

Rechtsanwalt Dr. Marc Oliver Hilgers*

Vorsicht bei allzu „kreativen“ Ausschreibungsgestaltungen!

Die VK Düsseldorf hat in ihrem Beschluss vom 29. 7. 2011 klargestellt, dass die Wahl eines Pauschalvertrags dann vergaberechtswidrig ist, wenn den Bieter in den Vertragsbedingungen gleichzeitig und funktional das Vollständigkeits- und Richtigerisikofaktor einer beigefügten detaillierten Leistungsbeschreibung mittels Leistungsverzeichnis überbürdet wird. Zwar dürfe der Auftraggeber bei gleichzeitiger Vereinbarung einer Pauschalvergütung funktionale Ziele setzen und dem Bieter damit erhebliche Risiken übertragen. Er könne dem Bieter zur Bepreisung jedoch nicht einerseits eine detaillierte Leistungsbeschreibung mittels Leistungsverzeichnis vorlegen und ihn andererseits parallel auffordern, die sich aus einer gegebenenfalls lückenhaften Leistungsbeschreibung möglicherweise ergebenden Änderungen in sein Pauschalangebot einzukalkulieren. Dies sei nicht nur ein Widerspruch in sich. Dem Bieter würden durch eine solche unzulässige Kombination auch ungewöhnliche Wagnisse i. S. von § 7 I Nr. 3 VOB/A auferlegt. Die Ausschreibungsgestaltung sei daher vergaberechtswidrig.

I. Der dem Beschluss der VK Düsseldorf zu Grunde liegende Sachverhalt

Die Antragsgegnerin beabsichtigte, Bauleistungen zur Herstellung von Baugruben, großen Schachtbauwerken, Fertigteilschächten, Kanälen und Oberflächen im Wert von mehreren hundert Millionen Euro zu vergeben. Sie machte die Auftragsvergabe im Offenen Verfahren bekannt. Die Leistung wurde unterteilt in drei Lose, wobei die Vergabe „losweise oder als Gesamtvergabe“ erfolgen sollte; dementsprechend sollte die Angebotsabgabe „für ein oder mehrere Lose“ möglich sein. Zu den Vergabeunterlagen gehörten unter anderem ein detailliertes Leistungsverzeichnis sowie ein so genannte „Bauleistungsvertrag mit Pauschalabrede“. Im Bauleistungsvertrag wurde unter anderem ausgeführt, dass die Leistungsbeschreibung mittels Leistungsverzeichnis eine solche Tiefe aufweisen würde, dass es dem Bieter möglich sei, sein Angebot auf einer verlässlichen Grundlage auskömmlich zu kalkulieren. Gleichzeitig jedoch enthielt der Bauleistungsvertrag Regelungen, nach denen das Mengenrisiko vom Bieter übernommen werden sollte. Zudem sollte der Bieter/Auftragnehmer eine vollständige Überprüfung und Optimierung der ausschreibungsgegenständlichen Planungen vornehmen und Lücken bzw. Unvollständigkeiten schließen. Die diesbezügliche Vergütung sollte mit dem Pauschalpreis abgegolten sein. Gegenstand der Pauschalierung waren zudem statische Berechnungen, auch solche, die der Entwurfsphase zuzuordnen sind, umfangreiche Erdarbeiten, Leistungen im Zusammenhang mit dem Hochwasserschutz und eine umfangreiche Schnittstellenkoordination mit ebenfalls am Bau beteiligten Dritten. Die Antragstellerin rügte die vorstehend beschriebene Ausgestaltung der Vergabeunterlagen gem. § 107 III Nr. 1 GWB als vergaberechtswidrig. Die Antragstellerin half der Rüge nicht ab. Die Wahl des Typs der Leistungsbeschreibung stünde im Ermessen der Vergabestelle. Die Leistungen und Planungen seien gem. §§ 4 I Nr. 2, 7 I Nr. 1 VOB/A auch hinreichend bestimmt. Der Auftragnehmer schulde die Komplexität/Vollständigkeit bzw. Gebrauchstauglichkeit der Leistungen nach dem Bauleistungsvertrag nur, soweit dies nicht „unangemessen“ sei. Konkretisierungen dieses Begriffs wiederum ergäben sich aus der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung. Die mit dem Bauleistungsvertrag übertragenen Risiken seien zudem hinreichend sicher erfassbar und ausgewogen. Sowie lasse sich das Planungsrisiko ganz oder teilweise gem. § 7 XIII VOB/A auf den Auftragnehmer übertragen. Schnittstellen bezögen sich nur auf Nachbarbaustellen und seien umfassend beschrieben. Daraufhin leitete die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren ein und gab auch im Weiteren kein Angebot ab.

