

RECHTSWISSENSCHAFTEN
UND VERWALTUNG **Kommentare**

Jagenburg/Baldringer/Haupt (Hrsg.)

Praxiskommentar VOB Teile A und B

Kohlhammer

Kohlhammer

Praxiskommentar VOB

Teil A und B

Herausgegeben von

Prof. Inge Jagenburg

Honorarprofessorin an der Technischen Hochschule Köln
Rechtsanwältin
Bonn

Prof. Dr. Sebastian Baldringer, LL.M. oec.

o. Professor an der Hochschule für Oekonomie und Management
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Köln

Andreas Haupt

Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Köln

1. Auflage

Verlag W. Kohlhammer

Zitativorschlag:

Autor, in: Jagenburg/Baldringer/Haupt, § 1 VOB/A Rn. 5

1. Auflage 2022

Alle Rechte vorbehalten

© W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:

ISBN: 978-3-17-031813-7

E-Book-Formate:

pdf: ISBN 978-3-17-031814-4

epub: ISBN 978-3-17-031815-1

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwendung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Für den Inhalt abgedruckter oder verlinkter Websites ist ausschließlich der jeweilige Betreiber verantwortlich. Die W. Kohlhammer GmbH hat keinen Einfluss auf die verknüpften Seiten und übernimmt hierfür keinerlei Haftung.

Bearbeitet von

Dr. Werner Amelsberg
Rechtsanwalt, Staufeu

Prof. Dr. Sebastian Baldringer LL. M. oec.
Rechtsanwalt, Köln

Henrik-Christian Baumann
Rechtsanwalt, Berlin

Reinhold Becker
Vorsitzender Richter am LG Köln i. R.
Lehrbeauftragter an der TH Köln

Dr. Rainer Biermann
Vorsitzender Richter am
LG Mönchengladbach

Dr. Axel Buchwald
Richter am LG Köln

Daniel Cordes
Rechtsanwalt, Kronberg

Norbert Dippel
Rechtsanwalt, Bonn

Dr. Barbara Gay
Rechtsanwältin, Düsseldorf

Julia Gielen
Rechtsanwältin, Berlin

Andreas Haupt
Rechtsanwalt, Köln

Björn Heinrich
Rechtsanwalt, Berlin

Lara Itschert
Rechtsanwältin, Köln

Prof. Inge Jagenburg
Rechtsanwältin, Bonn

Prof. Dr. Marcel Kau LL. M.
Universität Konstanz
Rechtsanwalt, Köln

Dr. Lars Klein
Rechtsanwalt, Bonn

Dr. Benjamin Klein
Rechtsanwalt, Berlin

Dr. Anna Lageder
Richterin, LG Waldshut-Tiengen

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer der
Vergabekammern des
Landes Hessen

Dr. Christian Leesmeister
Leiter Rechtsabteilung der Stadt Köln
Lehrbeauftragter an der HSPV NRW

Dr. Philipp Mohren
Richter am LG Aachen

Susanne Roth
Vorsitzende der 2. Vergabekammer
des Landes Hessen

Daniel Rücker LL.M.
Hauptamtlicher Beisitzer der
1. Vergabekammer des
Freistaates Sachsen

Katharina Strauß
Rechtsanwältin, Koblenz

Dr. Jan Sulk
Wiss. Mitarbeiter, Hochschule des
Bundes, Brühl

Dr. Christian Wirth
Rechtsanwalt, Bonn

Vorwort der Herausgeber

Mit dem „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts“ – das am 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist – wurden erstmals Regelungen zum Bau- und Architektenvertrag in das BGB aufgenommen. Das Werkvertragsrecht, das seit in Kraft treten des BGB in seinem Kern (bis 1. Januar 2018) im Wesentlichen unverändert geblieben war, wurde nicht zuletzt wegen seiner inhaltlichen Weite als unzureichend angesehen, den Besonderheiten des Bauvertrages gerecht zu werden. Die Praxis behalf sich deshalb seit Anfang des letzten Jahrhunderts mit der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB (vormals Verdingungsordnung für Bauleistungen). Wenngleich die VOB/B gemeinhin als interessengerecht („ausgewogen“) und praxistauglich gilt, stieß der Umstand, die Lücke des Gesetzes dauerhaft in quasi gesetzesvertretender Weise durch allgemeine Vertragsbedingungen zu schließen, mehr und mehr auf Kritik. Diese Lücke hat der Gesetzgeber mit dem gesetzlichen Bauvertragsrecht der §§ 650a ff. BGB zu schließen versucht.

Unmittelbar nach Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts kam die Frage nach der Zukunft der VOB/B auf. Es folgte ein Diskurs in Wissenschaft und Praxis zur Existenzberechtigung und einem möglichen Anpassungsbedarf der VOB/B. Ungeachtet der Frage nach dem endgültigen Schicksal wird die VOB/B der Baupraxis noch über viele, viele Jahre erhalten bleiben – nicht nur der Altfälle wegen. Denn zum einen hat der DVA am 18. Januar 2018 beschlossen, an der VOB/B grundsätzlich festzuhalten und sie zunächst unverändert zu lassen, langfristig jedoch weiter zu entwickeln. Zum anderen muss man – gleichgültig, ob man die Regelungen für gelungen hält oder nicht – konstatieren, dass die Regelungen auch 3 Jahre nach ihrem in Kraft treten noch nicht in der Praxis angekommen sind bzw. nur zögerlich angenommen werden.

Auch soweit es den Teil A der VOB anbelangt, gibt es seit Jahren die Überlegung, diese aufzugeben und die baurechtsspezifischen Regelungen der VOB/A – wie die VOL/A und die VOF – in der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) aufgehen zu lassen. Jüngst sind die Stimmen allerdings leiser geworden. Im Gegenteil! Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) hat die Abschnitte 1 bis 3 der VOB/A überarbeitet und am 19. Februar 2019 im Bundesanzeiger veröffentlicht. Abschnitt 1 der VOB/A 2019 wurde per Erlass vom 20. Februar 2019 mit Wirkung zum 1. März 2019 im Bund in Kraft gesetzt. Abschnitte 2 und 3 der VOB/A 2019 traten durch Änderung der entsprechenden Verweisung in § 2 VgV (und VSVgV) zum 18. Juli 2019 in Kraft (BGBl I 2019, 1081). Teil B der VOB 2016 gilt unverändert.

Mit dem vorliegenden Kommentar zur VOB Teile A und B wollen die Autoren und Herausgeber einen Beitrag zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Baurecht leisten und das Meinungsspektrum im baurechtlichen Schrifttum erweitern. Vor allem aber soll mit dem Werk, das sich als Praxiskommentar versteht, den mit dem Vergabe- und Baurecht befassten Öffentlichen Auftraggebern, Bauunternehmen, Architekten, Richtern, Rechtsanwälten eine praxisnahe Hilfestellung gegeben werden.

