Weise sie eingereicht werden können.“* Art. 19 BKR gibt also zwei kumulativ zu beachtende Kriterien vor: Zum einen hat der Auftraggeber „Mindestanforderungen“ vorzugeben, die Nebenangebote erfüllen müssen, und zum anderen hat er zu bezeichnen, in welcher Art und Weise (Nebenangebote) eingereicht werden können.

Im streitgegenständlichen Fall hatte der Auftraggeber lediglich vorgegeben, dass Nebenangebote *„auf einer besonderen Anlage gemacht werden und deutlich gekennzeichnet sein sowie eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung enthalten müssen“*. Jedenfalls die ersten beiden Angaben beziehen sich auf rein formelle Anforderungen und damit auf die zweite Alternative Art. 19, Abs. 2, Satz 1, 2. Halbsatz BKR. Zusätzlich fordert Art. 19 BKR jedoch die Angabe von Mindestanforderungen. Insoweit ist der Auslegung unter anderem des BayObLG zu folgen, das hieraus hergeleitet hat, dass es nicht ausreicht, wenn in den Verdingungsunterlagen formelle Bedingungen aufgestellt werden, sondern dass der Auftraggeber auch inhaltliche, technische Mindestanforderungen vorzugeben hat. Andernfalls ist der kumulativen Aufzählung („und“) nicht genügt.

Somit bleibt im vorliegenden Fall allenfalls noch die Vorgabe der Beachtung einer eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung als mögliche Mindestanforderung im Sinne der BKR, sofern man diese nicht auch bereits, was durchaus vertretbar ist, als formelle Voraussetzung einordnet: Die Forderung, dass die Beschreibung des Inhalts eingereichter Nebenangebote „eindeutig und erschöpfend“ zu sein hat, hat letztlich nicht unmittelbar mit dem Inhalt an sich zu tun, sondern damit, in welcher Form dieser Inhalt in Schriftform niedergelegt wird. Aber auch bei Einstufung als inhaltliches Kriterium kann man nur schwer und kaum vertretbar zu dem Ergebnis gelangen, dass die Verdingungsunterlagen im vorliegenden Fall den EuGH-Anforderungen genügen. In seinem „Traunfellner-Urteil“ verweist das Gericht nicht nur auf den Wortlaut der BKR, nach der ein Auftraggeber nicht nur verpflichtet ist, Mindestanforderungen zu bezeichnen, sondern auch, diese zu erläutern.⁹⁷⁵

Der EuGH erklärt die Bedeutung dieser Regelung vielmehr damit, dass nur diese Erläuterung den Bietern in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen ermögliche, die der Auftraggeber stellt. Das Gericht verweist in diesem Zusam-

⁹⁷⁵ Vgl. Ziffer 27 der „Traunfellner-Entscheidung“;

menhang insbesondere auf die Verpflichtung der Auftraggeber zur Transparenz, die damit herzustellen ist.⁹⁷⁶ Dieser Forderung wird eine Mindestanforderung, die lediglich darauf verweist, dass die Beschreibung des Nebenangebots „eindeutig und erschöpfend“ zu sein hat, nicht gerecht. Sie ist nicht geeignet, die vom EuGH geforderte Transparenz des Wettbewerbs in irgendeiner Weise zu fördern. Es wird nicht konkretisiert, welche Kriterien ein Nebenangebot mindestens erfüllen muss. Der Bieter wird nur insoweit angeleitet, dass er das, was er als Nebenangebot einreichen möchte, ausführlich beschreiben muss. Dadurch ist zwar Gleichbehandlung im Wettbewerb gewährleistet – alle Bieter haben Vergabeunterlagen zu Grunde liegen, die nicht auf inhaltliche Mindestanforderungen eingehen – aber die Grundforderung des EuGH nach Transparenz ist nicht erfüllt.

2. Vergabekammer Lüneburg vom 06.12.2004: Keine Angabe von technischen Mindestanforderungen erforderlich

Der amtliche Leitsatz lautet auszugsweise:⁹⁷⁷

*„Aus der Rechtsprechung des EuGH lässt sich das Erfordernis der Definition und Bekanntmachung von technischen Mindestanforderungen als zwingende Voraussetzung für die Wertbarkeit von Nebenangeboten **nicht ableiten.**“*

2.1 Sachverhalt

Gegenstand des europaweiten Vergabeverfahrens waren Bauarbeiten für Hochwasserschutz an der Elbe in Norddeutschland. Nebenangebote waren zugelassen. In den Verdingungsunterlagen hatte die Vergabestelle festgelegt, dass Nebenangebote nicht gewertet würden, wenn sie nicht folgenden Bedingungen entsprechen:

- „1. Sämtliche Vertragsbedingungen müssen erfüllt werden, insbesondere Verdingungsunterlagen, technische Vorschriften, technische Normen und Lastangaben*
- 2. Abmessungen und Höhenangaben der Bauwerke dürfen nicht verändert werden*
- 3. Der Wartungs- und Unterhaltungsaufwand darf nicht erhöht werden.*
- 4. Die geforderten Materialqualitäten müssen eingehalten werden.*
- 5. Die geforderten Termine müssen eingehalten werden.“*

Die Vergabestelle beabsichtigt den Zuschlag auf ein Nebenangebot zu erteilen. Der zweitrangige Bieter beantragt hiergegen Nachprüfung. Er ist der Ansicht, das Nebenangebot dürfe nicht gewertet werden, weil der Auftraggeber nicht die technischen

⁹⁷⁶ Vgl. Ziffer 29 der „Traunfellner-Entscheidung“;

⁹⁷⁷ Beschluss vom 06.12.2004, Az. 203-VgK-50/2004;

Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen erläutert habe.

2.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Lüneburg hält den Nachprüfungsantrag aus mehreren Gründen für unbegründet. Hier soll die Position der Vergabekammer Lüneburg zur Frage der Mindestanforderungen für Nebenangebote herausgegriffen werden. Die VK Lüneburg schloss sich der Ansicht der VK Schleswig-Holstein⁹⁷⁸ an, dass sich aus dem „Traunfellner-Urteil“ das unter anderem vom BayObLG⁹⁷⁹ statuierte *„restriktive Erfordernis der Definition und Bekanntmachung von technischen Mindestanforderungen als zwingende Voraussetzung für die Wertbarkeit von Nebenangeboten nicht ableiten lässt“*. Wörtlich heißt es in den Entscheidungsgründen: *„Die Vergabekammer vertritt die Auffassung, dass eine **transparente und den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes genügende Wertung technischer Nebenangebote bereits dadurch gewährleistet wird, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in den Verdingungsunterlagen gemäß § 9 Abs. 1 VOB/A die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und gemäß § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A alle für eine einwandfreie Preisermittlung relevanten Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben hat.** Die damit zwingend vorgegebene Bekanntmachung und Definition von Eckpunkten des Auftragsgegenstandes bietet bereits eine hinreichende Grundlage der Wertbarkeit von Nebenangeboten, zumal der Bieter nach inzwischen einhelliger Rechtsprechung verpflichtet ist, die Gleichwertigkeit seiner Nebenangebote nachzuweisen.“*

Im vorliegenden Fall könne dies jedoch dahinstehen, da der Auftraggeber – „auch unter Zugrundelegung der strengeren Anforderungen des BayObLG“ – den Bietern technische Mindestanforderungen bekannt gemacht habe, an denen sich sowohl die Hauptangebote wie auch die Nebenangebote messen lassen müssten. Die VK Lüneburg verwies hierbei auf die oben geschilderten Bedingungen Nr. 1 bis 5, die die Vergabestelle für Nebenangebote aufgestellt hatte.

Weiter heißt es: *„Im Übrigen dürfen die Anforderungen an die Rahmenbedingungen für die Berücksichtigung von Nebenangeboten nicht überspannt werden. Die Chance für öffentliche Auftraggeber, durch Änderungsvorschläge und Nebenangebote Kenntnis von anderen, ihnen möglicherweise gar nicht bekannten Ausführungsvarianten zu erhalten, muss gewahrt bleiben. Gleiches gilt für die Chancen der Bieter, mit spezieller Sachkunde legale Wettbewerbsvorteile zu erzielen. Diese Chancen allein sind Sinn und Zweck von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen.“*

⁹⁷⁸ Vgl. oben 1;

⁹⁷⁹ Vgl. oben II 1;

2.3 Diskussion

Bei dem vorliegenden Beschluss ist zu unterscheiden: Zum einen ist die grundsätzliche Haltung der VK Lüneburg zu hinterfragen, wonach die Angabe technischer Mindestanforderungen nicht erforderlich sei. Zum anderen ist die Einschätzung der Vergabekammer zu untersuchen, dass der Auftraggeber hier mit seinem Bedingungskatalog (Nr. 1 bis 5) in den Verdingungsunterlagen selbst gemessen an den Anforderungen, die das BayObLG aus dem „Traunfellner-Urteil“ hergeleitet hat, den europarechtlichen Vorgaben genüge getan hat.

Die Frage, inwieweit der öffentliche Auftraggeber auf Grund der BKR und dem darauf basierenden „Traunfellner-Urteil“ auch technische Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen vorzugeben hat, wurde oben bereits ausführlich diskutiert.⁹⁸⁰ Sowohl Art. 19 BKR als auch das „Traunfellner-Urteil“ enthalten nicht ausdrücklich die wörtliche Vorgabe, dass auch technische Mindestanforderungen zu stellen sind. Auf Grund der Formulierung in Art. 19 Abs. 2 BKR, dass die Auftraggeber Mindestanforderungen zu erläutern *und* zu bezeichnen haben, in welcher Art und Weise Nebenangebote eingereicht werden, sind nach hier vertretener Auffassung entgegen der Ansicht der Vergabekammer Lüneburg auch inhaltliche und damit notwendigerweise technische Mindestanforderungen vorzugeben, um Art. 19 Abs. 2 BKR zu genügen.

Der vorliegende Fall weicht von der Mehrzahl der bisher vorgestellten Entscheidungen dahingehend ab, dass Mindestanforderungen nicht völlig fehlen oder sich ausschließlich auf formelle Anforderungen („auf besonderer Anlage“, „deutlich gekennzeichnet“) beschränken, sondern der Auftraggeber hier durchaus Mindestanforderungen (Vorgaben Nr. 1 bis 5) vorgegeben hat. Punkt 5 („Einhaltung der Termine“) betrifft keine technischen Anforderungen. Vorgabe Nr. 3 („Wartungs- und Unterhaltungsaufwand darf nicht erhöht werden“) betrifft vorrangig wirtschaftliche Kriterien und allenfalls inzident technische Anforderungen. Die Punkte 1, 2, und 4 dagegen stellen technische Bedingungen auf: Nr. 2 fordert, dass die Abmessungen und Höhenangaben der Bauwerke nicht verändert werden dürfen. Nr. 4 postuliert, dass die geforderten Materialqualitäten eingehalten werden müssen. Nr. 1 betrifft zumindest überwiegend technische Komponenten („technische Vorschriften, technische Normen und Lastangaben sind zu erfüllen“), während im Übrigen („sämtliche Vertragsbedingungen zu erfüllen“) auf vertragliche Regelungen Bezug genommen ist.

Die Antwort auf die Frage, ob diese Vorgaben in technischer Hinsicht ausreichen, ist an Hand dessen zu geben, inwiefern die Transparenz und Gleichbehandlung durch diese Anforderungen gewährleistet sind. Nr. 1 der Vorgaben ergibt nicht mehr als eine Bezugnahme auf nationale Vorschriften („technische Vorschriften, technische

⁹⁸⁰ Vgl. u.a. oben II 3.3;

Normen und Lastangaben“), die der EuGH ausdrücklich für nicht ausreichend befunden hat. Nr. 2 dagegen fordert, dass im Rahmen von Nebenangeboten die Abmessungen und Höhen der Bauwerke nicht verändert werden dürfen. Dies ist zweifelsohne eine konkrete Anforderung in technischer Hinsicht, auch wenn sie keine positive, sondern eine negative („nicht überschreiten“) Anweisung gibt. Positiv fordert Nr. 4 der Vorgaben, dass die geforderten Materialqualitäten einzuhalten sind. Auch dies betrifft technische Komponenten. Folgt man einer strengen Auslegung der EuGH-Rechtsprechung wie sie etwa das BayObLG vornimmt, ist hier jedoch festzustellen, dass die konkreten Anforderungen im vorliegenden Fall auch nicht eigenständig für das Nebenangebot aufgestellt werden, sondern nur aus den Vorgaben abgeleitet werden, die das Hauptleistungsverzeichnis für das Hauptangebot aufstellt. Diese Vorgehensweise hatte das BayObLG ausdrücklich für nicht ausreichend im Sinne der EuGH-Rechtsprechung bewertet.

Die zuletzt zitierte Passage aus den Entscheidungsgründen deutet auf die Gründe hin, die die VK Lüneburg zu ihrer Rechtsauffassung bewegt haben dürften. Der Forderung, dass der Spielraum für Nebenangebote und Änderungsvorschläge nicht zu sehr eingeeengt werden dürfe, um Innovation und Wettbewerb nicht mehr als nötig einzuschränken, ist aus wirtschaftlicher Sicht sowohl der Auftraggeber als auch der potenziellen Auftragnehmer durchaus zu folgen. Jedoch handelt es sich bei diesem berechtigten Hinweis auf den systematischen Hintergrund des Nebenangebots um eine allein wettbewerbspolitisch motivierte Forderung, die nicht geeignet ist, eine rechtliche Begründung für die Auslegung supranationalen Rechts und der hieraus abgeleiteten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu liefern.

3. Vergabekammer Lüneburg vom 11.01.2005: Definition und Bekanntmachung von technischen Mindestanforderungen ist nicht erforderlich

Der Leitsatz⁹⁸¹ lautet bezüglich der Mindestanforderungen:

*„Aus dem europäischen Recht ergibt sich **keine Verpflichtung des Auftraggebers, in den Verdingungsunterlagen alle technischen Mindestanforderungen zu erläutern, die diese Änderungsvorschläge erfüllen müssen.**“*

3.1 Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb den Einbau unter anderem von Leichtmetallfenstern in einem Klinikgebäude europaweit aus. Nebenangebote wurden zugelassen. Als Anforderungen enthielten die Verdingungsunterlagen folgende Beschreibung: *„Die Abgabe von Alternativangeboten und deren Bewertung ist nur möglich, wenn sämtliche technische und formale Bedingungen dieser Leistungsbeschreibung erfüllt werden.“* Im Übrigen waren lediglich formelle Anforderungen vorgegeben. Die

⁹⁸¹ Beschluss vom 11.01.2005, 203-VgK-55/2004

Vergabestelle teilte mit Vergabevermerk mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf ein Nebenangebot zu erteilen. Hiergegen stellte ein weiterer Bieter Nachprüfungsantrag.

3.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Lüneburg hält die Verdingungsunterlagen im vorliegenden Fall für ausreichend im Sinne der europarechtlichen Rechtsprechung. Die VK Lüneburg schloss sich der VK Schleswig-Holstein an und erteilte der Entscheidungspraxis des BayObLG⁹⁸² und des OLG Rostock⁹⁸³ eine Absage. Das von diesen statuierte Erfordernis der Definition und Bekanntmachung von technischen Mindestanforderungen als zwingende Voraussetzung für die Wertbarkeit lasse sich aus dem „Traunfellner-Urteil“ des EuGH nicht ableiten. Wörtlich heißt es in den Entscheidungsgründen. *„Die Vergabekammer vertritt die Auffassung, dass eine **transparente und den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes genügende Wertung technischer Nebenangebote bereits dadurch gewährleistet ist, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in den Verdingungsunterlagen gem. § 9 Abs. 1 VOB/A die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und gemäß § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A alle für eine einwandfreie Preisermittlung relevanten Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben. Die damit zwingend vorgegebene Bekanntmachung und Definition von Eckpunkten es Auftragsgegenstandes bietet bereits eine hinreichende Grundlage für die Wertbarkeit von Nebenangeboten, zumal der Bieter nach inzwischen einhelliger Rechtsprechung verpflichtet ist, die Gleichwertigkeit seiner Nebenangebote nachzuweisen.**“*

Im vorliegenden Fall habe darüber hinaus der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen über formelle Anforderungen hinaus auch technische Bedingungen an die Abgabe und Wertbarkeit von Nebenangeboten geknüpft, indem er positiv formuliert habe, dass Abgabe und Bewertung von Nebenangeboten nur möglich seien, wenn mit ihnen sämtliche technische und formale Bedingungen des Hauptleistungsverzeichnisses erfüllt würden. Der Auftraggeber habe damit Nebenangebote ausdrücklich und pauschal den technischen Mindestbedingungen der Leistungsbeschreibung für das ausgeschriebene Hauptangebot unterworfen.

3.3 Diskussion

Wie u.a. die VK Schleswig-Holstein⁹⁸⁴ begründet die VK Lüneburg ihre Entscheidung auch mit wettbewerbspolitischen Aspekten: Sie weist darauf hin, dass die Anforderungen an die Rahmenbedingungen für die Berücksichtigung von Nebenangeboten nicht überspannt werden dürften, um die Chancen für öffentliche Auftraggeber, durch Änderungsvorschläge Kenntnis von anderen, möglicherweise gar nicht bekannten

⁹⁸² Vgl. oben II 1;

⁹⁸³ Diese Entscheidung wird unten unter VIII 2 vorgestellt und diskutiert;

⁹⁸⁴ Vgl. oben 1;

Ausführungsvarianten ebenso zu erhalten wie die Chancen der Bieter, mit spezieller Sachkunde legale Wettbewerbsvorteile zu erzielen.

Aus rechtlicher Sicht hält es die VK Lüneburg für ausreichend im Sinne der EuGH-Rechtsprechung, wenn der öffentliche Auftraggeber (Mindest-)Anforderungen nur für die Hauptleistung positiv vorgibt und für potenzielle Nebenangebote lediglich hierauf Bezug nimmt und darauf hinweist, dass Nebenangebote gleichwertig mit der Hauptleistung zu sein haben. Die vom Europarecht geforderte Transparenz des Wettbewerbs sieht die VK Lüneburg dadurch als gesichert an, dass die Auftraggeber nach § 9 Abs. 1 und 3 VOB/A verpflichtet sind, die geforderte Leistung erschöpfend zu beschreiben und alle für die Kalkulation erforderlichen Umstände (für die Hauptleistung) anzugeben. Dies scheint jedoch durchaus grenzwertig. Zunächst gibt es kritische Stimmen in der Literatur, die die Vorgaben des § 9 VOB/A durchaus nicht als verbindliche Verpflichtung, sondern als Obliegenheit für den Bieter ansehen.⁹⁸⁵ Darüber hinaus fordert Art. 19 der BKR wörtlich: *„Die öffentlichen Auftraggeber **erläutern in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die **Änderungsvorschläge** erfüllen müssen.***“ Diese Regelung gibt zweierlei vor: Zum einen hat der Auftraggeber Mindestanforderungen nicht nur für Hauptangebote vorzugeben, sondern ausdrücklich für Nebenangebote. Zum anderen hat der Auftraggeber diese nicht nur aufzuzählen, sondern zu erläutern. Der VK Lüneburg ist jedoch zuzugestehen, dass die Grenzen, wo noch lediglich eine Aufzählung und wo bereits eine Erläuterung vorliegt, fließend ist. Darüber hinaus verschließt Art. 19 BKR auch nicht ausdrücklich die hier von der VK Lüneburg für ausreichend gehaltene Variante, Mindestanforderungen für Nebenangebote nur indirekt vorzugeben, indem nur für Hauptangebote Bedingungen aufgestellt werden und für Nebenangebote nur darauf Bezug genommen wird, dass sie auch die Mindestbedingungen der Hauptangebote einhalten müssen.

4. OLG Schleswig vom 15.02.2005: Technische Mindestanforderungen für Nebenangebote nicht in jedem Fall erforderlich

Der Leitsatz lautet:⁹⁸⁶

„1. Einer separaten Festlegung von technischen Mindestbedingungen für Nebenangebote bedarf es nicht, wenn die Anforderungen bereits durch technische Normen (z.B. DIN) und die allgemeine bauaufsichtliche Zulassung festgelegt sind.

2. Die Angabe von Mindestbedingungen ist nur dort erforderlich, wo Nebenangebote eine Anforderung betreffen, die nicht schon aus dem **Kontext der Verdingungsunterlagen heraus hinlänglich klar bestimmbar ist.“**

⁹⁸⁵ So etwa Quack in: BauR 1998, 381 ff.;

⁹⁸⁶ Beschluss vom 15.02.2005, 6 Verg 6/04;

4.1 Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb Erd-, Kanal- und Straßenbauarbeiten im offenen Verfahren aus. Nebenangebote waren zugelassen. Für einzubauende Hauskontrollschächte sah das Hauptleistungsverzeichnis ein Leitfabrikat ohne den Zusatz „oder gleichwertig“ vor unter Angabe von Belastbarkeit und weiteren Leistungsmerkmalen. Die Vergabestelle wertet unter anderem ein Nebenangebot eines Bieters, der ein anderes Fabrikat für die Hauskontrollschächte – preisgünstiger – angeboten hat. Hiergegen wendet sich ein konkurrierender Bieter. Er beanstandete, dass der Auftraggeber nicht ausreichend Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgegeben habe. Gegen die zurückweisende Entscheidung der Vergabekammer legte er sofortige Beschwerde ein.

4.2 Entscheidung

Auch das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg – der Vergabesenat des OLG Schleswig bestätigt die Entscheidung der Vergabekammer. Zu der betroffenen Leistungsposition waren nach Ansicht des OLG Mindestanforderungen an ein Nebenangebot im Leistungsverzeichnis enthalten. Die getroffene Vorgabe des Leitprodukts und weiterer technischer Merkmale hierfür sowie die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Bauzeichnungen reichten aus. Einer eigenständigen Festlegung von technischen Mindestanforderungen habe es im vorliegenden Fall nicht bedurft, weil sich aus dem Gesamtinhalt der Verdingungsunterlagen für jeden fachkundigen Bieter klar entnehmen habe lassen, dass die in einem Nebenangebot vorgeschlagene Ausführung den baulichen Anforderungen in einer gleichwertigen Weise genügen müsse, wie dies bei der Ausführung der im Leistungsverzeichnis angegebenen Bauleistung der Fall sei. *„Wollte man separate Mindestanforderungen im Leistungsverzeichnis verlangen, könnten diese keine andere Aussage als die enthalten, dass ein Nebenangebot mit einem anderen Fabrikat dann zugelassen wird, wenn es die ‚Mindestanforderungen‘ des im Leistungsverzeichnis zur Orientierung genannten Leitprodukts in gleichwertiger Weise erfüllt. Dies ist überflüssig; es würde – quasi abstrakt – nur das wiederholt, was der Bauaufgabe und dem Leitprodukt an Werk-, Material-, Funktions- und Produkteigenschaften bereits zu entnehmen ist.“*

Wäre auch bei klar im Leistungsverzeichnis definierten Aufgaben eine Festlegung von Mindestanforderungen geboten, würde dies – im Falle einer allgemeinen Zulassung von Nebenangeboten (...) – bei nahezu jeder Leistungsposition die Hinzufügung solcher Anforderungen bedingen. *„Dies wäre nicht nur (...) kaum leistbar und zweckmäßig, sondern im Hinblick auf die mit der im Leistungsverzeichnis angegebene Hauptleistung bestimmten Leistungsanforderung, die für die Gleichwertigkeit jedes Nebenangebots maßgebend ist, nicht erforderlich. Die Angabe von Mindestbedingungen ist nur dort erforderlich, wo Nebenangebote eine Anforderung betreffen, die nicht schon aus dem Kontext der Verdingungsunterlagen heraus hinreichend klar bestimmbar sind.“*

Eine Divergenz zwischen seinem Urteil und den Entscheidungen des BayObLG⁹⁸⁷ sowie des OLG Rostock⁹⁸⁸ sieht das OLG Schleswig ebenso wenig wie eine Unvereinbarkeit mit der „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH. Dies begründete das OLG Schleswig mit einem systematischen Unterschied zwischen der eigenen und den weiteren zitierten Urteilen: Beim BayObLG sei es um Kompatibilitätsprobleme an den Schnittstellen von Elektroinstallationen gegangen. Die Entscheidung des OLG Rostock habe Rohrleitungen für Laborreinstgase betroffen, wobei für Nebenangebote die Einhaltung einer bestimmten „und nur für das Hauptangebot mitgeteilten“ Gasreinheit gefordert worden seien. In der EuGH-Entscheidung habe das Nebenangebot ein anderes Ausführungsmaterial betroffen, wobei „lediglich abstrakt Anforderungen (Bitumendecke statt Betondecke für Autobahn) an ein Alternativangebot mitgeteilt worden waren“, die keinen Bezug zum konkreten Beschaffungsvorgang gehabt hätten. *„Allen Fällen ist damit gemeinsam, dass für die Bieter nicht klar war, welchen bauseitigen und die konkrete Einzelleistung betreffenden Anforderungen ein (etwaiges) Nebenangebot zu entsprechen hatte. Demgegenüber betrifft der vorliegende Streit nicht die Anforderungen der ‚Aufgabe‘ (Schnittstelle, Gasreinheit, Fahrbahnbefestigung), sondern die Gleichwertigkeit der angebotenen ‚Lösung‘ (Produkt).“* Die „Aufgabe“ habe hier klar abgrenzbar in einem Hauskontrollschacht in einem Wohngebiet bestanden. Die generellen Eigenschaften der Lösung seien bereits durch technische Normen (DIN, EN) und die allgemeine bauaufsichtliche Zulassung festgelegt, „einerlei, ob der Schacht nach Maßgabe des Ausschreibungstextes oder im Rahmen eines – davon abweichenden – Nebenangebots offeriert wird.“

4.3 Diskussion

Auch diese Entscheidung mag aus dem Blickwinkel der Praxis durchaus begrüßenswert sein. Wäre in einem Fall wie dem vorliegenden der Auftraggeber verpflichtet, positiv Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen vorzugeben, würde dies letztlich dazu führen, dass er die technischen Parameter wie Mindestbelastbarkeit, Größe und ähnliche letztlich im gleichen Wortlaut für Nebenangebote zu wiederholen hätte, wie er diese bereits für die Hauptleistung in das Leistungsverzeichnis geschrieben hat. Dies kann durchaus vertretbar als „purer Formalismus“ eingestuft werden, der auf Grund dessen „überflüssig“ sei. Allerdings darf bei allem möglichen Wunschdenken nicht außer Acht bleiben, dass der Europäische Gerichtshof ebenso wie die Baukoordinierungsrichtlinie ausdrücklich vorgibt, dass der Auftraggeber Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen *zu erläutern* hat. Über diese insoweit eindeutige Anweisung kann sich die nationale Rechtsprechung nicht hinwegsetzen. Der Auslegungsspielraum ist nicht so weit, dass zu entscheiden wäre, ob der deutsche öffentliche Auftraggeber Mindestanforderungen für Nebenangebote vorzugeben hat, sondern allenfalls, in welchem Umfang er dies zu tun hat.

⁹⁸⁷ Vgl. oben II 1;

⁹⁸⁸ Diese Entscheidung wird unten unter VIII 2 vorgestellt und diskutiert;

Die Begründung, mit der das OLG Schleswig eine Divergenz zu den Urteilen des BayObLG und des OLG Rostock verneint, erscheint jedoch nicht als zwingend: Das OLG bildet eine Fallvariante (EuGH, BayObLG und OLG Rostock), bei der für die Bieter „nicht klar war, welchen bauseitigen und die konkrete Einzelleistung betreffenden Anforderungen ein (etwaiges) Nebenangebot zu entsprechen hatte“. Das Nebenangebot habe hier ein anderes Ausführungsmaterial betroffen, wobei „lediglich abstrakt Anforderungen an ein Alternativangebot mitgeteilt“ worden seien. Im vom OLG Schleswig entschiedenen Fall habe der Streit jedoch „nicht die Anforderungen der Aufgabe (Schnittstellen, Gasreinheit, Fahrbahnbefestigung), sondern die Gleichwertigkeit der angebotenen Lösung (Produkt)“ betroffen.

Die Abgrenzung ist nicht auf den ersten Blick klar nachvollziehbar. Im der „Traunfellner-Entscheidung“ zu Grunde liegenden Sachverhalt war ebenso vorgegeben, dass ein Fahrbahnbelag für eine Autobahn zu erbringen sei. Auch für diese Leistung liegen technische Normen vor – in Deutschland wären dies etwa die ZTV-StB Asphalt – die bereits Mindestanforderungen für Straßenbeläge bei Autobahnen statuieren. Auch für Elektroarbeiten liegen zu beachtende Vorgaben in DIN und EN vor, die einzuhalten sind und damit ebenso Mindestbedingungen für Nebenangebote vorgeben. Dennoch hatte der EuGH entschieden, dass der Auftraggeber – damit denkwürdig über solche Normen hinaus – weitere Mindestanforderungen positiv anzugeben hat. Die Abgrenzung des OLG Schleswig ist damit nicht schlüssig und widerspricht der Begründung der europarechtlichen Rechtsprechung.

V. These: Mindestbedingungen für technische Nebenangebote vorzugeben

Entgegen den eben angeführten Entscheidungen kommen weitere nationale Entscheidungen ausdrücklich zu dem Schluss, dass der Auftraggeber auch verpflichtet ist, technische Mindestbedingungen für Nebenangebote vorzugeben.

1. Vergabekammer Sachsen-Anhalt vom 30.11.2004: Auch Angabe von technischen Mindestanforderungen erforderlich

Der Kerngehalt der Entscheidung⁹⁸⁹ in Bezug auf die Frage der Mindestanforderungen für Nebenangebote lässt sich wie folgt zusammenfassen⁹⁹⁰:

*„Es reicht nicht aus, wenn die Vergabestelle ausschließlich in formaler Hinsicht Vorgaben zur Einreichung von Nebenangeboten benennt. Vielmehr ist sie verpflichtet, entweder im Bekanntmachungstext oder in den Verdingungsunterlagen **auch technische Vergleichsparameter bekannt zu geben.**“*

⁹⁸⁹ Az. VK 2-LVwA LSA 40/04;

⁹⁹⁰ Nicht amtlicher Leitsatz; der amtliche Leitsatz bezieht sich nur auf eine andere Problematik, die in der Entscheidung gegenständlich war;

1.1 Sachverhalt

Gegenstand des europaweiten Vergabeverfahrens waren Bauleistungen für den Neubau einer Bundesstraße. In den Verdingungsunterlagen waren keine Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgegeben. Die Vergabestelle hatte allen Bietern ein „Allgemeines Rundschreiben“ (ARS) nachgereicht, wonach die so genannte „Betonbauweise“ als Nebenangebot zugelassen sei. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung über den Nachprüfungsantrag hatte die Antragstellerin die Ansicht vertreten, dass die „Traunfellner-Entscheidung“ hier nicht anwendbar sei, da die Vergabestelle „nur auf den Preis als Zuschlagskriterium“ abgestellt habe.

1.2 Entscheidung

Auch die VK Sachsen-Anhalt hatte sich zunächst im Rahmen der Zulässigkeit des Antrags mit der Frage auseinanderzusetzen, inwiefern die Rüge der Antragstellerin bezüglich der fehlenden Mindestanforderungen rechtzeitig, also unverzüglich, erfolgt ist. Sie ist der Überzeugung, dass Rechtzeitigkeit vorlag, da *„nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden“* könne, dass *„die Antragstellerin vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens in rechtlicher Hinsicht Kenntnis hatte über die Auswirkungen des EuGH-Beschlusses vom 18.10.2003⁹⁹¹ auf das vorliegende Verfahren“*.

Die VK Sachsen-Anhalt hält zum einen das Formblatt HVA B-StB-BwB/E (10/03) für den Straßenbau nicht für ausreichend im Sinne der europarechtlichen Vorgaben. Zum anderen genügt ihrer Ansicht nach auch das im Laufe des Vergabeverfahrens vom Auftraggeber an die Bieter nachgereichte Allgemeine Rundschreiben mit der Maßgabe, dass Betonbauweise im Rahmen eines Nebenangebots zugelassen sei, den Erfordernissen nicht. Hierin seien lediglich *„Wertungsmechanismen für unterschiedliche Deckschichten“* aufgeführt. Ausdrückliche Festlegungen in Bezug auf die technischen Mindestanforderungen für Nebenangebote seien nicht getroffen worden. Die Vergabestelle sei aber verpflichtet, *„technische Vergleichsparameter bekannt zu geben, an Hand derer die Gleichwertigkeit der Nebenangebote überprüft werden kann“*.

1.3 Diskussion

Über die bisher vorgestellten nationalen Entscheidungen hinaus konkretisiert der vorliegende Beschluss der Vergabekammer Sachsen-Anhalt die EuGH-Vorgaben dahingehend, dass auch ein weiteres Formblatt, HVA B-StB-BwB/E (10/03), nicht die europarechtlichen Anforderungen erfüllt.

⁹⁹¹ Die VK Sachsen-Anhalt meint vermutlich hier die „Traunfellner-Entscheidung“ – auch wenn sie unzutreffend von einem „Beschluss“ statt von einem Urteil des EuGH spricht und die Entscheidung auf den 18.10.2003 statt richtig auf den 16.10.2003 datiert;

Auch das „Allgemeine Rundschreiben“ der Vergabestelle reichte der Vergabekammer nicht aus. Dem ist zu folgen: Das Rundschreiben enthielt nur die Angabe, dass eine bestimmte Bauweise im Rahmen von Nebenangeboten zugelassen sein sollte. Dies stellt jedoch nur die Einräumung einer Möglichkeit dar, nicht aber die Nennung einer Bedingung, der eventuelle Nebenangebote genügen müssen. Darüber hinaus genügte das nachgereichte Rundschreiben aus einem anderen Grund nicht den europarechtlichen Anforderungen: Gemäß Art. 19 Abs. 2 BKR hat der Auftraggeber Mindestanforderungen bereits in den Verdingungsunterlagen anzugeben und zu erläutern. Bis zur Neufassung 1973 war in der VOB/A die Gesamtheit der nunmehrigen „Vergabeunterlagen“ im Sinne des § 10 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A als „Verdingungsunterlagen“ bezeichnet. Seitdem bestehen die „Verdingungsunterlagen“ im engeren Sinne aus der Leistungsbeschreibung (§ 9 VOB/A), den Allgemeinen Vertragsbedingungen (VOB/B), den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) sowie etwaigen Zusätzlichen Vertragsbedingungen und Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen.⁹⁹² Ein nachgereichtes Schreiben, auch wenn es an alle Bieter gerichtet wird, ist davon nicht erfasst. Zwar ist eine nationale Regelung, die im Fall der VOB nicht Gesetzesform hat, nicht geeignet, europarechtliche Begriffe aus der BKR auszulegen. Aus teleologischer Sicht wird man jedoch auch den europarechtlichen Begriff der Verdingungsunterlagen so auszulegen haben, dass davon jedenfalls nur Bestandteile umfasst sind, die bereits mit dem ersten Anschreiben und den dabei übersandten Unterlagen an die Bieter versandt werden.

2. Vergabekammer Nordbayern vom 02.12.2004: Mindestanforderungen auch für Nebenangebot mit qualitativer Abweichung

In nicht amtlichem Leitsatz kann der Kerngehalt der Entscheidung⁹⁹³ wie folgt zusammengefasst werden:

„Sowohl technische Nebenangebote, die eine konstruktive Änderung betreffen, als auch solche, die nur eine qualitative Änderung beinhalten, dürfen nicht gewertet werden, wenn der Auftraggeber keine Mindestanforderungen vorgegeben hat.“

2.1 Sachverhalt

Die Vergabestelle schrieb Bauarbeiten europaweit aus. Nebenangebote waren zugelassen, Mindestanforderungen nicht vorgegeben. Mit dem Absageschreiben teilte die Vergabestelle dem Antragsteller mit, dass der Zuschlag auf ein Hauptangebot erteilt werden solle und seine Nebenangebote wegen der fehlenden Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen nicht gewertet werden könnten. Der Antragsteller vertrat die Ansicht, jedenfalls eines seiner Nebenangebote müsste gewertet werden, da es keine konstruktive Änderung betreffe, die im Ergebnis eine andere Bauleistung als

⁹⁹² Motzke/Pietzcker/Prieß, § 10 VOB/A, Rdn. 2; Schmidt/Franckenstein, S. 407;

⁹⁹³ Beschluss vom 02.12.2004, Az. 320.VK-3194-47/04;

ausgeschrieben entstehen lassen würde, sondern lediglich eine „qualitative Änderung“ bedeute. Die Rechtsprechung des EuGH sei jedoch nur auf erstere Fälle anzuwenden.

2.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Nordbayern ist anderer Ansicht. Sie entscheidet, dass die Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten solle, „erst recht“ gelte, wenn mit dem Nebenangebot qualitativ vom Amtsvorschlag abgewichen werden solle.

2.3 Diskussion

Der Entscheidung ist nicht zu entnehmen, worin die „qualitative Abweichung“ zum Amtsvorschlag im konkreten Fall bestand. Auf Grund dessen bleibt auch die Frage offen, wo genau die Grenze zu ziehen ist zwischen einer „nur qualitativen Abweichung“ und einer „konstruktiven Änderung, die eine andere Bauleistung als ausgeschrieben entstehen lässt“. Auch eine qualitative Abweichung wird in der Regel eine andere Bauleistung als ausgeschrieben entstehen lassen und auch eine konstruktive Änderung bedingen. Wenn etwa ein Nebenangebot darin besteht, dass es mit Beton der Güte B 25 statt gemäß Amtsvorschlag B 35 auskommen will, ist dies eine qualitative Änderung. Würde das Nebenangebot beauftragt – die Frage, ob in diesem Fall die erforderliche Gleichwertigkeit bestehen würde, soll dahin stehen – würde aber zugleich eine andere Bauleistung entstehen als im Amtsvorschlag vorgesehen.

VI. Erforderlichkeit von Mindestbedingungen bei Besonderheiten im Vergabeverfahren

Weitere Entscheidungen von Vergabekammern befassen sich mit der Frage der Erforderlichkeit von Mindestbedingungen bei Besonderheiten im Vergabeverfahren. Solche lagen etwa vor bei einem Fall, in dem zunächst abzugrenzen war, inwiefern ein Neben- oder Hauptangebot vorlag. Weitere Beschlüsse behandeln die Frage der Mindestbedingungen in Zusammenhang mit einer losweisen Ausschreibung sowie einer Funktionalausschreibung mit Leistungsprogramm.

1. Vergabekammer Südbayern vom 24.06.2004: „Traunfellner-Entscheidung“ nicht auf Gleichwertigkeit im Rahmen von Hauptangeboten übertragbar

Die für die Frage nach den Mindestanforderungen hier wesentlichen Aspekte aus dem amtlichen Leitsatz der Vergabekammer Südbayern⁹⁹⁴ lauten:

„1. Das Vergabeverfahren steht grundsätzlich unter dem Gebot der Gleichbehandlung und Chancengleichheit aller Wettbewerbsteilnehmer gemäß § 97

⁹⁹⁴ Az. 37-05/04;

Abs. 2 GWB i.V.m. § 2 Nr. 2 VOL/A. Dies bedeutet unter anderem, dass alle Bieter dieselben Mindestanforderungen erfüllen müssen, die für das konkrete Angebot und die Kalkulation von Bedeutung sind, um eine Wettbewerbsverzerrung zu vermeiden.

2. Versäumt der Auftraggeber Kriterien zur Prüfung der Gleichwertigkeit eines vom vorgegebenen Leitfabrikat abweichenden Fabrikats anzugeben, kann dies grundsätzlich nicht zum Ausschluss des Angebots des Bieters führen, der ein Produkt eines anderen Herstellers anbietet.⁹⁹⁵

1.1 Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber schreibt für einen Neubau Elektroarbeiten aus europa-weit aus. Ein Teil der Leistung besteht aus der Lieferung und dem Einbau von Sonderleuchten. Im Leistungsverzeichnis gibt der Auftraggeber für die Einzelteile, aus denen die Sonderleuchten herzustellen sind, Leitfabrikate vor und verlangt, dass die Teile nach näher bezeichneten technischen Normen zertifiziert sein müssen. Für ein mit Leitfabrikat vorbeschriebenes Einzelteil fehlt die Zertifizierung. Ein Bieter bietet für dieses Teil ein anderes Fabrikat an, das ebenfalls nicht zertifiziert ist. Wegen fehlender Zertifizierung schließt der Auftraggeber das Angebot aus der Wertung aus, weil es nicht mit dem Amtsvorschlag gleichwertig sei, nachdem es die vorgegebene Mindestanforderung der Zertifizierung nicht erfülle. Hiergegen legt der ausgeschlossene Bieter Vergabebeschwerde ein.

1.2 Entscheidung

Die Vergabekammer hält den Nachprüfungsantrag des Bieters für begründet. Die VK weist zunächst darauf hin, dass auf Grund von §§ 97 Abs. 2 GWB i.V.m. 2 Nr. 2 VOL/A alle Bieter die selben Mindestanforderungen zu erfüllen hätten, die für das konkrete Angebot und die Kalkulation von Bedeutung seien. Wörtlich heißt es weiter: *„Versäumt der Auftraggeber, Kriterien zur Prüfung der Gleichwertigkeit eines vom vorgegebenen Leitfabrikat abweichenden Fabrikats anzugeben, kann dies grundsätzlich nicht zum Ausschluss des Angebots des Bieters führen, der das Produkt eines anderen Herstellers anbietet.“* Vorliegend sei die Wertung der Vergabestelle insbesondere hinsichtlich der Frage der Gleichwertigkeit fehlerhaft. Der Auftraggeber habe seine Transparenzverpflichtung verletzt, weil er im Vergabevermerk nicht ausreichend dokumentiert habe, ob das Angebot der Antragstellerin klar und zweifelsfrei sei. Zu einer Prüfung eines Alternativfabrikats auf Gleichwertigkeit gehöre eine Gegenüberstellung der Anforderung des Leistungsverzeichnisses, gegebenenfalls der Eigenschaft des Leitfabrikats, mit den diesbezüglichen Eigenschaften des Alternativfabrikats. Die Vergabekammer habe vorliegend auf Grund mangelnder Dokumentation der Vergabeentscheidung nicht nachvollziehen können, ob und wie der Auftraggeber die Gleichwertigkeit geprüft habe. Aus diesem Grund verwies die Vergabe-

⁹⁹⁵ Die Vergabekammer verwies hierzu auf die Entscheidung der Vergabekammer Brandenburg, Az. VK 04/03 vom 30.06.2004;

kammer Südbayern das Verfahren zurück an die Vergabestelle zur erneuten Wertung insbesondere hinsichtlich der Frage der Gleichwertigkeit.

1.3 Diskussion

In den Entscheidungsgründen geht die Vergabekammer Südbayern nicht auf das rund acht Monate davor ergangene „Traunfellner-Urteil“ ein. *Hänsel* kritisiert unter Verweis auf Entscheidungen der Vergabekammer Nordbayern⁹⁹⁶ und des Bay-ObLG⁹⁹⁷ in einer Besprechung des Urteils⁹⁹⁸, dass sich die VK Südbayern „*erstaunlicherweise (...) nicht mit der Grundsatzentscheidung des EuGH*“ auseinander setze, „*denn nach der Entscheidung des EuGH hätte das Angebot von Bieter A⁹⁹⁹ ausgeschlossen werden müssen*“. Er übersieht jedoch, dass ausweislich des Sachverhalts der Entscheidung der VK Südbayern hier nicht ein Nebenangebot streitgegenständlich ist. Der Auftraggeber hatte im Rahmen des Hauptleistungsverzeichnisses ein Leitfabrikat vorgegeben und ein „gleichwertiges“ abweichendes Fabrikat zugelassen. Wird in einem Angebot ein vom Leitfabrikat abweichendes Produkt angeboten, das gleichwertig mit diesem ist, liegt damit noch kein Nebenangebot vor. Gemäß der Definition beinhaltet ein Nebenangebot systembedingt eine Abweichung vom Leistungsinhalt des Amtsvorschlags.¹⁰⁰⁰ Eine solche Abweichung ist hier jedoch nicht gegeben, da auch Bieter A genau das angeboten hatte, was der Auftraggeber vorgesehen hatte.

Wäre ein Nebenangebot streitgegenständlich gewesen, wäre der vorliegende Beschluss der Vergabekammer Südbayern nicht in Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu bringen gewesen. Fraglich wäre dann bereits gewesen, ob die Vorgabe der beiden Mindestanforderungen „gleichwertig mit dem Leitfabrikat“ und „zertifizierte Einzelteile“ an sich ausgereicht hätte. Darüber hinaus wäre dann zu prüfen gewesen, ob der Auftraggeber nicht nur für den Amtsvorschlag, sondern explizit für Nebenangebote die Mindestanforderungen genannt und erläutert hatte, um solche in die Wertung einbeziehen zu können.

Das „Traunfellner-Urteil“ bezieht sich ausdrücklich auf die Frage nach Mindestanforderungen für Nebenangebote. Die Aussagen sind auf Grund des klaren und eindeutigen Wortlauts damit nicht per se übertragbar auf die Frage der Gleichwertigkeit innerhalb von Hauptangeboten, für die der Auftraggeber als Mindestanforderung „Leitfabrikat oder gleichwertig“ nachgefragt hat. Die Entscheidung der VK Südbayern, die Vergabestelle anzuweisen, die Wertung aller vorliegenden Angebote insbesondere

⁹⁹⁶ Diese ist jedoch erst am 06.08.2004, Az. 320.VK-3194-26/04, ergangen, und konnte daher noch nicht als Vorlage für den hier zu diskutierenden Beschluss der VK Südbayern dienen;

⁹⁹⁷ Siehe oben II 1;

⁹⁹⁸ In: IBR 2005, 1091 (nur online unter www.ibr-online.de);

⁹⁹⁹ Gemeint ist der Bieter, dessen Angebot die Vergabestelle wegen fehlender Gleichwertigkeit ausgeschlossen hatte;

¹⁰⁰⁰ Vgl. oben Teil 1, A I;

hinsichtlich der Gleichwertigkeit noch einmal zu wiederholen, steht damit mangels Vorliegens eines Nebenangebots entgegen der Ansicht von *Hänsel* nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

2. Vergabekammer Brandenburg vom 28.02.2005: Bei losweiser Vergabe separate Vorgabe von Mindestanforderungen für jedes Los erforderlich

Der amtliche Leitsatz lautet:¹⁰⁰¹

*„1. Allein die Vorgaben, dass **Nebenangebote wirtschaftlich und technisch in mindestens gleicher Detailliertheit zu beschreiben seien wie das Hauptangebot** und die **technische und wirtschaftliche Gleichwertigkeit detailliert nachzuweisen** sei, stellen **keine ausreichenden Mindestanforderungen** für Änderungsvorschläge dar. Die Anforderungen dürfen nicht nur ganz allgemein formuliert sein, sondern müssen sich auf die konkrete Leistung beziehen und die für die konkrete Ausgestaltung eines Nebenangebots maßgeblichen Erfordernisse beinhalten.*

*2. **Betreffen Nebenangebote eine aus mehreren Losen bestehende Ausschreibung**, bedarf es insoweit einer **separaten Festlegung von Mindestbedingungen**, da durch die Zulassung der Änderungsvorschläge Leistungspositionen anderer Lose betroffen sein können.“*

2.1 Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb ein Teilobjekt für den Neubau einer Trinkwasseraufbereitungsanlage eines Wasserwerks europaweit im offenen Verfahren aus. Der Auftrag war in sechs Lose aufgeteilt. Die unterschiedlichen Lose betrafen die Errichtung der Bauwerke und Gebäude für die Trinkwasseraufbereitung, maschinentechnische und hydraulische Ausrüstung, die elektronische Ausstattung, Fassaden- und Dachdeckerarbeiten, Außenfenster und -türen sowie die Prozessleitebene. Ziffer 5.2 der Angebotsaufforderung bestimmte zu Nebenangeboten, dass diese wirtschaftlich und technisch in mindestens gleicher Detailliertheit zu beschreiben seien wie das Hauptangebot (LV mit Positionsunterteilung, Einzelpreisangaben, Detailzeichnungen usw.) sowie, dass für Nebenangebote die technische und wirtschaftliche Gleichwertigkeit zum Hauptangebot detailliert nachzuweisen sei.

Die Antragstellerin reichte technische und nicht technische Nebenangebote für alle sechs Einzellöse ein. Der Auftraggeber schloss mehrere Nebenangebote aus der Wertung aus, da sie nach seiner Ansicht nicht den Mindestanforderungen gemäß den Verdingungsunterlagen genügten, und teilte mit, dass er den Zuschlag einem Nebenangebot eines anderen Bieters erteilen wolle. Hiergegen wandte sich der aus-

¹⁰⁰¹ Beschluss vom 28.02.2005, VK 2/05;

geschlossene Bieter und beanstandete, der Auftraggeber habe nicht ausreichend Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen vorgegeben.

2.2 Entscheidung

Die VK Brandenburg gibt dem Antragsteller Recht. Der Auftraggeber dürfe vorliegend Nebenangebote nicht werten, da er es versäumt habe, in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen eigene Ausführungen zu den von den Nebenangeboten zu erfüllenden Voraussetzungen zu machen. Dies stelle einen Verstoß gegen Art. 19 BKR und die darauf basierende Rechtsprechung des EuGH, BayObLG und OLG Rostock dar. Die im Formblatt EVM(B) BWB/E 212 enthaltenen Bedingungen für die Einreichung von Nebenangeboten stellten solche Anforderungen nicht dar. Die in Ziff. 5.2 der Aufforderung zur Angebotsabgabe enthaltenen Angaben zur Beschreibung der Nebenangebote genügten nach Auffassung der VK Brandenburg diesen Anforderungen ebenso nicht, da es sich insoweit um eine Wiederholung der Bedingungen aus dem o.g. Formblatt handele. Auch der unter dieser Ziffer enthaltene Hinweis auf die Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit der ausgeschriebenen Leistung habe der EuGH als nicht ausreichend angesehen.

Da die Nebenangebote eine aus mehreren Losen bestehende Ausschreibung betreffen, bedürfe es für Konstellationen dieser Art einer separaten Festlegung von Mindestanforderungen, da durch ihre Zulassung Leistungspositionen anderer Lose betroffen sein könnten. Dies gelte im vorliegenden Fall insbesondere für Los 3.1 (Errichtung der Gebäude), 3.3 (Lieferung der elektronischen und messsteuer- und regeltechnischen Ausrüstung) sowie 3.8 (Prozessleitebene). Andernfalls wäre laut der Entscheidungsgründe der VK Brandenburg die Kompatibilität der Nebenangebote des Loses 3.2 (maschinentechnische und hydraulische Ausrüstung) mit den Amtsvorschlägen zu den Losen 3.1, 3.3 und 3.8 nicht gewährleistet. Die Bau- und Vorhabensbeschreibung des Auftraggebers reiche hierfür nicht, weil sie sich nur auf den Inhalt der Hauptangebote beziehe.

Die VK sieht vorliegend einen anders gearteten Sachverhalt, als er der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 07.01.2005¹⁰⁰² zu Grunde lag. Der Vergabesenat dort hatte es für ausreichend gehalten, wenn der Auftraggeber bezüglich der Nebenangebote die Einhaltung der in der Baubeschreibung festgelegten speziellen bautechnischen Anforderungen und die Beachtung der in Bezug genommenen Runderlasse fordert. Ein solcher Fall sei hier aber nicht gegeben: *„Ein mit dieser Entscheidung vergleichbarer Sachverhalt liegt hier aber nicht vor, da der Auftraggeber nur ganz allgemeine, nicht auf die konkrete Leistung bezogene und somit für die konkrete Ausgestaltung eines Nebenangebots maßgebliche Anforderungen formuliert hat.“*

¹⁰⁰² Diese Entscheidung wird unten unter VII 4 vorgestellt und diskutiert;

2.3 Diskussion

Die Entscheidung ist konsequent: Will man einer vermittelnden oder relativierenden Lösung nicht folgen, sondern aus der „Traunfellner-Entscheidung“ eine Verpflichtung ableiten, dass der Auftraggeber konkrete Mindestanforderungen positiv und detailliert vorzugeben hat, muss diese Verpflichtung konsequenterweise für alle in sich abgeschlossenen Teile der geforderten Leistungen – Lose – gelten.

3. Vergabekammer Lüneburg vom 11.08.2005: Vorgabe von Mindestbedingungen für Nebenangebote bei funktionaler Ausschreibung

Amtlicher Leitsatz¹⁰⁰³ in Auszügen:

„(...)

6. Eine transparente und den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes genügende Wertung technischer Nebenangebote wird bereits dadurch gewährleistet, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in den Verdingungsunterlagen gemäß **§ 9 Nr. 1 VOB/A** die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und gemäß **§ 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A** alle für eine einwandfreie Preisermittlung relevanten Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben hat. Die damit zwingend vorgegebene Bekanntmachung und Definition von Eckpunkten des Auftragsgegenstandes **bietet bereits eine hinreichende Grundlage für die Wertung von Nebenangeboten**, zumal der Bieter nach inzwischen einhelliger Rechtsprechung verpflichtet ist, die Gleichwertigkeit seiner Nebenangebote nachzuweisen.

7. Im Fall einer funktionalen Ausschreibung mit der Intention, das Know-how und die Kreativität der Bieterfirmen für das zu errichtende Brückenbauwerk auszuschöpfen, unterliegen bereits die abzugebenden Hauptangebote einer Situation, die sich sonst im Falle eines Amtsentwurfs für die dabei zugelassenen Nebenangebote ergibt. Bleibt damit also bereits offen, ob überhaupt Raum für die in der Ausschreibung zugelassenen Nebenangebote besteht, ist es **unverzichtbar, dass Mindestbedingungen für die Wertung von Nebenangeboten formuliert werden**. Es reicht insoweit **nicht aus, dass der Auftraggeber für die Nebenangebote auf die gleichen Vorbedingungen technischer und sonstiger Art verweist, die für das Hauptangebot gelten würden**. Die **Bieter dürfen** angesichts der vorliegenden funktionalen Ausschreibung für etwaige Nebenangebote von der Auftraggeberin **nicht auf das Gesamtkonzept der Ausschreibung verwiesen werden**.“

¹⁰⁰³ Beschluss vom 11.08.2005, VgK-33/2005;

3.1 Sachverhalt

Im Wege einer Funktionalausschreibung vergab ein öffentlicher Auftraggeber Brückenbau-, Spezialtiefbau- und Erdarbeiten für die Errichtung von Brückenbauwerken im Zuge des Neubaus einer Entlastungsstraße. Nebenangebote waren zugelassen. Entsprechend übergab der Auftraggeber kein Leistungsverzeichnis, sondern legte lediglich die grundsätzlichen technisch-konstruktiven sowie sonstigen planerischen Randbedingungen fest. Diesen und den Konstruktionszeichnungen, die Bestandteil der Verdingungsunterlagen waren, konnten die Bieter grundsätzliche Bauwerksdaten wie Einzelstützweiten, Gesamtlänge zwischen den Endauflagern und Breite zwischen den Geländern der Brücken entnehmen. Die endgültigen Abmessungen sollten sich aus den Angeboten der Bieter auf Grund der jeweiligen statischen und konstruktiven Erfordernisse ergeben. Die Brücken sollten einschließlich aller Vor- und Nacharbeiten und statischer Berechnungen zum Pauschalpreis vergeben werden.

Ein Bieter rügt neben der Tatsache, dass er die Funktionalausschreibung für einen Verstoß gegen § 9 Nr. 6 VOB/A hielt, fehlende Mindestanforderungen für Nebenangebote. Dennoch teilte der Auftraggeber mit, dass er beabsichtige, den Zuschlag auf ein Nebenangebot eines Mitbieters zu erteilen. Hiergegen wandte sich der Bieter mit einem Nachprüfungsantrag und beanstandete, dass mangels Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen Nebenangebote nicht gewertet werden dürften.

3.2 Entscheidung

Die Kammer gibt dem Antragsteller Recht. Bezüglich der Frage der Mindestanforderungen verweist auch die VK Lüneburg zunächst darauf, „dass das Erfordernis (...) in der Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt wird“. Die VK vertrat die Auffassung, dass eine transparente und den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes genügende Wertung technischer Nebenangebote *„bereits dadurch gewährleistet ist, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in den Verdingungsunterlagen gemäß § 9 Abs. 1 VOB/A die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und gem. § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A alle für eine einwandfreie Preisermittlung relevanten Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben hat.“* Die damit zwingend vorgegebene Bekanntmachung und Definition von Eckpunkten des Auftragsgegenstands biete bereits eine hinreichende Grundlage für die Wertung von Nebenangeboten, zumal der Bieter verpflichtet sei, die Gleichwertigkeit der Nebenangebote nachzuweisen.

Zur hier vorliegenden **Sondersituation der Funktionalausschreibung** stellt die Vergabekammer fest, dass bereits die Hauptangebote einer Situation unterliegen, die sich sonst im Falle eines Amtsentwurfs für die dabei zugelassenen Nebenangebote ergibt. Bleibe damit also bereits offen, ob überhaupt Raum für die in der Ausschreibung zugelassenen Nebenangebote besteht, sei es jedenfalls unverzichtbar, dass Mindestbedingungen für die Wertung von Nebenangeboten formuliert würden: „Es

reicht insoweit nicht aus, dass die Auftraggeberin für die Nebenangebote auf die gleichen Vorbedingungen technischer und sonstiger Art verweist, die für das Hauptangebot gelten würden. Die Bieter dürfen angesichts der vorliegenden funktionalen Ausschreibung für etwaige Nebenangebote von der Auftraggeberin nicht auf das Gesamtkonzept der Ausschreibung verwiesen werden. Der rechtlich einwandfreie Weg (...) wäre es gewesen, einen Amtsentwurf vorzugeben und Nebenangebote zuzulassen, die u.a. den Randbedingungen des Planfeststellungsbeschlusses entsprechen müssen. Ohne jeden klärenden Zusatz sind die Anforderungen an die Nebenangebote im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung (...) nicht ausreichend klar bestimmbar, so dass die Ausschreibung (...) insoweit das Vergaberecht verletzt und das Nebenangebot der Beigeladenen nicht gewertet werden konnte.“

3.3 Diskussion

Eine Funktionalausschreibung mit einem Leistungsprogramm statt einem detaillierten Leistungsverzeichnis ist nach § 9 Nr. 15 VOB/A dann zulässig, wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von Nr. 11 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. Für den Bereich von Nebenangeboten stellt eine Funktionalausschreibung systematisch eine Einschränkung der Möglichkeiten dar. Bei einer Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis (§ 9 Nr. 11 ff. VOB/A) gibt der Auftraggeber detailliert vor, welche Bauleistung er nachfragt. Bieter haben die Möglichkeit, im Fall der Zulassung von Nebenangeboten alternative, wirtschaftlichere Konstruktionsmöglichkeiten in Form von Nebenangeboten anzubieten. Bei einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm gibt der Auftraggeber nur wichtige Eckpunkte vor, so dass bereits für die Einreichung von Hauptangeboten der Spielraum für die Ausgestaltung besteht, der im Fall einer Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis nur für potenzielle Nebenangebote verbleibt. Das Bedürfnis von Bietern, Nebenangebote einzureichen, ist damit tendenziell geringer, da sie ihre Kreativität bereits bei der Ausgestaltung des Hauptangebots einbringen können.

Die Frage der Mindestbedingungen stellt sich jedoch für beide Vergabearten. Der **EuGH hat in der „Traunfellner-Entscheidung“ nicht zwischen einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis und einer solchen mit Leistungsprogramm differenziert.** Daraus lässt sich entnehmen, dass die Anforderungen an Mindestbedingungen für beide Arten von Ausschreibungen gleichermaßen gelten. Insofern ist die Entscheidung der VK Lüneburg konsequent und richtig, auch für den Fall der Funktionalausschreibung darauf zu verweisen, dass sich der Auftraggeber nicht darauf beschränken darf, nur generell ein Gesamtkonzept für die gewünschte Bauleistung zu beschreiben, sondern dass er zusätzlich Mindestanforderungen explizit für Nebenangebote vorzugeben hat. Solche waren im vorliegenden Fall nicht be-

schrieben, so dass eine Wertung von Nebenangeboten europarechtswidrig gewesen wäre. Eine konkrete, positiv gefasste Anleitung für die Praxis gibt jedoch auch die VK Lüneburg nicht. Sie verweist im konkret entschiedenen Fall lediglich darauf, dass hier keine Funktionalausschreibung, sondern eine Vergabe über ein Leistungsverzeichnis durchzuführen gewesen wäre.

VII. Entscheidungen zur Frage inhaltlicher Anforderungen an vorzulegende Mindestbedingungen für Nebenangebote

1. Vergabekammer Thüringen vom 01.11.2004: Formblatt EVM(B)BwB/E reicht nicht aus

Der amtliche Leitsatz des Beschlusses¹⁰⁰⁴ lautet bezüglich der Frage der Mindestanforderungen für Nebenangebote:

„1. Fehlen Festlegungen zu den für Nebenangebote geltenden Kriterien, ist es der Vergabestelle untersagt, die Nebenangebote in die Wertung einzubeziehen“

1.1 Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber schrieb die Errichtung einer kombinierten Oberflächenabdichtung für eine Deponie im offenen Verfahren aus. Nebenangebote/Änderungsvorschläge waren zugelassen. Als Nachweise für die Beurteilung der Erfüllung der wirtschaftlichen und technischen Mindestanforderungen wurden Angaben gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 a – f VOB/A, darüber hinaus die Bescheinigung der Berufsgenossenschaft, der Krankenkasse, der Haftpflichtversicherung, des zuständigen Finanzamtes, der Handelskammer, Eintragung HRB, der Auszug aus Gewerberegister, Fachkunde Bergbau, Deponiebau, Umsätze der letzten drei Jahre und Referenzen verlangt. Die Bewerbungsbedingungen hatte die Vergabestelle aus dem Vergabehandbuch (EVM(B)BwB/E) übernommen. Ein unterlegener Bieter stellt Nachprüfungsantrag. Er ist der Überzeugung, die Nebenangebote der Beigeladenen hätten nicht gewertet werden dürfen, weil der Auftraggeber nicht ausreichend Mindestanforderungen vorgegeben habe.

1.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Thüringen gibt dem Antragsteller Recht. Die in den Bewerbungsbedingungen aus dem Vergabehandbuch – EVM(B)BwB/E – enthaltenen „Mindestanforderungen“ reichen demnach nicht aus. Weder in der Bekanntmachung, noch in den Verdingungsunterlagen seien über den Punkt 4 dieser Bewerbungsbedingungen hinaus Anforderungen an Nebenangebote und deren Wertung definiert worden. Damit fehle die einheitliche Wettbewerbsgrundlage. Es sei zum einen den

¹⁰⁰⁴ Az. 360-4002.20-033/04-MGN;

Bietern die Möglichkeit genommen, erfolgreiche Nebenangebote zu machen, die die Bedingungen der Vergabestelle erfüllen könnten und zum anderen habe es für die Vergabestelle somit keine einheitliche Vergleichsgrundlage für die Bewertung der Nebenangebote gegeben. Die Nebenangebote durften daher nicht gewertet werden.

1.3 Diskussion

Der Beschluss der Vergabekammer Thüringen entspricht im Ergebnis und in der Begründung den oben diskutierten Entscheidungen insbesondere des BayObLG¹⁰⁰⁵. Die VK gibt ergänzend in Form einer negativen Abgrenzung den weiterführenden Hinweis, dass die Verwendung der vorformulierten Standardbewerbungsbedingungen EVM(B)BwB/E aus dem Vergabehandbuch nicht ausreichen, um den Anforderungen des EuGH gerecht zu werden.

2. OLG Rostock vom 24.11.2004: Angabe von materiellen Mindestanforderungen erforderlich; VHB-Formblätter reichen nicht aus

Im Leitsatz lautet die Entscheidung¹⁰⁰⁶:

1. Nebenangebote – auch wenn sie zugelassen sind – dürfen nicht gewertet werden, wenn die Vergabestelle keine Zuschlagskriterien für eine Wertung mitteilt.
2. Die Vergabestelle muss in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen erläutern, die etwaige Nebenangebote oder Änderungsvorschläge erfüllen müssen.
3. Auch die in den derzeitigen Vergabehandbüchern der öffentlichen Auftraggeber enthaltenen Formblätter für die Einreichung von Nebenangeboten stellen regelmäßig solche Anforderungen nicht dar. Aus ihnen ergibt sich nämlich nicht, welchen materiellen Mindestanforderungen die Nebenangebote genügen müssen.
4. Auch auf die Anforderungen, welche das Leistungsverzeichnis aufstellt, kann nicht zurückgegriffen werden. Das Leistungsverzeichnis befasst sich nur mit den Anforderungen, welche an das Hauptangebot gestellt werden.

2.1 Sachverhalt

Die Vergabestelle hatte europaweit Druckluft- und Reinstgasanlagen für das Universitätsklinikum Rostock ausgeschrieben. Nebenangebote waren zugelassen. Mindestanforderungen hatte sie nicht ausdrücklich vorgegeben. Die Vergabestelle hatte lediglich die standardmäßigen Bewerbungsbedingungen in Form von Formblatt EVM(B) BwB/E 212 aus dem Vergabehandbuch in die Verdingungsunterlagen aufgenommen.

¹⁰⁰⁵ Vgl. oben II 1;

¹⁰⁰⁶ 17 Verg 6/04; IBR 2005, 107;

2.2 Entscheidung

Das OLG beurteilte den Zuschlag auf ein von einem Bieter eingereichten Nebenangebot als rechtsfehlerhaft, da in den Verdingungsunterlagen entgegen der Regelungen in der BKR und der darauf basierenden „Traunfellner-Entscheidung“ keine Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgegeben waren. Das OLG Rostock vertritt die Auffassung, dass auch die in dem Formblatt EVM (B) BwB/E 212 enthaltenen Bedingungen für die Einreichung von Nebenangeboten nicht ausreichen. Das Formblatt enthalte nur formelle Kriterien. *„Welchen materiellen Mindestanforderungen sie genügen müssen, lässt sich dem Formblatt (...) nicht entnehmen. Ohne solche materiellen Mindestanforderungen wird die Ausschreibung der Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll, der bei jedem von der Richtlinie erfassten Vergabeverfahren für Aufträge einzuhalten ist, nicht gerecht.“*

Des Weiteren reiche nicht die Baubeschreibung in den Vergabeunterlagen, wonach etwa ein bestimmter Reinheitsgrad gefordert wurde, *„da es sich insoweit um die Anforderungen für das Hauptangebot handelt. Es kann nicht auf Anforderungen zurückgegriffen werden, welche das Leistungsverzeichnis aufstellt. Das Leistungsverzeichnis befasst sich nur mit den Anforderungen, welche an das Hauptangebot gestellt werden. Sinn des Nebenangebots ist es aber, eine vom Hauptangebot abweichende Lösung vorzuschlagen.“*

2.3 Diskussion

Die Entscheidung bestätigt den zuvor diskutierten Beschluss des BayObLG.¹⁰⁰⁷ Als Kerngehalt bleibt festzuhalten: Das OLG Rostock unterstreicht, dass es die EuGH-Entscheidung dahingehend interpretiert, dass nicht nur formelle, sondern auch materielle, also inhaltliche Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen stehen müssen. Dafür reichen nach eindeutiger Begründung des OLG auch die Formblätter aus den Vergabehandbüchern, insbesondere Formblatt EVM (B) BwB/E 212, nicht aus. Ferner sind nach Ansicht des OLG Rostock die Elemente der Baubeschreibung im Hauptleistungsverzeichnis in den Verdingungsunterlagen strikt von der Vorgabe von – davon notwendig separaten – Mindestanforderungen für Nebenangebote zu trennen.

3. Vergabekammer Bund vom 14.12.2004: Verweis auf Konstruktionsprinzipien aus dem Hauptleistungsverzeichnis reicht aus

Die 2. Vergabekammer des Bundes hatte im amtlichen Leitsatz entschieden:¹⁰⁰⁸

1. *Fordert die Vergabestelle in ihren den Anschreiben an die Bieter beiliegenden ‚Bewerbungsbedingungen Bauleistungen‘, dass ein Nebenange-*

¹⁰⁰⁷ Vgl. oben II 1;

¹⁰⁰⁸ Beschluss vom 14.12.2005, VK 2-208/04;

bot den Konstruktionsprinzipien und den vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen muss, so werden damit hinreichende Mindestanforderungen an Nebenangebote im Sinne der Rechtsprechung des EuGH aufgestellt.

2. *Anderenfalls bliebe die Kreativität eines Bieters, über ein Nebenangebot ein anderes (günstigeres) Verfahren oder andere Teile vorzuschlagen, auf der Strecke; innovative Vorschläge könnten mithin nicht berücksichtigt werden. Dies ist aber gerade der Sinn der Zulassung von Nebenangeboten.*

3.1 Sachverhalt

Die Vergabestelle hatte europaweit im Verhandlungsverfahren die Grundinstandsetzung des Hauptbahnhofs in Halle nach vorheriger Vergabebekanntmachung ausgeschrieben. Im Anschreiben an die Bieter verwies die Vergabestelle auf die beiliegenden Bewerbungsbedingungen „Bauleistungen“. Darin war neben formellen Anforderungen unter Punkt 4.4 vorgegeben: *„Der Änderungsvorschlag/das Nebenangebot muss den Konstruktionsprinzipien und den vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen.“* Weitere Vorgaben waren nicht gemacht. Die Vergabestelle beabsichtigt, den Zuschlag auf ein Nebenangebot zu erteilen. Ein Bieter, dessen Angebot in diesem Fall unterliegen würde, stellt Nachprüfungsantrag und beanstandet, dass die Nebenangebote nicht gewertet werden dürften, nachdem die Mindestanforderungen nicht ausreichend vorgegeben worden seien.

3.2 Entscheidung

Die VK Bund entschied, dass die Vergabestelle zu Recht die Nebenangebote berücksichtigt habe. Zwar wies die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag bereits als unzulässig zurück, weil der Antragsteller selbst ein formfehlerhaftes Angebot eingereicht hatte. Die VK Bund nützte die Gelegenheit jedoch, auch zur Sache an sich zu entscheiden und damit zu der Problematik der Mindestanforderungen Stellung zu nehmen.

Zunächst verweist die VK Bund auf die Kernaussagen des „Traunfellner-Urteils“, wonach Nebenangebote nur wertbar seien, wenn sie die Mindestanforderungen erfüllen, die der Auftraggeber aufgestellt hat. Die Vergabekammer bestätigt auch, dass der Auftraggeber diese Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen zu erläutern hat und „eine Verweisung auf eine nationale Rechtsvorschrift, die zudem keine weiteren Kriterien für eine qualitative Vergleichbarkeit enthält“, diese Verpflichtung nicht erfülle.

Hier sei der Auftraggeber den Anforderungen des § 19 Baukoordinierungsrichtlinie nachgekommen, indem er **Kriterien zur Vergleichbarkeit von Nebenangeboten** in ihren „Bewerbungsbedingungen Bauleistungen“ ausgeführt habe. Aus Sicht der Ver-

gabekammer ist dies ausreichend, wenn der Auftraggeber fordert, dass ein Nebenangebot den Konstruktionsprinzipien und den vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen muss. Weiter gehende Anforderungen an Mindestbedingungen sind nach Überzeugung der 2. Vergabekammer des Bundes aus der Rechtsprechung nicht herleitbar.

Die VK Bund begründet ihre Ansicht wie folgt: *„Sinn eines Nebenangebots ist es, eine vom Hauptangebot abweichende Lösung vorzuschlagen. Damit sollen im Vergabeverfahren innovative Vorschläge berücksichtigt werden können, über welche die Vergabestelle zum Zeitpunkt der Ausschreibung naturgemäß keine weitergehenden Vorstellungen hat. Eine weitergehende Aufnahme von technischen Mindestanforderungen beispielsweise für einzelne Bestandteile des Leistungsverzeichnisses würde den Auftraggeber, der schließlich bereits ein bestimmtes Planungskonzept aufgestellt hat, überfordern. Es bleibt ihm hinsichtlich der Festlegung von Mindestbedingungen für Nebenangebote nur die Möglichkeit, die Gleichwertigkeit mit den allgemeinen Planungsvorgaben und Konstruktionsprinzipien festzuschreiben. Andernfalls bliebe die Kreativität eines Bieters, über ein Nebenangebot ein anderes (günstigeres) Verfahren oder Teile vorzuschlagen, auf der Strecke.“*

Diese Auffassung steht nach Auffassung der VK Bund auch nicht im Widerspruch etwa zu der Entscheidung des BayObLG¹⁰⁰⁹. In dem dort entschiedenen Fall hätten die Ausschreibungsbedingungen lediglich den Wortlaut des § 21 Nr. 2 VOB/A wiederholt, im Übrigen seien keine weiteren Mindestanforderungen aufgestellt worden. Die Gleichwertigkeit des Angebots bei einer Abweichung von den vorgesehenen technischen Spezifikationen im Sinne von § 21 Nr. 2 VOB/A führe aber bereits dazu, dass das Angebot gemäß § 25 Nr. 4 VOB/A wie ein Hauptangebot zu werten wäre, da es sich „insoweit nicht um ein Nebenangebot“ handle.¹⁰¹⁰

3.3 Diskussion

Als „vermittelnde Ansicht“ wird die Entscheidung der VK Bund in der Literatur gelobt.¹⁰¹¹ Tatsächlich geht die Begründung der Vergabekammer hier zunächst mit der Vorgabe des EuGH konform, dass der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen Mindestanforderungen vorzugeben hat, denen potenzielle Nebenangebote genügen müssen, die über einen bloßen Verweis auf eine nationale Vorschrift hinaus gehen müssen. Diese Verpflichtung versucht die VK Bund im Folgenden zu konkretisieren und zugleich zu relativieren, indem sie es ausreichen lässt, wenn der Auftraggeber positiv Kriterien zur Vergleichbarkeit der (Haupt- und Neben-)Angebote vorgibt.

¹⁰⁰⁹ Gemeint ist der oben vorgestellte und diskutierte Beschluss vom 22.06.2004, Verg 13/04, vgl. II 1;

¹⁰¹⁰ Die VK Bund verweist hier auf *Kratzenberg* in Ingenstau/Korbion, 15. Aufl., § 25 VOB/A, Rdn. 27;

¹⁰¹¹ *Müller-Stoy* in: IBR 2005, 168;

Die VK Bund erläutert in der Begründung die Teleologie ihrer Entscheidung: Kreativität und Innovation sollen durch übersteigerte Anforderungen an die Vorgabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote nicht mehr als nötig beschränkt werden. Wenngleich die Intention durchaus aus Sicht der Wettbewerbsbeteiligten zu begrüßen sein mag, muss sich die Auslegung der Vergabekammer vorliegend dennoch auch Kritik gefallen lassen. Der Leitsatz des „Traunfellner-Urteils“ weist ausdrücklich darauf hin, dass es nicht ausreicht, wenn die Verdingungsunterlagen lediglich auf eine nationale Rechtsvorschrift verweisen, die das Kriterium aufstellt, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung wie derjenigen sichergestellt ist, die Gegenstand der Ausschreibung ist. Es lässt sich durchaus die Ansicht vertreten, dass die Mindestbedingungen des Auftraggebers hier nicht den EuGH-Forderungen genügen. Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber vorgegeben: *„Der Änderungsvorschlag/das Nebenangebot muss den Konstruktionsprinzipien und den vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen.“* Dies kann letztlich ebenso ausgelegt werden als nur eine wenig detailliertere Umschreibung und Konkretisierung der Forderung nach Gleichwertigkeit der Nebenangebote mit dem Hauptangebot. Einziger Unterschied ist, dass die Forderung nach Gleichwertigkeit nicht mit Hilfe eines Verweises auf eine nationale Rechtsvorschrift erfolgt, sondern mit anderen Worten in den Verdingungsunterlagen wiederholt wird. Das heißt: Die Antwort auf die Frage, ob die Mindestbedingungen hier ausreichen, hängt von der Interpretation der EuGH-Entscheidung ab. Wollte sie lediglich Fälle ausschließen, in denen lapidar auf eine nationale Vorschrift verwiesen wird, in der Gleichwertigkeit gefordert wird, entspricht der Beschluss der VK Bund dem. Die Hürde des EuGH, dass nicht nur auf eine Rechtsvorschrift verwiesen werden darf, ist durch eine positive Nennung von Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen übersprungen.

In Ziffer 29 des „Traunfellner-Urteils“ fordert der EuGH jedoch ausdrücklich eine Erläuterung der Mindestanforderungen, um die erforderliche Transparenz im Wettbewerb zu gewährleisten. Es bleibt zu diskutieren, wo die Schwelle des „Erläuterns“ liegt und inwiefern die hier vorgegebenen Bedingungen bereits für eine „Erläuterung“ ausreichen. Kritisch bleibt anzumerken, dass die Mindestanforderungen hier kaum geeignet sein dürften, mehr Transparenz für die Bieter zu eröffnen als die nur wenig pauschalere Forderung nach Gleichwertigkeit von Haupt- und Nebenangeboten. Der Auslegungsspielraum ist in beiden Varianten letztlich der gleiche. Konsequenter müsste man dann auch Verdingungsunterlagen als hinreichend werten, die als Mindestbedingungen lediglich ausdrücklich fordern, dass die Nebenangebote gleichwertig mit dem Hauptangebot zu sein haben.

4. OLG Düsseldorf vom 07.01.2005: Angabe von anzuwendenden Richtlinien und Erlassen in der Leistungsbeschreibung reicht aus

Im Leitsatz nimmt die Entscheidung¹⁰¹² zur Frage der Mindestanforderungen wie folgt Stellung:

„Kriterien für Nebenangebote sind ausreichend bekannt gemacht, wenn in der Leistungsbeschreibung eingehend auf anzuwendende Richtlinien und Erlasse verwiesen wird.“

4.1 Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber schrieb Bauarbeiten für den sechsstreifigen Ausbau eines Teilstücks der Autobahn A 4 aus. Alternativ zum Liefern und Einbauen grobkörnigen Bodens nach ZTVE-StB gemäß dem Hauptleistungsverzeichnis bot ein Bewerber stattdessen „industrielle Nebenprodukte“ in Form von Steinkohlenflugasche und Müllverbrennungsasche an. In den Verdingungsunterlagen hatte der Auftraggeber derartige Materialien zugelassen. Allgemein hatte er Kriterien für die Angebotsbewertung vorgegeben, darunter unter „weitere Kriterien“: „Nebenangebote mit Recycling-Baustoffen, mineralischen Stoffen aus industriellen Prozessen (industrielle Nebenprodukte) und Hausmüllverbrennungsaschen waren zugelassen *unter Beachtung der in der Baubeschreibung vorgegebenen Randbedingungen.*“ (Hervorhebg. dch. d. Verf.). In der Baubeschreibung wiederum, die grundsätzlich für Haupt- und Nebenangebote gleichermaßen galt, war vorgegeben, dass beim Einsatz von Recycling-Material, von industriellen Nebenprodukten und von Hausmüllverbrennungsasche jeweils genau bezeichnete Erlasse des nordrheinwestfälischen Wirtschaftsministeriums zu beachten waren.

Die Vergabestelle beabsichtigte, auf das Nebenangebot den Zuschlag zu erteilen, das den Einsatz der alternativen Materialien vorsah. Ein dann unterliegender Bieter stellte Nachprüfungsantrag. Er bemängelte, dass der Auftraggeber den EuGH-Anforderungen nicht gerecht geworden sei, da er bezüglich der Mindestbedingungen für Nebenangebote lediglich auf ministerielle Erlasse und damit auf nationale Rechtsvorschriften verwiesen habe, was der EuGH im „Traunfellner-Urteil“ gerade untersagt habe. Die zuständige Vergabekammer hatte den Antrag zurückgewiesen. Der Antragsteller legte sofortige Beschwerde dagegen ein.

4.2 Entscheidung

Das OLG Düsseldorf bestätigte die Rechtsansicht der Vergabekammer. Die Verdingungsunterlagen haben im vorliegenden Fall nach Ansicht des Gerichts den Anforderungen des EuGH genügt. Die Baubeschreibung habe Bezug genommen auf ministerielle Erlasse. Ferner hätten die Alternativprodukte bestimmte, genau bezeichnete

¹⁰¹² Beschluss vom 07.01.2005, Verg 106/04;

bautechnische Anforderungen erfüllen müssen. Die Folge: *„All jene Angaben ermöglichen den (fachkundigen) Bietern in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen, die ihre Nebenangebote erfüllen mussten, um von der Antragsgegnerin berücksichtigt werden zu können.“* Die Baubeschreibung habe keineswegs nur das Haupt- sondern auch die potenziellen Nebenangebote betroffen. Die Bezugnahme auf die Baubeschreibung habe keinen bloßen Standardverweis auf immer zu beachtende Rechtsvorschriften enthalten. Die danach zu beachtenden Anordnungen in den ministeriellen Erlassen seien mit Blick auf das anzubahnende Vertragsverhältnis „keine ohne Weiteres geltenden Regelungen“ gewesen.

Materielle Adressaten der Erlasse seien zunächst nur die nachgeordneten Landesbehörden bzw. öffentlichen Baulastträger, nicht aber private Bieter, für die die rechtliche Verbindlichkeit vertraglich konstruiert werden müsse. Insoweit entsprachen die Verdingungsunterlagen im streitgegenständlichen Fall nach Überzeugung des OLG Düsseldorf den Vorgaben des EuGH und der Baukoordinierungsrichtlinie: *„Gegenstand der EuGH-Entscheidung war eine Verweisung der Verdingungsunterlagen auf (ein österreichisches Bundesgesetz), wo nur ganz allgemeine, nicht auf den konkreten Beschaffungsvorgang bezogene Anforderungen an die Zulässigkeit eines Alternativangebots normiert waren. Um derartig abstrakte, nicht auf einen konkreten Beschaffungsvorgang bezogene und somit für die konkrete Ausgestaltung eines Nebenangebots ‚inhaltsleere‘ Bestimmungen geht es hier nicht.“*

4.3 Diskussion

Das OLG Düsseldorf versucht ebenso wie die VK Bund,¹⁰¹³ die EuGH-Vorgaben so umzusetzen, dass zwar formell den europäischen Vorgaben genügt ist, die Auswirkungen auf die nationale Systematik jedoch zugleich so gering wie möglich gehalten und die Freiheit für Nebenangebote so groß wie möglich ausgestaltet ist. Das OLG stellt richtig wesentlich auf zwei Aspekte des „Traunfellner-Urteils“ ab:

Zum einen hatte dieses einen pauschalen Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift verboten, die das Kriterium aufstellt, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung wie derjenigen sichergestellt ist, die Gegenstand der Ausschreibung ist. Dies ist hier tatsächlich nicht der Fall: Die ministeriellen Erlasse, auf die hier in den Verdingungsunterlagen Bezug genommen wurde, sind nicht allgemeinverbindlich, sondern stellen letztlich verwaltungsinterne Dienstanweisungen dar, da sie sich nach Feststellung des OLG Düsseldorf unmittelbar nur an öffentliche Baulastträger und untergeordnete Dienststellen richtet. Insofern ist bereits die Einordnung als „nationale Rechtsvorschrift“ in Frage zu stellen. Darüber hinaus enthielten die ministeriellen Erlasse – anders als § 42 des österreichischen Bundesvergabegesetzes – nicht (nur) die pauschale Anforderung, dass

¹⁰¹³ Vgl. oben 3;

Nebenangebote mit dem Amtsentwurf qualitativ gleichwertig sein müssen, sondern gaben – positiv – konkret Parameter vor, die Alternativbaustoffe zu erfüllen haben. Eine solche Bezugnahme hatte der EuGH nicht konkret beanstandet.

Zum anderen verweist das OLG Düsseldorf darauf, dass das „Traunfellner-Urteil“ konkret gefordert hatte, dass die Ausschreibung so zu gestalten sei, dass alle Bieter im Interesse der Gleichbehandlung in gleicher Weise Kenntnis von den Mindestanforderungen, die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssen, erlangen können.¹⁰¹⁴ Auch diese Anforderung hält das OLG – gut vertretbar – für erfüllt. Nicht ausdrücklich geht das OLG auf eine weitere Forderung ein, die der EuGH in der „Traunfellner-Entscheidung“ aufgestellt hatte. Demnach kann nur eine Erläuterung der Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen die erforderliche Transparenz und Gleichbehandlung aller Bieter sichern. Die Baubeschreibung und die darin in Bezug genommenen ministeriellen Erlasse stellen aber eine konkrete Erläuterung von ausdrücklichen Kriterien dar, die die Nebenangebote erfüllen mussten.

Dass die Baubeschreibung grundsätzlich zunächst für Haupt- und Nebenangebote gleichermaßen gilt, hat das OLG nicht näher besprochen. Diese Forderung, die unter anderem das BayObLG aufgestellt hatte, wonach Mindestanforderungen ohne Bezugnahme auf die im Hauptleistungsverzeichnis beschriebene Leistung ausschließlich für Nebenangebote vorgegeben werden müssten, findet zunächst bereits im „Traunfellner-Urteil“ so keine hinreichende Grundlage. Wollte man dieser Auffassung folgen, würde die Ausschreibung dennoch den europarechtlichen Vorgaben genügen. In Ziff. 9 enthält die Baubeschreibung: „9. Maßgebende Kriterien für die Angebotswertung (...) Weitere Kriterien: Nebenangebote mit Recycling-Baustoffen, mineralischen Stoffen aus industriellen Prozessen (...) und Hausmüllverbrennungsrückständen sind zugelassen unter Beachtung der in der Baubeschreibung vorgegebenen Randbedingungen“. Damit nimmt die Baubeschreibung bezüglich der Mindestanforderungen für Nebenangebote zwar Bezug auf die für die Hauptleistung vorgegebenen Randbedingungen. Nachdem das Hauptleistungsverzeichnis jedoch keinen Einsatz von Recycling- und anderen Alternativmaterialien enthielt, ist faktisch jedenfalls die Bezugnahme ausschließlich für Nebenangebote gültig.

5. Vergabekammer Nordbayern vom 18.01.2005: „Alle erforderlichen Leistungen für einwandfreie Ausführung“ reicht nicht aus

Der öffentliche Auftraggeber hatte im konkreten Fall unter Ziffer II.1.10 seiner Vergabebekanntmachung angekündigt, dass Nebenangebote berücksichtigt werden sollen. In Ziffer 11.4 der Bewerbungsbedingungen forderte er: „Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.“ Diese Formulierung ist nach Auffassung der VK Nordbayern¹⁰¹⁵ nicht

¹⁰¹⁴ Vgl. Ziffer 29 des „Traunfellner-Urteils“;

¹⁰¹⁵ Beschluss vom 18.01.2005, 320.VK-3194-54/04;

ausreichend, um den Anforderungen des EuGH aus dem „Traunfellner-Urteil“ zu genügen. Diese allgemeine Forderung sei keine konkrete Vorgabe im Sinne von Art. 19 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie, welchen Mindestbedingungen die Nebenangebote entsprechen müssten.

6. Vergabekammer Bund vom 27.01.2005: Auftraggeber muss Mindestanforderungen für Nebenangebote erläutern

Die VK Bund¹⁰¹⁶ geht in dieser Entscheidung nicht näher auf die Frage ein, inwieweit ein öffentlicher Auftraggeber Mindestanforderungen vorzugeben hat. Die Kammer beschränkt sich auf die Feststellung, dass der Auftraggeber gemäß der EuGH-Rechtsprechung in den Verdingungsunterlagen Mindestanforderungen zu erläutern hat, die die von den Bietern eingereichten Nebenangebote zu erfüllen haben. Sie verweist dabei auf die Traunfellner-Entscheidung des EuGH und schließt sich bezüglich der nationalen Umsetzung der Auslegung des BayObLG¹⁰¹⁷ und des OLG Rostock¹⁰¹⁸ an.

7. OLG Schleswig vom 05.04.2005: Bloße Wiederholung von Rechtsvorschriften nicht erforderlich

Der amtliche Leitsatz in den relevanten Auszügen lautet:¹⁰¹⁹

„3. Ein öffentlicher Auftraggeber hat nach Art. 19 Abs. 2 Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die zugelassene Änderungsvorschläge erfüllen müssen. Ein ganz allgemein gehaltener Hinweis auf nationale Rechtsvorschriften, die eine – gegenüber der ausgeschriebenen Leistung – qualitativ gleichwertige Leistung fordern, genügt nicht.

*4. Soweit für die Gewinnung, Aufbereitung und Wiederverwertung von (pechhaltigen) Ausbaustoffen abfall-, immissionsschutz-, bodenschutz- oder arbeitsschutzrechtliche **gesetzliche Bestimmungen bzw. Rechtsverordnungen** gelten (...), **bedarf es deren Angabe (Wiederholung) als „Mindestbedingungen“ in den Ausschreibungsunterlagen nicht.** Der Auftraggeber ist **auch nicht** gehalten, die **aus allgemein geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften abzuleitenden Prozess- oder Produktanforderungen** in der Ausschreibung **zu benennen.***

7.1 Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb mehrere Bauabschnitte für einen Straßenausbau in Schleswig-Holstein im offenen Verfahren aus. Ein Bestandteil der abgefragten

¹⁰¹⁶ Beschluss vom 27.01.2005, VK 1-255/04;

¹⁰¹⁷ Beschluss vom 22.06.2004, Verg 13/04; vgl. oben II 1;

¹⁰¹⁸ Beschluss vom 24.11.2004, 17 Verg 6/04; vgl. oben 2;

¹⁰¹⁹ Beschluss vom 05.04.2005, 6 Verg 1/05;

Leistung ist der Abtransport von schadstoffbelastetem Material aus dem auszubauenden Volumen. Die Vergabeunterlagen sahen vor, dieses Material ohne Zwischenlagerung auf einen Deponieplatz zu verbringen. Der Auftraggeber erklärte in den Bewerbungsbedingungen Nebenangebote „über eine kostengünstigere oder umweltverträglichere Vermeidung, Wiederverwendung, Wiederverwertung oder Beseitigung von Abfällen“ als „ausdrücklich erwünscht“.

7.2 Entscheidung

Der Vergabesenat verweist zunächst auf die Kernaussage des EuGH: Es reicht danach nicht aus, wenn der öffentliche Auftraggeber allgemein nur auf nationale Rechtsvorschriften hinweist, die zum Inhalt haben, dass die vom Nebenangebot umfasste Leistung mit dem Hauptangebot qualitativ gleichwertig ist.

Das OLG Schleswig vertrat weiter die Auffassung, dass die Ausschreibungsunterlagen vorliegend den Anforderungen der europarechtlichen Vorschriften genüge. Die Vergabeunterlagen enthielten „nicht nur abstrakte und inhaltsleere Bestimmungen“. Sowohl in den allgemeinen Wertungskriterien („Preis, Betriebs- und Folgekosten“) als auch in den speziellen Kriterien für den Fall des Angebots einer Wiederverwertung von „Abfällen“ würden Mindestanforderungen genannt, die sich z.T. auf das (mögliche) Angebot der Beseitigung in einer anderen Anlage, z.T. auf die Wiederverwertung bezögen. Weitere ausführliche Vorgaben zur Güteüberwachung von Ausbauphosphat seien den Technischen Vertragsbedingungen zu entnehmen, die der Leistungsbeschreibung beigefügt gewesen seien.

Soweit für die Gewinnung, Aufbereitung und Wiederverwertung von (pechhaltigen) Ausbaustoffen abfall-, immissionsschutz-, bodenschutz- oder arbeitsschutzrechtliche gesetzliche Bestimmungen bzw. Rechtsverordnungen gelten (etwa KrW-/AbfG, BImSchG, BBodSchG, berufsgenossenschaftliche Regelungen, bedürfe es deren Angabe (Wiederholung) als „Mindestbedingungen“ in den Ausschreibungsunterlagen nicht. Der Auftraggeber sei auch nicht gehalten, die aus allgemein geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften abzuleitenden Prozess- und Produkthanforderungen in der Ausschreibung zu benennen.¹⁰²⁰

7.3 Diskussion

Aus der Entscheidung lässt sich nicht positiv entnehmen, in welcher Weise und in welchem Umfang der Auftraggeber Mindestanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen vorzugeben hat. Insoweit hilft der Beschluss des OLG Schleswig bei der Interpretation der „Traunfellner-Entscheidung“ nicht weiter. In negativer Hinsicht stellt die Entscheidung jedoch klar, dass die Vorgabe von Mindestanforderungen auch nicht überspannt werden darf: Würde sich die Vorgabe nur in einer bloßen Wieder-

¹⁰²⁰ Unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.01.2005, Verg 106/04; vgl. oben 4;

gabe von Rechtsvorschriften erschöpfen, würde dies letztlich kein Mehr an Information bedeuten, als dies auch ohne solche „Mindestanforderungen“ gegeben ist: Allgemein gültige Vorgaben, die Vorschriften und Beschränkungen für bestimmte Anlagen, Materialien und Leistungen regeln, haben allgemein bekannt zu sein und sind per se zu befolgen. Insoweit stellen sie auf den konkreten Auftrag bezogen keine besonderen, über die allgemein ohnehin gültigen Vorschriften hinaus gehenden, Mindestbedingungen dar.

8. Vergabekammer Bund vom 13.04.2005: „Mindestmaß inhaltlicher Vorgaben“ erforderlich

Amtlicher Leitsatz im Auszug:¹⁰²¹

„2. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (...) sind Nebenangebote nur wertbar, wenn der Auftraggeber Mindestanforderungen aufgestellt hat und diese durch das Angebot erfüllt werden. Die Erläuterung in den Verdingungsunterlagen soll es den Bietern ermöglichen, in gleicher Weise von den Mindestanforderungen Kenntnis zu nehmen, und dient damit dem Transparenzgrundsatz, der die Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes gewährleistet. Der Transparenzgrundsatz erfordert, dass die Verdingungsunterlagen ein Mindestmaß inhaltlicher Vorgaben, denen die Nebenangebote genügen müssen, enthalten.“

Die 3. Vergabekammer des Bundes weist lediglich darauf hin, dass der Auftraggeber „ein Mindestmaß inhaltlicher Vorgaben“ für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen festhalten muss. Diese Aussage lässt sich dahingehend interpretieren, dass ein bloßer Verweis auf „Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot“ dem nicht genügen dürfte, da die VK Bund „inhaltliche Vorgaben“ fordert.

9. Vergabekammer Lüneburg vom 19.04.2005: § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A und allgemeine technische Normen reichen als Mindestbedingungen aus

Amtlicher Leitsatz im Auszug:¹⁰²²

„2. Eine transparente und den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes genügende Wertung technischer Nebenangebote wird bereits dadurch gewährleistet, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, in den Verdingungsunterlagen gem. § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und gem. § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A alle für eine einwandfreie Preisermittlung relevanten Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben hat.“

¹⁰²¹ Beschluss vom 13.04.2005, VK 3-22/05

¹⁰²² Beschluss vom 19.04.2005, VgK-11/2005;

Nicht amtliche Ergänzung des Leitsatzes durch den Verfasser:

„Einer separaten Festlegung von technischen Mindestbedingungen für Nebenangebote bedarf es nicht, wenn die Anforderungen bereits durch allgemeine technische Normen belegt sind.“

9.1 Sachverhalt

Gegenstand des Vergabeverfahrens war die Grunderneuerung der Autobahn A 395 in einem Teilbereich. Der öffentliche Auftraggeber schrieb die Leistungen im Wesentlichen für Erd- und Straßenbau sowie für Entwässerungsarbeiten aus. Acht Bieter beteiligten sich mit acht Hauptangeboten und 87 Nebenangeboten an der Ausschreibung. Das Nebenangebot mit dem höchsten Einsparpotenzial von rund 36.000 EUR bei einem Bruttoauftragswert von rund 6,5 Mio. EUR wertete der Auftraggeber nicht. Er begründete dies mit fehlender Gleichwertigkeit und nicht ausreichender Beschreibung der Leistung sowie damit, dass wegen nicht ausreichender Mindestanforderungen in den Vergabeunterlagen Nebenangebote nicht gewertet werden hätten dürfen.

9.2 Entscheidung

Die VK Lüneburg stellt ausdrücklich klar, dass sie das vom BayObLG¹⁰²³ statuierte restriktive Erfordernis der Definition und Bekanntmachung von technischen Mindestanforderungen als zwingende Voraussetzung für die Wertung von Nebenangeboten nicht teilt: *„Die Vergabekammer vertritt die Auffassung, dass eine transparente und den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes genügende Wertung technischer Nebenangebote bereits dadurch gewährleistet wird, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in den Verdingungsunterlagen gem. § 9 Abs. 1 VOB/A die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und gem. § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A alle für eine einwandfreie Preisermittlung relevanten Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben hat. Die damit zwingend vorgegebene Bekanntmachung und Definition von Eckpunkten des Auftragsgegenstandes bietet bereits eine hinreichende Grundlage für die Wertung von Nebenangeboten, zumal der Bieter nach inzwischen einhelliger Rechtsprechung verpflichtet ist, die Gleichwertigkeit seiner Nebenangebote nachzuweisen.“* Im vorliegenden Fall existierten für den ausgeschriebenen Auftrag „zahlreiche detaillierte technische Normen der Straßenbauverwaltung“. Mit dem OLG Schleswig¹⁰²⁴ gehe die Vergabekammer *„davon aus, dass es jedenfalls einer separaten Festlegung von technischen Mindestbedingungen nicht bedarf, wenn die Anforderungen bereits durch technische Normen belegt sind.“*

¹⁰²³ Vgl. oben II 1;

¹⁰²⁴ Beschluss vom 15.02.2005, 6 Verg 6/04;

10. VK Bund vom 25.04.2005: Mindestanforderungen nur erforderlich, wenn nicht hinreichend aus Kontext der Verdingungsunterlagen bestimmbar

Die Entscheidung¹⁰²⁵ kann hinsichtlich ihrer Aussage zur Frage der Mindestanforderungen für Nebenangebote wie folgt zusammengefasst werden:

„Die Angabe von gesonderten Mindestbedingungen ist nur dort erforderlich, wo Nebenangebote eine Anforderung betreffen, die nicht schon aus dem Kontext der Verdingungsunterlagen heraus klar bestimmbar ist.“

10.1 Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber hatte für zwei Abfertigungsgebäude im offenen Verfahren den Einbau von Elementwänden, Türen und Schaltanlagen ausgeschrieben. Nebenangebote waren zugelassen. In den „Bedingungen für die Vergabe von Bauleistungen – einheitliche Fassung September 2002“ heißt es unter Ziffer 4: „Der Bieter hat die in Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben; die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten. *Nebenangebote und Änderungsvorschläge müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.*“ Im Übrigen waren die im Amtsentwurf nachgefragten Zargen, Schränke etc. detailliert beschrieben. Mit seinem Hauptangebot reichte ein Bieter ein Nebenangebot ein, das andere Türzargen, Türbänder, Trennwandraster und Thekenabdeckungen vorsah. Die Vergabestelle schloss das Nebenangebot aus, weil sie der Überzeugung war, dass sie selbst die Mindestanforderungen für Nebenangebote nicht ausreichend in den Verdingungsunterlagen beschrieben hatte.