II. Analyse

Die VK Düsseldorf gab dem Nachprüfungsantrag zutreffenderweise statt und verpflichtete die Antragsgegnerin, die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der VK zu überarbeiten und sodann den interessierten

Unternehmen zur Angebotsabgabe zu überlassen. In ihrer Begründung erteilt die VK Düsseldorf der Verlagerung unkalkulierbarer Risiken auf den Bieter durch eine „kreative“ Gestaltung der Vergabeunterlagen abseits der von der VOB/A vorgegebenen Formen eine deutliche Absage. Gleichzeitig erweitert sie die Gründe zur Bejahung des Rechtsschutzbedürfnisses in erheblicher Weise.

1. Begründetes Rechtsschutzinteresse wegen möglicher wirtschaftlicher Schäden bei der Ausführung der Leistung

Dass die Antragstellerin kein Angebot abgegeben hat, lässt ihr Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen. Das ist zunächst nicht neu. Es ist sowohl in der Spruchpraxis als auch in der einschlägigen Literatur grundsätzlich anerkannt, dass ein Rechtsschutzbedürfnis i. S. von § 107 II GWB auch dann zu bejahen sein kann, wenn der Antragsteller ein Nachprüfungsverfahren einleitet, obwohl er gar kein Angebot abgegeben hat¹. Allerdings beschränken sich die ersichtlichen Ausnahmen auf Fälle, in denen (zunächst behauptete) Vergabeverstöße eine Angebotsabgabe faktisch unmöglich bzw. überflüssig gemacht haben, sei es durch fehlende Bekanntmachung², schlicht unklare bzw. unkalkulierbare Vorgaben³ oder jedenfalls dann, wenn die Erstellung des Angebots lediglich einen „nutzlos vertanen Aufwand“ darstellen würde⁴. Die VK Düsseldorf, die sich vorliegend wohl auch bereits auf eine Unkalkulierbarkeit der Leistungen hätte stützen können, rechtfertigt die Annahme eines Ausnahmefalles im Wesentlichen jedoch damit, dass ein Bieter nicht gehalten sei, ein Angebot abzugeben, welches ihn, falls es angenommen würde, wirtschaftlich schädigen könnte. Dieser Nachteil wiege zweifellos schwerer als ein mit der Angebotserstellung bloß „nutzlos vertaner Aufwand“ und rechtfertige deshalb erst recht ein Absehen von der Angebotsabgabe. Diese Auffassung erweitert die Antragsbefugnis auch auf Antragsteller, denen es zwar im Vergabeverfahren selbst gegebenenfalls möglich gewesen wäre, ein Angebot zu erstellen, dies aber wegen möglicher wirtschaftlicher Schäden bei der Ausführung der Leistung bzw. der späteren Vergütungsberechnung nicht für zumutbar halten. Dabei reicht es nach Auffassung der VK Düsseldorf aus, dass rechtlicher Vortrag erfolgt, der jedenfalls nicht offensichtlich ungeeignet ist, einen Rechtsverstoß zu begründen. Die Erweiterung der indikativen Antragsbefugnisgründe auf den Zeitraum nach Vergabe erfolgt zu Recht. Wenn schon zutreffend die Antragsbefugnis trotz Nichtabgabe eines Angebots zu bejahen ist, wenn es im Zeitraum bis zum Zuschlag zu „nutzlosen Aufwänden“, spricht zu finanziellen Nachteilen des Bieters, kommen kann, so ist kein Grund ersichtlich, warum in den Referenzzeitraum der

* Besprechung von VK Düsseldorf, Beschl. v. 29. 7. 2011 – VK-19/2011, NZBau 2011, 637 – „Abwasserkanal“. – Der Autor ist Seniorpartner der Kanzlei *Leinemann Partner Rechtsanwälte*.

- 1 Vgl. *Möllenkamp*, in: *Kulartz/Kus/Portz*, Komm. z. GWB-VergabeR, 2. Aufl. (2010), § 107 Rdnr. 30 m. w. Nachw.; *Weyand*, VergabeR, 3. Aufl. (2011), Rdnrn. 3212 ff. m. w. Nachw.; *OLG Düsseldorf*, NZBau 2010, 582 – „Kooperationsräume VRR und Niederrhein“; *VK Bund*, Beschl. v. 20. 1. 2010 – VK 1-230/09; *VK Lüneburg*, Beschl. v. 25. 03. 2010 – VGK-07/2010, BeckRS 2010, 19847; *VK Südbayern*, Beschl. v. 29. 01. 2007 – 39-12/06, ZfBR 2008, 216 L.
- 2 So etwa *BayObLG*, NZBau 2003, 584 L = VergabeR 2003, 345.
- 3 Vgl. *VK Nordbayern*, Beschl. v. 30. 11. 2009 – 21.VK-3194-41/09.
- 4 Vgl. *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 25. 11. 2009 – VII-Verg 27/09, BeckRS 2010, 02863; Beschl. v. 09. 07. 2003 – Verg 26/03, BeckRS 2006, 01806, jeweils m. w. Nachw.