Vorwort der Herausgeber

Die Kommentierung der §§ 1, 12 und 17 beruht auf der, von Frau Prof. Inge Jagenburg verfassten, Kommentierung der vg. Regelungen in der 2. Auflage des Beck'schen VOB/B Kommentars, die Kommentierung des § 2 auf der Kommentierung von Herrn Prof. Dr. Walter Jagenburg in der 1. Auflage des Beck'schen VOB/B Kommentars. Die Kommentierung der §§ 1 und 2 wurde von Herrn Dr. Leesmeister und Herrn Prof. Dr. Baldringer, die Kommentierung der §§ 12 und 17 VOB/B von Frau Prof. Inge Jagenburg und ebenfalls Herrn Prof. Dr. Baldringer fortgeführt. Die Herausgeber danken dem Verlag C. H. Beck für die Überlassung der Manuskripte.

Die Herausgeber

Mai 2021

Hinweis:

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern in diesem Werk die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat nur redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	VII
Bearbeiterverzeichnis	XIII
Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	XV
1. Teil VOB Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen	1
Abschnitt 1 Basisparagrafen	1
§ 1 Bauleistungen.	1
§ 2 Grundsätze	4
§ 3 Arten der Vergabe.	7
§ 3a Zulässigkeitsvoraussetzungen	15
§ 3b Ablauf der Verfahren.	27
§ 4 Vertragsarten	34
§ 4a Rahmenvereinbarungen.	51
§ 5 Vergabe nach Losen, Einheitliche Vergabe	57
§ 6 Teilnehmer am Wettbewerb	58
§ 6a Eignungsnachweise	62
§ 6b Mittel der Nachweisführung, Verfahren	68
§ 7 Leistungsbeschreibung.	72
§ 7a Technische Spezifikationen	72
§ 7b Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	75
§ 7c Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	75
§ 8 Vergabeunterlagen	76
§ 8a Allgemeine, Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen	79
§ 8b Kosten- und Vertrauensregelung, Schiedsverfahren	80
§ 9 Ausführungsfristen, Einzelfristen, Verzug.	81
§ 9a Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung.	82
§ 9b Verjährung der Mängelansprüche	82
§ 9c Sicherheitsleistung	82
§ 9d Änderung der Vergütung.	83
§ 10 Angebots-, Bewerbungs-, Bindefristen	83
§ 11 Grundsätze der Informationsübermittlung.	84
§ 11a Anforderungen an elektronische Mittel	86
§ 12 Auftragsbekanntmachung	87
§ 12a Versand der Vergabeunterlagen.	112
§ 13 Form und Inhalt der Angebote.	123
§ 14 Öffnung der Angebote, Öffnungstermin bei ausschließlicher Zulassung elektronischer Angebote.	139
§ 14a Öffnung der Angebote, Öffnungstermin bei Zulassung schriftlicher Angebote	156
§ 15 Aufklärung des Angebotsinhalts	164
§ 16 Ausschluss von Angeboten.	180
§ 16a Nachforderung von Unterlagen	202
§ 16b Eignung	203
§ 16c Prüfung.	206

Inhaltsverzeichnis

§ 16d	Wertung	209
§ 17	Aufhebung der Ausschreibung	221
§ 18	Zuschlag	229
§ 19	Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	236
§ 20	Dokumentation, Informationspflicht.	242
§ 21	Nachprüfungsstellen	244
§ 22	Änderungen während der Vertragslaufzeit	247
§ 23	Baukonzessionen	254
§ 24	Vergabe im Ausland	256

Abschnitt 2 Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A-EU) 258

§ 1 EU	Anwendungsbereich	258
§ 2 EU	Grundsätze	261
§ 3 EU	Arten der Vergabe.	271
§ 3a EU	Zulässigkeitsvoraussetzungen	294
§ 3b EU	Ablauf der Verfahren.	324
§ 4 EU	Vertragsarten	342
§ 4a EU	Rahmenvereinbarungen.	344
§ 4b EU	Besondere Instrumente und Methoden	356
§ 5 EU	Einheitliche Vergabe, Vergabe nach Losen	366
§ 6 EU	Teilnehmer am Wettbewerb	384
§ 6a EU	Eignungsnachweise	397
§ 6b EU	Mittel der Nachweisführung, Verfahren	409
§ 6c EU	Qualitätssicherung und Umweltmanagement	414
§ 6d EU	Kapazitäten anderer Unternehmen	417
§ 6e EU	Ausschlussgründe	425
§ 6f EU	Selbstreinigung.	448
§ 7 EU	Leistungsbeschreibung.	456
§ 7a EU	Technische Spezifikationen, Testberichte, Zertifizierungen, Gütezeichen.	477
§ 7b EU	Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis.	491
§ 7c EU	Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	495
§ 8 EU	Vergabeunterlagen	500
§ 8a EU	Allgemeine, Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen	505
§ 8b EU	Kosten- und Vertrauensregelung, Schiedsverfahren	511
§ 8c EU	Anforderungen an energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen	514
§ 9 EU	Ausführungsfristen, Einzelfristen, Verzug.	516
§ 9a EU	Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung.	519
§ 9b EU	Verjährung der Mängelansprüche	521
§ 9c EU	Sicherheitsleistung	523
§ 9d EU	Änderung der Vergütung.	525
§ 10 EU	Fristen.	528
§ 10a EU	Fristen im offenen Verfahren	530
§ 10b EU	Fristen im nicht offenen Verfahren	538
§ 10c EU	Fristen im Verhandlungsverfahren.	540
§ 10d EU	Fristen im wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft	541
§ 11 EU	Grundsätze der Informationsübermittlung.	541

§ 11a EU	Anforderungen an elektronische Mittel	549
§ 11b EU	Ausnahmen von der Verwendung elektronischer Mittel	553
§ 12 EU	Vorinformation, Auftragsbekanntmachung	557
§ 12a EU	Versand der Vergabeunterlagen	567
§ 13 EU	Form und Inhalt der Angebote	574
§ 14 EU	Öffnung der Angebote, Öffnungstermin	575
§ 15 EU	Aufklärung des Angebotsinhalts	576
§ 16 EU	Ausschluss von Angeboten	593
§ 16a EU	Nachforderung von Unterlagen	594
§ 16b EU	Eignung	605
§ 16c EU	Prüfung	606
§ 16d EU	Wertung	607
§ 17 EU	Aufhebung der Ausschreibung	613
§ 18 EU	Zuschlag	616
§ 19 EU	Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	621
§ 20 EU	Dokumentation	627
§ 21 EU	Nachprüfungsbehörden	631
§ 22 EU	Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit	634