10.2 Entscheidung

Die 2. Vergabekammer des Bundes sah dies anders: Sie verpflichtete den Auftraggeber zur Wertung des Nebenangebots. Die Vorgaben zu den Mindestanforderungen reichten ihr aus. Nach Überzeugung der Kammer ergibt sich aus der „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH lediglich, dass Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie nicht eingehalten ist, wenn die Verdingungsunterlagen nur auf eine nationale Rechtsvorschrift verweisen. Das bedeute, dass es jedenfalls nicht zulässig sei, in den Ausschreibungsunterlagen lediglich formelle, „inhaltsleere“ Anforderungen an Nebenangebote ohne Bezug auf den konkreten Beschaffungsvorgang vorzuschreiben. Aus Art. 19 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie sei aber nicht abzuleiten, *„dass bei jedem Beschaffungsvorgang stets gesonderte Anforderungen an die Zulässigkeit eines Nebenangebots normiert werden müssten.“* Weiter entschied die Kammer: *„Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich in der Regel schon aus der jeweiligen*

¹⁰²⁵ Beschluss vom 25.04.2005, VK 2-21/05;

Leistungs- oder Baubeschreibung ergibt, welche Mindestanforderungen sich an das Hauptangebot und damit auch an ein etwaiges Nebenangebot richtet.“

Dies leitete die 2. Vergabekammer des Bundes aus der Systematik her: *„Wäre auch bei klar im Leistungsverzeichnis definierten Aufgaben und Vorgaben eine Festlegung von Mindestanforderungen geboten, würde dies – im Falle einer allgemeinen Zulassung von Nebenangeboten (...) – bei nahezu jeder Leistungsposition die Hinzufügung solcher Anforderungen bedingen. Dies wäre nicht nur kaum leistbar, sondern im Hinblick auf die im Leistungsverzeichnis angegebene Leistungsanforderung bezüglich der Hauptleistung auch nicht zweckmäßig. Dazu kommt, dass es Sinn eines Nebenangebots ist, eine vom Hauptangebot abweichende Lösung vorzuschlagen. Im Vergabeverfahren sollen innovative Vorschläge berücksichtigt werden können, über welche die Vergabestelle zum Zeitpunkt der Ausschreibung naturgemäß keine weitergehenden Vorstellungen hat. Eine weitergehende Aufnahme von technischen Mindestanforderungen beispielsweise für einzelne Bestandteile des Leistungsverzeichnisses würde den Auftraggeber, der schließlich bereits ein bestimmtes Planungskonzept aufgestellt hat, überfordern.“* Ihm bliebe hinsichtlich der Festlegung von Mindestanforderungen für Nebenangebote nur die Möglichkeit, die Gleichwertigkeit mit den grundlegenden Planungsvorgaben des Vergabeverfahrens festzuschreiben. Anderenfalls bliebe die Kreativität eines Bieters, über ein Nebenangebot ein anderes (günstigeres) Verfahren oder andere Teile vorzuschlagen, auf der Strecke.¹⁰²⁶ Die Kammer kommt in Folge dessen zu dem Schluss: *„Die Angabe von gesonderten Mindestbedingungen ist deshalb nur dort erforderlich, wo Nebenangebote eine Anforderung betreffen, die nicht schon aus dem Kontext der Verdingungsunterlagen heraus hinreichend klar bestimmbar ist.“*

10.3 Diskussion

Wie schon das BayObLG¹⁰²⁷ und das OLG Schleswig¹⁰²⁸ versucht die 2. Vergabekammer des Bundes, die Entscheidung des EuGH für die Praxis umsetzbar auszulegen und reduziert die „Traunfellner-Entscheidung“ auf ihren tatsächlichen Aussagegehalt: Dort ist lediglich negativ festgestellt, dass es nicht ausreicht, wenn der Auftraggeber nur auf eine allgemein gültige Norm verweist, von der aus kein konkreter Bezug auf das vorliegende Vergabeverfahren herleitbar ist. Eine Feststellung, was positiv erforderlich ist, um der Baukoordinierungs- bzw. nunmehr Vergabekoordinierungsrichtlinie zu genügen, traf der EuGH nicht – gerade daher rühren die in der Praxis aufgetretenen Anwendungs- und Auslegungsprobleme. Insoweit ist die Auslegung der 2. Vergabekammer des Bundes nicht zu beanstanden. Anders als so manche andere Entscheidung ist sie darüber hinaus praxisgerecht. Es ist nicht durch-

¹⁰²⁶ Unter Verweis auf den Beschluss der selben Kammer vom 14.12.2004, VK 2-208/04; vgl. oben 3;

¹⁰²⁷ Beschluss vom 22.06.2004, vgl. oben II 1;

¹⁰²⁸ Beschluss vom 15.02.2005, vgl. oben III 4;

führbar und würde die Intention des Nebenangebots an sich konterkarieren, wenn der Auftraggeber bei einem ausführlichen und umfangreichen Leistungsverzeichnis mit häufig tausenden Positionen letztlich für jede einzelne oder jedenfalls erhebliche Einzelposition eigene Mindestanforderungen nennen und beschreiben müsste.

11. VK Bund vom 04.05.2005: Forderung nach technischen Nebenangeboten reicht als Mindestanforderung

Die 3. Vergabekammer des Bundes¹⁰²⁹ hatte sich mit dem Streit darüber zu befassen, ob die Anforderung des Auftraggebers, bei dem eingereichten Nebenangebot müsse es sich um technische Nebenangebote handeln, den Anforderungen von Art. 19 Abs. 2 der europäischen Baukoordinierungsrichtlinie und den darauf basierenden §§ 10b Nr. 2, 25b Nr. 3 VOB/A genügt. Im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen für die Beräumung von Altmunition auf einem Truppenübungsplatz hatte der öffentliche Auftraggeber vorgegeben: „Nur technische Nebenangebote zugelassen !“. Im Rahmen des Wertungsverfahrens schloss der Auftraggeber ein von einem Bieter eingereichtes technisches Nebenangebot aus mit der Begründung, die Verdingungsunterlagen hätten nicht ordnungsgemäß Angaben zu Mindestanforderungen enthalten. Die 3. Vergabekammer Bund sah dies jedoch anders: Der Auftraggeber sei den europarechtlichen Anforderungen ausreichend nachgekommen. Er habe bestimmt, dass es sich bei den Nebenangeboten um technische Nebenangebote handeln müsse. *„Dabei handelt es sich nicht nur um Vorgaben zur äußeren Form der abzugebenden Nebenangebote, wie sie in Ziff. 4 der Bewerbungsunterlagen EVM(B)BwB/E (deutliche Kennzeichnung als Nebenangebot, umfassende Beschreibung etc.) vorgegeben sind. Die Auftraggeberin hat mit der Forderung nach technischen Nebenangeboten vielmehr eine Vorgabe zur Ausgestaltung und Konzeption des Nebenangebots – und damit zum Inhalt desselben – gemacht, dem Nebenangebote mindestens genügen müssen.“*

12. Vergabekammer Nordbayern vom 11.08.2005: Mindestmaß an inhaltlichen Vorgaben als „Grenzfall“

Amtlicher Leitsatz:¹⁰³⁰

„1. Hinsichtlich der Mindestbedingungen für Nebenangebote muss zumindest für alle Bieter ersichtlich sein, welche Anforderungen von der Vergabestelle an die Erstellung von Nebenangeboten vorgegeben werden.“

2. Ein Nebenangebot, das die vorgegebenen Mindestbedingungen nicht erfüllt, darf nicht gewertet werden.“

¹⁰²⁹ Beschluss vom 04.05.2005, VK 3-22/05;

¹⁰³⁰ Beschluss vom 11.08.2005, 320.VK-3194-25/05

12.1 Sachverhalt

Gegenstand des Vergabeverfahrens waren Bauleistungen für eine Brücke im Zuge des Neubaus einer Straße in Mittelfranken. Nebenangebote waren zugelassen. Als Bedingungen hierfür sahen die Verdingungsunterlagen in deren Ziffer 0.1 vor: *„Nebenangebote sind durch Pläne, Erläuterungsberichte, statische Überschlagsrechnungen unter Beibehaltung der maßgebenden Abmessungen des Bauamtsentwurfs und der Lage in Grund- und Aufriss so zu belegen, dass eine Beurteilung in statischer und konstruktiver Hinsicht möglich ist. Für Nebenangebote gelten die gleichen Auflagen und Wettbewerbsbedingungen wie für Bauamtsentwürfe. Ein gestalterisch befriedigendes Aussehen wird bei der Wertung der Angebote berücksichtigt. Vor allem wegen der Stützweite von xx,xx m wird eine Übergangskonstruktion als notwendig erachtet. Nebenangebote werden nur als gleichwertig angesehen und gewertet, wenn eine Überkonstruktion oder eine vergleichbare Übergangsmöglichkeit Brücke-Strecke angeboten wird.“* In einer weiteren Ziffer der Bewerbungsbedingungen erklärt der Auftraggeber, dass Nebenangebote, die einen Verzicht auf eine Stoffpreisgleitklausel Stahl beinhalten, von der Wertung ausgeschlossen werden.

Ein Bieter, der Antragsteller, reicht ein Nebenangebot Nr. 1 ein, das statt der Vollplatte einen zweistegigen Plattenbalken in Ortbetonbauweise vorsieht. Ein weiterer Bieter, der Beigeladene, gibt ebenfalls ein Nebenangebot ab, das ein Rahmenbauwerk in Stahlbeton C40/50, eine Schleppplatte auf Konsole und eine direkte Einbindung der einreihigen Pfähle in die Unterbauten ohne Pfahlkopfplatte vorsieht. Die Vergabestelle schließt den Antragsteller aus, weil sein Nebenangebot nicht das wirtschaftlichste sei, und kündigt an, den Zuschlag auf das Nebenangebot des Beigeladenen erteilen zu wollen. Der Antragsteller reicht dagegen einen Nachprüfungsantrag ein – seiner Ansicht nach hätte kein Nebenangebot gewertet werden dürfen, da der Auftraggeber nicht ausreichend Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen angegeben habe.

12.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Nordbayern bewertet die vorliegende Ausschreibung als „Grenzfall“ bezüglich der Frage, ob der Auftraggeber die Mindestbedingungen für Nebenangebote vorgegeben hat. „Trotz der teilweise oberflächlichen Formulierung“ ließen sich jedoch aus Ziffer 0.1 der allgemeinen Beschreibung der Bauleistung folgende Bedingungen für Nebenangebote erkennen:

- Beibehaltung der maßgebenden Abmessungen des Bauamtsentwurfs und der Lage in Grund- und Aufriss
- Vorlage statischer Überschlagsrechnungen, so dass eine Beurteilung in statischer und konstruktiver Hinsicht möglich ist
- Berücksichtigung eines gestalterisch befriedigenden Aussehens

- Notwendigkeit einer Übergangskonstruktion oder einer vergleichbaren Übergangsmöglichkeit Brücke-Strecke wegen der Stützweite von xx,xx m

Die Vergabekammer zieht folgendes Fazit: *„Durch diese Angaben können die notwendigen Mindestbedingungen als gerade noch erfüllt angesehen werden. Es war zumindest für alle Bieter ersichtlich, welche Anforderungen an die Erstellung von Nebenangeboten vorgegeben werden.“* Die Kammer sieht ihre Beurteilung auch faktisch bestätigt dadurch, *„dass nahezu alle Bieter Nebenangebote abgegeben haben und nach Angabe der Vergabestelle diese Bedingungen in der Angebotsphase auch von keinem Bieter beanstandet wurden.“*

12.3 Diskussion

Zutreffend stellt die Vergabekammer fest, dass der Auftraggeber vorliegend positiv Mindestanforderungen im Sinne der „Traunfellner“-Rechtsprechung vorgegeben hatte. Diese Bedingungen waren auch nicht nur indirekt über die Beschreibung der gewünschten Bauleistung für das Hauptleistungsverzeichnis, sondern ausdrücklich für Nebenangebote vorgegeben. Insoweit sind die Anforderungen, die die europarechtliche BKR stellt, erfüllt. Die Einstufung als „Grenzfall“ ist jedoch weder einerseits zwingend veranlasst noch andererseits definitiv unzutreffend. Dies liegt darin begründet, dass, wie die bis dato besprochenen Entscheidungen belegen, noch keine ausreichend klare Maßgabe vorliegt, in welcher Detailtiefe Mindestanforderungen vom Auftraggeber vorzugeben sind.

Grenzwertig erscheint aber die weitere Begründung der Vergabekammer: Weder die Tatsache, dass „nahezu alle Bieter Nebenangebote abgegeben haben“, noch dass die vom Auftraggeber vorgegebenen Mindestanforderungen von keinem Bieter „beanstandet wurden“, entfaltet eine normative Kraft des Faktischen, die automatisch die Vorgabe der Mindestanforderungen im konkreten Fall zutreffend macht. Dies ist an Hand der rechtlichen Vorgaben zu beurteilen und nicht an Hand dessen, wie die Vergabepaxis diese Vorgaben umsetzt. Die Erfahrung zeigt, dass nicht selten Vergabeverfahren von Seiten aller Bieter rügelos bleiben, obwohl der Auftraggeber keinerlei Mindestanforderungen vorgegeben hat. Dies führt dennoch nicht dazu, dass die Vergabeunterlagen dann vollständig und „rechtmäßig“ werden. Erst recht gilt dies für die von der Vergabekammer zitierte Erscheinung, dass „nahezu alle Bieter Nebenangebote abgegeben haben“: Hieraus kann nicht gefolgert werden, dass das Vergabeverfahren in allen Punkten ordnungsgemäß war. Keinem Bieter ist es verwehrt, auch auf eine mangelhafte Ausschreibung ein Nebenangebot abzugeben, ebenso, wie in der Praxis oftmals Bieter sogar Nebenangebote einreichen, obwohl in der betreffenden Ausschreibung solche ausdrücklich nicht zugelassen sind.

13. Vergabekammer Arnsberg vom 16.08.2005: Hauptleistungsverzeichnis reicht nicht als Mindestanforderung – entscheidend ist der objektive Erklärungsgehalt

Amtlicher Leitsatz:¹⁰³¹

1. **Hinsichtlich der nach Art. 24 der Koordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 geforderten Mindestanforderungen für Nebenangebote ist auf den Inhalt der gesamten Vergabeunterlagen abzustellen, da der rechtliche Charakter einer Mindestanforderung durch ihren objektiven Erklärungsgehalt und nicht durch die Beziehung oder die Fundstelle (z.B. Richtlinie) bestimmt wird.**
2. **Keine Mindestanforderungen ergeben sich aus dem nur für den Amtsvorschlag geltenden Text des Leistungsverzeichnisses.**

13.1 Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb Bauarbeiten für die Neuverlegung eines städtischen Hauptsammlers im Rahmen des Baus eines Abwasserkanals europaweit aus. Nebenangebote waren zugelassen, technische Nebenangebote auch ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots. Die Bewerbungsbedingungen enthielten lediglich die formalen Standardhinweise für Nebenangebote, wonach Nebenangebote alle Leistungen umfassen müssen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind. Die spätere Antragstellerin reichte mehrere Nebenangebote ein, die unter anderem eine abweichende Ausführungstechnik bezüglich des Schildvortriebsverfahrens vorsahen. Der Auftraggeber teilte mit, dass er einem anderen Bieter den Zuschlag erteilen wolle und verwies darauf, dass er Nebenangebote wegen fehlender Vorgabe von Mindestanforderungen nicht werten dürfe. Der übergangene Bieter beantragte Nachprüfung.

13.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Arnsberg hält den Nachprüfungsantrag für begründet. Nebenangebote waren vorliegend zu werten, da aus den Vergabe- und Verdingungsunterlagen hinreichend klar hervorgehe, welche Mindestanforderungen an die Nebenangebote gestellt werden. Die VK sortiert in ihrer Entscheidung zunächst die Rechtsgrundlagen: **Artikel 19 der BKR** fordere eine **Erläuterung** von Mindestanforderungen statt eines bloßen Verweises auf eine nationale Vorschrift, die Gleichwertigkeit von Neben- und Hauptangebot fordert. **Artikel 24** der späteren **Richtlinie 2004/18/EG**¹⁰³² gebe dem Auftraggeber auf, Mindestanforderungen zu **nennen**. Dahingestellt bleiben könne, ob ein „Nennen“ ein inhaltliches Minus zu einem „Erläutern“ darstellt: „Jedenfalls ist der **Umfang der Benennung der Mindestanforderun-**

¹⁰³¹ VK 13/05, 14/05;

¹⁰³² Richtlinie vom 31.03.2004, also nach Erlass der *Traunfellner-Entscheidung* im Oktober 2003 in Kraft getreten;

gen in wirtschaftlicher, technischer und formaler Hinsicht nicht festgelegt. Entscheidend ist für den EuGH und für die europäische Norm die **Erkennbarkeit für den Bieter. Diese ergibt sich aus dem Wortlaut sowohl der europäischen Richtlinien als auch der Entscheidung selbst **aus den (gesamten) Vergabe- und Verdingungsunterlagen.****“

Die Gesamtheit der Unterlagen aber habe im vorliegenden Fall erkennen lassen, dass der Auftraggeber nicht nur Nebenangebote zulassen wollte und diese bei Gleichwertigkeit gemäß den Bewerbungsbedingungen zu werten beabsichtige. Die Parameter für die Gleichwertigkeit ergäben sich aus der Forderung, dass der Änderungsvorschlag alle Leistungen umfassen müsse, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich seien, also die zwingend vorgeschriebenen Anforderungen. Solche fänden sich teilweise unmittelbar auf Nebenangebote bezogen in den umfangreichen baustellenbezogenen Vertragsbedingungen und in den Leistungsanforderungen. Aus der Gesamtschau der Bedingungen ergebe sich auch eine Vielzahl von technischen Vorgaben wie zum Beispiel Abmessungen. Darüber hinaus hätten die baustellenbezogenen Vertragsbedingungen zwingend formulierte Vorgaben, die auch für Nebenangebote Gültigkeit hätten.

Weiter entschied die Vergabekammer: **„Es ist nach Artikel 24 der EG-Richtlinie keineswegs zwingend, dass der Auftraggeber technische Vorgaben benennt, auch wirtschaftliche und formale gehören dazu. Ebenso würde eine Negativabgrenzung („darf nicht“) den Zweck der Regelung erfüllen. (...) Die Vorgaben beziehen sich zweifelsfrei auf denkbare Nebenangebote, die die technische Leistung in diesem Bereich betreffen und sind erkennbar unverzichtbar aus Gründen der Sicherheit und aus Gründen der vertraglichen Verpflichtung (...).“**

In den weiteren Entscheidungsgründen setzt sich die VK Arnsberg ausführlich mit „Anforderungen an die Mindestanforderungen“ auseinander: **„Es wäre aus Gründen der Transparenz und der Übersichtlichkeit wünschenswert, wenn die Auftraggeber zukünftig die zwingenden Vorgaben in den Vergabeunterlagen an einer Stelle bündeln würden. Die Unübersichtlichkeit aber allein verändert nicht den rechtlichen Charakter einer Anforderung als Mindestbedingung, wenn sie denn als solche erkennbar für den Bieter ist. Es kann auch nicht ins Belieben des Auftraggebers gestellt sein, nachträglich zu bestimmen, welche Regelungen als Mindestanforderungen im Sinne der Richtlinie anzusehen sind, sondern ausschlaggebend ist der objektive Erklärungsgehalt, der dem Bieter erkennbar ist. Ebenso wenig kann der rechtliche Charakter davon berührt werden, ob die Mindestanforderung als solche benannt ist. Es genügt die tatsächliche Nennung. Ein Auftraggeber kann auch nicht verpflichtet werden, Mindestanforderungen für alle nur denkbaren Nebenangebote zu allen nur denkbaren technischen Details zu erlassen. Zum einen ermangelt es ihm in aller Regel an der erforderlichen Detailkenntnis, zum anderen kann er nicht verpflichtet wer-**

den, unvorhersehbare Nebenangebote auf der Basis von technischen Innovationen zu umschreiben. Dieses wäre eine tatsächliche und rechtliche Unmöglichkeit.“

Da das europäische Recht in erster Linie und vorrangig die Förderung des Wettbewerbs zum Gegenstand habe und die Grundsätze von Transparenz und Chancengleichheit nur „Mittel zur Zweckerreichung“ sei, „dürfen die Anforderungen insoweit nicht zu hoch gesetzt werden etwa dergestalt, dass sie letztlich den Wettbewerb einschränken. Dieses wäre aber die Folge, wenn der Auftraggeber über die Forderung der Benennung von Mindestanforderungen jeden nur denkbaren Alternativvorschlag zu erfassen hat, um zur wirtschaftlichsten Lösung zu gelangen. Die Auslegung der Forderung des Artikels 24¹⁰³³ darf ebenfalls nicht dahin gehen, dass der Auftraggeber von nun an auf Nebenangebote verzichten muss. Nebenangebote sind für die Entwicklung des Wettbewerbs und insbesondere für die Förderung des Mittelstandes unerlässlich. Das Unterbinden einer solchen Entwicklung wäre dem Wettbewerb absolut abträglich. Der Auftraggeber kann nur verpflichtet sein, die für ihn erkennbaren Rahmen zu umreißen, den die gewünschte Leistung benötigt.“¹⁰³⁴

13.3 Diskussion

Die Entscheidung der VK Arnsberg ist nach dem Wortlaut des „Traunfellner-Urteils“ und der europäischen Richtlinien durchaus vertretbar. Wie oben ausgeführt, gibt der EuGH keine klare Handlungsanweisung. Dies stellt die hier entscheidende Vergabekammer zutreffend fest: In welchem Umfang der Auftraggeber Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgeben muss – ob in wirtschaftlicher, technischer oder/und nur in formaler Hinsicht, ist nicht festgelegt. Insofern bleibt zwingend Auslegungsspielraum für die nationalen Entscheidungsorgane.

Die VK Arnsberg sieht es konsequent als entscheidend an, dass die Mindestanforderungen für die Bieter aus den Verdingungsunterlagen hinreichend erkennbar sind. Dies ist erforderlich, um die im Europarecht fixierte Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten. Insoweit ist auch der Wunsch der Vergabekammer, Auftraggeber mögen die Mindestanforderungen künftig an einer Stelle in den Verdingungsunterlagen bündeln, aus praktischer Sicht zu begrüßen. Eine zwingende Handlungsmaßgabe dahingehend ist jedoch, wie die VK Arnsberg ebenso richtig feststellt, in dieser Deutlichkeit allerdings weder den europäischen Richtlinien noch dem „Traunfellner-Urteil“ zu entnehmen. Im Sinne des Wettbewerbs, dessen Förderung in der Tat die europäischen Vorschriften beabsichtigen, erscheint der Auslegungsvorschlag der Vergabekammer Arnsberg somit als vertretbar, dennoch den europäi-

¹⁰³³ Gemeint ist Artikel 24 der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004;

¹⁰³⁴ Die VK Arnsberg verweist hier auf eine Entscheidung der VK Bund vom 14.12.2004, VK 2-208/04 (vgl. oben 3), durch die sie ihre Linie bestätigt sieht; die VK Bund hatte die Aufforderung des Auftraggebers, dass die Nebenangebote den Konstruktionsprinzipien und Planungsvorgaben entsprechen müssen, als ausreichende Mindestanforderung anerkannt;

schen Vorgaben genügend und – wenngleich dies nicht zwingend ein Kriterium bei der Auslegung ist – sinnvoll und umsetzbar für die tägliche Vergabepaxis.

Die Frage, die die VK Arnsberg offen ließ, sei an dieser Stelle beantwortet: Die Vorgabe der Neuregelung in **Artikel 24 der Richtlinie 2004/18/EG** an die öffentlichen Auftraggeber, Mindestanforderungen für Nebenangebote zu nennen, bedeutet vom Wortlaut her **ein Minus gegenüber** dem Regelungstext von **Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie**, die allein noch dem „Traunfellner-Urteil“ des EuGH zu Grunde lag. Dem „Nennen“ genügt bereits ein Aufzählen, „Erläutern“ erfordert darüber hinausgehend eine Erklärung und Umschreibung, wie die aufgezählten Mindestanforderungen zu verstehen sind.

14. OLG Koblenz vom 31.05.2006: Auftraggeber muss leistungsbezogene, sachlich-technische Mindestanforderungen vorgeben

Der amtliche Leitsatz der Entscheidung¹⁰³⁵ lautet:

1. *Lässt der Auftraggeber Nebenangebote zu, muss er den Bietern dazu in den Verdingungsunterlagen bestimmte Vorgaben an die Hand geben und darf Nebenangebote in der Wertung nur berücksichtigen, wenn sie diesen Vorgaben gerecht werden.*
2. *Das Aufstellen rein formaler Wertungsvoraussetzungen für Nebenangebote reicht nicht aus, erforderlich sind leistungsbezogene, das heißt sachlich-technische Vorgaben.*
3. *Fehlt die Vorgabe solcher Mindestanforderungen, dürfen Nebenangebote nicht gewertet werden, und selbst dann nicht, wenn sie in der Ausschreibung für zulässig bzw. nicht für unzulässig erklärt worden sein.*
4. (...)

14.1 Sachverhalt

Ein kirchlicher Träger eines Krankenhauses, der zu 90 % mit staatlichen Mitteln finanziert wird, schrieb europaweit im Rahmen der Sanierung einer Klinik Baumaßnahmen für OP-Tische und Umbettanlagen aus. Nebenangebote waren zugelassen. Nr. 5 der Bewerbungsbedingungen enthielt folgende Formulierung:

„5.1 Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet sein (...)

5.2 Änderungsvorschläge oder Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern) nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung der Pauschalsumme).

¹⁰³⁵ Beschluss vom 31.05.2006, 1 Verg 3/06;

5.3 Der Bieter hat die in Änderungsvorschlägen oder Nebenangeboten enthaltenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Die Gliederung des Leistungsverzeichnisses ist, soweit möglich, beizubehalten. Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, deren Ausführung nicht in den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder in den Verdingungsunterlagen geregelt ist, hat er im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und dieser Beschaffenheit zu machen.“

Der Auftraggeber beabsichtigt die Vergabe des Auftrags auf eines der eingereichten Nebenangebote. Hiergegen stellt ein Mitbieter Nachprüfungsantrag mit dem Argument, der Auftraggeber habe nicht ausreichend Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen bezeichnet, so dass Nebenangebote nicht gewertet werden hätten dürfen. Die Vergabekammer gibt dem Antragsteller Recht und schließt die Nebenangebote von der Wertung aus. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde zum OLG Koblenz.

14.2 Entscheidung

Das OLG Koblenz bestätigt den Ausschluss der Nebenangebote aus der Wertung unter Verweis auf die europarechtlichen Vorgaben in Art. 19 BKR und Art. 24 VKR sowie in der „Traunfellner-Entscheidung“. Die Verdingungsunterlagen hätten hier keine Mindestanforderungen enthalten: *„Zwar finden sich in diesen Vorschriften keine näheren Bestimmungen zum notwendigen Inhalt der vom Auftraggeber zu formulierenden Anforderungen. Daraus kann (...) jedoch nicht geschlossen werden, dass die Vergabestelle sich auf die Beschreibung rein formaler Kriterien beschränken könne.“* Dies ergebe sich daraus, dass der Wortlaut der europäischen Richtlinien eindeutig unterscheidet zwischen der „Art und Weise“, in der Nebenangebote einzureichen sind, und den „Mindestanforderungen, die Varianten¹⁰³⁶ (...) erfüllen müssen“. Diese Differenzierung zeige, dass das Aufstellen rein formaler Wertungsvoraussetzungen für Nebenangebote gerade nicht ausreichend sein könne, denn diese beträfen nur die „Art und Weise“ der Einreichung solcher Angebote. *„Fordern die Richtlinien darüber hinaus Mindestanforderungen, so können damit nur leistungsbezogene, d.h. sachlich-technische Vorgaben gemeint sein.“*

Nichts anderes ergebe sich aus der „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH. Das Urteil habe nur die Vorlagefrage zu beantworten gehabt, inwiefern eine Verweisung auf eine nationale Rechtsvorschrift ausreicht, die das Kriterium aufstellt, der Alternativvorschlag müsse die Erbringung einer Leistung sicherstellen, die mit der in der Ausschreibung beschriebenen gleichwertig ist. Das habe der EuGH verneint. *„Zu*

¹⁰³⁶ Richtlinie 2004/18/EG verwendet terminologisch „Variante“ für „Nebenangebot“ und „Änderungsvorschlag“;

einer weitergehenden Beschäftigung mit dem Streitgegenständlichen Thema hatte kein Anlass bestanden. Aus der negativen Beantwortung der Vorlagefrage kann daher nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass alle Vorgaben, die über die Verweisung auf eine nationale Rechtsvorschrift hinausgehen, schon als Bezeichnung ausreichender Mindestanforderungen im Sinne der Richtlinie anzusehen seien.“

Es sei der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle zuzugestehen, dass die mit der Zulassung von Nebenangeboten verbundene Verpflichtung, in den Verdingungsunterlagen sachlich-technische Mindestanforderungen vorzugeben, den Auftraggeber vor eine schwierige Aufgabe stellen kann: „Durfte er früher nach den nationalen Vergabevorschriften die technischen Alternativüberlegungen und die Darlegung der Gleichwertigkeit der erzielten Lösungen mit der ausgeschriebenen Hauptleistung dem Unternehmen überlassen, so zwingt ihn das europäische Recht nunmehr, entsprechende Vorüberlegungen, erforderlichenfalls unter Hinzuziehung von Sachverständigen, selbst anzustellen. Ist er dazu nicht in der Lage oder will er sich dieser Aufgabe nicht stellen, so bleibt ihm nur der Weg, keine Nebenangebote zuzulassen. Der mit den nationalen Vorschriften verfolgte Zweck der Nebenangebote, den technischen Sachverstand, die praktische Erfahrung und das Innovationspotential der Bieter zu nutzen, wird dadurch zwar erheblich beeinträchtigt. Die Zielvorstellung des nationalen Rechts ist jedoch nicht die der europäischen Vergaberichtlinie. Ihr geht es vielmehr um die Verpflichtung zu Transparenz und die Gewährleistung der Gleichbehandlung der Bieter (...). Diese Bestrebung ist als vorrangig zu akzeptieren. Entscheidend ist daher der Gesichtspunkt, dass alle an der Abgabe von Nebenangeboten interessierten Bieter mit denselben Vorgaben umgehen und nur diejenigen Berücksichtigung finden sollen, die mit ihren Angeboten die aufgestellten Anforderungen erfüllen (...). Nur in diesem Rahmen kann der Zweck der nationalen Vorschriften noch Berücksichtigung finden.“

Im zu entscheidenden Fall habe der Auftraggeber in Ziffer 5 der Bewerbungsbedingungen lediglich formale Vorschriften, nicht aber die erforderlichen sachlich-technischen Mindestanforderungen vorgegeben. Auch aus dem letzten Satz von Ziff. 5.3 könnten solche nicht hergeleitet werden. Die Vorgabe einer „Orientierung an den Verdingungsunterlagen bzw. den allgemeinen technischen Vertragsbedingungen“¹⁰³⁷ ergebe sich daraus schon deswegen nicht, weil mit dieser Bewerbungsbedingung gerade das Angebot von Leistungen gestattet werde, die nicht in den bezeichneten Vergabeunterlagen geregelt würden. Außerdem werde lediglich die (formale) Bedingung wiederholt, die bereits wortgleich in § 10 Nr. 5 Abs. 4 S. 2 VOB/A enthalten sei.

Auch das Leistungsverzeichnis aus den Verdingungsunterlagen sei als Orientierungsmaßstab ungeeignet, „denn es befasst sich nur mit den Anforderungen, die an das Hauptangebot gestellt werden. Sinn eines Nebenangebots ist es aber, eine da-

¹⁰³⁷ Es handelt sich dabei um die ATV, also VOB Teil C, DIN 18299ff.;

von abweichende Leistung vorzuschlagen.“¹⁰³⁸ Aus Nr. 5.3 Abs. 2 der Bewerbungsbedingungen lasse sich ebenfalls keine hinreichende Mindestanforderung herauslesen: *„Dort wird nur das (formale) Erfordernis der Vollständigkeit weiter ausgeführt, indem verlangt wird, dass ein Nebenangebot alle Leistungen umfassen muss, die für eine einwandfreie Bauausführung erforderlich sind.“*

14.3 Diskussion

Unzutreffend verweist das OLG Koblenz zunächst auf die „inhaltsgleichen Regelungen“ von Art. 19 BKR und Art. 24 der Nachfolgerichtlinie 2004/18/EG. Wie oben dargestellt,¹⁰³⁹ fordert die Regelung in der BKR ein „Erläutern“ der Mindestanforderungen, während Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG nur ein „Nennen“ fordert.

Inhaltlich hat der Beschluss des OLG Koblenz für die Praxis jedoch eine weit reichende Bedeutung: Wie die Bewerbungsbedingungen im vorliegenden Fall, sehen in der Praxis unzählige Verdingungsunterlagen auch mehr als drei Jahre nach dem „Traunfellner-Urteil“ noch aus. Sie enthalten lediglich Formvorschriften wie die Verdingungsunterlagen im vorliegenden Fall (Nebenangebote *„müssen auf besonderer Anlage gemacht sein“, „sind erschöpfend zu beschreiben“, „müssen alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Leistung erforderlich sind“*) und wiederholen im Übrigen „Mindestanforderungen“, die so wortgleich in der VOB/A nachzulesen sind. Rein formale Vorgaben für Mindestanforderungen durch den Auftraggeber reichen nach dem Wortlaut der europarechtlichen Vorgaben der Richtlinien und des EuGH jedoch nicht aus. Art. 19 BKR¹⁰⁴⁰ und Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG¹⁰⁴¹ unterscheiden beide jeweils systematisch einerseits zwischen vorzugebenden Mindestanforderungen, die Nebenangebote erfüllen müssen – also materiellen Vorgaben – und andererseits der „Art und Weise, in der sie einzureichen sind“, also formellen Voraussetzungen. Daraus ergibt sich die Maßgabe, dass sich der öffentliche Auftraggeber nicht darauf beschränken kann, nur formelle Anforderungen zu stellen.

Dass sich aus dieser Verpflichtung für den öffentlichen Auftraggeber schwierig zu erfüllende Aufgaben ergeben, die dem Sinn und den Möglichkeiten von Nebenangeboten systematisch zuwiderlaufen, wurde oben bereits mehrfach diskutiert. In der Praxis erleichtert die Umsetzung der Vorgaben oft die Tatsache, dass öffentliche Auftraggeber vielfach bereits zur Ausarbeitung von Verdingungsunterlagen Ingenieur- oder Planungsbüros einschalten. Für sie dürfte die Beschreibung von den europäischen Vorgaben genügenden materiellen Mindestanforderungen fachlich machbar

¹⁰³⁸ Unter Verweis auf BayObLG NZBau 2004, 626, 627;

¹⁰³⁹ Siehe oben III 3. und 4.;

¹⁰⁴⁰ Wörtlich lautet die Regelung: *„Die öffentlichen Auftraggeber erläutern in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, **und** bezeichnen, in welcher Art und Weise sie eingereicht werden können.“*

¹⁰⁴¹ Dort ist geregelt: *„Lassen die öffentlichen Auftraggeber Varianten zu, so nennen sie in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen, **und** geben an, in welcher Art sie einzureichen sind.“*

sein. Es bleibt eine Einschränkung der Kreativität der Bieter, die durch das Korsett der vom Auftraggeber vorzugebenden Mindestanforderungen entsteht.

15. Vergabekammer Arnsberg vom 13.06.2006: Negative Abgrenzung reicht aus für Vorgabe von Mindestanforderungen

Der amtliche Leitsatz¹⁰⁴² lautet:

„Mindestkriterien für Nebenangebote können auch negativ abgegrenzt sein.“

15.1 Sachverhalt

Gegenstand des Verfahrens war die Vergabe von Bauleistungen für den sechsstreifigen Ausbau einer Autobahn im offenen Verfahren. Der Auftraggeber hatte Nebenangebote zugelassen und als Kriterien hierfür vorgegeben: „Nebenangebote mit verlängerter Ausführungs- und Verkehrsbeschränkungsfrist sind nicht zugelassen“. In der Anlage zum Angebotsschreiben hieß es weiter: „Vollendung der Ausführung nach Werktagen: Spätestens 433 Tage nach Zuschlagserteilung“. Ein Bieter reichte ein Nebenangebot ein mit einer Bauzeitverkürzung um fünf Monate. Die Vergabestelle schloss das Nebenangebot aus mit der Begründung, in den Verdingungsunterlagen seien keine Mindestanforderungen an verkürzte Ausführungsfristen genannt worden. Hiergegen wendet sich der Bieter mit seinem Nachprüfungsantrag.

15.2 Entscheidung

Die Vergabekammer Arnsberg gibt dem Bieter Recht. Sie verweist auf die Kernaussage des EuGH in der „Traunfellner-Entscheidung“, wonach es nicht ausreicht, lediglich auf eine nationale Rechtsvorschrift zu verweisen, die eine mit dem Hauptangebot qualitativ gleichwertige Leistung fordere. Damit sei jedoch nicht festgelegt, ob und in welchem Umfang der Auftraggeber wirtschaftliche und technische Parameter als Mindestbedingungen für Nebenangebote vorzugeben habe. Eine zu restriktive Handhabung *„im Namen einer scheinbaren Transparenz“* führe zum Wegfall von Nebenangeboten, *„und das Ziel der Vergabe, die wirtschaftlich optimale Lösung zu finden, wird verfehlt.“* **Ausschlaggebend** seien **Zweck der Ausschreibung** und **Zielsetzung der im Leistungsverzeichnis gesetzten Vorgaben**. Diese seien vorliegend hinreichend bestimmt. Sie ließen zweifelsfrei für den objektiven Empfängerhorizont erkennen, dass es dem Auftraggeber hier darauf ankam, *Verlängerungen* der Ausführungszeit definitiv zu verhindern und dass ihm ansonsten entgegen seiner späteren Ausführungen Bauzeit verkürzende Angebote durchaus willkommen gewesen seien. Diese negative Abgrenzung reiche aus, um den europarechtlichen Regelungen gerecht zu werden.

¹⁰⁴² Beschluss vom 13.06.2006, VK 15/06;

15.3 Diskussion

Die VK Arnsberg setzt ihre Entscheidungspraxis fort, die unter anderem bereits in der Entscheidung vom 16.08.2005¹⁰⁴³ angeklungen war. Sie widerspricht nicht den einschlägigen EU-Richtlinien und der EuGH-Rechtsprechung. Darin ist keine Verpflichtung für die Auftraggeber enthalten, in welcher Form sie Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen zu beschreiben haben. Eine positive Beschreibung ist ebenso wenig vorgeschrieben wie eine Vorgabe in Form der hier erfolgten negativen Abgrenzung als unzulässig erwähnt wäre. Die negative Abgrenzung ist somit zutreffend als mögliche Form der Beschreibung von Mindestanforderungen anzusehen.

F) Öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

Die Regelung in den a- und b-Paragrafen nach § 1a Abs. 1 VOB/A betrifft nur die Vergabe von Bauaufträgen ab den Schwellenwerten gemäß § 2 Nr. 4 VgV. Es stellt sich aber auf Grund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Frage, ob die Vorgabepflicht für Mindestanforderungen für den Auftraggeber nicht doch auch Vergabeverfahren betrifft, die ein öffentlicher Auftraggeber durchführt, die aber unterhalb der Schwellenwerte liegen, ab denen unmittelbar Gemeinschaftsrecht anzuwenden ist.

In seinem Urteil vom 21.07.2005¹⁰⁴⁴ hatte der EuGH unterstrichen, dass **auch Auftragsvergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien „ein Mindestmaß an Transparenz erfordern“**. Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine Leistung vergibt, die begrifflich kein Auftrag oberhalb der Schwellenwerte ist, muss die Vergabestelle nach einem weiteren Urteil des EuGH die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten.¹⁰⁴⁵ Diese Forderung darf aber nicht so weit gehen, dass auf diesem Weg eine Anwendung von Richtlinien, die nur ab den Schwellenwerten vorgesehen ist, automatisch auch auf Sachverhalte unterhalb dieser Schwellen angenommen werden müsste. Dadurch würde die ausdrückliche Abgrenzung faktisch unterlaufen. Dies stellte auch der Europäische Gerichtshof fest, der darauf abstellte, dass insoweit **nur die „Grundregeln“ bei allen Auftragsvergaben unabhängig vom Schwellenwert Anwendung finden müssen**, wie etwa Art. 43 oder 49 des Gemeinschaftsvertrags oder die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz. Nun hat zwar der EuGH in der „Traunfell-

¹⁰⁴³ Vgl. oben 13;

¹⁰⁴⁴ Rs. C-231/03; IBR 2005, 1220; NVwZ 2005, 1052 = NZBau 2005, 592 = VergabeR 2005, 609;

¹⁰⁴⁵ Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03; IBR 2006, 107 = NZBau 2005, 644 = VergR 2005, 737 = NVwZ 2005, 1407; die Entscheidung erging zwar zu einem Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen und somit der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG, ist aber auf Grund der vergleichbaren Systematik insoweit auch für die Vergabe von Bauaufträgen anwendbar;

ner-Entscheidung“ die Frage der Vorgabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote ebenfalls mit dem Transparenzgebot begründet. Die Regelung ist jedoch so speziell, dass sie nicht als elementares Grundprinzip, sondern allenfalls als eine Ausprägung eines solchen verstanden werden kann. Insoweit kann eine unmittelbare Geltung der europarechtlichen Regelungen und deren nationaler Umsetzung in den a- und b-Paragrafen der VOB Teil A zur Vorgabepflicht in Bezug auf Mindestanforderungen für Nebenangebote nicht für Sachverhalte unterhalb der Schwellenwerte des § 2 Nr. 4 VgV gelten.

Dies bestätigte auch die Bayerische Oberste Baubehörde für ihren Zuständigkeitsbereich auf eine Anfrage des Bayerischen Bauindustrieverbands hin. Sie stellte klar, dass die Vorgaben aus dem diesbezüglichen EuGH-Urteil vom 16.10.2003¹⁰⁴⁶ nur bei Vergabeverfahren über dem EU-Schwellenwert Anwendung finden. Für den Bereich unterhalb des EU-Schwellenwerts gelten die EuGH-Vorgaben zur Angabe von Mindestanforderungen für die Wertung von Nebenangeboten nach Auffassung der Behörde nicht.¹⁰⁴⁷ Diese Aussage ist freilich nicht als allgemeinverbindlich anzusehen – es handelt sich nicht um eine obergerichtliche Rechtsprechung oder wenigstens Aussage einer Vergabekammer. Die Stellungnahme stammt lediglich von einer Behörde, die insoweit nur verbindliche Vorgaben machen kann für öffentliche Auftraggeber, die in der Behördenhierarchie unterhalb angesiedelt sind.

Inzwischen wird das Ergebnis auch durch die nationale Regelung in der VOB/A bestätigt: Mit der Ausgabe 2006 wurde in Abschnitt II **§ 25a Nr. 3 VOB/A** neu eingefügt. Er gibt vor: *„Der Auftraggeber berücksichtigt nur Nebenangebote, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen.“* Die a-Paragrafen sind **nur für Aufträge ab den Schwellenwerten anwendbar**. In Abschnitt I – den Basisparagrafen – fehlt eine § 25a Nr. 3 VOB/A entsprechende Regelung. Mit der Neuausgabe 2006 hätte der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen die Gelegenheit gehabt, auch für die Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte eine gleich lautende Regelung bezüglich der Mindestanforderungen einzufügen. Dass dies nicht geschehen ist, liegt zum einen auf der Hand, nachdem die europarechtlichen Vorgaben nur in Abschnitt II zwingend umzusetzen sind. Zum anderen ist dies aber auch ein klarer Hinweis darauf, dass die VOB/A eben gerade eine unterschiedliche Behandlung von Vergabeverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte (dann Verpflichtung zur Vorgabe von Mindestbedingungen für Nebenangebote auf Grund von § 25a Nr. 3 VOB/A) sowie unterhalb (für diesen Fall gibt es keine entsprechende Verpflichtung) vornimmt.

¹⁰⁴⁶ Dies ist die „Traunfellner-Entscheidung“;

¹⁰⁴⁷ Rundschreiben des Bayerischen Bauindustrieverbands vom 15.06.2005 über die Ergebnisse des 28. Informationsgesprächs bei der Bayerischen Obersten Baubehörde am 23.02.2005;

Eine **unmittelbare Gültigkeit der Vorgaben zu den Fragen der Mindestanforderungen für Nebenangebote für Bauaufträge unterhalb der Schwellenwerte kann daher nicht angenommen werden.**

G) Entwicklung in der Vergabepraxis

Trotz der intensiven Publikation der „Traunfellner-Entscheidung“ ist in der täglichen Vergabepraxis festzustellen, dass bei den Vergabestellen der öffentlichen Auftraggeber in der Bundesrepublik Deutschland **häufig heute noch Unkenntnis darüber herrscht, dass Voraussetzung für die Wertbarkeit zugelassener Nebenangebote im Bereich oberhalb der Schwellenwerte die Nennung von Mindestanforderungen hierfür durch den Auftraggeber ist.** Bei den Auftraggebern, die diese grundsätzliche Verpflichtung erfasst haben, herrscht **seit der „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH vielfach Verunsicherung, wie das Urteil in die Praxis umzusetzen ist.**¹⁰⁴⁸ Zwar hat die Entscheidung den Auftraggebern klar vorgegeben, dass sie es nicht bei einem allgemeinen Hinweis auf eine nationale Rechtsvorschrift belassen dürfen, sondern ausdrücklich Mindestanforderungen bezeichnen müssen, die Nebenangebote einzuhalten haben. Andernfalls, so die eindeutige Maßgabe des EuGH, sind die abgegebenen Nebenangebote nicht wertbar. Allerdings ist die Entscheidung klare Handlungsanweisungen schuldig geblieben, in welcher Art und in welchem Umfang die vergebende Stelle Mindestanforderungen anzugeben hat, um den Ansprüchen des EuGH zu genügen. Aus den nationalen Folgeentscheidungen zu dieser Thematik ergibt sich, wie oben ausführlich dargestellt, ebenso keine klare Linie, aus der sich eine „Handlungsanweisung“ herleiten ließe.

Ein Teil der Auftraggeber ist in der Praxis dazu übergegangen, auf Grund der hieraus resultierenden Unsicherheit Nebenangebote von vornherein nicht mehr zuzulassen. So können sie nachfolgenden Diskussionen und Problemen aus dem Weg gehen. Allerdings ist dieser Anteil in der Vergabepraxis als sehr gering anzusehen.

Nicht selten tritt auch heute noch der Fall in der Praxis ein, dass **Ausschreibungsunterlagen** von öffentlichen Auftraggebern **nach wie vor keine oder offensichtlich nicht ausreichende Mindestanforderungen für Nebenangebote enthalten.** Dies zeigt die Erfahrung aus der Beratungstätigkeit in zahlreichen Vergabeverfahren. So etwa finden sich sehr häufig unter der Überschrift „Mindestanforderungen für Nebenangebote“ in den Verdingungsunterlagen lediglich Passagen, die die allgemeinen Vorgaben des einschlägigen Vergabehandbuchs oder die formellen Anforderungen aus § 21 Nr. 2 VOB/A wiedergeben. Die Behörde weist unter anderem nur darauf hin, dass Nebenangebote oder Änderungsvorschläge auf besonderer Anlage ge-

¹⁰⁴⁸ Vgl u.a. „VOB aktuell“ 1/2004, S. 10;

macht und als solche deutlich gekennzeichnet sein müssen und dass diese alle Leistungen umfassen müssen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

Die **Praxis** zeigt aber auch, dass das **völlige Fehlen von Mindestanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen keineswegs zwangsweise dazu führt, dass in einem solchen Vergabeverfahren abgegebene Nebenangebote von der Wertung ausgeschlossen werden**. Es ist festzustellen, dass in diesem Bereich Vergabeverfahren dennoch „ungestört“ ablaufen und am Ende ein Nebenangebot beauftragt wird. Dieses Phänomen hat unterschiedliche Gründe: Zum Teil ist weder der Vergabestelle noch den Bietern ausreichend die Verpflichtung zur Nennung von Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen bekannt. Zum Teil bemerken zwar Bieter das Fehlen, gehen aber nicht dagegen vor, um nicht eigene potenzielle Nebenangebote dadurch zu behindern und sich dennoch die Möglichkeit offen zu lassen, das Fehlen oder die unzureichende Nennung von Mindestanforderungen erst dann vorzutragen, wenn sich der Auftraggeber für ein Nebenangebot eines Konkurrenten entscheiden sollte. Vor dieser Praxis ist formaljuristisch jedoch nach den obigen Ausführungen zum Rügeerfordernis zu warnen.

Veranlasst durch die Traunfellner-Entscheidung des EuGH,¹⁰⁴⁹ **versuchen die öffentlichen Auftraggeber jedoch tendenziell, den von der europäischen Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen gerecht zu werden**. In den Verdingungsunterlagen finden sich regelmäßig neu eingeführte Kapitel, die zu beschreiben versuchen, welche Mindestanforderungen die Vergabestelle an zugelassene Nebenangebote stellen will. Primärrecherchen bei Vertretern von öffentlichen Auftraggebern, Ingenieurbüros, die mit der Erstellung von Vergabeunterlagen betraut sind, sowie Vertretern von Bauunternehmen im Bereich der Auftragsakquise – unter anderem bei den Städten München, Nürnberg, der Freien und Hansestadt Hamburg, der BAUER Spezialtiefbau GmbH, Züblin Spezialtiefbau GmbH, Klebl GmbH und anderen – haben ergeben, dass das zu Grunde liegende EuGH-Urteil regelmäßig auf gewissen „Widerwillen“ stößt und bislang keine eindeutige praxisadäquate Handhabbarkeit vorliegt. Zahlreiche Sachbearbeiter beklagen zum einen eine zusätzliche Belastung. Sie sehen sich gezwungen, in gewissem Umfang die Rolle eines Planers zu übernehmen und zunächst Szenarien für potenzielle Nebenangebote durchzuspielen, um für ein möglichst breites Spektrum denkbarer Nebenangebote den Anforderungen des EuGH gerecht werden zu können. Zum anderen wird vielfach die

¹⁰⁴⁹ In diesem Zusammenhang darf nicht außer Acht gelassen werden, dass nicht die „Traunfellner-Entscheidung“ eine neue Rechtslage hinsichtlich der Tatsache geschaffen hat, dass Mindestanforderungen für Nebenangebote bereits vom Auftraggeber vorzugeben sind; das Urteil hat lediglich die europarechtlichen Regelungen angewandt und dahingehend inhaltlich konkretisiert, dass jedenfalls der bloße Verweis auf nationale Rechtsvorschriften, die Gleichwertigkeit fordern, nicht ausreicht; in der Praxis zeigt sich allerdings, dass diese Problematik der Mindestbedingungen erst seit dem zögerlichen Bekanntwerden der „Traunfellner-Entscheidung“ überhaupt eine Rolle spielt;

Ansicht vertreten, dass die Vorgabe des Europäischen Gerichtshofs die Grundintention von Nebenangeboten konterkariert, indem sie durch Vorgabe eines Katalogs von Mindestanforderungen den Spielraum für findige Bieter zur Abgabe von innovativen Alternativvorschlägen mehr als nötig einschränkt. Hinzu kommt, dass in der Praxis einige Vergabestellen aus Sorge, andernfalls den EuGH-Rechtsprechung nicht genüge zu tun und Nebenangebote nicht werten zu dürfen, dazu neigen, zu viele Mindestanforderungen vorzugeben. Dies begrenzt das Spektrum möglicher Alternativvorschläge noch mehr.

Die öffentlichen Auftraggeber versuchen in der Praxis der ihnen nunmehr bewusst gewordenen Verpflichtung zur Nennung von Mindestanforderungen für Nebenangebote parallel zur Entscheidungspraxis der Vergabekammern und -senate in sehr unterschiedlicher Weise nachzukommen. Dies wird beispielsweise versucht über die Vorgabe eines bestimmten Richtwerts (z.B. eine Mindestlebensdauer), die Vorgabe eines bestimmten Baumaterials, einer Mindestgüte für den Beton oder vielfach dem Hinweis, dass Nebenangebote mindestens den Konstruktionsprinzipien und den planerischen Vorgaben des Amtsentwurfs genügen müssten.

H) Zusammenfassung und eigener Ansatz

Auf der Basis der oben dargestellten Entscheidungen ergibt sich ein **Bild der Unsicherheit und Unklarheit in der deutschen Entscheidungspraxis** zur Frage der Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen vorzugeben. In Folge dessen ist der Versuch erforderlich, aus den Entscheidungen und der europäischen Rechtslage Vorgaben herzuleiten, wie die Problematik in der Praxis handhabbar gemacht werden könnte.

I. Nationale Situation: Unklarheit und Rechtsunsicherheit

Auch mehrere Jahre, nachdem der Europäische Gerichtshof die „Traunfellner-Entscheidung“ erlassen hat, **besteht in der Praxis sowohl bei ausschreibenden Stellen als auch bei den diese überprüfenden Vergabekammern und -senaten** nach wie vor **Unsicherheit** und eine **breite Palette von Auslegungsvarianten zur Frage der Mindestanforderungen für Nebenangebote**. Diese **Situation ist sowohl für die Auftraggeber als auch insbesondere für die Bieter höchst unbefriedigend**. Letztere betreiben regelmäßig erheblichen Aufwand für die Ausarbeitung von Nebenangeboten und sehen sich dem ständigen Risiko gegenüber, dass diese gar nicht gewertet werden, weil der Auftraggeber oder auch eine Vergabekammer oder ein –senat zu dem Schluss kommen, dass Nebenangebote im konkreten Verfahren nicht gewertet werden dürfen, weil keine oder nicht in ausreichender Weise Mindestbedingungen vom Auftraggeber definiert wurden. Das unbefriedigende Mo-

ment ist dabei für die Bieter insbesondere die bestehende Rechtsunsicherheit: Sie können nicht von vornherein abschätzen, wie die konkret vom Auftraggeber bezeichneten Mindestbedingungen am Ende des Verfahrens in einem potenziellen Nachprüfungsverfahren bewertet werden würden – als ausreichend mit der Folge, dass das Nebenangebot gewertet werden darf oder als nicht ausreichend mit der Konsequenz, dass es aus der Wertung fällt? Für öffentliche Auftraggeber ist diese Situation nicht minder unbefriedigend: Auch sie haben einen erheblichen Aufwand für die Prüfung und Wertung eingegangener Nebenangebote möglicherweise umsonst getätigt, wenn im weiteren Verlauf eine Vergabekammer zu dem Schluss kommt, dass die vorgegebenen Mindestanforderungen doch nicht ausgereicht haben und Nebenangebote daher gar nicht gewertet werden durften.

Fest steht angesichts der oben dargestellten Entscheidungen – dies jedoch nicht erst, seit sich der EuGH am 16.10.2003 in seinem Urteil zu dieser Problematik geäußert hat, sondern bereits seit Erlass der dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Regelwerke¹⁰⁵⁰ und der darauf basierenden nationalen Regelungen in § 25 a Nr. 3 VOB/A – **dass der Auftraggeber Mindestanforderungen anzugeben hat. Fest steht auch**, dass der Auftraggeber diese **Mindestanforderungen in den Vergabungsunterlagen vorzugeben** hat. Die Entscheidungen, die entgegen des ausdrücklichen Wortlauts der europäischen Richtlinien zu dem Schluss kommen, dass ein öffentlicher Auftraggeber keine Mindestbedingungen für Nebenangebote vorzugeben hat, können dieses Ergebnis nicht verändern. Sie müssen als „Ausreißer“ angesehen werden.

Fraglich ist jedoch – dies belegt die Vielzahl der nationalen Entscheidungen mit zum Teil diametralen Ergebnissen – **nach wie vor, in welcher Art und in welchem Umfang der Auftraggeber Mindestanforderungen für Nebenangebote vorzugeben hat**. In der täglichen Vergabep Praxis zeigen sich zwei Entwicklungen: Viele Ausschreibungsunterlagen enthalten nach wie vor ungeachtet der „Traunfellner-Entscheidung“ keinerlei Angaben, die als Mindestbedingungen eingestuft werden könnten. Andere Auftraggeber versuchen, durch häufig ausufernde und in der Praxis regelmäßig unkoordinierte und unsystematische Vorgaben die Anforderungen zu erfüllen. Auch die Situation in den hierzu ergangenen nationalen Entscheidungen vermag die Unklarheit nicht aufzulösen: Die Ergebnisse der Beschlüsse von Vergabekammern und -senaten reichen von der Ansicht, dass lediglich pauschale Hinweise, etwa auf die Beschreibung der nachgefragten Leistung im Hauptleistungsverzeichnis, ausreichen,¹⁰⁵¹ über die Forderung dezidierter und detaillierter Mindestan-

¹⁰⁵⁰ Hier: Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG;

¹⁰⁵¹ U.a. VK Stuttgart, NZBau 2004, 692; VK Lüneburg, IBR 2005, 108; VK Schleswig-Holstein, IBR 2004, 75;

forderungen¹⁰⁵² bis zu vermittelnden Ansichten, wie sie die VK Bund¹⁰⁵³ vertritt. Dabei ist – sicherlich zufällig – ein Nord-Süd-Gefälle zu erkennen: Während die Rechtsprechung im südlichen Bereich der Bundesrepublik Deutschland die Vorgaben aus dem Europarecht und der „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH eher strenger und restriktiv auslegt, sind im nördlichen Bereich eher aufweichende Tendenzen festzustellen.¹⁰⁵⁴

In vielen Entscheidungen ist die Tendenz festzustellen, die jeweilige Auslegung mit politischen bzw. philosophischen Motiven zu untermauern. Immer wieder finden sich in den Entscheidungsgründen Diskussionen, inwieweit es wettbewerbsspolitisch sinnvoll sei, den Auftraggeber zur vorherigen Bekanntgabe von Mindestanforderungen für potenzielle Nebenangebote zu bestimmen, deren Inhalt er noch nicht kennen kann und die im Sinne der technischen Innovation möglichst wenig von vornherein eingeschränkt sein sollen. Vielfach vertreten die Vergabekammern die Überzeugung, dass der Auftraggeber gar nicht in der Lage sei, Mindestanforderungen in einer Weise aufzustellen, dass sie alle denkbaren Nebenangebote einschließen. Das Risiko der Leistungsbeschreibung würde entgegen der vorgesehenen Systematik auch bezüglich der Nebenangebote damit wieder auf den Auftraggeber zurück verlagert. Dies würde dazu führen, dass die Innovation und insbesondere technische Weiterentwicklung durch Nebenangebote nicht mehr möglich wäre. Nebenangebote bestehen häufig darin, dass ein neuartiges Bauverfahren oder neuartige Baustoffe angeboten werden, die der Bieter selbst entwickelt hat.

Der Auftraggeber, der von diesen Möglichkeiten dann erst nach dem Öffnen der Angebote und damit zeitlich weit nach der Erstellung der Verdingungsunterlagen erfährt, könne damit in seinen Mindestanforderungen alle potenziellen Entwicklungen der Bieter nicht berücksichtigen. Damit **würde dies dazu führen, dass Neuentwicklungen in Form von Nebenangeboten nicht mehr möglich wären.** Dies, so die Überzeugung zahlreicher Vergabekammern, könne vom EuGH so nicht gewollt gewesen sein. Die Mindestanforderungen sollten lediglich gewährleisten, dass sich die Bieter über den Rahmen im Klaren sind, in dem sie von den Festlegungen des Amtsentwurfs abweichen dürfen. Die Verpflichtung zur Benennung von Mindestanforderungen für Nebenangebote dürfe danach nicht dazu führen, dass der Auftraggeber genötigt werde, ein konkretes und detailliertes „**Schattenleistungsverzeichnis**“ für potenzielle Nebenangebote zu erstellen.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵² So u.a. OLG Rostock, IBR 2005, 107; BayObLG, IBR 2004, 535; VK Sachsen-Anhalt, IBR 2005, 45; VK Köln, IBR 2004, 716; VK Nordbayern, Beschluss vom 22.12.2004, 320.VK-3194-49/04; vgl. auch Zusammenstellung von *Müller-Stoy* in: IBR 2005, 168;

¹⁰⁵³ U.a. Beschluss vom 14.12.2004, VK 2-208/04; IBR 2005, 168;

¹⁰⁵⁴ *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 10 VOB/A, Rdn. 20;

¹⁰⁵⁵ Vgl. u.a. VK Lüneburg, Beschluss vom 22.03.2006, VgK-05/2006; Beschluss vom 27.06.2005, VgK-23/2005; VK Bund, Beschluss vom 25.04.2005, VK 2-21/05; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.11.2004, VK-SH 28/04; *Weyand*, Ziff. 5734;

Aus wettbewerbspolitischer Sicht und unter dem Blickwinkel der technischen Weiterentwicklung am Bau ist diese Ansicht durchaus zu unterstützen. Sie findet jedoch keine ausreichende rechtliche Grundlage. Wie unter anderem das OLG Koblenz¹⁰⁵⁶ rechtlich zutreffend festgestellt hat, verfolgen die europäischen Rechtsgrundlagen zum Vergaberecht nicht vorrangig das Ziel der Praktikabilität der Vorgaben. Ziel ist einzig die Wahrung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsgrundsätze, hier vor allem der Gleichbehandlung aller Bieter sowie der Transparenz des Vergabevorganges. Insoweit weichen die nationalen Zielvorstellungen und Wünsche aus der Praxis von denen der europäischen Gesetzgebung und Rechtsprechung deutlich ab. Insbesondere der Grundsatz der Transparenz des Wettbewerbs, mit dem der Europäische Gerichtshof ausdrücklich seine „Traunfellner-Entscheidung“ begründet hat, hat in der Systematik höchste Priorität, die sich auch in § 97 Abs. 1 GWB auf nationaler Ebene deutlich widerspiegelt. Argumente wie eine problematische Umsetzbarkeit oder eine Kontraproduktivität in Sachen Innovation mögen aus praktischer Sicht sicherlich berechtigt sein, können aber auf Grund der rechtlichen Systematik nicht zur Auslegung Verwendung finden.¹⁰⁵⁷ Dass der mit den nationalen Vorschriften vorrangig verfolgte Zweck von Nebenangeboten, den technischen Sachverstand, die praktische Erfahrung und das Innovationspotenzial der Bieter zu nützen, um das Ergebnis des Vergabeverfahrens dadurch in dieser Weise optimieren zu können, auf diese Weise eine erhebliche Beeinträchtigung erfährt, muss angesichts der rechtlichen Systematik hingenommen werden.¹⁰⁵⁸

II. Eigener Ansatz zur Erforderlichkeit und inhaltlichen Gestaltung von Mindestanforderungen

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der EuGH in seinem „Traunfellner-Urteil“ lediglich festgelegt hat, dass der bloße Hinweis auf eine nationale Rechtsvorschrift ohne Bezug zum konkreten Vergabeverfahren nicht als Mindestanforderung ausreicht. Eine positive Festlegung, in welcher Weise und in welcher Detailtiefe solche zu nennen und zu erläutern sind, traf der EuGH nicht.¹⁰⁵⁹ Aus der Entstehungsgeschichte der der Entscheidung zu Grunde liegenden Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG lassen sich jedoch durchaus Ansätze entnehmen, mit welcher **Zielrichtung** die europäische Forderung nach der Vorgabe von Mindestanforderungen zu interpretieren ist. Der ursprüngliche Entwurf der Richtlinie enthielt zunächst keinerlei derartige Anforderung. Die Europäische Kommission verfolgte angesichts der Ausführungen in ihrer Entwurfsbegründung vielmehr das Ziel, den Unternehmen breite Möglichkeiten einzuräumen, Nebenangebote abzugeben, um Innovationen in der Bauwirtschaft zu fördern und den Technologie-Transfer zu fördern. Eine **zu enge Auslegung und das**

¹⁰⁵⁶ Beschluss vom 31.05.2006, 1 Verg 3/06;

¹⁰⁵⁷ OLG Koblenz, Beschluss vom 31.05.2006, 1 Verg 3/06; VK Düsseldorf, Beschluss vom 08.08.2005, VK-07/2005-B; *Weyand*, Ziff. 5737;

¹⁰⁵⁸ *Freise* in: NZBau, 2006, 548 ff.;

¹⁰⁵⁹ A.a.O.; *Steinkemper* in: NZBau 2004, 253 ff.; *Müller-Stoy* in: ibr-online 12/04;

Ansetzen zu strenger Maßstäbe im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Auftraggebers, Mindestanforderungen für Nebenangebote zu nennen, verbietet sich daher bereits aus diesem Grund.¹⁰⁶⁰

1. Erforderlichkeit der Vorgabe von Mindestanforderungen

Diese Frage des „Ob“ im Zusammenhang mit der Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber, Mindestbedingungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen vorzugeben, lässt wenig Spielraum für unterschiedliche Ansichten. Hierzu gibt nicht nur der EuGH in der „Traunfellner-Entscheidung“ eine Vorgabe. Diese ergibt sich insbesondere unmittelbar aus den europarechtlichen Vorgaben und dem Wortlaut der VOB/A. Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/97/EWG sagt klar aus:

*(1) „Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden sollen, **können die Auftraggeber von Bietern vorgelegte Änderungsvorschläge berücksichtigen, wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen.***

*(2) **Die öffentlichen Auftraggeber erläutern in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, und bezeichnen, in welcher Art und Weise sie eingereicht werden können. Sie geben in der Bekanntmachung an, ob Änderungsvorschläge nicht zugelassen werden.***

Ebenso klar ergibt sich dies aus der Nachfolgeregelung in Art. 24 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG:

*(3) **Lassen die öffentlichen Auftraggeber Varianten zu, so nennen sie in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Varianten erfüllen müssen, und geben an, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind.***

*(4) **Die öffentlichen Auftraggeber berücksichtigen nur Varianten, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen. (...)***

Die Neufassung 2006 der VOB/A, dort Abschnitt II, folgt der europäischen Vorgabe. § 25a Nr. 3 VOB/A besagt:

Der Auftraggeber berücksichtigt nur Nebenangebote, die die von ihm verlangten Mindestanforderungen erfüllen.

Für die Vergabe von Bauaufträgen mit einer **Auftragssumme ab den Schwellenwerten** des § 2 Nr. 4 VgV ergibt sich damit zweifelsfrei eine **Verpflichtung für die öffentlichen Auftraggeber, bereits in den Vergabeunterlagen Mindestbedingungen für potenzielle Nebenangebote jedenfalls zu nennen.** Bei Vergabeverfahren, die aktuell aufgenommen werden, ist nach dem Wortlaut des Art. 24 Abs. 3 VKR ein zusätzliches „Erläutern“ nicht mehr erforderlich. In Bezug auf § 25a Nr. 3 VOB/A ist festzustellen, dass dieser nicht ausdrücklich klar eine Verpflichtung statuiert, dass

¹⁰⁶⁰ Ausführlich dazu: Freise, in: NZBau, 2006, 548 ff.;

der Auftraggeber Mindestanforderungen vorgeben muss. Eindeutig geht aus der Regelung vielmehr lediglich hervor, dass ein Nebenangebot die vom Auftraggeber konkret *verlangten* Mindestanforderungen *erfüllen* muss (das heißt: sofern solche tatsächlich verlangt wurden).

Soweit die o.g. Entscheidungen die **Frage** thematisieren, **ob die Vorgabeverpflichtung gleichermaßen für technische und nicht technische Nebenangebote** gilt oder nur für kaufmännische oder aber nur für technische Nebenangebote, ist zunächst festzustellen, dass weder die europäischen Richtlinien noch die „Traunfellner-Entscheidung“ eine solche Unterscheidung treffen. Die Rede ist jeweils nur vom „Nebenangebot“ bzw. der „Variante“ allgemein ohne Konkretisierung nach „technisch“/„nicht technisch“. Die nationalen Entscheidungen, die eine Vorgabe technischer Mindestbedingungen nicht oder jedenfalls nicht in jedem Fall fordern,¹⁰⁶¹ überzeugen von ihrer Begründung her nicht. Sie untermauern ihre Feststellungen größtenteils nicht mit rechtlichen, sondern mit politischen Begründungen. Es mag im Interesse des Wettbewerbs und einem größtmöglichen Spektrum potenzieller Nebenangebote sicher wünschenswert sein – insbesondere aus Sicht der Bieter –, dass nicht durch vorformulierte Mindestbedingungen eine allzu große Einschränkung entsteht. Entscheidend ist aber die rechtliche Vorgabe. In Art. 19 BKR und 24 VKR ist ausdrücklich vorgeschrieben, dass öffentliche Auftraggeber für Nebenangebote Mindestbedingungen vorzugeben haben. Technische und kaufmännische Abweichungen vom Amtsentwurf, die die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, sind in jedem Fall jeweils „Nebenangebote“, so dass **für beide gleichermaßen die Vorgabe bezüglich der Mindestbedingungen gilt**. Ein sachlicher Grund für eine Unterscheidung ist aus rechtlicher Sicht nicht erkennbar.¹⁰⁶² Fest steht darüber hinaus, dass der Auftraggeber bei einer losweisen Ausschreibung die Mindestanforderungen an Nebenangebote für jedes Los separat festzulegen hat, wenn durch deren Zulassung Leistungspositionen anderer Lose betroffen sein können.¹⁰⁶³

Bei Vergabeverfahren, die eine **Bauleistung mit einem Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte** zum Gegenstand haben, fehlt eine ausdrückliche Anordnung. Die europäischen Richtlinien sind nicht anwendbar. Eine Verpflichtung, wie sie national § 25a Nr. 3 VOB/A statuiert, liegt in Abschnitt I der VOB/A ebenso nicht vor. Eine richtlinienkonforme Auslegung etwa der VOB/A darf nicht so weit gehen, diese Unterscheidung auszuhebeln. In diesem Fall gibt es damit **keine Verpflichtung** für öffentliche Auftraggeber, in den Vergabeunterlagen Mindestbedingungen für potenzielle Nebenangebote vorzugeben. Dies bestätigt auch die Systematik im Vergabehand-

¹⁰⁶¹ Vgl. oben IV.;

¹⁰⁶² So auch VK Brandenburg vom 01.03.2005, VK 8/05; VK Nordbayern, Beschluss vom 11.02.2005, 320.VK-3194-55/04; Beschluss vom 22.12.2004, 320.VK-3194-49/04; *Weyand*, Ziff. 5751;

¹⁰⁶³ VK Brandenburg, Beschluss vom 05.04.2005, VK 9/05; Beschluss vom 28.02.2005, VK 2/05; *Weyand*, Ziff. 5752;

buch Bund: Die Einheitlichen Verdingungsmuster (EVM) enthalten unterschiedliche Vorgaben bezüglich des Erfordernisses der Vorgabe von Mindestanforderungen bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nach § 2 Nr. 4 VgV und ab Erreichen derselben. In den EVM(B) BwB/E – anzuwenden durch öffentliche Auftraggeber bei nicht EU-weiten Vergaben – macht Ziff. 5.2 Vorgaben zu Mindestanforderungen. Dort heißt es:

„Sind an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt, müssen diese erfüllt werden; andernfalls müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Die Erfüllung der Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.“

Im Gegenzug dazu regelt Ziff. 5.2 im EVM(B) BwB/E EG für EU-weite Vergabeverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte:

„Sind Nebenangebote zugelassen, müssen sie die geforderten Mindestanforderungen erfüllen; dies ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.“

Es wird in diesen Auszügen deutlich, dass auch das Vergabehandbuch Bund eine unterschiedliche Anwendung der Mindestanforderungen postuliert: Bei nicht EU-weiten Vergabeverfahren müssen Nebenangebote Mindestanforderungen erfüllen, sofern solche vom Auftraggeber gestellt wurden. „*Andernfalls*“ – also in dem Fall, dass ein Auftraggeber solche Mindestanforderungen nicht vorgegeben hat, gilt das Erfordernis der Gleichwertigkeit. Das einschlägige EVM für EU-weite Ausschreibungen gehen selbstverständlich davon aus, dass „*die geforderten Mindestanforderungen*“ zu erfüllen sind. Eine Auswahlmöglichkeit, ob der Auftraggeber Mindestanforderungen vorgeben will oder nicht, stellt das VHB Bund nicht.

2. Inhaltliche Anforderungen an Mindestbedingungen für Nebenangebote

Wesentlich mehr **Unklarheit und Unsicherheit** herrscht in Zusammenhang mit der Frage, welchen inhaltlichen Anforderungen Mindestbedingungen für Nebenangebote genügen müssen. Dies mag daran liegen, dass sich eine Antwort auf diese Frage weder aus der „Traunfellner-Entscheidung“, noch aus den europarechtlichen Richtlinien (BKR und VKR), noch aus der VOB/A ergibt: Das „Traunfellner-Urteil“ weist nur darauf hin, dass ein bloßer Verweis auf eine Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot postulierende nationale Rechtsvorschrift nicht ausreicht. Die BKR und VKR besagen lediglich, dass öffentliche Auftraggeber Mindestbedingungen für Nebenangebote in den Vergabeunterlagen zu nennen und zu erläutern (BKR) beziehungsweise nur zu nennen (VKR) haben. § 25a Nr. 3 VOB/A spricht nur von „Mindestanforderungen“, ohne in irgendeiner Form nähere Anhaltspunkte zu deren Inhalt zu geben.

Die bloße Nennung nur formeller Mindestanforderungen, wie dies in der Praxis vielfach in Verdingungsunterlagen vorzufinden ist, wird jedenfalls den Anforderungen der Bau- bzw. nunmehr Vergabekoordinierungsrichtlinie sowie des „Traunfellner-Urteils“ **nicht gerecht**. Es ist auch nach überwiegender nationaler Rechtsprechung **erforderlich, dass der Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen jedenfalls ein Mindestmaß an inhaltlichen Anforderungen nennt**, denen künftige Nebenangebote genügen müssen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Artikel 19 der Baukoordinierungsrichtlinie, in der ausdrücklich unterschieden wird zwischen der „Art und Weise“, in der Nebenangebote einzureichen sind (also eben rein formelle Vorgaben) und den Mindestanforderungen an sich. Forderungen lediglich in Wiederholung der entsprechenden VOB/A-Regelungen, dass Nebenangebote beispielsweise als solche gekennzeichnet werden müssen und auf gesonderter Anlage zu fertigen sind, reichen nicht aus. Sie werden dem Transparenzgebot nicht gerecht.¹⁰⁶⁴ Ebenso sind auch die Vorgaben, die das Formblatt EVM(B)BWB/E 212 enthält, hinsichtlich der Verpflichtung des Auftraggebers zur Nennung von Mindestanforderungen für Nebenangebote, nicht ausreichend.¹⁰⁶⁵

Auch ein **bloßer Rückgriff auf die Anforderungen, die das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers zum Amtsentwurf enthält, ist nicht ausreichend**. Dieses betrifft nur Anforderungen, die an Hauptangebote gestellt werden. Sinn eines Nebenangebots ist definitionsgemäß jedoch gerade die Abweichung vom Hauptangebot. Eine Gleichstellung der Anforderungen an Hauptangebote mit denen an Nebenangebote müsste dazu führen, dass letztlich nur mehr marginal vom Amtsentwurf abweichende Nebenangebote zulässig wären. In der Konsequenz gäbe es praktisch keine Nebenangebote mehr, da diese per definitionem gerade aus einer Abweichung vom Hauptangebot bestehen.¹⁰⁶⁶

Der Vorzug ist – auch angesichts der oben dargestellten Historie der europarechtlichen Vorgaben – im Ergebnis einer **vermittelnden Ansicht** zu geben.¹⁰⁶⁷ Kritisch, aber als **zulässig** angesehen,¹⁰⁶⁸ wird entsprechend die **Mindestanforderung, dass Nebenangebote „den Konstruktionsprinzipien und den vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen“ muss**.¹⁰⁶⁹ Ausreichend ist ferner, wenn sich die **Mindestanforderungen aus dem Gesamtkontext der Verdin-**

¹⁰⁶⁴ OLG Koblenz, Beschluss vom 31.05.2006, 1 Verg 3/06; OLG München, Beschluss vom 05.07.2005, Verg 9/05; VK Münster, Beschluss vom 10.03.2006, VK 2/06; VK Nordbayern, Beschluss vom 07.11.2005, 320.VK-3194-35/05; VK Düsseldorf, Beschluss vom 08.08.2005, VK-07/2005-B; VK Bund, Beschluss vom 30.09.2005, VK 1-122/05; Beschluss vom 25.04.2005, VK 2-21/05; *Weyand*, Ziff. 5736 m.w.N.;

¹⁰⁶⁵ VK Bund, Beschluss vom 30.09.2005, VK 1-122/05; VK Brandenburg, Beschluss vom 05.04.2005, VK 9/05; Beschluss vom 01.03.2005, VK 8/05; *Weyand*, Ziff. 5739;

¹⁰⁶⁶ VK Bund, Beschluss vom 30.09.2005, VK 1-122/05; *Weyand*, Ziff. 5740;

¹⁰⁶⁷ So auch *Weyand*, Ziff. 5741 ff.;

¹⁰⁶⁸ VK Bund, Beschluss vom 14.07.2005, VK 1-50/05;

¹⁰⁶⁹ Die Deutsche Bahn verwendet diese Mindestanforderung in ihren „Bewerbungsbedingungen Bauleistungen“, dort Ziff. 4; vgl. *Weyand*, Ziff. 5748;

gungsunterlagen ergeben. Für den verständigen Bieter muss auf Grund der umfangreichen Anforderungen im Hauptleistungsverzeichnis wie zum Beispiel Hinweisen auf Vorgaben des Planfeststellungsbeschlusses, öffentlich-rechtlicher Genehmigungen, Vorgaben zu Abmessungen, Baustoffen, Be- und Entwässerungsanforderungen o.ä. erkennbar sein, welche baulichen und konstruktiven Mindestanforderungen sein Nebenangebot erfüllen muss.¹⁰⁷⁰ Die **ausdrückliche Angabe von Mindestbedingungen, denen Nebenangebote genügen müssen, ist demnach nur dort erforderlich, wo Nebenangebote eine Anforderung betreffen, die sich nicht schon aus diesem Gesamtzusammenhang ergibt.**¹⁰⁷¹ **Entscheidendes Kriterium** ist also jedenfalls die **Erkennbarkeit für den Bieter aus der Gesamtheit der Vergabe- und Verdingungsunterlagen**, welche Mindestanforderungen er zu beachten hat, wenn er auf eine konkrete Ausschreibung ein Nebenangebot ausarbeiten und einreichen will.¹⁰⁷²

Die genannten Mindestanforderungen müssen dabei jedenfalls auch nicht jedes Detail potenzieller Nebenangebote erfassen. Es **reicht aus, wenn der Auftraggeber den für ihn erkennbaren Rahmen umreißt**, in dem sich die gewünschte Leistung in Form eines Nebenangebots bewegen muss.¹⁰⁷³ Hier ist jedoch darauf zu achten, dass die ausdrücklichen Vorgaben der Bau- und der Vergabekoordinierungsrichtlinie nicht unterlaufen werden: Diese verlangen, dass der Auftraggeber Mindestanforderungen ausdrücklich nennen muss. Es reicht schon nach dem Wortlaut nicht aus, wenn vom Bieter erwartet wird, dass er lediglich aus den in den Vergabeunterlagen vom Auftraggeber beschriebenen Konstruktionsprinzipien selbst herleiten soll, welche Mindestanforderungen wohl für potenzielle Nebenangebote gelten sollen.

Eine **zulässige Möglichkeit** der Vorgabe von Mindestanforderungen für Nebenangebote ist laut der Entscheidungspraxis auch die einer **Negativabgrenzung**. Weder aus der Baukoordinierungsrichtlinie noch aus der nunmehr gültigen Vergabekoordinierungsrichtlinie ergibt sich, dass die Nennung von Mindestbedingungen in Form einer positiven Formulierung erfolgen müsse. Auch aus der „Traunfellner-Entscheidung“ lasse sich nur ableiten, dass es nicht ausreicht, lediglich auf eine nationale Rechtsvorschrift zu verweisen, die eine mit dem Hauptangebot gleichwertige Leistung fordert. Ausschlaggebend seien vielmehr der Zweck der Ausschreibung und die Zielsetzung der im Leistungsverzeichnis gesetzten Vorgaben.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷⁰ VK Bund, a.a.O.; Weyand, Ziff. 5748;

¹⁰⁷¹ Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 15.02.2005, 6 Verg 6/04;

¹⁰⁷² VK Arnsberg, Beschluss vom 16.08.2005, VK 13/2005;

¹⁰⁷³ Vergabekammer Arnsberg, Beschluss vom 13.06.2006, VK 15/06; Beschluss vom 16.08.2005, VK 13/12005;

¹⁰⁷⁴ VK Arnsberg, Beschluss vom 13.06.2006, VK 15/06 (hier hatte die VK die Mindestbedingung „Vollendung der Ausführung (...) spätestens 433 Tage nach Zuschlagserteilung“ für ausreichend erachtet, vgl. oben E VII 15.; VK Münster, Beschluss vom 25.01.2006, VK 23/05;

Festzuhalten ist des Weiteren, dass die Verpflichtung des Auftraggebers, Mindestanforderungen für Nebenangebote zu nennen, **nicht** bedeutet, dass er **gesetzliche Bestimmungen bzw. Rechtsverordnungen** – z.B. BImSchG, BBodSchG, KrW-/AbfG o.ä. – in den Ausschreibungsunterlagen **zu wiederholen** hat. Er ist nicht gehalten, die aus allgemein geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften abzuleitenden Prozess- oder Produktanforderungen in den Vergabeunterlagen zu benennen.¹⁰⁷⁵ Der bloße Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift ohne konkreten Bezug auf die Ausschreibung reicht nach der ausdrücklichen Aussage des „Traunfellner-Urteils“ nicht aus als Mindestanforderung für Nebenangebote. Andererseits sollen nach der Rechtsprechung behördliche Runderlasse, die bestimmte, konkrete Anforderungen zum Beispiel im baulichen oder umweltschutztechnischen Bereich stellen, die Anforderungen des EuGH aus der „Traunfellner-Entscheidung“ erfüllen.¹⁰⁷⁶ Auch die **Vorgabe eines Baugrund- und Gründungsgutachtens** mit dem Verweis, dass Nebenangebote diesem genügen müssen, soll als Mindestbedingung ausreichen.¹⁰⁷⁷

Das heißt – negativ abgegrenzt – im Ergebnis:

- Die **bloße Vorgabe formeller Mindestanforderungen reicht nicht aus**.
Art. 24 Abs. 3 VKR unterscheidet klar zwischen „Mindestanforderungen“ und der „Art und Weise“, wie Nebenangebote einzureichen sind, also formellen Vorgaben
- Der **Verweis auf nationale Vorschriften, die Gleichwertigkeit fordern, genügt nicht** den Anforderungen.
Das geht unmittelbar aus der „Traunfellner-Entscheidung“ hervor.
- Der **Verweis auf das Hauptleistungsverzeichnis reicht nicht aus**.
Dies genügt nicht der Anforderung, dass Mindestanforderungen für Nebenangebote (positiv) zu nennen sind. Die Angaben im Hauptleistungsverzeichnis beziehen sich ausdrücklich nur auf das Hauptangebot.
- Die **Verpflichtung** des Auftraggebers, die **Hauptleistung nach den Kriterien des § 9 VOB/A auszuschreiben, reicht nicht als „Ersatz“ für die Vorgabe von Mindestanforderungen**.
Der anders lautenden Entscheidung der VK Lüneburg¹⁰⁷⁸ kann nicht gefolgt werden. Bereits die Frage, ob es sich bei § 9 VOB/A um eine Verpflichtung oder lediglich für den Auftraggeber bestehende Obliegenheit handelt, ist strittig.¹⁰⁷⁹ Die Anforderungen des § 9 VOB/A richten sich aber jedenfalls nur an den Auftraggeber und betreffen ausschließlich die Beschreibung der Haupt-

¹⁰⁷⁵ Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 05.04.2005, 6 Verg 1/05; *Weyand*, Ziff. 5747;

¹⁰⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.01.2005, Verg 106/04; *Weyand*, a.a.O.;

¹⁰⁷⁷ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.08.2005, 1 VK 43/05; *Weyand*, a.a.O.;

¹⁰⁷⁸ Vgl. oben E VII 9;

¹⁰⁷⁹ Vgl. *Quack*, u.a. in *BauR* 1998, 381 ff.;

leistung, nicht die Beschreibung der Leistung eines Nebenangebots durch den Bieters.

Positiv formuliert, ergeben sich also **folgende Vorgaben an die Mindestanforderungen für Nebenangebote:**

Die Mindestanforderungen **müssen ausdrücklich als solche genannt werden**. Sie müssen **zumindest aus dem Gesamtkontext der Verdingungsunterlagen ausreichend eindeutig hervorgehen**. Der Auftraggeber muss Mindestbedingungen formulieren, die sich **konkret auf die potenziellen Nebenangebote** und nicht nur auf die Hauptleistung **beziehen**. Im Ergebnis leiten sich die Mindestanforderungen für Nebenangebote aus der Bau- und Leistungsbeschreibung des Amtsentwurfs ab. Dies ergibt sich daraus, dass Nebenangebote gleichwertig mit dem Hauptangebot zu sein haben. Insoweit kann der Auftraggeber nicht Mindestanforderungen für Nebenangebote aufstellen, die quantitativ oder qualitativ mehr fordern als dies Hauptangebote auf den Amtsentwurf erfüllen müssen. Damit hätte ein Nebenangebot keine Möglichkeit mehr, als das wirtschaftlichste Angebot gewertet zu werden, da in diesem Fall der Preis systembedingt höher liegen würde als der der Hauptangebote. **Die Gleichwertigkeit kann der Auftraggeber bei der Wertung nur unter Heranziehung der Mindestanforderungen beurteilen**. Sie sind insoweit als **Wertungs- und Zuschlagskriterien** anzusehen. Dies lässt sich auch aus dem Vergabehandbuch Bund herleiten, das eine direkte Verbindung zwischen dem Erfordernis der Gleichwertigkeit und den Mindestanforderungen herstellt. Das für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nach § 2 Nr. 4 VgV einschlägige Einheitliche Verdingungsmuster EVM(B) BwB/E räumt insoweit vom öffentlichen Auftraggeber gestellten Mindestanforderungen eine Priorität gegenüber dem Gleichwertigkeitserfordernis ein. Ziff. 5.2 dort lautet: *„Sind an Nebenangebote Mindestanforderungen gestellt, müssen diese erfüllt werden; andernfalls müssen sie im Vergleich zur Leistungsbeschreibung qualitativ und quantitativ gleichwertig sein. Die Erfüllung der Mindestanforderungen bzw. die Gleichwertigkeit ist mit Angebotsabgabe nachzuweisen.“* Das Erfordernis der Gleichwertigkeit gilt nach diesem Wortlaut nur dann, wenn keine Mindestanforderungen gestellt sind; diese sind vorrangig zu erfüllen.

Die Mindestbedingungen können und müssen dabei nicht in allen Einzelheiten die Leistung künftiger Nebenangebote vorschreiben. Dies ist weder möglich noch sinnvoll, da andernfalls tatsächlich der Spielraum für jegliche Innovation wettbewerbswidrig verkürzt wäre. Ausdrücklich für zulässig befunden hatte die VK Bund,¹⁰⁸⁰ wenn ein Auftraggeber als Mindestanforderung vorgibt, „dass Nebenangebote den Konstruktionsprinzipien und den vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen muss. Dies entspricht im Ergebnis lediglich der Forderung, dass Gleichwertigkeit mit dem Amtsentwurf bestehen muss, so dass diese Möglichkeit der Abfassung

¹⁰⁸⁰ VK Bund, Beschluss vom 14.12.2004, vgl. oben E VII 3;

von Mindestbedingungen mit Vorsicht zu genießen ist. Sie entspricht allenfalls dem Minimum der Anforderungen. Wenn der Auftraggeber auf Nummer sicher gehen will und sich nicht dem Risiko aussetzen will, dass eine andere Vergabekammer Mindestbedingungen in dieser Form nicht für ausreichend hält, ist ihm zu empfehlen, detaillierter und umfangreicher vorzugeben.

Ein **Anhaltspunkt**, in welcher Form Mindestanforderungen für Nebenangebote formuliert werden können, kann aus der **Bauproduktenrichtlinie 89/106/EWG**¹⁰⁸¹ hergeleitet werden. Deren Anhang I lautet wie folgt:

„Wesentliche Anforderungen

Mit den Bauprodukten müssen Bauwerke errichtet werden können, die (als Ganzes und in ihren Teilen) unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit gebrauchstauglich sind und hierbei die nachfolgend genannten wesentlichen Anforderungen erfüllen, sofern für die Bauwerke Regelungen gelten, die entsprechende Anforderungen enthalten. Diese Anforderungen müssen bei normaler Instandhaltung über einen wirtschaftlichen angemessenen Zeitraum erfüllt werden. Die Anforderungen setzen normalerweise vorhersehbare Einwirkungen voraus.

1. Mechanische Festigkeit und Standsicherheit

Das Bauwerk muss derart entworfen und ausgeführt sein, daß die während der Errichtung und Nutzung möglichen Einwirkungen keines der nachstehenden Ereignisse zur Folge haben:

- a) Einsturz des gesamten Bauwerks oder eines Teils;*
- b) größere Verformungen in unzulässigem Umfang;*
- c) Beschädigungen anderer Bauteile oder Einrichtungen und Ausstattungen infolge zu großer Verformungen der tragenden Baukonstruktion;*
- d) Beschädigungen durch ein Ereignis in einem zur ursprünglichen Ursache unverhältnismäßig großen Ausmaß.*

2. Brandschutz

Das Bauwerk muss derart entworfen und ausgeführt sein, dass bei einem Brand

- die Tragfähigkeit des Bauwerks während eines bestimmten Zeitraums erhalten bleibt,*
- die Entstehung und Ausbreitung von Feuer und Rauch innerhalb des Bauwerks begrenzt wird,*
- die Ausbreitung von Feuer auf benachbarte Bauwerke begrenzt wird,*

¹⁰⁸¹ Richtlinie des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte;

- die Bewohner das Gebäude unverletzt verlassen oder durch andere Maßnahmen gerettet werden können,
- die Sicherheit der Rettungsmannschaften berücksichtigt ist.

3. Hygiene, Gesundheit und Umweltschutz

Das Bauwerk muss derart entworfen und ausgeführt sein, daß die Hygiene und die Gesundheit der Bewohner und der Anwohner insbesondere durch folgende Einwirkungen nicht gefährdet werden:

- Freisetzung giftiger Gase,
- Vorhandensein gefährlicher Teilchen oder Gase in der Luft,
- Emission gefährlicher Strahlen,
- Wasser- oder Bodenverunreinigung oder -vergiftung,
- unsachgemäße Beseitigung von Abwasser, Rauch und festem oder flüssigem Abfall,
- Feuchtigkeitsansammlung in Bauteilen und auf Oberflächen von Bauteilen in Innenräumen.

4. Nutzungssicherheit

Das Bauwerk muss derart entworfen und ausgeführt sein, dass sich bei seiner Nutzung oder seinem Betrieb keine unannehmbaren Unfallgefahren ergeben, wie Verletzungen durch Rutsch-, Sturz- und Aufprallunfälle, Verbrennungen, Stromschläge, Explosionsverletzungen.

5. Schallschutz

Das Bauwerk muss derart entworfen und ausgeführt sein, dass der von den Bewohnern oder von in der Nähe befindlichen Personen wahrgenommene Schall auf einem Pegel gehalten wird, der nicht gesundheitsgefährdend ist und bei dem zufriedenstellende Nachtruhe-, Freizeit- und Arbeitsbedingungen sichergestellt sind.

6. Energieeinsparung und Wärmeschutz

Das Bauwerk und seine Anlagen und Einrichtungen für Heizung, Kühlung und Lüftung müssen derart entworfen und ausgeführt sein, dass unter Berücksichtigung der klimatischen Gegebenheiten des Standortes der Energieverbrauch bei seiner Nutzung gering gehalten und ein ausreichender Wärmekomfort der Bewohner gewährleistet wird.“

Die Beschreibung der Mindestanforderungen im Sinne der BKR, VKR bzw. von § 25a Nr. 3 VOB/A muss freilich nicht alle Punkte und Kriterien abdecken, die Anhang I der Bauproduktenrichtlinie erfasst. Hieraus ergeben sich aber Maßgaben, in welcher Form solche Mindestbedingungen formuliert werden können. Es ist **nicht zu fordern, dass der Auftraggeber hierfür einen Leistungskatalog aufstellt, der einen Detaillierungsgrad der Leistungsbeschreibung nach § 9 VOB/A und den Abschnit-**

ten 0 der ATV DIN 18299 ff. in Teil C der VOB erreicht. Dabei würde vom Auftraggeber Unmögliches gefordert – es ist nicht Aufgabe und entspricht nicht dem System der VOB/A, dass der Auftraggeber ein Leistungsverzeichnis für ein Nebenangebot aufstellt. Die Vergabestelle hat lediglich zentrale Anhaltspunkte im Sinne eben von Mindestkriterien zu formulieren.

Von der Dichte und der Detailtiefe der Beschreibung **sind Mindestanforderungen in Anlehnung an eine funktionale Leistungsbeschreibung zu formulieren.** Insoweit ist **§ 9 Nr. 16 Abs. 1 VOB/A entsprechend heranzuziehen.** Der Auftraggeber hat demnach Mindestbedingungen für Nebenangebote so zu gestalten, dass die Bieter alle für die Ausarbeitung des Nebenangebots maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen kann und in der sowohl der „Mindestzweck“ der fertigen Leistung als auch die an sie gestellten technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten (Mindest-)Anforderungen angegeben sind. Das heißt: Der **Auftraggeber ist somit gehalten, aus der Bau- und Leistungsbeschreibung des Amtsentwurfs die Kriterien und Aspekte zu entnehmen, die für ihn von zentraler Bedeutung sind und die auch Nebenangebote – mindestens – erfüllen müssen.** Diese Kriterien können etwa Mindestbedingungen hinsichtlich der **Maße, der Dimensionierung, Tragfähigkeit, Lebensdauer, Gebrauchstauglichkeit, Funktionalität oder des Wartungsaufwands** vorgeben. Für nicht technische Nebenangebote können solche Mindestanforderungen beispielsweise in Form einer zulässigen negativen Abgrenzung darin bestehen, dass ein Auftraggeber vorgibt, dass die Bauzeit eine Dauer von x Monaten nicht überschreiten darf.

Schreibt ein Auftraggeber zum Beispiel ein Personenbeförderungssystem („Aufzug“) für ein Krankenhaus oder ein anderes öffentliches Gebäude aus, bestehen theoretisch verschiedene technische Möglichkeiten zur Lösung. Wenn der Amtsentwurf einen herkömmlichen Aufzug mit mittig angeordneten Seilen vorsieht, besteht die theoretische Möglichkeit, alternativ eine Rollenführung an den Seiten oder eine Hydraulik unter der Plattform der Kabine auszuführen. Auch bezüglich der Gestaltung der Kabine, der Türmechanismen usw. gibt es aus technischer Sicht Variationsmöglichkeiten. Hier könnte der Auftraggeber als Mindestanforderungen vorgeben: *„Alternative Vorschläge im Rahmen eines Nebenangebots müssen mit dem Hauptangebot gleichwertig sein. Sie müssen insbesondere mindestens über zwei unabhängig voneinander steuerbare Kabinen mit einem Fassungsvermögen von jeweils x Personen verfügen. Die Beförderungskapazität muss mindestens x Personen pro Stunde betragen. Die regulären Wartungsintervalle müssen mindestens x Monate betragen. (...).“* Die Vorgabe von Mindestanforderungen macht hier auch praktisch Sinn: Eine technische Alternative für die Lösung der hier gestellten Bauaufgabe besteht beispielsweise darin, einen so genannten „Plattformaufzug“ einzubauen. Es handelt sich dabei um eine Konstruktion, die nicht eine geschlossene Kabine vorsieht, sondern nur eine Plattform ohne Seitenwände. Aus Sicherheitsgründen dürfen solche Auf-

zulanlagen nach den Vorschriften der entsprechenden Maschinenrichtlinie nur in Begleitung von eingewiesenem Personal benützt werden und dürfen nur von diesem mit einem speziellen Schlüssel in Betrieb zu nehmen sein. Das kann für den Betreiber zwar eine erhebliche Einsparung von Kosten bei der Errichtung, andererseits aber erheblichen zusätzlichen organisatorischen Aufwand bedeuten. Er muss dafür sorgen, dass ständig eingewiesenes Personal in Bereitschaft steht, um eine ständige Nutzbarkeit des Plattformaufzuges gewährleisten zu können. Um die Wertbarkeit eines solchen Nebenangebots nicht erst auf der Wertungsstufe der Gleichwertigkeit zu diskutieren, ist es sinnvoll, wenn der Auftraggeber als weitere Mindestanforderung bereits in den Verdingungsunterlagen beispielsweise vorgibt: *„Etwaige technische Alternativlösungen müssen eine unverschlüsselte öffentliche Benützung ohne Zuhilfenahme gesondert eingewiesenen Personals gewährleisten.“*

Ist beispielsweise der Neubau einer Bahnunterführung zu vergeben und sieht der Amtsentwurf die Ausführung in Form von zwei voneinander getrennten Röhren vor, gibt es technisch denkbare Alternativen möglicherweise in Form einer vorgebauten und nach Fertigstellung hydraulisch eingeschobenen Brücke. Die Beschreibung der Mindestanforderungen für Nebenangebote könnte wie folgt lauten: *„Das Bauwerk muss mindestens zwei Fahrspuren pro Fahrtrichtung ermöglichen mit einer Mindestbreite von jeweils x Metern. Es muss eine bauliche Trennung der beiden Fahrtrichtungen vorgesehen werden. Pro Fahrtrichtung ist ein Geh- und Radweg mit einer Mindestbreite von x Metern vorzusehen. Während der Bauzeit muss gewährleistet sein, dass der Zugverkehr im Bereich der Baustelle ohne Einschränkungen aufrecht erhalten bleiben. (...)“*

I) Kritik

Die europäischen Vorgaben und die „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH stehen im Ergebnis im Widerspruch zur Systematik und zum grundlegenden Sinn von Nebenangeboten nach dem nationalen Verständnis in der deutschen Vergabepaxis. Dies mag der Grund dafür sein, dass bis heute keine einheitliche und damit auch noch keine allgemeinverbindliche, praktikable, für alle Beteiligten an einem Vergabeverfahren sichere Umsetzung der Vorgaben des EuGH erkennbar ist.