Prognosebetrachtung nicht auch der Zeitraum *nach* Vergabe des Auftrags einbezogen werden sollte. Der Begriff des „wirtschaftlichsten Angebots“ ist keine Einbahnstraße zu Gunsten des Auftraggebers.

2. Vergaberechtswidrige Wahl des Pauschalpreistrags

Die VK *Düsseldorf* stellt zudem fest, dass die an die Bieter gerichtete Aufforderung der Vergabestelle, gem. § 4 I Nr. 2 VOB/A eine Pauschalierung der Vergütung vorzunehmen, vor dem Hintergrund der vorliegenden Vertragsgestaltung nicht vergaberechtskonform ist. Im Einzelnen:

a) § 4 I Nr. 2 VOB/A ist *bieterschützend*. Geradezu lehrbuchartig erscheint zunächst die zutreffende Herleitung und Begründung der VK *Düsseldorf*, dass die Vorschrift des § 4 I Nr. 2 VOB/A bieterschützenden Charakter aufweist. Soweit dies in der Spruchpraxis bezweifelt wird⁵, verweist die VK *Düsseldorf* in ihrer Begründung richtigerweise darauf, dass die Vorschrift die Bieter sicher nicht zuallererst vor „billiger Konkurrenz“ schützen, sondern zumindest auch den öffentlichen Auftraggeber in dessen eigenem Interesse davon abhalten soll, auf unsicherer Grundlage Pauschalierungen zuzulassen. Damit rekurriert die VK *Düsseldorf* auf das gleiche Argument, das im Schrifttum zur Untermauerung der Auffassung herangezogen wird, dass § 4 I Nr. 2 VOB/A nur ausnahmsweise bieterschützender Charakter zukäme⁶, weil die Vorschrift zuvorderst den Schutz des öffentlichen Auftraggebers selbst, nämlich vor nur „vermeintlich“ günstigen Angeboten bezwecken soll. Den Grund dafür, warum dieses Argument ein derart einschränkendes Verständnis nicht tragen kann, liefert die VK *Düsseldorf* jedoch gleich mit. Zu Recht weist sie nämlich darauf hin, dass der Schutz des Auftraggebers und der Schutz der Bieter in einem unauflösbaren Zusammenhang stehen. Insofern geht es in § 4 I Nr. 2 VOB/A auch nur bedingt darum, den Bietern ein bestimmtes Preisniveau zu sichern. Im Kern geht es – so vollkommen zutreffend die VK *Düsseldorf* – vielmehr um den Grad der Genauigkeit, mit der die vertragliche Leistung bestimmt sein muss, um im Interesse des Auftraggebers die Wirtschaftlichkeit („best value for money“) der Angebote zu garantieren. Dieser Aspekt sichert und bedingt aber gleichzeitig die Transparenz des Vergabeverfahrens und eröffnet so ein subjektives Recht des Bieters auf Einhaltung der in der VOB/A genannten Ausschreibungsvorgaben.

b) *Konterkarieren der positiven Nichtänderungsprognose durch vertragliche Überbürdung von Änderungsrisiken*. Voraussetzung einer Vergabe mittels Pauschalvertrag ist nach einhelliger Auffassung in Spruchpraxis und Literatur, dass neben einer genauen Leistungsbestimmung mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist⁷. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 4 I Nr. 2 VOB/A. Ebenfalls ist anerkannt, dass der Auftraggeber diesbezüglich eine nachvollziehbare Prognose zu treffen hat, das heißt eine Einschätzung dahingehend, dass auf Grund der detaillierten Leistungsbeschreibung mit einer Änderung der Leistungsinhalte bzw. Mengen nicht zu rechnen ist⁸. Der Umfang möglicher Abweichungen spielt bei der vorausgesetzten Nichtänderungsprognose schon keine Rolle⁹, da der Wortlaut des § 4 I Nr. 2 VOB/A ausdrücklich fordert, dass mit Änderungen „nicht“ zu rechnen ist. Nimmt der Auftraggeber eine solche positive Nichtänderungsprognose für sich in Anspruch, so konterkariert er diese jedenfalls dann, wenn er gleichzeitig die Veränderung als vertraglichen „Normalfall“ regelt. So lag der Fall aber hier. Die Antragsgegnerin belastete den (späteren) Auftragnehmer vorliegend mit einer „Mitverantwortung“ für die gebrauchstaugliche Erstellung des Bauwerks und zwar dergestalt, dass er „ein Recht und eine Pflicht“ zur Planung haben sollte, um, so wörtlich: „etwaige Lücken der einschlägigen Leistungsbeschreibung und der Ausführungspläne zu schließen und Mängel derselben beheben zu können“. Überdies wurde die Prüfung auf „Lücken und Mängel“ zu einer Pflicht des Auftragnehmers erhoben. Diese so formulierten Vertragsbedingungen stehen nach zutreffender Auffassung der Vergabekammer in eklatantem Widerspruch zu der positiven Nichtänderungsprognose, welche die Vergabestelle für sich in Anspruch nahm und auf deren Basis sie den Abschluss eines Pauschalvertrags rechtfertigte. Es ist insofern festzuhalten, dass sich in dem zu Grunde liegenden Fall die Antragsgegnerin durch die Widersprüche in ihren Vergabeunterlagen prozessual in eine Lage gebracht hatte, in der sie nur „falsch“ vortragen konnte. Konsequenter stellt die Vergabekammer daher fest, dass der Grund für das „Überstülpen“ der funktionalen Leistung vorliegend allein darin zu sehen sei, dass sich die Vergabestelle auf diese Art Kosten für optimierte Architektur- und/oder Ingenieurleistungen entledigen und somit eine