**2. Teil VOB Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die
Ausführung von Bauleistungen 657**

§ 1	Art und Umfang der Leistung	675
§ 2	Vergütung	784
§ 3	Ausführungsunterlagen	967
§ 4	Ausführung	1016
§ 5	Ausführungsfristen	1160
§ 6	Behinderung und Unterbrechung der Ausführung	1274
§ 7	Verteilung der Gefahr	1329
§ 8	Kündigung durch den Auftraggeber	1341
§ 9	Kündigung durch den Auftragnehmer	1426
§ 10	Haftung der Vertragsparteien	1442
§ 11	Vertragsstrafe	1487
§ 12	Abnahme	1560
§ 13	Mängelansprüche	1594
§ 14	Abrechnung	1682
§ 15	Stundenlohnarbeiten	1719
§ 16	Zahlung	1738
§ 17	Sicherheitsleistung	1814
§ 18	Streitigkeiten	1861

Stichwortverzeichnis 1881

Bearbeiterverzeichnis

Dr. Werner Amelsberg	§§ 10, 13 VOB/B
Prof. Dr. Sebastian Baldringer	§§ 1, 2, 12, 17 VOB/B
Henrik-Christian Baumann	§ 2 VOB/A § 2 EU VOB/A
Reinhold Becker	§§ 6, 8, 9 VOB/B
Dr. Rainer Biermann	§§ 3, 5 VOB/B
Dr. Axel Buchwald	§§ 15, 16 VOB/B
Daniel Cordes	§§ 7, 18 VOB/B
Norbert Dippel	§ 17 VOB/A § 17 EU VOB/A
Dr. Barbara Gay	§ 4 VOB/B
Julia Gielen	§ 5 VOB/A § 5 EU VOB/A
Andreas Haupt	§§ 13, 16, 16b, 16c, 23, 24 VOB/A §§ 13, 16, 16b, 16c EU VOB/A
Björn Heinrich	§§ 8, 8a, 9, 9a, 9b, 9c, 9d VOB/A §§ 8, 8a, 8b, 8c, 9, 9a, 9b, 9c, 9d EU VOB/A
Lara Itschert	§§ 6, 6a, 6b, 11, 11a, 16a VOB/A §§ 6, 6a, 6b, 6c, 6d, 6e, 6f, 11, 11a, 11b, 16a EU VOB/A
Prof. Inge Jagenburg	§§ 12, 17 VOB/B
Prof. Dr. Marcel Kau	§§ 1, 4a VOB/A §§ 1, 4a, 4b EU VOB/A
Dr. Benjamin Klein	§§ 7, 7a, 7b, 7c, 10, 20 VOB/A §§ 7, 7a, 7b, 7c, 10, 10a, 10b, 10c, 10d, 20 EU VOB/A
Dr. Lars Klein	§ 14 VOB/B
Dr. Anna Lageder	§ 22 VOB/A § 22 EU VOB/A
Markus Langsdorf	§§ 3, 3a, 3b, 21 VOB/A §§ 3, 3a, 3b, 21 EU VOB/A
Dr. Christian Leesmeister	§§ 1, 2 VOB/B
Dr. Philipp Mohren	§ 11 VOB/B
Susanne Roth	§§ 3, 3a, 3b, 21 VOB/A §§ 3, 3a, 3b, 21 EU VOB/A
Daniel Rücker LL.M.	§ 15 VOB/A § 15 EU VOB/A
Katharina Strauß	§§ 12, 12a, 14, 14a VOB/A §§ 12, 12a, 14 EU VOB/A
Dr. Jan Sulk	§§ 16d, 18, 19 VOB/A §§ 16d, 18, 19 EU VOB/A
Dr. Christian Wirth	§ 4 VOB/A § 4 EU VOB/A

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BA nZ	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Beck Vergaber ¹	Gerd Motzke/Jost Pietzcker/Hans-Joachim Prieß, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 1. Auflage, München 2001
Beck Vergaber ²	Meinrad Dreher/Gerd Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage, München 2013
Beck Vergaber I	Martin Burgi/Meinrad Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB – 4. Teil – 3. Auflage, München 2017
Beck Vergaber II	Martin Burgi/Meinrad Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2: VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/A-EU, VS-VgV, VS-VOB/A, 3. Auflage, München 2019
Beck VOB	Hans Ganten/Günther Jansen/Wolfgang Voit (Hrsg.), Beck'scher VOB-Kommentar, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, 3. Aufl. 2013
Bek.	Bekanntmachung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BReg.	Bundesregierung
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrats
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
Byok/Jaeger	Jan Byok/Wolfgang Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl., Heidelberg 2018
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa, lat.: ungefähr
c. i. c.	culpa in contrahendo (Verschulden bei Vertragsschluss)
DIN	Deutsches Institut für Normung
Drucks.	Drucksache
d. h.	das heißt
DVO	Durchführungsverordnung
EG	Europäische Gemeinschaft
Eschenbruch/Opitz/ Röwekamp	Klaus Eschenbruch/Marc Opitz/Hendrik Röwekamp, Sektorenverordnung; SektVO, 2. Auflage, München 2019
etc.	et cetera, lat.: und so weiter
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Franke/Kemper/Zanner/ Grünhagen/Mertens	Horst Franke/Ralf Kemper/Christian Zanner/Matthias Grünhagen/Susanne Mertens, VOB-Kommentar, 7. Aufl., Köln 2020
Gabriel/Geldsetzer/ Benecke	Die Bietergemeinschaft, Köln 2007
Gabriel/Krohn/Neun	Handbuch Vergaberecht, Gesamtdarstellung und Kommentierung zu Vergaben nach GWB, VgV, SektVO, VSVgV, VOL/A, VOB/A, VOF, SGB V, VO(EG) 1370, AEUV, 2. Aufl., München 2017
gem.	gemäß
GewArch	Gewerbearchiv, Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Greb/Müller	Klaus Greb/Hans-Peter Müller, Kommentar zum Sektorenvergaberecht, 2. Aufl., Köln 2017
Heiermann/Riedl/ Rusam	Wolfgang Heiermann/Richard Riedl/Martin Rusam, Handkommentar zur VOB, 14. Aufl., München 2017
Hertwig	Stefan Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 6. Aufl., München 2016
Heuvels/Höß/Kuß/ Wagner	Klaus Heuvels/Stefan Höß/Matthias Kuß/Volkmar Wagner, Vergaberecht, Gesamtkommentar zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe (GWB – 4. Teil –, VgV, KonzVgV, SektVO, VSVgV, VO(EG)1370/2007, VOB/A, VOL/A) – Stuttgart 2012
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
Hs.	Halbsatz
IBR	Immobilien- & Baurecht, Zeitschrift
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
Immenga/Mestmäcker	Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 5. Aufl., München 2014
Ingenstau/Korbion	Heinz Ingenstau/Hermann Korbion/Stefan Leupertz/Mark von Wietersheim, VOB Teile A und B, Kommentar, 20. Aufl., Köln 2017
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
Jagenburg/Schröder/ Baldringer	Inge Jagenburg/Carsten Schröder/Sebastian Baldringer, Der ARGE-Vertrag, 3. Auflage, Köln 2012
Jarass/Pieroth	Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, 16. Aufl., München 2020
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift
JurisPK	Wolfgang Heiermann/Christopher Zeiss/Hermann Summa (Hrsg.), juris Praxiskommentar zum Vergaberecht, 5. Aufl., Saarbrücken 2016
JZ	JuristenZeitung, Zeitschrift
Kapellmann/ Messerschmidt	Klaus D. Kapellmann/Burkhard Messerschmidt, VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), 6. Aufl., München 2019
Kapellmann/Schiffers	Klaus D. Kapellmann/Karl-Heinz Schiffers/Jochen Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag 2. Pauschalvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau, 7. Aufl., Köln 2017
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
Kniffka	Rolf Kniffka, Kommentar zu §§ 631–650v BGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, 3. Auflage, München 2018