Wie oben bereits ausführlich dargelegt und wie von vielen nationalen Vergabekammern in den oben besprochenen Entscheidungen angeführt und unterstrichen, liegt der Wesensgehalt von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten gerade darin, dass dem Bieter durch die Zulassung von Nebenangeboten die Möglichkeit eingeräumt wird, eigene Kreativität zu entfalten und eigene Ideen einzubringen. Dies gerade kann ihm entscheidende Vorteile im Wettbewerb zu den anderen Bietern bringen. Mit der bis dato „freien“ Entfaltungsmöglichkeit für den Bieter bei der Ausarbei-

tung eigener Planungen und Verfahren, wie der ausgeschriebene Erfolg billiger, schneller oder rationeller erreicht werden könnte, war darüber hinaus auch ein potenzieller Nutzen für den Auftraggeber verbunden: Nebenangebote eröffneten ihm die potenzielle Chance, dass ein findiger Bieter mit einer wesentlich effektiveren Alternative das im Amtsvorschlag vorgesehene Verfahren übertraf und dem Bauherrn damit half, beispielsweise Kosten und Bauzeit zu sparen. Der Wesensgehalt von Änderungsvorschlägen liegt letztlich genau darin, dass ein fachkundiger Bieter eine Lösung anbietet, die nicht nur vom Leistungsverzeichnis des Auftraggebers abweicht, sondern regelmäßig dem Ausschreibenden selbst in dem Zeitpunkt gar nicht bekannt ist, in dem er die Verdingungsunterlagen erstellt oder erstellen lässt. Diese grundsätzlich kontraproduktive Wirkung führte in der Literatur zu kritischen Stimmen zur Traunfellner-Entscheidung. *Schulze-Hagen* etwa fragt: „**Entwickelt sich das Vergaberecht zur Innovationsbremse ?**“ und warnt davor, die Hürden für die Zulassung von Änderungsvorschlägen zur Wertung nicht zu hoch zu legen.¹⁰⁸² Noch zitiert vom „Tod der Nebenangebote“¹⁰⁸³. *Franz* bezweifelt, dass es Vergabestellen künftig gelingen könne, für Nebenangebote technische Mindestanforderungen zu formulieren, ohne dabei auf das Bieter-Know-How zurückgreifen zu können.¹⁰⁸⁴

Diese Vorzüge scheinen nun ausgebremst, nachdem der EuGH nunmehr den Auftraggeber in die Pflicht nimmt, selbst die inhaltlichen Mindestanforderungen vorzugeben, wenn er nicht Gefahr laufen will, dass er gewünschte und eingereichte Nebenangebote nicht werten darf, weil er in seinen Verdingungsunterlagen die vom EuGH vorgegebenen Voraussetzungen nicht erfüllt hat. Das allerdings bringt für die Rolle des Nebenangebots Unwägbarkeiten in zwei Richtungen mit sich: Der Auftraggeber kann zu wenige oder zu viele Mindestanforderungen vorgeben.

Im ersten Fall ist zwar der theoretische kreative Raum für die Bieter größer und die Chance, dass ein Bieter beispielsweise ein sehr fortschrittliches Bauverfahren einbringen kann, das auf Grund von dessen Neuartigkeit von zu detaillierten Mindestanforderungen des Auftraggebers faktisch nicht erfasst sein könnte. Im Ergebnis laufen Auftraggeber und Bieter in diesem Fall jedoch Gefahr, dass auf Intervention eines konkurrierenden, unterlegenen Mitbieters dieses per Nebenangebot in den Wettbewerb eingeführte fortschrittliche Bauverfahren aus der Wertung fällt, weil die Ausschreibungsunterlagen nicht den von EuGH aufgestellten Anforderungen genügt.

Auch der Fall, dass der Auftraggeber dieser Gefahr des Ausschlusses von Nebenangeboten aus der Wertung damit zu begegnen versucht, dass er von vornherein sehr viele und sehr detaillierte Mindestanforderungen für Änderungsvorschläge vorgibt, kann letztlich Nachteile mit sich bringen: Zwar bietet die Ausschreibung nunmehr

¹⁰⁸² in: IBR 2005, 107;

¹⁰⁸³ In: IBR 2004, 272;

¹⁰⁸⁴ in: IBR 2005, 46;

keine Angriffsfläche mehr dahingehend, dass ein unterlegener Bieter mit einem Nachprüfungsantrag erreichen kann, dass konkurrierende Nebenangebote nicht gewertet werden dürfen. Im Gegenzug aber hat er mit seiner Vorgehensweise inhaltlich den kreativen Spielraum für die Bieter deutlich beschnitten. Er kann damit möglicherweise selbst den Weg für eine besonders innovative und für ihn mit gewichtigen Vorteilen verbundene Alternative zu seinem Amtsvorschlag versperrt haben.

Der Gehalt an Neuerungen, die die Traunfellner-Entscheidung für die Vergabeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland mit sich brachte, darf aber auch nicht überbewertet werden: Zum einen ist immer wieder darauf hinzuweisen, dass nicht der Europäische Gerichtshof diese Verpflichtung für den Auftraggeber „erfunden“ hat, sondern in seiner „Traunfellner-Entscheidung“ nur das angewandt und umgesetzt hat, was die Baukoordinierungsrichtlinie bereits seit Jahren – für viele Beteiligte unerkannt – vorgibt. Insoweit ist zwar für viele Vergabestellen ebenso wie Bieter faktisch neu, dass der Auftraggeber bereits in den Verdingungsunterlagen eigene Vorgaben zu machen hat, welche Mindestanforderungen er an zu erwartende Nebenangebote und Änderungsvorschläge stellt. Der **Planungsspielraum für die Bieter**, die **mit einem Nebenangebot** den Amtsvorschlag übertreffen wollen, um so den Zuschlag zu erhalten, war aber **auch vor dem Urteil des EuGH im Oktober 2003 sowie vor Einführung der Baukoordinierungsrichtlinie** bereits auf Grund der nationalen Vorgaben **nicht uneingeschränkt**: Es darf nicht übersehen werden, dass auch bisher bereits nationale Entscheidungen zu § 25 VOB/A klar vorgegeben hatten, dass Nebenangebote und Änderungsvorschläge nur dann gewertet werden dürfen, wenn sie mit dem Hauptangebot „gleichwertig“ sind.¹⁰⁸⁵

Es steht zu hoffen, dass diese aktuelle Unsicherheit für die Auftraggeber indirekt proportional zur Zahl der zu dieser Problematik vorliegenden Entscheidungen nationaler Vergabekammern und -senate abnimmt. Die nationalen Entscheidungsträger sind berufen, die für die tägliche Praxis zu pauschalen Maßgaben des EuGH in „anwendbare“ Vorgaben zu konkretisieren. Dort zeigt sich, dass eine Vielzahl von Auftraggebern angesichts der Traunfellner-Entscheidung nicht einordnen können, in welcher Art, in welchem Umfang und in welcher Detailtiefe sie „Mindestanforderungen“ vorgeben müssen, um eine ausgeglichene Bilanz aus Nachprüfungsfestigkeit für die Nebenangebot und Planungsspielraum für die Bieter gewährleisten zu können.

Nicht nur bei den Auftraggebern herrscht Unsicherheit über die Frage, in welcher Regelungsdichte, in welchem Umfang und in welcher Konkrettheit und Detailtiefe sie Mindestanforderungen vorgeben müssen, um sich den Weg, Nebenangebote werten

¹⁰⁸⁵ U.a. OLG Koblenz, Beschluss v. 05.09.02, 1 Verg 4/02; OLG Brandenburg, Beschluss v. 20.08.02, Verg W 6/02; VK Sachsen, Beschluss v. 23.05.03, 1/SVK/030-03; VK Bremen, Beschluss v. 04.03.03, VK 2/03; VK Sachsen, Beschluss v. 10.03.03, 1/SVK/012-03;

zu können, offen halten zu können. Die oben ausführlich dargestellte Entscheidungspraxis deutscher Vergabekammern und -senate verdeutlicht, dass auch in diesem Bereich eine gewisse Hilflosigkeit und Verwirrung besteht. Vielfach ist der Wunsch Vater des Gedankens: Einige Entscheidungen, wie etwa die der VK Bund vom 14.12.2004,¹⁰⁸⁶ verweisen in ihren Begründungen ausdrücklich darauf, welche Hintergründe der Tenor verfolgt: Den Auftraggebern dürfe nicht die realistische Möglichkeit genommen werden, innovative Vorschläge von Bietern zu berücksichtigen. Die Kreativität und die Chancen für eine insbesondere technische Weiterentwicklung am Bau, die vielfach im Wege von Nebenangeboten voran schreitet, dürfe nicht eingeschränkt werden.

Dieser Auffassung ist inhaltlich uneingeschränkt zu folgen. Die Forderung aus dem Europarecht nach ausreichender Transparenz im Wettbewerb ist sicherlich gerechtfertigt und europarechtlich ausdrücklich vorgegeben. Ebenso berechtigt ist auch die Sorge, dass die positiven Effekte, die Nebenangebote mit sich bringen, gebremst und nachhaltig gestört werden. Für diese Sorge ist bei der rechtlichen Beurteilung durch die zur Entscheidung berufenen Vergabekammern und -senate kein Raum. Hier darf es nicht um vergabepolitische und technische Wünsche gehen. Entscheidend ist auf Grund der rechtlichen Systematik der Vergabevorschriften das, was der Gemeinschaftsvertrag der Europäischen Union an Wettbewerbsgrundsätzen enthält. Dies ist nun einmal der Grundsatz der Transparenz, den der EuGH auch zur Begründung seiner „Traunfellner-Entscheidung“ herangezogen hat. Unter diesen Grundsätzen findet sich – auch wenn das im Ergebnis zu Recht bedauert wird - jedoch nicht der Grundsatz, dass der technische Fortschritt durch den Wettbewerb forciert werden soll. Insoweit sind zwar auch nationale Entscheidungen, die versuchen, die Behinderungen für Nebenangebote in Folge der europäischen Vorgaben zu minimieren, aus der Gesamtsicht zu begrüßen. Sie sind aber, wenn sie die Anforderungen an die Verpflichtung des Auftraggebers, Mindestanforderungen für Nebenangebote in seinen Verdingungsunterlagen vorzugeben, zu sehr herabsetzen, mit dem Wortlaut der europäischen Vorgaben schlicht nicht vereinbar.

Es bleibt im Interesse der Rechtsklarheit und -sicherheit zu hoffen, dass sich möglichst zeitnah eine klarere Linie herauskristallisiert, wie die europäischen Vorgaben in der Praxis umgesetzt werden können und müssen. Die Unsicherheit ist sowohl für Auftraggeber als auch insbesondere für Bieter ein unhaltbarer Zustand. Gerade in den Zeiten harten Wettbewerbs am Bau stellt es für die Unternehmer eine unzumutbare Belastung dar, Nebenangebote auszuarbeiten und dabei im Einzelfall mit einkalkulieren zu müssen, dass sie den Aufwand bereits aus dem Grund umsonst betreiben, weil die vom Auftraggeber vorgegebenen Mindestanforderungen möglicherweise hinter dem zurück bleiben, was die Richtlinien und die nationalen Vorgaben in der VOB/A fordern und dann ihr Nebenangebot trotz ausdrücklicher Zulassung

¹⁰⁸⁶ Az. VK 2-208/04;

nicht gewertet werden darf. Insoweit wird insbesondere die europarechtliche Forderung, mittelständische Interessen zu fördern, ins Gegenteil verkehrt: Gerade mittelständische Betriebe können diesen unsicheren Mehraufwand wesentlich schwerer verkraften als Großkonzerne.

Wünschenswert wäre es insoweit gewesen, wenn der EuGH die Chance, die ihm das Traunfellner-Verfahren gegeben hat, genützt und nicht nur eröffnet hätte, wie es nicht geht („keine bloße Wiederholung nationaler Rechtsvorschriften, die fordern, dass Nebenangebote gleichwertig mit dem Hauptangebot sein müssen“), sondern positiv formuliert und eine Handlungsanweisung erteilt hätte, wie die Baukoordinierungsrichtlinie handzuhaben ist. Bis eine solche ergeht, scheint die vermittelnde Lösung, die unter anderem die VK Bund¹⁰⁸⁷ vorschlägt, der richtige Weg zu sein, eine zulässige Balance zu finden zwischen der Einhaltung der europarechtlichen Anforderungen und der Gewähr eines möglichst intensiven technischen Wettbewerbs.

J) Exkurs: Rügeerfordernis bezüglich fehlender Mindestanforderungen

Eine erhebliche Bedeutung in der Praxis hat im Zusammenhang mit Nebenangeboten und der Thematik der vom Auftraggeber vorzugebenden Mindestanforderungen die Frage des Rügeerfordernisses. § 107 Abs. 3 GWB gibt vor, dass ein Bieter einen Vergabeverstoß unverzüglich zu rügen hat, um einen zulässigen Nachprüfungsantrag stellen zu können. In Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte ergibt sich für unterlegene Bieter nicht selten eine Möglichkeit, die Entscheidung des Auftraggebers zu Gunsten eines Nebenangebots eines Konkurrenten nachträglich auszuhebeln. Im Zusammenhang mit dem europarechtlichen Postulat an den Auftraggeber, in den Verdingungsunterlagen Mindestanforderungen vorgeben zu müssen, ergeben sich mehrere Fallkonstellationen, die im Kontext mit dem Rügeerfordernis aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu beleuchten sind.

I. Fallkonstellationen in der Vergabepaxis

In der Praxis sind seit Veröffentlichung des Traunfellner-Urteils des EuGH inzwischen zahlreiche Fälle festzustellen, in denen folgende Konstellation vorliegt: In einem Vergabeverfahren hat der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen. Ein Bieter reicht selbst Nebenangebote ein. Im Rahmen der Wertung unterliegt er – der Auftraggeber informiert, dass er den Zuschlag auf das Nebenangebot eines anderen Bieters erteilen will. Der unterlegene Bieter rügt daraufhin (erstmalig), dass der Zuschlag auf ein Nebenangebot nicht erteilt werden dürfe, weil der Auftraggeber gegen

¹⁰⁸⁷ Beschluss vom 14.12.2004, VK 2-208/04, siehe oben E VII 3;

die europarechtlichen Vorgaben verstoßen und nicht (ausreichend) Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen vorgegeben habe.

Es stellt sich daher die Frage, inwiefern eine Rüge bezüglich fehlender Mindestanforderungen in diesem Zeitpunkt noch ausreicht oder bereits verspätet ist.

1. Rechtliche Vorgaben des § 107 Abs. 3 GWB

Eine rechtzeitige Rüge ist gemäß **§ 107 Abs. 3 GWB** Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Vergabenachprüfungsantrags. Er gibt vor:

*„Der **Antrag** ist **unzulässig**, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren **erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt** hat.*

*Der Antrag ist **außerdem unzulässig**, soweit **Verstöße** gegen Vergabevorschriften, die **aufgrund der Bekanntmachung erkennbar** sind, **nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt** werden.“*

Die Vorschrift unterscheidet damit zwischen **positiver Kenntnis** eines Vergabeverstößes (Satz 1) und der **Erkennbarkeit** (Satz 2).

Von ersterem Fall (**positive Kenntnis** gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 GWB) sind alle Vergabeverstöße erfasst, die mit Ablauf der Angebots- oder Bewerbungsfrist erkannt worden sind. Erforderlich ist das positive Wissen um die Tatsachen, aus denen sich der geltend gemachte Vergabefehler ergibt, sowie die zumindest laienhafte Wertung als Rechtsverstoß. Zweifel an der Rechtslage schließen die positive Kenntnis eines Vergabeverstößes grundsätzlich aus. Vermutungen reichen ebenso wenig für das Bejahen der Erkenntnis aus wie grob fahrlässige Unkenntnis schadet.¹⁰⁸⁸ Jedoch wird selbst von unerfahrenen Bietern grundsätzlich eine „einschlägige Rechtskenntnis des Vergabeverfahrens“ verlangt.¹⁰⁸⁹ Objektive Unsicherheiten in der rechtlichen Bewertung eines Sachverhalts können jedoch nicht einseitig zu Lasten der Bieterrechte gehen.¹⁰⁹⁰

2. Darstellung der Fallvarianten

Für den Fall der Verpflichtung des Auftraggebers, Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen vorzugeben, wird in vielen Fällen angesichts der uneinheitlichen Entscheidungspraxis von Vergabekammern und -senaten zu Gunsten der Bieter von

¹⁰⁸⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2001, Verg 2/01; IBR 2002, 97 = VergR 2001, 415; Heiermann/Riedl/Rusam, § 107 GWB, Rdn. 27;

¹⁰⁸⁹ Byok/Jaeger, Rdn. 681;

¹⁰⁹⁰ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 107 GWB, Rdn. 27;

einer „objektiven Unsicherheit in der rechtlichen Bewertung“ auszugehen sein. In Fällen, in denen der Auftraggeber **überhaupt keine Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen vorgegeben** hat, ist jedoch angesichts der Regelung in § 107 Abs. 3 S. 1 GWB ab Erhalt der Ausschreibungsunterlagen nach Ablauf einer angemessenen Prüfungszeit¹⁰⁹¹ von positiver Kenntnis des Vergabefehlers auszugehen. Eine „einschlägige Rechtskenntnis des Vergabeverfahrens“ umfasst insbesondere angesichts der umfassenden und ausführlichen Diskussion und Veröffentlichungspraxis zum Thema „Traunfellner-Entscheidung“ und Mindestanforderungen für Nebenangebote das Wissen, dass Mindestkriterien vom Auftraggeber zu erläutern oder jedenfalls zu nennen sind.

Für die Fälle, in denen der Auftraggeber **zwar in den Verdingungsunterlagen Kriterien genannt** hat, die Nebenangebote zu erfüllen haben, bezüglich derer **aber unsicher ist, ob sie ausreichen** und damit den europarechtlichen Anforderungen entsprechen oder nicht, ist dies zu relativieren. Wie oben dargestellt, ist bis heute nicht einheitlich entschieden, in welchem Umfang der Auftraggeber Mindestanforderungen zu erfassen hat. In der Konsequenz wird man in derartigen Fällen keine positive Kenntnis ab Erhalt der Vergabeunterlagen annehmen können.

Als Folgefrage ist zu klären, inwieweit von einer **Erkennbarkeit des Vergabeverstößes** im Sinne von § 107 Abs. 3 S. 2 GWB in einem derart gelagerten Fall auszugehen ist. Dies hätte zur Folge, dass die Bieter nicht unverzüglich nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen und Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist den angenommenen Vergabeverstoß zu rügen hätten, um der Präklusion zu entgehen, sondern gemäß dem Wortlaut von S. 2 die Rüge erst spätestens bis zum Ablauf der in der Vergabebekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung erheben müssten. Entscheidend ist dabei die in der ursprünglichen Vergabebekanntmachung vorgegebene Angebotsfrist, nicht eine eventuelle spätere Verlängerung.¹⁰⁹² Als „erkennbar“ sind Vergabeverstöße zu qualifizieren, die bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden. Insoweit kommt es auf den subjektiven Empfängerhorizont des Antragstellers an,¹⁰⁹³ also darauf, ob das Unternehmen schon erhebliche Erfahrungen mit öffentlichen Aufträgen hat und daher gewisse Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden können, die beim unerfahrenen Unternehmen nicht vorhanden sind.¹⁰⁹⁴ Die Grenzen, wann im Fall einer möglicherweise unzureichenden Vorgabe von Mindestanforderungen durch den Auftraggeber eine Erkennbarkeit angenommen werden

¹⁰⁹¹ Die Rspr. hält regelmäßig je nach Umfang eine Prüffrist von 3-5 Tagen bis zu maximal 2 Wochen zur Prüfung der Ausschreibungsunterlagen und bei schwieriger gelagerten Fällen ggf. Inanspruchnahme rechtlicher Beratung für angemessen, u.a. OLG Düsseldorf, BauR 1999, 751;

¹⁰⁹² KG, Urteil vom 11.07.2000, Kart Verg 7/00; BauR 2000, 1620;

¹⁰⁹³ Byok/Jaeger, Rdn. 681; Heiermann/Riedl/Rusam, § 107 GWB, Rdn. 34;

¹⁰⁹⁴ Motze/Pietzcker/Prieß, § 107 GWB, Rdn. 28 a.E.;

kann mit der Folge der Rügeobliegenheit in der in S. 2 bezeichneten Frist, ist nicht absolut klärbar. Dies hängt vom Einzelfall ab. Kriterien sind neben der Unternehmensgröße,¹⁰⁹⁵ inwieweit der betroffene Bieter bereits Erfahrungen mit Vergabeverfahren bezüglich öffentlicher Aufträge hat. Von einer Erkennbarkeit ist im Rahmen des subjektiven Beurteilungsmaßstabs auch auszugehen, wenn ein Bieter sich in einem anderweitigen Vergabeverfahren bereits gegen einen gleich gelagerten Vergabeverstoß zur Wehr gesetzt,¹⁰⁹⁶ also hier bereits einmal einen potenziellen Verstoß eines Auftraggebers gegen die Pflicht, Mindestanforderungen für Nebenangebote vorzugeben, gerügt hat.

Für den eingangs beschriebenen Fall heißt das: Durchläuft ein Bieter erst „auf Verdacht“ das Vergabeverfahren, gibt selbst – grundsätzlich zugelassene – Nebenangebote ab und rügt erst nach Ankündigung des Auftraggebers, den Zuschlag auf ein Nebenangebot eines Mitbieters erteilen zu wollen, die unzureichende Vorgabe von Mindestanforderungen durch den Auftraggeber, ist zu differenzieren:

Fehlen Mindestanforderungen völlig in den Verdingungsunterlagen, ist wie oben dargestellt von positiver Kenntnis des Verstoßes ab Ablauf der Prüfzeit bezüglich der Verdingungsunterlagen auszugehen. Rügt der unterlegene Bieter in diesem Fall erst nach Submission oder Vorabinformation nach § 13 VgV, ist diese Rüge als verspätet¹⁰⁹⁷ anzusehen sein und der Antrag auf Nachprüfung damit als unzulässig abzuweisen.¹⁰⁹⁸

Liegt eine Fall vor, bei dem der Auftraggeber zwar **Mindestanforderungen vorgegeben** hat, **aber zweifelhaft** ist, **ob sie den Anforderungen der europarechtlichen Regelungen genügen**, hängt die Beurteilung der Erkennbarkeit des Vergabeverstoßes vom Einzelfall ab. Gelangt man im Rahmen der Prüfung zu dem Ergebnis, dass der Vergabeverstoß erkennbar war, ist ein Nachprüfungsantrag wegen verspäteter Rüge als unzulässig anzusehen, wenn diese nicht bis spätestens bis zum Ablauf der in der Vergabebekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung erfolgt ist. Eine Rüge erst nach Submission oder Vorabinformation ist dann zu spät.

Kritisch zu hinterfragen ist eine Fallkonstellation, in der nach den obigen Maßstäben **Erkennbarkeit zunächst zu verneinen** ist, weil es sich bei dem Bieter etwa um ein

¹⁰⁹⁵ Abzugrenzen ist etwa, ob es sich um ein großes Unternehmen handelt, das über eine eigene Rechtsabteilung oder einen spezialisierten Einkauf verfügt oder um eine kleine Bau-firma, bei der der Inhaber Bauleiter, ausführender Polier und Bearbeiter von Angebotsunterlagen zugleich ist; in letzterem Fall ist die Messlatte für die Erkennbarkeit höher zu legen;

¹⁰⁹⁶ Heiermann/Riedl/Rusam, a.a.O.;

¹⁰⁹⁷ Die Rüge hat im Fall des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber zu erfolgen; dies ist grundsätzlich nach der Legaldefinition des § 121 BGB zu beurteilen, so dass die Rüge „ohne schuldhaftes Zögern“ erhoben werden muss.

¹⁰⁹⁸ Motzke/Pietzcker/Prieß, a.a.O., Rdn. 30;

kleines, mit öffentlichen Aufträgen relativ unerfahrenes Bauunternehmen handelt, das trotz eingereichter eigener Nebenangebote **nach Vorabinformation dann aber doch plötzlich eine Rüge bezüglich der Vorgabe von Mindestanforderungen** erhebt. Hier sind **zwei Varianten denkbar**:

- Entweder ist der Bieter zunächst davon ausgegangen, dass die vorgegebenen Mindestanforderungen ausreichen und hatte im **Vertrauen** darauf selbst Nebenangebote eingereicht, hat dann aber etwa später die Vergabeentscheidung des Auftraggebers durch einen Rechtsanwalt überprüfen lassen und dabei die Erkenntnis erhalten, dass ein Vergabeverstoß anzunehmen sei. In dieser Fallkonstellation ist der **Bieter als schutzwürdig** und seine Rüge als rechtzeitig **einzustufen**. Ohne Einschaltung juristischen Fachverständs konnte der Bieter nach der obigen Darstellung den Vergabeverstoß nicht erkennen. Die Erkennbarkeit entstand für diesen Bieter konsequenterweise erst ab Überprüfung durch den Fachmann, so dass vor zu diesem Zeitpunkt eine Rüge noch nicht verspätet sein konnte.
- Oder der Bieter hat **von Anfang an für sich erkannt, dass das Vergabeverfahren an einem Fehler leidet**, aber erst einmal **spekuliert**, ob – und wenn ja, für welches – (Neben-)Angebot sich der Auftraggeber entscheiden würde. Hätte sich die Vergabestelle zu Gunsten des betroffenen Bieters entschieden, hätte er eine Rüge unterlassen. In dem Fall, in dem sich der Auftraggeber für das Nebenangebot eines Mitbieters entscheidet, erhebt der Bieter eine Rüge, um die Vergabe des Auftrags an den Mitbieter tunlichst verhindern zu können. Dies ist mit der Teleologie der Vergabenachprüfung und insbesondere der Rügeobliegenheit nicht in Einklang zu bringen. Es ist hier angezeigt, eine solche Rüge als verspätet abzuweisen, nachdem es bereits im Sinne einer unzulässigen Rechtsausübung nicht gerechtfertigt erscheint, derart wettbewerbsfeindliches Verhalten dadurch zu „belohnen“, dass der spekulierende Bieter noch einen zulässigen Nachprüfungsantrag anbringen kann.

In diesem Fall besteht jedoch das praktische Problem der Nachweisbarkeit: Dem Bieter wird – sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, die eine Erkennbarkeit nicht bereits auf Grund der Vergabebekanntmachung entstehen lassen (etwa, weil es sich um ein kleines, unerfahrenes Unternehmen handelt) – kaum ohne sein eigenes Zutun nachzuweisen sein, dass er bereits in einem wesentlich früheren Stadium Kenntnis vom Vorliegen eines Vergabeverstoßes hatte, diese aber mit Spekulationsinteresse zunächst noch taktisch hinter dem Berg gehalten hatte.

II. Fallbeispiele aus der Rechtsprechung

An Hand ausgewählter Entscheidungen ist zu untersuchen, wie Vergabeentscheidungen aus der Praxis die Problematik des Rügeerfordernisses nach § 107 Abs. 3 GWB in Zusammenhang mit der Frage der vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen zu nennenden Mindestanforderungen handhaben.

Das **OLG Schleswig** hatte die Frage der Rügeobliegenheit im Rahmen einer Entscheidung vom 05.04.2005¹⁰⁹⁹ zu beantworten. Im Rahmen der Ausschreibung eines Straßenbauauftrags hatte der öffentliche Auftraggeber in den Bewerbungsbedingungen lediglich angegeben, dass „Nebenangebote über eine kostengünstigere oder umweltverträglichere Vermeidung, Wiederverwendung, Wiederverwertung oder Beseitigung von Abfällen (...) ausdrücklich erwünscht“ seien, im Übrigen aber keine weiteren Anforderungen benannt. Die materielle Frage, inwiefern hier eine mangelnde Nennung von Mindestanforderungen gegeben ist, sei hier dahingestellt. Erst einhalb Monate nach Submission und nach Eingang des Informationsschreibens, wonach der Zuschlag auf das Nebenangebot eines Bieters erteilt werden sollte, äußerte sich ein unterlegener Mitbieter, er vermute, dass unzulässigerweise Nebenangebote gewertet worden seien. Das OLG wies den Einwand, es seien nicht ausreichend Mindestanforderungen vorgegeben gewesen, als unbegründet zurück. Eine diesbezügliche Rüge zu den Ausschreibungsunterlagen sei von der Beschwerdeführerin nicht erhoben worden. Weiter heißt es in der Entscheidung: **„Soweit Mindestbedingungen i.S.d. Art. 19 Abs. 2 der Richtlinie 93/97/EWG (Baukoordinierungsrichtlinie) erforderlich waren und fehlten, wäre dies bereits bei Angebotsabgabe erkennbar und zu rügen gewesen (§ 107 Abs. 3 GWB). Dies wäre im Hinblick auf die ‚erwünschten‘ Nebenangebote auch zumutbar. Da dies unterblieben ist, ist der Einwand präkludiert.“**¹¹⁰⁰

Auch die **Vergabekammer Brandenburg** forderte in ihrem Beschluss vom 24.11.2005¹¹⁰¹ eine frühzeitige Rüge fehlender Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen. Die Entscheidungsgründe lassen sich wie folgt komprimieren: **„Meint ein Bieter, die Vergabestelle habe in Vergabeunterlagen bzw. der Vergabebekanntmachung die an Nebenangebote gestellten Mindestanforderungen nicht oder nicht hinreichend angegeben, muss dies bereits vor der Angebotsabgabe gerügt werden.“**¹¹⁰² Der Bieter, der den mit dieser Begründung abgewiesenen Nachprüfungsantrag gestellt hatte, hatte sich selbst an der Ausschreibung mit einem Hauptangebot und mehreren Nebenangeboten beteiligt. Nachdem er das Ab-

¹⁰⁹⁹ Az. 6 Verg 1/05; IBR 2005, 342;

¹¹⁰⁰ Unter Verweis auf OLG Naumburg, Beschluss vom 2307.2001, 1 Verg 3/01; dieser Beschluss liegt zeitlich vor dem „Traunfellner-Urteil“ des EuGH und befasst sich nicht speziell mit Fragen der Mindestanforderungen;

¹¹⁰¹ Az. 1 VK 69/05;

¹¹⁰² Leitsatz nach IBR 2006, 1099;

sageschreiben der Vergabestelle und die Information erhielt, dass der Zuschlag auf ein Nebenangebot eines Mitbewerbers erteilt werden sollte, rügte er schriftlich, dass nach seiner Auffassung mangels hinreichender Angabe von Mindestanforderungen Nebenangebote nicht gewertet werden dürften. Die Vergabekammer wies den Antrag zurück und den Antragsteller darauf hin, dass er den gerügten Vergabeverstöß bereits vor der Angebotsabgabe erkennen hätte können und somit die Rüge nunmehr verspätet sei.¹¹⁰³

Kritisch zu dieser Entscheidung äußerte sich *Wirner*¹¹⁰⁴, der es für fraglich hält, ob angesichts der unklaren Rechtslage bei Bietern die positive Kenntnis eines Rechtsfehlers im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB vor Angebotsabgabe angenommen werden konnte, da nur positive Kenntnis eine Rügeobliegenheit eröffne; er lässt allerdings außer Acht, dass unter den oben beschriebenen Voraussetzungen auch bereits eine Erkennbarkeit statt positiver Kenntnis ausreicht, um das Rügeerfordernis zu begründen; das Argument der Rechtsunsicherheit ist an sich zwar durchaus als zutreffend und berechtigt anzusehen – allerdings ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der Bieter bereits im Zeitraum ab Erhalt der Verdingungsunterlagen die selben Informationsquellen zur Verfügung hatte wie in dem Zeitpunkt, in dem er dann – nach der Erkenntnis, dass nicht er, sondern ein Mitbewerber auf sein Nebenangebot bezuschlagt werden sollte – tatsächlich zu der Überzeugung gelangte, dass die Mindestanforderungen nicht hinreichend angegeben waren.

In die selbe Richtung geht auch die Entscheidung der **Vergabekammer Münster** vom 10.02.2005:¹¹⁰⁵ Auch sie legt fest, dass eine **Rüge bereits vor Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe erfolgen muss, wenn aus den Verdingungsunterlagen deutlich erkennbar ist, dass darin keine Mindestanforderungen für potenzielle Nebenangebote enthalten sind**. In der streitgegenständlichen VOL-Ausschreibung für die Vergabe von Leistungen im Schienen-Personennahverkehr, für die die Anforderung bezüglich der Mindestbedingungen ebenso gilt, hatte der Auftraggeber Nebenangebote zugelassen, aber keinerlei Mindestanforderungen genannt. Nachdem der Bieter auch in diesem Fall erst nach Erhalt der Information, dass nicht sein (Neben-)Angebot, sondern das eines Mitbewerbers den Zuschlag erhalten sollte, das Fehlen von Mindestanforderungen gerügt hatte, wies die Vergabekammer Münster den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurück.

Auch die **Vergabekammer Sachsen** hatte sich im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens¹¹⁰⁶ eingehend mit der Frage des erforderlichen Rügezeitpunkts bei nicht hinreichend vom Auftraggeber benannten Mindestanforderungen befasst. Im Ergebnis **hängt danach der Zeitpunkt des Rügeerfordernisses vom Kenntnisstand eines**

¹¹⁰³ Kritisch dazu *Wirner* in: IBR 2006, 1099

¹¹⁰⁴ In: IBR 2006, 1099;

¹¹⁰⁵ Az. VK 35/04;

¹¹⁰⁶ Beschluss vom 11.11.2004, 1/SVK/105-04;

Durchschnittsbieters ab. Die öffentliche Auftraggeberin, eine Große Kreisstadt, hatte Bauleistungen europaweit ausgeschrieben. Nebenangebote waren zugelassen. Weitere Angaben zu Erfordernissen bezüglich potenzieller Nebenangebote hatte die Antragstellerin in den Verdingungsunterlagen nicht gemacht. Nach der Submission teilte die Auftraggeberin den Bietern mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf ein Nebenangebot eines anderen Bieters als der Antragstellerin zu erteilen und die Antragstellerin mit ihrem Haupt- und ihren Nebenangeboten wegen begründeter Zweifel an deren Geeignetheit im Sinne von § 8 VOB/A auszuschließen. Noch am Tag des Eingangs der Vorabinformation gemäß § 13 VgV rügte die Antragstellerin ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren und zugleich die Tatsache, dass ihrer Ansicht nach der Zuschlag nicht auf ein Nebenangebot erteilt werden dürfe, da die Auftraggeberin entgegen der europarechtlichen Vorgaben keine Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen vorgegeben habe. Die Antragsgegnerin vertrat die Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag wegen der verspäteten Rüge unzulässig sei.

Die Vergabekammer Sachsen stellte vorab fest, dass es sich bei **§ 107 Abs. 3 GWB** um eine **Präklusionsregel unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben** handle: *„Ein Anbieter soll Vergabefehler nicht auf Vorrat sammeln. Positive Kenntnis ist also im Gegensatz zu dem von Satz 1 des § 107 Abs. 3 GWB geregelten Sachverhalt nicht erforderlich. Maßstab für die Erkennbarkeit muss dabei der Sachverstand der Antragstellerin sein. Insoweit ist auf einen sorgfältigen und gewissenhaften ‚Durchschnittsbietler‘ abzustellen.“* Zwar sei die „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH bereits im Jahr 2003 veröffentlicht worden. Dies sei aber nicht entscheidend: *„Es kann nicht angenommen werden, dass sich diese Forderung bereits zum Allgemeingut des Kenntnisstandes eines durchschnittlichen Bieters entwickelt hätte. Denn dann könnte angenommen werden, dass Nebenangebote kaum noch unterbreitet würden, wenn der Auftraggeber keine Wertungskriterien veröffentlicht. Aber genau das ist nicht der Fall.“*¹¹⁰⁷ Außerdem entsprechen diese Entscheidungen auch noch nicht der allgemeinen Spruchpraxis¹¹⁰⁸ (...) Damit kann die hier zu Grunde gelegte Rechtsprechung auch nicht dem Kenntnisstand eines durchschnittlichen Bieters entsprechen (...).“

Hilfsweise erklärt die VK Sachsen in den Entscheidungsgründen, dass **selbst im Falle eines Kennen-Müssens der tatsächliche Zeitpunkt der Rüge der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags hier nicht geschadet hätte.** Zwar sei ein Bieter präkludiert, wenn er nicht im Umkehrschluss des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB unverzüglich einen erkannten Vergaberechtsverstoß rüge. Zur Bestimmung des Merkmals der Unverzüglichkeit sei auf § 121 Abs. 1 BGB zurückzugreifen. Die **Antragstellerin**

¹¹⁰⁷ Die VK Sachsen weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass von zehn Bietern nur drei Bieter kein Nebenangebot abgegeben hatten;

¹¹⁰⁸ Hier folgte der Hinweis darauf, dass die VK Stuttgart, Beschluss vom 11.05.2004, 1 VK 24/04, und die VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.11.2004, VK-SH 28/04, der Auffassung des EuGH nicht gefolgt waren;

habe hier ohne schuldhaftes Zögern gerügt: Die Rüge sei so bald zu erklären, als es der Antragstellerin unter Berücksichtigung der für die Prüfung und Begründung der Rüge notwendigen Zeit möglich und zumutbar sei. Die Antragstellerin habe hier „glaubhaft (...) erklärt“, von der Entscheidung des BayObLG¹¹⁰⁹ erst unmittelbar vor Erhalt des Absageschreibens der Auftraggeberin erfahren und damit positive Kenntnis erlangt zu haben. Somit sei die Rüge nach Erhalt des Absageschreibens noch unverzüglich und damit rechtzeitig erfolgt.

Die Ansicht der Vergabekammer Sachsen überzeugt jedoch nur zum Teil. Zu Recht spricht sie die Frage der Präklusion eines Bieters für den Fall an, dass er das Fehlen ausreichender Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Vergabeunterlagen nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB rügt. Zunächst stellt die Vergabekammer richtig darauf ab, dass nicht positive Kenntnis eines Vergabeverstößes entscheidendes Kriterium ist, sondern die Erkennbarkeit, also das Kennenmüssen des Verstoßes. Das Abstellen darauf, ob und wann ein „sorgfältiger und gewissenhafter Durchschnittsbietler“ den Vergabeverstoß erkennen hätte müssen, ist problematisch. Die Vergabekammer hebt dagegen entscheidend auf die Frage ab, ob die Ergebnisse des „Traunfellner-Urteils“ zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe im streitgegenständlichen Fall bereits „Allgemeingut“ waren. Dieser Ansatzpunkt führt jedoch zu Anwendungsproblemen und nicht zur wünschenswerten Rechtsklarheit: Der Begriff „Allgemeingut“ ist weder zahlenmäßig noch zeitlich ausreichend eingrenzbar. In der Konsequenz würde dies bedeuten, dass nie ein fixer Zeitpunkt – der aber im Interesse der Rechtssicherheit für alle Verfahrensbeteiligten zwingend erforderlich ist – zu fassen wäre, ab wann ein obergerichtliches Urteil „verbindlich“ für einen zeitlich danach folgenden Rechtsstreit ist, der einen vergleichbaren Sachverhalt betrifft. Auf Grund dessen ist der entscheidende Zeitpunkt die Verkündung einer Entscheidung, selbst wenn diese Lösung auch während einer gewissen Übergangszeit die Gefahr eröffnet, dass Sachverhalte von der neuen Rechtsprechung „überholt“ werden und letztlich nach Kriterien zu entscheiden sind, die zur Zeit ihres Entstehens noch nicht judiziert waren.

Auch der weiteren Argumentation der Vergabekammer Sachsen, wonach die Tatsache, dass von zehn Bietern nur drei Bieter kein Nebenangebot abgegeben hätten, belege, dass die EuGH-Vorgaben „noch nicht Allgemeingut“ waren und dem Durchschnittsbietler somit im Zeitraum des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens noch nicht bekannt sein brauchten, kann nicht gefolgt werden. Noch heute, mehrere Jahre nach Verkündung des „Traunfellner-Urteils“, zeigt die Praxis, dass in vielen Vergabeverfahren zwar Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen fehlen, die Bieter aber dennoch Nebenangebote einreichen. Nachdem eine einheitliche Linie noch nicht in Sicht ist, würde weiterhin ein unbestimmter und nicht bestimmbarer Spielraum für die Beurteilung des Zeitpunkts einer Rüge bestehen. Die Baukoordinie-

¹¹⁰⁹ Gemeint ist auch hier die Entscheidung vom 22.06.2004, Verg 13/04;

rungsrichtlinie galt zu dieser Zeit unmittelbar in Deutschland, da sie noch nicht in nationales Recht umgesetzt war. Der Europäische Gerichtshof ist das allein zuständige Gericht für die Klärung strittiger Auslegungsfragen auch bezüglich sekundären Gemeinschaftsrechts und in diesem Sinn „letzte Instanz“, so dass es auf Grund dessen nicht darauf ankommen kann, wie eine nationale Vergabekammer entscheidet. Angesichts dieser Systematik ist auch nicht nachvollziehbar, warum die VK Sachsen in ihrer Hilfsargumentation darauf abstellt, dass die Antragstellerin „glaubhaft versichert“ habe, dass sie von der – im Übrigen in vielen Organen veröffentlichten¹¹¹⁰ – Entscheidung des BayObLG, die nur eine Reaktion auf das entscheidende „Traunfellner-Urteil“ war, erst „unmittelbar vor Erhalt des Absageschreibens der Auftraggeberin“ erfahren habe. Hierauf kann es nicht ankommen. Wie mehrfach angesprochen, bestand die Rechtslage zur Frage der Mindestanforderungen im Übrigen unverändert nicht erst seit der „Traunfellner-Entscheidung“, sondern bereits seit Erlass der dieser zu Grunde liegenden Baukoordinierungsrichtlinie.

III. Fazit

Die Frage, wann ein Bieter nach § 107 Abs. 3 GWB eine Rüge zu erheben hat, wenn der Auftraggeber gegen das Vergaberecht verstoßen haben soll, indem er nicht (ausreichend) Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen angegeben hat, ist überaus praxisrelevant. Sehr häufig sehen sich Vergabekammern und -senate mit Nachprüfungsanträgen konfrontiert, bei denen ein Bieter erst dann unzureichende Mindestanforderungen rügte, als er durch das Informations- bzw. Absageschreiben erfahren hatte, dass nicht sein (Neben-)Angebot den Zuschlag erhalten würde, sondern ein Nebenangebot eines Mitbieters.

Grundsätzlich gibt § 107 Abs. 3 GWB vor, dass nicht nur positive Kenntnis, sondern bereits Erkennbarkeit eines Vergabeverstößes ausreicht, um das Rügeerfordernis auszulösen und eine Präklusion zu begründen für den Fall, dass die Rüge nicht in diesem Zeitpunkt erfolgt. Es ist in der Praxis entscheidend darauf abzustellen, inwieweit Mindestanforderungen gänzlich fehlen oder – objektiv ex post betrachtet – nur nicht hinreichend angegeben waren. Hat ein Auftraggeber überhaupt keine Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen benannt, ist nach der bisherigen Entscheidungspraxis der Vergabekammern zutreffend das Rügeerfordernis in jedem Fall noch vor Ende der Angebotsfrist anzusetzen. Es handelt sich um einen offensichtlichen Vergabefehler, der keine rechtlich fundierte Wertung vom Bieter verlangt. Er kann und muss diesen Verstoß daher nach einer angemessenen Prüfungsfrist nach Erhalt der Verdingungsunterlagen erkennen und in diesem Zeitpunkt rügen, um mit dem Einwand nicht präkludiert zu sein.

¹¹¹⁰ U.a. in BauR 2004, 1840 (Leitsatz) = NZBau 2004, 626 = VergR 2004, 654 = IBR 2004, 535; auch zahlreiche Veröffentlichungen von Bauindustrieverbänden der Länder gaben sowohl die EuGH-Entscheidung als auch den Beschluss des BayObLG wieder;

Differenziert zu betrachten ist der Fall, in dem die Verdingungsunterlagen zwar Angaben enthalten, die als Mindestanforderungen zu qualifizieren sind, jedoch von Art und Umfang her nicht ausreichen, um den Anforderungen der europäischen Richtlinien und der darauf basierenden nationalen Regelungen in den a- und b-Paragrafen der VOB/A zu genügen. Hier ist die Frage zu stellen, wie augenfällig dies im Zeitpunkt des Erhalts der Verdingungsunterlagen für den juristisch in dieser Phase regelmäßig nicht begleiteten Bieter war. Nur in eindeutigen Fällen – etwa, wenn die Mindestbedingungen so knapp und beispielsweise nur in Wiedergabe der formellen Anforderungen an Nebenangebote aus § 21 Nr. 3 VOB/A bestehen – kann ein Rügeerfordernis bereits vor Ablauf der Angebotsfrist vertreten werden. In schwieriger gelagerten Fällen ist eine Rüge nach Erhalt des Absageschreibens noch als ausreichend anzusehen. Es kann von einem juristisch nicht fachkundigen Bauunternehmen nicht verlangt werden, eine rechtlich fundierte Wertung zu Fragen vorzunehmen, über die sogar die Fachleute in den Vergabekammern unterschiedlicher Auffassung sind.

Dies bestätigt im Ergebnis eine Entscheidung der **Vergabekammer des Bundes**¹¹¹¹ in einem Fall, in dem der Auftraggeber auf die Nennung von Mindestanforderungen nicht völlig verzichtet hatte, sondern in einer Weise Bedingungen für Nebenangebote vorgegeben hatte, die dazu führte, dass eine juristische Bewertung über die Frage entscheiden musste, ob diese ausreichten oder nicht. Die Auftraggeberin hatte die Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen wie folgt formuliert: „Der Änderungsvorschlag/das Nebenangebot muss den Konstruktionsprinzipien und dem vom Auftraggeber vorgesehenen Planungsvorgaben entsprechen.“ Dem Bieter, der später den Nachprüfungsantrag stellte und in dem Verfahren selbst Nebenangebote abgegeben hatte, waren die Verdingungsunterlagen im Mai 2004 zugegangen. Im Oktober hatte die Auftraggeberin das Vorabinformationsschreiben nach § 13 VgV versandt. Die Rüge bezüglich unzureichender Mindestanforderungen erfolgte durch den Bieter eine Woche später. Die VK Bund diskutiert und erläutert ihre Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Rüge jedoch nicht, sondern stellt lapidar mit einem Satz fest, dass diese Rüge „unverzüglich im Sinne des Gesetzes erfolgt“ sei.

Die Folge einer nicht rechtzeitigen Rüge ergibt sich aus § 107 Abs. 3 GWB: Wird die Rüge zu spät erhoben, ist ein nachfolgender Nachprüfungsantrag als unzulässig abzuweisen. Der Antragsteller ist diesbezüglich präkludiert. Offen und insoweit noch nicht für die Frage der Mindestanforderungen entschieden ist die **Frage, inwieweit das Fehlen ausreichender Mindestanforderungen auch dann von der angerufenen Vergabekammer von Amts wegen berücksichtigt werden kann bzw. muss**, wenn ein darauf abzielender Nachprüfungsantrag mangels Zulässigkeit in Folge verspäteter Rüge nicht weiter verfolgt werden kann. Nach einer Entscheidung des Euro-

¹¹¹¹ Beschluss vom 14.12.2004, VK 2-208/04; IBR 2005, 168;

päischen Gerichtshofs¹¹¹² steht es im Einklang mit der europäischen Rechtsmittelrichtlinie, wenn die Vergabekammer nicht nur die vom Antragsteller geltend gemachten, sondern von Amts wegen auch weitere Vergabeverstöße, die sie im Rahmen der Prüfung erkennt, aufgreift. Diese Vorgabe, die sich national in § 114 Abs. 1 GWB wieder findet, eröffnet aber nicht eine uneingeschränkte Amtsermittlung. Voraussetzung hierfür ist, dass ein zulässiger Nachprüfungsantrag vorliegt und der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist.¹¹¹³ Insoweit findet über § 114 Abs. 1 S. 2 GWB keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Vergabekammer statt.¹¹¹⁴ Ist ein Nachprüfungsantrag – wie im Fall einer verspäteten Rüge – nicht zulässig, darf die Vergabekammer auch dann einen Vergabeverstoß nicht aufgreifen, wenn sie die Rüge gegen die Vergabeverstöße für berechtigt hält.¹¹¹⁵ Kommt man in einem Fall also zu dem Schluss, dass ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist, weil der Verstoß des Auftraggebers gegen die Verpflichtung, Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen zu nennen, erst verspätet erhoben wurde, besteht insoweit auch keine Möglichkeit der Berücksichtigung durch die Vergabekammer von Amts wegen.

K) Exkurs: Schadensersatzanspruch des Bieters

Der Auftraggeber ist verpflichtet, Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen zu nennen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, geht dies im Ergebnis aber vorwiegend zu Lasten des Bieters, der sein Nebenangebot in diesem Fall vergebens eingereicht hat. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit der Auftraggeber den Bieter für dieses Versäumnis zu entschädigen hat.

I. Situation

Im Zusammenhang mit der Frage der Mindestanforderungen ergibt sich eine weitere Besonderheit, die von der üblichen Systematik abweicht. Im Rahmen von Nebenangeboten ist bereits die Rollenverteilung gegenüber dem „klassischen“ Bauvertrag auf Basis eines Hauptangebots verschoben: Der Bieter übernimmt an Stelle des Auftraggebers die Planung und die Erstellung des Leistungsverzeichnisses. Über die Folgen für die Zuweisung der vertraglichen Risiken wird unten in Teil 5 noch ausführlich zu diskutieren sein. Bei der Problematik der Mindestanforderungen auf Grund der oben beschriebenen Vorgaben in den europäischen Richtlinien¹¹¹⁶ sowie auf nationaler Ebene in §§ 10b Nr. 2, 25b Nr. 3 VOB/A findet eine weitere Verschiebung –

¹¹¹² Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-315/01; NZBau 2003, 511 = VergR 2003, 546 = ZfBR 2003, 710 = IBR 2003, 444;

¹¹¹³ OLG Rostock, Beschluss vom 05.07.2006, 17 Verg 7/06; IBR 2007, 216;

¹¹¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2005, Verg 5/05; IBR 2006, 1023; VergR 2005, 670;

¹¹¹⁵ VK Bund, Beschluss vom 10.07.2002, VK 2-34/02; IBR 2002, 724;

¹¹¹⁶ Baukoordinierungsrichtlinie und Vergabekoodinierungsrichtlinie, vgl. u.a. oben Teil 1 C I;

hier aber in umgekehrter Richtung – statt: Der Auftraggeber ist hier in der Pflicht. Es reicht nicht aus, wenn er bekannt gibt, dass er Nebenangebote zulassen will. Er muss bereits in den Verdingungsunterlagen gewisse Anforderungen erfüllen, damit er später im Zuge der Wertung eingegangene Nebenangebote berücksichtigen darf: Er hat Mindestanforderungen zu nennen.

Für den Bieter stellt sich in Zusammenhang mit den Mindestanforderungen die spezielle Situation, dass er es nicht alleine in der Hand hat, ob sein Nebenangebot gewertet wird, wie dies im Übrigen der Fall ist: Der Bieter ist im Vergabeverfahren der einzige, der es beeinflussen kann, ob sein Nebenangebot vollständig ist, keine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen darstellt, eine mit dem Amtsentwurf gleichwertige Lösung der Bauaufgabe darstellt und mit einem Preis endet, der realistische Aussichten hat, dass das Nebenangebot das wirtschaftlichste Angebot ist und bezuschlagt werden kann. Selbst wenn er alle Anforderungen ordnungsgemäß erfüllt und bei der Ausarbeitung seines Nebenangebots in diesem Sinne „alles richtig macht“, kann es sein, dass dieses dennoch aus der Wertung ausgeschlossen wird bzw. werden muss: nämlich dann, wenn die Verdingungsunterlagen keine oder nicht in ausreichender Form Vorgaben zu Mindestanforderungen enthielten. Diese hat jedoch – anders als die Leistungsbeschreibung – auch im Fall eines Nebenangebots nicht der Bieter, sondern der Auftraggeber erstellt.

Das heißt: Sind die Verdingungsunterlagen fehlerhaft, weil sie keine ordnungsgemäßen Angaben zu den Mindestanforderungen für Nebenangebote enthalten, ist dies ein Mangel, den nicht der Bieter, sondern der Auftraggeber zu vertreten hat. Der Bieter konnte auf Grund des Erstellungszeitraums und des Aufgabenbereichs den Inhalt der Verdingungsunterlagen nicht beeinflussen. Dennoch ist er es, der die nachteiligen Folgen am Ende zu tragen hat: Das Nebenangebot, das der Bieter ausgearbeitet hat – nicht selten mit hohem zeitlichen und finanziellen Aufwand – darf nicht gewertet werden auf Grund eines Umstands aus der Sphäre des Auftraggebers. Das Vertrauen des Bieters, dass ein fehlerfreies Nebenangebot vom Auftraggeber gewertet werden wird, ist enttäuscht. Auf Grund dieser Konstellation stellt sich die auf den ersten Blick berechtigte Frage, ob und inwiefern der Bieter vom Auftraggeber Schadensersatz verlangen kann.

II. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage sind die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB – **culpa in contrahendo** (c.i.c.) – denkbar: Der Auftraggeber hat durch die Erstellung fehlerhafter Verdingungsunterlagen einen Ausschreibungsfehler begangen, der eine vorvertragliche Pflichtverletzung im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 2 darstellt.¹¹¹⁷ Die Verpflichtung zur

¹¹¹⁷ Vgl. zu den Tatbestandsvoraussetzungen *Palandt/Grüneberg*, § 311, Rdn. 11 ff.; *Münchener Kommentar/Emmerich*, § 311, Rdn. 50 ff., Rdn. 85 ff.; *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 311, insb. Rdn. 54;

Nennung von Mindestanforderungen ist nicht nur ausdrücklich in den europäischen Richtlinien und in Abschnitt 2 der VOB/A vorgegeben, sondern insbesondere durch die öffentliche Wirkung der „Traunfellner-Entscheidung“ des EuGH im Oktober 2003 intensiv ins Bewusstsein gerückt. Das Unterlassen der Nennung von Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen ist somit auch als vom Auftraggeber im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB schuldhaft anzusehen – bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte der Auftraggeber erkennen können und müssen, dass seine Verdingungsunterlagen hinsichtlich der Mindestanforderungen fehlerhaft sind und entsprechend korrigierend eingreifen müssen. Der Tatbestand der §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB – „c.i.c.“ – ist also erfüllt. Der Auftraggeber ist demnach also dem Bieter grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet.

Ebenso steht als mögliche Anspruchsgrundlage **§ 126 S. 1 GWB** zur Verfügung, der nur für Vergabeverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte anwendbar ist.¹¹¹⁸ Tatbestandsvoraussetzung ist der Verstoß des Auftraggebers gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift. Damit soll eine Ausuferung der Haftung von Auftraggebern vermieden werden.¹¹¹⁹ Wann eine Vorschrift Bieter schützend ist, lässt das Gesetz offen. Es muss nach h.M. nicht bereits ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB vorliegen. Es reicht die schuldhafte Verletzung einer Vergabevorschrift, die zum Schutz der wohlberechtigten Interessen von am Vergabeverfahren teilnehmenden oder daran interessierten Unternehmen aufgestellt worden und insoweit für den Auftraggeber verpflichtend ist.¹¹²⁰ Dies ist nach den zu § 97 Abs. 7 GWB entwickelten Maßstäben zu beurteilen.

Danach sind jedenfalls solche Vorschriften bieterschützend, die einen transparenten Wettbewerb gewährleisten und der Chancengleichheit der Bieter dienen.¹¹²¹ Nach der herrschenden Literatur ist eine Bestimmung des Unternehmer schützenden Charakters einer Vorschrift mit Hilfe von § 97 Abs. 7 GWB an Hand von Sinn und Zweck vorzunehmen.¹¹²² Hat eine Norm einen Regelungsgehalt, bei dessen Nichtbeachtung es zu Störungen im Wettbewerbsverhältnis zwischen den Bietern kommt, ist die Unternehmer schützende Zielrichtung zu bejahen. In der bisherigen Entscheidungspraxis und Literatur wurde diese unter anderem angenommen für §§ 97 Abs. 2, 3, 4 und 5 GWB in Verbindung mit einer Reihe von Paragraphen der VOB/A.¹¹²³ Des weiteren fordert § 126 S. 1 GWB für das Vorliegen der nötigen Kausalität, dass das Anspruch stellende Unternehmen ohne den Vergabeverstoß des Auftraggebers eine „echte Chance“ gehabt haben muss, den Zuschlag zu erhalten, die durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde. Die überwiegende Literatur hält es für die Grundvoraussetzung, dass das betreffende Unternehmen in dem streitgegenständlichen Verga-

¹¹¹⁸ *Byok/Jaeger*, S. 328f, § 126, Rn 877f;

¹¹¹⁹ *Boesen*, § 126, Rdn. 12;

¹¹²⁰ *Korbion*, § 126, Rdn. 2;

¹¹²¹ *Boesen*, a.a.O., Rdn. 11;

¹¹²² *Jaeger* in: *Jahrbuch Baurecht* 2000, S. 132f; *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, S. 157;

¹¹²³ Vgl. ausführlich *Byok/Jaeger*, S. 334f; § 126, Rn 896 f.;

beverfahren bereits ein Angebot abgegeben hat, das – wäre es nicht ausgeschlossen worden – relativ zu den Konkurrenzangeboten reelle Chancen auf den Zuschlag gehabt hätte.¹¹²⁴ Diese Chance ist regelmäßig dann als beeinträchtigt anzusehen, wenn der betreffende Bieter den Zuschlag faktisch nicht erhalten hat. Die Beeinträchtigung fällt jedoch weg, wenn der Bieter aus anderen Gründen rechtmäßig den Zuschlag ohnehin nicht erhalten hätte, also das Angebot beispielsweise an anderen Mängeln leidet, die zu einem Ausschluss aus der Wertung geführt hätten.¹¹²⁵

III. Umfang des Schadens

§ 280 Abs. 1 BGB verpflichtet den Schädiger – hier also den Auftraggeber, der durch die Versendung fehlerhafter Verdingungsunterlagen ohne die erforderliche Nennung von Mindestanforderungen für Nebenangebote verursacht hat, dass das Nebenangebot des Bieters aus der Wertung ausgeschlossen wurde – zum Ersatz des „hieraus entstehenden Schadens“. In welchem Umfang dies der Fall ist, ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB, jedoch nur in Form finanziellen Ersatzes, nicht in Form einer Naturalrestitution.¹¹²⁶ Der entstandene Schaden ist konkret zu berechnen; maßgeblich ist insoweit in diesem Fall die ausbleibende Vermögensmehrung.¹¹²⁷ Wäre das Nebenangebot nicht aus der Wertung ausgeschlossen worden, sondern hätte es den Zuschlag erzielt, wäre der Bieter zum Auftragnehmer geworden und hätte – theoretische anderweitige Entwicklungen seien an dieser Stelle ausgeblendet – grundsätzlich den von ihm kalkulierten Gewinn erzielt, der ihm nunmehr im Sinne des § 252 S. 1 BGB entgeht. Darüber hinaus hat der Bieter Schaden in Höhe der Aufwendungen, die er für die Erstellung seines Nebenangebots hatte, die nunmehr nutzlos geworden sind. Soweit der Schädiger auf den Ersatz des Vertrauensschadens haftet, hat er auch fehlgeschlagene Aufwendungen zu ersetzen.¹¹²⁸ Dies ist bei einer Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB (c.i.c.) der Fall – hier geht die Ersatzpflicht auf das negative Interesse, also den Vertrauensschaden.¹¹²⁹

Auch § 126 S.1 GWB führt bereits nach dem Wortlaut seiner amtlichen Überschrift¹¹³⁰ zu einem Anspruch des Bieters auf Ersatz des ihm auf Grund des Vergabeverstoßes entstandenen Vertrauensschadens. Damit hat der Bieter keinen Anspruch auf Ersatz seines entgangenen Gewinns.¹¹³¹ Der Auftraggeber hat nach dem Wortlaut der Regelung dem Bieter Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren zu leisten. Regelmä-

¹¹²⁴ *Korbion*, § 126, Rn 3; *Byok/Jaeger*, S. 336f, § 126, Rn 898 ff, 910; S. 338, § 126, Rdn. 906; *Erdl*, S. 324f, Rn 687f; *Boesen*, § 126, Rdn. 11; *Horn* in: NZBau 2000, 64, *Schorben* in: BauR 1999, 77, 96;

¹¹²⁵ *Byok/Jaeger*, S. 338f, § 126, Rn 907ff

¹¹²⁶ *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 280, Rdn. 8;

¹¹²⁷ *Palandt/Heinrichs*, Vorbem v § 249, Rdn. 50 ff.;

¹¹²⁸ *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., Rdn. 32 ff.; Münchener Kommentar/*Ernst*, § 284, Rdn. 6;

¹¹²⁹ *Palandt/Heinrichs*, Vorbem v § 249, Rdn. 16 ff.; Münchener Kommentar/*Emmerich*, § 311, Rdn. 86;

¹¹³⁰ *Boesen*, § 126, Rdn. 18;

¹¹³¹ A.a.O., § 126, Rdn. 15 f.; *Korbion*, S. 202, § 126, Rn 4;

ßig machen die Kosten für die Ausarbeitung eines Angebots den wesentlichen Teil der Aufwendungen des Bieters aus, die er für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren hat. Als zu ersetzende Schadensposten kommt der Aufwand des Bieters zum Beispiel für die Beschaffung von Verdingungsunterlagen und Eignungsnachweisen, für Ortsbesichtigungen, Ausarbeitung von Entwürfen und Plänen in Betracht, nicht zwingend aber die Kosten für die Erarbeitung eines Nebenangebots.¹¹³²

IV. Einwendungsmöglichkeiten des Auftraggebers

Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers für eine unterlassene Nennung von Mindestanforderungen in den versandten Verdingungsunterlagen besteht nicht per se in vollem Umfang des entgangenen Gewinns und aller fehlgeschlagener Aufwendungen für die Ausarbeitung und Ausfertigung seines Nebenangebots. In diesem Zusammenhang bestehen eine Reihe von Einwendungen, die der Auftraggeber vorbringen kann, wenn er von einem Bieter auf Schadensersatz aus c.i.c. in Anspruch genommen wird.

Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit das Nebenangebot des Bieters nur deshalb ausgeschlossen wurde, weil der Auftraggeber übersehen hat, ordnungsgemäß Mindestanforderungen für Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen zu benennen. Möglicherweise war das Nebenangebot im Übrigen unvollständig oder nicht gleichwertig mit dem Hauptangebot, so dass es (auch) aus diesem Grund nicht gewertet werden hätte dürfen. Andererseits stellt sich die Frage, inwieweit das Nebenangebot einen ausreichenden Vorteil für den Auftraggeber eröffnet hätte beziehungsweise inwieweit es vom Angebotspreis her wirtschaftlich relativ zu den weiteren eingegangenen Angeboten im konkreten Vergabeverfahren war. Hätte es solche Vorteile in finanzieller, zeitlicher oder sonstiger Hinsicht nicht eröffnet und/oder war der Angebotspreis des konkreten Nebenangebots wesentlich höher als die im Rahmen der Submission geöffneten weiteren Angebote, hätte es den Zuschlag auch dann nicht erhalten, wenn der Auftraggeber die Mindestanforderungen ordnungsgemäß vorgegeben hätte und das Nebenangebot nicht aus diesem Grund ausgeschlossen worden wäre.

In diesen Fällen war die Tatsache, dass der Auftraggeber keine Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen vorgesehen hat, nicht kausal für den potenziellen Schaden des Bieters. Hierfür wäre nach der herrschenden Äquivalenztheorie im Sinne einer *conditio sine qua non* erforderlich, dass der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn der Schädiger, hier der Auftraggeber, ausreichend Mindestanforderungen für Nebenangebote vorgegeben hätte. Dies ist aber nicht der Fall: Das Angebot wäre auch dann nicht bezuschlagt worden, weil es wegen anderweitiger, vom Bieter verursachter Mängel des Angebots an sich (Unvollständigkeit oder fehlende Gleichwertig-

¹¹³² Boesen, a.a.O., Rdn. 16 ff.; Korbion, a.a.O.; Byok/Jaeger, S. 342, § 126, Rn 921f; Ax/Schneider/Nette, S. 394 f., Rdn. 32 ff.;

keit nach obigem Beispiel) oder auf Grund des zu hohen Angebotspreises nicht beauftragt worden wäre. Dem Bieter ist also durch das Fehlverhalten des Auftraggebers kein Schaden entstanden – denkt man sich dessen Fehlverhalten im Sinne des Unterlassens der Vorgabe von Mindestanforderungen hinweg, wäre es ebenso nicht zu einem Auftrag und damit zu dem kalkulierten Gewinn gekommen. Auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Auftraggebers wäre das Angebot des Bieters dann nicht zum Zug gekommen.¹¹³³ Der Auftraggeber haftet in diesem Fall nicht auf Schadensersatz.

Ein Schadensersatzanspruch des Bieters kommt somit allenfalls dann in Frage, wenn sein Angebot zum einen formell vollständig und ordnungsgemäß war und kumulativ die realistische Aussicht eröffnete, das wirtschaftlichste zu sein. In diesem Fall **muss sich der Bieter aber jedenfalls eigenes Mitverschulden nach § 254 Abs. 1 BGB anrechnen lassen**. Im Rahmen seiner **Prüfungspflicht hinsichtlich der Vergabeunterlagen** hätte er zumindest in dem Fall, in dem in den Verdingungsunterlagen Mindestanforderungen für Nebenangebote völlig fehlen, bereits im Vorfeld der Angebotsbearbeitung erkennen können und müssen, dass die Vergabeunterlagen mangelhaft sind. Er hätte dann im Rahmen seiner oben beschriebenen Hinweispflicht beim Auftraggeber nachfragen und ihn darauf aufmerksam machen müssen, dass zwar Nebenangebote zugelassen sind, jedoch die Mindestbedingungen fehlen. In diesem Fall hätte der Auftraggeber noch eine Korrekturmöglichkeit gehabt, so dass es zu dem Schaden für den Bieter nicht gekommen wäre. Der Bieter hat **nur einen Anspruch darauf, dass sein berechtigtes Vertrauen geschützt wird**. Wenn der Bieter in diesem Fall aber bei gehöriger Prüfung erkennen konnte bzw. musste, dass die Vergabeunterlagen unvollständig waren – sprich: die Mindestanforderungen vom Auftraggeber nicht vorgegeben waren, konnte er kein berechtigtes und damit schützenswertes Vertrauen darauf haben, dass sein dennoch eingereichtes Nebenangebot gewertet werden würde.

Differenzierter ist dies zu betrachten bei Fällen, in denen Mindestbedingungen für Nebenangebote in den Vergabeunterlagen nicht komplett fehlen, sondern fraglich und zu diskutieren ist, ob sie den Anforderungen der EU-Vorgaben genügen. Hier wird man eine Hinweispflicht des Bieters nur in auch für Bauunternehmen als juristische „Laien“ eindeutig erkennbaren Fällen zu bejahen und bei Unterlassen eines Hinweises in der Konsequenz ein Mitverschulden des Bieters nach § 254 Abs. 1 BGB anzunehmen haben.

¹¹³³ Zur Einwendung des rechtmäßigen Alternativverhaltens siehe *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 249, Rdn. 56ff. unter Verweis auf BGHZ 90, 103, 111 m.w.N.; Münchener Kommentar/*Oetker*, § 249, Rdn. 201 ff.;

Teil 5, Auswirkungen auf das Bauvertragsrecht

A) Überblick über die Problemstellung

Eine Reihe vertragsrechtlicher Problemkreise wie das Zustandekommen eines Bauvertrags auf der Basis eines Nebenangebots, die rechtliche Bindung des Bieters an sein Nebenangebot als eine Willenserklärung sowie Möglichkeiten der Anfechtung eines Nebenangebots wurde bereits oben im Zusammenhang mit anderen Fragen zur Rolle und zu den Besonderheiten von Nebenangeboten im Zeitraum bis zum Abschluss eines Bauvertrags, also der vorvertraglichen Phase, dargestellt.¹¹³⁴ In dem folgenden Teil sollen Auswirkungen des Nebenangebots im Zeitraum ab Vertragsabschluss untersucht werden.

Hat ein Nebenangebot das Vergabeverfahren insoweit erfolgreich durchlaufen, dass der Auftraggeber darauf den Zuschlag erteilt hat, tritt es in eine weitere, insbesondere für den Bauherrn entscheidende Phase, nämlich die der praktischen Umsetzung. Das Ausschreibungsverfahren ist vor allem für den Auftraggeber ein formell nötiges Mittel zum Zweck. Im Vordergrund für ihn bleibt die Tatsache, dass er ein konkretes Bauwerk bekommen will, das nun aus den Zeichnungen und den vielen Leistungen aus der Baubeschreibung und dem Leistungsverzeichnis in ein körperliches Werk umgesetzt wird. Für den Bieter und den nunmehrigen Auftragnehmer, sobald er den Zuschlag auf sein Nebenangebot erhalten hat, ist insbesondere im Zusammenhang mit der Ausführung eines Nebenangebots die Ausführungsphase in besonderem Maß eine entscheidende Phase: Im Rahmen der Bauausführung des beauftragten Nebenangebots muss sich zeigen, ob der vom Amtsentwurf abweichende Bietervorschlag tatsächlich die Erwartungen des Auftraggebers erfüllt und den gewünschten Erfolg – nämlich die Lösung der gestellten Bauaufgabe – tatsächlich mit den versprochenen Vorteilen erreicht.

Im Rahmen der Ausführung eines Nebenangebots kann es zu einer Reihe von **verschiedensten Einflüssen, Störungen und Beeinträchtigungen** kommen. Dies sind zum einen die Veränderungen und Störungen, die auch im Rahmen der Umsetzung eines Hauptangebots auftreten können. Zu nennen sind hier Behinderungen durch Vorleistungen, durch die Bauausführung verursachte Schäden oder Beeinträchtigungen wie die Gefahr des Einsturzes eines Nachbargebäudes bei der Ausführung von Tiefbauarbeiten, durch Lieferverzögerungen oder dadurch, dass das auf der Basis des Nebenangebots vertraglich vereinbarte Verfahren nicht so funktioniert wie von beiden Bauvertragsparteien vorgesehen.

¹¹³⁴ So etwa die Frage des Zustandekommens eines Bauvertrags auf der Basis eines Nebenangebots, die Frage der schuldrechtlichen Bindung des Bieters an sein Nebenangebot sowie Anfechtungsmöglichkeiten; vgl. dazu Teil I B und C;

Es können jedoch im Falle der Ausführung eines Nebenangebots auch weitere **Beinträchtigungen im Zuge der Bauarbeiten** auftreten, **deren Ursache speziell auf das Nebenangebot zurückzuführen ist.**¹¹³⁵ Der Auftragnehmer hat möglicherweise seinen abweichenden Vorschlag nicht ausreichend durchdacht – dies kann zum einen dazu führen, dass es der Auftragnehmer überhaupt nicht schafft, den von ihm vertraglich geschuldeten Erfolg – das Bauwerk – herzustellen. Oder der Erfolg tritt zwar ein, erfordert aber zusätzliche oder geänderte Leistungen, die der Auftragnehmer bei der Kalkulation seines Nebenangebots nicht berücksichtigt hatte. Möglicherweise zeigt das abweichend vom Amtsentwurf angebotene Bauverfahren oder der vom Bieter alternativ vorgeschlagene Baustoff auch unerwartete Auswirkungen auf andere Leistungspositionen oder Gewerke im Zuge der konkreten Baustelle. In all diesen Fällen kann die Folge sein, dass darüber hinaus auch erhebliche Verzögerungen im Bauablauf eintreten – sei es, weil die Ausführung selbst einen deutlich größeren (Zeit-)Aufwand erfordert, weil nachträglich nach Beginn der Arbeiten und Auftreten der ersten Probleme auf Grund dessen noch zusätzliche Umplanungen erforderlich sind oder weil sich zu spät erst herausstellt, dass noch zusätzliche Genehmigungen erforderlich sind – ob öffentlich-rechtlicher Natur wie eine bauaufsichtliche Genehmigung oder Zustimmung im Einzelfall für ein bestimmtes Bauverfahren, das Gegenstand des Nebenangebots ist, oder privatrechtlicher Natur wie die erforderliche Zustimmung eines Nachbarn für die Herstellung von Ankern unter dessen Grundstück zur Rückverankerung eines per Nebenangebot vorgeschlagenen Baugrubenverbaus.¹¹³⁶

Eine **besondere Rolle** spielen bei der Ausführung von Nebenangeboten Fälle, die in Rechtsprechung und Literatur vielfach pauschal und in dieser Weise unzutreffend als **Fälle des „Baugrundrisikos“** beschrieben werden.¹¹³⁷ Dies sind Fälle, in denen bei (Spezial-)Tiefbauarbeiten der Baugrund unerwartet eine andere Zusammensetzung aufweist als in den Baugrundgutachten beschrieben. In diesen Fällen stellt sich bereits im Rahmen der Ausführung des Amtsentwurfs Fragen, wem dieser Umstand zur Last fällt. Erst recht ist diese Problematik im Zusammenhang mit Bauverträgen auf der Basis eines Nebenangebots zu diskutieren.

In allen Fallvarianten stellt sich in der Praxis die Grundproblematik, dass der Auftraggeber versucht, die Auswirkungen derartiger Zwischenfälle, Störungen und Behinderungen auf den Auftragnehmer abzuwälzen, da er es schließlich gewesen sei, der das ausgeführte Bauverfahren oder die einzubauenden Baustoffe mit seinem Nebenangebote vorgeschlagen habe. Insoweit habe er im Rahmen seiner **werkvertraglichen Erfolgshaftung** die Verantwortung dafür zu tragen, dass die gestellte Bauaufgabe zum vereinbarten Preis umgesetzt wird, unabhängig davon, welche Art von

¹¹³⁵ Dähne/Schelle, S. 925 ff.;

¹¹³⁶ Englert/Bauer, Rdn. 173 ff.;

¹¹³⁷ Vgl. hierzu Englert/Grauvogl/Maurer, Rdn. 883 ff.; Englert in: Festschrift für Bauer, S. 376; Überblick hierzu: Lange, S. 13 ff.;

Störung oder Beeinflussung den Prozess der Bauausführung beeinträchtigt.¹¹³⁸ Im Gegenzug versucht der Auftragnehmer, diese Verantwortlichkeit von sich zu weisen und auf den Auftraggeber zu verlagern – der Auftraggeber habe schließlich das Nebenangebot aus eigenem Willen und freien Stücken beauftragt und sich somit bewusst gegen seinen eigenen Amtsentwurf entschieden, so dass in diesem Augenblick eine wie auch immer geartete „Sonderverantwortung“ des Auftragnehmers auf Grund seines Nebenangebots ende.

In Zusammenhang mit Nebenangeboten treten in besonderer Weise **Fragen auf zu Ansprüchen des Auftragnehmers auf nachträgliche Anpassung der Vergütung** (insbesondere Mehrvergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen), **Verlängerung der Ausführungsfristen und Ausgleich bzw. Entschädigung für sonstige Behinderungsfolgen. Antworten in Rechtsprechung und Literatur** zu diesen Fragen sind bislang **nur äußerst spärlich zu finden**, obwohl Nebenangebote eine erhebliche Bedeutung in der Baupraxis haben. Selbst Standardwerke blenden die Problematik aus oder beschränken sich etwa auf Feststellungen wie die, dass die Antwort auf die Frage, „*ob bei der Baubeauftragung von Nebenangeboten (...) Ansprüche aus § 2 Nr. 3, § 2 Nr. 5 sowie § 2 Nr. 6 VOB/B geltend gemacht werden können, (...) von der Ausgestaltung des Änderungsvorschlags bzw. des Nebenangebots des Bieters abhängen*“ werde.¹¹³⁹ „Marbach“¹¹⁴⁰ etwa erklärt dieses Phänomen sicherlich zutreffend damit, dass die Parteien in der Praxis im Hinblick auf die regelmäßig „*äußerst komplexen Sachverhaltsgestaltungen im Grenzbereich zwischen Technik und Recht*“ außergerichtliche Lösungen oder vergleichsweise Regelungen vor Gericht bevorzugen, so dass im Ergebnis nur wenige Entscheidung zu dieser erheblich praxisrelevanten Problematik veröffentlicht sind. Dies belegt auch die eigene Praxis des Verfassers. Gerade dieser Umstand **erfordert es aber, Strukturen für die Risikoverteilung zu finden, um für ein Problem im Zusammenhang mit einem Nebenangebot eine fundierte (außer-)gerichtliche Lösung erarbeiten zu können**. In der Rechtsprechung ist darüber hinaus festzustellen, dass die Rechtsprechung nicht selten dazu neigt, Probleme in Zusammenhang mit Nebenangeboten vorschnell pauschal auf den Auftragnehmer zu verlagern, unabhängig davon, aus welcher Sphäre – Auftraggeber, Auftragnehmer oder Drittbeteiligte – sie herrühren. Auch dies wird ausführlich zu thematisieren sein.

Auf Grund dessen ist im Folgenden die **Frage der Risikoverteilung zwischen den Beteiligten an einem Bauprojekt** dahingehend zu untersuchen, **ob und inwiefern durch die Beauftragung eines Nebenangebots Verschiebungen oder Veränderungen im Gefüge Auftraggeber/Auftragnehmer/Dritte eintreten**.

¹¹³⁸ *Kleine-Moeller/Merl/Oelmaier*, § 9, Rdn. 2 f.; *Kothe/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann*, § 631, Rdn. 2 f.; *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 5; Rdn. 82 ff.;

¹¹³⁹ *Werner/Pastor*, Rdn. 1148;

¹¹⁴⁰ In: *Festschrift für Vygen*, S. 246;

B) Bestimmung des Vertragsinhalts bei Nebenangeboten

Treten im Zuge der Ausführung eines Bauvertrags auf der Basis eines Nebenangebots nachträglich Probleme oder Abweichungen auf – „Unmöglichkeit“ der Ausführung des Nebenangebots, angeordnete oder erforderliche Leistungsänderungen, zusätzlich erforderliche oder geforderte Leistungen, Behinderungen oder sonstige Einflüsse – ist für die Praxis insbesondere entscheidend, wer die daraus erwachsenden zeitlichen, insbesondere aber finanziellen Folgen zu tragen hat. Hierin liegt im Rahmen der Vertragsabwicklung der praktische Schwerpunkt von baurechtlichen Auseinandersetzungen. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob und inwieweit sich dadurch Verschiebungen in der Zuweisung der Risiken und der daraus erwachsenden Folgen an Auftraggeber oder -nehmer ergeben, dass der Auftraggeber nicht den Zuschlag auf ein Haupt-, sondern auf ein Nebenangebot erteilt hat. Vorrangig stellt sich als Grundlage für die Diskussion der Risikoverteilung und einer eventuellen -verlagerung zwischen den Bauvertragsparteien auf Grund des Zuschlags auf ein Nebenangebot die Frage, was geschuldete Vertragsleistung ist. Dies vor dem Hintergrund, dass ein Nachtrag, mit dem der Auftragnehmer Mehrvergütungsansprüche geltend macht, auch in Zusammenhang mit einem Nebenangebot systematisch zwingend voraussetzt, dass eine Abweichung der vom Auftraggeber geforderten Leistung gegenüber dem ursprünglich vertraglich vereinbarten Leistungsumfang vorliegt.¹¹⁴¹

I. Problemstellung

Wird ein **Bauvertrag auf der Basis eines Nebenangebots** geschlossen, **verschiebt sich die systematische Zuordnung** im organisatorischen Ablauf einer Baumaßnahme: Die Leistungsbeschreibung und damit die **entscheidende Grundlage für die Bestimmung der Vertragsleistung** – des „Bau-Soll“ – **stammt in diesem Fall** systematisch nicht vom Auftraggeber, der im Falle der Beauftragung eines Hauptangebots mit seinem Amtsentwurf die vertraglich geschuldete Leistung vorgegeben hat, sondern **vom Bieter und damit dem späteren Auftragnehmer** oder von einem Planer, den der *Bieter* mit der Ausarbeitung des Nebenangebotsentwurfs beauftragt hat.

Hieraus ergibt sich **Diskussionsbedarf**: Der Auftraggeber kann eine Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer mit der Argumentation begründen, dass die vom Amtsentwurf abweichende Idee für die Ausführung, für den Einsatz von Baustoffen oder für andere abweichende Regelungen – auch nicht technischer Art – vom Bieter, also dem nunmehrigen Auftragnehmer, stammt. Der Auftraggeber hat durch die Beauftragung des Nebenangebots die Planerrolle bewusst aus der Hand gegeben. Der Auf-

¹¹⁴¹ Reister, S. 207 f.; Ingenstau/Korbion, § 2 Nr. 1 VOB/B, Rdn. 3 ff.; Kapellmann/Schiffers, Rdn. 704;

tragnehmer hat die Entwicklung und Planung des Leistungsspektrums übernommen. Er hat damit **möglicherweise eine „Garantie“ übernommen**, dass das, was er dem Auftraggeber als „bessere Idee“ für die Ausführung der gestellten Bauaufgabe als dem Amtsentwurf vorgeschlagen hat, auch wirklich „funktioniert“, also zum vom Auftraggeber gewünschten und vom Auftragnehmer durch die Beauftragung werkvertraglich geschuldeten Erfolg führt. Wenn sich nachträglich, also nach Vertragsabschluss, herausstellt, dass entgegen der ursprünglichen Vereinbarung doch noch weitere oder andere als vom Bieter in seinem Nebenangebot beschriebene Leistungen nötig werden, um das Bauvorhaben realisieren zu könne, dann hat dieser – nunmehr als Auftragnehmer – auch die (finanziellen) Konsequenzen zu tragen.¹¹⁴² Der Auftragnehmer kann im Gegenzug damit argumentieren, dass zwar die Planung (unter Umständen auch nur zum Teil, falls sein Nebenangebot nur bestimmte Positionen des Amtsentwurfs ersetzt) von ihm erledigt wurde. Andererseits jedoch ist die Vertragsleistung ebenso wie im Fall eines Hauptangebots auf den Amtsentwurf auch in diesem Fall *einvernehmlich* von *beiden* Parteien festgelegt worden: Der Auftraggeber hat sich letztlich aus freien Stücken dazu entschieden, das Nebenangebot und nicht ein Hauptangebot zu beauftragen. Insofern war es auch hier der Auftraggeber, der durch die Entscheidung, das Nebenangebot auszuwählen, die Vertragsleistung als „letzte Instanz“ bestimmt hat. Er hatte die freie Wahl, ob er ein Haupt- oder ein Nebenangebot beauftragte.¹¹⁴³

Tatsächlich **eröffnet die Beauftragung eines Nebenangebots eine erhöhte Risikolage für den Auftraggeber**. Er muss in diesem Fall annehmen, was der Bieter bzw. spätere Auftragnehmer ihm in vorgefertigter Form vorlegt. Während sich der Auftraggeber bei der Ausarbeitung des Amtsentwurfs selbst oder durch ein von ihm eingeschaltetes Ingenieur- oder Planungsbüro im Idealfall bereits intensiv vor Versand der Vergabeunterlagen und damit Eröffnung des Wettbewerbs an sich ein Bild davon gemacht hat, ob das geplante Bauvorhaben mit den ausgeschriebenen einzelnen Leistungen herstellbar ist, muss er dem Auftragnehmer einen wesentlich erhöhten Vertrauensvorschuss entgegen bringen, dass dieser „seine Hausaufgaben gemacht“ hat, also seinen abweichenden Vorschlag hinreichend durchdacht und auf möglichst alle denkbaren Eventualitäten hin untersucht und abgesichert hat. Er läuft dabei nicht nur Gefahr, dass sich der Bieter versehentlich verplant haben könnte, sondern darüber hinaus auch, dass der Bieter durch eine bewusst manipulierte Planung und Darstellung seines Alternativvorschlags sein Nebenangebot so gesteuert hat, dass es im Wettbewerb gegenüber den Angeboten potenzieller Mitbieter derartige Vorteile bietet, dass der Auftraggeber letztlich praktisch nicht umhin kann, es zu

¹¹⁴² Vgl. *Vygen/Schubert/Lang*, S. 38; *Hofmann* in: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 47;

¹¹⁴³ *Hofmann*, a.a.O.; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 VOB/B, Rdn. 46;

beauftragen, um sich dann im Zuge der Bauausführung durch Nachträge einen faktisch auskömmlichen Preis verschaffen zu können.¹¹⁴⁴

II. Grundsätzliche Vorgehensweise zur Bestimmung der Vertragsleistung

Um die Frage beantworten zu können, ob einem Auftragnehmer zusätzliche Vergütung in Folge eines Eingriffs in das bestehende Bauvertragsgefüge zusteht, ist zunächst entscheidend, was vom Auftragnehmer nach der ursprünglich geschlossenen Vereinbarung geschuldet ist. Erst dann ist ein Vergleich möglich, ob die im Streit stehende Leistung tatsächlich eine Änderung oder ein Mehr darstellt oder aber vom Auftragnehmer bereits auf Grund des ursprünglichen Vertrags für die darin vereinbarte Vergütung auszuführen war.¹¹⁴⁵

Der **Bauvertrag ist ein Werkvertrag** im Sinne der §§ 631 ff. BGB.¹¹⁴⁶ Dies gilt für den **BGB-Bauvertrag ebenso wie** für den **VOB-Bauvertrag**.¹¹⁴⁷ Der Bauvertrag wird abgeschlossen durch Antrag (Angebot des Bieters bzw. Auftragnehmers) und inhaltsgleiche Annahme (Zuschlag, Beauftragung durch den Auftraggeber).¹¹⁴⁸ Auf Grund eines wirksam geschlossenen Bauvertrags wird der Auftragnehmer¹¹⁴⁹ verpflichtet, die vertraglich fixierte Leistung auszuführen und der Auftraggeber,¹¹⁵⁰ die hierfür vertraglich vereinbarte Vergütung zu zahlen.¹¹⁵¹ Die **Vergütung** ist dabei **grundsätzlich aufwandsbezogen** geregelt.¹¹⁵² **Systematisch** ist die **Bauleistungspflicht jedoch insgesamt von der Vergütungsregelung zu trennen**. Der Grundsatz, dass der Auftraggeber zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist, bezieht sich zunächst nur auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Im Verlauf der Umsetzung des Vertrags, also der Bauausführung, kann es jedoch zu Änderungen, Erweiterungen oder auch Einschränkungen des Umfangs der bei Vertragsschluss vereinbarten Herstellungspflicht des Auftragnehmers kommen. Korrespondierend dazu kann auch die zu leistende Vergütung, die nach Abschluss des Erfüllungsstadiums vom Auftraggeber zu zahlen ist, von der ursprünglichen vertraglich getroffenen Vereinbarung abweichen.¹¹⁵³ Dies sind insbesondere im Bereich der

¹¹⁴⁴ Vgl. *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 80 f.; VÜA Thüringen, Vergaberechtsreport 9/99, S. 2 f.;

¹¹⁴⁵ *Reister*, S. 3 ff.; S. 7 ff.; *Putzier*, S. 63 ff.; *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 3 ff.;

¹¹⁴⁶ *Ingenstau/Korbion*, Vor B, Rdn. 11; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 1 VOB/B, Rdn. 1 d; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, Einleitung I, Rdn. 29 ff.; *Englert/Motzke/Wirth*, Einführung, Rdn. 13; § 631 Rdn. 14 (Fallgruppen); *Fischer/Schonebeck/Keil*, S. 33;

¹¹⁴⁷ *Ganten/Jagenburg/Motzke*, a.a.O.; *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 631, Rdn. 8; *Enders*, S. 32; *Putzier*, S. 65 ff.;

¹¹⁴⁸ *Kniffka/Koebke*, 5. Teil, Rdn. 2 ff.;

¹¹⁴⁹ Das BGB verwendet den Begriff des „Unternehmers“;

¹¹⁵⁰ Das BGB spricht vom „Besteller“;

¹¹⁵¹ *Kleine-Moeller/Merl/Oelmaier*, § 9, Rdn. 2 ff.; *Kniffka/Koebke*, a.a.O., Rdn. 48 ff.; *Englert/Motzke/Wirth*, § 632, Rdn. 8 ff.; *Enders*, S. 51 ff.;

¹¹⁵² *Putzier*, S. 81;

¹¹⁵³ *Kleine-Moeller/Merl/Oelmaier*, § 9, Rdn. 73 f.;

VOB-Bauverträge die klassischen Nachtragsfälle, in denen der Auftragnehmer mit einem **Nachtragsangebot** einen Anspruch auf – gegenüber der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung – geänderte bzw. zusätzliche Vergütung geltend macht.¹¹⁵⁴

Entscheidende Bedeutung hat damit für die Frage der Begründetheit eines Mehrvergütungsanspruchs des Auftragnehmers die Ermittlung des vertraglich geschuldeten Leistungsumfangs, vielfach als „**Bau-Soll**“ bezeichnet.¹¹⁵⁵ Nach § 631 Abs. 1 BGB ist der Unternehmer zur Herstellung des „*versprochenen Werks*“ verpflichtet. Damit die vertragliche Vereinbarung hinreichend konkret ist, muss das „versprochene Werk“ ebenso hinreichend beschrieben sein. Bei einem Bauvertrag besteht der Erfolg in der Herstellung eines funktionsfähigen Bauwerks.¹¹⁵⁶ Dabei ist für die Frage nach einem Mehrvergütungsanspruch entscheidend abzugrenzen nach dem mangelrechtlich und dem vergütungsrechtlich geschuldeten Erfolg. Mangelrechtlich schuldet der Auftragnehmer ein funktionstüchtiges Werk, unabhängig davon, inwieweit dieses in der konkreten Leistungsbeschreibung tatsächlich vollumfänglich beschrieben ist. **Vergütungsrechtlich** – dies ist für die Beurteilung eines Mehrvergütungsanspruchs entscheidend – **schuldet der Auftragnehmer jedoch „nur“, was vertraglich vereinbart ist.**¹¹⁵⁷

Der Bestimmung der **vertraglich geschuldeten Leistung** kommt damit **zentrale Bedeutung für die Preisbildung und die Bewertung der erforderlichen Bauzeit und in der Konsequenz damit auch für den Umfang des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers** zu. Für den VOB-Vertrag bestimmt sich die vertragliche Leistung nach der **Grundregel des § 1 Nr. 1 VOB/B** nach Art und Umfang durch den Vertrag. **§ 2 Nr. 1 VOB/B** gibt hierzu grundsätzliche Anleitungen, wie die vertraglich geschuldete Leistung zu bestimmen ist. Danach werden durch den vereinbarten Preis alle Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den besonderen Vertragsbedingungen, den zusätzlichen Vertragsbedingungen, den zusätzlichen technischen Vorschriften, den allgemeinen technischen Vorschriften für Bauleistungen und der gewerblichen Verkehrssitte zur vertraglichen Leistung gehören. Die Regelung in § 2 Nr. 1 VOB/B ist grundsätzlich nur auf VOB-Bauverträge unmittelbar anwendbar, kann jedoch auch als Richtschnur zur Ermittlung der Vertragsleistung in BGB-Verträgen herangezogen werden.¹¹⁵⁸ Im Mittelpunkt der Bestimmung

¹¹⁵⁴ Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B, Rdn. 18; Kapellmann/Schiffers, Rdn. 1; Reister, S. 243; Vygen/Schubert/Lang, S. 164 ff;

¹¹⁵⁵ Kritisch zu dem Begriff des „Bau-Soll“: Quack in: ZfBR 2006, 732; er kritisiert den Begriff als „Wortfassade“ im Rahmen eines „juristischen Begriffsmarketings“, um „Mandanten zu beeindrucken“, und „Versuch, das Gesetz zu verfälschen“, indem er den Werkvertrag „zu einer Art Dienstvertrag umfunktioniert“; die Begriffsbildung des „Bau-Soll“ ist nach Quacks Ansicht „nicht nur präventiv, gewissermaßen betriebswirtschaftliches Imponiergehabe“;

¹¹⁵⁶ BGH, Urteil vom 11.11.1999, VII ZR 403/98; OLG Düsseldorf, BauR 2000, 411;

¹¹⁵⁷ Englert/Motzke/Wirth, § 631, Rdn. 202; Blaese, S. 33 ff.;

¹¹⁵⁸ Enders, S. 72 f.;

des Bau-Soll steht somit sowohl beim BGB-Bauvertrag¹¹⁵⁹ als auch beim VOB-Vertrag die von § 2 Nr. 1 VOB/B als **vorrangig** genannte **Leistungsbeschreibung**.¹¹⁶⁰ Auch die Normen der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen in der **VOB Teil C**, DIN 18299 ff., sind demnach zur Bestimmung der Vertragsleistung heranzuziehen.¹¹⁶¹ Dies hat auch der BGH in einem Urteil vom 27.07.2006 ausdrücklich bestätigt. Für die Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es demnach auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Weiter heißt es im Leitsatz: „Diese ist im Zusammenhang des gesamten Vertragswerks auszulegen. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die Allgemeinen Technischen Bestimmungen für Bauleistungen, VOB/C.“¹¹⁶²

Nachdem die vorliegende Abhandlung die Besonderheiten darstellen und untersuchen will, die sich aus der Rolle von Nebenangeboten ergeben, soll die Problematik der Bestimmung der allgemeinen Bestimmung der Vertragsleistung – des Bau-Soll – an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Es sei hierzu auf die einschlägige Literatur verwiesen.¹¹⁶³

III. Bestimmung der Vertragsleistung beim Nebenangebot

Das **zentrale Kriterium für die Ermittlung der vertraglichen Leistung („Bau-Soll“)** und damit des Leistungskatalogs, der nach § 2 Nr. 1 VOB/B mit der vertraglich vereinbarten Vergütung abgegolten ist, findet sich bei einem Bauvertrag, wie oben¹¹⁶⁴ dargestellt, in der **Leistungsbeschreibung**. Im „Normalfall“, also bei einem Bauvertrag, der auf der Basis eines Hauptangebots zu Stande gekommen ist, hat der Auftraggeber das (Haupt-)Angebot des Bieters (also des späteren Auftragnehmers) angenommen. Auf dieser Struktur baut auch die Systematik der VOB auf: Der Auftragnehmer hat es unter anderem dem Auftraggeber nach § 4 Nr. 3 VOB/B mitzuteilen, wenn er Bedenken gegen die (vom Auftraggeber) vorgesehene Art der Ausführung hat oder nach § 6 Nr. 1 VOB/B dem Auftraggeber anzuzeigen, wenn er sich behindert glaubt. Im Fall eines Bauvertrags, der ein Hauptangebot zum Gegenstand hat, stammt die Beschreibung der Leistung vom Auftraggeber. Er hat – möglicherweise durch ein Ingenieur- oder Planungsbüro und/oder einen Fachplaner – in seinem Amtsentwurf (im Idealfall) nach den Regeln des § 9 VOB/A die von ihm ge-

¹¹⁵⁹ a.a.O., S. 35 ff.;

¹¹⁶⁰ *Kleine-Moeller/Merl/Oelmaier*, § 9, Rdn. 35 ff.;

¹¹⁶¹ *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 2 Nr. 1 VOB/B, Rdn. 31;

¹¹⁶² VII ZR 202/04; IBR 2006, 605 = BauR 2006, 2040 = NZBau 2006, 777 = NJW 2006, 3413; in Ergänzung von BGH, Urteil vom 28.02.2002, VII ZR 376/00; IBR 2002, 231;

¹¹⁶³ *Ingenstau/Korbion*, § 2 VOB/B, Rdn. 1 ff.; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 2 Nr. 1 VOB/B, Rdn. 77 ff.; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § § 2 VOB/B, Rdn. 56 ff.; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 VOB/B, Rdn. 26 ff.; *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 100 ff.; *Reister*, S. 7 ff.; *Kleine-Moeller/Merl/Oelmaier*, § 9, Rdn. 35 ff.; *Kniffka/Koebler*, 5. Teil, Rdn. 80 ff.; *Putzier*, S. 63 ff.; *Enders*, S. 35 ff.; *Fischer/Schonebeck/Keil*, S. 37 ff.;

¹¹⁶⁴ Vgl. Ziff. I;

wünschte Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben und damit von sich aus festgelegt, was durch den Zuschlag vertraglich geschuldete Leistung wird.

Es stellt sich im Zusammenhang mit Nebenangeboten die Frage, wie sich die vertraglich vom Auftragnehmer geschuldete Leistung in diesem Fall bestimmt.