unzulässige Risikoverlagerung auf den Bieter vornehmen wollte. Das Begehren nach bloßer Risikoverlagerung sei jedoch kein Grund i. S. des § 7 XIII VOB/A, der eine funktionale Ausschreibung als zweckmäßig erscheinen lassen könnte. Auch diese Feststellung verdient einschränkungslöse Zustimmung. Klare Worte waren nötig, um den in der Ausschreibungspraxis verbreitet sichtbar werdenden Missbrauchstendenzen Herr zu werden. Denn Pauschalverträge werden entgegen der Intention des Verordnungsgebers häufig besonders dann gerne ausgeschrieben, wenn es an einer sorgfältigen Ermittlung der Grundlagen der Ausschreibung, insbesondere also Bestandsermittlung und Planungsgrundlagen, fehlt¹⁰. Die VK *Düsseldorf* arbeitet nun in dankenswerter Klarheit heraus, dass es bei der von der VOB/A vorgesehenen Beschränkung der Pauschalsummenabrede in § 4 I Nr. 2 VOB/A auf „geeignete Fälle“ und die Zulässigkeit einer Funktionalausschreibung auf Fälle, in denen dies „zweckmäßig“ erscheint, nicht darum geht, dem Ausschreibenden den „bequemsten“ bzw. vermeintlich „risikolosesten“ Weg zu eröffnen, sondern darum, den Wettbewerb zu stärken und so letztlich dem Auftraggeber die Einholung eines wirtschaftlichen Angebotes zu ermöglichen.

3. Ungewöhnliche Wagnisse

Die VK *Düsseldorf* macht ihre Feststellungen zur Vergaberechtswidrigkeit der Ausschreibung jedoch nicht nur an den widersprüchlichen Regelungen des Bauleistungsvertrages fest. Die Beschlussbegründung enthält auch wegweisende Aussagen zu den in der Praxis häufig anzutreffenden Problemkreisen: Planung, Erdarbeiten und den Schnittstellenrisiken im Zusammenhang mit anderen Gewerken/Dritteleistungen.

a) *Vergaberechtswidrige Pauschalierung von Planungsleistungen*. Grundsätzlich zählen Planungsleistungen zu den Aufgaben des Auftraggebers¹¹. Es ist die Aufgabe des Bauherrn, dem Unternehmer (fehlerfreie) Pläne zur Verfügung zu stellen¹². Dabei gilt, dass erst nach entsprechender Fertigstellung der Planung die Leistung in die „Sprache der Preisanfrage“, das heißt die Leistungsbeschreibung umformuliert wird. Allerdings werden im Rahmen funktional ausgeschriebener Leistungen regelmäßig auch umfangreichere Planungsleistungen durch den Auftragnehmer erbracht. Die VK *Düsseldorf* hält diesbezüglich zutreffend fest, dass auch die Planungsleistungen, die der (spätere) Auftragnehmer erbringen soll, jedenfalls dann konkret beschrieben und im Umfang bestimmbar sein müssen, wenn ein Pauschalvertrag abgeschlossen werden soll. Dabei ist klarzustellen, dass mit der Festschreibung einer bloßen Überprüfungspflicht der ausschreibungsseitigen Planungen und eine damit einhergehende „Warnpflicht“ des Bieters an sich noch keine Abwälzung eines unzulässigen Risikos auf den Bieter verbunden ist. Es handelt sich dann lediglich um die Ausformulierung der ohnehin in der VOB/B unter § 4 III VOB/B geregelten Verpflichtung des Auftragnehmers. Vorliegend hatte die Vergabestelle diese sowieso bestehende Pflicht jedoch verselbstständigt. Hierfür gab die Vergabestelle selbst den entscheidenden Hinweis, in dem sie in der Beantwortung einer auf den Umfang der Prüf- und Hinweispflichten gerichteten Bieterfrage klarstellte, dass die sich aus dem Bauleistungsvertrag ergebenden Prüf- und Hinweispflichten über diejenigen hinausgehen würden, die in § 4 III VOB/B

5 Vgl. VK *Bund*, Beschl. v. 26. 02. 2007 – VK 2-9/07, zust. *Leinemann*, in: *Leinemann*, VOB/B, 4. Aufl. (2010), § 2 Rdnr. 430.