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

Kniffka/Koebler/ Jurgeleit/Sacher Kopp/Ramsauer	Rolf Kniffka/Wolfgang Koebler/Andreas Jurgeleit/Dagmar Sacher, Compendium des Baurechts, 5. Aufl., München 2020 Ferdinand Kopp/Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 19. Aufl., München 2018
Kulartz/Kus/Portz/Prieß	Hans-Peter Kulartz/Alexander Kus/Norbert Portz/Hans-Joachim Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., Köln 2016
Kulartz/Marx/Portz/ Prieß, VOB/A	Hans-Peter Kulartz/Fridhelm Marx/Norbert Portz/Hans-Joachim Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl., Köln 2014
Kulartz/Kus/Marx/ Portz/Prieß	Hans-Peter Kulartz/Alexander Kus/Fridhelm Marx/Norbert Portz/ Hans-Joachim Prieß, Kommentar zur VgV, Köln 2017
Kulartz/Marx/Portz/ Prieß, VOL/A	Hans-Peter Kulartz/Fridhelm Marx/Norbert Portz/Hans-Joachim Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl., Köln 2014
Lampe-Helbig/ Jagenburg/Baldringer Leinemann	Gudrun Lampe-Helbig/Inge Jagenburg/Sebastian Baldringer, Handbuch der Bauvergabe, 3. Aufl., München 2014 Ralf Leinemann, Das neue Vergaberecht, Kommentar, 2. Aufl., Köln 2010
lit.	Litera, lat.: Buchstabe
LG	Landgericht
Lux	Lux, Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht, 2009
LV	Leistungsverzeichnis
MüKo VergabeR I, VOB	Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht: Band 3: Vergaberecht I, GWB, VgV, SektVO u. a., 2. Auflage, München 2019
MüKo VergabeR II, VOB	Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht: Band 4: Vergaberecht II, VOB/A u. a., VSvgV, 2. Auflage, München 2019
MüKoBGB Müller-Wrede, VOL	Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2019 Malte Müller-Wrede, Vergabe- und Vertragsordnung für Lieferungen und Dienstleistungen – VOL Kommentar, 4. Aufl., Köln 2014
Müller-Wrede, GWB	Malte Müller-Wrede, GWB, Vergaberecht, Kommentar, 1. Aufl., Köln 2016
Müller-Wrede, Vergaberecht	Malte Müller-Wrede, Compendium des Vergaberechts, 2. Aufl., Köln 2013
Müller-Wrede, VOF	Malte Müller-Wrede, Kommentar zur VOF – Verdingungsord- nung für freiberufliche Leistungen, 5. Aufl., Köln, 2014
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift, Zeitschrift
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Zeitschrift
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungsreport, Zeitschrift
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, Zeitschrift
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht, Zeitschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report, Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte
ÖPP	Öffentlich Private Partnerschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Kommentar, 79. Aufl., München 2020
PPP	Public Private Partnership
Pünder/Schellenberg	Hermann Pünder/Martin Schellenberg, Vergaberecht, Handkom- mentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2015

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

Reidt/Stickler/Glahs	Olaf Reidt/Thomas Stickler/Heike Glahs, Vergaberecht, Kommentar, 4. Aufl., Köln 2017
RL	Richtlinie
Rspr.	Rechtsprechung
Rn.	Randnummer
S.	Seite/siehe
SektVO	Sektorenverordnung
s. o.	siehe oben
Sodan/Ziekow	Helge Sodan/Jan Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO Großkommentar, 5. Auflage, 2018
Soundry/Hettich	Daniel Soundry/Lars Hettich, Das neue Vergaberecht, Eine systematische Darstellung der neuen EU-Vergaberichtlinien, Köln 2014
Sulk	Jan Sulk, Der Preis im Vergaberecht, Eine Verortung anhand der vergaberechtlichen Stufen der Angebotsprüfung, Berlin 2015
sog.	sogenannt(e)
Stelkens/Bonk/Sachs	Paul Stelkens/Heinz J. Bonk/Michael Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG, 9. Auflage, München 2018
str.	strittig
s. u.	siehe unten
u. a.	unter anderem
u. ä.	und ähnlich
u. U.	unter Umständen
v.	von, vom
v. a.	vor allem
Verg.	Vergaberecht
VergabeR	Vergaberecht, Zeitschrift
Veris	Veris Online-Kommentar
Vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VHB	Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltung
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B
VOB/C	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil C
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen Teil A
VOL/A-EG	Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG
VOL/B	Verdingungsordnung für Leistungen Teil B
Vor.	Vorbemerkungen
VORIS	Niedersächsisches Vorschriften-Informationssystem
VRL	Vergaberichtlinie
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuss
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
Werner/Pastor	Ulrich Werner/Walter Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl., Köln 2018
Willenbruch/Wieddekind	Klaus Willenbruch/Kristina Wieddekind, Vergaberecht, Kompaktkommentar, 4. Aufl., Köln 2017
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
Ziekow	Jan Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 4. Aufl., Stuttgart 2019
Ziekow/Völlink	Jan Ziekow/Uwe-Carsten Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 4. Aufl., München 2020

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil
Zöller	Bgr. von Richard Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 33. Aufl., Köln 2020

1. Teil **VOB Teil A:** **Allgemeine Bestimmungen für die** **Vergabe von Bauleistungen**

In der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 2019 (BAnz AT 19.2.2019 B2)

Abschnitt 1 **Basisparagrafen**

§ 1 VOB/A **Bauleistungen**

Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.