1. Inhalt des Nebenangebots wird zur Vertragsleistung

Grundsätzlich gilt: **Mit der Beauftragung des Nebenangebots wird dessen Inhalt vertraglicher Leistungsumfang.**¹¹⁶⁵ Das heißt: Der Inhalt dieses Nebenangebots ist genauso von beiden Parteien einvernehmlich vereinbart wie der Inhalt des Hauptangebots, wenn der Zuschlag hierauf und damit auf der Basis des Amtsentwurfs erteilt wurde.¹¹⁶⁶ Ein Nebenangebot eines Bieters ist rechtsdogmatisch nichts anderes als ein zweites Angebot, eine Art „Hilfsangebot“ des Bieters zum Hauptangebot auf den Amtsentwurf: Der Bieter eröffnet dem Auftraggeber damit die Wahl, entweder das Hauptangebot auf der Basis des von ihm selbst erstellten Leistungskatalogs oder aber das hiervon abweichende Nebenangebot des Bieters zu beauftragen.¹¹⁶⁷

Auch im Falle eines Nebenangebots ergibt sich systematisch keine Änderung gegenüber dem Zustandekommen des Bauvertrags bei Beauftragung eines Hauptangebots: Der Vertrag wird geschlossen durch Annahme des (Neben-)Angebots durch den Auftraggeber. Damit ist nach den elementaren vertragsrechtlichen Grundsätzen der §§ 145 ff. BGB der **Inhalt des Nebenangebots einvernehmlich als Leistungsgegenstand festgelegt**. Ab der Beauftragung ist grundsätzlich zunächst nicht mehr zu unterscheiden, ob den Leistungsinhalt der Auftraggeber per Amtsentwurf vorgegeben und der Auftragnehmer diesen per Hauptangebot aufgegriffen und übernommen hat oder ob der Auftragnehmer einen davon abweichenden Leistungskatalog per Nebenangebot erst in das Ausschreibungsverfahren eingeführt hat: **In dem Moment, in dem der Auftraggeber das Nebenangebot des Bieters annimmt, ist dessen Inhalt einvernehmlich als von beiden Parteien gewünschtes und vom Auftragnehmer zum vereinbarten Preis zu erbringendes Bau-Soll festgelegt**. Der **Amtsentwurf** hat ab diesem Zeitpunkt mit dem geschlossenen Vertrag nichts mehr zu tun und **spielt insoweit bei der Bestimmung des konkreten Bau-Soll keine Rolle mehr**. Mit der Beauftragung eines Nebenangebots geht, wie unten noch ausführlich darzustellen sein wird, nicht etwa eine automatische vertragliche Regelung einer anderen Risikoverteilung als im Falle der Beauftragung eines Hauptangebots einher.¹¹⁶⁸ Es gilt also als **Grundsatz: Mit der Beauftragung durch den Auftraggeber wird der Inhalt des Nebenangebots zum vertraglichen Leistungsumfang**. **Unerheblich** ist in Zusammenhang mit der Frage, was auf Grund des geschlossenen Bauvertrags geschuldete Leistung ist, **ob und in welchem Umfang der**

¹¹⁶⁵ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 246;

¹¹⁶⁶ *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 47;

¹¹⁶⁷ *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 120; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 VOB/B, Rdn. 46;

¹¹⁶⁸ *Marbach*, a.a.O.;

Bieter bei der Entwicklung des Nebenangebots Planungs- oder Entwicklungsleistungen an Stelle des Auftraggebers erbracht hat.

Ob und wie die Risiken aus der Umverteilung der Rollen gegenüber dem Muster „Auftraggeber plant und schreibt aus – Unternehmer bietet an und führt aus“ anders zu verteilen und zu verlagern sind als beim „klassischen Bauvertrag“, ist erst sekundäre Frage.

2. VOB/A-konforme Auslegung

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang des Weiteren, dass im Fall der Beauftragung eines Nebenangebots die Richtlinien für die Auslegung des gesamten Vertragsinhalts zur Ermittlung der geschuldeten Vertragsleistung einer praktisch bedeutsamen Abweichung unterliegen: Während im „klassischen Bauvertrag“, bei dem ein Hauptangebot bezuschlagt wurde, das damit den Amtsentwurf des Auftraggebers widerspiegelt, die Leistungsbeschreibung bei Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers **„VOB/A-konform“ auszulegen** ist, ist dies **bei Beauftragung eines Nebenangebots nicht möglich**. Der Bieter als Unternehmer ist nicht Adressat der VOB/A, die sich nur an öffentliche Auftraggeber richtet. Nachdem die Anwendung der VOB/A für einen „ausschreibenden“, also eine Leistungsbeschreibung ausarbeitenden Unternehmer nicht verpflichtend ist, kann der Auftraggeber auch nicht zwingend davon ausgehen, dass der Bieter sein Nebenangebot entsprechend der VOB/A ausgearbeitet hat. Eine VOB/A-konforme Auslegung scheidet damit aus.

Sofern eine Vertragsbestimmung unklar oder widersprüchlich ist, kann der Auftragnehmer in ersterem Fall im Rahmen der VOB/A-konformen Auslegung davon ausgehen, dass der öffentliche Auftraggeber deren Vorgaben ordnungsgemäß beachtet hat. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass der öffentliche Auftraggeber zur Beachtung der VOB/A nach h.M. verpflichtet ist.¹¹⁶⁹ Dies hat Praxisrelevanz insbesondere mit Hinblick auf § 9 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A, wonach der Auftraggeber des Weiteren gehalten ist, die Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung in den Abschnitten 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen DIN 18299 ff. der VOB Teil C zu beachten. Dies hat nicht nur vergaberechtlich Bedeutung, sondern auch vertragsrechtlich: Selbst ein mehrdeutiger Text der Ausschreibung darf der Bieter so auslegen und verstehen, wie er sich ergeben würde, wenn die Vorgaben VOB/A-konform erstellt wären. Sind in diesem Rahmen tatsächliche Abweichungen des Bau-Ist von diesem Bau-Soll festzustellen, führen diese zu Mehrvergütungsansprüchen des Auftragnehmers.¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁹ Einschränkung u.a. *Quack*, in: *BauR* 1998, 381 ff.;

¹¹⁷⁰ Vgl. grundsätzlich zu dieser Problematik die „Kammerschleusen-Entscheidung“ des BGH in: *BauR* 1997, 126 ff.; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 9 VOB/A, Rdn. 2 ff.;

Wird ein **Nebenangebot** beauftragt und ergeben sich hier Mehrdeutigkeiten oder Widersprüchlichkeiten in der Leistungsbeschreibung, **kann also nicht das Hilfsmittel der VOB/A-konformen Auslegung unmittelbar herangezogen werden**. Zwar ist der Unternehmer, der ein Nebenangebot ausarbeitet und einreicht, gehalten, die Leistungsbeschreibung letztlich nach den Vorgaben des § 9 VOB/A anzufertigen. Er ist jedoch nicht ebenso wie der öffentliche Auftraggeber ausdrücklich in der Pflicht, die VOB/A anzuwenden. Der Bieter wird in seinem eigenen Interesse zwar nach Möglichkeit die Richtlinien des § 9 VOB/A befolgen, um insbesondere die Vollständigkeit seines Alternativentwurfs und den Nachweis der Gleichwertigkeit herbeiführen zu können. Für private Auftraggeber gelten die Grundsätze des § 9 VOB/A insoweit damit zumindest mittelbar: Dieser enthält nicht nur (insoweit nur für den öffentlichen Auftraggeber) verpflichtende Vorgaben, sondern allgemein-methodische Hinweise zur sachgerechten Erstellung einer Leistungsbeschreibung, die das Bauvertragsrecht „vollständig geprägt“ haben. Ein privater Auftraggeber, der sich der VOB unterwirft, schafft demnach einen Vertrauenstatbestand, diese „sachgerecht-typischen Ausschreibungsmethoden“ angewandt zu haben. Will er davon abweichen, hat er dies demnach „unmissverständlich und an sachlich zu erwartender Stelle“ zu sagen.¹¹⁷¹

Im Ergebnis können die Kriterien der VOB/A-konformen Ausschreibung nach § 9 VOB/A und in der Folge der Abschnitte 0 der ATV DIN 18299 ff. im Falle der Beauftragung eines Nebenangebots nicht unmittelbar Anwendung finden, um zu einem verbindlichen Auslegungsergebnis zu gelangen. Die Kriterien der Regelung können aber als eine gewisse **Richtschnur** im Sinne einer **Auslegungshilfe** herangezogen werden, die zumindest wertvolle Hinweise geben kann, um Widersprüchlichkeiten und Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung eines Nebenangebots im Wege der weiteren Auslegungskriterien der §§ 133, 157 BGB aufzuklären. Dies resultiert insbesondere aus der Tatsache, dass auch Bieter bei der Erstellung eines Nebenangebots nach der Rechtsprechung gehalten sind, die Vorgaben des § 9 VOB/A bei der Beschreibung der alternativ von ihnen angebotenen Leistung zu beachten.¹¹⁷²

IV. Mögliche Fernwirkung von Nebenangeboten

Ein **Sonderproblem** stellt sich in Zusammenhang mit der Beauftragung von Nebenangeboten und der gleichzeitigen Vereinbarung eines Einheitspreisvertrags in der Praxis nicht selten dahingehend, dass die Parteien sich zwar einig sind, dass der Inhalt des Nebenangebots Vertragsleistung werden soll, **Auswirkungen auf andere Leistungsposition des übrigen Vertrags** jedoch nicht hinreichend geregelt werden. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn ein technisches Nebenangebot vorliegt, das nicht den kompletten Amtsentwurf ersetzt, sondern nur Teile davon, so dass im Übrigen weiterhin die Bestandteile des vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungskatalogs gelten. Es stellt sich dann die Frage, wer in diesem Fall etwaige

¹¹⁷¹ Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B, Rdn. 122;

¹¹⁷² Vgl. oben Teil 3 B II.;

Mehrkosten in Zusammenhang mit Mengenmehrungen oder erforderlichen geänderten bzw. zusätzlichen Leistungen zu tragen hat sowie ob der Auftragnehmer hierfür einen gesonderten Vergütungsanspruch hat. Die Behandlung solcher Fälle wird im Rahmen der Frage der Risikoverteilung näher erörtert.¹¹⁷³

C) Risikoverteilung zwischen den Bauvertragsparteien in Folge von Nebenangeboten

I. Ausgangslage

Die Rollenverteilung im Bauvertrag im „klassischen Fall“ der Beauftragung eines Hauptangebots, das dem Amtsentwurf des Auftraggebers entspricht, beinhaltet regelmäßig folgende Leistungs- und Haftungsbeziehungen der wichtigsten Bauvertragsparteien:

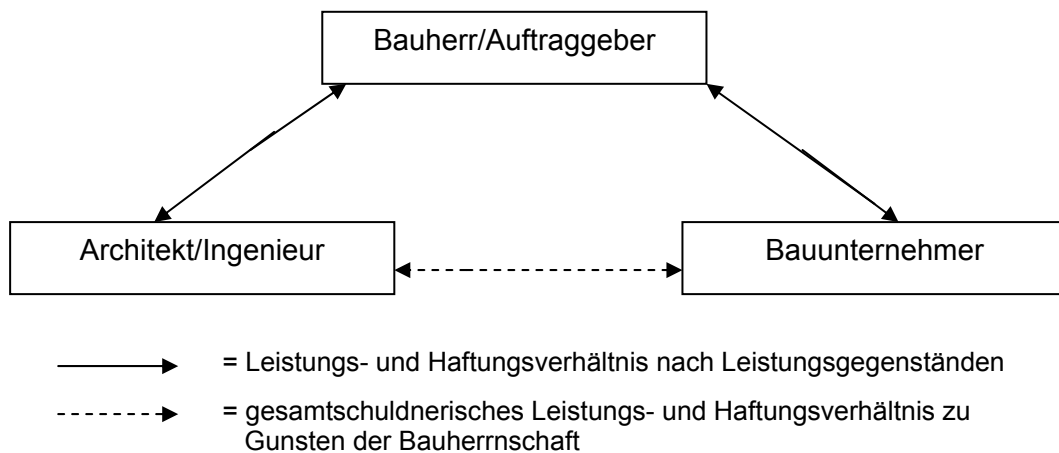


Abb.: Klassische Vertragskonstellationen der am Bau Beteiligten¹¹⁷⁴

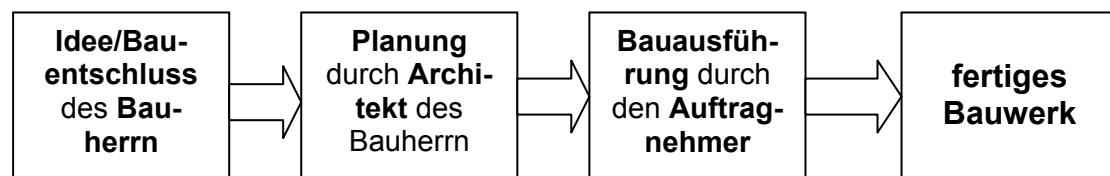
Wie oben dargestellt, ergibt sich **beim Nebenangebot eine andere Verteilung der Beiträge der Vertragsparteien** zum Gelingen eines Bauvorhabens. Der „klassische“ Bauvertrag, der von der Rollenverteilung und Abfolge her der Systematik unter anderem der VOB in ihren Teilen A und B entspricht, geht davon aus, dass der Bauherr bzw. Auftraggeber sich überlegt, welche Bauleistung er konkret nachfragen will. Er wird diese dann (§§ 9 ff. VOB/A) in eine Leistungsbeschreibung kleiden und mit die-

¹¹⁷³ Vgl. unten III;

¹¹⁷⁴ Nach *Sangenstedt*, in: Festschrift für Werner, S. 233;

sem Amtsentwurf an die potenziellen Bieter herantreten, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung der VOB Teil A gegeben sind. Aber auch im Fall von privaten Auftraggebern entspricht dieser Ablauf dem Regelfall: Nur der Bauherr weiß, welches Bauvorhaben er konkret umsetzen will. Er plant bzw. lässt durch seinen Architekten planen und fragt bei potenziellen Auftragnehmern nach, zu welchen Preisen und gegebenenfalls innerhalb welcher zeitlicher Rahmenbedingungen sie bereit sind, diese Leistung auszuführen. Auch die Ausführungsvorgaben in Teil B der VOB führen diese Systematik der Rollenverteilung fort: Der Auftragnehmer hat so etwa nach § 4 Nr. 3 VOB/B Bedenken mitzuteilen, die er gegen die vom Auftraggeber vorgesehene Art der Ausführung hat.

Grafisch dargestellt, ergibt dies folgendes Ablaufschema:

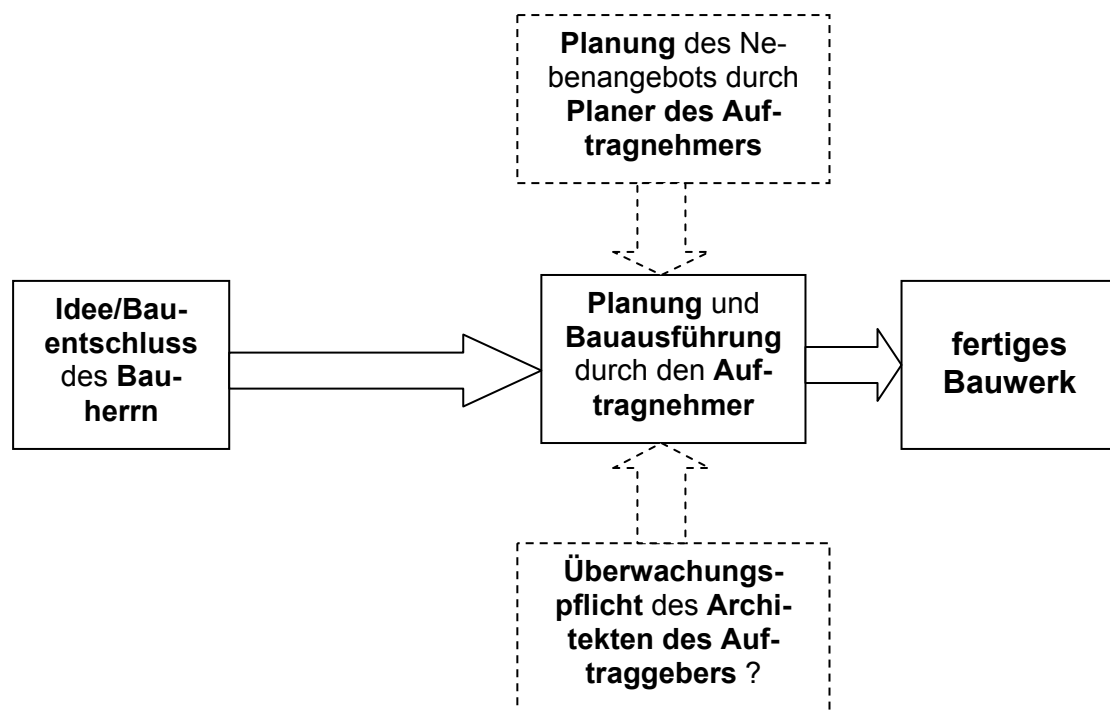


Im Rahmen von Nebenangeboten verschiebt sich insbesondere die Schnittstelle der Planung. Die Variante gegenüber dem vom Auftraggeber oder dessen Planer ausgearbeiteten Amtsentwurf plant der Bieter. Er lässt sich einen anderen Weg einfallen, wie er das vom Auftraggeber gesteckte Ziel – das zu erstellende Bauwerk – erreichen will. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit der Bieter mit der Planung des Nebenangebots zugleich auch eine Planungsverantwortung übernimmt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Bieter in Fällen, in denen sein Nebenangebot nicht den gesamten Amtsentwurf ersetzt, sondern nur Teile davon, andererseits wiederum nicht die gesamte Planung des Bauwerks erledigt. Insoweit könnte in solchen Konstellationen eine Mischverantwortung von Bieter/Auftragnehmer und Auftraggeber bzw. dessen Planern die Folge sein.

Im Zusammenhang mit der Frage der Planungsverantwortung ist auch die **Bedeutung der Prüfungspflicht des Auftraggebers im Rahmen der Vorgaben des § 23 Nr. 2 VOB/A zu diskutieren.** Dieser sieht vor, dass der Auftraggeber alle Angebote – (besonders) auch Nebenangebote – rechnerisch, technisch und wirtschaftlich zu prüfen hat und hierfür gegebenenfalls sogar Sachverständige zu Hilfe nehmen muss. Dabei ist auch an die Frage eines **Mitverschuldens des Auftraggebers nach § 254 BGB** zu denken, wenn dieser seiner vorvertraglichen Prüfpflicht schuldhaft nicht oder nicht ausreichend nachkommt und dadurch Mitverantwortung für einen späteren Schaden übernimmt.

Sowohl im Rahmen der Phase der Vergabe als auch der Bauausführung stellt sich darüber hinaus die Frage, welche Verpflichtungen auf den Planer des Bauherrn zukommen: Zwar wird in Folge der Beauftragung des Nebenangebots und damit der „Ersatzplanung“ des Auftragnehmers nicht mehr der Entwurf und die vorgesehene Ausführung des ursprünglichen Architekten des Auftraggebers realisiert. Der Architekt kann aber möglicherweise bereits im Rahmen der Mitwirkung bei der Vergabe gemäß Leistungsphase 7 und insbesondere in Leistungsphase 8 nach § 15 HOAI im Zeitraum der Ausführung der Bauleistungen nach dem Entwurf des Nebenangebots Überprüfungs- und Überwachungspflichten haben, die auch für ihn im Falle des Nichtbeachtens eine Haftung gegenüber dem Bauherrn begründen. Bedient sich der Auftragnehmer selbst zur Planung und Ausarbeitung seines Nebenangebots eines eigenen Architekten oder sonstigen Planers, tritt ein weiterer Beteiligter im Bauablauf hinzu, dessen Rolle und Haftung zu ergründen ist.

Durch den Einfluss eines Nebenangebots ergibt sich damit folgendes **geändertes Rollenschema im Rahmen der Umsetzung eines Bauvorhabens** in grafischer Darstellung:



II. Vorrangige Geltung vertraglicher Regelungen zur Risiko- verteilung

1. Systematik

Im Rahmen der Vertragsfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie ist es grundsätzlich möglich, Risiken durch ausdrückliche vertragliche Regelungen einer der beteiligten Vertragsparteien zuzuweisen. Dies gilt ebenso für den Bauvertrag. Wie auch der BGH unter anderem in der Entscheidung „Wasserhaltung II“¹¹⁷⁵ und in der Kammerschleusen-Entscheidung¹¹⁷⁶ unterstrichen hat, ist die Kalkulierbarkeit einer Verpflichtung für den Auftragnehmer nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der vertraglichen Risikoübertragung. Wie bereits in der Entscheidung „Wasserhaltung II“ hat der Senat dabei betont, dass es den Parteien grundsätzlich frei steht, jegliches Wagnis vertraglich zu vereinbaren. Ob und wie sich ein Vertragspartner der Risiken eines Vertragsschlusses vergewissert, ist ausschließlich seine Sache. Es gibt keinen Rechtsgrundsatz, nach dem riskante Leistungen nicht übernommen werden können.¹¹⁷⁷

Maßgeblich ist im Ergebnis auch in diesem Fall die **werkvertragliche Grundregel des § 631 Abs. 1 BGB**, wonach der Unternehmer zur Herstellung (nur) „des versprochenen Werks“, also zu dem Leistungsumfang, der vertraglich fixiert worden ist, verpflichtet ist. Für VOB-Verträge konkretisiert diese Vorgabe die Vorschrift des **§ 2 Nr. 1 VOB/B**, wonach **durch die vereinbarten Preise alle Leistungen abgegolten** werden, **die** nach den dort genannten Grundsätzen **zur vertraglichen Leistung gehören**. Es besteht damit kein vertragsrechtlicher Unterschied zur Vergütung im Rahmen eines Bauvertrags, bei dem der Auftraggeber ein Hauptangebot beauftragt hat. Der einzige „Unterschied“ besteht darin, dass die „vertragliche Leistung“, also das Bau-Soll, wie oben unter B) dargestellt, nicht dem Inhalt des Hauptangebots, sondern dem des Nebenangebots entspricht.¹¹⁷⁸

Entscheidend ist daher als Erstes festzustellen, inwiefern die Bauvertragsparteien **ausdrückliche vertragliche Regelungen** getroffen haben **zur Verteilung bestimmter Risiken und möglicher Folgeerscheinungen**, die aus der Beauftragung des Nebenangebots resultieren können. Derartige vertragliche Regelungen **gehen nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen vor**.¹¹⁷⁹ Insoweit ist den Vertragsparteien im Falle der Beauftragung eines Nebenangebots **zu empfehlen** – im

¹¹⁷⁵ BGH, Urteil vom 11.11.1993, VII ZR 47/93; BauR 1994, 236 = NJW 1994, 850 = ZfBR 1994, 115;

¹¹⁷⁶ BGH, Urteil vom 27.06.1996, VII ZR 59/95; BauR 1997, 126 = NJW 1997, 61 = ZfBR 1997, 29 = IBR 1996, 487;

¹¹⁷⁷ *Kniffka* in: CBTR-Jahresband 2003, S. 23 ff. unter Verweis auf die o.g. Entscheidungen „Wasserhaltung II“ und „Kammerschleusenfall“ des BGH;

¹¹⁷⁸ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 246;

¹¹⁷⁹ *Kapellmann/Schiffers*, a.a.O.; *Marbach*, in: Festschrift für Vygen, S. 246 f.;

Interesse sowohl des Auftraggebers als auch des Auftragnehmers – bereits zumindest für die Mehrzahl der denkbaren Fälle vertraglich „vorzusorgen“, indem sie **ausdrückliche Vertragsregelungen** treffen, **wie Risiken in Folge der Beauftragung des Nebenangebots zwischen den Bauvertragsparteien im Falle einer Störung der Bauausführung aufgeteilt werden sollen**. In diesem Zusammenhang sollten die Parteien insbesondere Wert auf eine detaillierte Darlegung des vertraglichen Leistungsumfangs unter dem Gesichtspunkt legen, dass klar und eindeutig im Vertrag aufgeführt ist, welche Positionen des Amtsentwurfs durch die Positionen des Nebenangebots ersetzt werden und welche Positionen des ursprünglichen Entwurfs des Auftraggebers trotz der Beauftragung des Nebenangebots unverändert erhalten bleiben sollen. Eine eindeutige und widerspruchsfreie Beschreibung liegt vor dem Hintergrund möglicherweise im Zuge der Ausführung unerwartet erforderlicher Leistungsänderungen gleichermaßen auch im Interesse des Auftragnehmers.¹¹⁸⁰

Soweit die Bauvertragsparteien **individualvertragliche Regelungen** treffen, sind diese nicht weiter problematisch, es sei denn, sie verstoßen etwa gegen die gesetzlichen Vorschriften der §§ 134, 138 BGB, was in der Praxis kaum relevant sein dürfte.

2. Einschränkungen durch §§ 305 ff. BGB – „Allgemeine Geschäftsbedingungen“

Werden Regelungen zur Risikoverlagerung nicht im Rahmen individualvertraglicher Vereinbarungen getroffen, sind sie zunächst daran zu messen, ob sie den Vorgaben zu **Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)** in den **§§ 305 ff. BGB**¹¹⁸¹ genügen. Um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt es sich etwa regelmäßig bei Bedingungen und Vorgaben, die der Auftraggeber im Zusammenhang mit einem Bauvertrag dem Auftragnehmer einseitig „stellt“ – so etwa bei **zusätzlichen**¹¹⁸² **oder besonderen Vertragsbedingungen** sowie **zusätzlichen technischen Bedingungen**, die häufig Gegenstand von Bauverträgen sind, sofern sie die Tatbestandsmerkmale des § 305 Abs. 1 BGB erfüllen.¹¹⁸³ Auch **Leistungsbeschreibungen** können AGB sein, wenn sie im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, wie etwa im Fertighausbau. Auch **Verhandlungsprotokolle** im Zuge der Vertragsverhandlungen können AGB darstellen: Diese enthalten häufig vorformulierte Textbausteine, die nur durch einzelne handschriftliche Passagen ergänzt oder geändert werden. Soweit diese Ergänzungen vom Auftraggeber gestellt werden und lediglich mit dem Auftragnehmer erörtert werden, ohne dass dieser

¹¹⁸⁰ *Marbach*, a.a.O.; *Vygen*, Rdn. 70; *Reister* in: *BauR* 2005, 758;

¹¹⁸¹ Eine ausführliche Darlegung zur Qualifizierung als Allgemeine Geschäftsbedingungen in Abgrenzung zur Individualvereinbarung, bei denen eine Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB nicht stattfindet, würde den Rahmen des hier zu behandelnden Themas sprengen; ausführlich hierzu mit Bezug insbesondere auf baurechtlich relevante AGBs siehe u.a. *Glatzel/Hofmann/Frikell*, Teil I, S. 17 ff.; *Kleine-Moeller/Merl/Oelmaier*, § 4, Rdn. 31 ff.; *Wirth/Sienz/Englert*, § 305 ff.;

¹¹⁸² BGH WM 1998, 460 ff.;

¹¹⁸³ *Wirth/Sienz/Englert*, § 305, Rdn. 4;

ernsthaft eine Möglichkeit hatte, auf den Inhalt gestaltend oder ändernd einzuwirken, handelt es sich auch hier trotz der Tatsache, dass die äußere Form auf eine Individualvereinbarung hindeuten mag, um Allgemeine Geschäftsbedingungen.¹¹⁸⁴

So ist beispielsweise eine Klausel in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers **unwirksam**, wonach der Auftragnehmer eine **Garantiehafung** übernimmt, dass die **Mengenansätze** der durch das beauftragte Nebenangebot nicht ersetzten oder in anderer Weise betroffenen Positionen des Hauptangebots nicht erhöht werden. Sie benachteiligt den Auftragnehmer entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen, weil der Auftragnehmer auf diese Weise unter Umständen Leistungen in einem bei Abgabe des Angebots nicht vorhersehbaren Umfang erbringen muss, die er im Hinblick auf die vorgesehene Mengenbegrenzung teilweise bei der Rechnungsstellung nicht in Ansatz bringen kann.¹¹⁸⁵ Die Entscheidung hat insoweit erhebliche praktische Bedeutung, als die beanstandete Klausel („Der Auftragnehmer garantiert hiermit, dass die Mengenansätze der durch den Änderungsvorschlag, das Nebenangebot, nicht ersetzten oder nicht in anderer Weise betroffene Positionen des Hauptangebotes nicht erhöht werden.“) standardmäßig in den Bauverträgen der Deutschen Bahn als Auftraggeberin vorgegeben war.¹¹⁸⁶ Nach der Entscheidung widerspricht die Klausel in entscheidendem Maß der werkvertraglichen Grundsystematik, nämlich der Entgeltlichkeit der Leistung. Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist auch im Rahmen der Beauftragung eines Nebenangebots nicht gerechtfertigt.¹¹⁸⁷ Zu unbestimmt und daher unwirksam ist ebenso eine ähnliche Klausel in AGBs mit folgendem Wortlaut: „Ist der Auftrag auf einen Änderungsvorschlag oder ein Nebenangebot erteilt worden, dann sind mit der vereinbarten Vergütung alle vom dem Änderungsvorschlag oder dem Nebenangebot beeinflussten Leistungen abgegolten, die zur vollständigen Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich waren.“¹¹⁸⁸

Dies zu Recht: Der Auftraggeber hat zwar ein schutzwürdiges Interesse daran, dass er im Falle der Beauftragung des Nebenangebots nicht von unvorgesehenen Mengenmehrungen im Rahmen anderer Positionen nachträglich überrascht wird und sich dann der vermeintliche wirtschaftliche Vorteil des Nebenangebots aufhebt oder möglicherweise sogar ins Gegenteil verkehrt. Ein **faktischer, globaler und pauschaler Ausschluss von Mehrvergütungsansprüchen** im Rahmen von AGB ist jedoch zu unbestimmt und stellt daher einen **unzulässigen Verstoß gegen § 307 BGB** dar.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁴ OLG Stuttgart, Urteil vom 26.06.1986, 2 W 21/86; *Glatzel/Hofmann/Frikell*, Teil I, Ziff. 4.3;

¹¹⁸⁵ LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 25.10.1989, 5 O 7142/88; IBR 1990, 359 = ZfBR 1990, 117; die Entscheidung erging noch zum „alten“ AGB-Gesetz, ist angesichts der Tatsache, dass die hier einschlägige Regelung des § 9 AGBG insoweit nicht im Kern verändert in § 307 BGB n.F. überführt wurde, aber inhaltlich nach wie vor aktuell;

¹¹⁸⁶ Dort als Ziff. 16 des Vordrucks Nr. 13401; *Glatzel/Hofmann/Frikell*, S. 148;

¹¹⁸⁷ *Glatzel/Hofmann/Frikell*, S. 149;

¹¹⁸⁸ OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 03.06.2002, 1 U 26/01;

¹¹⁸⁹ *Glatzel/Hofmann/Frikell*, S. 116;

Unzulässig ist ebenso eine Klausel, wonach in Folge der Beauftragung eines Nebenangebots alle Nebenleistungen gemäß VOB/C, die zur vertragsgemäßen Ausführung anfallen, als in die Leistungsbeschreibung eingeschlossen gelten sollen. Auch diese Klausel stellt einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB¹¹⁹⁰ dar, weil sich der Auftragnehmer dadurch zu einem nicht vorhersehbaren und damit nicht kalkulierbaren Leistungsumfang verpflichten würde.¹¹⁹¹ Praktisch bedeutsam im Rahmen der Beauftragung von Nebenangeboten ist auch die Feststellung, dass eine AGB-Klausel unwirksam ist, die regelt, dass die vereinbarten Festpreise Nachforderungen jeglicher Art ausschließen. Auch diese Klausel verstößt wegen ihrer Unkalkulierbarkeit gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB.¹¹⁹²

Nicht speziell auf Bauverträge mit Nebenangeboten bezogen, hat die Rechtsprechung AGB-Klauseln für unwirksam befunden, mit denen ein Preisänderungsanspruch des Auftragnehmers nach **§ 2 Nr. 3 VOB/B** ausgeschlossen werden sollte.¹¹⁹³ Diese Frage entfaltet jedoch insbesondere für Verträge auf der Basis von Nebenangeboten praktische Relevanz, da in diesem Zusammenhang nicht selten Diskussionen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer entstehen, ob eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B zulässig und begründet ist oder nicht. Hierauf wird unten bei der Diskussion der Einzelansprüche näher eingegangen.¹¹⁹⁴ Es ist kein Grund ersichtlich, warum die o.g. Entscheidungen zum Ausschluss von § 2 Nr. 3 VOB/B nicht ebenso auf Verträge auf Nebenangebotsbasis anzuwenden sein sollten.

Zu **AGB-Klauseln**, die der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer mit dem Ziel stellt, um dessen potenziellen Ansprüche nach **§ 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B** zu **beschränken**, sei insoweit auf die Darstellung in der Literatur verwiesen.¹¹⁹⁵ Von praktischer Bedeutung sind insbesondere die als unzulässig eingestuften Klauseln, die Mehrvergütungsansprüche des Auftragnehmers ausschließen, wenn dieser angeordnete Mehrleistungen oder geänderte Leistungen auszuführen hat, die für die Erzielung des Werkvertragserfolgs erforderlich sind.¹¹⁹⁶ Dies gilt auch für Regelungen, die Mehrvergütungsansprüche ausschließen, wenn der Auftragnehmer ohne aus-

¹¹⁹⁰ Das Urteil erging noch zur Rechtslage vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, hier zu § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, ist aber wegen der wortgleichen Regelung in § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB nach wie vor anwendbar;

¹¹⁹¹ *Glatzel/Hofmann/Frikell*, S. 119; LG München, Urteil vom 19.05.1993, 21 O 12454/92;

¹¹⁹² Entspricht § 9 AGBG; OLG Hamburg, Urteil vom 06.12.1995, 5 U 215/94; BGH, Beschluss vom 05.06.1997, VII ZR 54/96, Revision nicht angenommen; *Glatzel/Hofmann/Frikell*, a.a.O., S. 141;

¹¹⁹³ U.a. BGH, Urteil vom 08.07.1993, VII ZR 79/92, der die Regelung des § 2 Nr. 3 VOB/B richtigerweise nicht als „gesetzliche Regelung“ ansah, dennoch aber einen Ausschluss jeglichen Preisanpassungsanspruchs nicht für zulässig hielt; ferner OLG Bamberg, Urteil vom 21.09.1994, 3 U 258/93; *Glatzel/Hofmann/Frikell*, S. 146 ff.;

¹¹⁹⁴ Vgl. Teil E III 3.;

¹¹⁹⁵ U.a. die Darstellung im Einzelnen bei *Glatzel/Hofmann/Frikell*, S. 150 ff.;

¹¹⁹⁶ U.a. OLG Hamburg, Urteil vom 06.12.1995, 5 U 215/94; LG Frankfurt/Main, Urteil vom 06.02.1980, 2/6 O 502/79; *Ingenstau/Korbion*, § 2 Nr. 6 VOB/B, Rdn. 31; *Glatzel/Hofmann/Frikell*, S. 156;

drückliche schriftliche Beauftragung oder schriftliche Ankündigung solche Leistungen ausgeführt hat.¹¹⁹⁷ Auch hier ergibt sich keine Unterscheidung bezüglich der Handhabung von Bauverträgen auf der Basis eines Haupt- bzw. eines Nebenangebots.

Auftraggeber wie auch Auftragnehmer sind also in der Praxis gut beraten, sorgfältig darauf zu achten, in welcher Form und mit welchem Inhalt sie Regelungen zu Risikoverlagerungen vereinbaren.¹¹⁹⁸ Für den Auftraggeber mag die potenzielle Entlastung von Risiken zu Lasten des Auftragnehmers auf den ersten Blick freilich verlockend sein. Allerdings ist auch in diesem Fall „allzu viel häufig ungesund“ – je mehr Risiken in Zusammenhang mit Nebenangeboten, insbesondere ohne anderweitigen Ausgleich für den Auftragnehmer – in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleich welcher Art auf den Unternehmer überbürdet werden, desto größer ist die Gefahr, dass die theoretische vertragliche Risikoregelung auf Grund eines Verstoßes gegen §§ 305 ff. BGB unwirksam ist und nicht zur beabsichtigten „Umverteilung“ führt. Bietern ist im Gegenzug zu empfehlen, rechtzeitig – nämlich vor Vertragsabschluss – kritisch zu prüfen, welche Risikoverteilungsregelungen zu ihren Ungunsten sie bereits sind, zu akzeptieren: Nicht jede Vorgabe, die der Auftraggeber stellt und die den obigen Darstellungen entspricht, ist automatisch eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die der Auftragnehmer zeitlich, nachdem er sie zunächst akzeptiert hat, später im Wege der Berufung auf §§ 305 ff. BGB wieder beseitigen könnte. Eine der Tatbestandsvoraussetzungen, die aus einer vom Auftraggeber gestellten Klausel erst eine Allgemeine Geschäftsbedingung macht, ist die Vorformulierung für eine unbestimmte Vielzahl von Verträgen. Inwieweit dies der Fall ist, kann ein Bieter vorab regelmäßig nicht in allen Fällen ausreichend rechtssicher feststellen.

III. Grundsätzliche Risikoverteilung beim Bauvertrag

Ein Vertrag enthält naturgemäß eine Zuweisung von Pflichten und Rechten an die Vertragspartner. Dies ergibt sich bereits aus dem „Schuldrechtsgrundgesetz“ des § 241 BGB. Dies gilt ebenso für einen Bauvertrag, unerheblich, ob es sich um einen BGB- oder VOB-Bauvertrag handelt. Sinn und Zweck der vorliegenden Abhandlung soll es nicht sein, grundsätzliche Fragen zu Risiken und deren Verteilung im Rahmen eines Bauvertrags ausführlich darzustellen und zu diskutieren. Um ein ausreichendes Grundverständnis für die anschließende Erörterung der Auswirkungen von Nebenangeboten auf die Risikoverteilung im Bauvertrag zu erzielen, ist jedoch die Darstellung einiger weniger wesentlicher Eckpunkte im Risikogefüge beim Bauvertrag sowie eine Klärung von deren Definition zum einheitlichen Verständnis angezeigt.

¹¹⁹⁷ U.a. BGH, Urteil vom 20.12.1990, VII ZR 248/89; OLG München, Urteil vom 16.11.1993, 9 U 3155/93, BGH, Beschluss vom 18.05.1995, VII ZR 31/94, Revision nicht angenommen; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.1988, 5 U 103/88, BauR 89, 335; LG München I, Urteil vom 22.09.1988, 7 O 3095/88; *Glatzel/Hofmann/Frikell*, S. 150 ff.;

¹¹⁹⁸ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 247;

Für das Werkvertragsrecht und damit auch für Bauverträge geben §§ 644 Abs. 1, 645 Abs. 1 S. 1 BGB Grundregelungen für die Tragung von Gefahren vor. § 644 BGB regelt dabei die Leistungsgefahr, § 645 BGB die Vergütungsgefahr:

§ 644 Abs. 1 BGB:

„Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über. Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich.“

§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB:

Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

Die Begriffe „**Gefahr**“ und „**Risiko**“ sind in diesem Zusammenhang **synonym** gebraucht. §§ 644, 645 BGB regeln also (auch) die Risikoverteilung beim Bauvertrag.¹¹⁹⁹

Bei der **Leistungsgefahr** handelt es sich dabei um die Verpflichtung des Auftragnehmers zur (unter Umständen auch erneuten kompletten Neu-)Herstellung des geschuldeten Werks, auch als „**Erfolgshaftung**“ oder „**Erfolgsgarantie**“ bezeichnet. Sie verkörpert die unbedingte Verpflichtung des Auftragnehmers, das beauftragte Bauwerk herzustellen, „koste es, was es wolle“¹²⁰⁰. Diese Erfolgshaftung resultiert aus dem Grundsatz der werkvertraglichen Erfolgsverpflichtung nach § 631 Abs. 1 BGB.¹²⁰¹ Die **Vergütungsgefahr** (auch: „**Preisgefahr**“)¹²⁰² betrifft die Frage, ob der Unternehmer für die von ihm (unter Umständen bislang vergeblich) ausgeführten Leistungen Vergütung vom Besteller verlangen kann.¹²⁰³ Weitere Gefahren bzw. Risiken sind im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt bzw. definiert.

Für den **VOB-Vertrag** regelt **§ 7 VOB/B** ergänzend die Verteilung der Gefahr. Er erweitert gegenüber der BGB-Regelung die Ausnahmetatbestände, in denen die Ri-

¹¹⁹⁹ Prütting/Wegen/Weinreich, § 644, Rdn. 1; Herig, § 7 VOB/B, Rdn. 1 f.; Ganten/Jagenburg/Motzke, vor § 7 VOB/B, Rdn. 1;

¹²⁰⁰ Englert/Motzke/Wirth, a.a.O., Rdn. 9;

¹²⁰¹ Palandt/Sprau, § 644, 645, Rdn. 2 f.; Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O., Rdn. 3; Englert/Motzke/Wirth, § 644, Rdn. 8 f.;

¹²⁰² Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 47;

¹²⁰³ Palandt/Sprau, a.a.O., Rdn. 4 f.; Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O.; Englert/Motzke/Wirth, a.a.O.;

sikoverteilung zu Gunsten des Auftragnehmers verschoben wird. Er kann bei Vereinbarung der VOB zusätzlich Vergütung auch für vergeblich erbrachte Leistungen verlangen, wenn diese vor Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder „andere objektiv unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände“ beschädigt oder zerstört werden. In Abgrenzung zu den Regelungen für die Tragung der Gefahren bzw. Risiken, die ausschließlich die Frage des Schicksals der vertraglichen Leistungen betreffen, regelt § 10 Abs. 1 VOB/B die verschuldensabhängige Haftung.¹²⁰⁴

Aus diesen Vorschriften ergibt sich der **Grundsatz** sowohl für einen BGB- als auch für einen VOB-Bauvertrag: Der **Auftragnehmer trägt bis zur Abnahme die Leistungs- und Vergütungsgefahr**, wenn nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 644, 645 BGB bzw. 7 VOB/B vorliegt.¹²⁰⁵ Entscheidend für die weitere Betrachtung ist ferner, dass der BGH bezüglich der Aufteilung der **Risiken** klargestellt hat, dass diese **nicht gemäß § 254 BGB zwischen den Parteien des Vertrags aufgeteilt – also „gequotelt“ – werden können**. Die (Wieder-)Herstellungsverpflichtung des Auftragnehmers besteht ebenso wie die Vergütungspflicht des Auftraggebers entweder ganz oder gar nicht. Dies gilt sowohl für die Risikoverteilung nach §§ 644 f. BGB als auch nach § 7 VOB/B.¹²⁰⁶

IV. Verlagerung von Risiken auf den Auftragnehmer in Zusammenhang mit Nebenangeboten

Haben die Parteien keine ausdrückliche vertragliche Regelung getroffen, wer welche Risiken im Zusammenhang mit der Ausführung eines beauftragten Nebenangebots zu tragen hat, stellt sich die Frage, welche allgemeine Risikoverteilung in diesem Fall gilt. Die in diesem Zusammenhang vielfach – naturgemäß insbesondere von Auftraggebern, leider aber auch nicht selten von mit solchen Sachverhalten befassten Gerichten¹²⁰⁷ – vertretene **Ansicht, der Auftragnehmer trage für das Funktionieren seines Nebenangebots pauschal das volle Risiko**, habe also die finanziellen und zeitlichen Folgen sämtlicher negativer Erscheinungen wie insbesondere Mehrkosten, Behinderungen, Bauzeitverlängerung und Schäden zu tragen, **trifft nicht zu**. Vielmehr ist in diesem Fall eine **wesentlich differenziertere Betrachtung der Risikoverteilung anzustellen**. Der Auftragnehmer trägt zwar insgesamt das Risiko des Funktionierens der von ihm vorgeschlagenen Leistung selbst, allerdings nur in Bezug

¹²⁰⁴ *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 7, Rdn. 14;

¹²⁰⁵ Ausführlich dazu siehe die Kommentarliteratur zu §§ 644, 645 BGB u.a. in *Palandt/Sprau, Prütting/Wegen/Weinreich, Englert/Motzke/Wirth* u.a.m.;

¹²⁰⁶ BGHZ 61, 144; BGH NJW 1973, 368; a.A. OLG Saarbrücken, NJW 1972, 1761; *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 7 VOB/B, Rdn. 40 f.;

¹²⁰⁷ So etwa LG Hannover, Urteil vom 18.04.2007, 11 U 252/06;

auf die abweichende Lösung an sich und nicht in allen Fällen und für alle Umstände, die auf die Bauausführung einwirken.¹²⁰⁸

1. Vergleichbarkeit der Situation mit der Funktionalausschreibung

Die **Situation beim Nebenangebot** ist im Ergebnis in weiten Teilen **vergleichbar mit** der im Rahmen einer **Funktionalausschreibung** nach § 9 Nr. 15 ff. VOB/A. Statt mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis schreibt der Auftraggeber eine zu lösende Bauaufgabe nur mit Hilfe eines Leistungsprogramms aus.¹²⁰⁹ Er gibt also nicht wie bei der Ausschreibung mit Leistungsverzeichnis die erforderlichen Arbeitsschritte detailliert vor, die zur Erfolgserreichung erforderlich sind, sondern nur das Ziel in Form der Vorgabe der vertraglich erwarteten bzw. geschuldeten Funktion und des Zwecks des künftigen Bauwerks.¹²¹⁰ Die konstruktive Lösung der Bauaufgabe obliegt dabei in Abweichung vom Regelfall des § 9 Nr. 11 ff. VOB/A dem Bieter.¹²¹¹ Der entscheidende Unterschied zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis liegt darin, dass bei der Funktionalausschreibung in den Vorgaben des Auftraggebers die Massenangaben fehlen. Die Massenangaben des Leistungsverzeichnisses werden vielmehr der Ausführungsplanung entnommen, so dass dieses lediglich eine andere Darstellungsform der Ausführungsplanung darstellt.¹²¹² Einzelheiten zu den erforderlichen Angaben des Leistungsprogramms ergeben sich unter anderem aus den Vorgaben des Vergabehandbuchs des Bundes.¹²¹³

Im Ergebnis **verlangt** also auch **die Funktionalausschreibung vom Bieter, dass er planerische Leistungen erbringt**, wie sich dies unter anderem in § 9 Nr. 17 VOB/A ausdrücklich widerspiegelt.¹²¹⁴ Dem Bieter wird bewusst die Planungshoheit in Detailfragen überlassen, so dass er diesbezüglich ein Leistungsbestimmungsrecht im Sinne des § 315 BGB hat.¹²¹⁵ Dies entspricht insoweit der Situation beim Nebenangebot. Auch bei der Ausarbeitung eines Nebenangebots muss der Bieter selbst Planung leisten. Der Unterschied besteht darin, dass bei der Funktionalausschreibung der Bieter bereits für das Hauptangebot die Planungsleistungen erbringen muss. Das heißt, dass er sich ohne Erbringung einer eigenen Planung überhaupt nicht am Vergabeverfahren beteiligen kann. Bezüglich des Nebenangebots ist es dem Bieter da-

¹²⁰⁸ Kapellmann/Schiffers, Rdn. 701; Marbach in: Festschrift für Vygen, S. 248;

¹²⁰⁹ Auf die Unterscheidung der „total-funktionalen“ und der „teil-funktionalen“ Leistungsbeschreibung, wie sie Kapellmann/Messerschmidt, § 9 VOB/A, Rdn. 76 ff., vornehmen, soll hier nicht näher eingegangen werden;

¹²¹⁰ von Minckwitz/Schmitt/Viering, § 2, S. 122 ff.;

¹²¹¹ Dähne/Schelle, S. 777 f.; Lampe-Helbig/Wörmann, Rdn. 101;

¹²¹² Motzke/Pietzcker/Prieß, § 9, Rdn. 55;

¹²¹³ Dort Ziff 7.2.3.1; wiedergegeben u.a. auch in Motzke/Pietzcker/Prieß, a.a.O., Rdn. 63; Heiermann/Riedl/Rusam, § 9 VOB/A, Rdn. 144;

¹²¹⁴ Ausdrücklich Vergabehandbuch des Bundes, Ziff. 7.1.1 zu Teil A § 9; Heiermann/Riedl/Rusam, § 9 VOB/A, Rdn. 138; von Minckwitz/Schmitt/Viering, a.a.O.; Ingenstau/Korbion, § 9 VOB/A, Rdn. 114 ff., 121; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, § 9 VOB/A, Rdn. 198; Herig, § 9 VOB/A, Rdn. 54;

¹²¹⁵ Kniffka/Koeble, Rdn. 94;

gegen freigestellt, ob er ein solches überhaupt abgeben will oder nicht und inwieweit er also eigene Planungsleistungen investieren will.

Hinsichtlich der Planungsverantwortung gibt die Zuweisung im Rahmen einer Ausschreibung durch Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm eine Richtschnur für die Handhabung beim Nebenangebot vor: Auch bei der Funktionalausschreibung ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die vom Bieter mit seinem Hauptangebot eingereichte konkretisierte Planung der Bauaufgabe dahingehend zu überprüfen, ob sie den Ausschreibungsvorgaben entspricht. Damit hat der Auftraggeber zu verifizieren, dass das mit dem Leistungsprogramm vorgegebene Erfolgsziel durch die vom Bieter vorgelegte Planung erreicht werden kann, die konkretisierte Planung also vollständig und richtig ist, sowie dass das Risiko des Erfordernisses zusätzlicher und geänderter Leistungen wegen Planungsmängeln so weit wie möglich eingeschränkt wird. Die **Verantwortung für seine Planungsleistung** bleibt aber dennoch **beim Bieter**.¹²¹⁶ Dies kann in der Folge bei einem Bauvertrag nach Funktionalausschreibung zu einer Aufspaltung der Verantwortlichkeit für den Planungsbereich zwischen den Bauvertragsparteien führen, die insoweit die grundsätzliche Alleinverantwortung des Auftraggebers für die Richtigkeit der Planung ersetzt.¹²¹⁷ In der Praxis relativiert sich dieses Risiko jedoch insoweit, dass in Folge einer Ausschreibung mit Leistungsprogramm zu Stande kommende Bauverträge häufig in Form eines Global- bzw. Detailpauschalvertrags pauschaliert werden.¹²¹⁸ Dies verschiebt das Risikogefüge systematisch noch ein Stück weiter zu Lasten des Auftragnehmers.

2. Vergleichbarkeit mit der Planerrolle des Generalunternehmers

Beim „normalen“ Bauvertrag erbringt der Auftraggeber – sei es in Eigenleistung oder durch ein von ihm beauftragtes Planungsbüro – die Planung jedenfalls bis zum Stadium der Entwurfsplanung und führt diese in die Ausschreibung ein. Mit der Ausarbeitung eines Nebenangebots übernimmt der Bieter für den Auftraggeber Planungsaufgaben und reicht bereits im Vergabeverfahren die Entwurfsplanung für seinen alternativen Vorschlag des Nebenangebots ein. Dies **entspricht im Ergebnis der Rollenverteilung beim Generalunternehmer**: Auch bei dieser Konstellation erbringt nicht der Auftraggeber die Planung, sondern der Auftragnehmer. Insoweit stellt sich die Frage, ob auch die rechtliche Konstellation bezüglich der Planung bei einem Generalunternehmervertrag auf den Bieter eines Nebenangebots zu übertragen ist. Diese Frage ist nicht nur theoretischer Natur, sondern hat erhebliche Auswirkungen auf die Praxis, insbesondere hinsichtlich der Mängelhaftungsfrist für Planungsfehler.

¹²¹⁶ *Ingenstau/Korbion*, § 9 VOB/A, Rdn. 121; *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 9 VOB/A, Rdn. 199;

¹²¹⁷ *Ingenstau/Korbion*, a.a.O.;

¹²¹⁸ Zu den Einzelheiten hierzu s. u.a. *Kniffka/Koebler*, Rdn. 102

2.1 Rechtslage beim Generalunternehmervertrag

Ein Generalunternehmer ist ein Auftragnehmer, der vom Bauherrn mit der gesamten Bauausführung beauftragt wird, also alle Baugewerke übernimmt.¹²¹⁹ Der Generalunternehmer erbringt allerdings nicht nur Ausführungsleistungen, sondern in unterschiedlichem Ausmaß auch Planungsleistungen.¹²²⁰ Die Einzelheiten zu den möglichen Aufteilungsvarianten können im Rahmen dieser Darstellung dahinstehen.¹²²¹ Der Generalunternehmer schuldet dem Auftraggeber vertraglich die Planung. Dies hat für die Praxis weit reichende Folgen insbesondere in Zusammenhang mit der Mängelhaftung. Dies hat der BGH unterstrichen: Demnach **gilt die VOB/B in einem Generalunternehmervertrag nur für die vom Unternehmer geschuldeten Bauleistungen, nicht aber für die von ihm daneben übernommenen selbstständigen Architekten- und Ingenieurs- also Planungsleistungen.**¹²²² Das hat zur Folge, dass nur für die **Bauleistungen** die **Mängelhaftungsfrist** des § 13 Nr. 4 Abs. 1 S. 1 VOB/B von **vier Jahren** gilt. Planungsleistungen dagegen unterfallen der Mängelfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Der Planungsvertrag bzw. selbstständige Vertragsteile eines gemischten Vertrags, die **Planungsleistungen** zum Gegenstand haben, sind nach der zitierten BGH-Rechtsprechung Werkverträge, die der BGB-Regelung folgen. Nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB verjähren Mängelansprüche bei einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, in **fünf Jahren**. Im Falle der Geltendmachung von Mängelansprüchen durch den Auftraggeber gegen den Generalunternehmer ist damit zu unterscheiden, ob eine *Bauleistung* (dann Verjährung der Mängelansprüche in vier Jahren) oder eine *Planungsleistung* (dann Verjährung in fünf Jahren) betroffen ist.

2.2 Situation beim Nebenangebot

Auch bei der Ausarbeitung eines Nebenangebots erbringt der Unternehmer sowohl Planungs- als auch Bauleistungen. Somit liegt der **Gedanke** nahe, dass in diesem Fall der Auftragnehmer ebenfalls einer **unterschiedlichen Verjährung** der gegen ihn gerichteten Mängelansprüche unterliegt – nämlich von vier Jahren gemäß § 13 Nr. 4 Abs. 1 S. 1 VOB/B für die von ihm nach Beauftragung erbrachten Bauleistungen und von fünf Jahren nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB für Planungsfehler, die er im Rahmen der Angebotsbearbeitung gemacht hat.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst **zu unterscheiden zwischen selbstständigen und unselbstständigen Planungsleistungen des Auftragnehmers.** Ein Unternehmer erbringt nämlich gewisse Planungsleistungen regelmäßig auch dann, wenn er allein mit der Ausführung (auch sämtlicher) Bauleistungen beauftragt ist.

¹²¹⁹ *Langen/Schiffers*, Rdn. 319;

¹²²⁰ *Kuffer/Wirth*, 6. Kap. A VI, Rdn. 17; E III Rdn. 35;

¹²²¹ Zur weiterführenden Lektüre empfiehlt sich unter anderem das Darmstädter Baurechtshandbuch, VI. Teil; *Kuffer/Wirth*, 6. Kap. E III, Rdn. 35 ff.;

¹²²² BGH, Urteil vom 17.09.1987, VII ZR 166/86, BauR 1987, 702;

Diese beschränken sich im Regelfall jedoch nur auf Planungsleistungen, die durch die Ausführung bedingt werden. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich insbesondere in den DIN-Normen der VOB/C zu den jeweiligen Gewerken. Es handelt sich dabei in der Regel um eine Form der Arbeitsplanung auf der Basis der vom Auftraggeber bereits im Zuge der Ausschreibung vorgelegten Entwurfsplanung.¹²²³ Im Rahmen der DIN 18314 beispielsweise hat der Auftragnehmer insoweit nach Abschnitt 3.2 zu planen, wie er den zu verarbeitenden Spritzbeton mischen und verarbeiten will. DIN 18330 für Mauerarbeiten sehen das Liefern von statischen Verformungsberechnungen und Zeichnungen für Hilfskonstruktionen, soweit diese für die eigene Leistung notwendig sind, als Nebenleistungen und damit vom Unternehmer ohne gesonderte Vergütung geschuldet an. Auch dies sind aber Planungsleistungen im engeren Sinn.

Der Bieter, der ein Nebenangebot ausarbeitet, leistet jedoch eine wesentlich umfassendere Planungsleistung. Insoweit ließe sich die Ansicht vertreten, dass eine selbstständige Planungsleistung vorliegt, die nicht nur auf der Basis der Entwurfsplanung des Auftraggebers Planungsanteile zur unmittelbaren Arbeitsvorbereitung erbringt. Die Folge wäre, dass der Auftragnehmer für Mängel der Planungsleistung länger zu haften hätte als für seine Bauleistungen. Dem widerspricht aber ein **wichtiger systematischer Unterschied zum Generalunternehmervertrag**: Bei diesem ist die Planung ausdrücklich Bestandteil des *Vertrags*. Der Auftragnehmer plant hier erst nach Vertragsschluss und schuldet auf Grund eines eigenständigen Planungsvertrags(anteils) Leistungen aus dem Bereich der Planung. Beim Nebenangebot geht der Bieter dagegen keinerlei vertragliche Verpflichtung ein, zu planen. Er entwirft und plant zunächst nur in seinem eigenen Interesse. Der Auftraggeber versendet die Vergabeunterlagen und gibt bereits eine Entwurfsplanung mit an die Bieter heraus. Er lässt lediglich Nebenangebote zu. Ein vertragsrechtlicher Antrag im Sinne des §§ 145 ff. BGB an einen konkreten Bieter, eine alternative Planung zu erarbeiten, liegt darin nicht. Der **Bieter plant auf eigene Veranlassung und eigenem Antrieb mit dem Ziel, seine Chancen auf Erhalt des Zuschlags zu verbessern**. Insoweit entsteht **kein Planungsvertrag mit dem Auftraggeber**, auch nicht durch einen konkludenten Vertragsschluss. Dies belegt auch die Tatsache, dass ein Bieter für den (Planungs-) Aufwand, den er in Zusammenhang mit der Ausarbeitung seines Nebenangebots hat, weder im Falle der Beauftragung noch der Nichtberücksichtigung eine Vergütung bzw. Entschädigung erhält.¹²²⁴ Würde man eine vertragliche Verpflichtung des Bieters annehmen wollen, müsste man diesem konsequenterweise einen Vergütungsanspruch jedenfalls nach § 632 Abs. 1, 2 BGB zubilligen.

Generalunternehmer und Bieter eines Nebenangebots unterscheiden sich des Weiteren bezüglich der Zeitschiene: Der Generalunternehmer erhält seinen Vertrag, in dem die Planungsverpflichtung vereinbart und konkretisiert wird. Im An-

¹²²³ *Korbion* in: Festschrift für Locher, S. 134

¹²²⁴ Vgl. oben Teil 3 D VI;

schluss daran führt er Planungsleistungen aus. In dem Zeitraum, in dem der Bieter eines Nebenangebots seine Planung ausführt, gibt es noch keinen Vertrag. Dieser kommt – sofern er den Zuschlag auf sein Nebenangebot erhält – erst zeitlich nach der Planung auf dieser Basis zu Stande. Der Bieter eines Nebenangebots plant in der vorvertraglichen Phase.

Die Planung für ein Nebenangebot ist damit nicht vertraglich geschuldete, sondern lediglich unselbstständige Vorbereitungsleistung für die eigentliche Bauleistung. Nur zu Letzterer wird der Bieter ausdrücklich vertraglich verpflichtet – sofern sein Nebenangebot den Zuschlag erhält. Auch bezüglich der Mängelhaftung kann damit keine Aufteilung vorgenommen werden. Der **Auftragnehmer**, der eine Bauleistung auf der Basis eines Nebenangebots und damit seiner eigenen Entwurfsplanung ausführt, **haftet nur einheitlich nach § 13 Nr. 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B für die Dauer von vier Jahren für seine gesamte Leistung**. Seine Planungsleistungen sind nur unselbstständige Leistungsbestandteile und Vorbereitungshandlungen für diese Bauleistung. Eine eigenständige Mängelhaftung hierfür nach der längeren, fünfjährigen Frist nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB ist nicht angezeigt. Damit besteht im Ergebnis **keine eigenständige Einstandspflicht des Auftragnehmers für Planungsmängel, sondern nur für Mängel am Bauwerk oder einem Bauwerksteil**. Die Zurechnung dieser Bauwerksmängel, die den maßgeblichen Anknüpfungstatbestand bilden, erfolgt über einen Ausführungsfehler oder über einen Planungsfehler (vgl. § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 1 VOB/B).

3. Einzelbetrachtung der Risikoverschiebung beim Nebenangebot
Wer als Bieter ein Nebenangebot ausarbeitet, übernimmt Planungsaufgaben vom Auftraggeber. Dies führt systembedingt dazu, dass der Bieter, der mit Erteilung des Zuschlags zum Auftragnehmer wird, auch ohne Bestehen eines eigenständigen Planungsvertrags¹²²⁵ Verantwortung für die Richtigkeit seiner Planungsleistungen übernimmt. Dies führt nicht nur zur Verlagerung der Planungsverantwortung, sondern auch einer Reihe von weiteren Risiken im Zusammenhang mit der Ausführung der Bauleistung.

Die zu dieser zentralen vertragsrechtlichen Frage in Zusammenhang mit Nebenangeboten nur spärlich vorzufindende Literatur ist sich über die Frage der Verlagerung von Risiken zum Auftragnehmer hin einig. Zum Grund für die Verschiebung des Verantwortungsgefüges äußert sich *Vygen*,¹²²⁶ der bezüglich der Planungsaufgabe insoweit eine Gleichstellung zu Fällen vornimmt, in denen der Bieter oder Auftragnehmer per ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung Planungsleistungen ausführt: „*Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen der Aufgabenverteilung* [gemeint ist damit die Erstellung der Leistungsbeschreibung als zentrale Aufgabe des Auftraggebers, Anm.

¹²²⁵ Vgl. oben 2;

¹²²⁶ In: *Vygen/Schubert/Lang*, Rdn. 60; in: *Festschrift für Locher*, S. 281;

d. Verf.] zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber kommt nur dann in Betracht, wenn der Unternehmer im Vertrag mit dem Auftraggeber oder vorvertraglich die Projektierung bestimmter Leistungsbereiche und darauf beruhend die Erstellung des Leistungsverzeichnisses selbst übernommen hat. (...) Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise auch bei der Abgabe von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten durch einen Bieter im Rahmen der Ausschreibung (vgl. § 10 Nr. 5 Abs. 4 VOB/A), wenn er anschließend den Auftrag erhält; denn auch in diesem Falle erstellt der Unternehmer die Planung und das Leistungsverzeichnis für diesen Änderungsvorschlag bzw. das Nebenangebot.“

Diese Rollenverteilung bedingt die **Verschiebung von Risiken in Zusammenhang mit der Ausführung des Nebenangebots:**

Hofmann¹²²⁷ etwa weist darauf hin, dass „der Auftraggeber nicht mehr der alleinige Planer“ sei, sondern der Auftragnehmer insoweit bei der Planung mitwirke und „insoweit **Verantwortung für den Planungsbereich**“ übernimmt. Dähne/Schelle stellen etwas konkreter fest: „Ein Bieter übernimmt bei einem Nebenangebot ein größeres Risiko als bei einem Hauptangebot. (...) ist er **für dessen technische Gestaltung und praktische Ausführbarkeit voll verantwortlich.**“¹²²⁸

Dies konkretisiert Rusam:¹²²⁹ „Ein erhebliches Risiko kann für einen Bieter, der einen Änderungsvorschlag oder ein Nebenangebot abgegeben hat, darin bestehen, dass er für dessen **Inhalt**, insbesondere was die **technische Gestaltung** und die **praktische Ausführung** anbelangt, **voll verantwortlich** ist. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Planung als auch der Ausführung nach dem Änderungsvorschlag oder dem Nebenangebot. Zu beachten ist nämlich, dass der Auftraggeber beispielsweise die Voraussetzungen des § 9 Nr. 1 und 2 VOB/A nicht erfüllen kann und der Auftragnehmer daher selbst so planen und kalkulieren muss, dass der Änderungsvorschlag bzw. das Nebenangebot keine unwägbaren Risiken enthält. (...) Auch das **Mengen- und Preisrisiko** kann nicht dem Auftraggeber obliegen, weil er insbesondere bei wesentlichen Änderungen der Ausführungsart nicht abschätzen kann, ob die angebotenen Mengen und die daraufhin kalkulierten Preise ausreichend sind. (...) Die Bieter, die Änderungsvorschläge oder Nebenangebote abgeben, müssen deshalb im Rahmen ihrer Erfahrung und Sach- und Fachkunde prüfen, ob und inwieweit deren Realisierung möglich ist.“

Ohne weitere Erläuterung stellen Kapellmann/Schiffers fest:¹²³⁰ „Es steht (...) außer Frage, dass der Auftragnehmer das **Risiko des Funktionierens** [seines Nebenangebots, Anm. d. Verf.] selbst trägt.“ Vor allem im Rahmen des Anlagenbaus und

¹²²⁷ In: Nebenangebote im Bauwesen, S. 47;

¹²²⁸ Dähne/Schelle, S. 927;

¹²²⁹ In: Heiermann/Riedl/Rusam, § 25 VOB/A, Rdn. 80;

¹²³⁰ Rdn. 701;

Schlüsselfertigbaus sehen diese ein weiteres Risiko zu Lasten des Auftragnehmers: „Wenn beim Anlagenbau der Anlagenbauer seine eigene Planung realisiert, gehört es gerade zum Essentiale des Anlagenvertrags, dass er das **Entwicklungsrisiko**, d.h. das Risiko des Funktionierens der zu bauenden Anlage, trägt, wobei er im Ergebnis also eine **Vollständigkeitsgarantie** und eine **Funktionsgarantie** übernimmt.“

Die Frage der **Garantiehafung des Auftragnehmers** als ein Mehr gegenüber der Erfolgsverpflichtung relativiert Lauenroth.¹²³¹ Er hält eine Auslegung der Tatsache, dass ein Bieter ein Nebenangebot abgegeben hat, dahingehend, dass dieser eine gesteigerte Garantie für die Durchführbarkeit übernehmen will, für „wenig realistisch“. Eine solche Erklärung in das Vertragsangebot des Bieters „hineinzinterpretieren“, sei „**außerordentlich problematisch**“. Sicher habe der Bieter, wenn sich nicht ausdrücklich etwas anderes aus dem Nebenangebot ergibt, „in aller Regel nicht erklären wollen, dass er unabhängig von der Frage der Durchführbarkeit des von ihm vorgelegten Sonderangebotes den für diese Ausführungsart angebotenen Preis unter allen Umständen und zwar auch dann einhalten wolle, wenn sich sein Angebot als nicht durchführbar erweise und er die von ihm geschuldete Bauaufgabe in anderer Weise, also durch eine geänderte abweichende Ausführung erfüllen müsse.“

In gleicher Weise stellt Marbach¹²³² fest: „Zwar bleibt der Bieter, der mit seinem Änderungsvorschlag oder Nebenangebot abweichend von der Leistungsbeschreibung im Amtsentwurf eine andere Ausführungsweise angeboten hat, **für die Richtigkeit der von ihm ausgeführten Planungsleistungen und Berechnungen voll verantwortlich**. Er trägt insofern das **Risiko der Ausführbarkeit** seiner Leistung und des damit verbundenen Aufwandes.“

Ähnlich sieht es Reister,¹²³³ der hierzu ausführt: „Der Bieter muss sich darüber im Klaren sein, dass er mit der Abgabe eines Nebenangebotes oder Änderungsvorschlages die **Verantwortung für die technische Machbarkeit und die Ausführbarkeit** des vorgeschlagenen Nebenangebotes trägt. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer mit der Abgabe des Nebenangebotes eine **Planungsverantwortung** übernimmt und dem Auftraggeber somit **garantiert, dass** das Nebenangebot in der angebotenen Form tatsächlich auch **realisierbar** ist. Insbesondere übernimmt der Auftragnehmer mit der Abgabe seines Nebenangebotes oftmals auch das **Mengenrisiko**. (...) Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass der Bieter mit der Unterbreitung von Änderungsvorschlägen bzw. Nebenangeboten ein nicht unerhebliches Risiko eingeht, da er hiermit **Planungs-, Ausführungs- und Preisrisiko** übernimmt.“

¹²³¹ In: BauR 1973, 23;

¹²³² In: Festschrift für Vygen, S. 248;

¹²³³ In: BauR 2005, 57;

Diese Konsequenzen fassen *Langen/Schiffers*¹²³⁴ wie folgt zusammen: „Daraus [= aus der Beauftragung eines Nebenangebots, Anm. d. Verf.] ergibt sich eine **Planungsverantwortung des Bieters und späteren Auftragnehmers**

- **für die technische Machbarkeit** seines technischen Änderungsvorschlags einschließlich der **Verträglichkeit und Kompatibilität** seines Änderungsvorschlags mit den sonstigen, der Planung des Auftraggebers entstammenden Bauleistungen;
- **für den Erfolgseintritt des Teils der Leistung, der auf seinem technischen Änderungsvorschlag beruht.**“

Damit ist ein weiterer Aspekt der Risikoverlagerung betont: Der Bieter übernimmt nicht nur die Planungsverantwortung dafür, dass sein eigenes, alternativ per Nebenangebot vorgeschlagenes Ausführungssystem funktioniert, sondern auch dafür, dass der abweichende Vorschlag zu dem passt, was aus dem Amtsentwurf unverändert geblieben ist. Diese Frage wird relevant, wenn ein Nebenangebot nicht den Amtsentwurf vollständig ersetzt, sondern nur Teile davon.

In der **Rechtsprechung** hat sich das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht¹²³⁵ mit der Frage der Verantwortungsverlagerung in Zusammenhang mit Nebenangeboten befasst. Der BGH hat die Revision gegen das Urteil nicht angenommen.¹²³⁶ Im Ergebnis kommt das OLG zu folgendem Schluss: „Bei der Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ist, wenn der Bau aufgrund von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen des Auftragnehmers ausgeführt wird, davon auszugehen, dass der ein Nebenangebot oder einen Änderungsvorschlag abgebende **Bauunternehmer** für deren Inhalt, **insbesondere was die technische Gestaltung und die praktische Ausführung** anbelangt, **verantwortlich** ist. Dies **gilt auch hinsichtlich der Planung**. Der Auftraggeber überlässt für den Bereich der Änderungsvorschläge und Nebenangebote zumindest in einem gewissen Sinne die Bauplanung der Bieterseite, die damit die **Verantwortung oder Mitverantwortung** dafür übernimmt. Geht ihre Bauausführung später schief, wird ihr **grundsätzlich eine erhöhte Verantwortlichkeit** übertragen werden müssen.“

Das heißt im Ergebnis des obigen Meinungsstandes: **Mit der Beauftragung eines Nebenangebots verschieben sich** im Zuge der Ausführung des vom Bieter eingeführten, vom Amtsentwurf abweichenden Vorschlags, **zahlreiche Risiken zum Auftragnehmer hin**. Dies sind nach der obigen Darstellung die folgenden:

¹²³⁴ Rdn. 674;

¹²³⁵ Urteil vom 05.08.1993, 11 U 197/89;

¹²³⁶ Beschluss vom 01.12.1994, VII ZR 182/93;

- **Planungsrisiko**
- **Entwicklungsrisiko**
- **Funktionsrisiko**
- **Mengenrisiko**
- **Ausführungsrisiko**
- **Preisrisiko**

Nicht alle o.g. Risiken entfallen jedoch nur deshalb auf den Auftragnehmer, weil sein Nebenangebot beauftragt wurde. Hierzu sei zunächst auf die obigen Ausführungen in Teil III verwiesen. Beim Preisrisiko handelt es sich um einen anderen Begriff für die Vergütungsgefahr, die in § 645 Abs. 1 BGB geregelt ist. Im Übrigen findet in den oben zitierten Ausführungen zum Teil eine Vermengung und nur eine unscharfe Abgrenzung statt. Dies mag daran liegen, dass nicht mit allen genannten Risiken eine dezidierte Definition einhergeht.

Dies gilt etwa für das „**Ausführungsrisiko**“, das in dieser Form keinen streng rechtlichen Begriff darstellt, der gesetzlich geregelt ist.¹²³⁷ Unabhängig von der Frage, ob ein Haupt- oder ein Nebenangebot beauftragt wurde, schuldet der Auftragnehmer nach § 631 Abs. 1 BGB den werkvertraglich vereinbarten Erfolg und hat dieses Werk im Sinne von § 4 Nr. 2 VOB/B in eigener Verantwortung herzustellen. Insoweit entfällt auf den Auftragnehmer bereits von der allgemeinen Bauvertragskonstruktion her ein „Ausführungsrisiko“. Es ist letztlich als Oberbegriff zu verstehen, der die Leistungsgefahr im Sinne des § 644 Abs. 1 BGB und die Vergütungsgefahr gemäß § 645 Abs. 1 BGB umfasst.¹²³⁸

Definitionen und nähere Erläuterungen bezüglich der weiteren, in den o.g. Zitatstellen erwähnten Risiken, finden sich in der gängigen Literatur nicht. Die Begriffe erklären sich weitgehend aus dem Wortlaut des Terminus technicus heraus selbst. Das **Planungsrisiko** meint insoweit das Risiko des Planers – unabhängig davon, wer diese Aufgabe im konkreten Fall ausführt –, dass seine Planung „umsetzbar“ ist, also die mangelfreie Herstellung des zu planenden Bauwerks ermöglicht, ohne dass im Zuge der Ausführung planerisch nachgebessert werden muss und Leistungsmehrungen oder -änderungen nötig sind.

Das **Entwicklungsrisiko** ist als ein Bestandteil bzw. eine Form des Planungsrisikos zu qualifizieren. Es handelt sich dabei um das Risiko des Funktionierens der zu errichtenden baulichen Anlage, also um eine Vollständigkeitsgarantie und eine Funktionsgarantie des Auftragnehmers.¹²³⁹ Wer das Entwicklungsrisiko übernimmt, trägt damit die Gefahr, dass das von ihm neu entwickelte Verfahren, der von ihm entwi-

¹²³⁷ Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 47;

¹²³⁸ Vgl. oben III; Hofmann, a.a.O.;

¹²³⁹ Kapellmann/Schiffers, Rdn. 702;

ckelte Baustoff oder das von ihm entwickelte System (insbesondere relevant im Anlagenbau) auch das leistet und so funktioniert, wie er es dem Auftragnehmer in Aussicht gestellt hat. Entscheidend ist dabei, dass es sich bei der Leistung um eine Neuerung handeln wird, die der Planer „entwickelt“ hat und über die noch nicht über ausgeprägte Erprobungsergebnisse aus der Praxis vorliegen. Neben dem Risiko der Richtigkeit der Planung beinhaltet das Entwicklungsrisiko also als zusätzliches Element das der Garantie für die Funktion und Zielführung der „Erfindung“.

Das **Funktionsrisiko** ist ähnlich dazu das Risiko, dass die zu erstellende Bauleistung funktioniert, also den Zweck erfüllt, für den es geplant ist und errichtet werden soll. Anders als das Entwicklungsrisiko ist nicht zwingend Voraussetzung dafür, dass es sich um ein neuartiges System handelt, das der Planer erst entwickelt hat.

Die oben als Bestandteil des Entwicklungsrisiko beschriebene **Vollständigkeitsrisiko** kann in zwei Richtungen interpretiert werden: einmal als das Risiko, dass die Leistung vollständig erbracht ist, zum anderen vorrangig als das Risiko des Ausschreibenden bzw. desjenigen, der die Ausschreibungsunterlagen ausarbeitet, dass die Leistung nicht vollständig mit allen für das nachgefragte Bauwerk erforderlichen Teilleistungen ausgeschrieben wurde. Auch hier findet wieder eine Verzahnung statt: Eine unvollständige Leistungsbeschreibung hat häufig seine Ursache in einer unvollständigen oder fehlerhaften Planung.¹²⁴⁰

Das **Mengenrisiko** – synonym beschrieben als **Mengenermittlungsrisiko**¹²⁴¹ – betrifft den Vertragspartner, der die Planung für die vertraglich geschuldete Bauleistung beistellt und damit unter Umständen zugleich die Basis für die Ausschreibungsunterlagen liefert. Es meint die Gefahr, dass die Mengen nicht zutreffend geplant sind, also der Planer etwa für eine bestimmte Teilleistung eine andere Menge angenommen hat, als tatsächlich anfällt beziehungsweise für das Erreichen des werkvertraglichen Erfolgs erforderlich ist. Das Mengenrisiko realisiert sich etwa dann, wenn der Planer im Rahmen einer Baugrubenherstellung das Lösen, Fördern und Laden von 1.000 m³ Boden der Bodenklasse 6 plant und ausschreibt, während realiter 1.500 m³ anfallen.

Inwieweit sich die oben angesprochenen Risikoarten tatsächlich zum Teil überlappen oder überschneiden, muss nicht bis ins letzte Detail geklärt werden. Entscheidend ist nicht die Bezeichnung im Sinne des Terminus für den gemeinten Risikobereich, ob man dieses als „Planungsrisiko“ oder „Entwicklungsrisiko“, als „Funktionsrisiko“, „Vollständigkeitsrisiko“ oder „Mengenrisiko“ bezeichnen mag. **Entscheidend** ist vielmehr die Feststellung, dass der **Auftragnehmer mit der Beauftragung des Nebenangebots grundsätzlich das Risiko übernimmt, dass die aus seiner Sphäre**

¹²⁴⁰ Englert/Motzke/Wirth, § 631, Rdn. 283 ff.;

¹²⁴¹ A.a.O., Rdn. 214;

stammende Abweichung – gleich, ob anderes Verfahren, anderer Ablauf oder anderer Baustoff – **die er gegenüber dem Amtsentwurf aus der Sphäre des Auftraggebers in den Ablauf der Verwirklichung des geplanten Bauvorhabens eingeführt hat, „funktioniert“, also geeignet und zielführend ist, um den vertraglich vereinbarten Erfolg erreichen zu können.** Davon umfasst ist die Verantwortung des Auftragnehmers, dass der abweichende Vorschlag in technischer Hinsicht zum bestellten Erfolg führt, dass er die Mengen für Mensch, Material und Leistung für die von ihm abweichend angebotene Leistung richtig und zutreffend ermittelt hat und dass der Werkerfolg zu dem vom Auftragnehmer in seinem Nebenangebot angebotenen Preis realisierbar ist.

V. Korrektiv: Nur Risiken aus der Sphäre des Nebenangebots relevant

Wie eben dargestellt, gehen mit der Beauftragung eines Nebenangebots grundsätzlich eine Reihe von Risiken vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer über. Das hat jedoch nicht zur Folge, dass *alle* denkbaren Risiken dem Auftragnehmer zur Last fallen. Eine **Risikoverlagerung auf den Unternehmer per se, pauschal und in globaler Form findet** auch dann **nicht statt**, wenn sein Nebenangebot den vertraglichen Leistungsgegenstand vorgibt.¹²⁴²

Vielmehr ist ein entscheidendes **Korrektiv** anzusetzen: Bei der Prüfung, inwieweit ein Risiko in Folge der Bezuschlagung eines Nebenangebots auf den Auftragnehmer übergegangen ist, ist stets zu prüfen, inwieweit nach Sinn, Zweck und Risikogehalt der entsprechenden rechtlichen Regelung oder nach dem objektiv und interessensgerecht auszulegenden Willen der Vertragsparteien tatsächlich eine Risikoverlagerung gewollt beziehungsweise angemessen und zumutbar ist.¹²⁴³

Ist diese vorgeschaltete Frage, inwiefern ein Risiko tatsächlich auf den Auftragnehmer übergegangen ist, damit beantwortet, dass durch die Beauftragung eines von ihm eingereichten Nebenangebots und der damit verbundenen Änderung der Rollenverteilung im „Lebenslauf“ eines Bauvorhabens ein bestimmtes Risiko zu Lasten des Auftragnehmers geht, ist als zweite Prüfungsstufe zu klären, inwiefern sich ein auf den Auftragnehmer verlagertes Risiko tatsächlich in einer im Bauablauf aufgetretenen Störung tatsächlich konkret realisiert hat. **Nur wenn die konkrete Störung ihre Ursache im Nebenangebot hat, also durch die vom Auftragnehmer eingeführten Abweichungen bedingt wurde, und kausal für die eingetretene Störung war, führt dies dazu, dass der Auftragnehmer für die Folgen einzustehen hat.**

¹²⁴² *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 247;

¹²⁴³ *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 47;

Der **Umfang der auf den Auftragnehmer übergewenden Planungsverantwortung** für seine technischen Lösungsvorschläge hängt insoweit vom Umfang der Änderungen ab, die der Bieter dem Auftraggeber mit seinem Nebenangebot vorschlägt.¹²⁴⁴ Je mehr das Nebenangebot vom ursprünglichen Amtsentwurf ersetzt und abändert, desto größer ist die Planungsverantwortung des Auftragnehmers. Wenn der Bieter zum Beispiel nur vorschlägt, für eine Teilleistung einen anderen Baustoff zu verwenden (z.B. Stahl statt Holz oder Stabparkett statt Dielenparkett), geht die Planungsverantwortung nur bezüglich der Geeignetheit und Folgewirkungen des abweichenden Materials auf den Auftragnehmer über. Darüber hinaus hat der Bieter auch in diesem Fall **für die Kompatibilität mit dem Amtsentwurf einzustehen**. Er trägt also die Verantwortung dafür, dass das abweichende Material mit den übrigen zu verbauenden Materialien, die unverändert aus dem Amtsentwurf verbleiben, harmonisiert und insoweit ohne Beeinträchtigungen kombinierbar sind.

In der Praxis resultieren hieraus insbesondere **Abgrenzungsprobleme**, wenn eine Störung im Verlauf der Bauausführung oder ein Mangel auftritt: Ist die **Ursache** – so wird regelmäßig der Auftraggeber argumentieren – der abweichende Vorschlag aus dem **Nebenangebot**, so dass die Verantwortung beim Auftragnehmer liegt, **oder** ist die Ursache dem **Amtsentwurf** oder noch davon verbliebenen Teilen zuzuordnen, so dass die Verantwortung dem Auftraggeber zuzuweisen ist? Möglicherweise ist auch eine **Teilung der Verantwortlichkeit** anzunehmen, wenn Ursachen sowohl aus der Sphäre des Nebenangebots als auch des Amtsentwurfs herrühren.¹²⁴⁵

Das heißt vereinfacht dargestellt: **Die Frage, inwieweit in Folge der Beauftragung eines Nebenangebots im konkreten Fall eine Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer vorzunehmen ist, ist zu beantworten durch eine Betrachtung, aus welcher Sphäre die Ursache für die Störung bzw. den Mangel stammt:** Ist der Einfluss des Nebenangebots verantwortlich, geht die Verantwortlichkeit auf den Auftragnehmer über. Rührt die Ursache für die Störung oder den Mangel aus dem Bereich des ursprünglichen Amtsentwurfs her, nachdem etwa das Nebenangebot nur Teile von diesem ersetzt oder allgemeine Faktoren, die der Auftraggeber zu vertreten hat,¹²⁴⁶ liegt die Verantwortung beim Auftraggeber.

Führt somit der Leistungsinhalt des Nebenangebots deswegen nicht zum Ziel, also zum geschuldeten Erfolg, weil der Auftragnehmer falsche Annahmen getroffen hat – etwa, weil er fälschlicherweise davon ausgegangen ist, weniger ausheben zu müssen als tatsächlich erforderlich, weil er die benötigte Zeit für die Ausführung bestimmter Leistungsteile falsch eingeschätzt hat oder weil er unzutreffend angenommen hat, dass für die Erzielung eines bestimmten erforderlichen (Teil-)Erfolgs weniger Auf-

¹²⁴⁴ Langen/Schiffers, Rdn. 674 ff.;

¹²⁴⁵ A.a.O., Rdn. 675;

¹²⁴⁶ Siehe hierzu insbesondere die unten zu diskutierenden Baugrundfälle;

wand nötig sein würde als dies realiter der Fall ist, dann hat dies der Auftragnehmer zu vertreten. Hat der Auftragnehmer bei der Ausgestaltung seines Nebenangebots dagegen „alles richtig gemacht“ und sein abweichender Vorschlag führt deshalb nicht zum erforderlichen Erfolg, weil zu Grunde gelegte Vorgaben des Auftraggebers falsch waren, hat dies keine nachteiligen Folgen für den Auftragnehmer. Klassische Beispiele für letztere Konstellation sind Fälle, in denen der Auftraggeber dem Bieter nicht erkennbar falsche Bestandspläne oder fehlerhafte Baugrundgutachten übergeben hat. Dies wird im Rahmen der gesonderten Abhandlung der verschiedenen „Baugrundfälle“ im Zusammenhang mit beauftragten Nebenangeboten noch ausführlich dargestellt werden.

VI. Korrektiv über § 23 Nr. 2 VOB/A ?

Keine Erwähnung findet in der Literatur regelmäßig¹²⁴⁷ eine Diskussion über ein weiteres mögliches Korrektiv der Verlagerung von Risiken aus der Beauftragung von Nebenangeboten auf den Auftragnehmer, das sich aus der Systematik der VOB heraus jedoch anbietet. Dies ist die Frage der Prüfungspflicht des Auftraggebers nach § 23 Nr. 2 VOB/A und ihrer Folgewirkungen. Der Auftraggeber ist nach dieser Vorschrift verpflichtet, die im Zuge eines Vergabeverfahrens eingegangenen Angebote „*rechnerisch, technisch und wirtschaftlich zu prüfen, gegebenenfalls mit Hilfe von Sachverständigen (§ 7)*“. Diese **Prüfungspflicht des Auftraggebers korrespondiert systematisch mit der Prüfpflicht des Bieters bezüglich der Verdingungsunterlagen im Rahmen eines Vergabeverfahrens**. Sie besteht für den Auftraggeber jedoch **nicht in ausufernder und unbeschränkter Form**: Korrespondierend zur umgekehrten Situation beim Amtsentwurf ist bei einem Nebenangebot grundsätzlich zunächst der Bieter allein verantwortlich für die richtige Formulierung der eingereichten Angebotsunterlagen. Vom Auftraggeber kann ebenso wenig wie vom Bieter in Bezug auf den Amtsentwurf verlangt werden, dass er die für die Erstellung des Nebenangebots relevanten Daten selbst ermittelt, errechnet oder vervollständigt. Die Prüfungspflicht des Bieters erstreckt sich **insoweit regelmäßig nur auf eine Plausibilitätskontrolle**,¹²⁴⁸ die im Fall eines Nebenangebots deshalb vor allem zeitintensiver ausfallen muss, da der Auftraggeber das alternative Nebenangebot des Bieters erst von seiner Systematik her erfassen und das Konzept an sich auf Funktionalität prüfen muss. Dieser Zusatzschritt entfällt beim Hauptangebot, da ein solches den Amtsentwurf wiedergibt, den der Auftraggeber als dessen „Urheber“ bereits kennt.

Im späteren Stadium der Bauausführung hat der Auftragnehmer gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B eine weitere Pflicht zur Prüfung und Mitteilung an den Auftraggeber, wenn er

¹²⁴⁷ Lediglich *Lauenroth* in: *BauR* 1973, 24, spricht die Thematik in anderem Zusammenhang mit der Diskussion um eine Aufrechnungsmöglichkeit des Auftraggebers mit Schadensersatzansprüchen aus c.i.c. bei einer angenommenen Teilnichtigkeit an, wenn das per Nebenangebot eingeführte Verfahren nicht funktioniert;

¹²⁴⁸ Ausführlich dazu u.a. *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 185 ff., 217, 219;

Bedenken gegen die (hier vom Auftraggeber) vorgesehene Art der Ausführung hat. Kommt der Bieter beziehungsweise im Zuge der Ausführung der Auftragnehmer dieser Verpflichtung zur Prüfung nicht nach, entstehen Nachteile für ihn. Es ist daher die kritische Frage zu stellen, inwieweit es Einfluss auf die Risikoverteilung zwischen den Bauvertragsparteien hat, wenn der Auftraggeber seiner Prüfungspflicht bezüglich des Nebenangebots im Rahmen des § 23 Nr. 2 VOB/A nicht nachkommt.

1. Situation im „klassischen Bauvertrag“

Im „klassischen Bauvertrag“, der auf dem Amtsvorschlag und dem hierauf basierenden Zuschlag auf ein Hauptangebot beruht, gibt der Auftraggeber vor, was gebaut werden soll und aus welchen Teilleistungen das bestellte Bauwerk entstehen soll. Der **Bieter** hat in diesem Fall **bereits im Stadium des Vergabeverfahrens eine Prüfpflicht hinsichtlich der Verdingungsunterlagen**. Diese ist durchaus sehr weit reichend. Der Bieter hat nach der Rechtsprechung eine weit gehende Prüfpflicht hinsichtlich der vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungsbeschreibung. Er darf ein erkennbar lückenhaftes oder mit „ins Auge springenden“ Fehlern oder Widersprüchen versehenes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen und in diesem Zusammenhang auf potenzielle Nachträge spekulieren, sondern muss derartige Unstimmigkeit unverzüglich und vor Angebotsabgabe mit dem Auftraggeber klären.¹²⁴⁹

Die Anforderungen gehen so weit, dass der Bieter sogar vor Angebotabgabe zum Hinweis an den Auftraggeber verpflichtet ist, wenn er einen Widerspruch zwischen Leistungsbeschreibung und übergebenen Planunterlagen feststellt oder wenn er auf Grund der vom Bieter eingeräumten Gelegenheit zur Besichtigung der wahren Verhältnisse vor Ort die Möglichkeit gehabt hätte, Unstimmigkeiten festzustellen. Maßstab für den Umfang der Prüfungspflicht ist dabei jeweils das Fachwissen des Bieters.¹²⁵⁰

Beachtet der Bieter diese Prüfungs- und Hinweispflicht nicht, liegt eine Pflichtwidrigkeit vor, die zur Folge hat, dass der Bieter im Falle des Zuschlags später weder eine andere als die vereinbarte Vergütung fordern, noch erfolgreich einen Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Ausschreibung gegen den Auftraggeber geltend machen kann. Bezüglich des Schadensersatzanspruchs muss sich der Auftragnehmer ganz überwiegendes Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB entgegen halten lassen.¹²⁵¹

Ist das Hauptangebot beauftragt und der Bauvertrag in die Phase der Ausführung gelangt, setzt sich die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers nach der hierfür ausdrücklichen Regelung in **§ 4 Nr. 3 VOB/B** fort: Demnach hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen, wenn er Bedenken (unter ande-

¹²⁴⁹ U.a. BGH NJW 1966, 498; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 9, Rdn. 16; BauR 1987, 683 ff.;

¹²⁵⁰ *Ingenstau/Korbion*, § 9 VOB/A, Rdn. 48;

¹²⁵¹ A.a.O.;

rem) gegen die vom Auftraggeber vorgesehene Art der Ausführung hat. Darüber hinaus bestehen für den Auftragnehmer in diesem Stadium weitere Prüfungs- und Hinweispflichten im Rahmen seiner Mitverantwortung für den wirtschaftlichen Erfolg seiner Leistung und im Rahmen seiner vertraglichen Sorgfaltspflicht.¹²⁵² Damit der Auftragnehmer seiner Bedenkenmitteilungspflicht nachkommen kann, muss denknotwendig davor eine Prüfungspflicht für ihn bestehen, damit er überhaupt feststellen kann, ob Anlass zu Bedenken besteht.¹²⁵³ Kommt der Auftragnehmer seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nicht nach, entstehen ihm konkrete Nachteile: § 13 Nr. 3 VOB/B gibt ausdrücklich vor, dass der Auftragnehmer von seiner Mängelhaftung für Mängel auf Grund der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers oder von diesem gelieferten oder vorgeschriebener Stoffe¹²⁵⁴ nur dann befreit ist, wenn er „die ihm nach § 4 Nr. 3 obliegende Mitteilung gemacht“ hat. Diese Grundsätze gelten nicht nur für VOB-Bauverträge, sondern auch ohne Vereinbarung der VOB Teil B für BGB-Bauverträge.¹²⁵⁵

2. Situation beim Bauvertrag auf Basis eines Nebenangebots

Im Falle eines Bauvertrags, der auf der Basis eines beauftragten Nebenangebots geschlossen wurde, ergeben sich, wie oben bereits mehrfach dargestellt, **Verschiebungen in der Rollenverteilung bereits im Stadium des Vergabeverfahrens**. Der Katalog der Teilleistungen, die, insgesamt ausgeführt, den gewünschten Werkerfolg ergeben, das Bauverfahren, die Auswahl der Baumaterialien, unter Umständen Vorgaben zur Bauzeit und zum Bauablauf, stammen nunmehr nicht vom Auftraggeber, sondern vom Auftragnehmer. Er hat im Vergabeverfahren als Bieter mit seinem Nebenangebot seine alternativen Vorschläge eingebracht und ist nunmehr mit der Ausführung beauftragt. Dies muss auch Konsequenzen für die oben unter 1) beschriebene **Prüfungs- und Hinweispflicht des Bieters in Bezug auf die Vorgaben des Auftraggebers im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens** haben. Wie oben dargestellt, hat der Bieter die Leistungsbeschreibung auf Fehler, Widersprüchlichkeiten und Unstimmigkeiten zu untersuchen und solche dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen. Er kann nicht damit spekulieren auf potenzielle spätere Nachträge – wenn er seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, kann er später nicht Mehrvergütungsansprüche erfolgreich durchsetzen. Im Falle eines Nebenangebots würde diese Prüfungs- und Hinweispflicht ins Leere laufen: Eine Leistungsbeschreibung für den Inhalt des konkreten Nebenangebots bekommt der Bieter ja nicht vom Auftraggeber überreicht, sondern erarbeitet es insoweit selbst. Eine Prüfpflicht bezüglich seines eigenen Entwurfs zu statuieren, würde die Systematik ad absurdum führen.

¹²⁵² *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 4 Nr. 3, Rdn. 19 f.;

¹²⁵³ BGH, Urteil vom 24.11.1969, VII ZR 177/67; BauR 1970, 50 ff.; OLG Hamm, NJW-RR 90, 523; OLG Saarbrücken, BauR 1970, 109 ff.; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 4 VOB/B, Rdn. 47;

¹²⁵⁴ Dies betrifft insbesondere mit erheblicher Praxisrelevanz den Baugrund als im Sinne von § 645 BGB vom Auftraggeber beigestellten Baustoff, vgl. u.a. *Englert/Grauvogel/Maurer*, Rdn. 939 ff.; *von Craushaar* in: Festschrift für Locher, S. 19 f. !

¹²⁵⁵ BGH *Schäfer/Finnern*, Z2.410, Bl. 52; OLG Bremen, NZBau 2001, 684 f.; *Motzke* in: ZfBR 88, 244; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 4 VOB/B, Rdn. 46;

Die **Pflicht des Bieters bleibt allerdings nach wie vor erhalten bezüglich von Teilen des Amtsentwurfs, die der Bieter unverändert übernimmt**, wenn er mit seinem Nebenangebot nicht das komplette Hauptangebot, sondern nur einzelne Teile davon ersetzen will. Im Übrigen bleibt der Bieter auch zur Prüfung des Amtsentwurfs uneingeschränkt auch im Falle der Ausarbeitung eines Nebenangebots dahingehend verpflichtet, dass er – letztlich im eigenen Interesse der Vollständigkeit, Funktionsfähigkeit und Gleichwertigkeit seines Nebenangebots – zu kontrollieren hat, inwiefern die Zielvorgaben des Auftraggebers, also die Konkretisierung des gewünschten Werkerfolgs, in sich stimmig und vollständig sind. Plant der Auftraggeber etwa die Herstellung einer Gründung für ein darauf zu errichtendes Gebäude, wird der Bieter auch im Fall, dass er ein Nebenangebot einreichen will mit einem anderen Gründungsverfahren, uneingeschränkt zu prüfen haben, ob das vom Auftraggeber überreichte Baugrundgutachten ins Auge springende Mängel aufweist.¹²⁵⁶

Gelangt ein solcher Bauvertrag in das Stadium der Ausführung, gehen auch hier als Folgeerscheinung mit der Beauftragung eines Nebenangebots Abweichungen im Gefüge der Prüfungs- und Hinweispflichten einher. Die **Prüfpflicht nach § 4 Nr. 3 VOB/B entfällt** in diesem Fall naturgemäß bezüglich des Nebenangebotsentwurfs.¹²⁵⁷ Dies ist nur folgerichtig, da der Auftragnehmer, der nach der Vorschrift zur Prüfung und zur Mitteilung von Bedenken „gegen die vorgesehene Art der Ausführung“ verpflichtet wäre, hier diese vorgesehene Ausführungsart durch seinen eigenen Entwurf ausdrücklich selbst vorgegeben hat. Insoweit wäre es sinnwidrig, dem Auftragnehmer in der Phase der Ausführung eine Prüfungs- und Hinweispflicht bezüglich seiner eigenen Planung aufzuerlegen – wäre er nicht davon überzeugt, dass die von ihm per Nebenangebot vorgeschlagene Art der Ausführung richtig und zutreffend wäre, hätte er sie regelmäßig nicht angeboten.

Für den **Auftraggeber** ergeben sich im Vergabeverfahren im Falle eines eingereichten Nebenangebots keine Veränderungen bezüglich der grundsätzlichen **Verpflichtung nach § 23 Nr. 2 VOB/A, eine rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung aller eingegangenen Angebote anzustellen**. Eine Veränderung ergibt sich hier jedoch hinsichtlich der Intensität und der Dichte der zu veranlassenden Untersuchung von Nebenangeboten. Wie oben¹²⁵⁸ bereits ausführlich erläutert, ist der **Auftraggeber in gesteigertem Maße verpflichtet, eine besonders eingehende und vergleichende Prüfung von Nebenangeboten anzustellen**.¹²⁵⁹ In diesem

¹²⁵⁶ U.a. OLG Köln, Urteil vom 19.07.2006, 11 U 139/05; OLG Celle, Urteil vom 29.01.2004, 14 U 158/03; IBR 2004, 184 = BauR 2004, 1302;

¹²⁵⁷ BGH, Urteil vom 08.07.1982, VII ZR 314/81; BauR 1983, 70 ff. = ZfBR 1983, 16; Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 55 ff.; Heiermann in: Bauwirtschaft, Heft 24/1981, S. 868;

¹²⁵⁸ Teil 3 D 2.;

¹²⁵⁹ VK Südbayern, Beschluss vom 03.09.2003, 36-08/03; Beschluss vom 30.08.2002, 29-07/02; VK Lüneburg, Beschluss vom 29.08.2002, 203-VgK13/2002; Weyand, § 25, Ziff. 5792f.;

Rahmen hat der Auftraggeber zu kontrollieren – wie § 23 Nr. 2 VOB/A ausdrücklich vorgibt: gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen – ob das Nebenangebot in rechnerischer Hinsicht korrekt ist sowie in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht ordnungsgemäß erstellt wurde.