6 Nachw. bei *Weyand* (o. Fußn. 1), Rdnr. 6012.

7 Vgl. *Kus*, in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß*, Komm. z. VOB/A, 2010, § 4 Rdnr. 37; *Weyand* (o. Fußn. 1), Rdnr. 6019; *Kapellmann*, in: *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB, 3. Aufl. (2010), § 4 VOB/A Rdnr. 33; zur alten Vorschrift des § 5 Nr. 1 lit. b VOB/A vgl. VK *Baden-Württemberg*, Beschl. v. 03. 12. 2001 – 1 VK 38/01.

8 Vgl. VK *Bund*, Beschl. v. 26. 02. 2007 – VK 2-9/07; *Kus*, in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß* (o. Fußn. 7), § 4 Rdnr. 37; *Leinemann*, in: *Leinemann* (o. Fußn. 5), 4. Aufl., § 2 Rdnr. 430.

9 Vgl. VK *Lüneburg*, Beschl. v. 18. 08. 2005 – VgK-33/05, BeckRS 2005, 10530.

10 Vgl. *Leinemann*, in: *Leinemann* (o. Fußn. 5), 4. Aufl., § 2 Rdnr. 430.

11 Vgl. *Hilgers*, in: *Leinemann* (o. Fußn. 5), § 2 Rdnr. 444 m. w. Nachw.

12 *Löffelmann/Fleischmann*, ArchitektenR, 5. Aufl. (2007) Rdnr. 379.

geregelt sind. Dann aber hätte sie etwaig (zusätzlich) erforderliche Planungsleistungen gem. § 7 XI VOB/A gesondert aufzuführen müssen, da sie ebenfalls dem allgemeinen Bestimmtheitsgebot aus § 4 I VOB/A unterliegen, was sie aber gerade nicht tat. Über diesen Umstand konnte der Vergabestelle auch nicht hinweghelfen, dass sie den (späteren) Auftragnehmer für mögliche Änderungen „nur“ insoweit „verhaften“ wollte, als dass solche Planungsleistungen von ihm nur bis zu einer Grenze des „Angemessenen“ bzw. „Zumutbaren“ auszuführen gewesen wären. Wiederum bezieht die *VK Düsseldorf* zur Bewertung der Ausschreibungsgestaltung praxisnah die Ausführung der Bauleistungen heran und weist zutreffend darauf hin, dass die von der Antragsgegnerin bemühte „Konturierung“ der unbestimmten Rechtsbegriffe „Angemessenheit/Zumutbarkeit“ durch, so wörtlich „BGB, VOB/B und Rechtsprechung“ zwangsläufig späteren juristischen Auseinandersetzungen vorbehalten bliebe, was wiederum der Vergleichbarkeit der Angebote entgegenstehe. Dies gelte insbesondere deshalb, weil das Risiko bestünde, dass im Nachhinein, das heißt auf schuldrechtlicher Ebene, andere Preise eingefordert werden, die sich dem Wettbewerb nicht mehr stellen müssen¹³. Auch dies ist richtig. Der öffentliche Auftraggeber schadet sich nur selbst, wenn er durch unklare Formulierungen und unklaren Leistungsbeschrieb einen außerwettbewerblichen Preis-Leistungskampf nach Zuschlag provoziert. Darüber hinaus hat eine insoweit unklare Leistungsbeschreibung zur Folge, dass die Überbürdung der Prüf-, Hinweis und ggf. Umplanungsverpflichtung ein ungewöhnliches Wagnis für den Bieter darstellt, § 7 I Nr. 3 VOB/A. Es blieb vorliegend nämlich völlig unklar, wie sich mögliche Umplanungen und die insoweit nicht vorhersehbaren Reaktionen des Auftraggebers mit den sonstigen Pflichten des Auftragnehmers in Deckung bringen lassen sollten. Dies betrifft beispielsweise die Pflichten zur Termintreue und den Umfang der Gewährleistung. Auch insoweit wäre ein Angebot des Bieters eher der „Hellscherei“ denn einer ordnungsgemäßen Kalkulation gleichgekommen. Für die Pauschalierung von Planungsleistungen bestand in so einem Fall jedenfalls kein Raum.