Übersicht	Rn.
A. Normzweck	1, 2
B. Einzelerläuterung	3–10
I. Begriff der Bauleistungen	3–5
a) VOB/A, GWB und EU-Vergaberichtlinien	3
b) Definition	4
c) Bauliche Anlage und Handlungen	5
II. Herstellung	6, 7
III. Instandhaltung	8
IV. Änderung	9
V. Beseitigung	10
C. Abgrenzungen	11

A. **Normzweck**

Die Eingangsnorm des § 1 VOB/A definiert den Begriff der Bauleistungen und ist damit von zentraler Bedeutung für den Anwendungsbereich der VOB/A. Dabei orientiert sich § 1 VOB/A an den Begriffen der baulichen Anlage sowie den Handlungsformen der Herstellung, Instandhaltung, Änderung und Beseitigung. Diese Begriffe sind im Zusammenhang mit den Bauleistungen zu definieren, wie sie ihrerseits zur Bestimmung von Bauleistungen i. S. der VOB/A beitragen. Ausgehend vom Begriff der Bauleistungen erfolgt schließlich auch die Abgrenzung zu Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.¹ **1**

Der erste Abschnitt der VOB/A (Basisparagrafen) kommt zur Anwendung unabhängig davon, ob Bauleistungen ober- oder unterhalb der Schwellenwerte des EU-Vergaberechts vorliegen.² Oberhalb der Schwellenwerte kommen zusätzlich auch der zweite und der dritte Abschnitt der VOB/A zur Anwendung. Hiermit folgt die VOB/A den bereits im EU-Vergaberecht angelegten ausführlichen Regelungen für europaweit auszuschreibende Vergabevorgänge. **2**

1 Z.B. Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 1.

2 Vgl. Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 1; Kau, in: Beck VergabeR I, GWB, § 106 Rn. 15.

B. Einzelerläuterung

I. Begriff der Bauleistungen

- 3 a) VOB/A, GWB und EU-Vergaberichtlinien.** Schlüsselbegriff der VOB/A sind Bauleistungen, wie sie in § 1 VOB/A genannt und durch die Bezugnahme auf bauliche Vorhaben und die darauf bezogenen Tätigkeiten näher bestimmt werden. Diese Regelung steht zudem auch in Zusammenhang mit § 103 Abs. 3 GWB, der Bauaufträge im Hinblick auf die RL 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU beschreibt.³ Auch wenn die Definition von § 1 VOB/A und § 103 Abs. 3 GWB nicht wortgleich sind,⁴ ist wegen der bestehenden Normenhierarchie doch von einer grundsätzlichen Übereinstimmung auszugehen.⁵ In jedem Fall besteht zwischen § 1 VOB/A und den Bestimmungen der EU-Vergaberichtlinien kein Widerspruch. Wo Hinweise für das Bestehen von Spannungen bestehen, findet eine richtlinienkonforme Auslegung statt.
- 4 b) Definition.** Grundsätzlich hat die Definition des § 1 VOB/A einen anderen Schwerpunkt als die Festlegungen des GWB und stellt vor allem auf die bauliche Anlage und die in Zusammenhang damit zu verrichtenden Handlungen ab. Der in § 103 Abs. 3 Nr. 2 GWB genannte Begriff des Bauwerks erfasst grundsätzlich dieselben Sachverhalte wie die bauliche Anlage. Im Wesentlichen geht es bei baulichen Anlagen und Bauwerken darum, dass diese unbewegliche Sachen darstellen, die durch Arbeit und Verwendung von (Bau)Material, zum Teil auch durch eigene Schwere, mit dem Erdboden verbunden sind, unabhängig davon, ob sie sich ober- oder unterhalb der Erdoberfläche befinden.⁶ Nach der RL 2014/24/EU wird unter einem Bauwerk „das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten“ verstanden, „das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.“⁷ Zwar sind die Begriffe Bauleistung und Bauwerk nicht deckungsgleich, dennoch wird im Schrifttum anerkannt, dass zwischen den Begriffen nach § 1 VOB/A und dem vom Unionsrecht geprägten § 103 Abs. 3 GWB grundsätzlich kein Widerspruch besteht.⁸ Ferner ist der Begriff der Bauleistungen i. S. von § 1 VOB/A weit zu verstehen, soweit er sich auch auf Teile erstreckt, die erforderlich sind, damit eine bauliche Anlage ihre wirtschaftlichen oder technischen Funktion, erfüllen kann.⁹ Allerdings hat der EuGH beispielsweise die Ahlhorn-Rspr. des OLG Düsseldorf insoweit klargestellt, dass zwar kein körperlich greifbarer Beschaffungsbedarf erforderlich ist, dass aber Geschäfte, die bloß im entfernten Zusammenhang mit Bauwerken stehen (z. B. Grundstückskäufe oder -verkäufe), nicht automatisch auch Bauleistungen oder Bauaufträge betreffen.¹⁰
- 5 c) Bauliche Anlage und Handlungen.** Der Begriff der baulichen Anlage wird im Weiteren dadurch beschrieben, welche Handlungen in Bezug auf sie vorgenommen werden können. Nach § 1 VOB/A können bauliche Anlagen hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt werden. Auch wenn die Aufzäh-

3 Hüttinger, in: Beck VergabeR I, GWB, § 103 Rn. 112 f.; Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 2.

4 Vgl. Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 5.

5 So auch Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 3 („Bauleistungen synonym zu dem Begriff der Bauaufträge“); Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 5; zu einer Differenzierung anhand der Begriffspaare abstrakt u. konkret: Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 2.

6 Ähnlich: Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 11.

7 Hierzu auch Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 72 f.

8 Hüttinger, in: Beck VergabeR I, GWB, § 103 Rn. 124 ff.; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB § 103 Rn. 73.

9 Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 12.

10 EuGH 25.3.2010 – Rs. C-451/08 – NJW 2010, 2189 (Müller); hierzu auch Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 74.

lung auf den ersten Blick abschließend zu sein scheint, legt der weite Umfang der davon insgesamt umfassten Handlungsmöglichkeiten den Schluss nahe, dass grundsätzlich jede auf eine irgendwie geartete Schaffung oder Veränderung neuer oder bereits bestehender baulicher Anlagen gerichtete Handlung unter den Gesamtbegriff Bauleistung fallen soll. Im Ergebnis führt die Aufzählung verschiedener Handlungen, die in Zusammenhang mit baulichen Anlagen vorgenommen werden können, zu einem sehr weiten Verständnis der Bauleistungen. Anerkanntermaßen nicht umfasst sind indessen reine Planungs- oder Ingenieurleistungen sowie die bloße Erstattung von Gutachten, die nicht unmittelbar mit einer in § 1 VOB/A genannten Tätigkeiten verbunden sind.¹¹