Insbesondere die technische Überprüfung ist „**besonders gründlich und intensiv**“ durchzuführen.¹²⁶⁰ Gemäß den Erläuterungen des Vergabehandbuchs des Bundes zu § 23 A, Nr. 1.2 hat der Auftraggeber insbesondere zu prüfen, *„ob die angebotene mit der geforderten Leistung übereinstimmt. Änderungsvorschläge oder Nebenangebote sind daraufhin zu untersuchen, ob sie den Vertragszweck erfüllen. Soweit erforderlich, ist zu prüfen, ob das vorgesehene Arbeitsverfahren technisch möglich ist und für eine vertragsgemäße Ausführung geeignet ist, die vorgesehenen Maschinen und Geräte dem Arbeitsverfahren entsprechen und der vorgesehene Maschinen- und Geräteeinsatz für die Ausführung der Leistung in der vorgeschriebenen Bauzeit ausreicht.“* Darüber muss der Auftraggeber prüfen, ob der Bieter den Nachweis der Gleichwertigkeit ausreichend geführt hat. Der Auftraggeber hat im Rahmen seiner Überprüfung nach § 23 Nr. 2 VOB/A zu prüfen und technisch zu beurteilen, ob der Inhalt des Nebenangebots den Regeln der Technik entspricht und inwiefern es zum gewünschten Erfolg führen kann.¹²⁶¹

Das heißt: **Bereits im Zeitraum des Vergabeverfahrens** vor der eigentlichen Wertung und Bezuschlagung eines Angebots, ist der **Auftraggeber gehalten, sich ein genaues und detailliertes Bild von dem zu machen, was die Bieter – in Haupt- und Nebenangeboten – offeriert haben.** In Bezug auf Nebenangebote obliegt es dem Auftraggeber, sich bereits in diesem Stadium in besonderer Weise mit den Fragen von deren Funktionalität und Ausführbarkeit auseinandersetzen. Technische Nebenangebote hat der Auftraggeber in diesem Zusammenhang zusätzlich schwerpunktmäßig hinsichtlich Qualität, Haltbarkeit, Wartungsfreundlichkeit, Nutzungsart sowie bezüglich Betriebs- und Folgekosten zu prüfen, soweit sich dies aus den von dem jeweiligen Bieter konkret gemachten Angaben ergibt.¹²⁶² Das heißt: Der Auftraggeber ist gehalten, sich bereits vor der Entscheidung, ob er den Zuschlag auf ein Nebenangebot erteilen will, ein sehr konkretes Bild davon machen, ob der vom Bieter unterbreitete abweichende Vorschlag durchführbar ist und zum gewünschten Werk-erfolg führt.

Es ließe sich also dahingehend argumentieren, dass der **Auftraggeber also bereits vor Beauftragung eines Nebenangebots**, sofern er seiner Prüfungspflicht nach § 23 Nr. 2 VOB/A ordnungsgemäß erfüllt, **erkennen müsste, wenn der alternative**

¹²⁶⁰ VK Südbayern, Beschluss vom 30.08.2002, 29-07/02; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 23, Rdn. 13; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 23 VOB/A, Rdn. 14 f.;

¹²⁶¹ A.a.O.; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 23, Rdn. 40 f.; *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 23 VOB/A, Rdn. 37; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 23 VOB/A, Rdn. 13;

¹²⁶² *Kapellmann/Messerschmidt*, § 23 VOB/A, Rdn. 14 u. 17; *Herig*, § 23 VOB/A, Rdn. 6;

Vorschlag aus einem Nebenangebot nicht geeignet und zielführend für die gestellte Bauaufgabe ist. Insofern erscheint es konsequent, auch bei umgekehrter Rollenverteilung im Rahmen eines Nebenangebots den Auftraggeber mit nachteiligen Folgen zu belasten, die bei der „klassischen“ Rollenverteilung im Bauvertrag auf Hauptangebotsbasis dem Auftragnehmer zur Last fallen. Kommt der Auftragnehmer seiner Prüfungs- und Hinweispflicht bezüglich der Vergabeunterlagen nicht nach, ist er, wie oben¹²⁶³ dargestellt, mit Mehrvergütungsansprüchen ausgeschlossen und kann sich im Falle einer Missachtung der Vorgaben bezüglich der Bedenkenmitteilung im Ausführungsstadium nicht damit exkulpieren, dass die Ursachen für Mängel nicht aus seiner Sphäre stammen und er damit keine Verantwortlichkeit dafür hat.

In diesem Zusammenhang ist jeweils auch an **§ 254 BGB** zu denken, unabhängig davon, ob man in § 23 Nr. 2 VOB/A eine echte Vertragspflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB sieht oder nur eine Obliegenheit des Auftraggebers, ebenso, ob man die Prüfpflicht des Auftraggebers als drittgerichtete Verpflichtung mit Zielrichtung zu den Bietern oder aber als „Pflicht“ nur im Eigeninteresse des Auftraggebers: Unterlässt der Auftraggeber schuldhaft die Prüfung oder führt sie unzureichend durch, muss er sich bei entsprechender Anspruchslage ein **Mitverschulden** anrechnen lassen. Er ist dann seiner vorvertraglichen Pflicht nicht nachgekommen. Hierbei ist unerheblich, ob man die Prüfpflicht nach § 23 Nr. 2 VOB/A als Verpflichtung mit Schutzrichtung auf den Bieter oder – was von der Systematik zutreffend erscheint – nur als Obliegenheit im eigenen Interesse sieht. Von Bedeutung ist dies insbesondere im Rahmen von EU-weiten Vergabeverfahren – in diesem Fall wird die Vorgabe an den Auftraggeber zur Prüfung der (Neben-)Angebote aus § 23 Nr. 2 VOB/A noch verstärkt: § 97 Abs. 7 GWB macht für diesen Fall die Vorgaben aus der VOB/A zu **subjektiven Rechten der Bieter**. Diese haben dann einen subjektiven Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.¹²⁶⁴ Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang aber jeweils, dass § 254 BGB auf Vergütungsansprüche nicht anwendbar ist.¹²⁶⁵

Konsequenterweise ist also zu fordern, dass im Gegenzug der Auftragnehmer trotz seiner Planungsrolle in Bezug auf den Inhalt des Nebenangebots nicht mit Mehrvergütungsansprüchen in allen Fällen ausgeschlossen ist, in denen ein nachträglicher Änderungs- oder Mehrbedarf an Leistungen zur Erzielung des Erfolgs nötig wird in Folge von Planungs- oder Massenermittlungsfehlern des Auftragnehmers bei der Ausarbeitung seines Nebenangebots. Im „klassischen“ Bauvertrag plant der Auftraggeber (oder lässt planen durch seinen Architekten o.ä.) und hat damit die Planungsverantwortung. Der Bieter hat die Planung zu prüfen. Prüft er sie nicht, nicht ausreichend oder weist er auf entdeckte Mängel oder Unstimmigkeiten nicht hin, geht nach

¹²⁶³ Ziff. 1;

¹²⁶⁴ *Byok/Jaeger*, § 97 GWB, Rdn. 195 ff.; *Motzke/Pietzcker/Prieß*, § 97 GWB, Rdn. 11 ff.;

¹²⁶⁵ *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 254, Rdn. 4 unter Verweis auf BGH NJW 67, 248, 250;

derzeitiger Rechtsprechung das Risiko unter Umständen in vollem Umfang auf ihn über, dass er geänderte oder Mehrleistungen ausführen muss, ohne dafür zusätzliche Vergütung zu erhalten.

Wenn nun der Auftragnehmer in seiner Funktion als Bieter das Nebenangebot plant, übernimmt er, wie oben ausführlich erläutert, die Planungsverantwortung. Im Gegenzug hat der Auftraggeber im Rahmen des § 23 Nr. 2 VOB/A eine Prüfungspflicht. Zwar ist hier nicht ausdrücklich eine Hinweispflicht normiert. Eine Prüfung ohne das Erfordernis, hieraus die entsprechenden Folgen abzuleiten – sei es durch einen Hinweis oder eine Nachfrage an den Bieter im Rahmen eines Vergabegesprächs oder sei es in der Form, dass der Auftraggeber das geprüfte und als nicht durchführbar eingestufte Nebenangebot aus der Wertung nimmt und nicht den Zuschlag hierauf erteilt – würde insoweit keinen Sinn machen. Wenn der Auftraggeber nun aber das Nebenangebot nicht oder nicht ausreichend im Rahmen des § 23 Nr. 2 VOB/A prüft oder hieraus nicht die erforderlichen Konsequenzen (Hinweis, Nachfrage oder Ausschluss aus der weiteren Wertung) zieht, bleibt dies für ihn nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung und Literatur folgenlos.

Dieses Ergebnis stellt eine **inkonsequente, einseitige Benachteiligung des Auftragnehmers** dar und ist systematisch nicht zu rechtfertigen. Einziges denkbare Argument, den Auftragnehmer mehr als den Auftraggeber in der Risikoverteilung zu belasten, wäre es, dass der Bieter ja nur die bereits fertige Planung des Auftraggebers übernehmen und hierauf ein Hauptangebot abgeben hätte brauchen. Eine eigene Alternativplanung zu erstellen und ein Nebenangebot einzureichen, war insoweit seine freie Entscheidung und damit sein eigenes Risiko, das er bewusst eingegangen ist, um sich einen Wettbewerbsvorteil im Rennen um den Zuschlag zu verschaffen. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass nicht nur der Bieter systematisch von einem Nebenangebot profitiert: Der Auftraggeber erwirbt regelmäßig dadurch ebenso Vorteile, indem er das von ihm beabsichtigte Bauvorhaben durch die Beauftragung des Nebenangebot kostengünstiger, schneller, auf eine innovativere Weise, qualitativ hochwertiger oder mit sonstigen wirtschaftlichen Vorteilen realisieren kann. Darüber hinaus ist in der gesamten Systematik zu bedenken, dass die Wettbewerbsvorteile, die sich der Bieter durch sein Nebenangebot im Vergabeverfahren verschafft, unter Umständen wieder ausgeglichen werden oder sogar im Ergebnis zu einer Benachteiligung des Auftragnehmers führen dadurch, dass er für sein Nebenangebot die volle Planungsverantwortung trägt, ohne dass ihm ein Ausgleich über die Folgen einer unzureichenden Prüfung durch den Auftraggeber zu Gute kommt.

Insoweit muss es dabei bleiben, dass analog zur Systematik im klassischen Bauvertrag im Rahmen der Prüfungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers im Bauvertrag, der ein Nebenangebot zum Gegenstand hat, auch ein **gerechter Ausgleich zwischen Auftraggeber und -nehmer zu schaffen** ist, wenn zwar der Bieter einen

Planungsfehler im Nebenangebot hat, aber der Auftraggeber dies im Rahmen seiner zumutbaren Prüfungspflicht nicht bemerkt hat. In diesem Fall ist ein **vollständiger Ausschluss der Mehrvergütungsansprüche des Auftragnehmers nicht angezeigt, sondern jedenfalls eine Mischverantwortung anzunehmen.**¹²⁶⁶

Ebenso analog **dürfen jedoch** auch bezüglich der Prüfung im Rahmen des § 23 Nr. 2 VOB/A die **Anforderungen an den Umfang der Prüfungspflicht des Auftraggebers nicht überspannt werden.** Auch in Bezug auf das Nebenangebot darf diese nicht die vorrangige Verantwortlichkeit des Auftragnehmers für seine Planung aushebeln. Dieser darf sich nicht seiner Hauptverantwortlichkeit für sein Nebenangebot durch die Prüfungspflicht des Auftraggebers entledigen können.¹²⁶⁷ Entsprechend der Situation beim Bauvertrag, bei dem ein Hauptangebot beauftragt wurde, ist darauf abzustellen, inwieweit der Planungsfehler des Bieters offenkundig war, dem Auftraggeber „ins Auge sprang“ und inwiefern der Auftraggeber fachkundig beraten war. Zu beachten ist dabei zu Lasten des Auftraggebers aber auch, dass im Rahmen der § 23 Nr. 2 VOB/A eine besonders intensive Prüfungspflicht des Auftraggebers in Bezug auf eingereichte Nebenangebote statuiert wird. **Entsprechend ist die Quote der Verantwortungsteilung festzulegen, so dass dem Auftraggeber zumindest in Fällen, in denen die Planung des Nebenangebots des Bieters unter ins Auge springenden Mängeln leidet, eine Mitverantwortung zuzubilligen ist.**¹²⁶⁸

VII. Erweiterung der Planungspflicht des Bieters

Im Rahmen der Betrachtung einer Risikoverlagerung bei Beauftragung eines Nebenangebots ist auch näher zu prüfen, wie weit die Planungspflicht des Bieters bzw. Auftragnehmers reicht und inwieweit diese vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer übergeht. Die Planungspflicht ist dabei systematisch von der oben ausführlich beschriebenen Planungsverantwortung abzugrenzen. Die Planungsverantwortung, wie eben dargestellt, meint die Haftung des Bieters für die Richtigkeit und Umsetzbarkeit des Planungsbeitrags, den er im Rahmen des Nebenangebots geleistet hat. Die **Planungspflicht** betrifft dagegen die Frage, ob und in welchem Umfang der Bieter im Auftragsfall verpflichtet ist, die Planung zu dem von ihm eingeführten Nebenangebot

¹²⁶⁶ Vgl. auch *Lauenroth*, BauR 1973, 24; zu diesem Ergebnis, wenn auch mit etwas anderer Begründung, gelangt auch *Rusam* in Heiermann/Riedl/Rusam, § 25, Rdn. 80 a.E. – er verweist nur auf die Prüfungspflicht im Rahmen der Wertung nach § 25 VOB/A, stellt zwar fest, dass der Auftraggeber „nicht (...) die Verantwortung für den Änderungsvorschlag oder das Nebenangebot übernimmt“, sieht aber zugleich die Notwendigkeit, unter Umständen eine Mischverantwortung anzunehmen: „Je nach Lage des Einzelfalles kann in gewissen Ausnahmefällen seitens der Auftraggeber ein Mitverschulden vorliegen, wenn er trotz vorhandener Erfahrung und Sachkunde beispielsweise ein Nebenangebot annimmt, welches aufgrund des derzeitigen Standes der Technik nicht realisierbar ist.“

¹²⁶⁷ Zum Verhältnis Prüfungspflicht des Auftragnehmers/Planungsverantwortung des Auftraggebers im Falle des Bauvertrags auf Basis eines Hauptangebots: *Ingenstau/Korbion*, § 3 Nr. 3 VOB/B, Rdn. 4; *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 298;

¹²⁶⁸ Vgl. ausführlich zum Umfang der Prüfungspflicht beim Bauvertrag auf Basis eines Hauptangebots *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 299 ff.; *Lauenroth*, a.a.O.;

zu erstellen und seine Planung mit anderen Planern oder Fachplanern bzw. Sonderfachleuten wie Tragwerksplaner, Fachplaner für technische Ausrüstung oder Baugrundgutachter abzustimmen. Ferner ist zu fragen, inwieweit der Bieter seinen Nebenangebotsentwurf mit den übrigen Planungsteilen, insbesondere noch relevanten Planungen für den Amtsentwurf, die durch das Nebenangebot nicht ersetzt werden, zu koordinieren hat.¹²⁶⁹ Diese Frage wird beispielsweise relevant, wenn der Bieter eine abweichende Mauerwerksstärke oder eine andere Aussteifungskonstruktion mit seinem Nebenangebot vorschlägt und dieser abweichende Vorschlag Einfluss auf statische Eigenschaften haben kann oder hinsichtlich des zu verwendenden Bauwerks andere Voraussetzungen schafft als dies bei Ausführung des Amtsentwurfs der Fall wäre.

In diesem Fall **hat der Bieter eine umfassende Planung zu erbringen**, das heißt, er **muss auch die potenziellen Fernwirkungen seines abweichenden Vorschlags beplanen**. In den obigen Beispielen muss der Bieter somit also auch die Abstimmung mit der Planung anderer Gewerke vornehmen und seinen abweichenden Vorschlag unter anderem auch statisch abzusichern. Der Alternativvorschlag muss vom Bieter derart umfassend geplant und koordiniert sein, dass der Auftraggeber, wie dies die Grundregel der §§ 145 ff. BGB vorsieht, nur mehr „Ja“ zu sagen braucht, um das Angebot anzunehmen. Dies resultiert bereits aus der oben¹²⁷⁰ dargestellten Obliegenheit des Bieters, sein Nebenangebot nach den Grundsätzen des § 9 VOB/A aufzustellen.

Im Rahmen der Ausarbeitung und Planung seines abweichenden Vorschlags, den ein Bieter mit seinem Nebenangebot in das Vergabeverfahren einführen will, muss er **insbesondere auch zusätzliche Erkundungen und Vorermittlungen durchführen**, falls er zu dem Schluss kommt, dass die diesbezüglichen Informationen und Daten, die der Auftraggeber zum Zweck der Planung des Amtsentwurfs für die Ausschreibung bereits eingeholt hat, für sein Nebenangebot nicht ausreichen. Ist das vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte Datenmaterial und Informationspotenzial nicht geeignet oder nicht umfassend genug, damit der Bieter seinen abweichenden Vorschlag sicher und abschließend hinsichtlich der Machbarkeit, Geeignetheit und Gleichwertigkeit beurteilen kann, muss er **eigenverantwortlich und auf eigene Kosten zusätzliche Erkundungen und Untersuchungen anstellen**. Ebenso hat er Sorge dafür zu tragen, dass **alle technischen Erfordernisse und Vorschriften eingehalten** sind. In diesem Zusammenhang muss der Bieter selbsttätig prüfen, welche technischen Vorschriften und Normen sowie öffentlich-rechtlichen Vorschriften – etwa wasser-, umwelt- oder bauordnungsrechtlicher Natur – er mit seinem abweichend geplanten Verfahren oder Baustoff einzuhalten hat.¹²⁷¹

¹²⁶⁹ *Langen/Schiffers*, Rdn. 676;

¹²⁷⁰ Teil 3 B II.;

¹²⁷¹ *Reister* in: *BauR* 2005, 757; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 80;

Dies **betrifft in besonderem Maß Fragen hinsichtlich des Baugrunds**. Hier hat der Bieter bei der Planung eines Nebenangebots, das den Baugrund betrifft, also Tiefbau oder Spezialtiefbau etwa in Form abweichend vorgeschlagener Gründungsvarianten, besondere Prüfungspflichten. Hat der Auftraggeber mit dem Amtsvorschlag **Baugrundgutachten** vorgelegt, muss der Bieter diese hinsichtlich seines angedachten Nebenangebots **mit zwei Zielrichtungen untersuchen**: Zum einen hat er zu eruieren, ob er mit seinem alternativen Verfahren den räumlichen Bereich überschreitet, den die vorliegenden Baugrundgutachten untersucht haben. Zum anderen muss der Bieter prüfen, ob die Daten und Informationen aus den Baugrundgutachten auch aus technischer Sicht für seinen Alternativvorschlag ausreichen. Möglicherweise benötigt er für die Beurteilung der Ausführbarkeit des Düsenstrahlverfahrens andere Parameter und Details zum dabei mit zu verarbeitenden Boden als für die Ausführung einer verrohrten Bohrung. Stellt der Bieter dabei fest, dass die vom Auftraggeber übergebenen Baugrundgutachten nicht ausreichen, erweitert sich seine Planungspflicht dahingehend, dass er in diesem Fall selbst ergänzende Baugrunduntersuchungen und Aufschlüsse zu veranlassen hat. Er darf bestehende Informationslücken dann nicht ungefüllt belassen und darauf vertrauen, dass „es schon klappen wird“.¹²⁷² Die Problematik von Nebenangeboten in Zusammenhang mit Baugrundfragen wird ausführlich dargestellt unten unter VIII).

Die vom Amtsvorschlag abweichende Ausführung, die der Bieter mit seinem Nebenangebot offeriert, muss demnach also mit einer **umfassenden Leistungsbeschreibung** abgegeben werden, **damit der Auftraggeber die Möglichkeit hat, das Nebenangebot ohne Weiteres zum einen nach § 23 Nr. 2 VOB/A zu prüfen und zum anderen im Rahmen des § 25 VOB/A zu werten**, also insbesondere festzustellen, ob Gleichwertigkeit gegeben ist. Das Nebenangebot des Bieters ist damit eine alternative, vom Bieter gefertigte Leistungsbeschreibung. Eine Leistungsbeschreibung wiederum stellt die textliche Umsetzung der in Leistungsphase 5 nach § 15 Abs. 2 HOAI vorgesehenen **Ausführungsplanung** dar. Die Ausführungsplanung stellt die letzte und ganz exakte Planung unmittelbar vor der Bauausführung dar. Sie baut auf den zeitlich davor liegenden Planungsleistungen auf und beinhaltet die Durcharbeitung der bei der Planung nach den Leistungsphasen 3 und 4 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI ermittelnden Erkenntnisse. Dabei spielt die Koordination mit den weiteren fachlich Beteiligten eine wesentliche Rolle.¹²⁷³ Ziel der Ausführungsplanung ist es, die bis dahin vorhandene Planung so umzusetzen, dass sie den bauphysikalischen und bautechnischen Regeln der Technik entspricht.¹²⁷⁴ Die Leistungsbeschreibung auch des Nebenangebots ist damit letztlich das Ergebnis einer vorheri-

¹²⁷² U.a. Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil v. 05.08.1993, 11 U 197/89; VOB-Stelle Sachsen-Anhalt, Fall 229 vom 21.07.1998; LG Köln, Urteil vom 16.11.1982, 5 O 218/91 („Sandlin-senfall“); *Englert/Grauvogl/Maurer*, Rdn. 949 ff.; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 80; *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 248 ff.;

¹²⁷³ *Korbion/Mantscheff/Vygen*, § 15, Rdn. 114 f.;

¹²⁷⁴ *Jochem*, § 15, Rdn. 45;

gen Ausführungsplanung. Sie beinhaltet die Details der Ausführung, die eine Beschreibung dessen, was zur Erreichung des Erfolgs überhaupt erforderlich ist, überhaupt erst ermöglicht.¹²⁷⁵

Der Auftraggeber darf aus dieser Systematik heraus also darauf vertrauen, dass der Bieter die erforderliche Ausführungsplanung ebenso mit erstellt hat, um seine Leistungsbeschreibung hinreichend konkret fassen zu können. Wenn nichts anderes ausdrücklich vereinbart ist, ist ein **Bieter, der ein Nebenangebot einreicht, somit auch verpflichtet, die erforderliche Ausführungsplanung¹²⁷⁶ zu erstellen**. Dies gilt auch bezüglich des Tragwerksplanung und die technische Ausrüstung. Der Bieter muss ausnahmsweise dann für sein Nebenangebot keine Ausführungsplanung erstellen, wenn die Art und der Umfang seiner Abweichung vom Amtsentwurf so gering ist, dass keine gesonderte Ausführungsplanung erforderlich ist oder von der Art her kein Einfluss auf die Ausführungsplanung des Amtsentwurfs denkbar ist. Um dies feststellen zu können, hat der Bieter hinsichtlich der Auswirkungen seines Nebenangebots auf verbleibende Leistungsteile des Amtsentwurfs eine entsprechend umfassende Prüfungspflicht. Ein gesonderter Vergütungsanspruch für den Bieter ist mit dieser erweiterten Planungspflicht jedoch nach den ebenso oben dargestellten Grundsätzen nicht verbunden.¹²⁷⁷

Für den Bieter hat dies durchaus praktisch erhebliche Bedeutung: Er schuldet im Rahmen der Ausführungsplanung unter anderem auch eine umfassende zeichnerische Darstellung. Fehlen Pläne, hat der zur Erstellung der Ausführungsplanung Verpflichtete zu haften.¹²⁷⁸ Darüber ist im Rahmen der Ausführungsplanung auch eine entsprechende Detailplanung für wichtige Ausführungsschritte zu erstellen.¹²⁷⁹ In Bezug auf die Ergebnisse von Gutachten oder Plänen von Sonderfachleuten hat der Bieter allerdings nur die übliche Prüfungspflicht in Bezug auf offensichtliche Fehler, die er im Rahmen des von ihm zu erwartenden Fachwissens erkennen konnte bzw. musste.¹²⁸⁰ Korrespondierend dazu **reduzieren sich die Verpflichtungen des Auftraggebers aus § 3 Nr. 1 VOB/B**. Demnach hat dieser *„die für die Ausführung nötigen Unterlagen (...) dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben“*. Der Umfang dieser Verpflichtung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, in-

¹²⁷⁵ Langen/Schiffers, Rdn. 677;

¹²⁷⁶ Ausführlich zur Problematik der Ausführungsplanung, insb. in Abgrenzung zur Entwurfsplanung, siehe Tagungsunterlagen zur 9. interdisziplinären Tagung für Baubetriebswirtschaft und Baurecht von Semina am 11./12.05.07 in Hannover; der Tagungsband in gedruckter Form ist in Vorbereitung;

¹²⁷⁷ A.a.O.; Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B, Rdn. 46;

¹²⁷⁸ U.a. OLG Stuttgart, NZBau 2006, 446;

¹²⁷⁹ Vgl. u.a. BGH NJW-RR 1988, 275, hier in Bezug auf die Hinterlüftung von Fassadenelementen sowie BGH, Urteil vom 15.06.2000, VII ZR 212/99; BauR 2000, 1330 für die Abdichtung eines Bauwerks gegen drückendes Wasser bei hohem Grundwasserstand;

¹²⁸⁰ BGH, Urteil vom 26.01.1996, V ZR 264/94; BauR 1996, 404; OLG Köln, Urteil vom 13.03.1992, 19 U 111/91; BauR 1992, 804;

wieweit der Auftragnehmer zusätzliche Pflichten übernommen hat.¹²⁸¹ Im Fall der Beauftragung eines Nebenangebots hat der Bieter/Auftragnehmer die Ausführungsplanung zu erstellen. Insoweit kann diese hier nicht vom Auftraggeber an ihn übergeben werden. Die Verpflichtung aus § 3 Nr. 1 VOB/B wird insoweit obsolet. Das betrifft auch alle weiteren Unterlagen, die in Folge der Beauftragung des Nebenangebots nunmehr vom Auftragnehmer zu beschaffen sind.

Für den Bieter **kann die erweiterte Planungspflicht mehrere Probleme aufwerfen**: Zum einen hat er im Rahmen der Angebotsbearbeitung ohnehin regelmäßig nur sehr beschränkte Zeit zur Verfügung. Bereits die Tatsache, dass er ein Nebenangebot zum Hauptangebot ausarbeiten muss, engt dieses zeitliche Korsett deutlich ein. Wenn der Bieter nun zudem auch noch eigene Untersuchungen und Erkundungen wie Baugrundaufschlüsse zur Beurteilung der Ausführbarkeit seines potenziellen Nebenangebots veranlassen und auswerten muss, kann dies zu einem erheblichen Zeitdruck führen. Zum anderen besteht unter Umständen das Problem, dass sich der Bieter zum künftigen Baugrundstück erst rechtlich und tatsächlich Zugang verschaffen muss, um potenzielle eigene Erkundungen einholen zu können. Des Weiteren sind die erforderlichen eigenen Untersuchungen wie insbesondere Baugrundaufschlüsse, Probebohrungen o.ä. regelmäßig mit nicht unerheblichem Aufwand und Kosten verbunden, so dass zusätzlich ein finanzielles Risiko für den Bieter entsteht: Erhält er am Ende des Vergabeverfahrens nicht den Zuschlag auf sein Nebenangebot, hat er diesen finanziellen und zeitlichen Aufwand vergeblich getätigt.

VIII. Nachträgliche Ausführung eines Nebenangebots

Wie oben ausgeführt, erlischt ein Nebenangebot im eigentlichen Sinn in dem Augenblick, in dem es der Bieter zurückgenommen hat, soweit dies in diesem Zeitpunkt nach den oben dargestellten Grundsätzen möglich ist, der Auftraggeber es ablehnt oder den Zuschlag auf ein Hauptangebot oder anderes Nebenangebot erteilt und damit inzident das andere Nebenangebot ablehnt. In der Praxis sind jedoch häufig Fälle zu beobachten, in denen der **Zuschlag zunächst auf das Hauptangebot und damit den Amtsentwurf erteilt wird, dann aber im Stadium der Bauausführung ein Nebenangebot „wiederbelebt“ wird**, indem im Nachhinein im Zeitraum der Bauausführung eine Umstellung auf das Verfahren eines ursprünglichen Nebenangebots aus dem zu dieser Zeit bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren erfolgt. Dabei handelt es sich nicht notwendig um ein Nebenangebot, das der beauftragte Bieter selbst eingereicht hatte – nicht selten sind Fälle, in denen der Auftraggeber nach dem Zuschlag auf ein Hauptangebot den beauftragten Bieter anweist oder mit ihm vereinbart, dass statt dem Amtsentwurf ein abweichendes Verfahren aus einem früheren Nebenangebot ausgeführt werden soll. In der Praxis bekannt sind auch Fälle, in denen ein Auftragnehmer im Zuge der Ausführung des eigentlich beauftragten

¹²⁸¹ Heiermann/Riedl/Rusam, § 3 VOB/B, Rdn. 1;

Hauptangebots eigenmächtig umstellt auf den Vorschlag aus seinem ursprünglichen Nebenangebot unter Umständen auch eines früheren Mitbieters.

In diesen Fällen ergibt sich zunächst vom „Bau-Soll“ her die **gleiche Situation, wie sie bei unmittelbarer Beauftragung eines Nebenangebots im Rahmen des Vergabeverfahrens** entsteht: Es wird ein vom Amtsentwurf abweichender Vorschlag – sei es in Form eines anderen Bauverfahrens, mit anderen Baumaterialien oder mit anderen Modalitäten der Ausführung – realisiert, der aus der Sphäre des Auftragnehmers stammt. Auch wenn dieser abweichende Vorschlag im Stadium der Ausführung nun nicht mehr „Nebenangebot“ heißt, handelt es sich doch inhaltlich genau (oder unter Umständen geringfügig modifiziert) die Alternative, die der seinerzeitige Bieter geplant und in das Verfahren eingebracht hatte. Das heißt: Der **Auftragnehmer hat auch in diesem Fall die Planerrolle eingenommen**, die nach der „klassischen“ Systematik der Auftraggeber trägt. Andererseits hat sich der Auftraggeber jedenfalls im Falle der ausdrücklichen nachträglichen Umstellung der vertraglich geschuldeten Leistung auf das ursprüngliche Nebenangebot bewusst dazu entschieden, das „Bau-Soll“ zu ändern auf den Vorschlag, den der Bieter bzw. Auftragnehmer ausgearbeitet hat.

Um die Frage der Auswirkungen auf die Risikoverteilung im Rahmen der Bauausführung nunmehr im Einzelnen klären zu können, ist in diesem Zusammenhang zunächst **zwischen mehreren Fallvarianten zu unterscheiden**: Zunächst ist zu fragen, ob der Auftraggeber die Ausführung des ursprünglichen Nebenangebots ausdrücklich angeordnet beziehungsweise Auftraggeber und Auftragnehmer diesbezüglich eine einvernehmliche Vertragsänderung vereinbart haben oder ob der Auftragnehmer ohne ausdrücklichen Auftrag in diesem Sinne „eigenmächtig“ die Ausführung auf das frühere Nebenangebot umgestellt hat und der Auftraggeber ihn gewähren lässt („geduldetes Nebenangebot“¹²⁸²). Des Weiteren ist dahingehend zu unterscheiden, ob es sich bei dem nachträglich beauftragten Vertragsinhalt um einen Vorschlag handelt, der einem früheren Nebenangebot des nunmehrigen Auftragnehmers selbst oder aber eines anderen früheren Mitbieters entstammt.

1. Nachträgliche Beauftragung eines ursprünglichen Nebenangebots des Auftragnehmers

In diesem Fall liegt die oben angesprochene Konstellation vor, dass sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer die vertraglich geschuldete Leistung beeinflussen: Der Auftraggeber ändert seine durch den Zuschlag auf ein Hauptangebot zum Ausdruck gebrachte Entscheidung, den Amtsentwurf ausführen lassen zu wollen, nachträglich dahingehend ab, dass er sich doch zu Gunsten einer Realisierung des abweichenden Bieteranschlags entscheidet, der ursprünglich Gegenstand des Nebenangebots des Bieters war. Der Auftragnehmer übernimmt durch diese Entscheidung, die ver-

¹²⁸² Kapellmann/Schiffers, Rdn. 121 ff.;

traglich geschuldete Leistung zu ändern, faktisch nachträglich die Planerrolle: Er war es, der den Vorschlag per Nebenangebot ursprünglich eingebracht hat. Daran ändert auch nichts die Tatsache, dass dieser Vorschlag nicht im Zeitpunkt des Zuschlags zur Vertragsleistung wurde, sondern erst später. Andererseits hat – sofern die nachträgliche Umstellung auf das frühere Nebenangebot nicht auf einer ausdrücklichen gemeinsamen Vereinbarung der Bauvertragsparteien beruht – der **Auftraggeber** von seinem Anordnungsrecht nach § 1 Nr. 3 VOB/B Gebrauch gemacht und auf diese Weise **einseitig**¹²⁸³ **die geschuldete Vertragsleistung abgeändert**.

Es erscheint aber insgesamt nicht zweckmäßig und ebenso systematisch nicht überzeugend begründbar, die Frage, inwiefern der Auftragnehmer durch seine Planungsleistung gegenüber der „klassischen Rollenverteilung“ Risiken übernommen hat, nur an dem zeitlichen Kriterium festzumachen, wann sich der Auftraggeber für den abweichenden Vorschlag des Bieters bzw. Auftragnehmers entschieden hat. Der Auftragnehmer hat unverändert die Planung erbracht. Einen insoweit ausgleichenden Effekt für den Auftragnehmer ergibt sich über den Mehr- oder Minderpreis in Folge der Beauftragung des früheren Nebenangebots und die damit verbundenen inhaltlichen Aspekte.

In diese Richtung geht auch eine Entscheidung des OLG Celle,¹²⁸⁴ das sich mit der Frage zu beschäftigen hatte, inwiefern ein Bauunternehmer für „Vorschläge“ haftet, die er nicht per Nebenangebot in das Vergabeverfahren, sondern im Zeitraum der Bauausführung eingebracht hat. Demnach **übernimmt ein Bauunternehmen im Einzelfall Planungsverantwortung und damit Haftungsrisiken, wenn es Vorschläge zur Bauausführung unterbreitet, die über eine bloße Bedenkenmitteilung hinausgehen**.¹²⁸⁵ Der Entscheidung lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Bauunternehmer war beauftragt, ein Einfamilienhaus zu errichten. Die mit der Planung betraute Architektin hatte für die Abdichtung des Gebäudes einen Isolierputz gegen nicht drückendes Wasser mit Drainage ausgeschrieben. Der Unternehmer, der in der näheren Umgebung bereits eine Reihe von Häusern für verschiedene Bauherren gebaut hatte, schlug vor – nach Beauftragung, im Stadium der Bauausführung – stattdessen zur Abdichtung eine Dickbeschichtung anzubringen. Diese bringe den Vorteil, dass sie wesentlich kostengünstiger sei als der Isolierputz mit Drainage. Die Architektin und der Bauherr folgten dem Vorschlag, es kam zu einer entsprechenden Abänderung der vorgesehenen Bauausführung. Nach Bezug des Gebäudes kam es zu Durchfeuchtungen des Kellers. Es zeigte sich durch Untersuchungen eines Sachverständigen, dass die Kelleraußenwände wasserdurchlässig waren und hohem Grundwasser, das zeitweise auftrat, sowie Oberflächenwasser, das zeitweilig über Schluffbänder des bindigen Bodens gegen sie drückte, nicht

¹²⁸³ *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 1 Nr. 3, Rdn. 3; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 1 VOB/B, Rdn. 30; *Ingenstau/Korbion*, § 1 Nr. 3 VOB/B, Rdn. 1;

¹²⁸⁴ Urteil vom 23.12.1999, 22 U 15/99, IBR 2000, 68 = BauR 2000, 1073;

¹²⁸⁵ Dazu *Schröder* in: IBR, a.a.O.;

Stand hielt. Der Bauherr machte nun Schadensersatzansprüche gegen das Bauunternehmen geltend. Der Architektin war der Streit verkündet.

Das OLG Celle urteilte im Ergebnis: Der Bauunternehmer ist zu zwei Dritteln, die Architektin zu einem Drittel für den Mangel verantwortlich.¹²⁸⁶ Zur Begründung führte das Gericht aus, dass der Bauunternehmer den Mangel zu verantworten habe, weil er ohne Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dem Bauherrn vorgeschlagen habe, eine andere Abdichtung als vertraglich vereinbart auszuführen. Diesen Vorschlag habe er nicht nur auf Grund der Erfahrung mit anderen Objekten in der Umgebung machen dürfen, sondern hätte die Baugrundverhältnisse vor Ort erst untersuchen müssen. Durch den Mangel sei Schaden an dem Gebäude entstanden. Das Gericht kam darüber hinaus aber auch zu einem Mitverschulden der planenden Architektin, die den Vorschlag des Bauunternehmens ohne gehörige Prüfung übernommen habe. Zwar mache die ungeprüfte Übernahme des abweichenden Vorschlags daraus noch keine Anordnung der Architektin. Jedoch habe sie einen Planungsfehler gemacht, da sie von Anfang an eine so genannte weiße Wanne vorsehen hätte müssen. Bei richtiger Planung der Architektin hätte das Bauunternehmen nach Einschätzung des Gerichts den abweichenden Vorschlag vermutlich gar nicht mehr gemacht.

Das Urteil verdeutlicht – unabhängig von der Frage, welche Quotelung im konkreten Einzelfall angezeigt erscheint –, dass der Bauunternehmer jedenfalls auch für Vorschläge im Sinne von Planungsbeiträgen Verantwortung trägt, die er im Zeitraum der Bauausführung macht und die umgesetzt werden. Das Gericht sah dabei nicht eine potenzielle Mitverantwortung des Auftraggebers dadurch, dass er die Änderung der ursprünglich vertraglich vereinbarten Ausführung ausdrücklich einseitig angeordnet oder einvernehmlich mit dem Auftragnehmer vereinbart hat. Auch die Tatsache, dass der Auftraggeber bei einer näheren Prüfung des abweichenden Ausführungsvorschlags möglicherweise vorab schon feststellen hätte können, dass die Umstellung zu einem Mangel führen würde, berücksichtigte das Gericht nur zu Lasten der planenden Architektin. Dies ist freilich gut auch in anderer Bewertung vertretbar: Der Auftraggeber hatte durch den Wechsel auf das andere Verfahren eine Anordnung nach § 1 Nr. 3 VOB/B erteilt. Eine Befreiung von einer Mängelverantwortung wäre dem Auftragnehmer aber nur über §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB/B zuzugestehen gewesen, wenn er Bedenken – hier gegen seinen eigenen Entwurf – mitgeteilt hätte.

Das heißt: **Auch wenn es im Zeitraum der Bauausführung zu einer nachträglichen Umstellung der Bauausführung auf ein früheres Nebenangebot kommt, weil der Auftraggeber diese Änderung ausdrücklich im Sinne von § 1 Nr. 3 VOB/B anordnet oder weil Auftraggeber und Auftragnehmer sich einvernehmlich darauf verständigen, trägt der Auftragnehmer in gleicher Weise und in**

¹²⁸⁶ Kritisch dazu: Schröder in IBR, a.a.O.;

gleichem Umfang das Risiko für seinen Planungsbeitrag sowie für die Kompatibilität mit den übrigen Leistungsteilen, die unverändert bleiben beziehungsweise aus dem Amtsentwurf erhalten bleiben, als wäre sein Vorschlag bereits im Zuge des Vergabeverfahrens bezuschlagt worden.

2. Nachträgliche Beauftragung eines ursprünglichen Nebenangebots eines anderen Bieters

In der Praxis nicht selten tritt die Konstellation ein, dass ein Auftraggeber im Vergabeverfahren eine Reihe von Haupt- und Nebenangeboten erhält. Entweder aus Gründen nicht zweifelsfreier Gleichwertigkeit oder auch weil es sich nicht um das wirtschaftlichste Angebot gehandelt hat, erteilt der Auftraggeber den Zuschlag auf ein Hauptangebot eines Bieters. Im Nachhinein, nachdem mit diesem ein Bauvertrag mit dem Inhalt des Amtsentwurfs zu Stande gekommen ist, fördert der Auftraggeber ein Nebenangebot eines früheren Mitbewerbers wieder zu Tage und stellt – per einseitiger Anordnung oder einvernehmlich mit dem Auftragnehmer – die vertraglich geschuldete Leistung ganz oder teilweise auf das frühere Nebenangebot um.¹²⁸⁷

Wie in der oben unter 1. diskutierten Fallkonstellation erfolgt auch hier eine nachträgliche Veränderung der beauftragten Bauausführung nach Abschluss des Bauverfahrens, die dazu führt, dass damit faktisch doch ein früheres Nebenangebot realisiert wird. Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Varianten liegt jedoch darin, dass hier nicht der Inhalt eines früheren Nebenangebots nachträglich umgesetzt wird, das der Auftragnehmer selbst seinerzeit in das Vergabeverfahren eingebracht hatte, sondern ein anderes Unternehmen, das den Zuschlag nicht erhalten hatte. Der Auftragnehmer führt damit nunmehr ein früheres Nebenangebot eines Dritten aus. Die in diesem Zusammenhang relevante Problematik aus § 27 Nr. 3 VOB/A¹²⁸⁸ soll an dieser Stelle bewusst außen vor bleiben,¹²⁸⁹ vielmehr soll an dieser Stelle nur die vertragsrechtliche Folge untersucht werden.

Damit ist die Frage der Planungsverantwortung hier grundlegend anders zu beurteilen: Wie oben dargestellt, hat der Auftragnehmer auch bei „nachträglicher Beauftragung“ eines ehemaligen Nebenangebots die Verantwortung für *seine* Planung zu tragen. Der Auftragnehmer übernimmt in diesem Fall aber nicht eine „generelle Verantwortung“ für das Gelingen der Gesamtplanung, sondern nur für das, was er durch

¹²⁸⁷ In der Praxis werden solche nachträglichen Umstellungen nicht selten als „Optimierung“ des Bauentwurfs gehandelt;

¹²⁸⁸ Hieraus ergibt sich ein Verbot für Auftraggeber, nicht berücksichtigte Angebote und Ausarbeitungen der Bieter für eine neue Vergabe oder für andere Zwecke zu benützen; dieses Verbot ist aber in der Praxis leider oft nur theoretischer Natur: In vielen Fällen einer solchen unberechtigten Weiterverwendung erlangt der Urheber (also der frühere Mitbieter des nunmehrigen Auftragnehmers) überhaupt nicht Kenntnis von der Sachlage; erfährt er davon, ist regelmäßig der Nachweis für den Bieter kaum zu führen, dass tatsächlich sein nicht berücksichtigtes Angebot jetzt doch Weiterverwendung findet und nicht ein „zufällig ähnliches“ Verfahren aus der Feder des Auftraggebers oder nunmehrigen Auftragnehmers;

¹²⁸⁹ Vgl. hierzu auch oben Teil 3 D V;

seinen abweichenden Vorschlag selbst „umgeplant“ hat – also für die Planung seines Ausführungsvorschlags und für dessen Kompatibilität mit den unverändert bleibenden Leistungsteilen aus dem Amtsentwurf.

In der hier vorliegenden Konstellation nun hat der Auftragnehmer keinen Planungsbeitrag geleistet. Er mag zwar möglicherweise selbst ein Nebenangebot im Rahmen des Vergabeverfahrens eingereicht haben. Dieses wurde aber weder im Zuge des Ausschreibungsverfahrens bezuschlagt noch im Rahmen der Bauausführung berücksichtigt. Der Bauunternehmer führt damit auch nach der Umstellung auf den Inhalt des früheren Nebenangebots eines ehemaligen Mitbewerbers keine eigene Planung aus, sondern nur eine Planung dieses Mitbewerbers oder eine Planung, die insgesamt zum Teil aus der Planung des Auftraggebers (verbliebene Teile des Amtsentwurfs) und zum Teil aus der Planung des Mitbewerbers (Inhalt des früheren Nebenangebots) besteht. Nachdem der **ausführende Bauunternehmer in dieser Konstellation keine eigene Planung beigesteuert hat, trägt er damit auch keine Planungsverantwortung**. Seine **Prüfungs- und Hinweispflicht** beschränkt sich in diesem Fall auf die übliche Vorgabe des § 4 Nr. 3 VOB/B. Das heißt, dass es der Auftragnehmer dem Auftraggeber auch unverzüglich mitzuteilen hat, wenn er Bedenken gegen die nun abgeänderte Ausführung auf der Basis des früheren Nebenangebots seines Mitbewerbers hat.

Auch eine **Planungsverantwortung des Urhebers des früheren Nebenangebots muss hier ausscheiden**: Zwar wird nun faktisch das ausgeführt, was dieser als Bieter geplant und im Vergabeverfahren angeboten hat. Es bestehen aber vertragliche Verbindungen lediglich zwischen dem Auftraggeber und dem ausführenden Auftragnehmer, nicht aber zwischen einer der Bauvertragsparteien und dem Planer des ehemaligen Nebenangebots. Auch ein Planungsvertrag war im Zuge der Ausarbeitung des Nebenangebots mit dem Auftraggeber nicht zustande gekommen, sofern nicht ausnahmsweise eine ausdrückliche Vereinbarung diesbezüglich geschlossen worden war. Dies ist in der Praxis aber nur in seltenen Ausnahmen der Fall,¹²⁹⁰ so dass der Auftraggeber keine Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung eines Anspruchs wegen eines Planungsfehlers zur Verfügung hat. Er muss sich letztlich so stellen lassen, als hätte er den Entwurf – ohne Zuhilfenahme eines Planers – selbst gefertigt und muss Planungsfehler selbst verantworten.

3. „Geduldete“ Ausführung eines ursprünglichen Nebenangebots des Auftragnehmers

Eine weitere Konstellation in Zusammenhang mit Nebenangeboten erörtern *Kapellmann/Schiffers*¹²⁹¹ mit der Problematik des „geduldeten Nebenangebots“. Darunter verstehen sie den Fall, in dem der Auftraggeber ein **Nebenangebot des Auftrag-**

¹²⁹⁰ *Langen/Schiffers*, Rdn. 679;

¹²⁹¹ Rdn. 121 ff.;

nehmers gerade nicht ausdrücklich beauftragt hat, dann aber im Rahmen der Bauausführung des Hauptangebots dennoch insoweit „duldet“, dass er **dem Auftragnehmer stillschweigend oder konkludent zugesteht, doch das alternative Verfahren aus seinem ursprünglichen Nebenangebot auszuführen**. Dieser Sachverhalt wird in drei Varianten des Inhalts des „geduldeten“ Nebenangebots untersucht:

- der Auftragnehmer führt die Leistung **qualitativ anders** aus
- der Auftragnehmer baut nach einem **anderen Verfahren**
- der Auftragnehmer **verändert die Bauzeit**

Für alle diskutierten Varianten bleibt zunächst festzuhalten: **Vertraglich geschuldete Leistung** – „Bau-Soll“ – ist nach den obigen Gesichtspunkten in diesem Fall zweifellos **nicht das Nebenangebot**, sondern das Hauptangebot des Auftragnehmers und damit der Amtsentwurf, den der Auftraggeber vorgegeben hatte. Insofern handelt es sich genau genommen bei diesen von *Kapellmann/Schiffers* erörterten Sachverhaltskonstellationen **nicht** um eine „**Duldung der Ausführung von Nebenangeboten**“. Wie oben dargestellt, erlischt ein Nebenangebot in dem Augenblick, in dem es der Auftraggeber ablehnt oder das Hauptangebot des Bieters beauftragt. Ab diesem Zeitpunkt kann formell ein „Nebenangebot“ nicht mehr vorliegen. Die **Lösung** der aus einer nachträglichen Ausführung des Leistungsinhalts aus dem ursprünglichen Nebenangebot ist damit **systematisch losgelöst von der eigentlichen Problematik der Risikoverteilung in Zusammenhang mit Nebenangeboten** nur über die Problemkreise einer nachträglichen Änderung des Bauentwurfs durch den Auftraggeber im Sinne von §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B oder aber einer „eigenmächtige Abweichung“ des Auftragnehmers gemäß § 2 Nr. 8 VOB/B zu suchen: Das Nebenangebot ist mit dem Zuschlag auf das Hauptangebot untergegangen. Der Inhalt des Hauptangebots ist Vertragsleistung geworden. Wenn der Auftragnehmer nun abweichend von der vertraglichen Vereinbarung ausführt, dann stellt sich nur noch die Frage, inwieweit die „Duldung“ dieser abweichenden Ausführung als Anordnung des Auftraggebers nach §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B ausgelegt werden kann. Ist dies der Fall, treten die Vergütungsfolgen der §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B ein mit der Folge, dass der Auftragnehmer unter den dortigen Voraussetzungen einen geänderten Preis beziehungsweise Mehrvergütung für geänderte sowie zusätzlich ausgeführte Leistungen gegenüber der vertraglich vereinbarten Leistung (= Hauptangebot) verlangen kann. Genügt die „Duldung“ nicht dem Grad, der für die Annahme einer (auch stillschweigend und konkludent möglichen)¹²⁹² Anordnung erforderlich ist, sind Mehrvergütungsansprüche in Zusammenhang mit der „geduldeten Ausführung von Nebenangeboten“ unter den Gesichtspunkten des § 2 Nr. 8 VOB/B zu beurteilen.

¹²⁹² BGH NJW 1985, 2475, BauR 1985, 561 = ZfBR 1985, 282; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 1 Nr. 3, Rdn. 6; *Vygen/Schubert/Lang*, Rdn. 184; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 1 VOB/B, Rdn. 32;

Zu diesem Ergebnis gelangen zutreffend letztlich auch *Kapellmann/Schiffers*: Wenn der Auftraggeber „duldet“, dass der Auftragnehmer das nicht beauftragte Nebenangebot nachträglich doch ausführt, dann ändert sich dadurch nicht das „Bau-Soll“. Weicht der Auftragnehmer ohne irgendeine Veranlassung durch den Auftraggeber von der vertraglichen Vereinbarung ab und **ändert die qualitative Ausführung des Baus**, kann keine stillschweigende oder konkludente Anordnung des Auftraggebers im Sinne der §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B angenommen werden. Für geänderte oder zusätzliche Leistungen, die durch die insoweit eigenmächtige Abweichung des Auftragnehmers vom Haupt- auf sein ursprüngliches Nebenangebot entstehen, steht dem Auftragnehmer keine Mehrvergütung nach §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B zu.¹²⁹³ Über den dann anzuwendenden § 2 Nr. 8 VOB/B wird ebenso in den seltensten Fällen ein Mehrvergütungsanspruch zu erzielen sein: Wenn nicht der Amtsentwurf fehlerhaft war bzw. sich als unausführbar herausgestellt hat, kann bereits keine Erforderlichkeit der Umstellung auf das ursprüngliche Nebenangebot angenommen werden. Nachdem der Auftraggeber das ihm zur Wahl gestellte Nebenangebot verworfen und das Hauptangebot beauftragt hat, wird auch schwer zu begründen sein, dass der mutmaßliche Wille des Auftraggebers darin lag, dass der Auftragnehmer nun doch das ursprüngliche Nebenangebot ausführen soll.

In der gleichen Weise ist der Sachverhalt zu beurteilen, in dem der Auftragnehmer nachträglich das **Bauverfahren ändert** und insoweit von der vertraglichen Vereinbarung dahingehend abweicht, dass er statt dem Verfahren aus dem beauftragten Amtsentwurf das Bauverfahren ausführt, das er ursprünglich in seinem vom Auftraggeber verworfenen Nebenangebot vorgeschlagen hatte.¹²⁹⁴ Auch hier ist wiederum zu fragen, ob der Auftraggeber eine Veranlassung dazu gegeben hat, so dass eine Anordnung nach §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B mit den Vergütungsfolgen der §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B angenommen werden kann. Andernfalls ist der Sachverhalt auch hier nach § 2 Nr. 8 VOB/B zu beurteilen, was wiederum in der Praxis kaum zu einem Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers führen wird.

Ein Sonderproblem ergibt sich in Zusammenhang mit einer derartigen Verfahrensänderung während der Bauausführung dahingehend, dass mit der Umstellung – gleich ob vereinbart oder nur „geduldet“ – nunmehr das Bauverfahren aus dem ursprünglichen Nebenangebot realisiert wird. Dieses hat nicht der Auftraggeber, sondern der Auftragnehmer geplant. Nach den obigen Gesichtspunkten übernimmt der Auftragnehmer mit der ausdrücklichen Beauftragung seines Nebenangebots vom Auftraggeber unter den aufgezeigten Voraussetzungen das **Planungsrisiko**, also die Verantwortung dafür, dass das von ihm abweichend angebotene Verfahren zutreffend geplant ist und zu dem bestellten Werkerfolg führt. Diesen Risikoübergang zu Lasten des Auftragnehmers wird man auch in dem vorliegend beschriebenen Fall annehmen

¹²⁹³ *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 122;

¹²⁹⁴ Vgl. hierzu *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 123;

müssen: Wenn die Planungsverantwortung schon dem Auftragnehmer zufällt, wenn sich der Auftraggeber mit der Beauftragung *bewusst* für das Bauverfahren des Nebenangebots entscheidet, muss dies erst recht – argumentum a maiore ad minus – auch für den Fall gelten, dass der Auftragnehmer nach Vertragsschluss *eigenmächtig* auf seinen Nebenangebotsentwurf „umstellt“. Die Abrechnung der insoweit vom Vertrag abweichenden Leistung ist auf der Basis der ursprünglich ausgeschriebenen Verfahrensweise und Mengen vorzunehmen.¹²⁹⁵

„Duldet“ der Auftraggeber beispielsweise, dass der Auftragnehmer seine Bauleistungen in einer anderen Bauzeit als vereinbart ausführt, sind wiederum mehrere Fallvarianten zu unterscheiden:¹²⁹⁶ Liegt die **Veränderung der Bauzeit** darin, dass der Zeitpunkt von deren **Fertigstellung später liegt als vereinbart**, ist zu fragen, ob ausdrücklich oder konkludent eine entsprechende Vertragsänderung zu Stande gekommen ist. Ist dies zu bejahen, werden sich keine Probleme ergeben, da dann kein Verzug eintritt. Ist dies zu verneinen, stellt eine verspätete Fertigstellung einen Fall des Leistungsverzugs dar.

In Bezug auf ein „wiederbelebtes“ Nebenangebot wird vor allem die Konstellation praktische Relevanz entfalten, in der ein Auftragnehmer – eigenmächtig oder aber stillschweigend bzw. konkludent vom Auftraggeber „geduldet“ – auf sein ursprüngliches Nebenangebot umstellt, mit dem er eine **Verkürzung der Bauzeit** vorgesehen hatte. In diesem Zusammenhang wird die Frage diskutiert, inwieweit der Auftraggeber verpflichtet ist, sich der geänderten Ausführungsfrist anzupassen. Im Falle einer Anordnung des Auftraggebers bzw. einer einvernehmlichen nachträglichen Vertragsänderung auf die kürzere Ausführungszeit hat der Auftragnehmer einen Anspruch darauf, dass auch der Auftraggeber seine Mitwirkungshandlungen (Stellung von Plänen etc.) entsprechend anpasst und gegebenenfalls vorzieht. In diesem Fall wird die kürzere Bauzeit trotz der ursprünglichen Ablehnung des Nebenangebots, das diese vorsah, Vertragsgegenstand. Soweit der Auftragnehmer den Auftraggeber nicht über die Änderung der Bauablaufplanung informiert und erst nach Erteilung des Auftrags Mitteilung über die schnellere Durchführung macht, hat der Auftragnehmer keinen Anspruch auf entsprechend vorgezogene Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers.¹²⁹⁷ Bezüglich der Frage der Auswirkungen der Beschleunigungsmaßnahmen und der Handhabung von eventuellen Puffern des Auftragnehmers gelten daher die allgemeinen Regelungen ohne nebenangebotsspezifische Besonderheiten.¹²⁹⁸

¹²⁹⁵ Eingehend dazu sowie zu Fragen des Nachweises und dem Entstehen von Mehrkosten in Zusammenhang mit einer derartigen Verfahrensänderung: *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 1131;

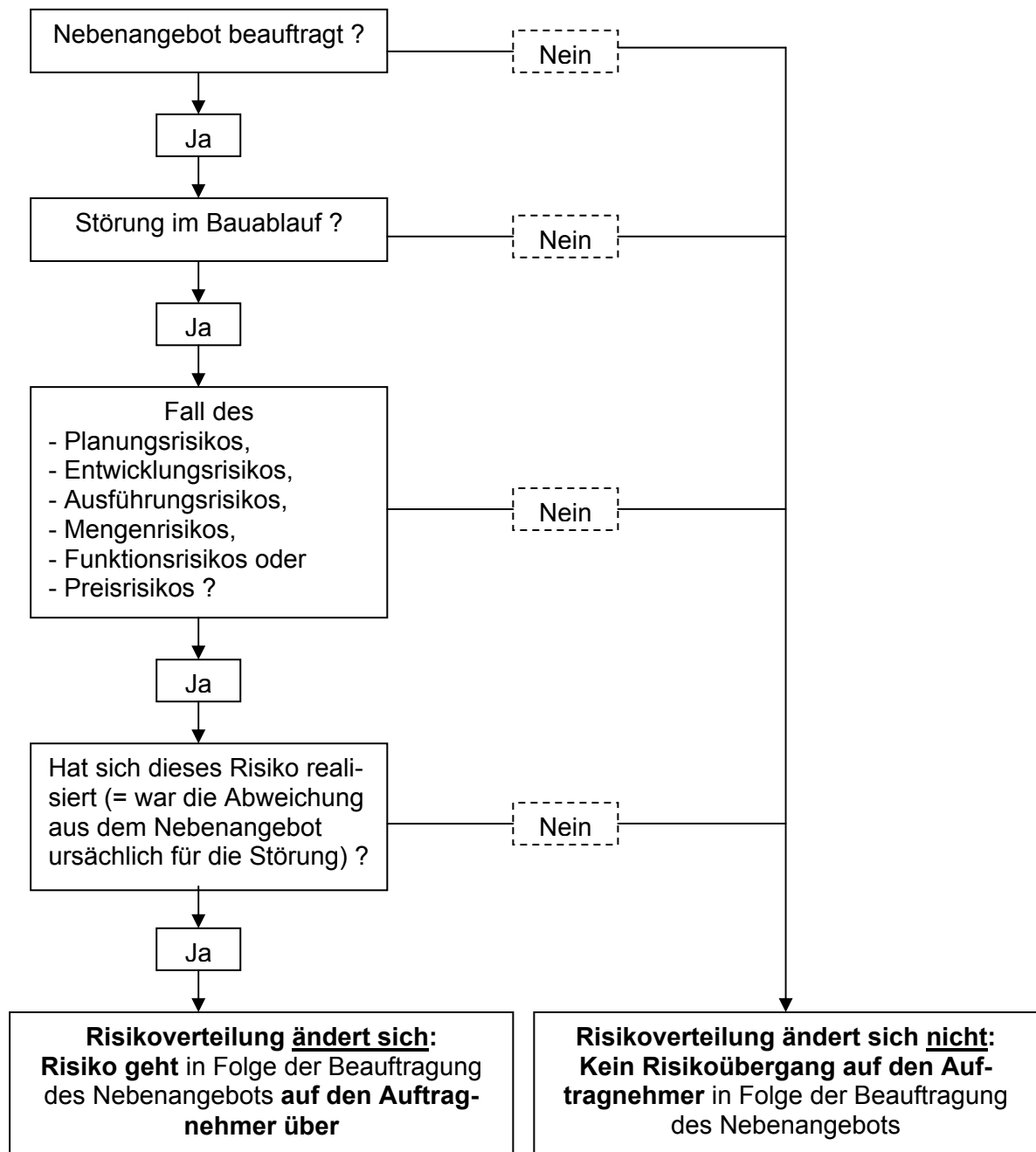
¹²⁹⁶ Vgl. hierzu *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 124;

¹²⁹⁷ A.a.O., Rdn. 1483 ff.;

¹²⁹⁸ Insoweit wird an dieser Stelle darauf verzichtet, die Einzelheiten zur Auswirkung von Beschleunigungsmaßnahmen des Auftraggebers und zu den daraus resultierenden Problemen mit der Handhabung von entstehenden Zeitpuffern darzustellen, da Thema dieser Abhandlung die Auswirkungen des Nebenangebots ist; siehe zu dieser Thematik ausführlich *Vygen/Schubert/Lang*, u.a. Rdn. 34, 145 f., 153, 253, 269 f., 290 ff.; *Kapellmann/Schiffers*,

IX. Zusammenfassung: Umfang der Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer

Nach dem Ergebnis der obigen Untersuchung der rechtlichen Fragen zur Risikoverteilung im Zusammenhang mit der Beauftragung eines Nebenangebots ergibt sich folgendes Prüfungsschema:



D) Verantwortlichkeit von Architekten und Planer bei Nebenangeboten

Im Bauvertragsgefüge spielen nicht nur Auftraggeber/Bauherr und Auftragnehmer/Bauunternehmen eine wichtige Rolle. Einen entscheidenden Beitrag zum Gelingen eines Bauvorhabens kommt auch von den Architekten, Planern und Sonderfachleuten hinzu. Der Begriff der Sonderfachleute wurde in der HOAI¹²⁹⁹ durch den Begriff „*andere an der Planung fachlich Beteiligte*“ ersetzt. Die Mitwirkung von Sonderfachleuten ist insbesondere bei umfangreicheren und technisch anspruchsvolleren Bauvorhaben erforderlich. Es handelt sich dabei zum Beispiel um Tragwerksplaner, Bodengutachter, Vermesser oder Fachplaner für Teilgebiete wie Heizung, Schallschutz/Akustik, Lüftung, Versorgungsanlagen oder Klimatechnik.¹³⁰⁰

Im Hinblick auf die Frage der Auswirkung von Nebenangeboten ist bezüglich der Planerrolle zu differenzieren: Zum einen kann sich die Beauftragung eines Nebenangebots auf den Architekten bzw. Planer und Sonderfachleute des Auftraggebers auswirken. Er hat, um die von ihm nachgefragten Bauleistungen ausschreiben zu können, regelmäßig ein Ingenieurbüro, einen Architekten und womöglich eigene Sonderfachleute beauftragt. Sie haben die Ideen des Bauherrn in ein konkretes Paket an Teilleistungen und Gewerken überführt, die der Auftraggeber dann in Form des Amtsentwurfs den Bietern vorgegeben hat. Beauftragt der Auftraggeber nunmehr eine „fremde Planung“ eines Bieters, die dieser im Rahmen eines vom Amtsentwurf abweichenden Nebenangebots eingereicht hat, stellen sich Fragen, inwieweit die Planer des Auftraggebers nunmehr „außen vor“ oder aber verpflichtet sind, den alternativen Vorschlag aus dem Nebenangebot zu prüfen und gegebenenfalls nachzubearbeiten. In der Konsequenz ist fraglich, ob und in welchem Umfang Architekten und Planer des Auftraggebers mit Verantwortung tragen, wenn das Nebenangebot unerwartet doch nicht zu dem vertraglich geschuldeten Werkerfolg – nämlich der Herstellung des konkreten Bauwerks – führt.

Zum anderen ist auch die Rolle der Planer des Bieters zu diskutieren. Der Bieter hat sich möglicherweise für die Ausarbeitung seines Nebenangebots ebenfalls eines Architekten und/oder Ingenieurbüros bedient. Auch in deren Richtung ist die Frage nach den Auswirkungen des Nebenangebots zu stellen.

I. Verantwortlichkeit und Haftung des Planers eines Nebenangebots

In der Praxis erstellt zumeist der Bieter selbst durch seine eigenen Mitarbeiter und zuständigen Abteilungen ein Nebenangebot. Nicht selten basieren vom Amtsentwurf

¹²⁹⁹ Dort § 15 Abs. 2;

¹³⁰⁰ Schmidt/Franckenstein, S. 357;

abweichende Bieteranschläge aber auch darauf, dass ein spezialisiertes Unternehmen – beispielsweise bei einer nachgefragten Gründung ein Spezialtiefbauunternehmen oder bei einer ausgeschriebenen Umweltleistung wie der Sanierung von Erdreich oder etwa einer Deponie ein Unternehmen aus dem Umweltbereich – ein Nebenangebot abgibt, in dem es ein vom ihm entwickeltes oder praktiziertes neuartiges Verfahren vorschlägt, das die gestellte Bauaufgabe schneller, günstiger oder qualitativ besser lösen kann. In einem solchen Fall planen regelmäßig eigene Ingenieure und Techniker des Bieters das Nebenangebot und erstellen sowohl die Beschreibung mit den für die Beurteilung der Ausführbarkeit und Gleichwertigkeit nötigen Angaben sowie die weitere Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis.

Insbesondere bei Großprojekten, bei denen regelmäßig nicht unerhebliche „Fernwirkungen“ des Nebenangebots auf andere Gewerke oder den Bestand denkbar sind, die der Bieter möglicherweise nicht in eigener Kompetenz hinreichend einschätzen und beurteilen kann, wird sich auch der Bieter je nach Art der gestellten Aufgabe eines Architekten oder Ingenieurbüros bedienen, den er mit der Erstellung des Nebenangebots beauftragt. Wenn in diesem Fall im Rahmen der späteren Ausführung des vom Planer erstellten Nebenangebots Probleme auftreten – sei es, dass das alternative Verfahren aus dem Nebenangebot überhaupt nicht umsetzbar ist oder sei es, dass es zwar ausführbar und zielführend ist, dies jedoch nur mit erheblich höherem Aufwand an Zeit und/oder Geld – stellt sich die Frage nach dem vom Planer geschuldeten Erfolg.

Das OLG Düsseldorf hat diese Frage klar beantwortet und dabei **hohe Anforderungen an die Planer eines Nebenangebots gestellt**: Sie **schulden dem Bieter einen Werkerfolg**, der in diesem Fall aus der **Erstellung einer Planung** besteht, die **sowohl öffentlich-rechtlichen Vorgaben genügt als auch zu den kalkulierten Kosten realisierbar ist**. Der geschuldete Werkerfolg ist nicht bereits dann erzielt und die Vertragsleistung insoweit mangelfrei erbracht, wenn der Bieter mit dem von dem Planer ausgearbeiteten Nebenangebot den „Vergabeerfolg“ erzielt, indem er auf das Nebenangebot den Zuschlag erhält.¹³⁰¹ Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde gegen diese Entscheidung zurückgewiesen.¹³⁰²

Das Gericht hatte sich dabei mit folgendem Sachverhalt auseinander zu setzen: Ein Bieter hatte sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, mit dem die Deutsche Bahn den Bau eines Eisenbahntunnels und eines Rettungstunnels für die ICE-Neubaustrecke Köln-Frankfurt ausschrieb. In der Hoffnung, sich entscheidende Wettbewerbsvorteile erarbeiten zu können, beauftragte der Bieter ein Ingenieurbüro mit der Ausarbeitung eines Nebenangebots. Das Büro fertigte einen technischen Alternativvorschlag, der vorsah, die Tunnelwände nicht wie im Amtsentwurf der

¹³⁰¹ Urteil vom 08.07.2005, 23 U 213/04; IBR 2006, 455;

¹³⁰² Beschluss vom 27.04.2006, VII ZR 187/05;

Deutschen Bahn vorgesehen aus Stahlbeton herzustellen, sondern stattdessen Stahlspundwände in den Baugrund einzubringen, die dauerhaft im Boden verbleiben sollten. Dieses Nebenangebot führte zu einer Kosteneinsparung von rund 3,5 Millionen DM. Nach einer Nachbesserung nach Öffnung der Angebote erhielt der Bieter den Zuschlag.

In der Folge beauftragte das bietende Bauunternehmen das planende Ingenieurbüro mit der Ausführungsplanung gemäß dessen als „*Optimierung*“ bezeichneten Alternativentwurf. Im Rahmen der Ausführung kam es jedoch zu erheblichen Problemen: Das Eisenbahnbundesamt stellte bei der Überwachung der Bauausführung fest, dass das beauftragte Nebenangebot die Brandschutzvorgaben nicht ausreichend beachtete. Rechtsgrundlage dafür war eine Richtlinie des Eisenbahnbundesamts, die die Anforderungen des Brand- und Katastrophenschutzes bei Bau und Betrieb von Eisenbahntunnels regelt. Dies hatte zur Folge, dass das beauftragte Bauunternehmen für mehr als 600.000 Euro zusätzliche Leistungen auszuführen hatte, um den Brandschutzbestimmungen zu genügen. Diese Mehrkosten erhielt es von seinem Auftraggeber, der Deutschen Bahn, nicht vergütet. Auf Grund dessen klagte sie diese Mehrkosten als Schadensersatzanspruch gegen das planende Ingenieurbüro ein.

Im Rechtsstreit standen sich folgende Argumentationslinien der beiden Parteien gegenüber: Das Bauunternehmen hielt die Planung für mangelhaft, da die zur Kostenreduzierung vorgeschlagene Lösung wegen der Brandschutzanforderungen nicht genehmigungsfähig gewesen sei. Das Ingenieurbüro habe nicht nur die Freigabe des Sondervorschlags durch die Deutsche Bahn als Auftraggeberin geschuldet, sondern eine genehmigungsfähige Planung. Das Planungsbüro habe den vertraglich geschuldeten Erfolg somit nicht erreicht. Daran ändere auch nichts die Tatsache, dass die gleiche Konzeption mit den dauerhaft im Boden verbleibenden Spundwänden im Rahmen eines anderen Bauvorhabens zum Bau eines Straßenbahntunnels genehmigt und vom Bauherrn nicht beanstandet worden sei. Das Ingenieurbüro dagegen stellte sich auf den Standpunkt, es habe lediglich die Freigabe des Alternativvorschlags durch die Deutsche Bahn geschuldet, und dieser sei mit der Bezuschlagung des Nebenangebots auch eingetreten. Dem Bauunternehmen sei bewusst gewesen, dass es sich um einen Versuch gehandelt habe, eine Planung in Abweichung von den Vorgaben des Amtsentwurfs durchzusetzen. Das Risiko der Ablehnung des Vorschlags sei das Bauunternehmen bewusst eingegangen. Die Nichtberücksichtigung der Brandschutzrichtlinie des Eisenbahnbundesamts sei insoweit keine Vertragsverletzung, zumal auch das Bauunternehmen diese Richtlinie selbst nicht gekannt habe und insoweit im Auftragserteilungsverfahren keine Bedenken geäußert habe.

Anders als das erstinstanzliche Landgericht Düsseldorf sah es das OLG Düsseldorf als unerheblich an, dass auch das Bauunternehmen die Brandschutzrichtlinie des Eisenbahnbundesamts nicht gekannt habe. Das Erstgericht hatte hieraus die vertrag-

liche Risikoübernahme durch das Bauunternehmen konstruiert, weil auch dieses die Brandschutzvorschriften nicht gekannt habe und keinen Auftrag zur Planung unter Einhaltung dieser Vorschriften erteilt habe. Dem widersprach das OLG. Auch auf die von den Parteien diskutierte Genehmigungsfähigkeit der Planung komme es demnach nicht entscheidend an: Das Ingenieurbüro habe hier keine genehmigungsfähige Planung geschuldet, da es nicht mit einer Genehmigungsplanung im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 4 HOAI beauftragt gewesen sei, sondern zunächst nur mit einer Entwurfsplanung. Dennoch sei der geschuldete Werkerfolg noch nicht dadurch mangelfrei erbracht worden, dass die Entwurfsplanung des Büros dem Bauunternehmen erfolgreich zum Zuschlag verholfen hatte. Die Vertragsparteien des Planungsvertrags hätten vorausgesetzt, dass die Alternativplanung die öffentlich-rechtlichen Vorschriften einhalte und auch zu den veranschlagten Kosten umsetzbar sein würde. Das Ingenieurbüro habe gewusst, dass dem Bauunternehmen nicht allein mit dem Erhalt des Auftrags gedient war. Hinzukommen habe müssen, dass das Bauunternehmen den Auftrag auch in der vorgesehenen Weise und zu den vorgesehenen Kosten ausführen hätte können und nicht mit Zusatzkosten belastet werden würde. Das Bauunternehmen habe eine Entwurfsplanung gewollt, die Kosten einspare und die sie dann unter Berücksichtigung der eingesparten Kosten der Bauherrin anbieten konnte, so dass die Ausführung zu den geringeren Kosten auch durchführbar war. Dies habe die später folgende Beauftragung des Ingenieurbüros bestätigt. Sinn und Zweck des geschuldeten Alternativvorschlags sei eine den Bestimmungen entsprechende Planung gewesen, deren Ausführung geringere Kosten verursachen würde als die Planung aus dem Amtsentwurf im Vergabeverfahren.

Das Ingenieurbüro treffe auch Verschulden an der mangelhaften Planung im Sinne von § 282 BGB. Ihre Unkenntnis von der Brandschutzrichtlinie entlaste das Büro nicht. Es sei als Fachbüro beauftragt gewesen und hätte sich kundig machen müssen, welche Vorschriften für den Brandschutz gelten. Es habe fahrlässig gehandelt, wenn es ohne weitere Nachfrage und Prüfung darauf vertraut habe, dass die für einen Straßenbahntunnel genehmigte Planung auch den Anforderungen eines Tunnels für den ICE-Verkehr genüge.

Das Urteil des OLG Düsseldorf klärt nicht nur deutlich die Verpflichtungen, die ein mit der Planung eines Nebenangebots beauftragtes Ingenieurbüro oder ein anderweitiger Planer zu erfüllen hat: Sie **schulden nicht nur eine Planung, die zum „Vergabeerfolg“ führt** – also dazu, dass der Bieter damit den Zuschlag erzielt. Der werkvertragliche Erfolg umfasst vielmehr eine Planung, die auch hält, was sie verspricht, die also garantiert, dass die in der Planung aufgezeigten Vorteile gegenüber dem Amtsentwurf, die letztlich zum Zuschlag geführt haben, im Rahmen von deren Ausführung tatsächlich realisier- und umsetzbar sind, ohne dass zusätzliche Leistungen nötig sind, die der beauftragte Bauunternehmer möglicherweise nicht vergütet erhält – er hat schließlich mit seinem Nebenangebot seinerseits gegenüber dem Bauherrn

das Risiko übernommen, dass sein Alternativvorschlag „funktioniert“ und die Herstellung des geschuldeten Bauvorhabens zum angebotenen und vereinbarten Preis ermöglicht.

Das Urteil zeigt zugleich eine **Möglichkeit für einen Bieter auf, seinerseits das gegenüber dem Bauherrn mit einem Nebenangebot übernommene Risiko der Ausführbarkeit im Rahmen der angebotenen Kosten weitergeben zu können an einen von ihm beauftragten Planer**. In dieser Konstellation ergibt sich eine weitere Verschiebung gegenüber dem „Normalfall“ eines Bauvertrags, in dem der Auftraggeber bzw. dessen Planer die Planungsverantwortung trägt und der Bauunternehmer lediglich zu gewähren hat, dass er die geplanten Bauleistungen mangelfrei ausführt. Die Planungsverantwortung, die der Bauunternehmer durch die Beauftragung seines Nebenangebots übernimmt, geht hier um eine weitere Stufe über, nämlich auf den Planer, den der Bieter mit der Ausarbeitung des Nebenangebots beauftragt hat. In diesem Fall reduziert der Bauunternehmer seine Verantwortung also wieder auf das „normale Maß“ – also darauf, dass er für die mangelfreie Ausführung seiner Leistungen Gewähr zu leisten hat.

Das Risiko der Ausführbarkeit der Planung liegt nunmehr weder beim Bauherrn noch beim Unternehmer, sondern bei dem Planer, der das Nebenangebot für das Bauunternehmen ausgearbeitet hat. Dieses Ergebnis ist auch richtig. Es ergibt sich insoweit kein systematischer Unterschied im Umfang der Planungsverantwortung, sondern lediglich eine andere Verteilung der Rollen: Das planende Ingenieurbüro bzw. der den Plan erstellende Architekt ist für die Ausführbarkeit seiner Planung unverändert verantwortlich – er hat in dieser Konstellation nur eben den Plan nicht für den Auftraggeber erstellt, sondern für den Bieter. Er ist damit für die Richtigkeit und Ausführbarkeit seiner Pläne entsprechend nicht direkt dem Bauherrn als Auftraggeber der Baumaßnahme gegenüber verantwortlich, sondern dem Bauunternehmer, der insoweit „dazwischengeschaltet“ ist zwischen dem Bauherrn und dem Planer.

Entscheidend für diese Möglichkeit der Risikoverlagerung vom Bauunternehmer auf den Planer ist jedoch, wie auch das Urteil des OLG Düsseldorf erörtert hat, welche konkrete vertragliche Vereinbarung die Parteien des Planungsvertrags getroffen haben. Im Rahmen der Privatautonomie können die Parteien hier durchaus vereinbaren, dass und in welchen Punkten der Auftraggeber das Risiko der Umsetzbarkeit der Planung von deren Ersteller übernimmt. Hierfür reicht es nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf jedoch noch nicht aus, dass dem Auftraggeber der Planung deren Risiken bekannt sind. Es bedarf einer rechtsgeschäftlichen Erklärung zur Übernahme des eigentlich vom Architekten/Planer zu tragenden Risikos.¹³⁰³ Ist eine

¹³⁰³ So auch BGH, Urteil vom 26.09.2002, VII ZR 290/01; BauR 2002, 1872; BGH-Report 2003, 59 f.;

solche Risikoverlagerung vom Planer zum Bauunternehmen im Vertrag über die Planung eines Nebenangebots nicht hinreichend klar und eindeutig ausdrücklich getroffen, verbleibt es bei der allgemeinen, oben dargestellten Risikoverlagerung, nach der der Planer das Risiko der Umsetzbarkeit zu den vorgegebenen Parametern zu tragen hat.

II. Verantwortung der Architekten/Planer des Bauherrn

Mit dem Nebenangebot **übernimmt der Bieter bzw. Auftragnehmer die Rolle des Planers**. Er bringt einen abweichenden Vorschlag in das Vergabeverfahren ein und plant diesen. Auf Grund dessen übernimmt er, wie eben ausführlich dargestellt, die **Planungsverantwortung** dafür, dass sein Nebenangebot „funktioniert“, also in der vorgeschlagenen Form zum vertraglich geschuldeten Werkerfolg führt. Dennoch finden sich regelmäßig im Gefüge der an der Entstehung des Bauwerks Beteiligten auch ein Architekt und unter Umständen darüber hinaus Fachplaner. Diese stehen in der Regel in vertraglicher Bindung zum Auftraggeber als Bauherrn. Sie hatten für ihn den ursprünglichen Amtsentwurf geplant.

Man könnte also die These vertreten, die Verantwortlichkeit der ursprünglichen Planer des Auftraggebers endet in dem Augenblick, in dem ein Nebenangebot eines Bieters im Vergabeverfahren beauftragt wurde. In der im Rahmen dieser Abhandlung zitierten Literatur fällt auf, dass jeweils – sofern die Problematik der Risikoverteilung in der Bauausführung bei Beauftragung eines Nebenangebots überhaupt angesprochen wird – das Augenmerk nur auf die Rolle des Auftraggebers und des Auftragnehmers gelegt wird.¹³⁰⁴ Dabei stellen sich auch in Zusammenhang mit den ursprünglichen Planern, die der Auftraggeber mit der planerischen Bewältigung der gestellten Bauaufgabe befasst hatte, bei Beauftragung eines Nebenangebots nicht unerhebliche Fragen und Problemkreise. Zunächst ist an die Konstellation zu denken, bei der das Nebenangebot nicht den gesamten Amtsentwurf ersetzt, sondern nur Teile davon. Übernimmt der Auftragnehmer als planerischer Veranlasser der Änderungen dann automatisch die Planungsverantwortung für das gesamte Bauwerk oder nur für den Teil, den er durch sein Nebenangebot ersetzt hat? Sind die Planer des Amtsentwurfs entsprechend von jeglicher Verantwortung befreit oder sind sie in diesem Fall verpflichtet, das Zusammenpassen der Leistungsteile aus dem Nebenangebot mit den verbliebenen Teilen ihres Amtsentwurfs zu prüfen und den Bauherrn gegebenenfalls auf mangelnde Kompatibilität hinzuweisen?

Selbst wenn das Nebenangebot den Amtsentwurf vollständig oder jedenfalls in einem abgrenzbaren Teil ersetzt, so dass keine anderen Leistungsbereiche des Hauptangebots berührt sind, ist die **Frage nach einer möglichen Mitverantwortung**

¹³⁰⁴ Siehe etwa *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 701; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 25 VOB/A, Rdn. 79 ff.; *Marbach*, in: Festschrift für Vygen, S. 246 ff.; *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 46 ff.; *Reister* in: BauR 2005, 757 ff.;

der Architekten und Planer des Auftraggebers zu stellen. Muss der Architekt, da er mit der Planung des Bauwerks beauftragt war, den abweichenden Vorschlag des Bieters im Nebenangebot prüfen? Welche Rechten und Pflichten hat der Architekt des Bauherrn im Rahmen der **Bau- bzw. Objektüberwachung**, sofern er auch mit den Leistungsphasen 8 und 9 gemäß HOAI beauftragt ist? Im „klassischen“ Bauvertrag, der ein Hauptangebot zur Grundlage hat, ist die Überwachung für den Architekten wesentlich einfacher, da er seine eigene Planung bereits im Detail kennt. Im Falle eines Nebenangebots entsteht der Konflikt, dass der Architekt einerseits zur Überwachung verpflichtet ist, andererseits aber eine „Ersatzplanung“ des Bieters zu Grunde liegt, in die er sich erst – möglicherweise mühsam und aufwändig – einarbeiten muss. Welche Folgen ergeben sich, wenn der Architekt des Bauherrn erst im Zuge der Bauüberwachung feststellt, dass die Planung des Nebenangebots durch den Bieter an einem wesentlichen Mangel leidet?

In Bezug auf die **weiteren an der Planung fachlich Beteiligten** – die „**Sonderfachleute**“ – sind ebenfalls Fragen zu stellen: Hat etwa ein Baugrundgutachter, der vom Architekten des Bauherrn eingeschaltet worden war, ein Bodengutachten erstattet, wird dieses regelmäßig auch im Fall der Beauftragung eines Nebenangebots noch Grundlage des Bauvertrags sein. Ist der Baugrundgutachter dann dafür verantwortlich, dass sein Gutachten auch für das Nebenangebot eine ausreichende und zutreffende Grundlage liefert? Ist ein Tragwerksplaner, der mit der Errechnung einer Statik für den Amtsentwurf beauftragt war, auch verpflichtet, die statische Richtigkeit des Nebenangebots zu prüfen?

1. Grundsätzliche Systematik

Auch in Zusammenhang mit der Frage nach nebenangebotsspezifischen Besonderheiten der Rollen von Architekten und Sonderfachleuten ist zunächst in gebotener Kürze ein Blick auf die grundsätzliche Systematik zu werfen.

Der **Architekt** ist im Verhältnis zu den weiteren Beteiligten am Entstehen des Bauwerks, praktisch bedeutsam insbesondere im Verhältnis zu den ausführenden Bauunternehmen, **Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers**.¹³⁰⁵ Zieht der Architekt in eigenem Namen weitere fachlich an der Planung Beteiligten – „Sonderfachleute“ – bei, haftet er für deren Fehlleistungen wiederum nach § 278 BGB.¹³⁰⁶ Gegenüber den ausführenden Bauunternehmen sind solche Sonderfachleute zugleich Erfüllungsgehilfen des Bauherrn.¹³⁰⁷ Beauftragt der Bauherr in selbstständigen Verträgen einen Architekten und einen Sonderfachmann, ist Letzterer regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn in dessen Vertragsverhältnis mit dem Architekten. Entsprechen-

¹³⁰⁵ BGH, Urteil vom 24.02.2005, VII ZR 328/03; BauR 2005, 1016; BGH, Urteil vom 13.09.2001, VII ZR 392/00; BauR 2002, 86; BGH NJW 1985, 2475; *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 445;

¹³⁰⁶ *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 12, Rdn. 236;

¹³⁰⁷ *Englert/Motzke/Wirth*, § 634, Rdn. 35;

des gilt für den Architekten im Vertragsverhältnis zwischen Bauherrn und Sonderfachmann.¹³⁰⁸

Der Architektenvertrag ist regelmäßig ein Werkvertrag. Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen – etwa, wenn der Architekt nur genau eingegrenzte ergänzende Planungsleistungen erbringen soll oder ergänzend koordinativ tätig werden soll, kann ein Dienstvertrag angenommen werden.¹³⁰⁹ Der BGH hat den Architekten- und Ingenieurvertrag als „*Typenmischvertrag mit dienst- und werkvertraglichen Elementen*“¹³¹⁰ deklariert, wobei der Schwerpunkt auf den werkvertraglichen Elementen liege.¹³¹⁰ Jedenfalls bei einem Auftrag über eine Vollarchitektur liegt ein Werkvertrag vor. Dies ist ebenso anzunehmen, wenn etwa nur die Objektüberwachung nach Leistungsphase 9 der HOAI Gegenstand der Beauftragung ist.¹³¹¹ Seit der Schuldrechtsmodernisierung enthält § 634a BGB Regelungen zur Gewährleistung „für ein Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen besteht“. Damit wird der Planungsvertrag mittelbar dem Werkvertragsrecht zugeordnet.¹³¹²

Die **Leistungspflicht des Architekten** ist damit grundsätzlich erfolgsbezogen. Das **Werk des Architekten bzw. Planers** ist entgegen der Rechtslage beim Auftragnehmer jedoch nicht das Bauwerk an sich, sondern **das „mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks“**. Dabei ist der vom Architekten geschuldete Gesamterfolg nach einer insoweit präzisierenden neueren Entscheidung des BGH¹³¹³ nicht darauf beschränkt, dass er Aufgaben wahrnimmt, die für die mangelfreie Errichtung des Bauwerks erforderlich sind. Umfang und Inhalt der geschuldeten Leistung sind durch Auslegung zu ermitteln, soweit einzelne Leistungen des Architekten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, nicht als selbstständige Teilerfolge vereinbart worden sind. Eine an den Leistungsphasen des § 15 HOAI orientierte vertragliche Vereinbarung begründet demnach im Regelfall, dass der Architekt die vereinbarten Arbeitsschritte als Teilerfolg des geschuldeten Gesamterfolgs schuldet. Erbringt der Architekt nunmehr eine solche Teilleistung nicht – unerheblich, ob daraus ein Mangel für das Bauwerk insgesamt resultiert – kann der Auftraggeber das Honorar des Architekten mindern. Wenngleich die HOAI grundsätzlich nur Preisrecht im Sinne einer Gebührenordnung enthält,¹³¹⁴ geben die Leistungsphasen des **§ 15 HOAI für die Bestimmung der vertraglich von Architekten geschuldeten Leistung dennoch eine**

¹³⁰⁸ BGH, Urteil vom 10.07.2003, VII ZR 329/02; IBR 2003, 552 = BauR 2003, 1613 = ZfBR 2003, 760 = NJW-RR 2003, 2454;

¹³⁰⁹ Eichberger/Oehl, S. 24 f.;

¹³¹⁰ BGH, Urteil vom 26.11.1959, VII ZR 129/58 („Vollarchitektur“); NJW 1960, 431; BGH, Urteil vom 07.03.1074, VII ZR 217/72; NJW 1974, 898; BGH, Urteil vom 22.10.1981, VII ZR 310/79; NJW 1982, 438;

¹³¹¹ Kniffka/Koebke, 12. Teil, Rdn. 355; a.A.: OLG Hamm, Urteil vom 11.10.1994, 28U 26/94; NJW-RR 1995, 400;

¹³¹² Kuffer/Wirth, 10. Kap. A, Rdn. 8 ff.;

¹³¹³ Urteil vom 24.06.2004, VII ZR 259/02; NZBau 2004, 509 = IBR 2004, 512 = ZfBR 2004, 781 = BauR 2004, 1640;

¹³¹⁴ Locher/Koebke/Frik, § 4, Rdn. 7; OLG Koblenz, ZfBR 1994, 229;

Orientierungshilfe.¹³¹⁵ Die in der HOAI getroffene Unterscheidung zwischen Grundleistungen und Besonderen Leistungen ist dabei allerdings für die Bestimmung der vom Architekten bzw. Ingenieur geschuldeten Leistung grundsätzlich ohne Bedeutung.¹³¹⁶

Mängel, die am Bauwerk auftreten, sind auf Grund dieser Systematik nicht zwingend zugleich **Mängel des Architekten- bzw. Ingenieurwerks**. Voraussetzung für das Vorliegen eines Mangels von dessen Leistung ist, dass der Bauwerksmangel auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Architekten bzw. Ingenieurs zurückgeht.¹³¹⁷ Ein **Planungsfehler** liegt vor, wenn die Ausführung der vom Architekten bzw. Sonderfachmann gefertigten Pläne notwendigerweise zu einem Mangel am Bauwerk führte, zum Beispiel die Gründung nicht den Bodenverhältnissen entsprechend geplant ist, Schallschutzwerte nicht zutreffend berücksichtigt wurden oder eine unzureichende Wärmedämmung vorgesehen ist.¹³¹⁸

Im Rahmen einer **Vollarchitektur** schuldet der Architekt somit die Herbeiführung eines mangelfreien, vertragsgerechten Werks entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen und den Vorgaben des Auftraggebers.¹³¹⁹ Hierzu zählt, sofern vertraglich nichts abweichend geregelt ist, die Beachtung der anerkannten Regeln der Technik als Mindeststandard.¹³²⁰ Der Architekt hat eine fehlerfreie, dauerhaft genehmigungsfähige und dem Vertrag entsprechende Planung zu erstellen.¹³²¹ Im Rahmen der **Objektüberwachung** haftet der Architekt insgesamt für das Entstehen eines mangelfreien Bauwerks. Er hat zu überwachen, dass das Bauwerk nach den Ausführungsplänen, der Statik und der Leistungsbeschreibung ausgeführt wird. Darüber hinaus hat er die Einhaltung der Regeln der Technik zu gewährleisten. In diesem Rahmen hat der Architekt die am Bau Beteiligten zu koordinieren.¹³²² Der **Bau überwachende Architekt** haftet als Gesamtschuldner gegenüber seinem Auftraggeber in voller Höhe. Er **kann sich** ihm gegenüber **nicht auf ein Mitverschulden wegen Fehlern des planenden Architekten berufen**.¹³²³ Liegt ein Planungsfehler des Ar-

¹³¹⁵ Darmstädter Baurechtshandbuch, 2. Kap., X, Rdn. 292 ff.; *Kuffer/Wirth*, a.a.O., Rdn. 25;

¹³¹⁶ BGH, Urteil vom 24.10.1996, VII ZR 283/95; BauR 1997, 154; *Kuffer/Wirth*, 10. Kap. C, Rdn. 10 a.E.;

¹³¹⁷ *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 12, Rdn. 230 unter Verweis auf BGH BauR 1974, 63; OLG Hamm, NJW-RR 191, 731; Darmstädter Baurechtshandbuch, 2. Kap., X, Rdn. 299 ff.;

¹³¹⁸ *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, a.a.O., Rdn. 231 unter Verweis auf BGH NJW 1971, 92;

¹³¹⁹ BGH, Urteil vom 14.02.2001, VII ZR 128/03; BauR 2001, 823 = NJW 2001, 1276; BGH, Urteil vom 22.01.1998, VII ZR 259/96; BauR 1998, 354;

¹³²⁰ BGH, Urteil vom 19.01.1995, VII ZR 131/93; BauR 1995, 230;

¹³²¹ BGH, Urteil vom 25.02.1999, VII ZR 190/97; ZfBR 1999, 202 = NJW 1999, 2112; BGH, Urteil vom 19.02.1998, VII ZR 236/96; ZfBR 1998, 186 = BauR 1998, 579; *Kuffer/Wirth*, a.a.O., Rdn. 29;

¹³²² *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 447;

¹³²³ OLG Celle, Urteil vom 20.11.2001, 16 U 187/99; BGH, Beschluss vom 13.11.2003, VII ZR 439/01 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); IBR 2004, 26;

chitekten vor, wird dessen Haftung gegenüber dem Auftraggeber nicht durch ein Mitverschulden des Unternehmers beschränkt.¹³²⁴

Eine Besonderheit des Vertragsverhältnisses Auftraggeber/Architekt liegt darin, dass der **Architekt als Sachwalter** des Bauherrn einzustufen ist. Hieraus resultieren **zahlreiche auftraggeberbezogene Aufklärungs-, Beratungs-, Prüfungs- und Hinweispflichten**, die der Architekt bzw. Ingenieur seinem Auftraggeber schuldet.¹³²⁵ Hierzu zählen unter anderem eine objekt- und auftraggeberbezogene Aufklärung und Beratung,¹³²⁶ eine sorgfältige Auswahl von Sonderfachleuten und Bauhandwerkern,¹³²⁷ die Belehrung über Risiken bei der Verwendung von neuartigen, nicht erprobten Bauverfahren oder Baustoffen¹³²⁸ und eine Bau begleitende Kostenkontrolle.¹³²⁹ Welche Tätigkeiten der Architekt/Ingenieur im Rahmen seiner Sachwalterstellung konkret schuldet, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab und ist durch Auslegung zu ermitteln. Kommt der Architekt/Ingenieur seinen Sachwalterpflichten nicht oder nicht ordnungsgemäß nach, hat er hierfür zu haften.¹³³⁰

2. Besonderheiten in Zusammenhang mit Nebenangeboten

Die Besonderheit in der Rollenverteilung bei Beauftragung eines Nebenangebots liegt zunächst darin, dass der Architekt nicht die Planung – sowie im Rahmen einer beauftragten Vollarchitektur auch die Bau- und Objektüberwachung – „aus einer Hand“ erledigt, sondern ein weiterer Planer hinzu tritt. Insoweit ist die Frage der Zuordnung der Planungsverantwortung zwischen dem Architekten/Ingenieur, der den Amtsentwurf für den Auftraggeber geplant hat, und dem Bauunternehmer, der das Nebenangebot geplant hat, zu untersuchen.

Hieraus **ergibt sich ein Spannungsverhältnis zwischen Architekt und (planendem) Bauunternehmer**: Einerseits schuldet der Architekt auf Grund des Planungsvertrags dem Auftraggeber jedenfalls alle Leistungen, die zum mangelfreien Entstehen des Bauwerks erforderlich sind. Er hat darüber hinaus umfangreiche Beratungs-, Prüfungs- und Hinweispflichten gegenüber dem Bauherrn auf Grund seiner Sachwalterstellung. Er ist also – jedenfalls im Rahmen einer Vollarchitektur – verantwortlich dafür, dass das Bauwerk mangelfrei entsteht. Die Rechtsprechung differenziert diesbezüglich nicht ausdrücklich danach, ob eine eigene oder eine „fremde“ Planung, also eine des Auftragnehmers im Rahmen seines Nebenangebots, umgesetzt wird.

¹³²⁴ OLG Oldenburg, Urteil vom 09.09.2003, 2 U 270/00; BGH, Beschluss vom 23.09.2004, VII ZR 289/03 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); IBR 2004, 706;

¹³²⁵ *Kuffer/Wirth*, 10. Kap. C, Rdn. 51 ff.; Darmstädter Baurechtshandbuch, a.a.O., Rdn. 297; *Eichberger/Oehl*, S. 26 ff.;

¹³²⁶ BGH, Urteil vom 08.01.1998, VII ZR 141/97; BauR 1998, 356 = ZfBR 148;

¹³²⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.08.2001, 23 U 191/00; BauR 2002, 652;

¹³²⁸ BGH, Urteil vom 30.1.1975, VII ZR 309/74; BauR 1976, 214; KG, Urteil vom 05.06.2002, 7 U 6679/00; IBR 2002, 203;

¹³²⁹ BGH BauR 1999, 1390 = ZfBR 2000, 28; BGH, Urteil vom 07.11.1996, VII ZR 23/95; BauR 1997, 335 = ZfBR 1997, 145;

¹³³⁰ *Korbion/Mantscheff/Vygen*, Einf., Rdn. 229; *Kuffer/Wirth*, 10. Kap C, Rdn. 54 ff.;

Andererseits wurde oben bereits ausführlich herausgearbeitet, dass der Bieter bzw. Auftragnehmer die Planungsverantwortung für seinen Nebenangebotsentwurf zu übernehmen hat.

Zunächst entscheidend ist damit als erste Prüfungsstufe, welchen **Umfang** die **Beauftragung des Architekten** hat – insbesondere, ob eine Vollarchitektur mit allen Leistungsphasen des § 15 HOAI beauftragt ist oder nur einzelne davon. Wie oben dargestellt, beinhaltet die HOAI zwar nur Preisrecht, die Inhalte der Leistungsphasen sind unter Umständen aber als Teilerfolge geschuldet, dienen jedenfalls als Auslegungshilfe für den Umfang der vertraglich geschuldeten Leistung. Praktisch bedeutsam in Zusammenhang mit Nebenangeboten ist insbesondere die Frage, ob der Architekt auch mit den Leistungsphasen 8 (Objektüberwachung) und 9 (Objektbetreuung und Dokumentation) beauftragt ist. Auf der zweiten Prüfungsstufe ist zu klären, wie sich der konkret beauftragte Leistungsumfang des Architekten auf das Verhältnis zur Planungsverantwortung des Auftragnehmers für sein Nebenangebot auswirkt.

2.1 Ausdrückliche Vorgaben zum Nebenangebot aus der HOAI

Wie oben¹³³¹ bereits dargestellt, beinhaltet die HOAI ausdrückliche Vorgaben zu Nebenangeboten in **Leistungsphase 7 („Mitwirkung bei der Vergabe“)** in § 55 Abs. 2 bei der Objektplanung für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen. Danach ist die Prüfung und Wertung von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen mit grundlegend anderen Konstruktionen im Hinblick auf die technische und funktionelle Durchführbarkeit eine besondere Leistung. Im Leistungsbild Tragwerksplanung ist das Mitwirken bei der Prüfung und Wertung von Nebenangeboten in § 64 Abs. 3 Nr. 7 HOAI ebenso ausdrücklich als besondere Leistung vorgesehen. Eine solche ausdrückliche Regelung fehlt in § 15 HOAI.

