

## Update Vergaberecht

### VOB/B zwingend bei Bauvergaben

#### VK Südbayern, Beschluss vom 14.02.2022 – 3194.Z3-3\_01-21-44

In den Vergabeunterlagen eines Bauauftrages sah Auftraggeber A auch Vertragsbedingungen zur Bauausführung vor. Diese wichen in einer Vielzahl von Punkten von den Regelungen der VOB/B ab und orientierten sich zum Teil am Bauvertragsrecht des BGB (§§ 650a ff BGB). Insbesondere war vorgesehen, dass die VOB/B nur nachrangig nach der Leistungsbeschreibung, zusätzlichen und besonderen Vertragsbedingungen sowie weiteren Abweichungen von der VOB/B gelten sollte. Das Unternehmen U rügte dies als Verstoß gegen die Verpflichtung aus § 8a EG Abs. 1 Satz 1 VOB/A, wonach in den Vergabeunterlagen „*vorzuschreiben [ist]*“, dass die VOB/B Bestandteil des Vertrags wird. Weil A dieser Rüge nicht abhalf, stellte U einen Nachprüfungsantrag.

Die Vergabekammer gab U Recht. Die Verpflichtung zur Vereinbarung der VOB/B sei bieterschützend, denn sie diene dem Interesse der Bieter an Rechtssicherheit über die für den Bauauftrag geltenden Regelungen. Dahinter stehe, dass nach der Rechtsprechung des BGH bei einer gesamthaften Vereinbarung der VOB/B eine gesonderte Inhaltskontrolle nicht stattfindet, obwohl diese als AGB zu bewerten seien. Die Regelung diene damit einer verlässlichen Kalkulierbarkeit. Der geltend gemachte Verstoß sei auch gegeben. § 8a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A erfordere zwingend, dass die VOB/B zum Vertragsgegenstand werde und nur solche weiteren Regelungen vereinbart werden, die mit der VOB/B vereinbar sind. Insbesondere sei es vergaberechtlich ohne Belang, ob die vereinbarten Regelungen einer AGB-Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalten würden, da dies im Nachprüfungsverfahren wegen § 8a EU VOB/A nicht zu entscheiden sei.

#### Bedeutung für die Praxis

Mit der Entscheidung stellt die VK erstens unmissverständlich klar, dass bei Bauvergaben immer die VOB/B maßgeblich zur Vertragsgrundlage zu machen ist. Soweit Auftraggeber für ihre Beschaffungen den Bedarf weiterer Regelungen sehen, können sie diese nur in dem Rahmen vorsehen, der ihnen von § 8a EG Abs. 2 - 4 VOB/A vorgegeben wird. Zweitens macht die VK deutlich, dass jedenfalls bei Bauvergaben Vergabenachprüfungsinstanzen keine AGB-Inhaltskontrolle der Vertragsregelungen vorzunehmen haben.

Für Dienstleistungs- und Lieferaufträge stellt sich die Rechtslage anders dar: Nach § 29 Abs. 2 VgV ist die VOL/B (nur) „*in der Regel in den Vertrag einzubeziehen*“. Dies wird in der Rechtsprechung so verstanden, dass in begründeten Fällen von der Einbeziehung der VOL/B abgesehen werden kann bzw. Abweichungen vereinbart werden dürfen. Die Gründe sind im Vergabevermerk zu dokumentieren. Auch bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen führen Nachprüfungsinstanzen grundsätzlich keine Inhaltskontrollen nach §§ 307 ff. BGB durch, da es sich bei diesen Regelungen nicht um vergaberechtliche Regelungen handelt. Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn durch Regelungen Risiken auf den Auftragnehmer überbürdet werden, die ihm unzumutbar sind.