II. Herstellung

Das Herstellen einer baulichen Anlage ist die erste von vier Handlungen, die den Begriff Bauleistung i. S. von § 1 VOB/A näher bestimmt. Unter Herstellung ist in diesem Zusammenhang das Erbringen von Beiträgen zur Schaffung einer baulichen Anlage zu verstehen, die vorher nicht oder noch nicht in der späteren Gestalt existierte. In jedem Fall ist hierunter die Neuherstellung von Bauwerken zu verstehen.¹² Ob diese Beiträge gleichzeitig zu einer endgültigen Fertigstellung führen oder ob die Anlage bereits ihre vollständige Funktionalität erreicht hat, ist grundsätzlich unerheblich. In einer stark arbeitsteiligen und von Spezialisierungen geprägten Arbeitswelt werden Herstellungshandlungen vielfach einen Beitrag zu einem Gesamtwerk oder einer Gesamtanlage leisten, ohne dass damit eine Vollendung oder eine endgültige Zweckbestimmung erreicht wird. Es genügt daher, wenn sich die Tätigkeit auf Bauteile, Bauelemente oder Bauglieder bezieht, ohne dass die bauliche Anlage als Ganzes davon erfasst zu sein braucht.¹³ Auch bauliche Vorbereitungshandlungen wie Ausschachtungen oder der Aushub von Baugruben werden zur Herstellung gezählt.¹⁴

Im Einklang mit der Definition des § 103 Abs. 2 GWB fallen auch gleichzeitig die mit der Herstellung oder den anderen Handlungen erfolgende Planungsleistungen unter den Begriff der Bauleistungen. Ausschließliche Planungen, die nicht mit der Herstellung, Instandhaltung oder Änderung einer baulichen Anlage verbunden sind, sind hingegen nicht von der Definition des § 1 VOB/A umfasst.¹⁵

III. Instandhaltung

Unter dem Begriff der Instandhaltung sind verschiedene Reparatur-, Renovierungs-, Ausbesserungs- und Reinigungstätigkeiten zu verstehen.¹⁶ Gemeinsam ist diesen Handlungen, dass sie einen Beitrag zur Erhaltung einer bereits vorhandenen baulichen Anlage darstellen, die sie in ihrer Größe oder ihren Dimensionen im Wesentlichen unverändert lassen. Insofern steht Substanzerhaltung im Mittelpunkt von Handlungen der Instandhaltung. Ob diese Arbeiten im Einzelfall anlagen- oder grundstücksbezogen sind oder ob es sich im Einzelnen um Instandsetzungs- oder Instandhaltungsmaßnahmen handelt, ist ohne Belang.¹⁷

11 Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 13.

12 Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 25.

13 Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 13; Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 23.

14 Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 10.

15 Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 7.

16 Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 40; Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 8.

17 Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 16; Säcker, in: MüKo VergabeR II, VOB, Teil A § 1 Rn. 8.

IV. Änderung

- 9 Ist es für die Instandhaltung kennzeichnend, dass die vorher bestehende bauliche Anlage im Wesentlichen unverändert bleibt, verhält sich dies bei Änderungen anders. So kann es im Rahmen von Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen ausdrücklich zur Veränderung des baulichen Volumens kommen, indem der ursprüngliche Bestand erweitert, in seiner Gestalt modifiziert oder insgesamt reduziert wird.¹⁸ Vielfach wird mit Änderungen i. S. von § 1 VOB/A auch eine Wertsteigerung verbunden sein; dies ist jedoch keine notwendige Folge, um als Bauleistung anerkannt zu werden. Vor allem vertretbare bewegliche Sachen, die in Bauwerke eingebracht werden, unterfallen nicht dem Begriff der Änderung nach § 1 VOB/A.¹⁹

V. Beseitigung

- 10 Die Beseitigung einer baulichen Anlage ist das Gegenstück ihrer Herstellung und hat zur Folge, dass eine einmal existierende bauliche Anlage wieder ganz oder teilweise verschwindet. Die Beseitigung kann durch Rückbau, Abbruch oder sonstige Maßnahmen herbeigeführt werden. Das Ergebnis einer Beseitigung wird durch eine Minderung des Bauvolumens gekennzeichnet.

C. Abgrenzungen

- 11 Soweit die Anwendung der VOB/A vom Vorliegen von Bauleistungen abhängt, sind diese von anderen Leistungen, namentlich von Lieferungen und Dienstleistungen, abzugrenzen. Bei gemischten Verträgen ist anerkannt, dass der Schwerpunkt des jeweiligen Gesamtauftrags über die Zuordnung entscheidet.²⁰ Etwas anderes gilt allerdings, wenn die einzelnen Elemente eines Auftrags sinnvoll voneinander getrennt werden können und alle verbleibenden Teile eigenständig bestehen können. Von Trennbarkeit kann typischerweise ausgegangen werden, wenn die einzelnen Auftrags Teile für sich betrachtet die Schwellenwerte erreichen oder überschreiten, sodass in diesen Konstellationen typischerweise eine getrennte Auftragserteilung erfolgen könnte.²¹

§ 2 VOB/A Grundsätze

(1) ¹Bauleistungen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. ²Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt. ³Wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen sind zu bekämpfen.

(2) Bei der Vergabe von Bauleistungen darf kein Unternehmen diskriminiert werden.

(3) Bauleistungen werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen vergeben.

(4) Auftraggeber, Bewerber, Bieter und Auftragnehmer wahren die Vertraulichkeit aller Informationen und Unterlagen nach Maßgabe dieser Vergabeordnung oder anderer Rechtsvorschriften.

(5) Die Durchführung von Vergabeverfahren zum Zwecke der Markterkundung ist unzulässig.

18 Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teil A § 1 Rn. 25 („Umbau oder Erweiterungsbauten“); Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 18.

19 Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil A § 1 Rn. 19.

20 Vgl. Kadenbach, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 110 Rn. 4; Kau, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 110 Rn. 6.

21 Kau, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 110 Rn. 5.

(6) Der Auftraggeber soll erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann.

(7) Es ist anzustreben, die Aufträge so zu erteilen, dass die ganzjährige Bautätigkeit gefördert wird.

Übersicht	Rn.
A. Allgemeines	1-3
B. Vergabegrundsätze im Einzelnen	4-19
I. Wettbewerbsgebot (§ 2 Abs. 1 Satz 1 und 3)	4-6
II. Transparenzgebot (§ 2 Abs. 1 Satz 1)	7, 8
III. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 2 Abs. 1 Satz 2)	9, 10
IV. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 2 Abs. 1 Satz 2)	11, 12
V. Diskriminierungsverbot (§ 2 Abs. 2)	13, 14
VI. Vergabe an geeignete Unternehmen (§ 2 Abs. 3)	15, 16
VII. Vergabe zu angemessenen Preisen (§ 2 Abs. 3)	17, 18
VIII. Förderung ganzjähriger Bautätigkeit (§ 2 Abs. 7)	19

A. Allgemeines

§ 2 normiert die zentralen Grundsätze für Bauvergaben im Anwendungsbereich des 1. Abschnitts der VOB/A. Die Grundsätze entsprechen weitgehend denen, die § 2 EU für Bauvergaben im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts der VOB/A regelt. **1**