Besondere Leistungen können gemäß der Definition in § 2 Abs. 3 HOAI zu den Grundleistungen hinzu oder an deren Stelle treten, wenn besondere Anforderungen an die Ausführung des Auftrags gestellt werden, die über die allgemeinen Leistungen hinaus gehen oder diese ändern. Sie sind nach der ausdrücklichen Vorgabe in § 2 Abs. 3 HOAI in den Leistungsbildern allerdings nicht abschließend aufgezählt. Die besonderen Leistungen eines Leistungsbilds können demnach auch in anderen Leistungsbildern oder Leistungsphasen vereinbart werden, in denen sie nicht ausgeführt sind, soweit sie dort nicht Grundleistungen darstellen.

Im Gegenzug dazu umfassen die in den jeweiligen Leistungsbildern abschließend aufgezählten¹³³² **Grundleistungen** gemäß § 2 Abs. 2 HOAI solche Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind. Besondere Leistungen können entweder zu Grundleistungen hinzutreten – dann darf

¹³³¹ Siehe Teil 1 B V;

¹³³² Jochem, § 2, Rdn. 4;

gemäß § 5 Abs. 4 HOAI ein Honorar hierfür nur berechnet werden, wenn die Leistungen im Verhältnis zu den Grundleistungen einen nicht unwesentlichen Zeit- und Arbeitsaufwand verursachen und das Honorar schriftlich vereinbart worden ist. Die Abgrenzung zwischen Grund- und besonderen Leistungen hat allein gebührenrechtliche Bedeutung dahingehend, dass dadurch abgegrenzt wird, wann sich der Architekt oder Ingenieur mit der Honorierung der Grundleistung begnügen muss oder für die besondere Leistung zusätzliches Honorar erhält.¹³³³

Im **Leistungsbild der Planungsleistungen für Gebäude, Freianlagen und Raumbildende Ausbauten** nach § 15 HOAI ist, wie oben angesprochen, eine derartige Leistung nicht ausdrücklich als besondere Leistung enthalten. Dennoch muss auch in diesem Leistungsbild davon ausgegangen werden, dass ebenso bei der Objektplanung das Prüfen und Werten von Nebenangeboten eine besondere Leistung darstellt. Auch in diesem Leistungsbild ist der Aufwand für diese besondere Leistung nicht vom Architekten steuerbar, da er von Zahl und Umfang der von den Bietern eingereichten Nebenangebote abhängt.¹³³⁴

2.2 Vorgaben aus der Rechtsprechung

Das OLG Schleswig hat in einem Urteil von 18.04.2006¹³³⁵ die **Prüfung und Wertung eines Nebenangebots** – mit der Besonderheit, dass in dem Streitgegenständlichen Fall eine beschränkte Ausschreibung vorlag – sogar **dem Grundleistungskatalog zugeschlagen**. Im Leitsatz lautet die Entscheidung wie folgt: *„Als Grundleistung der Phase 7 des § 15 Abs. 2 HOAI muss der Architekt auch ein im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung abgegebenes Nebenangebot ohne gesonderte Abrechnungsmöglichkeit prüfen und werten. Die Wertung schließt die Feststellung ein, ob der Unternehmer in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht auskömmlich in der Lage sein wird, die Leistung zu diesem Preis ordentlich zu erbringen.“*

In der Konsequenz verweigerte das OLG dem klagenden Architekten den geltend gemachten zusätzlichen Honoraranspruch. Der Architekt hatte die Leistungsphase 7 doppelt abgerechnet, weil ein Bieter sowohl für die ausgeschriebenen 17 Einzelgewerke Angebote eingereicht hatte als auch ein Nebenangebot, das die Übernahme aller Leistungen als Generalunternehmer vorsah. Der Architekt hatte einen Preisspiegel über die 17 Einzelangebote erstellt und ermittelt, dass der Bieter nur bezüglich zwei Gewerken tatsächlich der günstigste Bieter war. Daraufhin hatte der Auftraggeber den Architekten mit einer erneuten Prüfung des Nebenangebots hinsichtlich sämtlicher Gewerke beauftragt, weil er sich unsicher war, ob das – preisgünstigste – Nebenangebot überhaupt auskömmlich sei. Nachdem der Archi-

¹³³³ BGH, Urteil vom 24.10.1996, VII ZR 283/95; BauR 1997, 154;

¹³³⁴ *Korbion/Mantscheff/Vygen*, § 56, Rdn. 39;

¹³³⁵ Az. 3 U 14/05;

tekt dann das Nebenangebot erneut im Einzelnen geprüft hatte, kam er zu dem Ergebnis, dass die Preise des Nebenangebots auskömmlich seien. Damit, so der Architekt, habe er die Grundleistungen der Phase 7 ein zweites Mal erbracht.

Dies sah das OLG Schleswig anders: Leistungsphase 7 war nur einmal zu vergüten. Der Architekt habe bereits im Rahmen der beschränkten Ausschreibung die Auskömmlichkeit der Nebenangebote zu prüfen und diese Leistung nicht erst auf gesonderte Aufforderung des Auftraggebers mit der Folge eines zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu erbringen gehabt. Der Architekt hätte die Auskömmlichkeit des Nebenangebots bereits im ersten Prüfungsdurchgang geschuldet. Nach dem Leistungsbild muss der Architekt jedes Angebot prüfen und werten. Eine zahlenmäßige Beschränkung, wie viele Angebote zu prüfen sind, ist nicht vorgesehen. Eine solche wäre nur anzunehmen, wenn vertraglich ausdrücklich eine Höchstzahl von Angeboten vereinbart worden wäre. Die Wertung der Angebote bezieht sich auf die Einzelpreise, ihre Vergleichbarkeit mit anderen Angeboten und auf die Feststellung, ob die Preisansätze in einem vernünftigen und günstigen Verhältnis zur geforderten Leistung stehen. Das schließt die Prüfung ein, ob der Unternehmer auch in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht auskömmlich in der Lage sein wird, die Leistung zu diesem Preis ordentlich zu erbringen und deshalb im Rahmen der Wertung dem Bauherrn empfohlen werden kann.¹³³⁶

2.3 Pflichten des Architekten in Zusammenhang mit Nebenangeboten im Einzelnen

Die Folgen für die Zuweisung der Planungsverantwortung hängen nach der obigen Darstellung entscheidend davon ab, mit welchem Leistungsumfang der Architekt beauftragt wurde. Hieraus ergibt sich, in welchem Umfang der Architekt Einflussmöglichkeit und -pflicht hatte.

2.3.1 Leistungsphase 7 – Mitwirkung bei der Vergabe

Wie oben unter 2. ausgeführt, enthält Leistungsphase 7 in dem oben dargestellten Rahmen und Umfang die Verpflichtung zur Prüfung und Wertung von Nebenangeboten mit grundlegend anderen Konstruktionen im Hinblick auf die technische und funktionelle Durchführbarkeit bzw. zur Mitwirkung hierbei (§§ 55 Abs. 2, 64 Abs. 3 Nr. 7 HOAI). Sofern der Architekt mit Ausführung der Leistungsphase 7 beauftragt ist, gehört es damit regelmäßig zu seinen vertraglichen Verpflichtungen, eingereichte Nebenangebote zu prüfen.

Im Fall des **§ 55 HOAI** ist festzustellen, ob die mit Hilfe von Nebenangeboten vorgeschlagenen Lösungen in gleicher Weise wie die Grundlösung die funktionelle Einheit-

¹³³⁶ Vgl. Urteilsbesprechung von *Schwenker/Schramm* in: IBR 2006, 553;

lichkeit, Mängelfreiheit und Qualität des Gesamtbauwerks sicherstellt.¹³³⁷ Auf Grund der Tatsache, dass diese Leistung regelmäßig einen erheblichen Zeit- und Arbeitsaufwand erfordert, tritt diese im Sinne von § 5 Abs. 4 HOAI regelmäßig zu den Grundleistungen hinzu. Aus den beiden dort vorgesehenen Abrechnungsmethoden ist regelmäßig die Abrechnung nach Zeithonorar (§ 6 HOAI) einschlägig, da auf Grund der Eigenart der Leistung „Prüfung und Wertung von Nebenangeboten“ geeignete Vergleichsmaßstäbe fehlen.¹³³⁸ Im Rahmen des **§ 64 HOAI** erfasst die besondere Leistung vor allem die Prüfung, inwieweit die Nebenangebote den technischen Anforderungen an die Vorgaben der Tragwerksplanung entsprechen. Der einschränkende Begriff des (nur) „Mitwirkens“ ist dahingehend zu verstehen, dass sich die Prüfung von Nebenangeboten durch einen Tragwerksplaner nur auf die Bauleistungen und Leistungsbereiche erstrecken kann, für die der Sonderfachmann besondere Fachkenntnis besitzt; dies sind etwa Gründungen sowie Konstruktionen des Stahlbeton-, Stahl- und Holzbaus.¹³³⁹ Die Prüfungen sind je Nebenangebot mit 2 bis 4 v.H. der Honorare zu vergüten.¹³⁴⁰

Hieraus sowie aus der werkvertraglichen Erfolgsverpflichtung folgt eine **Haftungspflicht des Architekten** für den Fall, dass er Nebenangebote nicht ordnungsgemäß geprüft hat, in Folge dessen ein fehler- oder lückenhaft geplantes Nebenangebot vom Auftraggeber beauftragt wird und sich daraus Mängel ergeben.

2.3.2 Leistungsphase 8 – Objektüberwachung (Bauüberwachung)

Im Rahmen von Leistungsphase 8 – Objektüberwachung (Bauüberwachung) – sieht § 15 Abs. 2 HOAI unter anderem als Grundleistungen vor: *„Überwachung der Ausführung des Objekts auf Übereinstimmung mit der Baugenehmigung oder Zustimmung, den Ausführungsplänen und den Leistungsbeschreibungen sowie mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik und den einschlägigen Vorschriften“*. Die Beschreibung im Leistungsbild beschränkt die Überwachung nicht nur auf die Fälle, in denen die Ausführungspläne und die Leistungsbeschreibung vom überwachenden Architekten auch selbst geplant und erstellt wurden. Der Architekt hat grundsätzlich im Rahmen der Bauüberwachung für das mangelfreie Entstehen des Bauwerks einzustehen. Gelingt ihm dies nicht und ist ein späterer Mangel an dem Bauwerk (zumindest unter anderem) auf einen schuldhaften Überwachungsfehler des Architekten/Ingenieurs zurückzuführen, haftet dieser dem Auftraggeber auf Schadensersatz.¹³⁴¹

¹³³⁷ Jochem, § 55, Rdn. 55;

¹³³⁸ Korbion/Mantscheff/Vygen, § 55, Rdn. 7;

¹³³⁹ A.a.O., § 65, Rdn. 37;

¹³⁴⁰ Jochem, § 64, Rdn. 72;

¹³⁴¹ BGH BauR 2000, 513; BGH, Urteil vom 22.01.1987, VII ZR 88/85; BauR 1987, 343; Darmstädter Baurechtshandbuch, 2. Kap. X, Rdn. 407; Kuffer/Wirth, 10. Kap. C, Rdn. 97;

Die Objektüberwachung in Form der technischen, geschäftlichen und künstlerischen Oberleitung hat insoweit zentrale Bedeutung im Rahmen der Bauausführung.¹³⁴² Der überwachende Architekt hat die vom planenden Architekten gelieferte Planung von sich aus zu überprüfen. Er ist für Mängel der Bauausführung selbst einstandspflichtig und kann sich nicht auf die mangelhafte Planung des planenden Architekten berufen, der insoweit nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn ist. Die Objektüberwachung hat der Architekt nur dann mangelfrei erfüllt, wenn das Bauvorhaben im Ergebnis ohne Mangel ausgeführt wird.¹³⁴³ Gravierende Mängel der Bauleistung muss ein Bauaufsicht führender Architekt selbst ohne Kenntnisse geänderter Projektpläne erkennen und deren Beseitigung veranlassen.¹³⁴⁴ Insoweit ist dies erst recht für den Fall anzunehmen, dass der Architekt die – gegenüber seinem Amtsentwurf – durch das Nebenangebot „geänderten“ Pläne positiv kennt.

Bei Vorliegen eines Nebenangebots wird nach der oben mehrfach beschriebenen Systematik der planende Architekt durch den planenden Bauunternehmer ersetzt. Wenn der überwachende Architekt bereits bezüglich des planenden „Fachkollegen“ eine umfassende Prüfungspflicht hat, besteht eine solche ebenso – genauer: erst recht – in Bezug auf die Planung des Nebenangebots durch den planenden Bauunternehmer, der regelmäßig nicht über derart ausgeprägte fachliche Detailkenntnis verfügt wie ein Planer. **Der überwachende Architekt schuldet dem Bauherrn** im Rahmen der Leistungsphase 8 somit eine **umfassende Überprüfung des Nebenangebotsentwurfs** des Auftragnehmers. Er hat diesbezüglich auch sicherzustellen, dass die anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden.¹³⁴⁵ Führt er diese Prüfung nicht oder unzureichend aus, **haftet er gegenüber dem Bauherrn** als seinem Auftraggeber. Er kann sich dann nicht damit exkulpieren, dass der Bauunternehmer sein Nebenangebot mangelhaft geplant hat. Im Gegenzug kann sich der planende Bauunternehmer nicht auf eine unterlassene Prüfung oder einen unterbliebenen Hinweis des Bau überwachenden Architekten berufen.¹³⁴⁶

2.3.3 Vollarchitektur

Ist ein Architekt mit einer Vollarchitektur beauftragt, hat er also alle neun Leistungsphasen der HOAI zu erbringen, gelten zunächst die oben zu ausgewählten Leistungsphasen ausgeführten Ergebnisse. Verletzt der Architekt eine dieser Verpflichtungen oder führt er in diesem Rahmen beauftragte Leistungen nur mangelhaft aus, hat er dafür zu haften.

¹³⁴² *Jochem*, § 15, Rdn. 61;

¹³⁴³ A.a.O., unter Verweis auf BGH BauR 1998, 579;

¹³⁴⁴ OLG Rostock, Urteil vom 27.09.2005, 4 U 82/03; IBR 2006, 1375;

¹³⁴⁵ *Korbion/Mantscheff/Vygen*, § 15, Rdn. 167 ff.;

¹³⁴⁶ *Kniffka/Koebler*, Rdn. 433, unter Verweis auf BGH, Urteil vom 29.09.1988, VII ZR 182/87; BauR 1989, 97 = NJW-RR 1989, 86 = ZfBR 1989, 24;

2.3.4 Sachwalterpflichten

Wie oben ausgeführt, hat der Architekt zunächst grundsätzlich unabhängig vom Umfang seiner Beauftragung eine Reihe von Prüfungs-, Beratungs-, Überwachungs- und Hinweispflichten. Im Zusammenhang mit Nebenangeboten sind insbesondere die Pflicht zur Belehrung des Auftraggebers über Risiken bei der Verwendung von neuartigen, nicht erprobten Bauverfahren oder Baustoffen¹³⁴⁷ und zur Bau begleitenden Kostenkontrolle¹³⁴⁸ hervorzuheben. Zwar sind die zitierten Entscheidungen nicht zu Konstellationen ergangen, die Nebenangebote zum Gegenstand hatten. Jedoch ist angesichts der weit reichenden Sachwalterpflichten des Architekten¹³⁴⁹ von ihm zu verlangen, dass er vor allem in besonderen Risikolagen wie der Einführung von neuen, noch nicht ausführlich erprobten Bauverfahren oder -stoffen durch Nebenangebote mit der Fachkunde eines Architekten erkennbare Fehler oder Risiken identifiziert und den Auftraggeber darauf hinweist und diesen aufklärt. Unterlässt er dies oder kommt er seiner Verpflichtung hierzu nur mangelhaft oder unzureichend nach, **hat der Architekt für daraus resultierende Mängel mit zu haften.**

2.3.5 Verantwortlichkeit der weiteren an der Planung fachlich Beteiligten (Sonderfachleute)

Bezüglich weiterer an der Planung fachlich Beteiligter („Sonderfachleute“) ergeben sich in Bezug auf Nebenangebote **in der Praxis keine bedeutsamen Besonderheiten**. Sonderfachleute bzw. Fachplaner sind jeweils mit einem eng und klar begrenzten Leistungsumfang beauftragt. Sie haften nur für die von ihnen ausdrücklich übernommenen Verpflichtungen.¹³⁵⁰ Der Bodengutachter hat etwa den Baugrund zu untersuchen und auf Grund der Ergebnisse ein Baugrundgutachten nach den einschlägigen Vorgaben der DIN 4020 zu erstellen. Der Tragwerksplaner hat die Statik regelmäßig für den Amtsentwurf zu erstellen. Eine umfassende Verpflichtung im Rahmen einer Sachwalterstellung besteht für Sonderfachleute nicht. Diese trifft nur den Architekten.

Beauftragt der Auftraggeber statt dem ursprünglich vorgesehenen Amtsentwurf nunmehr ein Nebenangebot, wird dies den Sonderfachleuten in der Praxis regelmäßig gar nicht bekannt: Wenn ein Auftraggeber oder der planende Architekt ein Bodengutachten oder eine Statik für seinen Amtsentwurf bei einem Fachplaner oder Sonderfachmann anfordert, haben diese ihre Leistungen mit Übergabe ihrer fertigen Tragwerksplanung bereits abgeschlossen. Das Baugrundgutachten liegt ebenso regelmäßig bereits zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe, also zeitlich vor Eingang von

¹³⁴⁷ BGH, Urteil vom 30.1.1975, VII ZR 309/74; BauR 1976, 214; KG, Urteil vom 05.06.2002, 7 U 6679/00; IBR 2002, 203;

¹³⁴⁸ BGH BauR 1999, 1390; ZfBR 2000, 28; BGH, Urteil vom 07.11.1996, VII ZR 23/95; BauR 1997, 335 = ZfBR 1997, 145;

¹³⁴⁹ Vgl. u.a. *Kuffer/Wirth*, 10. Kap C, Rdn. 51 ff.; *Darmstädter Baurechtshandbuch*, 2. Kap., X, Rdn. 297 ff.; *Eichberger/Oehl*, S. 26 ff.;

¹³⁵⁰ BGH, Urteil vom 10.07.2003, VII ZR 329/02; BauR 2003, 1613 = IBR 2003, 552;

potenziellen Nebenangeboten vor. Die Sonderfachleute haften nach den obigen Gesichtspunkten nur, wenn sie vom Auftraggeber oder vom beauftragenden Architekten ausdrücklich mit der statischen Prüfung von späteren Nebenangeboten oder mit einer Anpassung der Statik für den Amtsentwurf an die Anforderungen des Nebenangebots betraut werden oder wenn sie etwa explizit mit der Objektüberwachung beispielsweise nach § 64 Abs. 3 HOAI im Fall des Tragwerksplaners beauftragt sind. In diesem Fall haften sie für die mangelfreie Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistungen.

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Architekt und Sonderfachmann ergeben sich ebenso keine nebenangebotsspezifischen Besonderheiten. Der Architekt darf auch in diesem Fall grundsätzlich dem Spezialwissen eines vom Bauherrn beauftragten Sonderfachmanns vertrauen. Er haftet jedoch dafür, dass dem Sonderfachmann zutreffende Vorgaben zur Verfügung gestellt werden und ist verpflichtet, die Planung eines Sonderfachmanns auf Übereinstimmung mit den diesem gemachten Vorgaben auf Plausibilität zu prüfen und im Zweifelsfall ergänzende Angaben und Berechnungen von ihm verlangen.¹³⁵¹ Zwischen dem Architekten und dem Sonderfachmann besteht ein Gesamtschuldverhältnis, wenn der Architekt einen unzuverlässigen Gutachter hinzuzieht, der Mangel der Leistung des Sonderfachmanns auf seinen eigenen unzureichenden Vorgaben beruht oder der Architekt Mängel nicht beanstandet, die für ihn erkennbar sind.¹³⁵²

2.4 Ergebnis: Aufteilung der Planungsverantwortung

Im Ergebnis haften der Architekt und der Bauunternehmer, der das Nebenangebot geplant und ausgeführt hat, gegenüber dem Bauherrn als Gesamtschuldner.¹³⁵³ Im Innenverhältnis ist abhängig vom konkreten Einzelfall eine Quotelung der Verantwortlichkeit vorzunehmen. Der Architekt hat in der Leistungsphase 7 im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten bei der Vergabe und insbesondere der Bauüberwachung in Leistungsphase 8, jedoch ebenso aus seiner Sachwalterstellung gegenüber dem Auftraggeber eine Verantwortung dafür, dass auch die Planung des Nebenangebots mangelfrei ist und zu einem entsprechend mangelfreien Bauwerk führt. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht oder nicht ordnungsgemäß nach, haftet er neben dem Bauunternehmer gesamtschuldnerisch.

¹³⁵¹ OLG Bamberg, Urteil vom 04.06.2003, 8 U 12/02; IBR 2004, 151; OLG München, Urteil vom 19.06.2002, 27 U 951/01; BauR 2003, 278 = NZBau 2002, 575 = IBR 2003, 367; OLG Koblenz, Urteil vom 17.12.1996, 3 U 1058/95; BauR 1997, 502 = IBR 1997, 338;

¹³⁵² OLG Brandenburg, Urteil vom 08.04.2004, 12 U 158/03; BGH, Beschluss vom 27.01.2005, VII ZR 111/04 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); IBR 2005, 222;

¹³⁵³ Der Auftraggeber kann Architekt und Bauunternehmer im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung grundsätzlich jeweils in voller Höhe in Anspruch nehmen; eine Quotelung findet allenfalls im Innenverhältnis von Planer und ausführendem Unternehmen statt, vgl. OLG Celle, Urteil vom 28.03.2006, 14 U 168/05; IBR 2006, 282;

Liegt ein Fall vor, in dem das **Nebenangebot den vom Architekten geplanten Amtsentwurf nur teilweise ersetzt, ist zu unterscheiden**: Hat der Mangel seine Ursache in dem Teil des Amtsentwurfs, der trotz Beauftragung des Nebenangebots unverändert geblieben ist – also weder vom Nebenangebot ersetzt noch durch Leistungsteile des Nebenangebots verändert oder in sonstiger Weise beeinflusst wurde – bleibt es bei der „herkömmlichen“ Verantwortungsteilung: Beruht der Mangel eines Bauwerks auf einer fehlerhaften Planung (hier bezüglich den unverändert gebliebenen Teils nur des Architekten) und erhebt der Bauunternehmer trotz erkennbarer Unzulänglichkeit keine Bedenken gegen die planerischen Vorgaben, trägt im Innenverhältnis der Planer den höheren Verantwortungsanteil als der ausführende Unternehmer.¹³⁵⁴ In diesem Fall hat sich kein Risiko verwirklicht, das durch das Nebenangebot zusätzlich begründet worden wäre. Der Auftragnehmer hat hier zwar ein Nebenangebot abgegeben. Der Mangel hat sich aber in einem Leistungsbereich eingestellt, den er wie im Fall der Beauftragung eines Hauptangebots unverändert nach dem Amtsentwurf des Auftraggebers ausgeführt hat. In dieser Konstellation trägt für diesen Anteil allein der Auftraggeber bzw. sein Architekt die Planungsverantwortung. Der Bauunternehmer hat die allgemeine Prüfungs- und Hinweispflicht, Bedenken mitzuteilen, wenn die Planung an für ihn erkennbaren Mängeln leidet. Besteht keine Erkennbarkeit, entfällt eine Mithaftung des Auftragnehmers im Innenverhältnis. Hätte er den Mangel der Planung erkennen können und müssen, haftet der ausführende Unternehmer mit, wenn er nicht eine ordnungsgemäße Bedenkenmitteilung anbringt. In diesem Fall hatte das Gericht eine Quote von zwei Dritteln zu Lasten des Planers und einem Drittel zu Lasten des Unternehmers angenommen.

Realisiert sich dagegen ein **Mangel, der seine Ursache in der Sphäre des Nebenangebots hat** (Beispiel: Planungsfehler des Auftragnehmers in seinem Nebenangebot), wird man im Innenverhältnis zwischen Architekt und Bauunternehmen grundsätzlich zu einer **überwiegenden Verantwortung des planenden und ausführenden Unternehmers** gegenüber dem Architekten des Bauherrn gelangen. Dies betrifft sowohl Mängel, die bei einer der unmittelbaren Leistungen des Nebenangebots eintreten als auch bei Mängeln, die bei Leistungen auftreten, die zwar aus dem ursprünglichen Amtsentwurf stammen, die aber durch das Nebenangebot geändert bzw. anderweitig beeinflusst wurden, sofern der Mangel hier aus der Beeinflussung durch das Nebenangebot herrührt. Auf Grund der Tatsache, dass der Bauunternehmer im Falle eines Nebenangebots quantitativ den wesentlich höheren Anteil zum Gelingen des Bauwerks beisteuert, liegt in diesem Fall die ureigene Planungsverantwortung nicht beim Architekten, sondern beim Bauunternehmer, der das Nebenangebot entworfen hat.

¹³⁵⁴ OLG Naumburg, Urteil vom 14.01.2003, 1 U 80/02; NJW-RR 2003, 595 = NZBau 2003, 391; BGH, Beschluss vom 22.07.2004, VII ZR 40/03; IBR 2004, 519;

Der Architekt hat im Rahmen einer Bauüberwachung und Mitwirkung bei der Vergabe „nur“ Prüfungspflichten. Diese gehen jedoch über das hinaus, was im umgekehrten Fall einer Planung des Architekten im Rahmen der unterlassenen Bedenkenmitteilung des Bauunternehmers in Bezug auf erkennbare Planungsfehler angenommen wird.¹³⁵⁵ Dies deshalb, weil der Architekt dem Auftraggeber nicht nur eine Prüfung und Mitteilung von Bedenken bezüglich der Planung des Architekten als Nebenpflicht der Bauausführung schuldet, sondern eine sehr viel intensivere und eingehendere Prüfung und Überwachung. Diese resultiert bereits aus der Sachwalterstellung und der regelmäßig größeren planerischen Fachkunde des Architekten. Im Fall der Beauftragung der Leistungsphase 8 schuldet der Architekt ausdrücklich als Hauptleistungspflicht eine Überwachung dahingehend, ob das Objekt in Übereinstimmung mit den Ausführungsplänen errichtet wird. Eine feste, unverrückbare Quotelung im Innenverhältnis ist auch in dieser Konstellation einzelfallabhängig und kann nicht mit einem fixen Wert vorgegeben werden. Die Mitverantwortung des Architekten – insbesondere bei beauftragter Leistungsphase 8 – wird bis zu einer hälftigen Mitverantwortung des Architekten führen.

E) Risikoverteilung in der Einzelbetrachtung

Nach der allgemeinen, vor die Klammer gezogenen Darstellung der Systematik der Risikoverteilung zwischen Auftraggeber, Auftragnehmer und weiteren Beteiligten des Bauvorhabens sollen nun die Konsequenzen auf einzelne Störungsbereiche und Ansprüche untersucht werden. Im Rahmen der Ausführung von Nebenangeboten kann sich herausstellen, dass der gegenüber dem Amtsentwurf abweichende Vorschlag des Auftragnehmers nicht ausführbar – „unmöglich“ im technischen Sinne – ist. Es kann zur Ausführung von anderen oder zusätzlichen Leistungen kommen, die im ursprünglichen Nebenangebot nicht vorgesehen waren, die aber – nach Ansicht des Auftraggebers oder aber nach übereinstimmender Meinung beider Bauvertragsparteien – erforderlich waren, um den vereinbarten Erfolg zu erreichen.

Möglicherweise könnte es sich im Rahmen dieser Anordnungen auch um Leistungen handeln, die nicht durch die Ausführung des Nebenangebots bedingt waren, sondern die darauf beruhen, dass der Auftraggeber nach Vertragsschluss seine eigenen Vorstellungen über das von ihm gewünschte Bauwerk noch einmal geändert hat und sich der von ihm bestellte Erfolg damit nachträglich verändert. Der Auftragnehmer wird auf solche Mehrleistungen oder geänderte Leistungen regelmäßig mit Nachträ-

¹³⁵⁵ Vgl. oben: in diesem Fall ein Drittel Verantwortung des keine Bedenken anmeldenden Bauunternehmers und zwei Drittel des planenden Architekten; u.a. BGH, Beschluss vom 22.07.2004, VII ZR 40/03; IBR 2004, 519; OLG Naumburg, Urteil vom 14.01.2003, 1 U 80/02; NJW-RR 2003, 595 = NZBau 2003, 391;

gen mit Mehrvergütungsansprüchen reagieren. Praktisch relevant sind auch Fragen im Rahmen der Bauzeit, wenn sich bei der Bauausführung des Nebenangebots herausstellt, dass eine längere Bauzeit als vorgesehen nötig ist oder wenn Behinderungen auftreten, die die Dauer der Bauzeit beeinflussen. Auch diese Behinderungen können wiederum durch die Eigenheiten des vom Auftragnehmer vorgeschlagenen Nebenangebots bedingt sein oder aber durch andere Einflüsse, die nicht unmittelbar durch das abweichend vom Amtsentwurf vereinbarte Verfahren verursacht wurden, sondern durch Gründe, die möglicherweise auch bei der unveränderten Ausführung des Hauptangebots eingetreten wären. Auf der Basis der oben angeführten systematischen Risikobetrachtungen sind diese Problemkreise im Einzelnen zu erörtern.

I. Besonderheiten zur Risikoverteilung beim BGB-Bauvertrag

Anders als die VOB in Teil B **enthält das BGB keine ausdrücklichen Regelungen zu den Rechtsfolgen für die Vertragsparteien, wenn sich gegenüber dem ursprünglichen „Bau-Soll“, also der mit dem Vertragsschluss beauftragten Leistung, nachträglich Änderungen ergeben**, wenn also Leistungen gegenüber dem vereinbarten Leistungspaket anders oder zusätzlich zu erbringen sind. Insoweit stellt sich in besonderem Maße die Frage, wie in solchen Fällen zu verfahren ist.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass sich **kaum Praxisrelevanz** ergibt, so dass die Darstellung hier auf die wesentliche Systematik beschränkt werden soll: Ein „Nebenangebot“ kann im eigentlichen, formellen Sinn nur im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens in Erscheinung treten, das wenigstens dem ersten Abschnitt der VOB Teil A folgt. Nach § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A hat der Auftraggeber in einem solchen Fall jedoch zwingend vorzuschreiben, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen Bestandteile des zu schließenden Vertrags werden. Das heißt: Wird eine Bauleistung im Wege eines Vergabeverfahrens – dazu zählt nach § 3 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A auch die freihändige Vergabe von Bauleistungen durch einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB – vergeben, sind in dem auf diesem Weg geschlossenen Bauvertrag **zwingend die VOB Teil B und die VOB Teil C zu vereinbaren**. Ein Bauvertrag, der auf der Basis eines formellen Nebenangebots geschlossen wurde und nicht VOB-Vertrag ist, ist somit praktisch faktisch nicht möglich.

Denkbar ist somit allenfalls ein BGB-Bauvertrag, der zwar nicht ein „echtes“ Nebenangebot im formellen Sinn zum Gegenstand hat, bei dem aber in anderer Weise der Unternehmer den Vertragsinhalt vorgegeben hat. **§ 2 Nr. 4–6 VOB/B gelten insoweit auch entsprechend beim BGB-Bauvertrag**. Dies wird damit begründet, dass Nr. 4 ihre Grundlage in § 649 BGB und Nr. 5 und 6 in §§ 631, 632 BGB haben. Aller-

dings entfällt die Ankündigungspflicht des Auftragnehmers.¹³⁵⁶ Eine Preisanpassung, wie sie § 2 Nr. 3 VOB/B vorsieht, ist im BGB-Bauvertrag lediglich über das Konstrukt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich.¹³⁵⁷

Anders als im Rahmen der §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B mit den grundsätzlichen Vergütungsfolgen der §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B hat der Besteller beim BGB-Bauvertrag nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich kein ausdrückliches Recht, einseitig den vereinbarten Vertragsinhalt nachträglich abzuändern oder zu erweitern. Der Unternehmer ist also nicht verpflichtet, durch einseitige Anordnung solche Leistungen zu übernehmen. Dies erfordert eine weitere ausdrückliche oder jedenfalls konkludente Vereinbarung. Der BGH hat jedoch ein **einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers analog § 1 Nr. 4 VOB/B auch für den BGB-Bauvertrag** bejaht. Der Besteller kann demnach also zusätzliche Leistungen anordnen.¹³⁵⁸ Dieses Anordnungsrecht wird in der Literatur konsequenterweise auch für nachträgliche Leistungsänderungen bejaht.¹³⁵⁹ Für Leistungen, die der Unternehmer in diesem Rahmen bei einem reinen BGB-Bauvertrag geändert oder zusätzlich gegenüber der ursprünglichen Vertragsleistung ausführt, hat er einen Vergütungsanspruch entweder auf Grund einer ausdrücklichen Vergütungsvereinbarung oder aber aus § 632 BGB.¹³⁶⁰ Die Problematik der Risikoverteilung in Folge eines „Nebenangebots“ stellt sich beim BGB-Bauvertrag also in der Form wie beim VOB-Vertrag nicht.

Zu diskutieren ist insoweit die Rolle des **§ 650 BGB**. Ein „Nebenangebot“ (das es im formellen Sinn, wie oben dargestellt, beim BGB-Bauvertrag nicht gibt) könnte von der rechtlichen Bedeutung her mit einem **Kostenanschlag des Unternehmers** gleichzusetzen sein. Mit einem eigenen Vorschlag analog eines Nebenangebots zur Lösung der gestellten Bauaufgabe gibt der Bieter zugleich ein Angebot ab, diese Art und Weise der Ausführung zu einem bestimmten Preis zu leisten. Wenn sich nachträglich zeigt, dass das „Nebenangebot“ fehlerhaft geplant war und Leistungsänderungen oder zusätzliche Leistungen erforderlich werden, um den vertraglichen Erfolg zu erreichen, die mit Mehrkosten verbunden sind, überschreitet die tatsächliche Vergütungsforderung insoweit die angekündigte Summe, also den Kostenanschlag.

Somit hat der Unternehmer nach § 650 Abs. 2 BGB unverzüglich dem Besteller anzuzeigen, wenn absehbar wird, dass der Erfolg nicht zum veranschlagten Preis erreicht werden kann. Der Besteller hat dann ein Kündigungsrecht. Macht er von diesem Gebrauch, hat der Unternehmer lediglich Anspruch auf Vergütung der bis dahin

¹³⁵⁶ *Ingenstau/Korbion*, § 2 Nr. 3 VOB/B, Rdn. 4;

¹³⁵⁷ BGH, Urteil vom 08.07.1993, VII ZR 79/92, NJW 1993, 2738 = ZfBR 1993, 277; *Kniffka/Koebke*, Rdn. 73; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 10, Rdn. 397 ff.;

¹³⁵⁸ BGH, Urteil vom 25.01.1996, VII ZR 233/94; *BauR* 1996, 378; *Ingenstau/Korbion*, § 1 VOB/B, Rdn. 1;

¹³⁵⁹ *Englert/Motzke/Wirth*, § 632, Rdn. 225 f.;

¹³⁶⁰ *Kniffka/Koebke*, Rdn. 112 f.; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 10, Rdn. 497 ff.;

tatsächlich erbrachten Leistungen im Sinne des § 645 Abs. 1 BGB. Nimmt er diese Anzeige nicht rechtzeitig vor, liegt eine Pflichtverletzung des Unternehmers im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB vor, die den Unternehmer zum Schadensersatz auf das negative Interesse verpflichtet. Dies führt im Ergebnis dazu, dass der Unternehmer wiederum nur Vergütung für die bis zum Zeitpunkt der fiktiven Kündigung des Bestellers tatsächlich erbrachten Leistungen verlangen kann.¹³⁶¹

§ 650 BGB¹³⁶² ist jedoch **nur eingeschränkt anwendbar**: Hat der Unternehmer ausdrücklich eine Garantie übernommen für die Ausführbarkeit zum veranschlagten Preis, ist § 650 BGB nach dessen Abs. 1 nicht anwendbar. In den übrigen Fällen ist der Kostenanschlag nicht Vertragsbestandteil, sondern lediglich gemeinsame Geschäftsgrundlage.¹³⁶³ In der Praxis wird der Kostenanschlag vielfach von einer konkreten Vereinbarung eines Einheits- oder Pauschalpreises überlagert. In diesem Fall ist nach §§ 631 Abs. 1, 632 Abs. 1 BGB die (unter Umständen auch „nur“ stillschweigend) vereinbarte Vergütung relevant, nicht mehr der Kostenanschlag.¹³⁶⁴

II. Unmöglichkeit in Zusammenhang mit Nebenangeboten

In Bezug auf die Unmöglichkeit ergeben sich insbesondere zwei praktisch relevante unterschiedliche Möglichkeiten, wenn sich im Rahmen der Ausführung eines Nebenangebots herausstellt, dass der abweichende Vorschlag des Auftragnehmers, der durch die Beauftragung des Nebenangebots nach der oben beschriebenen Systematik zur vertraglich geschuldeten Leistung („Bau-Soll“) wurde, entgegen der Erwartungen der Bauvertragsparteien doch nicht ausführbar ist: Zum einen ist es denkbar, dass nur das konkret vom Nebenangebot umfasste alternative Verfahren nicht ausführbar ist, der geschuldete Werkerfolg in Form des Bauwerks aber auf andere Weise – durch das im Amtsentwurf vorgesehene Verfahren oder durch ein anderes, weder im Haupt- noch im Nebenangebot verkörpertes – dennoch „möglich“, also erreichbar ist. Zum anderen kann sich eine Situation einstellen, die zur Folge hat, dass das geplante Bauvorhaben überhaupt nicht mehr erstellt werden kann, nicht nur bezogen auf das im Nebenangebot vorgesehene Bauverfahren.

1. Unmöglichkeit der Ausführung des Nebenangebots

Einen dogmatisch anderen Lösungsweg der Rollenverschiebung in Folge der Beauftragung eines Nebenangebots als über die oben ausführlich beschriebene Frage der Risikoverlagerung unter den Beteiligten des Bauvertrags bietet *Lauenroth* in einem frühen Aufsatz an.¹³⁶⁵ Er diskutiert den Fall, in dem sich ein beauftragtes Nebenangebot im Nachhinein als nicht ausführbar erweist, die gestellte Bauaufgabe an sich aber über einen anderen Weg dennoch realisierbar wäre, unter dem Gesichtspunkt

¹³⁶¹ *Englert/Motzke/Wirth*, a.a.O., Rdn. 119 ff.;

¹³⁶² Ausführlich dazu: a.a.O., Kommentierung zu § 650;

¹³⁶³ *Palandt/Sprau*, § 650, Rdn. 1 ff.;

¹³⁶⁴ *Englert/Motzke/Wirth*, a.a.O., Rdn. 195;

¹³⁶⁵ In: *BauR* 1973, 21 ff.;

der **ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit im Sinne des § 306 BGB a.F.** Diese habe gerade in einer Zeit immer neuer technischer Entwicklungen auf dem Bau-sektor erhebliche Bedeutung, nachdem nicht selten zu beobachten sei, dass Bieter auf Grund der verschärften Wettbewerbssituation am Bau im Rahmen von Ausschreibungsverfahren neue Verfahrensarten anbieten, die „*jedenfalls teilweise erst wenig oder gar keine praktische Erprobung vorweisen können*“ und daher in einem derart erhöhten Maße „*störungsanfällig*“ seien, dass das per Nebenangebot vorgeschlagene Verfahren letztlich überhaupt nicht mehr ausführbar einzustufen sei. Dies habe bei der rechtlichen Betrachtung zur Folge, dass die Ausführung nach dem Nebenangebotsverfahren eine unmögliche Leistung darstellt.

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass der Aufsatz und die diesem zu Grunde liegende Regelung der Unmöglichkeit aus der Zeit vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz stammt. Das Recht der Unmöglichkeit ist im Rahmen der Schuldrechtsreform, das zum 01.01.2002 in Kraft getreten ist, umfassend neu geregelt worden. Im BGB sieht § 275 BGB n.F. für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung den Ausschluss der Leistungspflicht des Auftragnehmers vor. § 311a Abs. 1 BGB n.F. hat bezüglich der Rechtsfolge die Regelungen der §§ 306 ff. BGB a.F. ersetzt und regelt die von *Lauenroth* angesprochene Konstellation der anfänglichen Unmöglichkeit abweichend gegenüber dem alten Recht: Die Rechte des Gläubigers, bei einem Ausschluss der Leistungsverpflichtung Schadensersatz zu verlangen oder den Rücktritt vom Vertrag zu erklären, ergeben sich jetzt aus den speziellen Vorschriften der §§ 283 und 326 BGB n.F. Bei anfänglicher Unmöglichkeit ergeben sich die Schadensersatzansprüche des Gläubigers aus der Sonderregelung des § 311a Abs. 2 BGB.¹³⁶⁶ Die anfängliche Unmöglichkeit wird nunmehr als Fall der Leistungsstörung nach den allgemeinen Regeln beurteilt. Bezieht sich die anfängliche Unmöglichkeit nur auf einen Teil der Leistung, so kann der Gläubiger nur bei Interessensfortfall nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB n.F. Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen.¹³⁶⁷ Im Folgenden soll jedoch vorrangig der Lösungsansatz von *Lauenroth* unter den darin genannten Voraussetzungen erörtert werden mit jeweiligem Querverweis auf die Rechtslage nach der Schuldrechtsreform.

Lauenroth geht von folgendem **Beispielfall** aus: Ein Unternehmer ist mit der Herstellung eines Verbindungsstollens in einem Bergbau-Untertagebetrieb beauftragt. Auf der Basis eines Nebenangebots des Auftragnehmers soll dieser im Spritzbetonverfahren statt im konventionellen Verfahren ausgeführt werden. Im Rahmen der Ausführung der Bauarbeiten stellt sich heraus, dass entgegen der Erwartung beider Vertragsparteien die Ausführung im beauftragten (Nebenangebots-)Verfahren nicht möglich ist – etwa, weil bestimmte Störzonen im Bereich der aufzufahrenden Stollenstrecke aufgetreten sind, die das Spritzbetonverfahren unausführbar machen. In dem

¹³⁶⁶ *Wirth/Sienz/Englert*, Teil I, Rdn. 56;

¹³⁶⁷ A.a.O., § 311a, Rdn. 2, Rdn. 5;

Herstellverfahren, das der Auftraggeber mit dem Amtsentwurf ausgeschrieben hatte, wäre die Herstellung des Stollens jedoch nach wie vor möglich.

Ein Vertrag, der auf eine ursprünglich objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, sei nach § 306 BGB a.F. nichtig.¹³⁶⁸ Zu Recht fragt *Lauenroth* zur Beurteilung des Vorliegens einer Unmöglichkeit zunächst nach dem Gegenstand des Vertrags: Die Verwirklichung des Bauvorhabens an sich ist ja nach dem Beispielsfall gerade nicht unmöglich, sondern nur die Herstellung des Bauwerks nach dem per Nebenangebot eingeführten abweichenden Verfahren. Der Bauunternehmer hat sich mit der Beauftragung jedoch vertraglich verpflichtet, den Erfolg herbeizuführen – dies ist die Herstellung des bestellten Bauwerks. Der Auftraggeber hat lediglich einen Anspruch auf die Verschaffung des vertraglich vereinbarten Werks. Die Art und Weise, wie der Unternehmer den geschuldeten Werkerfolg herbeiführt, ist seine Sache. Er ist grundsätzlich in der Wahl des Verfahrens und der Ausführungsart insoweit autonom.¹³⁶⁹

Beim **Ausführungsverfahren** handelt es sich auch **nicht** etwa, wie von *Lauenroth* diskutiert, um eine **zugesicherte Eigenschaft**, da sich eine solche nur auf das herzustellende Produkt bezieht.¹³⁷⁰ Die vertragsgemäße Herstellung des Bauwerks ist zentrale Leistungspflicht des Bauunternehmers. Dass die Leistungsbeschreibung regelmäßig über den herzustellenden Erfolg hinaus zusätzlich auch Angaben zur Ausführungsweise enthält, hat wirtschaftliche Hintergründe, um eine Kostenplanung und Vergleichbarkeit der Angebote für den Auftraggeber zu ermöglichen.¹³⁷¹

Auch *Lauenroth*¹³⁷² kommt zu dem zutreffenden Schluss, dass in dem Fall, in dem das Bauwerk grundsätzlich herstellbar bleibt, jedoch nicht mit dem per Nebenangebot beauftragten Verfahren, **keine Unmöglichkeit bezüglich des gesamten Bauvertrags** vorliegt, da der Vertrag insgesamt erfüllbar bleibt. Es könne jedoch nicht darüber hinweg gesehen werden, dass ein wichtiger Teil des Vertrags – nämlich die Herstellung des Bauwerks in einem bestimmten, vereinbarten Verfahren – (ursprünglich) objektiv unmöglich ist und insoweit der Vertrag nichtig sein könne.¹³⁷³ In Folge dessen sei eine Teilnichtigkeit zu diskutieren, die über § 139 BGB zu einer Nichtigkeit des Gesamtvertrags führen könne, wenn nicht anzunehmen sei, dass ihn die Parteien auch ohne den nichtigen Teil umgesetzt haben würden. Anerkannte Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 139 BGB sei die Möglichkeit, bei Wegfall des nichtigen Teils den Rest des Rechtsgeschäfts unverändert aufrechterhalten zu können.

¹³⁶⁸ Nunmehr sieht § 275 BGB n.F. vor, dass die Leistungspflicht des Schuldners ausgeschlossen wird;

¹³⁶⁹ *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 152; *Lauenroth*, a.a.O.;

¹³⁷⁰ *Wirth/Joussen*, 1. Buch, 1. Teil, Rdn. 21 f.;

¹³⁷¹ Ausführlich: *Putzier*, S. 63 ff.;

¹³⁷² A.a.O., S. 22;

¹³⁷³ Auch hier basiert die Darstellung wiederum auf der Rechtslage vor Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes;

Wiederum zutreffend kommt *Lauenroth* zu dem weiteren Schluss, dass im diskutierten Fall davon auszugehen sei, dass der **Vertrag nicht insgesamt nichtig** sein soll. Im Mittelpunkt des geschlossenen Bauvertrags stehe nach dem Geschäftswillen beider Vertragspartner die Herstellung des Bauwerks an sich. Das gewählte Verfahren – wenngleich ausdrücklich vertraglich fixiert – sei nur „Mittel zum Zweck“. Sicherlich wird der Auftraggeber ein besonderes Interesse daran haben, dass konkret das vom Nebenangebot vorgesehene Verfahren ausgeführt wird – er hat den Zuschlag ausdrücklich auf das Nebenangebot erteilt, weil er sich von diesem Vorschlag wirtschaftliche oder technische Vorteile erwartet hätte. Hätte der Bieter dieses Nebenangebot jedoch nicht eingereicht, hätte der Auftraggeber sicherlich nicht von der Umsetzung des Bauvorhabens an sich abgesehen, sondern stattdessen ein Hauptangebot beauftragt. Wenn sich nun das Verfahren des Nebenangebots nach seiner Beauftragung als nicht ausführbar erweist, muss konsequenterweise angenommen werden, dass der Auftraggeber dennoch weiterhin das gewünschte Bauvorhaben umsetzen will. Somit ist auch über § 139 BGB keine Nichtigkeit des Bauvertrags insgesamt anzunehmen, wenn das per Nebenangebot eingeführte Verfahren als solches unmöglich ist.

2. Unmöglichkeit der Ausführung des geplanten Bauvorhabens

Eine andere Variante einer Unmöglichkeit der Leistung in Zusammenhang mit einem Nebenangebot betrifft den Fall, dass nicht nur speziell der alternative Lösungsvorschlag des Bieters in Form des Nebenangebots unmöglich ist oder wird, sondern dass die Herstellung des Bauwerks insgesamt unmöglich wird, unabhängig davon, ob es gemäß dem Amtsentwurf oder nach dem Nebenangebot ausgeführt würde. Ein Beispiel: Ein Auftraggeber plant den Bau einer Talsperre. Nach Abschluss des Bauvertrags kommt es jedoch zu einem massiven Berggrutsch, der den zu bebauenden Talkessel nahezu vollständig zuschüttet, so dass nicht nur eine Teilunmöglichkeit mit der Folge einer Teilvergütung entsteht, sondern für den Auftraggeber auch der bereits hergestellte Teil der Talsperre nutzlos wird.¹³⁷⁴

Die Antwort auf die Frage ergibt sich aus der **Zuweisung der Leistungs- und der Vergütungsgefahr**, da die Unmöglichkeit der Ausführung denotwendig nur im Ausführungsstadium und damit vor der Abnahme im Sinne des § 640 BGB eintreten kann. Hierfür bestehen unterschiedliche Regelungen für Bauverträge, bei denen die Geltung der VOB nicht vereinbart wurde und insoweit nur die Grundregel der §§ 644, 645 BGB heranzuziehen sind, sowie für Verträge, die die VOB Teil B zum Gegenstand haben und bei denen § 7 VOB/B weitere Vorgaben macht. Zu den Einzelheiten der Regelung im Allgemeinen sei auf die einschlägige Literatur verwiesen.¹³⁷⁵ An

¹³⁷⁴ Beispiel aus *Hofmann*, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 49;

¹³⁷⁵ Vgl. u.a. *Palandt/Sprau* und *Prütting/Wegen/Weinreich* zu §§ 644, 645 BGB im Allgemeinen sowie *Englert/Motzke/Wirth*, §§ 644, 645 BGB mit speziellem Augenmerk auf BGB-Bauverträge; zu § 7 VOB/B siehe die einschlägigen VOB-Kommentare *Ingenstau/Korbion*, *Heiermann/Riedl/Rusam*, *Ganten/Jagenburg/Motzke* u.a.m.;

dieser Stelle soll wiederum nur die Frage diskutiert werden, inwiefern sich durch Beauftragung eines Nebenangebots Besonderheiten und Abweichungen gegenüber der allgemeinen Regelung ergeben.

Nach der Grundregel der §§ 644, 645 BGB, § 7 VOB/B trägt der Auftragnehmer die Leistungs- und Vergütungsgefahr bis zur Abnahme. Sollte in diesem Zeitraum die bereits ausgeführte Leistung zerstört oder beschädigt werden, ist der Auftragnehmer zur erneuten Leistung verpflichtet, ohne dass er erneut Vergütung beanspruchen kann. Wenn die Ausführung der Leistung unmöglich wird, hat der Auftragnehmer keinen Anspruch auf Vergütung seiner bis dahin ausgeführten Leistungen, es sei denn, es liegt einer der Ausnahmefälle vor – der Auftraggeber befindet sich in Annahmeverzug (§ 644 Abs. 1 S. 2 BGB), die Ursache liegt in einer zufälligen Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffs (§ 644 Abs. 1 S. 3 BGB) oder es sind beim VOB-Bauvertrag höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere, objektiv unabwendbare und nicht vom Bauunternehmer zu vertretende Umstände verantwortlich (§ 7 Nr. 1 VOB/B).¹³⁷⁶

Die Annahme einer Abweichung von dieser Systematik für einen Bauvertrag, dem ein Nebenangebot zu Grunde liegt, ist nur dann berechtigt, wenn sich ein besonderes Risiko oder eine aus Sicht des Auftraggebers erhöhte Risikolage ausdrücklich durch die Beauftragung des Nebenangebots ergeben hat. Wie eingangs dargestellt, soll hier jedoch nun gerade die Fallkonstellation diskutiert werden, in der Eintritt der Unmöglichkeit nicht von der Tatsache abhängig bzw. verursacht ist, dass ein Nebenangebot ausgeführt werden soll. Die Herstellung des vertraglich vereinbarten Bauwerks wäre hier auch unmöglich geworden, wenn der Auftraggeber ein Hauptangebot und damit seinen eigenen Amtsentwurf beauftragt hätte. Im obigen Beispiel ist der Berggrutsch nicht eingetreten, weil der Bauherr den Zuschlag auf ein Nebenangebot anstatt auf ein Hauptangebot erteilt hat.

Insoweit gibt es **keine Veranlassung, eine Abweichung von der allgemeinen Risikoverteilungsregel anzunehmen**. Wird die Ausführung des gesamten Bauwerks unmöglich, hat der Auftragnehmer die Leistungs- und Vergütungsgefahr auch im „klassischen“ Bauvertrag bis zur Abnahme zu tragen. Aus der Beauftragung seines Nebenangebots ergibt sich kein Grund, ihn diesbezüglich besser zu stellen. Ist Annahmeverzug, ein vom Auftraggeber beigestellter Stoff oder sind Umstände gemäß § 7 Nr. 1 VOB/B ursächlich für den Eintritt der Unausführbarkeit, ist entsprechend ebenso keine Veranlassung gegeben, den Auftragnehmer in diesem Fall schlechter zu stellen als im Vertrag auf Basis eines Hauptangebots. Es handelt sich um Ursachen, die er nicht zu vertreten hat – auch nicht dadurch, dass er die Planung des abweichenden Vorschlags des Nebenangebots übernommen hat.

¹³⁷⁶ Englert/Motzke/Wirth, § 644, Rdn. 11 ff.;

Es hat sich damit **kein Risiko verwirklicht, das aus seinem Nebenangebot herührt, sondern ein allgemeines, nebenangebotsunabhängiges Risiko**, so dass insoweit auch die **allgemeine Verteilung der Leistungs- und Preisgefahr ohne Veränderung** gilt. Das heißt: Der Auftragnehmer ist auch im Fall der Beauftragung eines Nebenangebots unverändert verpflichtet, bereits ausgeführte Leistungen gegebenenfalls zu wiederholen. Für diese Leistungen sowie für die Leistungen, die er bereits ausgeführt hatte, bis Unmöglichkeit der Herstellung des gesamten Bauwerks eintrat, hat er keinen Vergütungsanspruch, es sei denn, die Ursache für den Eintritt der Unmöglichkeit liegt in einem der Ausnahmefälle der §§ 644 Abs. 1 BGB, 7 Nr. 1 VOB/B vor, in denen entweder der Auftraggeber den Eintritt der Unmöglichkeit zu vertreten hat (von ihm beigestellter Stoff) oder in denen ein Fall der höheren Gewalt insoweit vorliegt, als keine der Bauvertragsparteien die Ursache für die Unmöglichkeit zu verantworten hat.¹³⁷⁷

III. Auswirkungen der Risikoverteilung auf Vergütungsansprüche des Auftragnehmers

Mit der Abgabe und Beauftragung eines Nebenangebots geht nach den obigen Grundsätzen das Planungs-, Ausführungs- und Mengenrisiko auf den Auftragnehmer über. Das bedeutet jedoch nicht, dass auf Grund dessen jegliche Ansprüche des Auftragnehmers auf Gewähr von Mehrvergütung nach den §§ 2 Nr. 3 ff. VOB/B ausgeschlossen wären.¹³⁷⁸ **Der Auftragnehmer übernimmt in Folge der Beauftragung seines Nebenangebots nicht automatisch jegliches Risiko, das im Zuge der Ausführung der Baumaßnahme auftreten und sich realisieren kann.** Der Auftragnehmer ist nicht verantwortlich für Störungen und Veränderungen im Bauablauf, die zu Mehrvergütungsansprüchen führen und deren Ursache der Auftraggeber zu vertreten hat.¹³⁷⁹ Vielmehr ist der Auftragnehmer auch bei Abschluss eines Bauvertrags auf der Basis seines Nebenangebots nur für den Bereich verantwortlich im Sinne der obigen Darstellung, den er „beigesteuert“ hat. Die Verschiebung bzw. Erweiterung gegenüber dem „klassischen“ Bauvertrag auf Hauptangebotsbasis liegt darin, dass der Auftragnehmer mit der Planung des der Ausführung zu Grunde liegenden Entwurfs mehr in das Bauwerk einbringt als nur die Ausführung, also die Umsetzung dessen, was der Auftraggeber geplant hat bzw. planen hat lassen und mit dem Amtsentwurf den Bietern in fertiger Form vorgelegt hatte.

1. Grundsatz

Der Grundsatz für die Beurteilung der Vergütungsansprüche des Auftragnehmers ergibt sich auch im Falle der Beauftragung eines Nebenangebots unverändert aus

¹³⁷⁷ Sehr ausführlich zu der Frage der Unmöglichkeit der Herstellung des vertraglich vereinbarten Bauwerks bei einem Vertrag, der ein Nebenangebot zur Grundlage hat, siehe *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 48 ff.;

¹³⁷⁸ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 248;

¹³⁷⁹ *Reister*, in: BauR 2005, 759;

§ 2 Nr. 1 VOB/B: Danach sind mit den vereinbarten Preisen alle Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen und der gewerblichen Verkehrssitte zur vertraglichen Leistung gehören. Die einzige Abweichung gegenüber dem Bauvertrag auf Basis eines Hauptangebots liegt darin, dass sich die vertraglich geschuldete Leistung nicht aus dem Amtsentwurf, sondern –mindestens teilweise – aus dem Nebenangebot des Auftragnehmers ergibt.

Reicht der Auftragnehmer nunmehr nach Vertragsschluss einen Nachtrag ein, aus dem sich die Forderung nach Mehrvergütung ergibt, ist **zunächst** wie im „klassischen“ Bauvertrag auf Hauptangebotsbasis **abzugrenzen, ob es sich tatsächlich um eine geänderte oder zusätzliche Leistung handelt oder ob die Leistung** – gegebenenfalls nach Auslegung des gesamten Vertragsinhalts unter Heranziehung der ATV DIN 18299 ff. der VOB/C – möglicherweise **bereits zur vertraglich geschuldeten Leistung gehört** und somit nach § 2 Nr. 1 VOB/B von der vertraglich vereinbarten Vergütung umfasst ist. In diesem Fall ist bereits auf dieser Prüfungsstufe der **Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers unberechtigt**. Nachdem sich bezüglich dieser Abgrenzung zwischen der vertraglich geschuldeten Leistung und der geänderten bzw. zusätzlichen Leistung kein Unterschied gegenüber dem Bauvertrag auf Basis eines Hauptangebots ergibt, befasst sich die vorliegende Abhandlung nicht ausführlicher damit. Es sei diesbezüglich auf die einschlägige Kommentarliteratur zu §§ 1 Nr. 3, 4; 2 Nr. 3, 5, 6 und 8 VOB/B verwiesen. Im Folgenden sollen die Besonderheiten in Zusammenhang mit Nebenangeboten erörtert werden.

Bei der Beurteilung, ob ein Auftragnehmer Ansprüche nach § 2 Nr. 3 ff. VOB/B auf eine Änderung des vereinbarten Preises oder auf zusätzliche Vergütung hat, obwohl sein eigenes Nebenangebot zur Ausführung kommt, ist in der zweiten Prüfungsstufe **entscheidend darauf abzustellen, ob die konkrete Ursache für die Notwendigkeit einer geänderten oder zusätzlichen Leistung aus der Sphäre des Nebenangebots – also des Auftragnehmers – oder aus der Sphäre des Auftraggebers stammt**. Ist die **Ursache vom Auftraggeber zu vertreten**, dann hat der **Auftragnehmer trotz Beauftragung des von ihm geplanten Nebenangebots einen Anspruch auf Preisanpassung beziehungsweise Mehrvergütung nach § 2 Nr. 3 ff. VOB/B**. Nur wenn die Ursache allein darin liegt, dass der Auftragnehmer sein Nebenangebot mangelhaft geplant hat, weil er etwa zur Erreichung des geschuldeten Bauerfolgs erforderliche Leistungsteile vergessen hat und daher nachträglich eine zusätzliche Leistung auszuführen ist, ist ihm der Weg zu einem Mehrvergütungsanspruch versperrt.

Im Folgenden wird diese Grundstruktur an Hand der Anspruchsgrundlagen der §§ 2 Nr. 3, Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 8 VOB/B im Detail untersucht. Zuvor ist der Blick auf die

grundsätzliche Bedeutung einer Anordnung des Auftraggebers im Sinne von § 1 Nr. 3, 4 VOB/B in Zusammenhang mit Nebenangeboten zu richten.

2. Systematik der Auftraggeberanordnung nach §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B beim Bauvertrag auf Basis eines Nebenangebots

Grundsätzlich ist der Auftraggeber „Herr des Verfahrens“ – er kann im Rahmen der Vorgaben des § 1 Nr. 3, 4 VOB/B die vertraglich geschuldete Leistung nach Vertragsschluss nachträglich modifizieren. Gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B bleibt es dem Auftraggeber ausdrücklich vorbehalten, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen. Als Ausgleich steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B zu. Nach § 1 Nr. 4 VOB/B hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers auch solche Leistungen auszuführen, die nicht ursprünglich vertraglich geschuldet sind, es sei denn, der Betrieb des Auftragnehmers ist auf derartige Leistungen nicht eingerichtet.¹³⁸⁰ Nur dann muss der Auftragnehmer zustimmen. Andernfalls muss der Auftragnehmer auch unter Umständen gegen seinen Willen der Anordnung des Auftraggebers Folge leisten. Als Korrelat steht auch hier dem Auftragnehmer wiederum ein Mehrvergütungsanspruch hier nach § 2 Nr. 6 VOB/B zu. Zur grundsätzlichen Systematik sei auch hier wiederum auf die einschlägige Literatur verwiesen. Auf eine ausführlichere Darstellung der grundsätzlichen Systematik soll hier wiederum verzichtet werden, da Gegenstand der Untersuchung nur die Besonderheiten sind, die sich aus den Einflüssen des Nebenangebots ergeben.

Da die Anordnung des Auftraggebers sowohl für einen potenziellen Anspruch des Auftragnehmers nach § 2 Nr. 5 als auch Nr. 6 VOB/B eine entscheidende Rolle spielt, soll vor Betrachtung der Einzelaspekte der Vergütungsnormen die Problematik der Anordnung „vor die Klammer gezogen“ betrachtet werden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob sich eine systematische Änderung ergibt, wenn der Auftraggeber bei einem Bauvertrag, der ein Nebenangebot zur Grundlage hat, eine geänderte oder zusätzliche Leistung anordnet. Auch hier ist zunächst zu beachten, dass das Nebenangebot, soweit es den Amtsentwurf ersetzt hat, die vertraglich geschuldete Leistung bildet. Wenn der Auftraggeber nachträglich davon abweichen will, bestehen grundsätzlich die Mehrvergütungsansprüche des § 2 Nr. 3 ff. VOB/B. Andererseits hat der Auftragnehmer mit seinem Nebenangebot unter anderem das Planungs-, Ausführungs- und Mengenrisiko übernommen, so dass man grundsätzlich vertreten könnte, dass Mehrvergütungsansprüche ausgeschlossen sind, wenn geänderte oder zusätzliche Leistungen auszuführen sind.

Bei einem **Bauvertrag auf der Basis eines Nebenangebots** sind grundsätzlich folgende **Konstellationen einer Anordnung des Auftraggebers nach §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B** denkbar:

¹³⁸⁰ Ausführlich zur Auftraggeberanordnung im Sinne von § 1 Nr. 4 VOB/B siehe u.a. *Kretschmann*, S. 10 ff.; S. 35 ff.;

- Der Auftraggeber trifft eine Anordnung, weil eine Änderung des Bauentwurfs oder eine zusätzliche Leistung **auf Grund eines Planungsfehlers** des Auftragnehmers **in seinem Nebenangebot** technisch oder in sonstiger Weise **zwingend erforderlich** ist, um den Werkerfolg – nämlich das gewünschte Bauwerk – zu erreichen
- wie obiger Fall, jedoch hat die **Notwendigkeit** der geänderten bzw. zusätzlichen Leistung ihre **Ursache nicht im Nebenangebot**, sondern in der Sphäre des Auftraggebers (z.B. ein Planungsfehler in dem Teil des Amtsentwurfs, der durch das Nebenangebot nicht ersetzt wurde) oder ist von keiner der Bauvertragsparteien zu vertreten
- Der **Auftraggeber ordnet eine geänderte oder zusätzliche Leistung „aus freien Stücken“ an**, das heißt, dass der Werkerfolg auch ohne diese erzielt werden könnte; der Auftraggeber hat sich jedoch ohne Notwendigkeit anders entschieden und macht insoweit von seinem Anordnungsrecht als „Bauherr“ Gebrauch;

Der „**Änderungswunsch**“ des Auftraggebers kann sich **in mehreren Formen** äußern: Entweder der Auftraggeber ordnet **ausdrücklich** eine Änderung an oder eine solche ergibt sich **konkludent** aus dem Zusammenhang – etwa, weil der Auftraggeber den Auftragnehmer das Nebenangebot weiter ausführen lässt, obwohl sich herausgestellt hat, dass der **Baugrund** anders ist als in den vertragsgegenständlichen Baugrundgutachten.¹³⁸¹ Trifft der Auftragnehmer auf andere Bodenverhältnisse als diese ausgeschrieben und vertraglich vereinbart worden waren und lässt ihn der Auftraggeber dennoch weiter ausführen, liegt eine Anordnung nach § 1 Nr. 3 VOB/B vor, auch wenn der Auftraggeber dies nicht in eine ausdrückliche Anordnung kleidet, sondern den Unternehmer ungeachtet der veränderten Bodenverhältnisse weiter arbeiten lässt.¹³⁸²

Es ist somit **entscheidend danach abzugrenzen, ob die nachträglich vom Auftraggeber angeordnete geänderte oder zusätzlich auszuführende Leistung seine Ursache im Nebenangebot hat oder nicht.**

Diese **Abgrenzung** erfordert **zwei Stufen**: Zunächst ist zu ergründen, ob die Anordnung des Auftraggebers in irgendeiner Form *erforderlich* ist, um den vertraglich vereinbarten Erfolg – also das vom Auftraggeber gewünschte Bauvorhaben – tatsächlich realisieren zu können, oder ob der Auftraggeber „aus freien Stücken“ den Bauentwurf ändert oder eine zusätzliche Leistung mit ausgeführt haben will. Ergibt sich

¹³⁸¹ *Ingenstau/Korbion*, § 1 Nr. 3 VOB/B, Rdn. 1 ff.; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 1 VOB/B, Rdn. 32; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 2 Nr. 5, Rdn. 60 ff.; *Reister*, S. 283 ff.; *von Minckwitz/Schmitt/Viering*, S. 159 ff.; *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 783 ff.;

¹³⁸² *Ganten/Jagenburg/Motzke*, a.a.O., Rdn. 62; Fragen zur Wechselwirkung Nebenangebot/Baugrund werden unten unter Ziff. V 1 näher erläutert;

hieraus eine Notwendigkeit einer Änderung oder Zusatzleistung, ist in der zweiten Stufe der Abgrenzung zu unterscheiden, ob deren Notwendigkeit ihre Ursache im Nebenangebot hat oder aber in der Sphäre des Auftraggebers bzw. von keiner der Bauvertragsparteien verursacht wurde.

2.1 Notwendigkeit der Anordnung aus der Sphäre des Nebenangebots

Diese Fallvariante betrifft die Konstellationen, in denen die Änderung des Bauentwurfs beziehungsweise die Ausführung einer oder mehrerer zusätzlicher Leistungen zwingend notwendig wurde, weil bei unveränderter Ausführung des ursprünglichen Nebenangebotsentwurfs des Bieters ohne die vom Auftraggeber nachträglich angeordnete Änderung oder Ergänzung der werkvertraglich vereinbarte Erfolg nicht erreicht worden wäre. Dies sind Sachverhalte, in denen etwa dem Bieter ein Planungsfehler unterlaufen ist, weil er eine zur Erfolgserzielung notwendige Leistung übersehen hat oder eine oder mehrere Teilleistungen in nicht zielführender Art und Weise – also „falsch“ – eingeplant hat, so dass sie zu einem anderen Ergebnis geführt hätten als zum vertraglich geschuldeten Erfolg und damit zu einem mangelhaften Werk. Hat ein Auftraggeber etwa mit seinem Nebenangebot einen rückverankerten Verbau vorgeschlagen und die Anker zu schwach dimensioniert, ist die Anordnung einer Änderung der Teilleistung „Anker“ gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B dahingehend erforderlich, dass mehr oder stärkere Anker vorzusehen sind, weil sonst der Verbau den anstehenden Erdmassen nicht Stand hält. Hat ein Bieter in Form eines Nebenangebots eine Bohrpfahlwand als Gründungsalternative angeboten und stellt sich im Zuge der Ausführung heraus, dass die Pfähle im oberen Bereich abgestemmt werden müssen, damit sie für die Errichtung des geplanten aufgehenden Bauwerks verwendet werden können, ist das Abstemmen eine zusätzliche Leistung, die der Auftraggeber im Sinne des § 1 Nr. 4 VOB/B faktisch anordnen muss, um den Gesamterfolg ermöglichen zu können.

Sofern der Auftraggeber eine Änderung der Leistung oder eine zusätzliche Leistung anordnet, weil das beauftragte Nebenangebot sonst nicht „funktionieren“ und zum vertraglich geschuldeten Erfolg führen würde oder nicht vollständig wäre, dann realisiert sich gerade darin das **Planungsrisiko des Auftragnehmers, das dieser mit seinem Nebenangebot übernommen hat**. Derartige Anordnungen des Auftraggebers führen systematisch nicht zu einer Erweiterung oder Änderung des Werkerfolgs, sondern dazu, dass der Auftragnehmer tatsächlich alle erforderlichen Teilleistungen erbringt, die nötig sind, um den vertraglich geschuldeten Werkerfolg zu erreichen – also letztlich dazu, dass das ursprünglich lücken- oder fehlerhafte Nebenangebot vollständig und „funktionsfähig“ wird. Dem **Auftragnehmer** steht **in Folge solcher Anordnungen kein Mehrvergütungsanspruch** zu. Dies ist nur konsequent: Würde man dem Auftragnehmer in derartigen Fällen Mehrvergütung zubilligen, bliebe die oben dargestellte Risikoverlagerung in Zusammenhang mit dem Nebenangebot für ihn völlig folgenlos und insoweit nur eine theoretische Figur. Das heißt: Der Auftrag-

nehmer bleibt für die Richtigkeit der von ihm ausgeführten Planungsleistungen und Berechnungen voll verantwortlich und trägt insoweit das Risiko der Ausführbarkeit in der von ihm mit seinem Nebenangebot abweichend angebotenen Form.¹³⁸³ Andernfalls müsste der Auftraggeber sozusagen „durch die Hintertüre“ die finanziellen Folgen von Planungsfehlern des Auftragnehmers im Nebenangebot tragen. Dies würde der vorzunehmenden Risikoverteilung nicht gerecht werden.

2.2 Notwendigkeit der Anordnung resultiert nicht aus dem Nebenangebot

Diese Fallkonstellation stimmt inhaltlich mit der unter Ziff. 2.1 beschriebenen insoweit überein, als die Anordnung des Auftraggebers im Sinne von §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B aus technischen oder anderen im Bauablauf angelegten Gründen notwendig ist, damit am Ende das werkvertraglich vereinbarte Bauwerk erfolgreich realisiert werden kann. Im Unterschied zur obigen Fallvariante ist nunmehr jedoch nicht das Nebenangebot der Auslöser für die Erforderlichkeit der Anordnung, sondern eine andere Ursache, die entweder aus der Sphäre des Auftraggebers stammt oder aber von keiner der beiden Bauvertragsparteien zu vertreten ist. Hierfür sind wiederum mehrere Fallvarianten in der Praxis denkbar.

Ein praktisch sehr häufiger Fall in dieser Kategorie ist ein unerwartet angetroffener Baugrund, der nicht mit den der Ausschreibung beigefügten Baugrundgutachten und der darauf basierenden vertraglichen Vereinbarung übereinstimmt. Um die gestellte Bauaufgabe dennoch bewältigen zu können, ist häufig eine Änderung des Bauentwurfs oder die Ausführung zusätzlicher Leistungen nötig. Ist beispielsweise Lösen, Laden und Fördern von Boden der Bodenklasse 4 ausgeschrieben und stellt sich im Zuge der Ausführung der Bauleistungen heraus, dass entgegen der Angaben in den Baugrundgutachten Bodenklasse 5 ansteht, muss möglicherweise die kalkulierte Abbaufräse in ein größeres Gerät abgeändert werden. Trifft der Auftragnehmer bei der Bauausführung statt dem ausgeschriebenen fräsbaren Boden in situ ein Baugrund an, der nicht mit Hilfe einer Fräse gelöst werden kann, können als zusätzliche Leistung Lockerungssprengungen durchzuführen sein, die im ursprünglichen Bauvertrag nicht vorgesehen war. Ersterer Fall stellt eine Anordnung nach § 1 Nr. 3 VOB/B, letzterer eine solche im Sinne von § 1 Nr. 4 VOB/B dar. Weitere Beispiele sind Planungsfehler in den Teilen des Amtsentwurfs des Auftraggebers, der nicht durch das Nebenangebot ersetzt wurde, oder Mängel in Planungsleistungen eines Sonderfachmanns, den der Auftraggeber beauftragt hatte.

In diesem Fall wird die Anordnung zwar notwendig, um den Bauvertragserfolg zu sichern. Die Erforderlichkeit ist nunmehr aber nicht durch den Auftragnehmer und dessen Nebenangebot veranlasst, sondern entweder durch den Auftraggeber, einen

¹³⁸³ *Marbach*, in: Festschrift für Vygen, S. 248 unter Verweis auf *Vygen/Schubert/Lang*, Rdn. 60; *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 47, S. 59;

seiner Erfüllungsgehilfen oder von keiner der beiden Bauvertragsparteien zu vertreten, etwa weil ein Dritter Schäden oder störende Einflüsse an der Baustelle verursacht hat, die nun in Teilen eine Umstellung des Bauentwurfs oder zusätzliche Leistungen erfordern, um zu dem vertraglich vereinbarten Erfolg zu gelangen. Es hat sich also gerade nicht eines der oben dargestellten Risiken verwirklicht, das der Auftragnehmer gesetzt hat, indem er den Amtsentwurf durch sein Nebenangebot abgeändert hat. Die Notwendigkeit der Anordnung einer geänderten oder zusätzlichen Leistung wäre auch eingetreten, wenn der Auftragnehmer kein Nebenangebot abgegeben hätte, sondern ein Hauptangebot beauftragt wurde. Es besteht somit keine Veranlassung, von der regulären Risikoverteilung abzuweichen und dem Auftragnehmer mehr Risiken als im Fall der Beauftragung eines Hauptangebots zu überbürden. Das Planungs-, Mengen- und Ausführbarkeitsrisiko aus dem Nebenangebot ist hier nicht relevant.

2.3 Anordnung des Auftraggebers „aus freien Stücken“

Auch im Zusammenhang mit einem Bauvertrag auf der Basis eines Nebenangebots ist die Konstellation denkbar, dass der Auftraggeber sich **nach Vertragsschluss „aus freien Stücken“** zu einer **Abänderung der Vertragsleistung** entscheidet, also anders als oben unter Ziff. 2.1 und 2.2 beschrieben, ohne technische oder wirtschaftliche Notwendigkeit, die sich zum Beispiel aus einem Planungsfehler des Auftragnehmers oder des Auftraggebers ergibt.

Wie beim „klassischen“ Bauvertrag kann es sich auch beim Bauvertrag auf Nebenangebotsbasis der Auftraggeber nachträglich „anders überlegt“ haben. Er kann beispielsweise nachträglich eine andere Ausführung in ästhetischer Hinsicht – eine andere Fassadengestaltung oder ein anderes Material zur Dacheindeckung – anordnen oder eine zusätzliche Leistung, weil er etwa nach Vertragsschluss erkennt, dass das vertraglich vereinbarte Bauvolumen für seine Bedürfnisse doch nicht ausreicht. Wenn diese nachträgliche **Entscheidung des Auftraggebers auf seinem freiem Entschluss** im Rahmen seines Gestaltungs- und Leitungsrechts **als Bau-Herr beruht, ohne dass die Ursache in irgend einer Form in der Umstellung** der Ausführung vom Amtsentwurf **auf das Nebenangebot zurückzuführen ist**, kann dies nicht dem Auftragnehmer zur Last fallen. Er hat lediglich die Verantwortung dafür übernommen, dass sein Nebenangebot den mit der Beauftragung ursprünglich vertraglich vereinbarten Bauerfolg erreicht, nicht aber, dass er nachträglich Zusatzwünsche des Auftraggebers ebenso zum Vertragspreis auszuführen hat. Hierfür bestünde keine Veranlassung.

2.4 These: Entbehrlichkeit einer Auftraggeberanordnung beim Nebenangebot

Die obige Untersuchung geht davon aus, dass der Vertrag auf der Basis eines Nebenangebots dennoch unverändert der Systematik der §§ 1 Nr. 3, 4 sowie §§ 2 Nr.

5–8 VOB/B folgt, wonach der Auftraggeber eine geänderte oder zusätzliche Leistung anzuordnen hat, um eine Vergütungspflicht auszulösen – abgesehen von der Vergütungsregel des § 2 Nr. 8 VOB/B. In der Praxis kann es jedoch zu einer **Fallkonstellation** kommen, die eine andere Lösung bedingen könnten:

Der **Auftragnehmer** stellt im Rahmen der Ausführung seines Nebenangebots fest, dass er einen Planungsfehler (Annahme: bereits in der Entwurfsplanung) gemacht hat. Er **will** nach Möglichkeit „**auf eigene Faust**“ **den Bauentwurf nachträglich abändern, ohne den Bauherrn darüber informieren**

Wie bereits diskutiert, überträgt der Auftraggeber beim Nebenangebot dem Auftragnehmer Planungskompetenz. Korrespondierend dazu übernimmt der Auftragnehmer vom Auftraggeber entsprechend Planungsverantwortung. Ein **möglicher Lösungsansatz** für Fälle, in denen nachträglich eine Abänderung oder Ergänzung des Nebenangebotsentwurfs erforderlich wird, um den geschuldeten Erfolg herbeiführen zu können, könnte **abseits des herkömmlichen Anordnungssystems der VOB/B** zu finden sein. Das herkömmliche Anordnungsmodell der VOB/B könnte dabei komplett verlassen werden. Nachdem der Auftragnehmer bereits während der Vergabephase das „Heft der Planung in die Hand genommen“ hat, könnte man die Ansicht vertreten, dass man ihm auf Grund der insoweit „vertauschten Rollen“ konsequenterweise auch zubilligen muss, dass er seinen Bauentwurf auch nachträglich aus Gründen der Erfolgssicherung ändern und anpassen kann, ohne den Auftraggeber nach einer Anordnung oder wenigstens Zustimmung fragen zu müssen. Die Entwicklungsmöglichkeiten in Bezug auf den Bauentwurf in der Phase nach Abschluss des Bauvertrags würden dann jeweils dem zustehen, der den Entwurf und die Planung ursprünglich erbracht hat: beim „klassischen Bauvertrag“ auf Basis eines Hauptangebots dem Auftraggeber, beim Bauvertrag auf Basis eines Nebenangebots dem Auftragnehmer.

Somit könnte die Lösung jenseits des klassischen Systems der VOB/B – Anordnung/Vergütung – der §§ 1 Nr. 3, 4; 2 Nr. 5, 6 – stattfinden. Der Auftragnehmer könnte ohne Rücksicht darauf, ob der Auftraggeber eine entsprechende Anordnung erteilt, nachträglich alles Nötige veranlassen, um eventuelle Planungsfehler zu korrigieren. Nachdem der Auftragnehmer beim Nebenangebot der „Herr der Planung“ ist, müsste der Bauherr dies hinnehmen. Unterstützt wird diese denkbare Lösung durch die Ansätze von *Oberhauser*¹³⁸⁴ und *Putzier*¹³⁸⁵, die mit unterschiedlicher Ausprägung auf die unbedingte Erfolgshaftung des Unternehmers abstellen und ihm zugestehen, „alles tun zu dürfen (und zu müssen)“, um den Erfolg zu erreichen, der insoweit auch unbestellte Zusatzleistungen erbringen darf, ohne eine ausdrückliche Anordnung des Auftraggebers abwarten zu müssen. Folgt man dieser Ansicht, gäbe es ohnehin

¹³⁸⁴ In: BauR 2005, 919, 922;

¹³⁸⁵ In: Festschrift für Motzke, S. 353, 361;

praktisch keine geänderte oder zusätzliche Leistung, sondern nur eine Vertragsleistung in der Form, wie sie zum Erfolg führt. Sind nachträglich Anpassungen erforderlich, gehören diese automatisch zur Vertragsleistung. Der Auftragnehmer wäre im Rahmen der Kooperationspflicht am Bau allenfalls verpflichtet, vor Änderung des ursprünglichen Nebenangebotsentwurfs den Auftraggeber wenigstens diesbezüglich zu informieren.

Dieser Ansatz führt aber zu weit. Die grundsätzliche Systematik im Lebenslauf einer Bauleistung darf nicht außer Acht gelassen werden: An einer entscheidenden Schnittstelle besteht nämlich gerade kein Unterschied zwischen einem Haupt- und einem Nebenangebot: im Moment des Vertragsschlusses. Wird ein Hauptangebot beauftragt, wird dessen Inhalt einvernehmlich zur vertraglich geschuldeten Vertragsleistung („Bau-Soll“) gemacht. Ergeht der Zuschlag auf ein Nebenangebot, wird dieses gemeinsamer Vertragsinhalt. Mit der Beauftragung eines Nebenangebots übernimmt der Auftraggeber den Entwurf des Bieters zugleich als den seinen. Statt dem Amtsentwurf wird in diesem Augenblick das Nebenangebot mit seinem Inhalt zur vertraglich geschuldeten Leistung.¹³⁸⁶ Es besteht im weiteren zeitlichen Verlauf kein begründeter Anlass mehr, hinsichtlich der Systematik der VOB/B zu unterscheiden zwischen dem Procedere beim Haupt- und beim Nebenangebot. Wenn sich Bedarf ergibt, nachträglich die geschuldete Vertragsleistung – das „Bau-Soll“ – zu ändern oder zu ergänzen, passt das Anordnungsmodell der VOB/B auch für diese Konstellation. Ausgangsbasis für die Beurteilung ist jeweils die konkrete Vertragsleistung – unabhängig davon, ob sie aus einem Haupt- oder einem Nebenangebot herrührt. Ordnet der Auftraggeber eine Änderung (§ 1 Nr. 3 VOB/B) oder eine Ergänzung (§ 1 Nr. 4 VOB/B) des Vertragsumfangs an, ist der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nach §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen anzupassen. Sollte keine Anordnung des Auftraggebers ergehen, steht dem Auftragnehmer in diesem Fall ebenso wie bei Beauftragung eines Hauptangebots die Vergütungsregel des § 2 Nr. 8 VOB/B zur Verfügung.

2.5 Verweigerter Auftraggeberanordnung

Im Rahmen der Ausführung eines beauftragten Nebenangebots kann es zu folgender weiterer Fallvariante kommen:

Der **Auftragnehmer** stellt wie oben im Zeitraum nach Vertragsschluss einen Planungsfehler in seinem Nebenangebot fest und informiert den **Auftraggeber** – dieser **verweigert jedoch die zwingend erforderliche Anordnung einer Änderung bzw. Zusatzleistung**;

¹³⁸⁶ Vgl. oben B III;

Im Zuge der Realisierung eines Hauptangebots hält die VOB/B einen klaren Lösungsweg bereit. In dieser Situation hat der Auftragnehmer der Vorgabe des **§ 4 Nr. 3 VOB/B** zu folgen:

„Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (...), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich – möglichst schon vor Beginn der Arbeiten – schriftlich mitzuteilen; der Auftraggeber bleibt jedoch für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich.“

Hier entsteht jedoch ein entscheidender Unterschied: Ist ein Hauptangebot Gegenstand des Bauvertrags, stammt die Planung – damit die „vorgesehene Art der Ausführung“ – vom Auftraggeber. Stellt der Auftragnehmer bei der Ausführung der beauftragten Bauleistungen fest, dass im Entwurf ein Fehler ist oder bei unveränderter Ausführung Probleme entstehen können, weist er den Auftraggeber als Urheber des Entwurfs darauf hin. Verweigert dieser die Anordnung einer erforderlichen Änderung oder Ergänzung des Bauentwurfs, wird der Auftragnehmer nach § 13 Nr. 3 VOB/B von der Haftung für potenzielle, daraus resultierende spätere Mängel frei. Beim Nebenangebot jedoch wäre dieser Hinweis nach § 4 Nr. 3 VOB/B quasi ein „In-Sich-Geschäft“: Der Auftragnehmer müsste dann seinen eigenen Entwurf beanstanden.

Der Wortlaut des § 4 Nr. 3 VOB/B scheint dem zunächst nicht entgegen zu stehen: Die Rede ist nicht explizit von der „vom Auftraggeber vorgesehenen Art der Ausführung“, sondern nur – urheberneutral – von der „vorgesehenen Art der Ausführung“. Erst bei den weiteren Varianten – gelieferte Stoffe oder Bauteile sowie Vorleistungen – verweist die Regelung ausdrücklich auf den Auftraggeber bzw. andere Unternehmer als deren Urheber. § 4 Nr. 3 VOB/B ist jedoch in Zusammenhang mit § 13 Nr. 3 VOB/B zu lesen: Hier setzt die Enthftung des Unternehmers ausdrücklich eine Anordnung *des Auftraggebers* oder einen Mangel in *dessen* Leistungsbeschreibung voraus. Beim Nebenangebot stammt die Beschreibung der Leistung aber eben nicht vom Auftraggeber, sondern vom Bieter und damit dem nunmehrigen Auftragnehmer. **§ 4 Nr. 3 VOB/B** ist damit – jedenfalls **nicht unmittelbar – anwendbar**.

Die Tatsache, dass der *Auftragnehmer* die Planungsleistung erbracht hat, kann jedoch nicht so weit führen, dass er dem Auftraggeber in der Ausführungsphase insoweit „ausgeliefert“ wäre, dass er darauf angewiesen wäre, dass dieser eine nötige Änderung oder Ergänzung des Vertragsumfangs anordnet. Verweigert er diese Anordnung im Sinne des § 1 Nr. 3, 4 VOB/B, müsste der Auftragnehmer sehenden Auges seinen eigenen Planungsfehler ausführen und hätte, obwohl er diesen rechtzeitig bemerkt haben würde, keine Möglichkeit, sich von der Mängelhaftung gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B befreien zu können. Dies würde das Vertragsgefüge einseitig und un-

zumutbar zu Lasten des Auftragnehmers verschieben: Der Auftraggeber hat sich bewusst dafür entschieden, das Nebenangebot zu beauftragen. Insoweit ist **§ 4 Nr. 3 VOB/B jedenfalls entsprechend anwendbar**. Wenn der Auftragnehmer nach Vertragsschluss erkennt, dass sein eigener Entwurf unzulänglich ist und möglicherweise nicht zum geschuldeten Erfolg führen wird, ist ihm ebenso die Möglichkeit zuzugestehen, Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung mitzuteilen, auch wenn er selbst diesen Entwurf ursprünglich geplant hat. Nachdem beide Vertragsparteien bewusst und einvernehmlich das Nebenangebot zum Vertragsinhalt erhoben haben, besteht keine Veranlassung, den Auftraggeber insoweit schlechter zu stellen als bei Beauftragung eines Hauptangebots. Teilt der Auftragnehmer in dieser Konstellation ordnungsgemäß nach § 4 Nr. 3 VOB/B analog Bedenken mit, kommt ihm ebenso die Rechtsfolge der Befreiung von der Mängelhaftung nach § 13 Nr. 3 VOB/B zu Gute. Andernfalls wäre er dem Auftraggeber „ausgeliefert“: Würde dieser treuwidrig seine Zustimmung zu einer notwendigen Änderung verweigern, hätte die Folgen alleine der Auftragnehmer zu schultern, obwohl er rechtzeitig auf seine Bedenken hingewiesen hat. Dies wäre eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung des Auftragnehmers.

Die Frage eines Vergütungsanspruchs im Falle der Ausführung einer nicht beauftragten Leistung ist auch beim Nebenangebot nach der Regelung des § 2 Nr. 8 VOB/B zu beantworten.¹³⁸⁷

2.6 Zusammenfassung

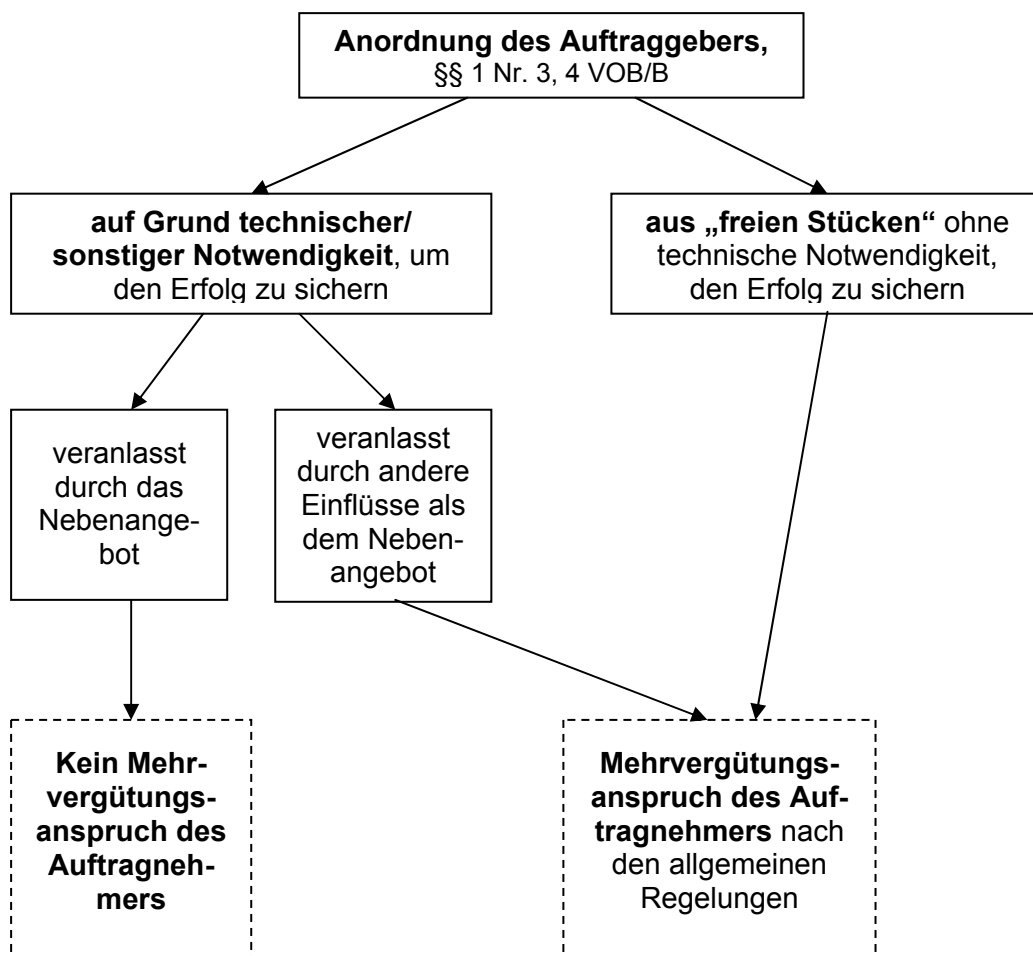
Der Auftragnehmer eröffnet mit seiner eigenen Planung ein zusätzliches Risiko für den Auftraggeber insoweit, dass der Auftraggeber nicht in dem Maße die Planung bis ins Detail kennt und überprüft hat wie dies bezüglich seines eigenen Amtsentwurfs möglich war. Dass der Auftragnehmer dieses zusätzliche Risiko, dass das Nebenangebot ebenso funktioniert, also zum gewünschten und vertraglich fixierten (Bau-)Werk führt, zu übernehmen hat, erscheint in der Gesamtsystematik des Bauvertrags nur gerecht. Wer plant, hat die Planungsverantwortung. Dies darf den Auftraggeber jedoch nicht übervorteilen: Beim „klassischen“ Bauvertrag, der den Amtsentwurf zur Basis hat, hat der Bauherr mehr zu zahlen, wenn er nachträglich mehr oder anders gebaut haben will als vertraglich vereinbart. Es besteht keine Veranlassung, von dieser Regel abzuweichen, nur weil nicht der Amtsentwurf, sondern das Nebenangebot vorgegeben hat, was der Auftragnehmer vertraglich schuldet.

Wenn der Auftraggeber also nachträglich eine geänderte oder zusätzliche Leistung anordnet, ohne dass dies in Folge der Eigenart des Nebenangebots erforderlich ist, hat er unverändert die Vergütungsfolgen seiner Anordnung nach § 1 Nr. 3, 4 VOB/B dahingehend zu tragen, dass er gemäß §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B

¹³⁸⁷ Hierzu wird unten unter C III 6 näher ausgeführt; vgl. dazu auch *Oberhauser* in: *BauR* 2005, 919 ff.;

Mehrvergütung hierfür zu leisten hat. Die Leistungsänderung bzw. -mehrung hat seine Ursache in diesem Fall nicht im Nebenangebot, sondern wäre ebenso eingetreten, wenn der Auftraggeber ursprünglich ein Hauptangebot auf seinen Amtsentwurf beauftragt hätte. Bleibt eine ausdrückliche Anordnung aus, verbleibt es ebenso bei der Anspruchsgrundlage des § 2 Nr. 8 VOB/A. Ein Mehrvergütungsanspruch besteht in diesem Fall dann nicht, wenn die zusätzliche oder geänderte Leistung in Folge eines Planungsfehlers des Auftragnehmers erforderlich wurde. Insofern besteht weder eine Notwendigkeit noch eine Möglichkeit, von der Systematik des § 2 VOB/B abzuweichen.

Grafisch dargestellt ergibt sich somit folgende Systematik:



3. Mengenänderungen nach § 2 Nr. 3 VOB/B in Zusammenhang mit Nebenangeboten

§ 2 Nr. 3 VOB/B gibt für den Fall nachträglicher Mengenänderungen vor:

(1) Weicht die ausgeführte Menge der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung um nicht mehr als 10 v. H. von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang ab, so gilt der vertragliche Einheitspreis.

(2) Für die über 10 v. H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.

(3) Bei einer über 10 v. H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Die Umsatzsteuer wird entsprechend dem neuen Preis vergütet.

(4) Sind von der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung andere Leistungen abhängig, für die eine Pauschalsumme vereinbart ist, so kann mit der Änderung des Einheitspreises auch eine angemessene Änderung der Pauschalsumme gefordert werden.

Auch hinsichtlich der grundsätzlichen Systematik des § 2 Nr. 3 VOB/B ist auf die allgemeine Kommentarliteratur zu verweisen.¹³⁸⁸ Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung sollen wiederum nur die nebenangebotsspezifischen Besonderheiten erörtert werden. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass § 2 Nr. 3 VOB/B nur für Einheitspreisverträge¹³⁸⁹ und nicht für Mengenänderungen in Folge (notwendiger oder nicht notwendiger) Planungsänderungen gilt.¹³⁹⁰

Im Rahmen der Ausführung eines Nebenangebots können sich in der Praxis Mengenerhöhungen bzw. -minderungen gegenüber der vertraglich vereinbarten Mengen in zweierlei Hinsicht ergeben: Zum einen können sich die Mengen der Leistungen entsprechend verändern, die unmittelbar Gegenstand des Nebenangebots sind. Zum anderen können sich Mengenänderungen im Sinne von § 2 Nr. 3 VOB/B bei so genannten „Drittpositionen“ ergeben, also solchen Leistungen, die nicht unmittelbar im Nebenangebot enthalten sind, die jedoch mittelbar durch die Umstellung vom Amt-

¹³⁸⁸ Vgl. die Kommentierungen zu § 2 Nr. 3 VOB/B u.a. in *Ingenstau/Korbion, Ganten/Jagenburg/Motzke, Heiermann/Riedl/Rusam, Kapellmann/Messerschmidt* u.a.m.; s. auch von *Minckwitz/Schmitt/Viering*, § 3 F; *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 500 ff.;

¹³⁸⁹ *Ingenstau/Korbion*, § 2 Nr. 3 VOB/B, Rdn. 6;

¹³⁹⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.10.1995, 21 U 8/95; *BauR* 1996, 267; *Kniffka/Koebler*, Rdn. 74;

sentwurf auf das Nebenangebot beeinflusst wurden. Das heißt: Eine Teilleistung, die trotz Beauftragung des Nebenangebots aus dem Amtsentwurf noch erhalten blieb, weil das Nebenangebot diesen etwa nur teilweise ersetzt hat oder weil es sich um eine Leistung aus einem völlig anderen Baubestand handelt, erhöht oder verringert sich im Sinne des § 2 Nr. 3 VOB/B deshalb, weil sich ein entsprechender Einfluss der Nebenangebotsleistung realisiert.

Zunächst ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass § 2 Nr. 3 VOB/B nach seinem Wortlaut nicht dahingehend unterscheidet, aus welchem Grund eine Erhöhung oder Verringerung der Mengen eingetreten ist. Die Regelung stellt nicht darauf ab, ob der Auftraggeber oder der Auftragnehmer die Mengenänderung verursacht bzw. zu vertreten hat, sondern lediglich darauf, dass sich *tatsächlich* eine Mehrung bzw. Minderung ergeben hat.¹³⁹¹ Ob sich die Mengenerhöhung oder -minderung also bei einer unmittelbaren Nebenangebotsleistung oder aber nur einer mittelbar betroffenen Leistung ergeben hat, ist ebenso nicht erheblich wie die Frage, ob die Mengenänderung tatsächlich durch das Nebenangebot verursacht wurde oder aber gar nicht in dessen Sphäre fällt: **Der Auftragnehmer hat auch im Rahmen eines Bauvertrags, der ein Nebenangebot zum Gegenstand hat, in jedem Fall, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, einen Anspruch gegen den Auftraggeber nach § 2 Nr. 3 VOB/B.**¹³⁹²

Eine Ausnahme von dieser Regelung ist allenfalls denkbar für den Fall, dass die Mengenänderungen so groß sind, dass der ursprüngliche Preisvorteil für den Auftraggeber, der diesen regelmäßig zur Beauftragung bewogen haben wird, ins Gegenteil umschlägt, wenn also die Folgen der Preisanpassung im Rahmen des § 2 Nr. 3 VOB/B für den Auftraggeber so erheblich sind, dass sie den erhofften Preisvorteil in Folge des Nebenangebots nicht nur aufheben, sondern unter Umständen sogar umkehren in einen finanziellen Nachteil. Diesbezüglich wird die Ansicht vertreten, dass ein Schadensersatzanspruch des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer aus Verschulden bei Vertragsschluss, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB, gegeben ist.¹³⁹³ Dies ist jedoch kritisch zu sehen: § 2 Nr. 3 VOB/B enthält eine Regelung, die letztlich auf einen gerechten Ausgleich zwischen den Bauvertragsparteien abzielt. Er enthält ausdrücklich keine Abhängigkeit von der Frage, wer die Mengenänderung zu vertreten hat. Ein Schadensersatzanspruch, mit dem der Auftraggeber gegenrechnen könnte, würde § 2 Nr. 3 VOB/B faktisch unterlaufen. Im Gegenzug müsste man konsequenterweise über einen Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nachdenken, wenn sich beim „klassischen“ Bauvertrag mit dem Inhalt des Amtsentwurfs eine

¹³⁹¹ Reister, S. 268 ff.; Ganten/Jagenburg/Motzke, § 2, Rdn. 13 ff.; von Minckwitz/Schmitt/Viering, Rdn. 309 ff.; Marbach in: Festschrift für Vygen, S. 247; Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 58;

¹³⁹² Marbach, a.a.O.; Hofmann, a.a.O.;

¹³⁹³ Kapellmann/Schiffers, Rdn. 120;

Mengenmehrung ergibt und der Auftraggeber einen niedrigeren Preis nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B fordert.