b) *Vergaberechtswidrige Pauschalierung von Erdarbeiten*. Die *VK Düsseldorf* äußert sich ebenfalls zu dem in der Literatur und Spruchpraxis umstrittenen Thema der Pauschalierung von Erdarbeiten¹⁴. Auch die *VK Düsseldorf* hält dies offenbar jedenfalls nicht für unmöglich. Der Streit erscheint aus praktischer Sicht allerdings reichlich akademisch. Erdarbeiten sind vergaberechtskonform nicht pauschalierbar. Die Praxis zeigt, dass es kein einziges Baugrundgutachten gibt, welches nicht an irgendeiner Stelle vage Aussagen und Hinweise auf mögliche Abweichungen des Baugrundes in situ zum Untersuchungsergebnis enthält. Auch im vorliegenden Fall kommt die *VK Düsseldorf* anhand unklarer Angaben im ausschreibungsseitigen Bodengutachten zu dem Ergebnis, dass eine verlässliche Nichtänderungsprognose nicht vorgenommen werden könne und die Pauschalierung der Erdarbeiten daher nicht in Betracht käme.

c) *Vergaberechtswidrige Überbürdung von Schnittstellenrisiken*. Die Koordination, das heißt die Steuerung und Organisation einer komplexen los- und gewerkeübergreifenden Baumaßnahme ist grundsätzlich Aufgabe des Auftraggebers. Die Koordination der tatsächlichen Bauausführung ist Teil seiner Pflicht zur Herstellung und Beibehaltung der Allgemeinen Ordnung. Diese Pflicht kann der Auftraggeber nicht durch entsprechende Anordnung gem. § 1 Nr. 4 VOB/B, sondern nur auf Grundlage einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung auf einen Dritten übertragen¹⁵. Die Übertragung des Abstimmungsaufwands kann also grundsätzlich mittels konkreter, vertraglicher Regelung erfolgen. Sofern Schnittstellenleistungen konkret beschrieben und im Umfang bestimmbar sind, spricht auch nichts dagegen, sie zum Gegenstand eines Pauschalvertrags zu machen. Es ist in der Praxis recht häufig aber so, dass das mit der Übertragung des Schnittstellenrisikos verbundene Ziel gar nicht die Koordinationsleistung als sol-

che ist. Im Ergebnis soll dem (späteren) Auftragnehmer vielmehr die Haftung für Bauablaufstörungen durch Dritte übertragen werden, auf die er jedenfalls keinen zwingenden Einfluss hat und die an sich der Risikosphäre des Auftraggebers zuzurechnen sind, für die der Auftraggeber nach der so genannten „Vorunternehmer“-Rechtsprechung des *BGH*¹⁶ ohne Risikoverlagerung also haften würde. Dass aber eine solche Risikoverlagerung auf den Bieter jedenfalls nicht ohne Weiteres zulässig sein kann, belegt folgende Überlegung: Letztlich kann nämlich nur der Auftraggeber selbst wirklich koordinieren und organisatorische, räumliche oder terminliche Konflikte zwischen der Planung und Bauausführung des einen Auftragnehmers mit der Planung und Bauausführung anderer Auftragnehmer auflösen. Nur er hat die Möglichkeit und gem. § 1 Nr. 3, 4 VOB/B auch das *Recht*, den Bauentwurf des einen oder des anderen Auftragnehmers zu ändern, zusätzliche Leistungen anzuordnen und gegebenenfalls auch zeitlich ordnend in geplante Abläufe der Auftragnehmer einzugreifen. Der Auftragnehmer wird insoweit bei der Koordinierung regelmäßig behindert sein, solange der Auftraggeber ihm nicht generell oder in jedem Einzelfall die Befugnisse zum „ordnenden“ Eingriff in die Planung und Bauausführung der anderen Auftragnehmer verleiht und ihm exakte Vorgaben macht, wie Konflikte vor dem Hintergrund seiner Planungshoheit- und -verantwortung aufzulösen sind. Daher mag die Übertragung einer Koordinationsverpflichtung als solche noch nicht vergaberechtswidrig sein. Ganz anders beurteilt werden muss aber die Frage, wie die daraus resultierende Verantwortlichkeit für zeitliche Auswirkungen auf den Bauablauf geregelt werden muss. Es stellt – so zutreffend auch die *VK Düsseldorf* – jedenfalls ein ungewöhnliches Wagnis i. S. von § 7 III Nr. 1 VOB/A dar, wenn der Auftragnehmer das zeitliche Risiko aus den ihm übertragenen Koordinationsrisiken mit übernehmen muss und Behinderungen durch Dritte über eigene Beschleunigung und/oder Verzicht auf ihm zustehende freie Zeitpuffer ausgleichen muss. Dies ist nur folgerichtig, weil der Auftragnehmer schlicht keinen Einfluss auf das Verhalten der anderen Auftragnehmer und Vorunternehmer des Auftraggebers hat. Ein Abstimmungsaufwand setzt bekanntlich die qualifizierte und disziplinierte Beteiligung von mindestens zwei Beteiligten voraus. Es kann nicht angehen, den Auftragnehmer für das Verhalten anderer Vertragspartner des Auftraggebers verantwortlich zu machen, wenn der Bieter/Auftragnehmer weder über vertragliche noch gesetzliche Handhabe- und Sanktionsmöglichkeiten verfügt, um auftretende Abstimmungskonflikte aufzulösen. Das dem Auftragnehmer übergebürdete Risiko ist in einem solchen Fall für ihn unkalkulierbar, die hiermit verbundene Risikoabwälzung unzulässig.