Die Vergabegrundsätze gelten in jeder Phase eines Vergabeverfahrens und grundsätzlich in jeder Vergabeverfahrensart. Die Vergabegrundsätze werden durch die einzelnen Vorschriften innerhalb des 1. Abschnitts der VOB/A näher ausgestaltet und konkretisiert. **2**

Im Folgenden wird auf die in § 2 geregelten Vergabegrundsätze näher eingegangen. **3**

B. Vergabegrundsätze im Einzelnen

I. Wettbewerbsgebot (§ 2 Abs. 1 Satz 1 und 3)

Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 1 ist nahezu identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 1. Der Formulierung in § 2 Abs. 1 Satz 1, dass „Bauleistungen“ im Wettbewerb vergeben werden, ist kein Mehr oder Weniger an Regelungsgehalt zu entnehmen als der Formulierung des Wettbewerbsgebots in § 2 EU Abs. 1 Satz 1, wonach „öffentliche Aufträge“ im Wettbewerb vergeben werden. Die Terminologie in § 2 EU geht auf die Verwendung eines einheitlichen „Auftrags“-Begriffs im Anwendungsbereich des 2. Abschnittes der VOB/A zurück (vgl. auch § 103 GWB). **4**

Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 3 ist identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 3. **5**

Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 wird daher auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 1 Satz 1 und 3 verwiesen. **6**

II. Transparenzgebot (§ 2 Abs. 1 Satz 1)

- 7 Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 1 ist – soweit er das Gebot der Vergabe in transparenten Vergabeverfahren umfasst – identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 1.
- 8 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 1 Satz 1 verwiesen.

III. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 2 Abs. 1 Satz 2)

- 9 Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 2 ist – soweit er den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit umfasst – identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 2.
- 10 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Satz 2 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 1 Satz 2 verwiesen.

IV. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 2 Abs. 1 Satz 2)

- 11 Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 2 ist – soweit er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit umfasst – identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 1 Satz 2.
- 12 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Satz 2 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 1 Satz 2 verwiesen.

V. Diskriminierungsverbot (§ 2 Abs. 2)

- 13 Der Regelungsgehalt des § 2 Abs. 2 ist weitestgehend gleichzusetzen mit dem Gleichbehandlungsgebot im Sinne von § 2 EU Abs. 2. Da § 2 EU Abs. 2 in Verbindung mit § 97 Abs. 2 GWB keinen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzt, sondern auch Differenzierungen zwischen Unternehmen aus demselben Mitgliedstaat erfasst, lassen sich die zur Anwendung des § 2 EU Abs. 2 entwickelten Grundsätze auf § 2 Abs. 2 VOB/A übertragen.¹
- 14 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 2 wird daher auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 2 verwiesen.

VI. Vergabe an geeignete Unternehmen (§ 2 Abs. 3)

- 15 Der Regelungsgehalt des § 2 Abs. 3 ist – soweit er das Gebot der Vergabe an geeignete Unternehmen umfasst – nahezu identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 3. Der einzige Unterschied besteht darin, dass nur § 2 EU Abs. 3 zusätzlich auf die Ausschlussgründe des § 6e EU verweist, die in dieser Form nur im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts der VOB/A gelten.
- 16 Für die Kommentierung des § 2 Abs. 3 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 3 verwiesen.

VII. Vergabe zu angemessenen Preisen (§ 2 Abs. 3)

- 17 Die Vorgabe der Vergabe zu angemessenen Preisen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1) enthält keine eigenständige Prüfanforderung,² sondern hebt die Bedeutung der Regelun-

1 Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB, Teil A § 2 Rn. 6.

2 Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB, Teil A § 2 Rn. 3.

gen zur Preisangemessenheitsprüfung (vgl. § 16d Abs. 1) im Rahmen der Angebotswertung (nur) nochmals besonders hervor.

Für die Kommentierung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 wird insoweit auf die Kommentierung zu § 16d Abs. 1 verwiesen. **18**

VIII. Förderung ganzjähriger Bautätigkeit (§ 2 Abs. 7)

Der Wortlaut von § 2 Abs. 7 ist identisch mit dem Wortlaut von § 2 EU Abs. 9. Für die Kommentierung des § 2 Abs. 7 wird daher auf die Kommentierung zu § 2 EU Abs. 9 verwiesen. **19**

§ 3 VOB/A Arten der Vergabe

Die Vergabe von Bauleistungen erfolgt nach Öffentlicher Ausschreibung, Beschränkter Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb oder nach Freihändiger Vergabe.

- 1. Bei Öffentlicher Ausschreibung werden Bauleistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben.**
- 2. Bei Beschränkten Ausschreibungen (Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) werden Bauleistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben.**
- 3. Bei Freihändiger Vergabe werden Bauleistungen in einem vereinfachten Verfahren vergeben.**

Übersicht	Rn.
A. Vergabearten	1–6
I. Überblick	1–3
II. Anwendungsbereich	4–6
B. Definition der Vergabearten und ihre Merkmale	7–24
I. Die Öffentliche Ausschreibung, § 3 Satz 1 Nr. 1 VOB/A	7–13
1. Erstellung der Vergabeunterlagen	8
2. Auftragsbekanntmachung	9
3. Angebotserstellung	10
4. Wertungsphase	11, 12
5. Verhandlungsverbot	13
II. Die Beschränkte Ausschreibung, § 3 Satz 1 Nr. 2 VOB/A	14–20
1. Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb	15–18
2. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb	19, 20
III. Die Freihändige Vergabe, § 3 Satz 1 Nr. 3 VOB/A	21–24

A. Vergabearten

I. Überblick

Mit der Neustrukturierung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen 2016 wurden die §§ 3 bis 3b VOB/A strukturell, aber nicht inhaltlich verändert. § 3 VOB/A 2016 definierte abschließend die zulässigen Vergabearten, während § 3a VOB/A 2016 erstmals eingeführt wurde und deren Zulässigkeitsvoraussetzungen formulierte. Der ursprüngliche § 3 VOB/A (a. F.) war inhaltlich auf zwei Paragraphen aufgeteilt worden. § 3b VOB/A regelte, inhaltlich unverändert und – wenn überhaupt – allenfalls im Ansatz den Ablauf der einzelnen Verfahren. **1**

Aufgenommen wurde beispielsweise die Anzahl der zu beteiligenden Unternehmen, die vorher in § 6 Abs. 2 VOB/A (a. F.) geregelt war.