Den Bauvertragsparteien ist daher im Ergebnis zu empfehlen, nach Möglichkeit im Rahmen der Beauftragung eines Nebenangebots ausdrückliche Regelungen zu treffen, wie die Folgen einer Mengenmehrung oder -minderung geregelt sein sollen, die faktisch den Tatbestand des § 2 Nr. 3 VOB/B erfüllen würde.¹³⁹⁴ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Regelung insbesondere den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB genügen muss, wenn sie im Rahmen etwa von Allgemeinen oder Zusätzlichen Vertragsbedingungen getroffen wird, die unter Umständen eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellen.¹³⁹⁵ Jedenfalls in Form einer Individualvereinbarung können Parteien aber auch bereits präventiv eine entsprechende Regelung zu dieser Frage treffen.¹³⁹⁶

*Kapellmann/Schiffers*¹³⁹⁷ vertreten zu dieser Problematik die Ansicht, dass der Auftragnehmer keinen Anspruch aus § 2 Nr. 3 VOB/B habe, dass „*irgendwelche Einheitspreise von Drittpositionen geändert werden, auch dann nicht, wenn sich die Erstellung der einzelnen Drittleistungen erschwert*“. Begründet wird dies damit, dass der Bieter in seinem Nebenangebot „*auch die entsprechende Drittposition mit einem höheren Preis erfassen*“ hätte müssen. Die Begründung ist – absolut und für sich gesehen – zutreffend: Der Bieter hat im Rahmen seiner Obliegenheiten bei der Beschreibung des Leistungsspektrums seines Nebenangebots den Vorgaben des § 9 VOB/A analog zu folgen und auch zu beschreiben, welche „Drittpositionen“ des gesamten Bauvorhabens betroffen werden und angepasst bzw. verändert werden müssen – insbesondere, wenn das Nebenangebot den Amtsentwurf nicht vollständig, sondern nur in Teilen ersetzt. Allerdings ist wiederum auf die ausdrückliche Regelung des § 2 Nr. 3 VOB/B zu verweisen, der gerade nicht darauf abstellt, ob eine der Bauvertragsparteien Pflichten verletzt hat oder nicht.

Entscheidend ist allein, ob sich die tatsächlich ausgeführten Mengen innerhalb der Bandbreiten des § 2 Nr. 3 VOB/B gegenüber der vertraglichen Vereinbarung verändert haben, nicht, wer dies zu vertreten hat. Damit hat der Auftragnehmer einen Anspruch nach § 2 Nr. 3 VOB/B in Bezug auf die von ihm selbst ausgeführ-

¹³⁹⁴ So auch *Marbach*, a.a.O. und *Hofmann*, a.a.O.;

¹³⁹⁵ Vgl. oben C II 2 zu Fragen bezüglich AGB-Klauseln in Zusammenhang mit Nebenangeboten; in Bezug auf § 2 Nr. 3 VOB/B ist insbesondere auf eine Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth vom 25.10.1989, 5 O 7124/88, zu verweisen, in der das Gericht eine Klausel, die die DB AG in ihren Verträgen standardmäßig verwendete, als ABG-widrig eingestuft hat; nach dieser hatte der Auftragnehmer verschuldensunabhängig dafür einzustehen, dass aus Gründen, die aus dem Nebenangebot resultieren, keine anderweitigen Mengenansätze („Drittpositionen“) erhöht werden; vgl. hierzu auch *Marbach*, a.a.O. unter Verweis auf *Glatzel/Hofmann/Frikell*, S. 152;

¹³⁹⁶ Lediglich mit der Einschränkung, dass die Grenzen der §§ 134 und 138 BGB nicht überschritten werden dürfen, was in der Praxis kaum relevant werden dürfte;

¹³⁹⁷ Rdn. 120 a.E.;

ten Leistungen, sobald die tatsächlich ausgeführten Mengen weniger als 90 Prozent oder mehr als 110 Prozent der vertraglich vereinbarten Mengen betragen. Dies gilt sowohl für Fälle, in denen die Mengenänderung auf dem Einfluss des Nebenangebots des Auftragnehmers beruht als auch für Fälle, in denen die Mengenänderung auf einer anderen Ursache beruht.

4. Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen nach § 2 Nr. 5, 6 VOB/B in Verbindung mit Nebenangeboten

§ 2 Nr. 5 VOB/B gewährt dem Auftragnehmer im Ergebnis einen Mehrvergütungsanspruch in Form der Vereinbarung eines neuen Preises unter folgenden Voraussetzungen:

*Werden durch **Änderung des Bauentwurfs** oder **andere Anordnungen des Auftraggebers** die **Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert**, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.*

§ 2 Nr. 6 VOB/B regelt die Frage des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers für den Fall der nachträglichen Anordnung einer zusätzlichen, im ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehenen Leistung durch den Auftraggeber wie folgt:

*(1) Wird eine **im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert**, so hat der Auftragnehmer **Anspruch auf besondere Vergütung**. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.*

(2) Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.

Um die nebenangebotsspezifischen Besonderheiten untersuchen zu können, ist zunächst die **Systematik des § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B** kurz zu erläutern.

Grundvoraussetzung des § 2 Nr. 5 VOB/B ist zunächst, dass der Auftraggeber eine Anordnung erteilt bzw. den Bauentwurf nach Abschluss des Bauvertrags nachträglich abändert, so dass der Auftragnehmer im Ergebnis zur Erzielung des geschuldeten Werkerfolgs, nämlich dem fertigen und mangelfreien Bauwerk, andere Leistungen auszuführen hat, als dies nach der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung der Fall gewesen wäre. Entscheidend in Abgrenzung zu § 2 Nr. 6 VOB/B ist dabei, dass eine Leistung durch den Auftraggeber *abgeändert* wird, die im ursprünglichen Bauvertrag *bereits enthalten* war. Es handelt sich also nicht um eine völlig neue bzw. neuartige Leistung, die im Fall des § 2 Nr. 6 VOB/B vorliegen muss, sondern um ei-

ne, die jedenfalls im ursprünglichen Vertrag vorgesehen war.¹³⁹⁸ Diese muss dazu im Ursprungsvertrag nicht ausdrücklich aufgeführt sein; es reicht aus, wenn es sich um nach den anerkannten Regeln der Technik selbstverständliche Leistungen zur Erreichung des Leistungserfolgs handelt.¹³⁹⁹

Eine **Änderung des Bauentwurfs** liegt vor, wenn die dem Bauvertrag zu Grunde liegenden Pläne, Zeichnungen oder andere Entwurfsbestandteile nach Vertragsabschluss umgestaltet werden, ohne dass sich daraus ein völlig neuer Bauentwurf ergibt oder die Umgestaltung derart weit geht, dass sie dem Auftragnehmer nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist.¹⁴⁰⁰ In der Praxis sind Fälle des § 2 Nr. 5 VOB/B regelmäßig solche, in denen der Auftraggeber nachträglich die Ausführungsplanung verändert.¹⁴⁰¹ Nicht von § 2 Nr. 5 VOB/B erfasst sind **bloße Erschwernisse** wie etwa eine mit unwesentlich mehr Aufwand verbundene Ausführung auf Grund veränderter Bodenverhältnisse, die jedoch nicht so erheblich sind, dass bereits eine andere Bodenklasse als ausgeschrieben vorliegen würde.¹⁴⁰²

Im Falle eines Bauvertrags, der auf der Grundlage eines Nebenangebots abgeschlossen wurde, bedeutet eine **Anordnung des Auftraggebers** nach §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B im Ergebnis einen **Eingriff in die Planung des Auftragnehmers**, soweit dessen Nebenangebot betroffen ist. Wie oben dargestellt, erstellt der Bieter mit Ausarbeitung seines Nebenangebots die Ausführungsplanung. Entscheidend ist systematisch aber bezüglich eines potenziellen Anspruchs aus §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B nicht die Frage, wer die Planung geleistet hat, sondern zunächst, ob durch eine einseitige Anordnung des Auftraggebers nach Vertragsschluss die geschuldete Leistung tatsächlich abgeändert oder ergänzt wird.

Erteilt der Auftraggeber nunmehr nach Vertragsschluss mit Beauftragung eines Nebenangebots eine Anordnung dahingehend, dass er den Vertragsinhalt einseitig abändert oder eine Leistung anordnet, die zusätzlich zum bisherigen Vertragsumfang auszuführen ist, ist somit **zunächst zu prüfen, inwieweit diese geänderte oder zusätzliche Leistung bereits Gegenstand der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung ist**. Der Auftragnehmer hat nach der oben im vergaberechtlichen Teil ausgeführten Vorgabe im Rahmen der Leistungsbeschreibung des Nebenangebots insbesondere – nicht zuletzt in dessen eigenem Interesse – anzugeben, welche Posi-

¹³⁹⁸ Die grundsätzliche Abgrenzungsproblematik zwischen § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B wird hier auf Grund des Themas der nebenangebotsspezifischen Besonderheiten nicht im Detail dargestellt; siehe dazu ausführlich die Kommentierungen u.a. in *Ingenstau/Korbion*, § 2 Nr. 5 VOB/B, Rdn. 7 ff.; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 2, Rdn. 33 ff.; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 2 VOB/B, Rdn. 122; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 VOB/B, Rdn. 180 ff.;

¹³⁹⁹ *Ingenstau/Korbion*, § 2 Nr. 5 VOB/B, Rdn. 4; *Marbach*, ZfBR 1989, 5;

¹⁴⁰⁰ *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, § 1 VOB/B, Rdn. 61; *von Minckwitz/Schmitt/Viering*, S. 165 ff.;

¹⁴⁰¹ *Reister*, S. 283 f.;

¹⁴⁰² BGH WM 1969, 1019; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 2 Nr. 5 VOB/B, Rdn. 11 ff.; *Vygen/Schubert/Lang*, Rdn. 164 ff.; *Putzier* in: *BauR* 1989, 132 f.;

tionen des Amtsentwurfs durch den alternativen Entwurf des Nebenangebots geändert oder ersetzt werden. Die Beschreibung des Nebenangebots, insbesondere auch die in der Praxis häufig beigefügte technische Erläuterung, ist also dahingehend zu untersuchen, ob die vom Auftraggeber angeordnete Leistungsänderung oder zusätzliche Leistung unter Umständen bereits ausdrücklich in der Beschreibung des Nebenangebots in der oben erwähnten Weise bereits enthalten war.¹⁴⁰³ Dann handelt es sich nicht um eine „echte“ Anordnung im Sinne des §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B und damit eine Änderung oder Ergänzung der Vertragsleistung, sondern letztlich um die bestätigende Aufforderung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, dass dieser eine Leistung auszuführen hat, die nach der ursprünglichen Vereinbarung vertraglich geschuldet ist. In diesem Fall steht dem Auftragnehmer kein Anspruch auf geänderte bzw. Mehrvergütung zu.

Ergibt diese Prüfung, dass die geänderte oder zusätzliche Leistung nicht vom ursprünglichen Vertrag umfasst ist und es sich somit tatsächlich um eine Anordnung im Sinne der §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B handelt, die eine Abweichung vom vertraglich ursprünglich geschuldeten Leistungsumfang – Änderung der Leistung oder zusätzliche Leistung – bedeutet, ist als nächstes diese **Anordnung nach den oben unter III 2. ausführlich dargestellten Grundsätzen** dahingehend **einzuordnen**, ob die Änderungsanordnung aus technischen oder anderen Gründen **zwingend erforderlich** war, damit der vertraglich vereinbarte Erfolg überhaupt erreicht werden kann oder nicht. Kommt man auf dieser ersten Prüfungsstufe zu dem Ergebnis, dass die Änderungsanordnung in diesem Sinne erforderlich war, ist auf Stufe zwei abzugrenzen, ob diese **Notwendigkeit explizit durch den Einfluss des Nebenangebots verursacht** wurde. **Nur dann ist dem Auftragnehmer der Weg zu einem Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B versperrt.**

Im Falle geänderter oder zusätzlicher Leistungen im Sinne der §§ 2 Nr. 5, Nr. 6 VOB/B ist des Weiteren zu prüfen, ob der **Auftragnehmer bei der Planung und Leistungsbeschreibung seines Nebenangebots bereits erkennen hätte können bzw. müssen, dass diese Leistungen erforderlich werden würden**, um mit dem Verfahren des Nebenangebots den geschuldeten Erfolg, also das vertraglich vereinbarte Bauwerk, erreichen zu können. Hat der Auftragnehmer die zur Erzielung des Erfolgs notwendigen Leistungen seines Nebenangebots beziehungsweise die durch das Nebenangebot beeinflussten verbliebenen Leistungen des Amtsentwurfs in diesem Sinne nicht hinreichend beschrieben, besteht ebenfalls kein Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers.

Damit realisiert sich in zweierlei Hinsicht das Planungsrisiko, das er durch Abgabe seines Nebenangebots übernimmt: Er hat entweder einen Planungsfehler dahingehend begangen, dass er die Notwendigkeit dieser Leistungen zur Erfolgserzielung

¹⁴⁰³ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 248;

nicht erkannt hat oder dass er in manipulativer Absicht diese Leistung(en) nicht aufgeführt hat, obwohl er deren Notwendigkeit erkannt hat, um seinen Preis wettbewerbsgünstig niedriger halten zu können. Beide Konstellationen haben gemeinsam, dass die spezifische Ursache für die Leistungsänderung bzw. -ergänzung im Einfluss des Nebenangebots liegt und ohne dieses nicht erforderlich geworden wären. Insofern wäre es unbillig, den Auftraggeber mit den Folgen zu belasten, indem er dem Auftragnehmer in diesen Fällen auch noch Mehrvergütung zahlen müsste.¹⁴⁰⁴ Allerdings ist in diesem Zusammenhang auch die Frage einer **Mitverantwortung des Auftraggebers** zu prüfen: Er hat, wie oben ausgeführt, eingereichte Nebenangebote gemäß § 23 Nr. 2 VOB/A besonders intensiv zu prüfen.¹⁴⁰⁵ Wenn er im Rahmen dieser Prüfung in zumutbarer Weise feststellen hätte können, dass die Planung bzw. die daraus resultierende Leistungsbeschreibung des Nebenangebots des Auftragnehmers erkennbare Fehler oder Lücken aufweist, diese aber dennoch nicht erkannt oder den Auftragnehmer nicht vor der Beauftragung darauf hingewiesen hat, muss sich der Auftraggeber eine Mitverantwortung in Form einer stillschweigenden Risikoübernahme anrechnen lassen.¹⁴⁰⁶

In allen anderen Fällen besteht ein Anspruch des Auftragnehmers nach § 2 Nr. 5, Nr. 6 VOB/B trotz der Tatsache, dass ein Nebenangebot beauftragt wurde.

Dies vor dem Hintergrund, dass der Auftragnehmer für die von ihm vorgeschlagene, vom Amtsentwurf abweichende Ausführung in Gestalt der von ihm ausgeführten Planungsleistungen das Risiko der Ausführbarkeit und Vollständigkeit zu dem von ihm beschriebenen Aufwand übernommen hat. Dies gilt nach dem oben Gesagten allerdings nur solange, als die dem Bieter vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Basisdaten – zum Beispiel das Baugrundgutachten, Bestandspläne,... – zutreffend die tatsächlichen Gegebenheiten wiedergeben.

Stellt sich im Zuge der Bauausführung beispielsweise heraus, dass der Baugrund anders ist als in den vom Auftraggeber vorgelegten Baugrundgutachten beschrieben und mit diesem Inhalt nachfolgend vertraglich vereinbart, bedeutet dies eine Änderung des Bauentwurfs, da die selbe Bauleistung nunmehr in einem anderen Baugrund auszuführen ist. Auch im Falle der Ausführung eines Nebenangebots hat der Auftraggeber dann einen Anspruch aus § 2 Nr. 5, Nr. 6 VOB/B, sofern die Änderungsnotwendigkeit bzw. die Erforderlichkeit zusätzlicher Leistungen nicht darin begründet liegt, dass der Auftragnehmer mit seinem Nebenangebot den vom Bau-

¹⁴⁰⁴ Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 28 f.; Marbach in: Festschrift für Vygen, S. 248 f.;

¹⁴⁰⁵ Vgl. oben Teil 3 D II; Hofmann, a.a.O., stützt die Prüfungspflicht des Auftraggebers auf § 17 Nr. 4 Abs. 3 S. 2 VOB/A; dies ist zum einen problematisch, nachdem sich § 17 VOB/A ausdrücklich an den Auftraggeber und nicht an den Auftragnehmer richtet; zum anderen ist der Verweis auf § 17 VOB/A nicht erforderlich, nachdem § 23 VOB/A die Prüfungspflicht für den Auftraggeber ausdrücklich vorgibt.

¹⁴⁰⁶ Hofmann, a.a.O.;

grundgutachten erfassten Bereich überschritten hat.¹⁴⁰⁷ Die Frage von Änderungs-/Zusatzanordnungen in Zusammenhang mit Baugrundproblemen nach Beauftragung eines Nebenangebots wird wegen ihrer erheblichen Praxisrelevanz ausführlich unten in Ziffer V 1. erörtert. Besteht die vom Auftraggeber angeordnete Änderung des Bauentwurfs – auch dieser Fall ist in der Praxis nicht selten – darin, dass **von der Ausführung nach dem Entwurf des Nebenangebots „zurück“ auf den Amtsentwurf umgestellt wird**, ist die Abgrenzung ebenso wie oben beschrieben vorzunehmen.

Das heißt im Ergebnis:

► **Die Tatsache, dass ein Bauvertrag auf der Basis eines Nebenangebots des Auftragnehmers zu Stande gekommen ist, schließt nicht grundsätzlich Mehrvergütungsansprüche des Auftragnehmers nach §§ 2 Nr. 5, Nr. 6 VOB/B aus. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Ursache für die nachträglich erforderlichen geänderten oder zusätzlichen Leistungen in diesem Sinne ausschließlich im Nebenangebot liegt und sich somit ein spezifisches Risiko des Nebenangebots realisiert hat.**

5. Auswirkungen von Nebenangeboten auf Pauschalverträge, § 2 Nr. 7 VOB/B

Nebenangebote weisen in der Praxis **sehr häufig Berührungspunkte mit der Problematik von Pauschalpreisen** auf: Oftmals bestehen Nebenangebote darin, dass die nach Einheitspreisen ausgeschriebene Vergütung vom Bieter als Nebenangebot in Form einer pauschalierten Vergütung angeboten wird oder dass der Bieter jedenfalls Teile der ausgeschriebenen Leistung, wie etwa die Baustelleneinrichtung, auf der Vergütungsseite mit einem pauschalen Preis anbietet.¹⁴⁰⁸ Vor der Prüfung, inwiefern sich die Beauftragung eines Nebenangebots auf Pauschalpreisvereinbarungen auswirkt, ist zunächst ein Blick auf die grundsätzliche Systematik der Rechtslage in Zusammenhang mit Pauschalpreisen zu werfen. Diese soll angesichts des hier gestellten Themas wiederum nur soweit dargestellt werden, wie sie zum Verständnis der hier zu diskutierenden Besonderheiten im Rahmen von Nebenangeboten erforderlich ist. Im Übrigen sei auf die gängigen Kommentierungen und die Literatur verwiesen.

5.1 Grundsätzliche Systematik von Pauschalpreisverträgen im Überblick

In Zusammenhang mit Bauverträgen auf Basis von Hauptangeboten ist die Vereinbarung eines Pauschalpreises bereits eine Erscheinung, die auch in der Rechtsprechung **vielfach zu Missverständnissen und falschen Beurteilungen** führt, der Auftragnehmer übernehme in dem Moment der Bildung einer Pauschale sämtliche

¹⁴⁰⁷ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 248 f.; *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 59 f.; *Reister*, BauR 2005, 758 f.;

¹⁴⁰⁸ *Dähne/Schelle*, S. 924;

denkbaren Risiken.¹⁴⁰⁹ Dem ist aber gerade nicht so. Die Bildung eines Pauschalpreises – gleich, ob in Form einer Global- oder Detailpauschale¹⁴¹⁰ – hat **lediglich** zur Folge, dass die **Vergütungsseite pauschaliert** wird. Beim Globalpauschalpreisvertrag wird darüber hinaus auch die Leistungsseite pauschaliert.¹⁴¹¹ Das bedeutet wiederum in allen Varianten einer Pauschale, dass der Auftragnehmer in diesem Fall das Mengenermittlungsrisiko trägt.¹⁴¹² Der **Regelungsgegenstand** des § 2 Nr. 7 VOB/B umfasst damit **lediglich zufällige Änderungen der tatsächlich ausgeführten Mengen**.¹⁴¹³ Der strukturelle Unterschied zwischen dem Einheits- und dem Pauschalpreisvertrag liegt nur auf der Ebene der Vergütung.

Entscheidend ist jedoch, dass **auch bei Vereinbarung einer Pauschalierung die Risikoübernahme durch den Auftragnehmer eng begrenzt** ist: Jede nicht aus dem Risikobereich des Auftragnehmers herrührende Abweichung der tatsächlich auszuführenden von der vertraglich vereinbarten Leistung („Bausoll-Bauist-Abweichung“) hat nicht nur beim Einheitspreis, sondern ebenso beim Pauschalpreisvertrag eine Änderung der Vergütung zur Folge.¹⁴¹⁴ Dies ergibt sich bereits unmittelbar aus **§ 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B**: Danach gelten die Regelungen von dessen Nr. 4, 5 und 6 auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme. Das heißt: Ein Pauschalpreis ist nicht nur dann anzupassen, wenn im Rahmen der Übernahme des Mengenermittlungsrisikos durch den Auftragnehmer die zufällige Mengenänderung ein derart erhebliches Ausmaß annimmt, dass im Sinne von § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 2 VOB/B („Wegfall der Geschäftsgrundlage“) ein Festhalten an der Pauschale unzumutbar wäre.

Die Pauschale verändert sich bereits in dem Moment nach §§ 2 Nr. 7 Abs. 2, Nr. 4, 5, 6 VOB/B, in dem eine Änderung der Leistung eintritt, die nicht durch den Auftragnehmer zu vertreten ist und nicht unter das von ihm übernommene Mengenrisiko fällt.¹⁴¹⁵ Dies ist der Fall, wenn sich herausstellt, dass die vom Auftraggeber als Grundlage zur Verfügung gestellten Basisdaten unzutreffend sind. Einige Beispiele: Die vom Auftraggeber mit den Ausschreibungsunterlagen übergebenen Baugrundgutachten sind fehlerhaft; der Boden weist tatsächlich eine andere Bodenklasse auf als ausgeschrieben. Der Aushub ist höhergradig kontaminiert als vom Auftraggeber vorgegeben. Der Auftraggeber ändert Aussehen, Form und/oder Größe des geplanten Bauwerks nachträglich ab. In diesen Fällen bleibt die Pauschale nicht unverändert. Dies hat auch der BGH ausdrücklich so bestätigt. Die vertraglich geschuldete Leistung („Bausoll“) bestimmt sich bei einem Pauschalvertrag nicht nur durch den

¹⁴⁰⁹ Vgl. u.a. LG Hannover, Urteil vom 18.04.2007, 11 O 252/06;

¹⁴¹⁰ Näher zur Abgrenzung siehe *Kuffer/Wirth*, Kap. 2 C, Rdn. 81 ff.; Darmstädter Baurechtshandbuch, II. Teil, Rdn. 480 ff.;

¹⁴¹¹ Darmstädter Baurechtshandbuch, a.a.O.;

¹⁴¹² A.a.O., Rdn. 480;

¹⁴¹³ *Kuffer/Wirth*, Kap. 2 C, Rdn. 79;

¹⁴¹⁴ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 VOB/B, Rdn. 233; Darmstädter Baurechtshandbuch, a.a.O.;

¹⁴¹⁵ *Kapellmann/Messerschmidt*, a.a.O.;

Umfang der Leistung, sondern auch durch die Art; ändert der Auftraggeber seine nachträglich die Kriterien und Basisdaten ab, die die Vertragsleistung beschrieben und die Grundlage für die Bildung der Pauschale waren, steht dem Auftragnehmer eine geänderte oder zusätzliche Vergütung nach § 2 Nr. 5, 6 VOB/B zu.¹⁴¹⁶ Die Bedeutung und Folgen einer Pauschale werden in der Praxis häufig überbewertet.¹⁴¹⁷ Auch eine **Pauschale gilt nur für den Umfang der ausdrücklichen Risikoübernahme**. Sie berücksichtigt nur solche Erschwernisse und Mehraufwendungen, die sich im Rahmen des vertraglich festgelegten Leistungsumfangs halten.¹⁴¹⁸

5.2 Auswirkung von Nebenangeboten auf Pauschalpreisverträge

Sieht ein Nebenangebot eine Pauschalierung der Vergütung für die gesamte oder einen Teil der angebotenen Leistung vor, könnte sich aus der Besonderheit, dass der Auftragnehmer den Leistungsinhalt plant und die Leistung beschreibt, eine erweiterte Risikoverlagerung zu seinen Lasten ergeben.

Zur Beurteilung dieser Frage sind zunächst noch einmal zwei wesentliche Grundsätze des Pauschalpreisvertrags und des Nebenangebots zu wiederholen: Eine Pauschale gilt grundsätzlich nur für das, was von ihr nach dem Willen der Vertragsparteien umfasst sein soll. Freilich können auch Risiken, die der Auftraggeber im Normalfall zu tragen hat, vertraglich – insbesondere individualvertraglich, bei AGB-Klauseln ist eine Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB anzustellen – auf den Auftragnehmer abgewälzt werden.¹⁴¹⁹ In diesem Fall muss die Risikoübertragung aber hinreichend ausdrücklich im Wege der Vereinbarung erfolgen. Eine Risikoübertragung durch Vereinbarung einer pauschalierten Vergütung findet nur im Rahmen des Mengenermittlungsrisikos bei im Übrigen unveränderten Parametern statt. Werden im Rahmen eines Einheitspreisvertrags auf der Basis eines Nebenangebots nachträglich Leistungen durch den Auftraggeber geändert oder zusätzlich angeordnet oder führt der Auftragnehmer solche ohne Anordnung aus, ist nach der obigen Darstellung der Weg zu einem Mehrvergütungsanspruch bzw. einer Anpassung der Vergütung zu Gunsten des Auftragnehmers nur dann abgeschnitten, wenn die Notwendigkeit der Abweichung von der vertraglich geschuldeten Leistung ihre Ursache in der Sphäre des Nebenangebots – Beispiel: Planungsfehler des Bieters – hat.

Für den Pauschalvertrag auf der Basis eines Nebenangebots kann damit nichts anderes gelten: Das Leistungspaket des Nebenangebots wird mit der Beauftragung zur vertraglich geschuldeten Leistung. Damit steht fest, was der Auftragnehmer für die

¹⁴¹⁶ BGH, Beschluss vom 12.09.2002, VII ZR 81/01; BauR 2002, 1847; OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.02.2003, 21 U 80/02; BauR 2003, 892; *Kuffer/Wirth*, 2. Kap. C, Rdn. 79;

¹⁴¹⁷ *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 2 Nr. 7, Rdn. 50;

¹⁴¹⁸ A.a.O., Rdn. 41;

¹⁴¹⁹ Vgl. u.a. „Kammerschleusenfall“, BGH, Urteil vom 27.06.1996, VII ZR 59/95; BauR 1997, 126 = IBR 1996, 487 = NJW 1997, 61 = ZfBR 1997, 29; *Kniffka* in: CBTR-Jahresband 2002, S.23 ff. (m. Anm. *Kniffka*);

vereinbarte Vergütung zu erbringen hat. Ist das gesamte Leistungspaket oder nur ein Teil davon hinsichtlich der Vergütung pauschaliert, dann steht in diesem Augenblick auch fest, was der Auftragnehmer als Gegenleistung für diese Pauschale zu erbringen hat. Der Auftragnehmer schuldet nicht etwa „alles, was den Leistungserfolg sicherstellt, gleich welche Vereinbarungen getroffen sind“, sondern nur das, was ausdrücklich zum Leistungssoll im Rahmen der Pauschale vereinbart wurde.¹⁴²⁰ Dies ist gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln.

Auch im Rahmen eines pauschalierten Nebenangebots übernimmt der Auftragnehmer nach den allgemeinen Grundsätzen nicht mehr und nicht weniger als bei Beauftragung eines Hauptangebots nur das Mengenermittlungsrisiko, und das nur für den Fall, dass die Basisdaten des Auftraggebers (wie etwa Baugrundgutachten) zutreffend waren und auch die übrigen Parameter des Vertrags unverändert bleiben. Das Mengenrisiko hat der Auftragnehmer durch Einreichung seines Nebenangebots bereits ohnehin auch ohne Vereinbarung einer Pauschale bei einem Einheitspreisvertrag zu tragen. Dies resultiert aus seiner Planungsverantwortung. Bei einer Pauschalpreisvereinbarung wiederum hat der Auftragnehmer das Mengenermittlungsrisiko ebenso bereits bei einem Hauptangebot: Er kann sich nur dann auf die Richtigkeit vom Auftraggeber vorgegebener Vordersätze verlassen, wenn er nicht selbst Mengenermittlungsparameter zur Verfügung hatte, um eine eigene Ermittlung der Mengengrundlage für die Pauschale anzustellen oder zumindest die Mengenermittlung des Auftraggebers zu prüfen. In allen anderen Fällen ist es im Fall eines Pauschalpreisvertrags Sache des Auftragnehmers, die Mengen aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen zu ermitteln.¹⁴²¹ Selbst im Fall, dass auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung das „Risiko der gänzlicher Unermittelbarkeit“ – Beispiel „Dichtwand bis tragfähiger Boden“ – wirksam auf den Auftragnehmer verlagert worden sein sollte, ist Voraussetzung für den unveränderten Bestand der Pauschale, dass die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Basisdaten zutreffen waren.¹⁴²² Der Auftragnehmer übernimmt auch beim Bauvertrag auf Nebenangebotsbasis nur dieses Mengenermittlungsrisiko; er schultert mit der Vereinbarung einer Pauschale nicht automatisch alle denkbaren Risiken späterer Leistungsänderungen, der Unrichtigkeit der Basisdaten des Auftraggebers oder beispielsweise das Baugrundrisiko – es sei denn, es ist diesbezüglich ausdrücklich eine wirksame einvernehmliche Regelung getroffen.

¹⁴²⁰ *Kniffka*, a.a.O., S. 27, unter Verweis auf den „Vorfluterfall“, BGH, Urteil v. 10.05.2001, VII ZR 248/00, BauR 2001, 1254 = IBR 2001, 349 = NZBau 2001, 446 = ZfBR 2001, 408;

¹⁴²¹ BGH, Urteil vom 16.12.1971, VII ZR 215/69; BauR 1972, 118; BGH VersR 1965, 803; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 VOB/B, Rdn. 234 ff.; *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 288;

¹⁴²² BGH, Urteil vom 14.01.1971, VII ZR 3/69; BauR 1971, 124; *Kapellmann/Messerschmidt*, a.a.O., Rdn. 236; *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 221 ff.; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 10, Rdn. 370;

Wie oben unter Ziff. 5.1 ausgeführt, gelten gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B die Regelung von deren Nr. 4, 5 und 6 auch beim Pauschalvertrag. Auch hier gilt für den Bauvertrag auf Basis eines Nebenangebots keine Abweichung. Insoweit muss auch das gelten, was oben zur Frage der nachträglichen Leistungsänderung bzw. -erweiterung in Zusammenhang mit Nebenangeboten ausgeführt wurde:¹⁴²³ Ordnet der Auftraggeber nachträglich eine Änderung oder Ausweitung der vertraglich geschuldeten Leistung („Bausoll“) an, ist zu prüfen, ob der Auftraggeber dies „aus freien Stücken“ tut oder ob die Notwendigkeit hierfür auf Grund beispielsweise von Planungsfehlern des Bieters im Nebenangebot entstanden ist. In ersterem Fall steht dem Auftragnehmer Mehrvergütung zu, in letzterem nicht. Dies gilt ebenso bei einer Pauschalpreisvereinbarung im Rahmen eines beauftragten Nebenangebots: Muss der Auftragnehmer mehr leisten, als er für sich bei Ermittlung der Pauschale kalkuliert hatte, hat er keinen Anspruch auf Mehrvergütung nach § 2 Nr. 7 Abs. 2, Nr. 4, 5, 6 VOB/B bzw. Anpassung der Pauschale nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 2 VOB/B, wenn die Ursache darin liegt, dass er Leistungen übersehen hat, die Mengen falsch ermittelt hat oder auf Grund der Eigenheiten seines Nebenangebots andere Leistungen geändert oder zusätzlich ausgeführt werden müssen. Ändert der Auftraggeber den Leistungsumfang ab, ohne dass hierfür eine Notwendigkeit aus dem Nebenangebot begründet ist, steht dem Auftragnehmer auch im Fall eines pauschalierten Nebenangebots Mehrvergütung zu. Verändern sich, ohne dass dies durch das Nebenangebot verursacht worden ist, die Leistungen in einem derartigen Umfang, dass ein Festhalten an der Pauschale nicht mehr zumutbar ist, besteht ein Anpassungsanspruch nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 2 VOB/B.

Das heißt:

► Auch bei Vereinbarung eines Pauschalpreises bei einem Bauvertrag auf Basis eines Nebenangebots gelten die allgemeinen Regelungen des § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B. Die Pauschale gilt nur für das, was ausdrücklich ihre Grundlage war. Der Auftragnehmer übernimmt nur das Mengenrisiko und das Planungsrisiko bezüglich seines Nebenangebots, nicht aber zusätzlich weitere Risiken wie das Baugrundrisiko oder das Risiko der Richtigkeit der vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Basisdaten, sofern die Parteien nicht eine ausdrückliche wirksame Vereinbarung diesbezüglich getroffen hatten.

Eine Anpassung der Pauschale findet dann statt, wenn ein Festhalten an ihr nicht mehr zumutbar ist und die Ursache für die Leistungsänderung nicht aus der Sphäre des Nebenangebots stammt. Mehrvergütungsansprüche des Auftraggebers nach § 2 Nr. 7 Abs. 2, Nr. 4, 5, 6 VOB/B bestehen ebenso unverändert wie im Fall der Beauftragung eines Hauptangebots, wenn die Abweichung

¹⁴²³ Vgl. des Weiteren unten Ziff. 6)

von der Vertragsleistung nicht gerade auf Grund des Nebenangebots erforderlich wurde.

6. Leistungen nach § 2 Nr. 8 VOB/B bei Nebenangeboten

Eine weitere Regelung der VOB/B zur Frage potenzieller Mehrvergütungsansprüche des Auftragnehmers findet sich in § 2 Nr. 8, die ebenso im Rahmen von Nebenangeboten praktische Bedeutung erlangen.

6.1 Grundsystematik

Auch bezüglich § 2 Nr. 8 VOB/B soll an dieser Stelle die grundsätzliche Systematik nur in notwendigen Eckpunkten dargestellt werden, nachdem im Rahmen dieser Abhandlung die nebenangebotsspezifischen Auswirkungen Gegenstand sind. Ergänzend ist wiederum auf die gängigen Kommentierungen zu verweisen.

§ 2 Nr. 8 VOB/B enthält folgende Regelung:

(1) Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt, werden nicht vergütet. Der Auftragnehmer hat sie auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen; sonst kann es auf seine Kosten geschehen. Er haftet außerdem für andere Schäden, die dem Auftraggeber hieraus entstehen.

(2) Eine Vergütung steht dem Auftragnehmer jedoch zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich anerkennt. Eine Vergütung steht ihm auch zu, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt wurden. Soweit dem Auftragnehmer eine Vergütung zusteht, gelten die Berechnungsgrundlagen für geänderte oder zusätzliche Leistungen der Nummer 5 oder 6 entsprechend.

(3) Die Vorschriften des BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) bleiben unberührt.

In entscheidender Abgrenzung zu den Ansprüchen nach §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B führt der Auftragnehmer Leistungen **abweichend von der ursprünglich vertraglich vereinbarten Leistung geänderte oder zusätzliche Leistungen aus, die der Auftraggeber jedoch nicht nach §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B angeordnet hat, sondern die der Auftragnehmer in diesem Sinn „eigenmächtig“ ausgeführt hat** im Sinne unverlangter Zusatzleistungen in Form von Qualitäts- bzw. Quantitätsabweichungen.¹⁴²⁴ Grundsätzlich steht dem Auftragnehmer hierfür nach § 2 Nr. 8 Abs. 1 S. 1 VOB/B

¹⁴²⁴ Ganten/Jagenburg/Motzke, § 2 Nr. 8, Rdn. 10 ff.;

keine Vergütung zu. Er hat sogar diese Leistungen auf Verlangen auf seine eigenen Kosten wieder zu beseitigen.

Ein Mehrvergütungsanspruch steht dem Auftragnehmer aber dennoch gemäß § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B unter zwei möglichen Voraussetzungen zu: Entweder der Auftraggeber genehmigt die Ausführung nachträglich oder aber die Leistungen waren erforderlich, um den vertraglich vereinbarten Erfolg erreichen zu können, sie entsprachen darüber hinaus dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers und wurden diesem vom Auftragnehmer unverzüglich angezeigt. Ein Mehrvergütungsanspruch ergibt sich auch nach § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B nach den Gesichtspunkten der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), §§ 677 ff. BGB. Eine berechtigte GoA, die nach § 683 BGB zu einem Aufwendungsersatz des Auftragnehmers führt, liegt vor, wenn die Leistung interessensgemäß war und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprach. Interessensgemäß ist eine Leistung immer dann, wenn sie objektiv notwendig oder für den Auftraggeber zumindest nützlich war.¹⁴²⁵ Der wirkliche Wille des Auftraggebers ist bereits gegeben, wenn der Auftraggeber gar nicht bestreitet, dass die Leistung erforderlich bzw. nützlich ist, aber den Auftragnehmer bereits nach dem ursprünglichen Vertrag zur Ausführung der Leistung für verpflichtet hält. Dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entspricht die Ausführung der Leistung, wenn aus der nachträglichen Sicht eines objektiven Betrachters der Auftraggeber aller Wahrscheinlichkeit nach die Leistung gebilligt hätte. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Leistung dem objektiven Interesse des Auftraggebers entsprach.¹⁴²⁶

6.2 Abweichungen in Folge der Beauftragung eines Nebenangebots

Vom Wortlaut her macht § 2 Nr. 8 VOB/B keinen Unterschied dahingehend, durch welchen Einfluss die Leistung veranlasst wurde. Der Tatbestand umfasst „Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt“. Solche werden zunächst nach dem Grundsatz in Abs. 1 nicht vergütet, unerheblich, ob sie erforderlich waren oder nicht sowie ob sie durch den Auftraggeber oder den Auftragnehmer verursacht wurden. Wie oben dargestellt, wird das Nebenangebot mit dessen Beauftragung Gegenstand der vertraglich geschuldeten Leistung („Bau-Soll“). Unerheblich, ob nun ein Haupt- oder ein Nebenangebot bezuschlagt wurde, ist tatbestandlich entscheidend, dass die Leistung von der ursprünglichen Vertragsleistung abweicht. Erfasst ist somit auch eine Leistung, die vom Leistungskatalog des Nebenangebots abweicht. Eine Unterscheidung ist hier nicht angezeigt.

¹⁴²⁵ Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B, Rdn. 309 unter Verweis auf OLG Köln, VersR 1995, 319; Palandt/Sprau, § 683, Rdn. 6; Prütting/Wegen/Weinreich, § 683, Rdn. 5; Heiermann/Riedl/Rusam, § 2 VOB/B, Rdn. 166 ff.;

¹⁴²⁶ Ganten/Jagenburg/Motzke, § 2 Nr. 8 VOB/B, Rdn. 72 ff.; Kapellmann/Messerschmidt, a.a.O., Rdn. 310 f.; Palandt/Sprau, a.a.O., Rdn. 7; Prütting/Wegen/Weinreich, a.a.O., Rdn. 6; Ingenstau/Korbion, § 2 Nr. 8 VOB/B, Rdn. 32;

Zunächst ist auch im Rahmen eines potenziellen Anspruchs des Auftragnehmers nach § 2 Nr. 8 VOB/B beim Bauvertrag auf Nebenangebotsbasis **zu prüfen, ob überhaupt eine vom ursprünglichen Vertragsumfang abweichende Leistung vorliegt**. Dabei ist beim Nebenangebot, wie oben beschrieben, besonders darauf zu achten, inwieweit gemäß der Leistungsbeschreibung primäre Leistungen des Nebenangebots betroffen sind oder sekundäre Leistungen, also nicht durch das Nebenangebot ersetzte Leistungen des Amtsentwurfs, die durch Beauftragung des Nebenangebots beeinflusst oder abgeändert werden. Liegt eine **Abweichung vom ursprünglichen Vertrag** auf der Basis eines Nebenangebots vor und führt der Auftragnehmer diese Leistung aus, ohne hiermit ausdrücklich oder konkludent gemäß §§ 1 Nr. 3, 4 VOB/B beauftragt worden zu sein, erhält er ebenso **zunächst grundsätzlich** nach § 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B **keine Vergütung** hierfür, wenn nicht einer der Ausnahmefälle der Absätze 2 oder 3 erfüllt sind.

Bezüglich der ersten Variante des § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B – nachträgliche Genehmigung durch den Auftraggeber – bestehen ebenso keine Unterschiede zwischen einem Bauvertrag auf Haupt- bzw. Nebenangebotsbasis. Genehmigt der Auftraggeber die Ausführung der Leistung nachträglich, erhält der Auftragnehmer Mehrvergütung. Genehmigt der Auftraggeber diese nicht, entfällt ein Anspruch, wenn nicht die zweite Variante des § 2 Nr. 8 Abs. 2 bzw. Abs. 3 VOB/B erfüllt ist. Hat der Auftragnehmer bei der Planung seines Nebenangebots beispielsweise Leistungen übersehen und war dieses damit im Ergebnis unvollständig angeboten, sind die fehlenden Leistungen, die der Auftragnehmer nunmehr über den ursprünglichen Vertragsumfang hinaus ausführen muss, im Sinne des § 2 Nr. 8 Abs. 2 S. 2 VOB/B notwendig, da das vertraglich geschuldete Bauwerk andernfalls nicht vollständig bzw. ordnungsgemäß und mangelfrei realisiert werden könnte.

Entscheidendes Kriterium muss daher sein, ob die streitgegenständliche Leistung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggebers im Sinne des §§ 2 Nr. 8 Abs. 2 S. 2 VOB/B, 677, 683 S. 1 BGB entsprach. *Hofmann*¹⁴²⁷ kommt zu dem Ergebnis, dass Leistungen, die vom Auftragnehmer als Entwurfsmittel des Nebenangebots als für den Vertragszweck erforderlich vorhersehbar waren, nicht diesem Kriterium entsprechen, da diese ja zur vorgesehenen Leistung im Sinne von § 2 Nr. 1 VOB/B zählten. Es müsse sich stattdessen um Leistungen handeln, die nicht Inhalt des Vertrags geworden sind und vom Begriff her eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne von § 2 Nr. 5 VOB/B oder eine Zusatzleistung im Sinne von § 2 Nr. 6 VOB/B darstellen, bei denen es aber an einer Anordnung bzw. Leistungsanforderung seitens des Auftraggebers fehlt.

Dem ist – jedenfalls im Ergebnis – zuzustimmen. Um eine „vorgesehene“ Leistung wird es sich bei einer Leistung, die im Sinne des § 2 Nr. 8 VOB/B nachträglich in ge-

¹⁴²⁷ In: Nebenangebote im Bauwesen, S. 64;

änderter Form oder zusätzlich zum vertraglich geschuldeten Leistungsumfang („Bausoll“) auszuführen ist, in den meisten Fällen gerade nicht handeln. „Erforderlich“ zur Erreichung des Erfolgs kann insoweit nicht in allen Fällen mit „vorgesehen“ gleichgesetzt werden. Dies ist aber auch nicht erforderlich: Die Ausführung einer Leistung, die für die Erzielung des geschuldeten Werkerfolgs erforderlich ist und die nur in Folge eines Planungsfehlers nicht bereits ausdrücklich vom ursprünglichen Vertrag umfasst war und nunmehr zusätzlich vergütet werden soll, wird nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprechen. Sein Wille kann sicherlich nicht dahingehend ausgelegt werden, dass er sein Bauvorhaben wegen eines Planungsfehlers des Auftragnehmers zu einem höheren als dem vertraglich vereinbarten Preis erhalten will.

Das heißt:

► **Auch für die Beurteilung eines Anspruchs des Auftragnehmers nach § 2 Nr. 8 VOB/B ist wiederum zu unterscheiden, ob die Notwendigkeit der geänderten oder zusätzlichen Leistung aus der Sphäre des Nebenangebots stammt. Hätte der Auftragnehmer die Erforderlichkeit dieser Leistung im Rahmen der Planung vorhersehen müssen bzw. können, liegt insoweit also ein Planungsfehler vor, steht ihm keine Mehrvergütung nach § 2 Nr. 8 VOB/B zu. In den anderen Fällen ist der Mehrvergütungsanspruch nach den allgemeinen Anforderung des § 2 Nr. 8 VOB/B zu bewerten.**

7. Bedeutung der Vorgaben im Vergabehandbuch (EVM) für Mehrvergütungsansprüche

Der öffentliche Auftraggeber macht mit der Verwendung der Einheitlichen Verdichtungsmuster aus Teil II des Vergabehandbuchs Bund¹⁴²⁸ konkrete Vorgaben für die Gestaltung der Beschreibung von Nebenangeboten durch den Bieter. Regelungen finden sich für die Vergabe von Bauleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte (§ 2 Nr. 4 VgV) im EVM(B) BwB/E sowie für Aufträge ab den Schwellenwerten im EVM(B) BwB/E EG. Wie oben ausgeführt,¹⁴²⁹ fordert der Auftraggeber vom Bieter damit in seinen Verdingungsunterlagen, potenzielle Nebenangebote *„eindeutig und erschöpfend zu beschreiben“*. Die Gliederung des Leistungsverzeichnisses aus dem Amtsentwurf ist, *„soweit möglich, beizubehalten“*. Ferner enthalten die EVM ein „Vollständigkeitsgebot“: Nebenangebote müssen demnach des Weiteren *„alle Leistungen umfassen, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind“*. Der Bieter hat in seinem Nebenangebot *„entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit der Leistung“* zu machen. Ziff. 5.4 der EVM regelt darüber hinaus: *„Nebenangebote sind, soweit sie Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses beeinflussen (ändern, ersetzen, entfallen lassen, zusätzlich erfordern),*

¹⁴²⁸ Das Vergabehandbuch des Bundes wird hier repräsentativ für einschlägige Vergabehandbücher der Länder betrachtet;

¹⁴²⁹ Vgl. Teil 1 C V;

nach Mengenansätzen und Einzelpreisen aufzugliedern (auch bei Vergütung durch Pauschalsumme)“. In Ziff. 5.5 erklärt der Auftraggeber, dass er Nebenangebote aus der Wertung ausschließt, die diesen Anforderungen nicht genügen.

Es ließe sich also die These vertreten, bereits aus diesem Grund könnte der Auftragnehmer verpflichtet sein, alles ohne Mehrvergütungsanspruch leisten zu müssen, was „zur einwandfreien Ausführung der Bauleistung (tatsächlich) erforderlich“ ist, unerheblich, ob der Auftragnehmer diese Leistungen in seinem Nebenangebot auch wirklich ausgeworfen hat. Dies würde allerdings zu weit gehen: Das Vergabehandbuch ist lediglich eine interne Dienstanweisung, die sich an den Auftraggeber richtet. Die hieraus hervorgehenden Einheitlichen Verdingungsmuster (EVM) sind Bestandteile der Verdingungsunterlagen des Auftraggebers. Sie stellen allerdings ebenso wie die VOB Teil A nur Regelungen für das Vergabeverfahren auf. Nicht einmal die VOB/A hat unmittelbare Auswirkungen auf die Frage der vertraglichen Risikoverteilung. Dies kann auch nicht für die EVM gelten. Sie geben Auskunft darüber, welche Erklärungen und Angaben der Auftraggeber fordert, um ein Nebenangebot in seine Wertung einzubeziehen. Wie die VOB/A werden die EVM nicht Bestandteil des (Neben-)Angebots des Bieters, so dass auch die Auslegungsregel des § 1 Nr. 2 VOB/B bei eventuellen Widersprüchlichkeiten nicht weiterhilft. Allenfalls wäre entsprechend der VOB/A-konformen Auslegung beim klassischen Hauptangebot an die Möglichkeit zu denken, dass die Leistungsbeschreibung eines Nebenangebot „EVM-konform“ zu erfolgen hat.

Im Ergebnis besteht allerdings auch keine Notwendigkeit, die Forderungen aus den EVM für die Beantwortung von Fragen in Zusammenhang mit der Risikoverteilung bei Bauverträgen auf der Basis von Nebenangeboten sowie für die Prüfung der Berechtigung von Mehrvergütungsansprüchen in diesem Zusammenhang heranzuziehen: Das oben ausgearbeitete und dargestellte Modell hält für alle denkbaren Varianten eine adäquate Lösung parat. Hat der Auftragnehmer bei seinem ursprünglichen Nebenangebot nicht alle „für eine einwandfreie Ausführung“ erforderlichen Leistungen mit angeboten, liegt entweder ein Fall vor, in dem der ursprüngliche Bieter einen Planungsfehler begangen hat – unerheblich, ob vorsätzlich oder fahrlässig – oder die Erforderlichkeit der zusätzlichen oder geänderten Leistung war nicht vorhersehbar und beruht dann auch nicht auf einem Planungsfehler. Dann ist in jeder Konstellation nach dem oben¹⁴³⁰ dargestellten Schema zu verfahren.

IV. Auswirkungen der Risikoverteilung auf Fragen der Bauzeit

Sehr häufig hängen Nebenangebote in der Praxis mit Fragen der Bauzeit zusammen. Die (wirtschaftlichen) Vorteile, die Nebenangebote gegenüber dem Amtsent-

¹⁴³⁰ Vgl. oben 1-6;

wurf bieten, bestehen oft darin, dass die Bauaufgabe durch geschickte Umstellungen im Ablauf der Ausführung oder durch die Wahl anderer Verfahren oder etwa von Baustoffen, die schneller verarbeitet werden können, in kürzerer Bauzeit gelöst werden kann als vom Auftraggeber in seinem Entwurf berechnet. Der Bauherr kann dann im Erfolgsfall sein Bauwerk früher nützen und hat damit wirtschaftliche Vorteile, beispielsweise früher Mieteinnahmen erzielen zu können. Ebenso nicht selten zeigt sich dann aber nach Beauftragung des Nebenangebots, dass die zeitlichen Vorteile doch nicht realisiert werden können – entweder, weil negative Einflüsse aus der Sphäre des Auftraggebers (z.B. überraschend anders angetroffener Baugrund als beschrieben) dies verhindern oder weil sich herausstellt, dass der Auftragnehmer sich „verrechnet“ hat und die angebotene kürzere Bauzeit deshalb nicht eingehalten werden kann, weil noch weitere Leistungen erforderlich sind, die er in der Planung fehlerhaft nicht berücksichtigt hatte oder weil das alternativ vorgeschlagene Verfahren doch nicht in der vorgesehenen Zeit zum Erfolg führt, sondern eine längere Bauzeit als vom Auftragnehmer geplant in Anspruch nimmt. Insoweit sind die Folgen von Bauzeitfragen in Zusammenhang mit Nebenangeboten zu erörtern.

1. Grundsätzliche Systematik

Fragen zur Störungen in Zusammenhang mit der Bauzeit sind in der VOB/B in § 6 geregelt. Relevante Auszüge hieraus:

Nr. 1:

*Glaubt sich der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung **behindert**, so hat er es dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich **anzuzeigen**. Unterlässt er die Anzeige, so hat er nur dann Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren.*

Nr. 2:

*(1) **Ausführungsfristen werden verlängert**, soweit die Behinderung verursacht ist:*

*a) durch einen Umstand aus dem **Risikobereich des Auftraggebers***

b) (...)

*c) durch höhere Gewalt oder andere **für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände***

(...)

Nr. 6:

*Sind die **hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten**, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz oder grober Fahr-*

lässigkeit. Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Nr. 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Nr. 1 Satz 2 gegeben ist.

Auch die Systematik der Bauzeitverzögerungen kann im Rahmen dieser Abhandlung nur an Hand weniger Einzelfragen punktuell dargestellt werden. Die Problematik ist ebenso praxisrelevant wie umfangreich.¹⁴³¹ § 6 VOB/B ist nur relevant, eine Bauleistung nur vorübergehend zum Stillstand kommt oder verzögert wird, nicht aber im Fall eines dauernden Stillstandes, bei Unmöglichkeit der Ausführung sowie bei Nicht- und Schlechterfüllung.¹⁴³²

Grundsätzlich gelten Termine und Fristen wie vertraglich vereinbart. Zwar ist grundsätzlich zu unterscheiden – **echte Vertragsfristen** in diesem Sinne liegen nur vor, wenn diese als solche im Sinne von § 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B ausdrücklich vereinbart sind¹⁴³³ – aber auch ohne das Vorliegen von ausdrücklichen Vertragsfristen liegt eine Behinderung vor, wenn der Bauablauf behindert ist und die Störung auf dem kritischen Weg liegt, also eine echte und unmittelbare Auswirkung auf die Bauzeit hat.¹⁴³⁴ Eine **Behinderung** liegt vor, wenn ein Ereignis eintritt, das den vorgesehenen Leistungsablauf – unerheblich, ob es sich um eine ausdrückliche Vertragsfrist im Sinne von § 5 Nr. 1 VOB/B handelt – in sachlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht hemmt oder verzögert. Eine **Unterbrechung** ist der Extremfall einer Behinderung und führt zu einem Arbeitsstillstand bei der Ausführung.¹⁴³⁵

Kommt es aber zu einer bauzeitrelevanten Störung in Form einer Behinderung oder Unterbrechung, hat der **Auftragnehmer unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf eine Verlängerung der Bauzeit** mit der Folge, dass der Auftragnehmer nicht in Verzug gerät und auch eine eventuelle Vertragsstrafandrohung nicht greift. Dies setzt nach § 6 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B voraus, dass die Ursache für die Behinderung bzw. Unterbrechung entweder aus dem **Risikobereich des Auftraggebers** herrührt oder **höhere Gewalt oder andere für den Auftraggeber unabwendbare Umstände** die Behinderung verursacht haben. Umstände im Risikobereich des Auftraggebers sind solche, die ihren Ausgangspunkt in einem dem Auftraggeber zuzurechnenden Bereich haben, also beispielsweise eine Verletzung seiner Mitwirkungs-

¹⁴³¹ Mit der Frage befassen sich unzählige Aufsätze und einige Bücher wie z.B. *Vygen/Schubert/Lang*, Bauverzögerung und Leistungsänderung, oder *Sturmberg/Steinbrecher*, Der gestörte Bauablauf und seine Folgen; ferner Abhandlungen in *Kapellmann/Schiffers*, Teil 6; *Kuffer/Wirth*, S. 554 ff.; *Kniffka/Koebler*, 8. Teil; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 13, sowie die Kommentierungen in der gängigen Kommentarliteratur zu § 6 VOB/B und eine Vielzahl von Urteilen zu der Problematik;

¹⁴³² *Ingenstau/Korbion*, § 2 VOB/B, Rdn. 4; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 6 VOB/B, Rdn. 3 f.; *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 1200 ff.; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, vor § 6, Rdn. 40 ff.;

¹⁴³³ *Vygen/Schubert/Lang*, Rdn. 19, 30 ff.; *Darmstädter Baurechtshandbuch*, I. Teil, Rdn. 6;

¹⁴³⁴ *Ganten/Jagenburg/Motzke*, vor § 6 VOB/B, Rdn. 88 ff., 98;

¹⁴³⁵ *Ingenstau/Korbion*, § 6 VOB/B, Rdn. 2 f.; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 2 VOB/B, Rdn. 2;

pflichten, die verspätete Übergabe von Plänen oder Beschaffung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen, mangelhafte oder verspätete Vorleistungen, von ihm verlangte geränderte oder zusätzliche Leistungen oder aber ein Baugrund, der unerwartet nicht mit der Beschreibung aus den Baugrundgutachten des Auftraggebers übereinstimmt.¹⁴³⁶

Unabwendbar ist ein Umstand dann für den Auftragnehmer, wenn ein Ereignis eintritt, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung in dem Sinn unvorhersehbar ist, dass es oder seine Auswirkungen trotz wirtschaftlich zumutbarer und erträglicher Mittel durch die äußerste nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt nicht verhütbar oder in seinen Wirkungen auf ein erträgliches Maß unschädlich gemacht werden kann. Es darf somit kein Verschulden des Auftragnehmers vorliegen.¹⁴³⁷ Unabwendbare Umstände können zum Beispiel völlig unvorhersehbare extreme Witterungsverhältnisse oder eine völlig unerwartete Materialknappheit sein, die der Auftragnehmer auch durch einen Ersatzkauf zu höheren Preisen nicht umgehen kann sowie eine Zerstörung der Bauleistung vor Abnahme durch Unbekannte trotz ausreichender Sicherung.¹⁴³⁸

Voraussetzung für einen Anspruch auf Fristverlängerung ist also, dass nicht der Auftragnehmer die Behinderung bzw. Unterbrechung verschuldet hat und die Ursache hierfür auch nicht in seine Risikosphäre fällt.¹⁴³⁹ Wenn eine Behinderung teilweise in den Verursachungs- und Risikobereich von Auftraggeber und -nehmer fällt, ist die behinderungsbedingte Ausfallzeit nach dem Grundsatz der Festlegung einer **Mitverursachungsquote** nach der Systematik des § 254 BGB zu berechnen.¹⁴⁴⁰ Die Verursachungsanteile sind dann entsprechend aufzuteilen. Eine Verlängerung kommt nur in dem Umfang in Frage, in dem der Auftraggeber das Zeitrisko trägt und die Behinderung verursacht hat. Zeiträume, bezüglich derer der Auftragnehmer die Behinderung verursacht hat oder das Zeitrisko trägt, werden bei der Berechnung der Fristverlängerung nicht berücksichtigt.¹⁴⁴¹

¹⁴³⁶ U.a. BGH, Urteil vom 21.12.1989, VII ZR 132/88; BauR 1990, 210 = ZfBR 1990, 138; OLG Düsseldorf, BauR 1998, 340 (fehlerhaftes Abstecken der Hauptachsen); OLG Saarbrücken, BauR 1998, 1010 (verspätete Übergabe der Statik für den Dachaufbau); OLG Koblenz, NJW-RR 1988, 851; *Ingenstau/Korbion*, § 6 Nr. 2 VOB/B, Rdn. 7; *Vygen/Schubert/Lang*, Rdn. 130 ff.; *Kniffka/Koebler*, 8. Teil, Rdn. 37;

¹⁴³⁷ BGHZ 61, 144, BauR 1973, 317, NJW 1973, 1698; *Ingenstau/Korbion*, § 6 Nr. 2 VOB/B, Rdn. 20; *Sturmberg/Steinbrecher*, Rdn. 174 ff.;

¹⁴³⁸ *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 13, Rdn. 429; ausführlich zur Abgrenzung der Sphären und Verantwortungsbereiche siehe *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 6 Nr. 2 VOB/B, Rdn. 33 ff.;

¹⁴³⁹ *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 13, Rdn. 402;

¹⁴⁴⁰ A.a.O., Rdn. Rdn. 404;

¹⁴⁴¹ *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 6 Nr. 2 VOB/B, Rdn. 29; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 6 VOB/B, Rdn. 12;

Unter den Voraussetzungen des § 6 Nr. 6 VOB/B hat eine Vertragspartei Anspruch auf **Schadensersatz**, wenn der andere Teil die hindernden Umstände zu vertreten hat. Der Anspruch ist damit **verschuldensabhängig** im Sinne der §§ 276 ff. BGB.¹⁴⁴²

2. Besonderheiten im Rahmen von Nebenangeboten

Im Rahmen eines Bauvertrags, der ein Nebenangebot zu Grunde liegen hat, können ebenso wie beim „klassischen Bauvertrag“ auf der Basis eines Hauptangebots Behinderungen eintreten, die zu Bauzeitverzögerungen führen und die unter Umständen so weit reichen, dass sie den eigentlich prognostizierten Vorteil des Nebenangebots – nämlich eine Bauzeitverkürzung – komplett aufheben, wenn nicht sogar zu einer Bauzeitverlängerung führen. Ein Sonderfall in Zusammenhang mit Nebenangeboten ist die Frage verspätet vorliegender öffentlich-rechtlicher Genehmigungen.

2.1 Behinderungen im Bauablauf

Inwieweit bei Beauftragung eines Nebenangebots beim Auftreten von entsprechenden Erschwernissen, Behinderungen und Unterbrechungen Fristverlängerungsansprüche für den Auftragnehmer begründet sind, beantwortet sich bereits weitgehend unmittelbar aus der Vorschrift des § 6 Nr. 2 VOB/B heraus: Ausführungsfristen werden danach verlängert, soweit die Behinderung aus dem Risikobereich des Auftraggebers oder durch andere Umstände, die für den Auftragnehmer unabwendbar waren, verursacht ist. Wenn die Behinderung durch einen Vertragsteil vorwerfbar zu vertreten ist, hat der andere Teil nach § 6 Nr. 6 VOB/B Anspruch auf Schadensersatz. Hat also der Auftragnehmer die Behinderung zu vertreten, hat der Auftraggeber einen Schadensersatzanspruch.

Tritt im Verlauf der Bauausführung eine Behinderung auf, ist somit zunächst nach den allgemeinen Regeln deren Ursache festzustellen. Hier besteht kein Unterschied zum Bauvertrag auf Basis eines Hauptangebots. Hat die Behinderung der Auftraggeber verursacht, der Auftragnehmer oder ein Dritter? Die praktisch wichtige Unterscheidung liegt hier vielmehr darin, was der Auftragnehmer zu vertreten hat. Nach dem oben Gesagten trägt der Auftragnehmer für sein Nebenangebot das Planungsrisiko und hierbei insbesondere das Mengenrisiko. Hat er sich dabei verkalkuliert und tritt eine Behinderung ein, weil eine im Nebenangebot vorgesehene Teilleistung länger dauert als vom Bieter geplant, weil das Verfahren nicht funktioniert und deshalb Umstellungen vorzunehmen sind, weil zusätzliche Leistungen erforderlich werden, die der Bieter bei der Planung seines Nebenangebots übersehen hat oder weil die Ausführung nach dem alternativ per Nebenangebot vorgeschlagenen Verfahren insgesamt länger dauert als vom Auftragnehmer kalkuliert, **hat der Auftragnehmer im Rahmen seiner Planungsverantwortung die Ursache für die Behinderung ge-**

¹⁴⁴² ausführlich zu Fragen des Verschuldens siehe *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 6 Nr. 6 VOB/B, Rdn. 69 ff.; *Kniffka/Koebke*, 8. Teil, Rdn. 37 ff.; *Vygen/Schubert/Lang*, Rdn. 252 ff.; *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 1271 ff.;

setzt und insoweit deren Folgen zu tragen, soweit er diese Beeinträchtigungen bereits im Planungsstadium erkennen hätte können bzw. müssen.¹⁴⁴³

In diesem Fall steht dem Auftragnehmer **kein Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen** zu. Dies hat des Weiteren zur Folge, dass er bei verspäteter Fertigstellung sowie Nichteinhaltung von Einzelfristen oder des vertraglich vereinbarten Endfertigstellungstermins sowohl in Leistungsverzug gerät als auch, soweit eine vertragliche Regelung hierzu getroffen ist, den Anspruch des Auftraggebers auf **Vertragsstrafe** nicht erfolgreich abwenden kann. Er hat nach § 6 Nr. 6 VOB/B ferner dem Auftraggeber **Schadensersatz** zu leisten. Die Tatsache, dass er im hier angenommenen Fall den Mangel seiner Planung erkennen hätte können bzw. müssen, führt in der Konsequenz zu einem Vertretenmüssen jedenfalls in Form der Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 1 BGB.

Sollte der Bieter Leistungen bewusst weggelassen haben, um mit einem dadurch günstigeren Nebenangebot seine Wettbewerbschancen zu verbessern, ist – jedenfalls nach der Rechtstheorie – sogar Vorsatz zu bejahen. Allerdings wird diese vorsätzliche Handlungsweise in der Praxis dem Auftragnehmer kaum nachzuweisen sein. Der Schadensersatzanspruch ist für den Auftraggeber hier durchaus von praktischer Bedeutung: Bestand der angepriesene Vorteil eines Nebenangebots darin, dass die Bauzeit insgesamt kürzer sein werde als bei einer Ausführung nach dem Amtsvorschlag, zeigt sich dann aber bei der Umsetzung des Nebenangebots, dass tatsächlich entweder keine Bauzeitverkürzung eintritt oder die Bauzeit insgesamt sogar länger ist als sie nach dem Amtsentwurf gewesen wäre, umfasst der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers insbesondere die Schäden, die in Folge der verspäteten Fertigstellung entstehen, soweit die Behinderung nach den obigen Ausführungen auf einem Planungsfehler des Auftragnehmers in seinem Nebenangebot beruht. Dies sind in der Praxis insbesondere Mietausfälle in Folge einer späteren Bezugsfertigkeit oder verlängert zu leistender Mietzins, den der Bauherr für ein Mietobjekt zahlen muss, weil er in sein eigenes Objekt auf Grund von dessen verzögerter Fertigstellung erst später als geplant einziehen kann.

Auch im Zusammenhang mit Behinderungen und Verzögerungen im Bauablauf **hat der Auftragnehmer jedoch nur die Folgen der Störungen zu tragen, die er verursacht hat**. Im Übrigen bleibt es bei der allgemeinen Regelung des § 6 Nr. 2, Nr. 6 VOB/B: Treten **Verzögerungen oder Behinderungen aus Gründen ein, die der Auftragnehmer nicht durch sein Nebenangebot verursacht hat**, steht ihm unverändert ein **Anspruch auf Bauzeitverlängerung** nach § 6 Nr. 2 VOB/B sowie unter dessen weiteren Voraussetzungen ein **Schadensersatzanspruch gegen den Auftraggeber** nach § 6 Nr. 6 VOB/B zu. Das heißt: Liegt die Behinderung etwa darin

¹⁴⁴³ *Marbach* in: Festschrift für Vygen, S. 250; *Hofmann* in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 56 f.;

begründet, weil der Auftraggeber das Baufeld zu spät freigibt, weil Vorleistungen zu spät fertig werden, weil Material, das gemäß dem Bauvertrag vom Auftraggeber zu beschaffen ist, zu spät auf der Baustelle eintrifft, weil der Baugrund anders ist als im Baugrundgutachten beschrieben, weil sich das Baugrundrisiko realisiert oder andere vom Auftraggeber beziehungsweise von keiner der Bauvertragsparteien verursachten Einflüsse die Behinderung verursacht haben, kann der Auftragnehmer auch bei Beauftragung seines Nebenangebots eine Verlängerung der Ausführungsfrist bzw. gegebenenfalls Schadensersatz verlangen, falls der Auftraggeber die Ursache der Behinderung vertreten muss.

Tritt also eine Behinderung in der Bauausführung ein und lässt sich so im Ergebnis eine im Nebenangebot beschriebene Bauzeitverkürzung nicht realisieren, weil beispielsweise der Baugrund überraschend anders zusammengesetzt war als in den vom Auftraggeber übergebenen Baugrundgutachten und konnte der Bieter diesen Fehler nicht erkennen, muss der Auftraggeber nicht nur ohne Entschädigungsanspruch hinnehmen, dass sich der von ihm erhoffte Vorteil einer Bauzeitverkürzung nicht realisiert. Er muss im Gegenzug dem Auftragnehmer, soweit die weiteren Voraussetzungen des § 6 Nr. 6 VOB/B vorliegen, sogar Schadensersatz leisten. War der Baugrund zutreffend beschrieben und treten die Behinderung und die daraus resultierende Verschiebung des Endfertigstellungstermins des Bauvorhabens ein, weil der Auftragnehmer beispielsweise die Abbauleistung seiner Fräse höher eingeschätzt hat als sie im beschriebenen und so angetroffenen Baugrund tatsächlich liegt, steht ihm kein Anspruch nach § 6 Nr. 2 bzw. Nr. 6 VOB/B zu.

Im Ergebnis kommen im Falle der Beauftragung eines Nebenangebots weniger Konstellationen in Frage, in denen eine vom Auftraggeber verursachte Behinderung eintreten kann. Dies aus dem Grund, dass in der Baupraxis bei einem Bauvertrag auf Basis eines Hauptangebots viele Behinderungen daraus resultieren, dass der Bauentwurf fehlerhaft oder unzureichend ist. Solche Behinderungen hat im „klassischen Bauvertrag“ der Auftraggeber zu vertreten, da er die Planung nach §§ 9 Nr. 1 ff. VOB/A, 3 Nr. 1 ff. VOB/B zur Verfügung zu stellen hat. Daran ändert sich im Verhältnis Bauherr – Bauunternehmer auch nichts, wenn die Planung durch einen vom Bauherrn eingeschalteten Architekten erstellt wurde. Der Architekt ist gegenüber dem Bauherrn für ein mangelfreies Entstehen des Bauwerks verantwortlich. Ist der Architekt mit der Bauleitung beauftragt, muss sich der Bauherr sogar das Verschulden seines Architekten als Erfüllungsgehilfe zurechnen lassen.¹⁴⁴⁴ Beim Nebenangebot entfällt diese Situation: Den Entwurf hat hier der Auftragnehmer erstellt. Wenn sich aus diesem „behinderungsanfälligen“ Bereich Behinderungen ergeben, sind diese hier entsprechend vom Auftragnehmer zu vertreten.¹⁴⁴⁵

¹⁴⁴⁴ OLG Frankfurt, Urteil vom 22.06.2004, 14 U 76/99; BauR 2004, 1696 = IBR 2004, 518;

¹⁴⁴⁵ Hofmann, in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 57;

2.2 Verspätete öffentlich-rechtliche/privatrechtliche Genehmigungen

Ein Sonderfall einer möglichen Ursache für eine Behinderung ist in Zusammenhang mit einem Nebenangebot die Konstellation, dass eine erforderliche öffentlich-rechtliche Genehmigung zu spät eintrifft. Im „klassischen“ Bauvertrag ist die Lage insoweit eindeutig: Die Beschaffung der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen ist in diesem Fall nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 4 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B ganz klar die Aufgabe des Auftraggebers. Welche dies sind, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Umfasst sind unter anderem bauordnungsrechtliche Genehmigungen, solche nach dem Straßenverkehrsrecht sowie dem Wasser- und Gewerbebereich. Stellt der Auftraggeber die für die Ausführung des Bauvorhabens notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse nicht so rechtzeitig dem Auftragnehmer zur Verfügung, dass dieser die Bauarbeiten zum vereinbarten Zeitpunkt aufnehmen und der Bauablauf ungehindert vonstatten gehen kann, stellt dies eine Behinderung dar, die der Auftraggeber zu vertreten hat mit der Folge, dass der Auftragnehmer nach § 6 Nr. 2 VOB/B Bauzeitverlängerung und gegebenenfalls darüber hinaus nach § 6 Nr. 6 VOB/B Schadensersatz vom Auftraggeber beanspruchen kann.¹⁴⁴⁶ Diese Systematik liegt darin begründet, dass öffentlich-rechtliche Genehmigungen eine grundlegende Voraussetzung für die Möglichkeit sind, die Bauabsicht zu verwirklichen, so dass diese grundsätzlich in den alleinigen Interessenskreis des Auftraggebers als Bauherr fallen.¹⁴⁴⁷ Darüber hinaus hat der Auftraggeber auch gegebenenfalls erforderliche privatrechtliche Genehmigungen – z.B. Ankergenehmigungen oder Durchfahrtgenehmigungen der Nachbarn – zu beschaffen.¹⁴⁴⁸

Beim **Nebenangebot** verändert sich die Ausgangslage dahingehend, dass, wie oben mehrfach beschrieben, der Bieter und spätere Auftragnehmer die Planung ausführt. Im Zusammenhang mit einem Nebenangebot kann der Fall eintreten, dass der Bieter ein vom Amtsentwurf abweichendes Verfahren anbietet, das zusätzliche oder andere öffentlich-rechtliche Genehmigungen benötigt (etwa, weil es wasserrechtlich andere Einflüsse ausübt als der Amtsentwurf oder ein Verfahren abweichend vom Amtsentwurf angeboten wird, für das keine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung besteht, so dass erst eine Zustimmung im Einzelfall erforderlich ist¹⁴⁴⁹). In diesem Fall ist der **Auftragnehmer** nicht nur **der Sachnähere**, so dass er besser als der Auftraggeber weiß, welche „besonderen“ öffentlich-rechtlichen Genehmigungen erforderlich sind, sondern er ist **darüber hinaus der „Veranlasser“**, **der durch sein Nebenangebot die Notwendigkeit dieser Genehmigungen überhaupt erst begründet** hat. Insofern stellt sich die berechtigte Frage, inwieweit die alleinige Verantwortung für das

¹⁴⁴⁶ *Ingenstau/Korbion*, § 6 Nr. 2 VOB/B, Rdn. 8; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 6 Nr. 2 VOB/B, Rdn. 48 f.; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 6 VOB/B, Rdn. 12;

¹⁴⁴⁷ *Ingenstau/Korbion*, § 6 Nr. 1, Rdn. 16;

¹⁴⁴⁸ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 4 VOB/B, Rdn. 11; § 6, Rdn. 18;

¹⁴⁴⁹ Ausführlich zu dieser Problematik: *Englert/Schneeweiß*, in: *BauR* 2007, 290 ff.;

rechtzeitige Vorliegen dieser Genehmigungen nach wie vor beim Auftraggeber bleibt oder aber stattdessen auf den Auftragnehmer übergeht.

Hierzu ist die Situation beim „klassischen Bauvertrag“ auf Basis des Amtsentwurfs näher zu untersuchen. Hier plant in der Praxis auch nicht der Auftraggeber selbst, sondern ein von diesem beauftragter Architekt, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme von Sonderfachleuten. Der Architekt als Fachmann weiß hier besser als der Auftraggeber selbst, welche öffentlich-rechtlichen Genehmigungen nötig sind, um das vom Bauherrn gewünschte Bauvorhaben umsetzen zu können. Auf Grund dessen hat der Architekt in diesem Fall eine Hinweis- und Aufklärungsverpflichtung gegenüber dem Auftraggeber. Der Architekt muss seinen Auftraggeber rechtzeitig darüber informieren, welche Genehmigungen und Erlaubnisse dieser konkret zu besorgen hat.¹⁴⁵⁰ Hat im Einzelfall der *Auftragnehmer* eine besondere Sach- und Fachkunde, hat auch er – selbst im Falle eines Bauvertrags, dem der Amtsentwurf zu Grunde liegt – eine Hinweispflicht gegenüber dem Auftraggeber. Unterlässt er diese Hinweispflichtung, kann der Auftragnehmer dem Auftraggeber zum Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsschluss („c.i.c.“, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB) verpflichtet sein.¹⁴⁵¹ Dies muss erst recht gelten für den Fall eines Nebenangebots. In diesem Fall hat der Auftragnehmer naturgemäß und systembedingt die größere Sach- und Fachkompetenz, da aus seiner Feder die Beschreibung für ein bestimmtes Verfahren oder Material sowie der Entwurf und die Planung stammen.¹⁴⁵²

Die Hinweispflicht des Auftragnehmers ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Verpflichtung und Verantwortlichkeit des Auftraggebers für die rechtzeitige Beibringung und Übergabe der erforderlichen öffentlich-rechtlichen wie privatrechtlichen Genehmigungen, die für das beauftragte Nebenangebot erforderlich sind. Dies rührt daher, dass diese Verpflichtung im Falle der Beauftragung des Hauptangebots ihre dogmatische Begründung ebenso nicht in der Tatsache findet, dass der Auftraggeber die Planung beisteuert, sondern wie oben bereits ausgeführt darin, dass diese Genehmigungen Grundvoraussetzungen sind, dass das Bauvorhaben überhaupt verwirklicht werden kann, was letztlich im Interesse eben des Auftraggebers liegt. **Der Auftraggeber bleibt also im Fall der Beauftragung eines Nebenangebots in gleicher Weise dafür verantwortlich, dass dem Auftragnehmer rechtzeitig und ohne die Verursachung von Behinderungen alle erforderlichen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Genehmigungen vorliegen.**¹⁴⁵³ Erfüllt er diese Verpflichtung nicht und ist der Auftragnehmer dadurch in der Aufnahme der Bauarbeiten oder im Bauablauf behindert, hat dieser unter den weite-

¹⁴⁵⁰ BGH NJW 1973, 237, BauR 1973, 120; *Werner/Pastor*, Rdn. 1290; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 4 Nr. 1, Rdn. 74 ff.; *Bindhardt* in: BauR 1983, 4 ff.;

¹⁴⁵¹ OLG Stuttgart, BauR 1980, 67; OLG Frankfurt, BauR 1990, 90 = NJW-RR 1980, 981; *Ingenstau/Korbion*, § 4 Nr. 1 VOB/B, Rdn. 19; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 4 VOB/B, Rdn. 7;

¹⁴⁵² *Ingenstau/Korbion*, a.a.O.; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, § 4 Nr. 1, Rdn. 78 f.;

¹⁴⁵³ *Hofmann* in: *Nebenangebote im Bauwesen*, S. 57;

ren dort genannten Voraussetzungen einen Anspruch auf Verlängerung der Bauzeit und Schadensersatz nach § 6 Nr. 2, Nr. 6 VOB/B.

*Hofmann*¹⁴⁵⁴ geht sogar so weit, dass der Auftraggeber insoweit alleine verpflichtet sein soll, sich vor dem Zuschlag auf ein Nebenangebot über die Risiken im Bereich der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen Klarheit zu verschaffen, wozu auch entsprechende Nachfragen bei den zuständigen Behörden gehören sollen. Nehme der Auftraggeber dennoch ohne irgendwelche Vorbehalte oder entsprechende, vertraglich verankerte Risikoverlagerungen auf den Auftragnehmer das Nebenangebot an, bleibe das Risiko der Erteilung der Genehmigung überhaupt sowie das Zeitrisiko aus dem öffentlich-rechtlichen Genehmigungs- und Erlaubnisverfahren bei ihm. Letzterem ist zwar im Ergebnis zuzustimmen, jedoch ist die Aufklärungsverpflichtung zu relativieren: Nach dem oben Gesagten besteht keine einseitige Erkundigungspflicht des Auftragnehmers, sondern insbesondere eine Hinweisverpflichtung des Auftragnehmers, welche Genehmigungen und Erlaubnisse für sein Nebenangebot erforderlich sind. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, macht er sich schadensersatzpflichtig.

Das heißt im Ergebnis:

► **Auch wenn die Umsetzung eines Nebenangebots auf Grund des vom Auftragnehmer vorgegebenen, vom Amtsentwurf abweichenden Verfahrens oder abweichend gewählter Baustoffe andersartiger oder zusätzlicher öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Genehmigungen bedarf, bleibt der Auftraggeber dafür verantwortlich, dass diese rechtzeitig vorliegen. Ist dies nicht der Fall und ist der Auftraggeber auf Grund dessen behindert, hat er unter den weiteren dort genannten Voraussetzungen Anspruch auf Bauzeitverlängerung (§ 6 Nr. 2 VOB/B) bzw. Schadensersatz (§ 6 Nr. 6 VOB/B).**

Der Auftragnehmer ist im Gegenzug verpflichtet, den Auftraggeber darüber zu informieren, welche Genehmigungen für die Umsetzbarkeit seines Nebenangebots erforderlich sind. Unterlässt er diesen Hinweis, macht er sich grundsätzlich schadensersatzpflichtig gegenüber dem Auftraggeber nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB („c.i.c.“).

V. Besondere Risikolagen in Zusammenhang mit Nebenangeboten

Neben den oben ausführlich behandelten Fragen der Zuweisung der allgemeinen Risiken wie des Planungs-, Ausführungs- und Mengenrisikos entstehen rechtliche Auseinandersetzungen insbesondere in Zusammenhang mit weiteren Risikolagen:

¹⁴⁵⁴ A.a.O.;

Dies betrifft in der täglichen Baupraxis zum einen die Risiken im Rahmen von Nebenangeboten in Zusammenhang mit **Baugrundfällen**, dem **Baugrundrisiko** an sich, dem **Kontaminationsrisiko** und dem **Systemrisiko**. Nicht selten vertreten Auftraggeber mit dem Brustton der Überzeugung die Ansicht, der Auftragnehmer übernehme automatisch jegliches Risiko in Zusammenhang mit dem Baugrund, sobald sein Nebenangebot beauftragt wird. Eine solche pauschale Einstufung wird jedoch der Systematik nicht gerecht. Dies gilt ebenso für Systemrisikofälle. Angesichts der erheblichen Bedeutung für die Praxis sollen die Fragen zu Nebenangeboten in Zusammenhang mit diesen Risiken im Folgenden ausführlich dargestellt werden.

1. Besonderheiten bei Nebenangeboten in Zusammenhang mit Baugrundproblemen

In Zusammenhang mit vertragsrechtlichen Problemen bei Nebenangeboten trifft man in der Praxis sehr häufig auf so genannte „Baugrundfälle“. Sie bieten tatsächlich eine sehr gute Möglichkeit, exemplarisch das Spannungsverhältnis darzustellen und zu analysieren, das sich mit der Beauftragung eines Nebenangebots zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber entwickelt. Insbesondere die Verteilung des Baugrundrisikos bei Verträgen auf der Basis eines Nebenangebots wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beurteilt.¹⁴⁵⁵ Mit Hinblick auf das Thema der vorliegenden Abhandlung werden allgemeine Fragen in Zusammenhang mit dem Baugrund, der Pflicht zu dessen Erkundung, Prüfungs- und Hinweispflichten sowie dem Baugrundrisiko an sich nur soweit angesprochen und erörtert, soweit dies für das Verständnis der nebenangebotsspezifischen Fragen nötig ist. Im Übrigen ist diesbezüglich auf die Spezialliteratur zu verweisen, die die allgemeine Problematik eingehend behandelt.¹⁴⁵⁶

1.1 Grundproblematik

In der Praxis spielen Nebenangebote und daraus resultierende Rechtsstreitigkeiten im Rahmen der Bauausführung bei Tiefbau- und Spezialtiefbauarbeiten eine besonders große Rolle. Wenn sich die ohnehin spärliche Literatur und Rechtsprechung mit vertragsrechtlichen Auswirkungen von Nebenangeboten im Sinne der Risikoverteilung auseinandersetzt, dann in der Regel mit Problemen, die mit dem Baugrund zu tun haben oder aus diesem resultieren.¹⁴⁵⁷ Dies ist nachvollziehbar: Zum einen treten Nebenangebote in der Praxis weitaus häufiger als in anderen Baubereichen – etwa

¹⁴⁵⁵ Bosse, S. 203;

¹⁴⁵⁶ Insbesondere Englert/Grauvogl/Maurer, Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts; im Übrigen ebenso die Monografie „Baugrundhaftung und Baugrundrisiko“ von Lange; Englert/Bauer, „Rechtsfragen zum Baugrund“; Englert in: „40 Jahre Spezialtiefbau“, S. 375 ff.; von Craushaar, in: Festschrift für Locher, S. 9 ff.; Quack, in: BB Beilage 20, S. 9 ff.; Schelle, „Das Baugrundrisiko im VOB-Vertrag“, in: Hoch- und Tiefbau, Ausgabe 1/1985, S. 32 ff.; Schottke, „Das Baugrundrisiko bei dem VOB-Vertrag“, in: BauR 1993, 407 ff., 565 ff. u.v.m.;

¹⁴⁵⁷ So zum Beispiel Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 48 ff.; Englert/Grauvogl/Maurer, Rdn. 949 ff.; Kapellmann/Schiffers, Rdn. 701; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 05.08.1993, 11 U 197/89; Marbach in: Festschrift für Vygen, S. 248 ff.;

dem Hochbau – in Zusammenhang mit klassischen (Spezial-)Tiefbauaufgaben in Erscheinung. Dies ist unter anderem damit zu begründen, dass gerade in diesem Bereich Innovation und Spezialkenntnisse eine große Rolle spielen. Zum anderen lässt sich an Hand von „Baugrundfällen“ beispielhaft darstellen, welche Konflikte zwischen den Sphären des Auftragnehmers und des Auftraggebers entstehen können, wenn ein Bauvertrag auf der Grundlage eines Nebenangebots abgeschlossen wurde.

Eines der Standardprobleme ist dabei, dass sich im Rahmen der Ausführung der Bauleistungen überraschend zeigt, dass sich der Baugrund in situ anders darstellt als er in den Baugrundgutachten beschrieben war, die vor der Ausführung der Bauleistungen erstellt wurden, und als ihn der Auftragnehmer auf Grund dessen bei der Kalkulation angenommen hatte. Dabei ist bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass der Inhalt von Baugrundgutachten für die Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung erhebliche Bedeutung hat: **Die Baumstände, insbesondere die beschriebene Zusammensetzung des Baugrunds, sind gemeinsame Preisermittlungsgrundlage.**¹⁴⁵⁸ Die Baugrundgutachten sind Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen und damit des Angebots des Bieters. Dies gilt unmittelbar für das Hauptangebot, ebenso aber auch für Nebenangebote des Bieters, sobald sich der Bieter für den Auftraggeber erkennbar auf die mit den Ausschreibungsunterlagen übergebenen Baugrundgutachten bezieht oder seinen Entwurf darauf stützt.¹⁴⁵⁹ Mit der Beauftragung werden die Baugrundverhältnisse in der beschriebenen Weise damit zum Gegenstand der vertraglichen Regelung.

Die Abweichung stellt sich in der Praxis quantitativ und qualitativ sehr unterschiedlich dar: In manchen Fällen präsentiert sich der Baugrund in situ nur minimal anders als ausgeschrieben, so dass lediglich Erschwernisse bei der Ausführung eintreten. Die Abweichung kann aber auch durchaus gravierend ausfallen – es kann etwa eine völlig andere Bodenklasse vorliegen als ausgeschrieben oder es treten große Findlinge oder Torflinsen zu Tage. Hieraus ergibt sich nicht selten ein Bedarf an erheblichen zusätzlichen oder geänderten Maßnahmen, die erforderlich sind, damit der vertraglich geschuldete Werkerfolg erzielt werden kann. Daraus folgen Mehrvergütungsansprüche, die der Auftragnehmer geltend macht. Die Abweichung des Baugrundes in situ kann aber durchaus auch so erheblich sein, dass möglicherweise das Nebenangebot überhaupt nicht mehr ausgeführt werden kann und auf den ursprünglichen Amtsentwurf umgestellt werden muss, oder aber weder Nebenangebot noch Amtsentwurf ausführbar sind und auf ein drittes, völlig anderes Verfahren gewechselt werden muss. Um eine Abgrenzung zwischen den verschiedenen Baugrundfällen in Zusammenhang mit der Beauftragung von Nebenangeboten zu ermöglichen, ist zu-

¹⁴⁵⁸ Kuffer/Wirth, S. 181 ff.; Reister, S. 8; von Minckwitz/Schmitt/Viering, § 1 Rdn. 19;

¹⁴⁵⁹ OLG Schleswig, Urteil v. 22.12.2005, 5 U 55/05, IBR 2007, 62; Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen, Beschluss vom 09.11.2006, VII ZR 12/06;

nächst die Frage der Verantwortlichkeit für den Baugrund und dessen Erkundung bzw. Beschreibung sowie der Begriff des „Baugrundrisikos“ näher zu untersuchen.

1.2. Systematische Einordnung der Baugrundproblematik

Das **Problem**, dass der **Baugrund in situ tatsächlich anders zusammengesetzt ist als in den zur Verfügung stehenden Baugrundgutachten dargestellt** sowie **vom Auftragnehmer oder von beiden Vertragsparteien als Grundlage für die Kalkulation angenommen, tritt in der Praxis häufig auf**: Die Bodenklasse entspricht tatsächlich Klasse 7 statt der ausgeschriebenen Klasse 6 im Sinne der Einstufung nach Abschnitt 2.3 der ATV DIN 18300, so dass das Lösen einen wesentlich höheren Zeit- und Geldaufwand sowie unter Umständen eine Verfahrensumstellung erforderlich macht; der im Zuge der Bauarbeiten zu bearbeitende Boden ist kontaminiert, obwohl hiervon in der Ausschreibung keine Rede war, was erhebliche Sanierungsmaßnahmen oder eine teure Entsorgung bzw. Bodenreinigung erfordert, oder das Grundwasser steht höher an als ausgeschrieben, was dazu führt, dass entgegen der Ausschreibung zusätzlich eine Wasserhaltung aufzubieten ist, um nur einige Beispiele aus der Praxis zu nennen.

Solche Probleme resultieren letztlich aus der **Besonderheit, dass der Baugrund uneinsehbar ist und eine absolute Erkundung nicht möglich ist.**¹⁴⁶⁰ Während beim Hochbau alle entscheidenden Parameter, Maße und Zusammenhänge letztlich mit Meterstab und Wasserwaage vermaßt, berechnet oder kontrolliert werden können, stellt sich mit dem Boden ein Faktor, der trotz modernster Technik regelmäßig nicht vollständig untersucht werden kann. Dies bestätigt auch die für die Baugrunduntersuchungen maßgebende **DIN 4020, Geotechnische Untersuchungen für bautechnische Zwecke**. Diese verweist in Ziffer 4.2 auf diese Besonderheit:

*„Aufschlüsse in Boden und Fels sind als **Stichprobe** zu bewerten. Sie lassen für zwischenliegende Bereiche nur **Wahrscheinlichkeitsaussagen** zu, so dass ein Baugrundrisiko verbleibt.“*

§ 9 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A gibt dem Auftraggeber vor, unter anderem die Bodenverhältnisse im Rahmen der Leistungsbeschreibung für die Ausschreibung so zu beschreiben, dass der Bewerber ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann.¹⁴⁶¹ Dies konkretisieren die Hinweise für

¹⁴⁶⁰ So u.a. auch *Englert/Stocker*, S. 376; *Lange*, S. 11 ff.; Darmstädter Baurechtshandbuch, III. 1 Rdn. 6;

¹⁴⁶¹ Aus der VgV ergibt sich die Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, die Vorgaben der VOB/A einzuhalten. Über §§ 97 Abs. 6, 127 GWB und §§ 3, 4 VgV sind jedenfalls die Abschnitte 2-4 der VOB/A verbindliches Außenrecht; auch im Bereich unter den Schwellenwerten, auf den nur Abschnitt 1 anwendbar ist, ist die VOB – wenn auch nur als Binnenrecht der Verwaltung – verbindlich für den öffentlichen Auftraggeber. Liegt ein privater Auftraggeber vor oder wollte man der die verpflichtenden Wirkung des § 9 VOB/A relativierenden Ansicht von *Quack* (in: *BauR* 1998, 381 ff.) folgen, wäre sowohl die VOB/A-konforme Auslegung nicht per

das Aufstellen der Leistungsbeschreibung in der **ATV DIN 18299, Abschnitt 0.1.9**, nach der der Auftraggeber nach den Erfordernissen des Einzelfalls¹⁴⁶² insbesondere „*Bodenverhältnisse, Baugrund und seine Tragfähigkeit, Ergebnisse von Bodenuntersuchungen*“ anzugeben hat. Aus diesen Vorgaben resultiert die Feststellung, dass es grundsätzlich **Aufgabe und Pflicht des Auftraggebers ist, den Baugrund zu erkunden und zu beschreiben**.¹⁴⁶³ Dies resultiert nicht nur aus den vom BGH aufgestellten Grundsätzen, wonach Wertungskriterien wie Gefahrennähe¹⁴⁶⁴ und Beherrschbarkeit¹⁴⁶⁵ mitentscheiden darüber, wer die Verantwortung für bestimmte Störungen zu tragen hat,¹⁴⁶⁶ sondern bereits unmittelbar aus **§ 645 Abs. 1 BGB**. Danach hat es der Unternehmer nicht zu vertreten, wenn das Werk vor der Abnahme untergeht, verschlechtert oder unausführbar wird in Folge eines **vom Besteller gelieferten Stoffes**. Darunter sind nach ständiger Rechtsprechung auch das Baugrundstück als solches¹⁴⁶⁷ und der **Baugrund selbst**¹⁴⁶⁸ zu verstehen. Der **Auftraggeber muss für seine Beschaffenheitsangaben deshalb einstehen**, weil er den Baugrund „beistellt“.¹⁴⁶⁹

Der Auftragnehmer darf sich also grundsätzlich entweder auf die ihm vom Auftraggeber beschriebenen Bodenverhältnisse verlassen oder mangels besonderer Angaben des Auftraggebers darauf vertrauen, dass normale Bodenverhältnisse vorliegen.¹⁴⁷⁰ Als **Korrektiv** besteht eine **Prüfungs- und Hinweispflicht des Bieters bzw. Auftragnehmers** bezüglich der Baugrundbeschreibung des Auftraggebers bzw. von dessen Sonderfachleuten wie dem Bodengutachter. Die Prüfungspflicht des Bieters wird zwar von der Rechtsprechung nicht selten überzogen postuliert.¹⁴⁷¹ Dennoch ist

se möglich als auch die Frage nach der Wirkung von § 645 BGB zu stellen: Dort ist Voraussetzung, dass kein Umstand mitwirkt, den der Unternehmer zu vertreten hat; wenn der Unternehmer sehenden Auges den Baugrund als „passend“ annimmt, obwohl er erkennen kann und muss, dass der Baugrund nicht oder nicht ausreichend beschrieben ist, trägt der Unternehmer zumindest eine Mitverantwortung für hieraus resultierende Folgen;

¹⁴⁶² Zutreffend weisen *Ingenstau/Korbion*, § 9 VOB/A, Rdn. 53, darauf hin, dass bezüglich der Beschreibung des Baugrundes nicht nur auf „*Erforderlichkeit*“ abzustellen ist, sondern eine Beschreibung in jedem Fall zu erfolgen hat;

¹⁴⁶³ von *Craushaar* in: Festschrift für Locher, S. 9 f.; *Marbach* in: BauR 1994, 169ff. m.w.N.;

¹⁴⁶⁴ BGHZ 60, 20; BGHZ 77, 325; BGHZ 83, 203;

¹⁴⁶⁵ BGHZ 83, 204;

¹⁴⁶⁶ *Oberhauser*, S. 94 f.;

¹⁴⁶⁷ BGH, Urteil vom 16.12.2004, VII ZR 16/03; BauR 2005, 735 = NZBau 2005, 295 = IBR 2005, 215; OLG München, NJW-RR 1992, 348; *Englert/Motze/Wirth*, § 645, Rdn. 11;

¹⁴⁶⁸ BGH ZfBR 2001, 249; OLG Naumburg, NZBau 2005, 107 = ZfBR 2004, 791 = IBR 2004, 481; *Englert/Bauer*, Rdn. 119; *Englert/Motzke/Wirth*, a.a.O.; *Englert/Grauvogl/Maurer*, Rdn. 93; Rdn. 900; *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 645, Rdn. 5;

¹⁴⁶⁹ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 VOB/B, Rdn. 41 ff., sprechen in diesem Zusammenhang plakativ vom „*Baubeschaffenheitssoll*“;

¹⁴⁷⁰ BGH, *Schäfer/Finnern*, Z. 2.410, Bl. 37; OLG Schleswig, Urteil vom 05.08.1993, 11 U 197/89, BGH, Beschluss vom 01.12.1994, VII ZR 182/93 (Revision nicht angenommen), IBR 1995, 374; Darmstädter Baurechtshandbuch, III 1. Rdn. 19;

¹⁴⁷¹ Insbesondere bei Spezialtiefbauunternehmen legen Gerichte häufig ohne rechtlich in diesem Umfang vertretbare Begründung einen „*gesteigerten Prüfungsmaßstab*“ an und verlangen dabei unzutreffend vielfach übersteigert Kenntnisse, die faktisch oft nur von einem Sonderfachmann wie dem Baugrundgutachter erwartet werden können; Negativbeispiele

im Ergebnis festzuhalten, dass die Prüfpflicht des Bieters jedenfalls **beschränkt** ist **auf die unter normalen Umständen gewonnenen Erkenntnisse** („*ins Auge springende Mängel oder Unvollständigkeiten der Beschreibung*“). Eigene Baugrunduntersuchungen, sofern sich der Auftragnehmer nicht ausdrücklich hierzu verpflichtet hat, muss der Bieter ebenso wenig durchführen wie kostspielige chemische oder mechanische (ergänzende) Prüfungen.¹⁴⁷² **Für Fehler oder Unvollständigkeiten, die der Auftragnehmer in diesem Rahmen nicht erkennen konnte, haftet der Auftraggeber.** Dabei hat dieser auch für Fehler der von ihm eingesetzten Sonderfachleute einzustehen.¹⁴⁷³

Stellt sich im Zuge der Bauausführung heraus, dass der tatsächlich angetroffene **Baugrund in situ von dem abweicht, was** der Auftraggeber in den **Baugrundgutachten vorgegeben** und der Auftragnehmer entsprechend kalkuliert hatte, liegt eine Abweichung der tatsächlich auszuführenden Leistung von der vertraglich geschuldeten vor („**Bausoll-Bauist-Abweichung durch Änderung des Bau-Umstände-Soll**“), die grundsätzlich eine Berechtigung für die Stellung eines Nachtrags bildet.¹⁴⁷⁴ Die ausdrückliche oder stillschweigende Anordnung des Auftraggebers, die vertraglich vereinbarte Leistung in einem anderen Baugrund als beschrieben auszuführen, erfüllt den Tatbestand der §§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B.¹⁴⁷⁵

1.3 Begriff des Baugrundrisikos

Der **Begriff des Baugrundrisikos**¹⁴⁷⁶ ist ausdrücklich definiert in der DIN 4020, dort Abschnitt 3.5:

*„(...) ein in der Natur der Sache liegendes, **unvermeidbares Restrisiko**, das bei Inanspruchnahme des Baugrunds zu unvorhersehbaren Wirkungen bzw. Erschwerissen, z.B. Bauschäden oder Bauverzögerungen führen kann, **obwohl derjenige, der den Baugrund zur Verfügung stellt, seiner Verpflichtung zur Untersuchung und Beschreibung der Baugrund- und Grundwasserverhältnisse nach den Regeln der Technik zuvor vollständig nach-***

hierzu sind etwa Urteile des OLG Jena, Urteil vom 30.04.2002, 3 U 1144/01, IBR 2005, 314; OLG Köln, Urteil vom 19.07.2006, 11 U 139/05; OLG Celle, Urteil vom 29.01.2004, 14 U 158/03; IBR 2004, 184 = BauR 2004, 1302;

¹⁴⁷² BGH, Urteil vom 22.03.1984, VII ZR 50/82; BauR 1984, 395; OLG Schleswig, BauR 1989, 730; OLG Hamm, Urteil vom 17.2.1993, 26 U 40/92, NJW-RR 1994, 406 = IBR 1994, 95; Englert/Grauvogl/Maurer, Rdn. 940 ff.; Marbach in: BauR 1994, 171 f.; Ingenstau/Korbion, § 4 Nr. 3 VOB/B, Rdn. 16;

¹⁴⁷³ OLG Zweibrücken, Urteil vom 07.07.2004, 1 U 1/04;

¹⁴⁷⁴ Reister, S. 207 ff.; von Minckwitz/Schmitt/Viering, § 1, Rdn. 17 ff.; Kapellmann/Schiffers, Rdn. 3;

¹⁴⁷⁵ Ganten/Jagenburg/Motzke, § 2, Rdn. 62 ff.;

¹⁴⁷⁶ Vgl. hierzu u.a. auch Englert/Grauvogl/Maurer, Rdn. 883 ff.; Ingenstau/Korbion, § 9 VOB/A, Rdn. 54; Darmstädter Baurechtshandbuch, III 1, Rdn. 14 ff.; Kniffka, in: CBTR-Jahresband 2002, S. 20 ff.; Lange, S. 13 ff.; vgl. im Übrigen die Auflistung weiterer Fundstellen in Englert/Grauvogl/Maurer, S. 471;

gekommen ist und obwohl der Bauausführende seiner eigenen Prüfungs- und Hinweispflicht Genüge getan hat.