III. Fazit

Der von der *VK Düsseldorf* entschiedene Fall bildet nur die Spitze des gegenwärtigen Eisbergs. In jüngster Zeit sind Versuche von Auftraggebern an der Tagesordnung, das Vollständigkeits- und Richtigerkeitsrisiko der Leistungsbeschreibung auf die Bieter zu verlagern. Dies geschieht beispielsweise durch eine der detaillierten Leistungsbeschreibung vorangestellte funktionale Inbezugnahme von Planfeststellungsbeschlüssen sowie durch die unzulässige Erweiterung beste-

13 So zu Arzneimittel-Rabattverträgen instruktiv auch *VK Bund*, Beschl. v. 01. 02. 2011 – VK 3-126/10.

14 Unzulässig: *BayObLG*, NZBau 2003, 232 L = *VergabeR* 2003, 207; *VK Brandenburg*, Beschl. v. 26. 02. 2007 – VK2-B2-5/09; *VK Bund*, Beschl. v. 26. 02. 2007 – VK2-9/07, *Kapellmann*, in: *Kapellmann/Messerschmidt* (o. Fußn. 7.), § 4 VOB/A Rdnr. 33; Möglich: *Kus*, in: *Kurlartz/Marx/Portz/Prieß* (o. Fußn. 7.), § 4 Rdnr. 39.

15 Vgl. *Oppler*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB, 17. Aufl. (2010), § 4 I VOB/B Rdnr. 16.

16 Vgl. *BGH*, *BGHZ* 143, 32 = NZBau 2000, 187 = NJW 2000, 1336.

hender Prüf- und Hinweisverpflichtungen der Bieter. Gleiches gilt für die unliebsamen Folgen von Bauablaufstörungen bei komplexen Bauvorhaben, an denen mehrere Auftragnehmer beteiligt sind und der Auftraggeber sich seinen Steuerungsverpflichtungen am liebsten gleich ganz entziehen möchte. Die *VK Düsseldorf* zeigt bei lobenswerter Differenzierung der berührten vergaberechtlichen Themenkreise auf, dass derlei Versuche für den Auftraggeber vergaberechtlich mit erheblichen Risiken verbunden sind. Die Vergabestellen haben sich

an die von der VOB/A vorgesehenen Ausschreibungsformen zu halten, andernfalls laufen sie Gefahr, dass kostenintensive Nachprüfungsverfahren und Bauverzögerungen auf sie zu kommen. Aber auch Bieter sind gut beraten, Ausschreibungen bereits vor Angebotsabgabe auf ihre Vergaberechtskonformität zu prüfen. Sind die Verträge erst einmal zu Stande gekommen, spielen vergaberechtlich bedenkliche Risikoverlagerungen bei der Lösung von vertragsrechtlichen Konflikten nur noch bedingt eine Rolle. ■

Monatsinformationen zum Öffentlichen Baurecht

Rechtsanwälte Dr. Thomas Schröder, LL. M., und Christian Kullick*

Seveso allerorten

Die aktuelle Entscheidung des EuGH zur Anwendung der Seveso II-Richtlinie auch bei der Vorhabengenehmigung im unbeplanten Innenbereich wird die Baugenehmigungsbehörden vor erhebliche Probleme stellen. Das Urteil vom 15. 9. 2011 (Rs. C-53/10, BeckRS 2011, 81364) hat seinen Ursprung in zwei vor dem VG Darmstadt geführten Verfahren, die an dieser Stelle bereits vor einiger Zeit vorgestellt worden sind (Schröder, NZBau 2008, 311). Der EuGH hält sich in seiner kürzlich auf Vorlage des BVerwG ergangenen Entscheidung nicht mit den dogmatischen Feinheiten der deutschen Regelungssystematik und Behördenhierarchie auf. Vielmehr argumentiert er – nicht ganz überraschend – von der Schutzwirkung her, die auch bei der Genehmigung von Vorhaben beachtet werden muss, die in der Nachbarschaft von Störfallbetrieben liegen. So folgerichtig eine solche Argumentationslinie im Gedanken an die dramatischen Folgen der Chemieunfälle in Seveso oder Bhopal sein mag – ob die derzeitige deutsche Rechtslage eine Möglichkeit bietet, die Anforderungen der Seveso II-Richtlinie auch in unbeplanten Gebieten durchzusetzen, muss bezweifelt werden. Dessen ungeachtet soll im Folgenden über denkbare rechtliche Anknüpfungspunkte nachgedacht werden.

