



**Autor:** Schröder, Holger  
**Seite:** 36  
**Ressort:** Ausschreibung und Vergabe

**Jahrgang:** 2022  
**Nummer:** 2  
**Auflage:** 11.796 (gedruckt)<sup>1</sup> 11.045 (verkauft)<sup>1</sup>  
 11.669 (verbreitet)<sup>1</sup>

**Mediengattung:** Wochenzeitung

<sup>1</sup> IVW 1/2019

# Entschädigungspflicht bei funktionaler Ausschreibung

## Expertenbeitrag: Bauausschreibung

**Bei einer Funktionalausschreibung obliegt den Bietern die Entwurfsbearbeitung, die Angebotsbestandteil wird. Auftraggeber erhoffen sich häufig wirtschaftlichere Lösungen und Einsparungen bei den Planungskosten. Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A), sieht dafür besondere Kostenregeln vor.**

Nürnberg. Bei einer Funktionalausschreibung werden die zu vergebenden Bauleistungen in keinem üblichen Leistungsverzeichnis genau beschrieben, bei dem die Bauunternehmer nur noch die einzelnen Preise für die Teilleistungen angeben müssen. Vielmehr wird die Bauleistung lediglich durch eine allgemeine Beschreibung der Bauaufgabe funktional bestimmt.

Grundsätzlich gilt zwar, dass für die Bearbeitung eines Angebots keine Entschädigung gewährt wird. Verlangt jedoch der öffentliche Auftraggeber, dass die Bieter Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, statistische Berechnungen, Mengenberechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten müssen, insbesondere im Falle einer funktionalen Leistungsbeschreibung („Leistungsprogramm“), so ist einheitlich für alle Bieter in der Ausschreibung eine angemessene Entschädigung festzusetzen.

**Kein Ausschluss der Entschädigung durch Vergabebedingungen**

Diese Entschädigung steht dann jedem Bieter zu, der ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen eingereicht hat. Das regelt Paragraph 8b EU Absatz 1 Nummer 1 VOB/A für Oberschwellenvergaben beziehungsweise Paragraph 8b Absatz 2 Nummer 1 VOB/A für unter-schwellige Bauausschreibungen.

Das Oberlandesgericht Hamm (Urteil

vom 6. August 2015 – Aktenzeichen: 17 U 130/12) bestätigte im Rahmen eines zivilen Schadenersatzprozesses, dass der bieterseitige Rechtsanspruch auf Festsetzung einer Entschädigung auch nicht durch Vergabebedingungen ausgeschlossen werden kann. Denn die beispielsweise bei einer funktionalen Ausschreibung von den Bietern zu erstellenden Entwürfe, Pläne und Ähnliches weisen einen Umfang auf, der nicht zu einer regelmäßig zu erwartenden ordnungsgemäßen Angebotsbearbeitung zählt.

Der nicht zu entschädigende Regelfall liegt also nur vor, wenn die ausschreibende Stelle die erforderlichen Planungs- oder Berechnungsleistungen selbst erbringt und die Bieter sich darauf beschränken können, ein vom öffentlichen Auftraggeber erstelltes Leistungsverzeichnis zu bepreisen.

Müssen die Bieter hingegen – wie bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung – die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste und funktionsgerechte Lösung der Bauaufgabe selbst ausarbeiten, so werden ihnen umfangreiche Vorarbeiten abverlangt, bevor sie die Preise kalkulieren können. Diese Vorarbeiten, die in den Aufgabenbereich der Vergabestelle fallen, lösen die Entschädigungspflicht nach der VOB/A-EU beziehungsweise VOB/A aus. Dies gilt für alle Verfahrensarten, also auch für das Verhandlungsverfahren, den wettbewerblichen Dialog, die Innovationspartnerschaft und freihändige Vergabe.

**Entschädigung umfasst Ersatz für Aufwendung ohne Gewinnanteil**

Umstritten ist, ob die bei einer europäischen Ausschreibung zu Unrecht unterbliebene Festsetzung einer Entschädigung spätestens mit der Abgabe des Angebotes nach Paragraph 160 Absatz 3

des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gerügt werden müsste, um später einen ordentlichen Schadenersatzanspruch geltend machen zu können. Das Oberlandesgericht Hamm hat die Frage zwar offengelassen, aber zumindest aufgrund der Besonderheiten des dortigen Vergabeverfahrens die unterlassene Rüge nicht als schädlich eingestuft.

Die einheitlich festzusetzende Entschädigung umfasst allgemein den Aufwendersatz ohne Gewinnanteil. Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, die Gewinnanteile enthält, stellt deshalb keine taugliche Berechnungsgrundlage dar. Geeigneter Maßstab sind die üblicherweise für die Angebotsbearbeitung als Teil der allgemeinen Geschäftskosten kalkulierten Aufwendungen, die für die überobligationsmäßig erbrachten Leistungen unter normalen Umständen anzusetzen sind. Hierzu sind der voraussichtliche durchschnittliche Zeitaufwand für die geforderte Ausarbeitung sowie die normalerweise kalkulierten Personal- und Materialkosten zu ermitteln. Die Festsetzung der Entschädigungshöhe durch den öffentlichen Auftraggeber unterliegt zudem einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach Paragraph 315 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

**Mehr zum Thema**

Ein Interview zum Thema funktionale Vergabe lesen Sie unter:

<https://www.staatsanzeiger.de/funktionale-ausschreibung>

Holger Schröder,  
 Fachanwalt für Vergaberecht,  
 Rödl und Partner, Nürnberg