- 2 Die Novelle der VOB/A im Jahre 2019¹ hat dagegen sowohl redaktionelle als auch inhaltliche Änderungen mit sich gebracht, um den intendierten Gleichlauf der Abschnitte innerhalb der VOB/A zu erzielen.² § 3 VOB/A wurde inhaltlich nicht verändert, sondern dem Aufbau des § 3 EU VOB/A angeglichen. So wurde ein neuer Satz 1 eingefügt, der die unterschiedlichen Vergabeverfahren aufzählt. In Satz 1 Nr. 1 bis 3 werden sodann – wie bisher – die wesentlichen Merkmale der einzelnen Vergabeverfahren beschrieben. § 3a VOB/A wurde sprachlich und inhaltlich geändert. Er enthält nun auch im nationalen Bereich erstmals die Gleichrangigkeit der Öffentlichen und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb und das damit verbundene Wahlrecht des öffentlichen Auftraggebers zwischen diesen beiden Vergabearten, was zur Folge hat, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach § 3a Abs. 3 VOB/A 2016 aufgehoben werden mussten. Im Rahmen von § 3a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A sind die dort angeführten Fußnoten im Verordnungstext zu beachten. Die amtlichen Anmerkungen enthalten die durch die Beschlüsse des Wohnungsgipfels im Bundeskanzleramt am 21. September 2018 angehobenen Wertgrenzen bei Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb für Bauleistungen zu Wohnzwecken, die bis zum 31. Dezember 2021 gelten. Neu hinzugekommen ist der Direktauftrag (eine Vergabe ohne Vergabeverfahren), der in § 3a Abs. 4 VOB/A geregelt ist. § 3b VOB/A wird seiner Überschrift „Ablauf der Verfahren“ nach wie vor nicht gerecht, auch wenn der Verfahrensablauf bei der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nunmehr in seinen Grundzügen in § 3b Abs. 2 VOB/A beschrieben wird, sind die Ausführungen zu den übrigen Verfahrensarten doch äußerst lückenhaft.
- 3 Die Öffentliche Ausschreibung, die sich an einen unbegrenzten Bieterkreis wendet, entspricht im Oberschwellenbereich dem offenen Verfahren nach § 3 EU Satz 1 Nr. 1 VOB/A, die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb heißt dort nicht offenes Verfahren, § 3a EU Satz 1 Nr. 2 VOB/A. Die Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 3 VOB/A, die weitgehend ohne förmliches Verfahren stattfindet, entspricht dem Verhandlungsverfahren des § 3 EU Satz 1 Nr. 3 VOB/A. Als weitere Vergabeart ist die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb vorgesehen, zu der es kein Äquivalent bei Vergaben im Oberschwellenbereich gibt. Abgesehen von der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb ist bei den übrigen Vergabeverfahren der Kreis der Bieter eingeschränkt bzw. kann eingeschränkt werden. Die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb sind formalisierte Vergabeverfahren, während die Freihändige Vergabe ein nicht formalisiertes Verfahren ist. Gleichwohl sind auch hier gewisse Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung zu beachten. Der wettbewerbliche Dialog (§ 3 EU Satz 1 Nr. 4 VOB/A) und die Innovationspartnerschaft (§ 3 EU Satz 1 Nr. 5 VOB/A) stehen den öffentlichen Auftraggebern nur oberhalb der EU-Schwellenwerte zur Verfügung.

II. Anwendungsbereich

- 4 Die §§ 3 bis 3b VOB/A gelten für alle Auftragnehmer, die Vergabeverfahren nach dem 1. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen durchführen müssen. Dies sind in der Regel jene, die nach Haushaltsrecht (Bundes- und Landes- und Gemeindehaushaltsordnungen, entsprechende Erlasse der je-

¹ Veröffentlicht im BAnz AT 19.2.2019 B2, S. 1–69.

² Janssen, NZBau 2019, 147.

weiligen Ministerien) zur sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung und infolge dessen zur Beachtung und Einhaltung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen verpflichtet sind. Private Auftraggeber sind nicht verpflichtet, den 1. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen anzuwenden. Es bleibt ihnen jedoch unbenommen, diesen freiwillig anzuwenden, wobei sich der private Auftraggeber dann auch unbedingt an sämtliche Regelungen halten muss, um sich nicht nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (zivilrechtlich) schadenersatzpflichtig zu machen, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Auch der öffentliche Auftraggeber haftet nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo.³

Erhalten (auch private) Auftraggeber durch Zuwendungsbescheide bzw. Zuwendungsverträge zweckgebundene öffentliche Mittel zur Förderung von Bauleistungen, so werden sie in der Regel vertraglich verpflichtet, die Regelungen des 1. Abschnittes der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen anzuwenden, mit der Folge, dass bei schweren Verstößen (die entsprechenden Tatbestände werden grundsätzlich in entsprechenden Erlassen formuliert) gegen das Vergaberecht die die Fördermittel bewilligende Stelle diese gegebenenfalls zurückfordert.⁴ Die Bewerber bzw. die Bieter können aus dieser vertraglichen Verpflichtung jedoch keinerlei Rechte herleiten, weil die Verpflichtung zur Einhaltung der Vorschriften des Vergaberechts ausschließlich der Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit geschuldet ist. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass durch die öffentlichen Fördermittel der EU-Schwellenwert gegebenenfalls überschritten und der Auftraggeber zu einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Kartellvergaberechts wird, was den Anwendungsbereich des 2. Abschnittes der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen zur Folge hat.

Wird der (öffentliche) Auftraggeber am Markt tätig, um eine Leistung, hier eine Bauleistung, zu erwerben, so handelt er, ebenso wie ein Bürger, privatrechtlich, das heißt, sein Handeln ist auf den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages ausgerichtet. Dies ist deshalb möglich, weil die Verwaltung grundsätzlich ein Wahlrecht hat, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich handeln will und darüber hinaus die Rechtsform des Handelns im Vergaberecht gesetzlich nicht vorgeschrieben ist oder sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber mithin privatrechtlich tätig wird, so hat er dennoch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und Rechtsgrundsätze (Art. 20 Abs. 3 GG) zu beachten und unterliegt insoweit der uneingeschränkten Grundrechtsbindung.⁵ Da der (öffentliche) Auftraggeber im Bereich des Vergaberechts privatrechtlich tätig wird, hat er also neben den Vorschriften des Haushaltsrechts (gegebenenfalls Einführungserrasse), der Landesvergabegesetze, der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – auch die Regelungen – zum Beispiel – des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beachten und einzuhalten. Die Vorschriften des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) bzw. die der Landesverwaltungsverfahrensgesetze finden keine Anwendung.

B. Definition der Vergabearten und ihre Merkmale

I. Die Öffentliche Ausschreibung, § 3 Satz 1 Nr. 1 VOB/A

Ebenso wie in der Parallelvorschrift des § 3 EU VOB/A ist auch die Gliederung des § 3 VOB/A misslungen. Es fehlt ein logisch notwendiger Satz 2 (siehe Kom-

3 OLG Nürnberg 26.5.2015 – 1 U 1430/14 – ZfBR 2016, 198.

4 Dietlein/Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun, Hdb. Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 9 Rn. 11.

5 BGH 17.6.2003 – XI ZR 195/02; BVerfG 14.4.1987 – 1 BvR 775/84; BVerfG 22.2.2011 – 1 BvR 699/06.