I. Die deutsche Regelungssystematik in Bezug auf Störfälle

Die so genannte Seveso II-Richtlinie 96/82/EG des Rates vom 9. 12. 1996 (in der durch die Richtlinie 2003/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 2003 geänderten Fassung) bildet die europarechtliche Vorgabe zur Vermeidung von schweren Folgen von Industrieunfällen. Deren Umsetzung ins deutsche Recht erfolgte vornehmlich durch die Schaffung der 12. BImSchV und eine Änderung des BImSchG; dort wurde § 50 BImSchG modifiziert (Gesetz v. 25. 6. 2005, BGBl I, 1865). Der in die Norm übernommene Prüfungsmaßstab in Bezug auf Abstände ist aber schon ausweislich des Normwortlauts nur „bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen“, sprich bei der Aufstellung von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen, zu beachten. Die hier angelegte Konfliktbewältigung erstreckt sich somit nur auf Vorhaben im überplanten Bereich. Im unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB findet hingegen nach bisherigem Verständnis eine Kontrolle der Verträglichkeit von benachbarten Nutzungen nur über das Merkmal des „Einfügens“ i. S. des § 34 BauGB im Rahmen der Zulassung von Einzelvorhaben statt. Eine ausdrückliche Berücksichtigung von Kriterien der Seveso II Richtlinie bei diesen Einzelfall-

entscheidungen ist bislang nicht im Gesetz angelegt und auch keinesfalls gelebte Verwaltungspraxis. Die deutsche Rechtsprechung war bisher vielmehr der Auffassung, dass § 34 BauGB für eine planerische Entscheidung unter Heranziehung des Planungsgrundsatzes des § 50 BImSchG keinen Spielraum bietet (*BVerwG*, NVwZ 1990, 962 = NJW 1990, 3290; *VG Gießen*, HessVGRspr. 2002, 83). In diesem Sinne argumentierte auch das *VG Darmstadt* in den Ausgangsverfahren des *EuGH*-Prozesses (*VG Darmstadt*, BeckRS 2008, 33394 = *BauR* 2008, 1421, und *Urt. v. 27. 11. 2007* – 9 E 735/07[3], 9 E 735/07, BeckRS 2008, 33391), indem es vorbrachte, bei gebundenen Entscheidungen, die planerischen Erwägungen nicht zugänglich sind – wie im hier thematisierten Baugenehmigungsverfahren – sei § 50 BImSchG nicht anwendbar. Der *VGH Kassel* hatte diese Entscheidung mit Urteil vom 4. 12. 2008 (BeckRS 2009, 31113 = UPR 2009, 115) ausdrücklich bestätigt. Im anschließenden Revisionsverfahren hat das *BVerwG* dann dem *EuGH* verschiedene Fragen zur Auslegung der Seveso II-Richtlinie vorgelegt.

II. Die Entscheidung des EuGH vom 15. 9. 2011

In seiner Entscheidung vom 15. 9. 2011 (Rs C53/10, BeckRS 2011, 81364) beanstandet der *EuGH* ausdrücklich die bislang in Deutschland unterbliebene Berücksichtigung der Seveso II-Richtlinie bei der Vorhabengenehmigung im unbeplanten Innenbereich. Das Erfordernis der Wahrung angemessener Abstände zwischen Störfallbetrieben und öffentlich genutzten Gebäuden sei nicht nur bei „Verfahren der *Flächenausweisung oder Flächennutzung*“ zu beachten. Nach dem Normtext der Richtlinie sei diese nicht nur bei Planungsmaßnahmen, sondern auch bei „*Verfahren für die Durchführung dieser Politiken*“ zu beachten. Dies bildet für den *EuGH* den Anlass zur Feststellung, dass die genannte Verpflichtung auch für diejenigen Behörden gilt, die „an der Durchführung der Pläne und Politiken mitwirken“. Damit sind im Ablauf des deutschen Baugenehmigungsverfahrens die Baugenehmigungsbehörden gemeint, die das bestehende Planungsrecht zur Grundlage ihrer Entscheidung über das „Ob“ einer Baugenehmigung machen – oder im Falle des § 34 BauGB eben dem Planungsrecht vergleichbare Grundsätze bemühen.

Indem diese Behörden „an der unmittelbaren Abwicklung der Verfahren zur Erteilung von Baugenehmigungen beteiligt“ seien, würden sie hier-

* Der Autor Schröder ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der Sozietät *FPS Fritze Wicke Seelig* in Frankfurt a. M.; der Autor Kullick ist dort Rechtsanwalt.