Weitere Hinweise auch hierzu gibt Beiblatt 1 zur DIN 4020, zu Abschnitt 3.5: *„Der Begriff des Baugrundrisikos ist hier im Sinne eines unvermeidbares Restrisikos eng gefasst. Die Ursache für das Baugrundrisiko (= unvermeidbares Restrisiko) liegt in der beschränkten Aussagefähigkeit der geotechnischen Untersuchungen und daran, dass der Baugrund einschließlich seiner Inhaltsstoffe ein inhomogener, von der Natur vorgegebener Werkstoff ist, der in seiner Gesamtheit nur näherungsweise erkundet und mit technischen Modellbildungen (z.B. geometrische Annahmen und mechanische Eigenschaften für Standsicherheitsnachweise und Setzungsberechnungen) beschrieben werden kann.“* Nach den Erläuterungen in Beiblatt 1 zu Abschnitt 4.1 kann das Baugrundrisiko auch durch eingehende geotechnische Untersuchungen nicht völlig ausgeschaltet werden.

Damit sich das Baugrundrisiko verwirklicht, müssen also folgende Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sein:

- Inanspruchnahme des Baugrunds;
- **unvorhersehbare** Wirkungen bzw. Erschwernisse in diesem Zusammenhang;
- Derjenige, der den Baugrund zur Verfügung stellt (in der Praxis ist dies in der Regel also der Bauherr bzw. Auftraggeber, wenn nicht vertraglich wirksam etwas anderes vereinbart ist), ist der **Pflicht zur Untersuchung** des Baugrunds nach den Regeln der Technik **vollständig nachgekommen**;
- Der Bau Ausführende – also der Auftragnehmer – hat seiner **Prüfungs- und Hinweispflicht Genüge getan**;

Das **Baugrundrisiko trägt grundsätzlich der Auftraggeber**. Dies resultiert aus der oben bereits beschriebenen Tatsache, dass der Baugrund ein Baustoff im Sinne des § 645 Abs. 1 BGB ist, den der Auftraggeber beistellt und für den er insofern die Verantwortung trägt. Wenn nun trotz bestmöglicher Erkundung und trotz Ausfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers systemimmanente „Überraschungen“ zu Tage treten, weil der Baugrund „uneinsichtig“ ist, ist es insoweit recht und billig, dem Auftraggeber als „Lieferanten“ des Baugrunds das Risiko aufzuerlegen.¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷⁷ U.a. BGH, Urteil vom 18.09.1987, V ZR 219/85; BauR 1988, 111; BGH NJW 1991, 201; OLG Schleswig, BauR 1989, 730; OLG Saarbrücken, Urteil vom 23.03.1984, 4 O 436/81; OLG Stuttgart, BauR 1994, 631; *Englert/Grauvogl/Maurer*, Rdn. 951; *von Craushaar*, in: *Festschrift für Locher*, S. 19 ff.; *Englert/Bauer*, Rdn. 114; *Englert*, in: *BauR* 1991, 537; *Ingenstau/Korbion*, § 9 VOB/A, Rdn. 54 ff.; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, § 12, Rdn. 80; *Oberhauser*, S. 99;

1.4 Erweiterte Erkundungs- und Prüfungspflichten bezüglich des Baugrunds in Zusammenhang mit Nebenangeboten

Beauftragt der Auftraggeber ein Nebenangebot, verschiebt sich, wie oben mehrfach beschrieben, die Rollenverteilung dahingehend, dass der Bieter/Auftragnehmer an Stelle des Auftraggebers (jedenfalls teilweise, soweit das Nebenangebot den Amtsentwurf ersetzt oder verändert) die Planung übernimmt. Es stellt sich also die Frage, inwieweit sich auch bezüglich der Pflicht, den Baugrund zu erkunden, eine Verschiebung zum Bieter hin ergibt. Jedenfalls könnte sich die oben unter 1.2 beschriebene Prüfungs- und Hinweispflicht des Bieters erweitern. Des Weiteren könnte sich in Folge der Beauftragung des Nebenangebots das Baugrundrisiko zum Auftragnehmer hin verlagern.

1.4.1 Vorrang ausdrücklicher Vereinbarungen

Zunächst ist zu prüfen, inwieweit eine **ausdrückliche und wirksame Vereinbarung** bezüglich einer Verlagerung von Erkundungspflichten in Bezug auf den Baugrund vom Auftraggeber hin zum Auftragnehmer vorliegt. Eine solche ist, sofern sie wirksam vorliegt, nach den allgemeinen Grundsätzen **vorrangig**. Es ist somit zunächst der Umfang der bauvertraglich geschuldeten Leistung dahingehend zu analysieren, ob die Vertragspreise die Bewältigung derjenigen Boden- und Wasserverhältnisse einschließen, die mit Hilfe einer speziell auf das Nebenangebot zugeschnittenen geotechnischen Untersuchung erkennbar ist bzw. von vornherein gewesen wäre.¹⁴⁷⁸

Dabei ist jedoch zu beachten, dass nicht jede Klausel oder Vorgabe des Auftraggebers in den Verdingungsunterlagen zu dem Ergebnis führt, dass der Bieter bzw. Auftragnehmer ein Mehr an Erkundungs- und Untersuchungspflichten bezüglich des Baugrunds zu übernehmen hat. Sofern sich in Ausschreibungsunterlagen der Hinweis findet: *„Sollten nach Ansicht des Bieters für ein potenzielles Nebenangebot zusätzliche Bodenuntersuchungen erforderlich sein, hat er solche auf eigene Kosten zu veranlassen“*, führt dies bereits nach dem Wortlaut der Erklärung nicht dazu, dass der Bieter bzw. spätere Auftragnehmer im Fall der Beauftragung seines Nebenangebots jegliche finanziellen Folgen zu tragen hat, wenn sich später herausstellt, dass es im Zuge der Ausführung zu Problemen in Zusammenhang mit dem Baugrund kommt.¹⁴⁷⁹ In diesem Fall ist der Bieter nicht automatisch per se verpflichtet, eigene Baugrunduntersuchungen zu den vom Auftraggeber vorgelegten Gutachten zu veranlassen, sondern nur für den Fall, dass dies in Folge der Eigenheiten des beabsichtigten Nebenangebotsentwurfs tatsächlich *erforderlich* ist. Sofern im Zuge eines Rechtsstreits die Frage entscheidungserheblich sein sollte, ob der Bieter zusätzliche Baugrunduntersuchungen anstellen hätte müssen, hat diese Frage ein Sachverständiger aus objektiver technischer Sicht zu klären.

¹⁴⁷⁸ Bosse, S. 209;

¹⁴⁷⁹ So unzutreffend LG Hannover, Urteil vom 18.04.2007, 11 O 252/06;

Sieht ein Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Verpflichtung des **Auftragnehmers** vor, **für die Durchführbarkeit seines Nebenangebots und die angebotene Endsumme eine Garantie** zu übernehmen, ist die Bedeutung dieser Vorgabe nach einer Entscheidung des LG Köln¹⁴⁸⁰ ebenso **zu relativieren**. Auch eine solche Formulierung führt nicht zu einer vollständigen Verlagerung aller Risiken auf den Auftragnehmer. Die Garantie bedeute, *„dass solche Risiken den Bieter treffen, die mit der Durchführung des Nebenangebotes gerade deshalb verbunden sind, weil es sich um ein noch weitgehend unbekanntes und wenig erprobtes Verfahren handelt.“* Im Ergebnis bedeutet dies nach dem oben Dargestellten allerdings kein Mehr an Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer: Das **Entwicklungsrisiko**, das die Entscheidungsgründe des LG Köln meinen, entfällt im Falle der Beauftragung eines Nebenangebots auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung auf den Auftragnehmer. Eine solche Formulierung einer „Durchführbarkeitsgarantie“ führt jedoch nicht dazu, dass zum Beispiel auch das **Baugrundrisiko** auf den Auftragnehmer übergeht: Eine selbst im Zuge ausreichend erschöpfender Baugrunduntersuchungen unerkannt bleibende Ungeeignetheit des Baugrunds¹⁴⁸¹ ist nach dem Urteil *„kein derart spezifisches Risiko, das auf der besonderen Verfahrensweise (...) [des Nebenangebots] beruhte und nur deshalb nicht vorhergesehen wurde, weil man solche Risiken wegen der Neuheit des Verfahrens noch nicht kannte und das Verfahren noch nicht sicher beherrschte. Es handelte sich vielmehr um ein Risiko, das auch bei herkömmlichen Bauweisen und unabhängig von der Art der Bodenbearbeitung besteht und sich bei jeglicher Art von Einwirkung auf Böden und Erdreich verwirklichen kann. Daher verbleibt es trotz der in Ziffer 4 der Bedingungen für Nebenangebote [dort war die bereits erwähnte „Durchführbarkeitsgarantie“ des Auftragnehmers für sein Nebenangebot in den Verdingungsunterlagen vorgesehen, Anm. d. Verf.] gegebenen Garantie bei dem Grundsatz, dass der Baugrund in den Risikobereich des Bauherrn fällt.“*

Enthalten die Verdingungsunterlagen eine Vorgabe des Auftraggebers, dass der Bieter für den Fall der Abgabe eines Nebenangebots eine geprüfte Statik beziehungsweise statische Nachweise mit vorzulegen hat, bedeutet dies ebenso keine vertragliche Überwälzung der Erkundungspflicht bezüglich des Baugrunds. Das OLG Schleswig¹⁴⁸² hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der Auftraggeber eine solche Klausel in seine Ausschreibungsunterlagen eingefügt hatte. Das Gericht kam zu der Überzeugung, dass es für die Erstellung einer Statik der Angabe der Bodenverhältnisse im Sinne des § 9 Nr. 3 VOB/A bedurft hätte, die die Ausschreibung jedoch nicht enthalten habe. Die Feststellung der Bodenverhältnisse hätte vom Auftraggeber ausdrücklich verlangt werden müssen. Die **Verpflichtung, eine Statik anzufertigen, enthalte nicht automatisch gleichzeitig die Verpflichtung zur Besorgung der**

¹⁴⁸⁰ Urteil vom 16.11.1982, 5 O 218/81 („Sandlinsenfall“);

¹⁴⁸¹ In dem zu entscheidenden Fall war dies eine trockene Sandlinse, die aus den vorliegenden Baugrundgutachten heraus nicht vorhersehbar war, und zu einem Bodeneinbruch führte;

¹⁴⁸² Urteil vom 05.08.1993, 11 U 197/89;

der Statik zu Grunde liegenden Bodenkenwerte. Eine Verpflichtung hierzu müsste nach dem OLG Schleswig vielmehr *„deutlich in den Vertrag hineingeschrieben“*¹⁴⁸³ und von beiden Vertragspartnern einvernehmlich akzeptiert werden.

Auch die in der Praxis übliche Klausel, der Bieter habe sich *„mit den örtlichen Verhältnissen der Baustelle vertraut zu machen“*, führt nicht zur Verpflichtung des Bieters, eigene Bodenuntersuchungen anzustellen. Diese Klausel sei *„ersichtlich nur aufgenommen worden, um unbegründeten Nachtragsforderungen des späteren Auftragnehmers entgegenzutreten zu können.“*¹⁴⁸⁴ Somit ist ein Einschluss der Bewältigung jeglicher Baugrundverhältnisse in die vereinbarten Vertragspreise nur ganz ausnahmsweise anzunehmen. Von besonderen Fallkonstellationen abgesehen,¹⁴⁸⁵ ist dies allenfalls dann der Fall, wenn der Auftraggeber davon ausgehen darf, dass der Bieter vor der Abgabe seines Nebenangebots tatsächlich entsprechende geotechnische Untersuchungen durchgeführt hat.¹⁴⁸⁶

1.4.2 Grundsätzliche Fortdauer der Erkundungspflicht des Auftraggebers

Liegt keine wirksame vertragliche Abwälzung der Verpflichtung zur Baugrunderkundung auf den Bieter/Auftragnehmer für den Fall der Abgabe eines Nebenangebots vor, ist hinsichtlich der oben dargestellten allgemeinen Grundsätze zu analysieren, ob diesbezüglich eine **Verlagerung von Baugrunderkundungspflichten auf den Bieter** stattfindet. Dies ist jedoch **auf der ersten Prüfungsstufe grundsätzlich zu verneinen**. Dies hat unter anderem das OLG Schleswig¹⁴⁸⁷ klargestellt. In dem Urteil heißt es in den Entscheidungsgründen: *„Bei der Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ist, wenn der Bau aufgrund von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen des Auftragnehmers ausgeführt wird, davon auszugehen, dass der ein Nebenangebot (...) abgebende Bauunternehmer für deren Inhalt, insbesondere was die technische Gestaltung und die praktische Ausführung anbelangt, verantwortlich ist. Dies gilt auch hinsichtlich der Planung (...). Der Auftraggeber überlässt für den Bereich der (...) Nebenangebote zumindest **in einem gewissen Sinne** die Bauplanung der **Bieterseite**, die damit die **Verantwortung oder Mitverantwortung** dafür übernimmt. Geht ihre Bauausführung später schief, wird ihr grundsätzlich eine erhöhte Verantwortlichkeit übertragen werden müssen. **Eine Übertragung der Verantwortung für eine auf die Bodenverhältnisse abgestellte Planung (...)** [auf den Bauunternehmer, Anm. d. Verf.] **vermag der Senat jedoch nicht festzustellen.***

¹⁴⁸³ Das OLG verweist hierzu auf BGH BauR 1989, 730, 733 und OLG Hamburg VersR 65, 623;

¹⁴⁸⁴ OLG Schleswig, a.a.O.;

¹⁴⁸⁵ Bosse, S. 209, nennt hier als Beispiel, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen verlangt, die Preise eines etwaigen Nebenangebots müssten die Bewältigung der mittels geotechnischer Untersuchungen erkennbaren Bodenverhältnisse abdecken; auch hier ist im Rahmen des oben Dargestellten zu prüfen, inwieweit eine solche Klausel wirksam ist;

¹⁴⁸⁶ A.a.O.;

¹⁴⁸⁷ OLG Schleswig, Urteil vom 05.08.1993, 11 U 197/89;

Zu den üblicherweise vom Auftraggeber zu erbringenden Planungsgrundlagen gehört die Feststellung des Baugrundes als Voraussetzung für die Standsicherheit des zu errichtenden Bauwerks. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass der Bauherr für die Feststellung der Bodenverhältnisse an der Baustelle verantwortlich ist und die Verpflichtung hat, diese in seiner Ausschreibung hinreichend zu benennen (vgl. § 9 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A (...)). Überlässt er die Planung einem Architekten oder Ingenieur, ist das regelmäßig dessen Aufgabe. Dagegen gehört es weder zum allgemeinen Aufgabenbereich des bauausführenden Unternehmens noch zum Leistungsbild eines Statikers, Untersuchungen des Baugrundes und der Bodenverhältnisse vorzunehmen oder vornehmen zu lassen.“

Ebenso sah dies das LG Köln in seiner Entscheidung zum „**Sandlinsen-Fall**“.¹⁴⁸⁸ Die Entscheidungsgründe betonen dies ausdrücklich: *„An dem Grundsatz, dass der Baugrund in den Risikobereich des Auftraggebers fällt, änderte sich im vorliegenden Fall auch nichts aus dem Grunde, weil die Klägerin [dies war das ausführende Bauunternehmen, Anm. d. Verf.] ein Nebenangebot zur Durchführung brachte, das ein besonderes, noch selten erprobtes Verfahren zum Gegenstand hatte.“*¹⁴⁸⁹

Hieraus ergibt sich ein **erster entscheidender Grundsatz: Auch im Falle der Abgabe eines Nebenangebots übernimmt der Bieter nicht per se die Verpflichtung, den Baugrund zu erkunden. Dies bleibt Verpflichtung des Auftraggebers.** Daran ändert auf dieser Stufe auch selbst der Fall nichts, dass ein Bieter ein besonderes Verfahren mit seinem Nebenangebot vorschlägt, das zu diesem Zeitpunkt noch kaum Praxiserprobung aufweist. Dies zu Recht: Will der Auftraggeber eine Bauleistung vergeben, entsteht seine Verpflichtung nach § 9 Abs. 3 Nr. 3 VOB/A, DIN 18299, Abschnitt 0.1.9, bereits zeitlich früher – nämlich schon im Rahmen der Ausarbeitung der Verdingungsunterlagen – als der Bieter im Lauf des Vergabeverfahrens ein potenzielles Nebenangebot abgibt. Im Zeitpunkt, in dem der Auftraggeber den Baugrund erkunden muss, lässt sich noch überhaupt nicht prophezeien, ob später überhaupt ein Nebenangebot abgegeben werden wird. Darüber hinaus ist die Erkundungspflicht des Auftraggebers hinsichtlich des Baugrundes systematisch damit begründet, dass der Auftraggeber es ist, der den Baugrund als Baustoff im Sinne des § 645 Abs. 1 BGB beistellt, so dass dieser aus seiner „Sphäre“ stammt. Daran ändert sich auch nichts, wenn das gewünschte Bauwerk später tatsächlich nach dem Entwurf eines Bieters aus einem Nebenangebot ausgeführt werden sollte: Der Auftraggeber bleibt der „Lieferant“ des Baugrunds.

¹⁴⁸⁸ Urteil vom 16.11.1982, 5 O 218/81;

¹⁴⁸⁹ Das Urteil beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der Frage der Verlagerung des Baugrundrisikos; dieser Aspekt wird im Kontext unten zu Ziffer 1.4.4 ausführlich dargestellt;

Das heißt:

- ▶ **Auch im Fall der Abgabe eines Nebenangebots bleibt die grundsätzliche Verpflichtung zur Erkundung und Beschreibung des Baugrunds beim Auftraggeber.**

1.4.3 Erweiterte Prüfungspflicht des Bieters

Aus der o.g. Entscheidung des OLG Schleswig geht ein weiterer Grundsatz hervor: „Eine **Ausnahme** [von der oben ausgeführten Tatsache, dass der Auftraggeber auch bei einem Nebenangebot für Erkundung und Beschreibung des Baugrunds verantwortlich bleibt, Anm. d. Verf.] *kann sich (...) ergeben, wenn der Auftragnehmer im Rahmen eines Nebenangebots den vom Auftraggeber vollständig beschriebenen Baugrund verlässt und an anderer Stelle mit der Bauleistung ansetzen will. Dann fehlt es an einer § 9 Nr. 4 Abs. 4 VOB/A*¹⁴⁹⁰ *entsprechenden Bodenbeschreibung für die Baustelle, und der Auftragnehmer selbst trägt insoweit die Risiken seines Vorschlags.*“

In einer **zweiten Prüfungsstufe** ist also zu ergründen, ob der abweichende Bauentwurf, den der Bieter in Form seines Nebenangebots einreicht, „den vom Auftraggeber beschriebenen Baugrund verlässt“. Tut er dies, fehlt es nach dem Urteil des OLG Schleswig „an einer (...) Bodenbeschreibung für die Baustelle“. Auch dies ist systematisch richtig: Der Auftraggeber ist, wie oben ausgeführt, grundsätzlich zur Erkundung und Beschreibung des von ihm beigestellten Baugrunds verantwortlich – unabhängig davon, ob im Zuge des späteren, auf dieser Basis durchgeführten Vergabeverfahrens, nur Hauptangebote oder auch Nebenangebote eingereicht werden sollten. Andererseits kann der Auftraggeber nicht unbegrenzt verpflichtet sein, seine Baugrunderkundungen auf alle denkbaren Varianten alternativer Vorschläge im Rahmen von Nebenangeboten durchzuführen. Dies würde ihn mit unzumutbaren Kosten belasten und in der Praxis dazu führen, dass angesichts der vielfach ungleich höheren Kosten für die Baugrunderkundung viele Auftraggeber dazu übergehen dürften, Nebenangebote von vornherein nicht mehr zuzulassen, um Kosten zu sparen. Auch aus technischer Sicht wäre eine solche „Kompletterkundung“¹⁴⁹¹ für alle potenziellen Nebenangebote nicht durch den Auftraggeber durchführbar: Naturgemäß gehen bei Ausschreibungen für Tiefbau- bzw. Spezialtiefbaugewerke häufig Nebenangebote ein, die sehr komplexe und höchst innovative Alternativvorschläge enthalten. Der Auftraggeber kann also gar nicht alle Ausführungsvarianten aus potenziellen späteren Nebenangeboten bereits bei Ausarbeitung der Vergabeunterlagen kennen

¹⁴⁹⁰ § 9 Nr. 4 Abs. 4 VOB/A aus der hier zitierten Ausgabe 1979 entspricht nunmehr der Regelung in § 9 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A;

¹⁴⁹¹ Eine „Kompletterkundung“ kann es in der Praxis ohnehin nicht geben kann – siehe dazu Abschnitt 4.2 der DIN 4020: „Aufschlüsse in Boden und Fels sind als Stichprobe zu bewerten. Sie lassen für zwischenliegende Bereiche nur Wahrscheinlichkeitsaussagen zu (...)“

und berücksichtigen. Als logische Konsequenz kann er dafür auch nicht die Baugrunderkundung vorleisten.

Häufig übersehen wird **in der Praxis** in diesem Zusammenhang jedoch eine Vorgabe in der für geotechnische Untersuchungen einschlägigen **DIN 4020**,¹⁴⁹² die in Zusammenhang mit Nebenangeboten auch für den Auftraggeber erweiterte Pflichten vorsieht:¹⁴⁹³ Gemäß **Abschnitt 7.4.1** müssen Hauptuntersuchungen¹⁴⁹⁴ „*durch Art und Umfang die Beurteilung der Ausführbarkeit voraussehbarer Varianten der Gründung und Baudurchführung zulassen*“. Auch die DIN 4020 postuliert also keine „allumfassende“ Erkundungspflicht für den Auftraggeber für jegliche denkbare Nebenangebote, verpflichtet ihn aber gleichwohl, seine ursprünglichen Baugrunduntersuchungen auch auf „voraussehbare“ Nebenangebote zu erstrecken. Dies hilft dem Auftragnehmer jedoch im Ergebnis nicht: Wenn der Auftraggeber dieser Verpflichtung nicht nachkommt und auf Grund dessen für ein von ihm konkret geplantes Nebenangebot die Baugrundinformationen nicht ausreichen, muss er – bereits in seinem eigenen Interesse – weitere Erkundungen veranlassen.

Das „**Verlassen des vom Auftraggeber beschriebenen Baugrunds**“ ist dabei **in zweierlei Hinsicht zu verstehen**: zum einen **in räumlicher Hinsicht** (somit **quantitativ**) und zum anderen **in „technischer“**, **also in qualitativer Hinsicht**.¹⁴⁹⁵

1.4.3.1 Quantitatives Verlassen des erkundeten Baugrundes

Zunächst hat der Bieter zu analysieren, ob er den untersuchten Baugrund **räumlich** verlässt. Hierbei ist dem Bieter zu größter Sorgfalt zu raten: Er verlässt den beschriebenen Baugrund unter Umständen bereits, wenn er sich gleichwohl noch in dem Bereich der eigentlichen, vom Amtsentwurf erfassten Baustelle bewegt. Dies sei an einem Beispiel¹⁴⁹⁶ verdeutlicht: Der Amtsentwurf sieht den Bau einer Stahlbetonbrücke mit zwei Pfeilern vor. Für die Standorte dieser zwei Pfeiler lässt der Auftraggeber gemäß seiner Verpflichtung Baugrunduntersuchungen durchführen und beschreibt die Ergebnisse ordnungsgemäß in den Verdingungsunterlagen. In einem Ne-

¹⁴⁹² DIN 4020 regelt „Geotechnische Untersuchungen für bautechnische Zwecke“;

¹⁴⁹³ Der Begriff der „Pflicht“ in Zusammenhang mit Vorgaben der DIN 4020 ist freilich rechtstechnisch stets zu relativieren: Diese Techniknorm ist normtheoretisch nicht geeignet, eine Rechtspflicht im eigentlichen Sinn zu begründen; der Begriff der „Verpflichtung“ besagt, welche Leistungen der Auftraggeber zu erbringen hat, um eine ordnungsgemäße Baugrundbeschreibung an die Bieter zu übergeben; für Letztere besteht daraufhin die Prüfungs- und Hinweispflicht, ob die übermittelten Baugrundbeschreibungen ordnungsgemäß und vollständig sind;

¹⁴⁹⁴ Dies sind gemäß DIN 4020, Abschnitt 3.9, „*geotechnische Untersuchungen für Entwurf, Ausführungsplanung, Ausschreibung und Baudurchführung sowie für Schadensanalysen*“ in Abgrenzung zu den „*Voruntersuchungen*“ gemäß Abschnitt 3.8 („*geotechnische Untersuchungen von Boden und Fels für Standortwahl und Vorplanung eines Bauwerks*“);

¹⁴⁹⁵ Englert/Grauvogl/Maurer, Rdn. 949; Darmstädter Baurechtshandbuch, 1. Abschnitt, III. Rdn. 28 f.; Reister, in: BauR 2005, 758; Marbach, in: Festschrift für Vygen, S. 249;

¹⁴⁹⁶ Beispiel nach Schelle, Das Baugrundrisiko im VOB-Vertrag, in: Hoch- und Tiefbau 1/85, S. 32, 2/85, S. 40;

benangebot schlägt ein Bieter vor, abweichend vom Amtsentwurf statt der zwei seitlichen Pfeiler nur einen Pfeiler in der Mitte der Brücke anzuordnen. Damit will der Bieter mit seinem Nebenangebot zwar die Brücke an der selben Stelle bauen wie vom Auftraggeber vorgesehen. Die punktuelle Baugrunderkundung erfasst jedoch nur den räumlichen Bereich der beiden ursprünglich geplanten Pfeiler, nicht aber den abweichenden Standort des einen Pfeilers gemäß Alternativvorschlag des Bieters in der Mitte zwischen den zwei ursprünglich vorgesehenen Pfeilerstandorten.

Für dieses Nebenangebot kann sich der Bieter daher nicht auf die übergebenen Baugrundinformationen beschränken, sondern muss zur Absicherung seines Alternativvorschlags den Baugrund für den Standort des nur einen Pfeilers auf eigene Veranlassung und Kosten ergänzend untersuchen lassen. Freilich kann der Bieter in diesem Beispielsfall theoretisch sein Nebenangebot auch ohne zusätzliche Bodenerkundungen in der Hoffnung einreichen, dass der Baugrund zwischen den beiden erkundeten Pfeilerstandorten genauso zusammengesetzt sein wird wie an den beiden untersuchten Bereichen. Dies ist jedoch höchst riskant: Bewahrheitet sich diese Vermutung bzw. Hoffnung nicht, hat der Bieter es zu verantworten, einen Pfeiler geplant und angeboten zu haben, ohne hierfür die nötigen Baugrundinformationen zur Verfügung gehabt zu haben. Er kann dann für erforderliche Verfahrensumstellungen, selbst wenn sie so weit reichen, dass auf den ursprünglichen Amtsentwurf gewechselt werden muss, zum einen **keine Mehrvergütungsansprüche nach §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B** und **keine Bauzeitverlängerungsansprüche** geltend machen. Zum anderen ist er dem Auftraggeber aus den Gesichtspunkten des Verschuldens bei Vertragschluss (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB – „c.i.c.“) zu **Schadensersatz in Höhe der entstandenen Mehrkosten** verpflichtet.¹⁴⁹⁷

In Weiterentwicklung des obigen Beispielsfalls stellt sich die Frage, wie die Verantwortlichkeit zwischen den Bauvertragsparteien zu verteilen ist, wenn das Nebenangebot des Bieters in der Ausführung scheitert, weil er für den einen Mittelpfeiler keine ergänzenden Bodenerkundungen veranlasst hat, zugleich sich aber herausstellt, dass auch der **Amtsentwurf ebenso gescheitert wäre**. Diese Konstellation führt zu einer Mischverantwortung: Der Auftragnehmer hat dann grundsätzlich einen Mehrvergütungsanspruch gemäß **§§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B**. Die Vergütungsverpflichtung des Auftraggebers wird jedoch dann **begrenzt durch seinen eigenen Schadensersatzanspruch** aus culpa in contrahendo, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB, gegen den Auftragnehmer. Im Ergebnis hat der Auftraggeber in diesem Fall die Mehrkosten zu tragen für die Umstellung der Ausführungsart gemäß dem Amtsentwurf zu dem dritten Verfahren, das am Ende tatsächlich ausgeführt werden musste auf Grund der in situ angetroffenen Baugrundverhältnisse. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution im Schadensersatzrecht hat der Auftraggeber nur das Recht, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Auftragnehmer den Boden hinsichtlich der Geeignet-

¹⁴⁹⁷ Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 59 f.; Marbach, a.a.O.;

heit für die Ausführungsart des Nebenangebots ordnungsgemäß untersucht hätte. Der Auftragnehmer muss nicht auch noch die Folgen dafür tragen, dass auch der Amtsentwurf aus der Sphäre des Auftraggebers nicht funktioniert hat.¹⁴⁹⁸

Unabhängig davon, ob der Bieter mit seinem Nebenangebot den beschriebenen Baugrund verlassen hat oder nicht, ist des Weiteren zu prüfen, ob die gegenständliche Störung auch dann eingetreten wäre, wenn der Auftragnehmer und der Bieter alle für die Ausführung des Nebenangebots erforderlichen Baugrunduntersuchungen richtig und vollständig durchgeführt hätten. Ist dies zu bejahen, liegt ein **Fall des Baugrundrisikos** vor, das unten näher zu behandeln sein wird.

Das heißt:

► **Verlässt der Bauentwurf des Nebenangebots den räumlichen Bereich, der von den Baugrunderkundungen erfasst ist, hat der Bieter auf eigene Kosten ergänzende Baugrundaufschlüsse zu veranlassen. Unterlässt er dies, hat er für den Fall, dass sein Nebenangebot auf Grund dessen scheitert und geänderte oder zusätzliche Leistungen auszuführen sind, keinen Anspruch auf Mehrvergütung nach §§ 2 Nr. 5, 6 VOB/B sowie auf Verlängerung der Bauzeit. Vielmehr ist der Auftragnehmer dem Auftraggeber zum Schadensersatz für die daraus entstandenen Mehraufwendungen verpflichtet.**

1.4.3.2 Qualitatives Verlassen des erkundeten Baugrunds

Neben der Prüfungspflicht, inwieweit sein Nebenangebot den vom Auftraggeber erkundeten Baugrundbereich räumlich – also quantitativ – verlässt, hat der Bieter auch abzuklären, inwieweit der abweichende Vorschlag in seinem Nebenangebot „**in technischer Hinsicht**“ **den Bereich des erkundeten Baugrunds – also qualitativ – verlässt**. Das heißt: Der Bieter hat zu prüfen, ob die im vom Auftraggeber übergebenen Baugrundgutachten enthaltenen Daten, Parameter und sonstige Informationen auch für das alternative Bauverfahren ausreichen, die er mit seinem Nebenangebot anbieten will. Möglicherweise benötigt das Verfahren aus dem Nebenangebot noch zusätzliche Informationen zum Aufbau und zur Zusammensetzung des Baugrundes, die für die Ausführung des Amtsentwurfs nicht erforderlich gewesen wären. Bietet ein Bewerber zum Beispiel für die Gründung einer Baugrube eine Sohle nach dem Hochdruckinjektionsverfahren an statt der im Amtsentwurf vorgesehenen Unterwasserbetonsohle, stehen sich zwei Verfahren gegenüber, die unterschiedliche Wechselwirkungen mit dem Boden aufweisen können. In diesem Fall hat der Bieter gewissenhaft zu prüfen, ob die Informationen aus den Baugrundgutachten als Bestandteil der Verdingungsunterlagen ausreichen, um auch die Ausführbarkeit der HDI-Sohle beurteilen zu können. Sollte sich im Rahmen eines gerichtlichen Verfah-

¹⁴⁹⁸ Hofmann, a.a.O.;

rens eine solche Frage als entscheidungserheblich herauskristallisieren, hat diese selbstverständlich ein Baugrundsachverständiger zu beurteilen.

Stellt der Bieter fest, dass die Baugrundinformationen aus den Verdingungsunterlagen insoweit in technischer Hinsicht nicht ausreichen, um die Ausführbarkeit des Nebenangebots hinreichend planen und beurteilen zu können, ist der Bieter ebenso wie im Fall des räumlichen Verlassens des erkundeten Baugrunds verpflichtet, auf eigene Kosten weitere Baugrundaufschlüsse zu veranlassen. Insoweit gelten unverändert ebenso die obigen Darstellungen zu 1.4.3.1.

Das heißt:

► Erfordert der abweichende Vorschlag des Bieters im Nebenangebot in qualitativer, verfahrenstechnischer Hinsicht zusätzliche Baugrundinformationen gegenüber dem Verfahren aus dem Amtsentwurf, hat der Bieter ebenso auf eigene Kosten weitergehende Bodenaufschlüsse zu veranlassen.

1.4.4 Fälle des Baugrundrisikos

Nicht jeder Fall, in dem der Baugrund bei der Ausführung einer Leistung Probleme bereitet, ist ein Fall des „Baugrundrisikos“. Der Begriff ist in der Praxis häufig vorschnell Gegenstand von Diskussionen und Wertungen. Das Baugrundrisiko verlangt jedoch nach einer weitaus differenzierteren Betrachtung: Erst wenn die oben beschriebenen Prüfungsschritte absolviert sind und sich dabei ergeben hat, dass sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer ihre Pflichten im Rahmen der grundsätzlichen (Auftraggeber) sowie gegebenenfalls einer ergänzenden (Bieter) Baugrunderkundung ordnungsgemäß erfüllt haben, stellt sich überhaupt die Frage nach dem Baugrundrisiko. Denn gemäß der obigen Definition¹⁴⁹⁹ spiegelt das Baugrundrisiko nicht nur die Verantwortung des Auftraggebers nach § 645 Abs. 1 BGB für den von ihm beigestellten Baustoff Baugrund wider, sondern erfasst daneben auch die Erkundungs- und Prüfungspflichten von Auftraggeber und Auftragnehmer: Es ist lediglich ein *Restrisiko*, wenn „alle alles richtig gemacht“ haben – der Auftraggeber also seinen Baugrund richtig beschrieben und der Unternehmer seiner Prüfungs- und Hinweispflicht genüge getan hat.

Im Falle der Beauftragung eines Nebenangebots kommt eine weitere Komponente hinzu: Der Bieter steuert eine Planung für seinen abweichenden Vorschlag bei, die beim „klassischen“ Bauvertrag der Auftraggeber leistet. Wie oben bereits angeführt, ändert sich hinsichtlich der Prüfpflicht in Bezug auf den Baugrund aber auch im Fall der Beauftragung eines Nebenangebots nichts: Der Auftraggeber bleibt weiterhin verpflichtet, den Baugrund (wie beim „klassischen“ Bauvertrag auf Hauptangebotsbasis) zu erkunden bzw. erkunden zu lassen.

¹⁴⁹⁹ Vgl. Ziff. 1.3;

Der Bieter übernimmt jedoch – nur – das Planungsrisiko und das Risiko des Funktionierens seines Nebenangebots. Nach obiger Darstellung kann sich der Bieter auf die vom Auftraggeber vorgelegten Ergebnisse der Baugrunderkundung – sofern diese nicht ins Auge springende Fehler oder Unvollständigkeiten aufweisen – verlassen. Ergänzende Erkundungen muss der Bieter lediglich dann veranlassen, wenn sein Nebenangebot quantitativ oder/und qualitativ den beschriebenen Baugrund verlässt.

1.4.4.1 Variante 1: Baugrundprobleme, obwohl Auftraggeber und Auftragnehmer den Baugrund ausreichend erkundet haben

Eine erste Variante des Baugrundrisikos liegt daher vor, wenn im obigen Sinn „alle alles richtig gemacht“ haben: Der Auftraggeber hat den Baugrund ordnungsgemäß untersucht. Der Bieter hat entweder den beschriebenen Baugrund nicht verlassen und brauchte daher keine eigenen, ergänzenden Untersuchungen anstellen. Oder aber der Bieter hat den beschriebenen Baugrund verlassen, hat aber ausreichend und mangelfrei ergänzende Baugrunderkundungen, die für sein Nebenangebot erforderlich waren, angestellt. Dennoch ist es im Sinne des echten Baugrundrisikos gemäß Abschnitt 3.5 der DIN 4020 im Zuge der Bauausführung des Nebenangebots zu unvorhersehbaren Wirkungen bzw. Erschwernissen in Zusammenhang mit der Inanspruchnahme des Baugrunds gekommen, die trotz bestmöglicher Erkundung durch den Auftraggeber (für den Amtsentwurf) und durch den Auftragnehmer (für die darüber hinaus durch die Eigenheiten des Nebenangebots entstandenen zusätzlichen Erkundungspflichten) auf Grund des Stichprobencharakters von (auch ordnungsgemäßen) Baugrunderkundungen nicht erkennbar waren.

In diesem Fall bleibt es unverändert bei der Zuweisung des Baugrundrisikos wie beim Bauvertrag auf der Grundlage eines Hauptangebots: Das Baugrundrisiko trägt nach der allgemeinen Regelung der Auftraggeber.¹⁵⁰⁰ Der Auftragnehmer hat in diesem Fall das mit seinem Nebenangebot grundsätzlich verbundene erhöhte Risiko des Funktionierens in dem vorgegebenen Baugrund dadurch kompensiert, dass er zusätzliche Baugrundaufschlüsse hierfür veranlasst und die richtigen Ergebnisse ordnungsgemäß bei der Planung seines Nebenangebots berücksichtigt hat. Nicht die Planung des Nebenangebots ist hier also falsch, so dass sich nicht das Planungsrisiko des Auftragnehmers aus dem Nebenangebot realisiert hat. Nachdem der Auftragnehmer aber nur Verantwortung für spezifisch aus dem Nebenangebot stammende Risiken zusätzlich zur „klassischen“ Risikoverteilung aus dem Bauvertrag mit Hauptangebot zu übernehmen hat, besteht im vorliegenden Fall keine Grundlage für eine Überbürdung der Baugrundfolgen auf den Auftragnehmer. Es liegt ein Fall des allgemeinen Risikos vor, dass der Baugrund trotz sorgfältiger Erkundung (hier durch den Auftraggeber und den Auftragnehmer) und trotz der Erfüllung der (hier durch das Nebenangebot und das Verlassen des beschriebenen Baugrunds gesteigerten) Prü-

¹⁵⁰⁰ Englert/Grauvogl/Maurer, Rdn. 950; Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 60;

fungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers nicht für das vertraglich vereinbarte Bauverfahren geeignet ist. Dieses Risiko kann ebenso bei einem Bauvertrag auf Hauptangebotsbasis eintreten. Es verbleibt damit vorliegend nach der allgemeinen Systematik beim Auftraggeber.¹⁵⁰¹

1.4.4.2 Variante 2: Baugrundprobleme, Auftraggeber hat den Baugrund ausreichend erkundet, der Auftragnehmer jedoch nicht

Eine weitere Variante beim Bauvertrag auf der Basis eines Nebenangebots betrifft den Fall, dass das Nebenangebot den vom Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Baugrund quantitativ oder qualitativ verlässt. Der Auftraggeber ist seiner Verpflichtung zur Baugrunderkundung im Rahmen der Ausschreibung nach den Grundsätzen der DIN 4020 ausreichend nachgekommen. Der Bieter hat, obwohl dies wegen der Überschreitung des bereits für den Amtsentwurf untersuchten Baugrunds erforderlich gewesen wäre, zusätzliche Baugrunderkundungen jedoch unterlassen. In der Folge kam es bei der Ausführung des Nebenangebots zu Erschwernissen und Problemen mit dem Baugrund.

Trotz dieser Konstellation und der Tatsache, dass der Auftragnehmer seiner erweiterten Prüfungs- und Hinweispflicht fehlerhaft nicht nachgekommen ist, fällt die Verantwortung für den Baugrund nicht automatisch an den Auftragnehmer: Bei Vorliegen dieses Sachverhalts ist vielmehr zunächst **zu unterscheiden danach, ob die Ungeeignetheit des Baugrunds bereits im Vorfeld festgestellt worden wäre, wenn der Auftragnehmer seiner erweiterten Prüfungs- und Hinweispflicht ordnungsgemäß nachgekommen wäre** und zusätzliche Baugrunduntersuchungen für sein Nebenangebote bereits im Planungsstadium vor Ausführung durchgeführt hätte. Sollte diese Frage im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung entscheidungsrelevant werden, kann das Gericht diese nur mit Hilfe eines geotechnischen Sachverständigen beantworten. Nur ein solcher kann mit der hinreichenden Fachkunde beurteilen, ob es sich bei der konkreten Störungsursache aus dem Baugrund um eine solche handelt, die im Zuge der vom Bieter ergänzend zu veranlassenden Bodenerkundungen entdeckt worden wäre oder nicht sowie inwiefern überhaupt ein nebenangebotsspezifisches Baugrundproblem vorliegt.

Ergibt diese Bewertung, dass eine normgerechte und ausreichende ergänzende Baugrunderkundung des Bieters die Störungsursache **bereits im Vorfeld ausmachen hätte können**, hat in diesem Fall der **Auftragnehmer die Folgen ohne Mehrvergütungsanspruch zu tragen**. Es hat sich dann ein Risiko verwirklicht, das spezifisch aus seinem Nebenangebot resultiert. Nach der Annahme des Falls hat der Auftraggeber seine Erkundungen richtig und vollständig durchführen lassen. Der Auftragnehmer hätte allerdings für sein Nebenangebot weitere Erkundungen veranlas-

¹⁵⁰¹ Hofmann, a.a.O.; Englert/Grauvogl/Maurer, a.a.O.; Darmstädter Baurechtshandbuch, III, 1, Rdn. 28;

sen müssen. Weil diese unterblieben waren, sind die theoretisch erkennbaren Eigenheiten des Baugrunds verborgen geblieben und haben bei der späteren Ausführung zu Erschwernissen oder anderen Problemen geführt. Er hat insofern keinen Anspruch auf eine veränderte Vergütung nach § 2 Nr. 5, 6 VOB/B und muss im Gegenzug im Wege des Schadensersatzes aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB (c.i.c.) dem Auftraggeber zusätzliche Aufwendungen auszugleichen.

Anders ist die Frage zu entscheiden, wenn die Störung eine **Ursache** in Zusammenhang mit der Inanspruchnahme des Bodens hat, die in Folge des beschriebenen Stichprobencharakters von Baugrunduntersuchungen **auch im Fall ordnungsgemäß vom Auftragnehmer zusätzlich veranlasster Baugrunduntersuchungen unerkannt geblieben wäre**. Letztere Konstellation war Gegenstand des „**Sandlinsefalls**“, den das LG Köln zu entscheiden hatte.¹⁵⁰² Der Auftraggeber hatte für den Bau einer Eisenbahnunterführung die Herstellung der Brückenwiderlager im Schlitzwandverfahren vorgesehen. Die Überbauten sollten seitlich betoniert und dann nach Fertigstellung eingeschoben werden. Der Ausschreibung lag ein Bodengutachten bei. In seinen Verdingungsunterlagen hatte der Auftraggeber darüber hinaus den Hinweis gegeben, dass Bieter, die Nebenangebote einreichen würden, eine Garantie für deren Durchführbarkeit und für die damit angebotene Endsumme zu übernehmen hätten. Mit einem Nebenangebot schlug der spätere Auftragnehmer stattdessen ein Durchpressen des gesamten Tunnelbauwerks, aufgeteilt in mehrere Tunnelkörper, nach einem von ihm entwickelten Verfahren vor. Dieses neuartige Verfahren hatte der Bieter nach eigenen Angaben bereits mit Erfolg beim Bau anderer Brücken angewendet. Im Zuge der Ausführung allerdings kam es hier nun zu erheblichen Problemen: Auf einer Seite des Brückenkörpers trat ein Bodeneinbruch auf, der sich bis auf den Gleiskörper auswirkte. Der Bahnverkehr musste vorübergehend eingestellt werden, die Baustelle stand vorübergehend still. Zur Absicherung mussten aufwändige und teure Zwischenbühnen errichtet werden.

Ein geotechnischer Sachverständiger stellte fest, dass der Bodenbruch durch eine trockene Sandlinse ohne bündige Bestandteile in dem angeschütteten und damit nicht natürlich gewachsenen Bahndamm verursacht wurde. Diese war nach weiterer Beurteilung des Gutachters auch im Rahmen ordnungsgemäßer und im Sinne der DIN 4020 vollständiger Baugrunderkundung nicht vorhersehbar. Das ursprüngliche Gutachten des Auftraggebers hatte zwar auch Sand angesprochen, aber „in unterschiedlich stark verlehmt“, also nicht in völlig trockener Form. Das Gericht stellte auf Basis der sachverständigen Untersuchung weiter fest, dass der Auftragnehmer den beschriebenen Baugrund zwar räumlich nicht verlassen hatte. Inwieweit der Auftraggeber den untersuchten Baugrund aber qualitativ mit seinem neuartigen Verfahren des Nebenangebots überschritten hatte und deshalb weitere Baugrunduntersuchungen anstellen hätte müssen, ließ das Gericht im Ergebnis zwar offen, beantwor-

¹⁵⁰² Urteil vom 16.11.1982, 5 O 218/81;

tete aber dennoch die Frage auch für diesen Fall: „(...) selbst wenn man annehmen wollte, dass die Klägerin ein speziell auf ihr Nebenangebot zugeschnittenes weiteres Bodengutachten mit zusätzlichen Rammsondierungen und Bodenproben vor Angebotsabgabe hätte einholen müssen, wäre die trockene Sandlinse mit großer Wahrscheinlichkeit von ihr trotzdem nicht vorherzusehen gewesen.“ Die Sandlinse sei somit „auch bei aller zumutbarer Überprüfung der Bodenverhältnisse nicht voraussehbar“ gewesen.

Das LG Köln kam in seinem Urteil auf Grund dessen zu folgenden Schlüssen: „An dem Grundsatz, dass der Baugrund in den Risikobereich des Auftraggebers fällt, änderte sich nichts aus dem Grunde, weil die Klägerin ein Nebenangebot zur Durchführung brachte, das ein besonderes, noch selten erprobtes Verfahren zum Gegenstand hatte. Zwar **trifft einen Unternehmer im Hinblick auf die Durchführung von Nebenangeboten**, für die noch keine allgemeinen technischen Vorschriften existieren und die noch wenig erprobt sind, **grundsätzlich ein größeres Risiko, jedoch kann sich dies nur auf solche Risiken beziehen, die gerade für das Nebenangebot spezifisch sind. Soweit es sich um Risiken handelt, die auch herkömmlichen Verfahrensweisen immanent sind, ist kein Grund vorhanden, den Unternehmer stärker haften zu lassen, nur weil er ein neues Verfahren anwendet.**“
 Daran änderte nach dem Urteil auch die Tatsache nichts, dass der Auftragnehmer eine Garantie dafür abgegeben hatte, dass sein Nebenangebot durchführbar sei. Diese Garantie habe lediglich Risiken umfasst, die spezifisch aus dem Nebenangebot herrühren, nicht jedoch das Baugrundrisiko.¹⁵⁰³ Im Ergebnis sprach das LG Köln dem Auftragnehmer Mehrvergütungsansprüche nach § 2 Nr. 5 VOB/B zu, verweigerte ihm jedoch mangels Verschuldens des Auftraggebers, der nach konsequenter Ansicht des Gerichts die Sandlinse ebenso nicht vorhersehen konnte, darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche nach § 6 Nr. 6 VOB/B.

Eine **weitere Fallvariante** ist darüber hinaus zu betrachten: Wie oben angenommen, hat der Auftraggeber seinen Teil der Baugrunderkundungen ordnungsgemäß durchgeführt. Der Auftragnehmer hat jedoch zusätzliche Erkundungen unterlassen, die er in Folge des Verlassens des beschriebenen Bodens mit seinem Nebenangebot veranlassen hätte müssen. Es kommt in Folge dessen bei der Ausführung zu Problemen mit dem Baugrund. Ein Sachverständiger kommt zu dem Schluss, dass nicht nur das Nebenangebot, sondern auch der Amtsentwurf ebenso an diesem unerkannt gebliebenen Baugrundproblem gescheitert wäre. Im Rahmen der Bauausführung sind geänderte oder zusätzliche Leistungen auszuführen, um den Werkerfolg dennoch ermöglichen zu können.

Es stehen sich damit die Folgen der unterlassenen Baugrunderkundung und der nicht erfüllten erweiterten Prüfungs- und Hinweispflichten des Auftrag-

¹⁵⁰³ Siehe ausführlich dazu oben Ziff. 1.4.1;

nehmers und das allgemeine Baugrundrisiko des Auftraggebers gegenüber, das sich allerdings nur theoretisch realisiert hätte, wenn der Amtsentwurf beauftragt worden wäre. In diesem Fall hat der Auftraggeber gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B Mehrvergütung zu leisten, aber beschränkt durch seinen Schadensersatzanspruch gegen den Auftragnehmer aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB, die in Folge der Umstellung des Ausführungsart nach dem Amtsvorschlag zur gewählten dritten Ausführungsart entstanden wären. Er hat nach dem Wiederherstellungsprinzip des Schadensersatzrechts nur ein Recht darauf, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Auftragnehmer den Boden auf die Eignung für die Ausführungsart des Nebenangebots ordnungsgemäß untersucht hätte. Dabei hätte sich nach der Annahme dieser Fallvariante herausgestellt, dass der Boden nicht für das Nebenangebot geeignet ist. Der Auftraggeber hätte dann den Amtsentwurf ausführen lassen. Erst bei der Ausführung des Hauptangebots hätte sich dann herausgestellt, dass auch der Amtsentwurf auf Grund der Eigenheiten des Baugrunds nicht ausführbar gewesen wäre und stattdessen ein drittes Verfahren anzuwenden war.¹⁵⁰⁴

Das heißt:

► **Das Baugrundrisiko bleibt auch bei Beauftragung eines Nebenangebots grundsätzlich beim Auftraggeber. Kommt es in Folge einer unzureichenden erweiterten Baugrunderkundung durch den Bieter, die auf Grund der Eigenheiten des Nebenangebots erforderlich gewesen wäre, zu Baugrundproblemen, hat der Auftragnehmer hierfür einzustehen. Wäre jedoch auch im Fall ordnungsgemäßer zusätzlicher Erkundungen durch den Bieter der Baugrundmangel unerkannt geblieben, verbleibt das Baugrundrisiko auch in diesem Fall beim Auftraggeber.**

Systematisch ergibt sich also bei Mehrvergütungsansprüchen in Zusammenhang mit Nebenangeboten, die aus einer unerwarteten Zusammensetzung des Baugrunds resultieren, **kein Unterschied zu anderen Problemfeldern: Entscheidend bleibt auch hier die Abgrenzung, ob die Ursache für die Störung, Mengenänderung oder Zusatzleistung aus der Risikosphäre des Auftraggebers oder des Auftragnehmers stammt. Nur wenn eine spezifische Eigenheit des Nebenangebots für die Störung ursächlich war, geht die Verantwortlichkeit auf den Auftragnehmer über.** Der Auftraggeber bleibt für die Angaben verantwortlich, die von dem technischen Nebenangebot unberührt bleiben.¹⁵⁰⁵

Zusammengefasst ergibt sich in Bezug auf den Baugrund folgende **unterschiedliche Systematik bei Haupt- und Nebenangeboten zu den Prüfungspflichten und der Verantwortung bezüglich des Baugrunds:**

¹⁵⁰⁴ Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 61;

¹⁵⁰⁵ Kapellmann in: Jahrbuch Baurecht 1999, 44;

Situation beim
Amtsentwurf/Hauptangebot

Auftraggeber stellt den Baugrund als Baustoff i.S.d. § 645 Abs. 1 BGB

Pflicht des **AG**, den **Baugrund zu erkunden und zu beschreiben**
(§ 9 Nr. 3 VOB/A, DIN 4020, ATV DIN 18299, Abschn. 0.1.9)

Pflicht des **AN**, die Baugrundbeschreibung auf „ins Auge springende“ Fehler/Unvollständigkeiten **zu überprüfen**

Situation beim
Nebenangebot

Auftraggeber stellt den Baugrund als Baustoff i.S.d. § 645 Abs. 1 BGB

Pflicht des **AG**, den **Baugrund zu erkunden und zu beschreiben**
(§ 9 Nr. 3 VOB/A, DIN 4020, ATV DIN 18299, Abschn. 0.1.9)

Pflicht des **AN**, die Baugrundbeschreibung auf „ins Auge springende“ Fehler/Unvollständigkeiten **zu überprüfen**

Pflicht des **AN**, zu überprüfen, ob die **Baugrundbeschreibung** des AG in **räumlicher** und **technischer** Hinsicht **auch für den Entwurf des Nebenangebots ausreicht**

Wenn nein: **weitere Baugrunduntersuchungen** auf Veranlassung und Kosten **des AN**

AG haftet für Richtigkeit der von ihm zur Verfügung gestellten Baugrundbeschreibung

Mithaftung des AN, wenn er erkennbare Fehler der Baugrundbeschreibung nicht gerügt oder für sein Nebenangebot zusätzliche Baugrunduntersuchungen nicht veranlasst hat

Keine Mithaftung des AN, wenn Baugrundproblem auch bei ausreichender zusätzlicher Untersuchung nicht erkennbar wäre

AG trägt Baugrundrisiko i.S.d. DIN 4020

2. Behandlung weiterer Risiken in Zusammenhang mit Nebenangeboten

Auf Grund von deren praktischer Relevanz sollen zwei Risiken im Folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Es handelt sich dabei um das Systemrisiko sowie um das Kontaminationsrisiko.

2.1 Systemrisiko

Der Begriff des „Systemrisikos“ ist in Literatur und Rechtsprechung deutlich weniger gefestigt und diskutiert als der des Baugrundrisikos. Das Systemrisiko ist nach einer Definition von *Englert/Grauvogl/Maurer*¹⁵⁰⁶ die „Gefahr, dass bei der Herstellung von (Tief-)Bauwerken niemals sämtliche naturwissenschaftlichen Reaktionen des zur Anwendung gelangenden Bausystems – wie etwa die Bohrpfahl- oder Schlitzwandherstellung, Bodenvereisung, Hochdruckinjektion, Baugrubensicherung etc. – mit absoluter Sicherheit vorhergesagt oder vorausberechnet werden können und deshalb trotz bestmöglicher Vorgaben und optimaler Ausführung Mängel und Schäden auftreten können.“ Zwei Beispiele: Zur Sicherung einer Baugrube wird neben einem Bahndamm eine Bohrpfahlwand hergestellt. Obwohl der Baugrund ordnungsgemäß erkundet ist und die Pfähle nach den anerkannten Regeln der Technik erstellt werden, treten Setzungen auf, weil im Umgriff von Bohrpfählen systembedingt Bodenauflockerungen entstehen können, die zu Setzungen führen können. Oder: Ein Schlitzwandgreifer bleibt systembedingt stecken, weil er sich im nachrutschenden Baugrund verkantet hat.¹⁵⁰⁷

Es handelt sich also um ein Risiko, dass trotz mangelfreier Ausführung nach den anerkannten Regeln der Technik am Gewerk selbst ein Mangel auftritt oder im Zuge von Tiefbauarbeiten ein Schaden am Bauwerk oder am Eigentum des Nachbarn auftreten kann, ohne dass sich das Baugrundrisiko verwirklicht, wobei der Mangel oder der Schaden auf die Wechselwirkung von Baugrund und Bauverfahren zurückzuführen ist.¹⁵⁰⁸ *Englert/Grauvogl/Maurer* behandeln das Systemrisiko wie den Fall eines Mangels des vom Auftraggeber gestellten Stoffs im Sinne des § 13 Nr. 3 VOB/B. Der **Auftraggeber hat das Systemrisiko wie das Baugrundrisiko zu tragen**. Der Auftragnehmer ist vom Erfolgsrisiko befreit und hat Anspruch auf Bauzeitverlängerung.¹⁵⁰⁹

Anderer Ansicht ist *Kapellmann*,¹⁵¹⁰ der das **Systemrisiko zunächst als typisches Risiko des Auftragnehmers** sieht, sofern nicht ausnahmsweise der Auftraggeber das Verfahren vorgebe oder das „Beschaffenheitssoll“ von dem abweiche, was vertraglich vereinbart war (z.B. Baugrund anders als beschrieben). Der Auftragnehmer

¹⁵⁰⁶ Rdn. 997;

¹⁵⁰⁷ A.a.O., Rdn. 999;

¹⁵⁰⁸ *Kuffer* in: CBTR-Jahresband 2004/5, S. 59 f.;

¹⁵⁰⁹ *Englert/Grauvogl/Maurer*, Rdn. 994 ff.;

¹⁵¹⁰ In: Jahrbuch Baurecht 1999, S. 39; *Kapellmann/Schiffers*, Rdn. 740, 763 ff.;

habe das Wahlrecht bezüglich des Bauverfahrens, so dass er zu entscheiden habe, welches Verfahren er einsetzen möchte. Er trage damit insoweit auch das „Zufallsrisiko“, dass bei unveränderter Beschaffenheit des Baugrundes und der Geeignetheit des Verfahrens der geschuldete Erfolg dennoch nicht erreicht wird. *Ganten*¹⁵¹¹ unterscheidet zwischen „typischen“, „relativen“ Systemrisiken, bei denen bekannt ist, dass es in dem betreffenden System zu Fehlreaktionen kommen kann, und „absoluten“, bei denen eine Gefahrneigung nicht bekannt ist. Er macht die Zuordnung des Risikos von vertraglichen Auslegungsfragen im Rahmen einer „gründlichen Analyse der Risikowilligkeit“ abhängig. *Kuffer*¹⁵¹² weist darauf hin, dass die Lehre vom Systemrisiko mangels einer dem § 645 BGB vergleichbaren gesetzgeberischen Wertung „in einem unauflösbaren Konflikt mit der gesetzlich begründeten Erfolgshaftung des Unternehmers“ steht. *Fitterer* kommt zu dem Schluss, dass es einer Rechtsfigur des Systemrisikos zur rechtlichen Einordnung der damit angesprochenen Fragestellung überhaupt nicht bedürfe.¹⁵¹³

In der obergerichtlichen **Rechtsprechung** ist bislang nur eine Entscheidung veröffentlicht, in der der Begriff des Systemrisikos ausdrücklich Verwendung findet. Das OLG München¹⁵¹⁴ kommt zu dem Ergebnis, dass der **Auftraggeber** jedenfalls nach vorausgehender Vergabe nach der VOB/A das **Systemrisiko zu tragen** hat. Das Gericht hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem, vereinfacht dargestellt, die Rohrleitungen eines Gaserfassungssystems im Müllkörper einer Deponie abgesackt waren, nachdem sich der inhomogene Müllkörper im Rahmen seines natürlichen Zersetzungsprozesses unterschiedlich gesetzt hatte. Das OLG bejahte zwar einen Mangel. Hierfür habe der Auftragnehmer jedoch nicht zu haften. Dies aus dem Grund, dass der Müllkörper gleich dem Baugrund einen Baustoff im Sinne des § 13 Nr. 3 VOB/B darstelle, in dem das Bauwerk errichtet werde. Das vom Unternehmer gewählte System enthalte damit ein Systemrisiko, das zu Lasten des Auftraggebers gehe. Der Umfang der werkvertraglichen Erfolgsverpflichtung des Auftragnehmers finde seine Grenzen an der Stelle, an der der Erfolg von unbeherrschbaren Faktoren des vom Auftraggeber gestellten Stoffes abhängige wie hier dem Risiko unterschiedlicher Setzung des Müllkörpers.

Nachdem bereits die Frage der Ein- und Zuordnung des Systemrisikos beim „klassischen“ Bauvertrag auf Basis eines Hauptangebots in der Literatur umstritten ist, ist eine Diskussion der Besonderheiten bei einem **Vertrag auf ein Nebenangebot** ebenso nicht klar zu führen. Folgt man der obigen zusammenfassenden Erläuterung von *Kuffer*, setzt das Systemrisiko folgende Parameter voraus:

¹⁵¹¹ In: Freiburger Baurechtstage 1999, S. 48 ff.;

¹⁵¹² In: CBTR-Jahresband 2004/5, S. 59 ff.;

¹⁵¹³ S. 121;

¹⁵¹⁴ Urteil vom 15.10.2003, 27 U 89/01; IBR 2004, 7; BauR 2004, 680; kritisch dazu: *Kuffer*, in: CBTR-Jahresband 2004/5, S. 60 ff.;

- mangelfreie Ausführung nach den anerkannten Regeln der Technik
- am Gewerk selbst tritt ein Mangel oder am Bauwerk oder Nachbareigentum ein Schaden auf
- das Baugrundrisiko hat sich dabei nicht verwirklicht
- der Mangel oder der Schaden ist auf die Wechselwirkung von Baugrund und Bauverfahren zurückzuführen

In diese Systematik ist nun das Nebenangebot zu integrieren. Die Abweichung im System im Rahmen eines Nebenangebots liegt darin, dass der Auftragnehmer nicht nur, wie dies *Kapellmann* bereits für das Hauptangebot anspricht, das „Wahlrecht bezüglich des Bauverfahrens“ innerhalb der vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungsbeschreibung hat, sondern er trägt hier zusätzlich die gesamte Planungsverantwortung. Er legt Art und Weise, vergleichbar mit der Situation bei einer funktionalen Ausschreibung, im Rahmen des gesteckten Ziels, nämlich des Bauerfolgs, selbst fest und erstellt die Leistungsbeschreibung auf dieser Grundlage. Der Einfluss und die Verantwortung des Auftragnehmers sind wesentlich größer als bei einem Hauptangebot. Dabei ist aber festzustellen, dass es in Zusammenhang mit der Zuordnung des Systemrisikos im Ergebnis keine nebenangebotsspezifischen Besonderheiten gibt. Dies aus folgendem Grund: Das Systemrisiko setzt ähnlich wie das Baugrundrisiko voraus, dass „alle alles richtig gemacht“ haben: Der Bauunternehmer hat mangelfrei ausgeführt, das Baugrundrisiko hat sich nicht verwirklicht – also der Baugrund ist somit ausreichend erkundet und der Bieter hat seine Prüfungs- und Hinweispflichten ordnungsgemäß erfüllt – und es ist trotzdem ein Mangel oder Schaden aufgetreten.

Wie bei den bereits diskutierten Anspruchsgrundlagen und Risiken, hat der Auftragnehmer bei Beauftragung seines Nebenangebots (nur) für die Risikoerhöhung einzustehen, die er durch sein Nebenangebot begründet hat. Das heißt für das Systemrisiko: Treten Erschwernisse, Mängel oder Schäden auf, weil der Auftragnehmer sein Nebenangebot falsch geplant hat und auf Grund dessen subjektiv unvorhergesehene Wechselwirkungen mit dem Baugrund – über das Baugrundrisiko hinaus – eingetreten sind, liegt bereits kein Fall des Systemrisikos vor. Dieses setzt ja voraus, dass „alles richtig gemacht“ wurde. Das ist bei einem Planungsfehler aber bereits nicht der Fall. Plant der Auftragnehmer sein Nebenangebot insoweit fehlerhaft, bleibt es bei der allgemeinen Regelung: Der Auftragnehmer trägt für sein Nebenangebot das Planungsrisiko.

Ist aber auch die Planung mangelfrei und es kommt dennoch zu einem Problem in Form eines „echten“ Falls des Systemrisikos – nach den obigen Beispielen: Setzungen im Müllkörper wie im Fall des OLG München, Verkanten des Schlitzwandgreifers, systembedingte Setzungen durch Bodenauflockerungen bei der Bohrpfahlherstellung – **kommt es entscheidend darauf an, ob** diese Erschwernisse ihre **Ursa-**

che im Nebenangebot haben. In diesem Zusammenhang ist also wiederum zu prüfen, ob die Erschwernisse auch bei Beauftragung des Amtsentwurfs aufgetreten wären. Ist dies nicht der Fall, liegt die Ursache damit in dem „System“, das der Auftragnehmer durch sein Nebenangebot begründet hat. Dann hat er zunächst auch das Systemrisiko zu tragen. Das heißt in den obigen Beispielen: Angenommen, das Gassammlersystem im Fall des OLG München (Mülldeponie) wäre in Form eines Nebenangebots eingeführt worden, ist zunächst festzustellen, dass die inhomogenen Setzungen im Müllkörper der Deponie ebenso auch bei Beauftragung des Amtsentwurfs aufgetreten wären.

Die entscheidende Frage ist dann, ob das im Amtsentwurf vorgesehene Verfahren diese inhomogenen Setzungen „abfangen“ hätte können – etwa wenn es theoretisch elastischeres Material oder verformungsunempfindlichere Verbindungen der Rohre vorgesehen hätte als das Nebenangebot. Im Bauprozess wäre diese Frage notwendigerweise durch ein Sachverständigengutachten zu beantworten. Der Gutachter würde in diesem Fall freilich ebenso vor dem Problem stehen, dass er bezüglich der Reaktionen und Folgen im Hauptangebot letztlich nur eine Prognose mit einem gewissen Unsicherheitsfaktor stellen könnte. Käme der Gutachter zu dem Ergebnis, dass auch im Fall des Amtsentwurfs die Mängel aufgetreten wären, liegt ein Fall des Systemrisikos vor, der dem Auftraggeber zur Last fällt, da die Setzungen dem von ihm beigestellten „Baustoff“ Müllkörper anhaften. Wäre der Mangel nach Prognose des Gutachters bei Beauftragung des Amtsentwurfs ausgeblieben, ist die Konsequenz, dass der Auftragnehmer ein System vorgeschlagen hat, das die Problematik der Verformung durch die Setzungen erst in die Herstellung eingeführt hat. Dann hat er für die Folgen einzustehen.

Kritischer wird die Betrachtung bei den weiteren obigen Beispielen des verkanteten Schlitzwandgreifers oder der systembedingten Setzungen als „Begleiterscheinung“ von Bodenauflockerungen, die nun einmal bei der Herstellung von Bohrpfählen auftreten können. Hier ist wiederum nach dem oben beschriebenen Grundsatz zu untersuchen, ob die Beeinträchtigungen auch bei dem Verfahren des Amtsentwurfs aufgetreten wären. Ist dies der Fall, hat sich kein Risiko verwirklicht, das durch das Nebenangebot begründet wurde. Ist dies nicht der Fall, hat sich ein Risiko realisiert, das der Auftragnehmer durch sein Nebenangebot gesetzt hat. Insoweit hat er die Folgen zu schultern. Der Auftragnehmer kann im Einzelfall zwar nichts dafür, wenn sein Schlitzwandgreifer sich im nachrutschenden Baugrund verkeilt. Er kann es auch – trotz Beachtung aller anerkannten Regeln der Technik – nicht verhindern, dass sich der Boden im Bereich um einen herzustellenden Bohrpfahl lockert. Wenn aber der Amtsentwurf beispielsweise ein Verfahren vorgesehen hatte, das ohne Herstellung einer Schlitzwand ausgekommen wäre, hätte sich in diesem Fall auch kein Schlitzwandgreifer verkeilen können. Sah der Amtsentwurf keine Herstellung von Bohrpfählen vor, hätte es dabei auch nicht zu systembedingten Setzungen im Zuge der Bohr-

pfahlherstellung kommen können. Die Erkenntnis, dass es bei diesen Verfahren zu den geschilderten systembedingten Problemen kommen kann, musste der Auftragnehmer bereits haben, als er das alternative Verfahren „Schlitzwand“ oder „Bohrpfahl“ mit seinem Nebenangebot vorgeschlagen hatte. Er hat dennoch dem Auftraggeber dieses Verfahren angeboten und damit in der Gesamtbilanz das Risiko erhöht. Wenn sich diese theoretisch denkbaren Systemprobleme realisieren, kann dies vorliegend nicht den Auftraggeber belasten. Der Auftraggeber hat auch nicht die Verpflichtung, im Rahmen seiner Prüfungspflicht des Nebenangebots nach § 23 Nr. 2 VOB/A so tief in die Materie einzusteigen, dass er alle abweichenden Vorschläge hinsichtlich theoretisch möglicher Systemrisiken untersuchen muss.

Zu differenzieren ist im Rahmen der Risikoverteilung jedoch in dem Fall, in dem der Auftragnehmer in der Beschreibung seines Nebenangebots ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass es systembedingt zu den oben dargestellten Problemen kommen kann¹⁵¹⁵ oder der Auftraggeber aus anderen allgemeinen Informationsquellen erkennen und wissen hätte müssen, dass die konkreten Systemrisiken beim Verfahren des Nebenangebots bestehen. Dann kann sich der Auftraggeber nicht darauf berufen, er habe nichts davon wissen können, dass durch die Beauftragung des Nebenangebots ein zusätzliches Systemrisiko begründet wird. Er hat dann sozusagen „sehenden Auges“ in Kauf genommen, dass bei Beauftragung des Nebenangebots zusätzliche oder andere Risiken durch das alternative System relevant werden können. In diesem Fall hat es bei der allgemeinen Regelung zu verbleiben, dass das „echte“ Systemrisiko beim Auftraggeber bleibt. Es besteht dann keine Veranlassung, nur wegen der Tatsache, dass ein Nebenangebot bezuschlagt wurde, von der allgemeinen Regelung abzuweichen. Der Auftraggeber hat sich bewusst für das Nebenangebot entschieden – er kann sich dann nicht nur die Vorteile zu Nutze machen wie etwa günstigerer Preis, schnellere Ausführung, geringerer Wartungsaufwand und die Nachteile – hier: das Systemrisiko – dem Auftragnehmer überlassen. Das Nebenangebot mit dem ausdrücklich erwähnten Systemrisiko bezüglich des konkret vorgeschlagenen Systems wird mit der Beauftragung zur vertraglich geschuldeten Leistung. Hat der Bieter – in diesem Fall insbesondere in seinem eigenen Interesse – auf die systemimmanenten Risiken ordnungsgemäß hingewiesen, muss der Auftraggeber auch im Rahmen der üblichen Zuweisung beim Bauvertrag auf der Basis eines Hauptangebots diese Risiken tragen.

Im Ergebnis führt dies in der Praxis freilich zu einer unbefriedigenden Situation: Inwieweit ein Auftraggeber ein per Nebenangebot von einem Bieter vorgeschlagenes System auch hinsichtlich dessen Systemrisiken zu kennen hat, kann nicht feststehend wissenschaftlich bewertet werden. Es handelt sich um eine Einschätzung, die

¹⁵¹⁵ Hierauf „verzichten“ Bieter in der Praxis vielfach, weil sie bei allzu intensivem Hinweis auf mögliche Probleme befürchten, dass dem Auftraggeber die Risikolage dann zu kritisch wird und er von einer Beauftragung des Nebenangebots absehen könnte; sie übersehen jedoch in diesem Fall, dass ihnen hierdurch zugleich auch Nachteile entstehen;

regelmäßig ein Sachverständiger zu treffen haben wird und die oftmals „vom Zufall abhängen“ wird.

2.2 Kontaminationsrisiko

Das Kontaminationsrisiko ist letztlich ein Unterfall des Baugrundrisikos – Kontaminationen finden sich regelmäßig im Boden. Das Kontaminationsrisiko ist – in Anlehnung an die Definition des Baugrundrisikos in DIN 4020, Abschnitt 3.5 – das Risiko, dass im Baugrund oder in anderen im Zuge der Ausführung des Bauvorhabens mit zu ver- oder bearbeitenden Stoffen unerwartet Schadstoffbelastungen vorliegen, die trotz bestmöglicher Erkundung durch den Auftraggeber und Beachtung der Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers nicht erkennbar waren. Die Systematik entspricht in Folge dessen ebenso der beim Baugrundrisiko. Auch Schadstoffbelastungen hat der Auftraggeber im Rahmen der Ausschreibung zu erkunden und in den Verdingungsunterlagen zu beschreiben. Gemäß Abschnitt 0.1.18 der ATV DIN 18299 hat der Auftraggeber „*Art und Umfang von Schadstoffbelastungen, z.B. des Bodens, der Gewässer (...)*“ anzugeben.¹⁵¹⁶ Es ist also wiederum danach zu unterscheiden, ob sich nachträgliche Erschwernisse deshalb ergeben, weil die ursprüngliche Beschreibung des Auftraggebers mangelhaft war oder deshalb, weil der Auftragnehmer mit seinem Nebenangebot den beschriebenen Baugrund qualitativ oder quantitativ verlassen hat. Im ersten Fall hat der Auftragnehmer einen Mehrvergütungsanspruch, in letzterem nicht.

An dieser Systematik ändert auch nichts die Tatsache, dass ein Auftragnehmer mit seinem Nebenangebot eine Pauschale vorgeschlagen hatte. Nach der Leistungsbeschreibung übernahm der Auftragnehmer in einem Fall, den die VOB-Stelle Niedersachsen zu entscheiden hatte,¹⁵¹⁷ für eine pauschale Vergütung „*alle erforderlichen Leistungen zur Herstellung der Baugrube und der Baugrubensicherung*“. Den ursprünglichen Verdingungsunterlagen des Auftraggebers war zu entnehmen, dass mit kontaminiertem Aushub nicht zu rechnen sei. Im Zuge der Ausführung des Nebenangebots stellte sich jedoch heraus, dass schadstoffbelasteter Boden der Kontaminationsklasse LAGA Z 1.1 vorlag. Der Auftragnehmer verlangte Mehrvergütung und argumentierte, die Beseitigung von schadstoffbelastetem Material habe Sowiekosten verursacht, die auch bei Ausführung des Amtsvorschlags entstanden wären.

Die VOB-Stelle gab dem Unternehmer Recht und sprach ihm Mehrvergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B zu. Der Auftragnehmer habe zwar mit Abgabe seines Nebenangebots für eine alternative Baugrubensicherung das Planungsrisiko übernommen. Er habe damit jedoch nicht automatisch das Kontaminationsrisiko mit dem Angebot einer Pauschale mit übernommen. Hierzu hätte es einer ausdrücklichen Übertragung der Verantwortung für einen eventuell belasteten Boden auf den Bauunternehmer

¹⁵¹⁶ Vgl. dazu *Englert/Katzenbach/Motzke*, DIN 18299, Rdn. 34 ff.;

¹⁵¹⁷ Entscheidung vom 05.07.2004, Fall 1395 b; IBR 2005, 184;

bedurft. Dies sei jedoch nicht der Fall. Die Bildung einer Pauschale erfolgt nur auf der Grundlage der von ihr umfassten Preisermittlungsgrundlagen und Basisdaten, die der Auftraggeber zur Verfügung gestellt hat. Nur wenn diese unverändert bleiben, übernimmt der Auftragnehmer das Mengenrisiko mit der Pauschale. Eine pauschale Risikoübernahme ist damit aber nicht verbunden. Dies gilt ebenso, wenn ein Nebenangebot Vertragsgegenstand wird.¹⁵¹⁸

F) Mängelverantwortung bei Ausführung eines Nebenangebots

Auch im Zusammenhang mit der Ausführung eines Nebenangebots ist naturgemäß nicht ausgeschlossen, dass die Leistungen des Auftragnehmers mangelhaft sein können. Beim „klassischen Bauvertrag“, also dem Bauvertrag auf der Basis eines Hauptangebots, besteht nach den Grundsätzen der §§ 631 ff. BGB die Erfolgshaftung des Bauunternehmers. Es ist seine Hauptleistungspflicht, dem Besteller das vertraglich vereinbarte Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln herzustellen und zu verschaffen.¹⁵¹⁹ Er ist gemäß **§ 633 Abs. 1 BGB** verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Ist das Werk in diesem Sinne mangelhaft, hat der Besteller einen **Mängelbeseitigungsanspruch gegen den Unternehmer nach §§ 633 Abs. 2, 634 ff. BGB**. Dieser Mängelbeseitigungsanspruch setzt also einen objektiven Mangel voraus, dessen Ursache (zumindest auch) im Verantwortungsbereich des Unternehmers liegt. Unerheblich ist, ob der Unternehmer den Mangel auch zu vertreten hat.¹⁵²⁰ Bei VOB-Bauverträgen ist die Regelung im Grundsatz gleich der im BGB. Praktisch bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass bei VOB-Verträgen **§ 13 Nr. 1 S. 2 VOB/B** ausdrücklich vorgibt, dass ein Werk auch dann mangelhaft ist, wenn es nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht.¹⁵²¹ Auf die Einzelheiten der Systematik und der Auslegung des Mängelhaftungsrechts in BGB und VOB soll hier nicht näher eingegangen werden. Hierzu wird auf das ausführliche Schrifttum verwiesen.¹⁵²²

¹⁵¹⁸ A.A. unzutreffend: LG Hannover, Urteil vom 18.04.2007, 11 O 252/06;

¹⁵¹⁹ *Englert/Motzke/Wirth*, § 631, Rdn. 151;

¹⁵²⁰ *Palandt/Sprau*, § 633, Rdn. 5;

¹⁵²¹ Vgl. hierzu *Englert/Motzke/Wirth*, § 633 Rdn. 80 ff.;

¹⁵²² Vgl. dazu die zahlreichen und umfangreichen Kommentierungen und Abhandlungen sowie Entscheidungen der Rechtsprechung, die hier angesichts der zu erörternden Thematik der nebenangebotsspezifischen Besonderheiten nicht näher dargestellt wird;

Beim Vertrag auf der Basis eines Nebenangebots ergibt sich zunächst von der Systematik der Mängelhaftung keine Änderung gegenüber dem Bauvertrag, der ein Hauptangebot zum Gegenstand hat. Beim Vertrag auf ein Nebenangebot erbringt der Auftragnehmer nicht nur die Ausführung der Bauleistung an sich, sondern ein Mehr in Form der zusätzlichen Planungsleistungen. Insoweit besteht keinerlei systematische Veranlassung, die Mängelverantwortung des Auftragnehmers gegenüber der Ausführung des Hauptangebots einzuschränken. Die Verantwortung des Auftragnehmers umfasst neben der Planungsverantwortung für das Nebenangebot freilich weiterhin unverändert die werkvertragliche Erfolgsverpflichtung und damit die Verantwortung für die Mangelfreiheit der Ausführung – insbesondere dahingehend, dass der von ihm ursprünglich eingebrachte alternative Vorschlag den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Verursacht der Auftragnehmer also im Zuge der Umsetzung seines eigenen Nebenangebotsentwurfs einen Mangel, indem er etwa eine Mauer schief hochzieht, Anker nicht ordnungsgemäß spannt, so dass der Verbau ausbricht, oder führt er eine alternativ vorgeschlagene Abdichtung so aus, dass sie nicht die erforderliche Abdichtungswirkung erreicht, dann hat der Auftraggeber unverändert nach den allgemeinen Grundsätzen der § 633 ff. BGB bzw. § 13 VOB/B einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels, so dass insoweit auf die allgemeinen Regelungen verwiesen werden kann.

Dies gilt auch für die allgemeinen Regelungen zu Gunsten des Auftragnehmers. **§ 13 Nr. 3 VOB/B** enthält diesbezüglich eine Regelung, die in Ausnahmefällen den Auftragnehmer von der Mängelhaftung freistellt und das Mängelrisiko im Ergebnis dem Auftraggeber zuweist. Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, haftet der Auftragnehmer, es sei denn, er hat die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht. Wenn der Auftragnehmer also in diesem Fall seiner Prüfungs- und Hinweispflicht ordnungsgemäß nachgekommen ist, entfällt seine Mängelhaftungspflicht, wenn sich ein in der Sphäre des Auftraggebers liegendes Risiko realisiert.¹⁵²³ Die Regelung ist für BGB-Verträge entsprechend anwendbar.¹⁵²⁴

Praxisrelevant ist in diesem Zusammenhang, dass ein „Vorschreiben“ eines Stoffes oder Bauteils nicht bereits dann vorliegt, wenn der Auftraggeber lediglich einverstanden ist mit dem vom Auftragnehmer (auch im Rahmen des Nebenangebots) vorgeschlagenen Material.¹⁵²⁵ Trifft der **Auftraggeber** eine **Anordnung** oder **gibt** er ein **Material vor** und **wird dadurch ein Mangel verursacht**, besteht dagegen kein An-

¹⁵²³ OLG Frankfurt, Urteil vom 27.05.1981, 17 U 82/80; BauR 1983, 156; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 13 VOB/B, Rdn. 49; *Kniffka/Koeble*, 6. Teil, 56 ff.; *Kuffer/Wirth*, 2. Kap., Rdn. 41 ff.; Darmstädter Baurechtshandbuch, 2. Kap., I. Teil, Rdn. 146 ff.;

¹⁵²⁴ *Englert/Motzke/Wirth*, § 633, Rdn. 111;

¹⁵²⁵ Darmstädter Baurechtshandbuch, a.a.O., Rdn. 146;

lass, dahingehend zu unterscheiden, ob ursprünglich ein Planungsfehler aus dem Nebenangebot die Anordnung erforderlich gemacht hat. Die Regelung unterscheidet nicht danach, wer die Notwendigkeit einer Anordnung verursacht hat, sondern allein dahingehend, ob diese Anordnung ursächlich für den konkreten Mangel war. Ist dies der Fall und hat der Auftragnehmer ordnungsgemäß nach § 4 Nr. 3 VOB/B den Auftraggeber darauf hingewiesen, wird er von der Mängelhaftung insoweit frei.

Keine praktische Rolle spielt im Fall der Beauftragung eines Nebenangebots der Fall, dass ein **Mangel in Folge der Nichtbeachtung der Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers bezüglich der Leistungsbeschreibung** entsteht: Beim Nebenangebot erstellt nicht der Auftraggeber, sondern der Auftragnehmer die Leistungsbeschreibung. Insoweit hat dieser keine Prüfungs- und Hinweispflicht bezüglich seines eigenen Nebenangebotsentwurfs.¹⁵²⁶ Resultiert hieraus ein Mangel, ist allerdings nur die dogmatische Einordnung unterschiedlich: Der Mangel beruht in diesem Fall eines Nebenangebots dann nicht auf der unterlassenen Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers, sondern stellt in Folge von dessen Planungsverantwortung einen **echten Leistungsmangel** dar.¹⁵²⁷ Für den Auftragnehmer realisiert sich dann die für ihn gesteigerte Risikoübernahme: Im Falle einer unterlassenen Prüfungs- und Hinweispflicht entfielen auf ihn nach ständiger Rechtsprechung eine Mitverantwortung von rund einem Viertel bis zu einem Drittel.¹⁵²⁸ Im Fall eines Nebenangebots ist der Auftragnehmer jedoch als Entwurfserfertigter primär verantwortlich. Da er sowohl den Entwurf gefertigt hat als auch seinen Planungsfehler im Zuge der Ausführung des Nebenangebots nicht korrigiert hat, trägt er insoweit die volle Mängelhaftung.¹⁵²⁹ In diesem Zusammenhang ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass keine eigenständige Mängelhaftung des Auftragnehmers nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB für die Planungsleistungen im Zusammenhang mit der Ausarbeitung seines Nebenangebotsentwurfs besteht. Der **Auftragnehmer**, der eine Bauleistung auf der Basis eines Nebenangebots und damit seiner eigenen Entwurfsplanung ausführt, **haftet nur einheitlich nach § 13 Nr. 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B für die Dauer von vier Jahren für seine gesamte Leistung**. Seine Planungsleistungen sind nur unselbstständige Leistungsbestandteile und Vorbereitungshandlungen für diese Bauleistung. Es besteht **keine eigenständige Einstandspflicht des Auftragnehmers für Planungsmängel, sondern nur für Mängel am Bauwerk oder einem Bauwerksteil**. Die Zurechnung dieser Bauwerksmängel, die den maßgeblichen Anknüpfungstatbestand bilden, erfolgt über einen Ausführungsfehler oder über einen Planungsfehler (vgl. § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 1 VOB/B). Eine Anknüpfung an § 633 Abs. 2 BGB scheidet daher aus.¹⁵³⁰

¹⁵²⁶ BGH, Urteil vom 08.07.1982, VII ZR 314/81, BauR 1983, 70 ff. = ZfBR 1983, 16;

¹⁵²⁷ Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 55;

¹⁵²⁸ U.a. grundlegend BGH, Urteil vom 04.02.1965, VII ZR 100/63; BGH, Urteil vom 02.10.1969, VII ZR 100/67;

¹⁵²⁹ Hofmann, a.a.O.;

¹⁵³⁰ Vgl. ausführlich oben C IV 2;

Eine weitere Besonderheit im Fall eines Bauvertrags auf ein Nebenangebot besteht darin, dass **in bestimmten Fällen eine Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers für einen Mangel bestehen kann**. Dies nämlich dann, wenn der Auftraggeber im Rahmen seiner **Prüfungspflicht** des Nebenangebots bereits vor Beauftragung im Sinne des § 23 Nr. 2 VOB/A erkennen hätte können und müssen, dass der Nebenangebotsentwurf in der Weise fehlerhaft ist, dass in der Leistungsbeschreibung des Auftragnehmers bereits ein Mangel angelegt war. Wenn der Auftraggeber damit „sehenden Auges“ ein mangelbehaftetes Nebenangebot oder ein solches, das überhaupt nicht realisierbar ist, dennoch annimmt und bezuschlagt, ist es recht und billig, ihm in diesem Fall auch eine Mitverantwortung für diesen Mangel zu überbürden. Dies betrifft freilich nur den bzw. die Mängel, die im Rahmen des Nebenangebotsentwurfs bereits als solche für den Auftraggeber erkennbar waren. Dies entspricht der umgekehrten Rollenverteilung, wie sie beim Bauvertrag auf Hauptangebotsbasis entspricht: In diesem Fall erstellt der Auftraggeber den Entwurf; der Auftragnehmer hat eine Prüfungs- und Hinweispflicht. Kommt er dieser nicht ordnungsgemäß nach, haftet er zu einem Viertel bis zu einem Drittel mit. Beim Nebenangebot erstellt der Auftragnehmer den Entwurf, die Prüfungs- und Hinweispflicht besteht damit für den Auftraggeber (ausdrücklich normiert in § 23 Nr. 2 VOB/A), allerdings ebenso nur in dem Ausmaß einer Plausibilitätsprüfung.¹⁵³¹ Kommt er dieser Pflicht nicht nach, hat er ebenso eine Mitverantwortung für einen hieraus resultierenden Mangel in einer Größenordnung zwischen einem Viertel und einem Drittel.¹⁵³²

Das heißt:

► **Die Beauftragung eines Nebenangebots führt grundsätzlich zu keiner Veränderung der Mängelhaftung des Auftragnehmers. Dies betrifft sowohl die Mängelverantwortung des Auftragnehmers nach §§ 633 ff. BGB, 13 Nr. 1 VOB/B als auch die Ausnahmefälle des § 13 Nr. 3 VOB/B. Aus der Prüfungs- und Hinweispflicht bezüglich des Nebenangebots nach § 23 Nr. 2 VOB/A resultiert jedoch unter Umständen eine Mitverantwortung des Auftraggebers für Mängel, die der Auftraggeber im Rahmen dieser von ihm vorzunehmenden Prüfung erkennen hätte können und müssen.**

¹⁵³¹ Vgl. ausführlich oben Teil 3 D II; Teil 5 C VI;

¹⁵³² Hofmann in: Nebenangebote im Bauwesen, S. 55;

Teil 6 – Zusammenfassung

Das Nebenangebot ist ein Instrument im Gefüge des Wettbewerbs um die Vergabe von Bauleistungen, das **erhebliche praktische Bedeutung** aufweist. Man versteht darunter einen Vorschlag eines Bieters, der vom Amtsentwurf des Auftraggebers, der dem Vergabeverfahren zu Grunde liegt, in technischer (z.B. Änderung des Bauverfahrens oder Einsatz anderer Baustoffe) oder kaufmännischer Weise (z.B. Pauschalpreis statt Einheitspreise) abweicht, ohne eine unzulässige Änderung an den Verdingungsunterlagen oder nur eine Abweichung von den technischen Spezifikationen darzustellen. Die inhaltliche Abweichung kann sich dabei auf die Leistung selbst, die Rahmenbedingungen des Vertrags oder die Abrechnung beziehen. Unerheblich sind dabei Grad, Umfang und Bedeutung der inhaltlichen Abweichung. Nicht ausreichend ist eine inhaltliche Änderung, die lediglich ohne hinzu tretende Bedingung hierfür die Höhe des Preises für die Bauleistung betrifft.

Das Nebenangebot eröffnet **Vor- und Nachteile sowohl für den Bieter als auch für den Auftraggeber**. Der Bieter eröffnet sich möglicherweise entscheidende Wettbewerbsvorteile im Bemühen um den Zuschlag, indem er dem Auftraggeber eine für diesen wirtschaftlich günstigere Art und Weise aufzeigt, wie er das von diesem geplante Bauvorhaben umsetzen kann. Dieser Vorteil kann darin liegen, dass die Bauausführung beispielsweise kostengünstiger, in kürzerer Bauzeit, mit einem innovativen Verfahren, in höherer Qualität oder mit weniger Folgekosten auf Grund eines geringeren Betriebs- und Wartungsaufwands realisierbar ist als dies im Zusammenhang mit dem Entwurf des Amtsvorschlags der Fall wäre.

Im Gegenzug hat der Bieter einen unter Umständen erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand im Vergabeverfahren zu investieren, um das Nebenangebot entwerfen und planen zu können, der im Falle der Nichtbeauftragung in keiner Weise finanziell ausgeglichen wird. Auch für den Auftraggeber verursachen Nebenangebote einen größeren Aufwand insbesondere im Rahmen der von ihm durchzuführenden intensiven Prüfung und vergleichenden Wertung. Dem steht der potenzielle Vorteil für den Auftraggeber gegenüber, dass er Kosten sparen kann, ohne zusätzliche Planungskosten für das Nebenangebot zu haben.

In Zusammenhang mit Nebenangeboten ist eine **Reihe von Sonderregelungen im Vergabeverfahren** zu berücksichtigen. Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Vorgabe, dass Nebenangebote nur dann bezuschlagt werden dürfen, wenn sie vom Auftraggeber im konkreten Vergabeverfahren zugelassen und mit dem Hauptangebot qualitativ und quantitativ gleichwertig sind.

Die „**Traunfellner-Entscheidung**“ **des Europäischen Gerichtshofs** hat auf eine weitere Voraussetzung hingewiesen, die nach den europarechtlichen Vorgaben der Bau- bzw. Vergabekoordinierungsrichtlinie erfüllt sein muss, damit Nebenangebote in Vergabeverfahren berücksichtigt werden darf: Der Auftraggeber hat bereits in den Verdingungsunterlagen **Mindestanforderungen vorzugeben**, denen potenzielle Nebenangebote genügen müssen. Der bloße Verweis auf nationale Vorschriften reicht hierfür nicht aus. Über Art und Umfang der Mindestanforderungen bestehen seit dem Urteil des EuGH **in der nationalen Entscheidungspraxis erheblich unterschiedliche Ansichten**. Eine einheitliche Auslegung war bis heute nicht zu erzielen. Klarheit besteht allenfalls darüber, dass der bloße Verweis auf eine nationale Regelung, die Gleichwertigkeit eines Nebenangebots mit dem Hauptangebot fordert, nach der „Traunfellner-Entscheidung“ nicht ausreicht. Fest steht, dass nicht nur für technische, sondern auch für kaufmännische Nebenangebote Mindestanforderungen vom Auftraggeber vorzugeben sind. Eine vermittelnde Ansicht hat sich inzwischen dahingehend herausgebildet, dass jedenfalls aus dem Gesamtzusammenhang der Vergabeunterlagen für den Bieter erkennbar sein muss, was der Auftraggeber an Mindestanforderungen für Nebenangebot verlangen will. Letztere müssen dabei nicht alle Einzelheiten erfassen. Es soll ausreichen, wenn der Auftraggeber angibt, dass Nebenangebote mindestens den Konstruktionsprinzipien und wesentlichen Planungsvorgaben des Amtsentwurfs entsprechen müssen.

Ist ein Nebenangebot beauftragt, stellen sich **in Zusammenhang mit der vertragsrechtlichen Phase der Bauausführung entscheidende Fragen zur Risikoverteilung**. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass entgegen einer verbreiteten Auffassung der **Auftragnehmer, dessen Nebenangebot bezuschlagt wurde, nicht pauschal alle denkbaren Risiken übernimmt, die in Zusammenhang mit der Ausführung des Bauvorhabens nach dem Nebenangebot auftreten können**. Der Auftragnehmer übernimmt zusätzlich zur werkvertraglichen Erfolgshaftung **nur die Risiken, die sich unmittelbar oder mittelbar aus seinem Nebenangebot ergeben**. Er trägt insoweit das Planungsrisiko unter anderem in Form des Mengenrisikos und des Risikos, dass das von ihm alternativ vorgeschlagene Verfahren „funktioniert“, also zum vertraglich geschuldeten Bauwerk führt.

Ordnet der Auftraggeber nachträglich eine Änderung der Vertragsleistung in Form einer **geänderten oder zusätzlichen Leistung** gemäß §§ 1 Nr. 3, 4; 2 Nr. 5, 6 VOB/B an oder sind solche erforderlich im Sinne des § 2 Nr. 8 VOB/B, **stehen dem Auftragnehmer auch im Fall der Beauftragung eines Nebenangebots grundsätzlich Mehrvergütungsansprüche zu**. Diese entfallen nur dann, wenn die Anordnung erforderlich war auf Grund der Eigenheiten des Nebenangebots, weil der Auftragnehmer dieses etwa unvollständig oder fehlerhaft geplant hat und eine Leistungsänderung oder zusätzliche Leistung erforderlich war, weil sonst der Werkerfolg nicht erreicht worden wäre.

Ebenso hat der Auftragnehmer auch im Bauvertrag auf der Basis eines Nebenangebots grundsätzlich **Ansprüche auf Bauzeitverlängerung nach § 6 Nr. 2 VOB/B** sowie **Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B** unter den dort genannten Voraussetzungen, **es sei denn, die Behinderung hat ihre Ursache in der Sphäre des Nebenangebots**. In diesem Fall hat der Auftragnehmer die Behinderung selbst zu vertreten. Ein Bauzeitverlängerungsanspruch steht ihm dann nicht zu. Im Gegenzug hat er unter Umständen dem Auftraggeber Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsschluss nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB zu leisten.

Für **Planungsfehler im Nebenangebot** haftet nicht nur der Auftragnehmer als Planer des Nebenangebotsentwurfs im Rahmen seiner werkvertraglichen Verpflichtung, sondern unter Umständen ebenso der vom Bauherrn beauftragte Architekt, der den ursprünglichen Amtsentwurf geplant hatte. Im Rahmen seiner Sachwalterhaftung sowie im Rahmen der Bauüberwachung nach Leistungsphase 8, sofern diese beauftragt ist, haftet der Architekt gesamtschuldnerisch mit dem Bauunternehmer für Planungsmängel im Nebenangebotsentwurf. Im Innenverhältnis ergibt sich zwischen dem Bau überwachenden Architekt und dem das Nebenangebot planenden Bauunternehmer eine Quotelung der Verantwortlichkeit nach den Umständen des Einzelfalls mit in der Regel überwiegender Haftung des Bauunternehmers, der den Nebenangebotsentwurf erstellt und die Leistungen darauf basierend ausgeführt hat.

Bezüglich der **werkvertraglichen Mängelhaftung** ergeben sich in Zusammenhang mit der Beauftragung eines Nebenangebots keine Besonderheiten gegenüber dem Bauvertrag auf ein Hauptangebot. Dies gilt ebenso für den Entfall der Mängelhaftung des Auftragnehmers nach § 13 Nr. 3 VOB/B.