

**Frank G. Reitz  
Rechtsanwalt**

Spezialisiert auf Bau- und  
Immobilienrecht

Schlichter der Gütestelle  
der Rechtsanwaltskammer  
Frankfurt am Main

Postulationsfähig an allen  
Land- und Oberlandesgerichten

**Matthias Hilka  
Rechtsanwalt**

Spezialisiert auf Bau- und  
Architektenrecht

Postulationsfähig an allen  
Land- und Oberlandesgerichten

Schlitzer Straße 6  
60386 Frankfurt am Main  
Telefon (0 69) 83 83 19 60  
Telefax (0 69) 83 83 19 61  
mail@reitz-hilka.de

Bankverbindung  
Postbank Frankfurt am Main  
Konto-Nr. 753 247 604  
BLZ 500 100 60

In Bürogemeinschaft:



Rechtsanwälte  
und Steuerberater

**Hans-Joachim Burger  
Steuerberater**

Postulationsfähig an allen  
Finanzgerichten und beim  
Bundesfinanzhof

REITZ HILKA GbR  
Rechtsanwaltsgesellschaft

**Christoph Vogel  
Rechtsanwalt**

Miet- und Arbeitsrecht

Postulationsfähig an  
allen Landgerichten

## Rechtsgutachterliche Stellungnahme

### **Können nach Abschluss eines Vergabeverfahrens nach VOB/A getroffene Anordnungen zur Verwendung eines bestimmten Materials Schadenersatzansprüche eines (übergangenen) Bieters begründen?**

#### Problemstellung

Recycling-Stoffe kommen in der Baubranche immer häufiger zum Einsatz. Ausschlaggebend hierfür sind Kostengesichtspunkte sowie ökologische und abfallrechtliche Überlegungen. Gleichwohl Recycling-Baustoffe von einer großen Zahl Sachverständiger mittlerweile als vollwertig geeignete Bauprodukte angesehen werden, sind in der Vergabepaxis häufig noch immer Ressentiments anzutreffen. Diese beruhen häufig auf Unkenntnis und oftmals auch auf formalistischen Überlegungen, mit der Ausschreibung klassischer, „alt-erprobter“ Baustoffe weniger Fehler begehen und damit Nachprüfungsverfahren vermeiden zu können.

Gleichwohl tritt in der Praxis zunehmend der Fall auf, dass dann später, d. h. während der Bauausführungsphase, seitens des Auftraggebers doch der Wunsch nach Einsatz von Recycling-Baustoffen gestellt wird, um hiermit oftmals verbundene Einsparpotenziale nutzen zu können.

Insofern stellt sich die Frage, ob der Auftraggeber

1. nach Zuschlagserteilung und damit gegebenem Abschluss des Ver-  
gabeverfahrens befugt ist, Änderungen gegenüber der ausgeschrie-  
benen Variante zu treffen und
2. damit riskiert, sich Schadenersatzansprüchen anderer Bieter auszu-  
setzen.

### Bewertung

I.

Typischer Weise sind in den Fällen, in denen die VOB/A während der Ausschreibung angewandt wurde, auf das Bauvertragsverhältnis die Bestimmungen der VOB/B anwendbar.

Nach § 1 Nr. 3 VOB/B ist der Auftraggeber befugt, Änderungen des Bauentwurfes, wozu auch ein Wechsel im zu verwendenden Baustoff gehört, anzuordnen. Der Auftraggeber hat somit die einseitige Befugnis, den Leistungsumfang nach Vertragsschluss abändern zu dürfen.

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, einer solchen Änderungsanordnung nachzukommen, wobei der vereinbarte Vertragspreis entsprechend den Mehr- und Minderkosten der geänderten Ausführung anzupassen ist (§ 2 Nr. 5 VOB/B).

Für den Fall, dass auf den Bauvertrag die Bestimmungen der VOB/B nicht anwendbar sein sollten, ist ein einseitiges Änderungsanordnungsrecht des Auftraggebers nicht gegeben. Gleichwohl ist es den Bauvertragsparteien im Rahmen der Vertragsfreiheit freigestellt, den Leistungsumfang und damit auch die Wahl der eingebauten Baustoffe (und die damit verbundene Preis-anpassung) einvernehmlich abändern zu können.

Es lässt sich somit festhalten, dass eine Vertragsänderung - gerade auch durch die Verdingungsordnung (Teil B) – ausdrücklich zugelassen ist. Eine Einschränkung dieser Änderungsbefugnis aus dem Umstand, dass zuvor ein Vergabeverfahren nach Teil A der VOB erfolgt ist, gibt es nicht. Auch das allgemeine Vertragsrecht kennt keine Einschränkung, die einer nachträglichen Vertragsänderung entgegensteht.

II.

Insoweit stellt sich für den Auftraggeber lediglich die Frage, ob er im Falle einer Änderungsanordnung befürchten muss, ein anderer Bieter könne mit berechtigten Schadenersatzansprüchen an ihn herantreten.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das Vergabeverfahren zwischen der ausschreibenden Stelle und den Bietern ein vertragsähnliches Verhältnis begründet und Fehler im Vergabeverfahren auch Schadenersatzansprüche zugunsten der Bieter begründen können. Allerdings sind die Anforderungen, die die Rechtsprechung hierzu entwickelt hat, sehr hoch. Ein Schadenersatzanspruch setzt hiernach zwingend voraus, dass

1. der Auftrag tatsächlich vergeben wurde (was zumeist gegeben ist) und

2. das Angebot des (übergangenen) Bieters bei korrekter Handhabung, d.h. vergaberechtskonformer Wertung, zwingend hätte bezuschlagt werden müssen.

Im Falle einer Baustoffänderung von einem „klassischen“ Baustoff auf ein Recyclingmaterial sind insoweit zwei Fallvarianten vorstellbar, aus denen sich eine Schadenersatzverpflichtung theoretisch ableiten lassen könnte:

1. Die Ausschreibung hat eine **Verwendung von Recyclingbaustoffen ausdrücklich ausgeschlossen**. Aus diesem Grunde hat ein anderer Bieter dieses auch nicht angeboten oder er hat ein Nebenangebot abgegeben, dieses wurde sodann jedoch als unzulässiges Nebenangebot nicht gewertet.
2. Die Ausschreibung hat eine **Verwendung von Recyclingbaustoffen nicht ausgeschlossen**. Ein entsprechendes Nebenangebot eines Bieters wurde jedoch mangels Gleichwertigkeit nicht gewertet.

Wendet man die oben aufgeführten, von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien auf diese Fallvarianten an, ergibt sich Folgendes:

#### Fallvariante 1

Eine Schadenersatzverpflichtung ist nicht gegeben.

Der Ausschluss des Einsatzes von Recyclingmaterial in Verdingungsunterlagen mag zwar haushalts- und abfallrechtlich bedenklich sein. In vergaberechtlicher Hinsicht ist hiergegen jedoch nichts einzuwenden, da der Auf-

traggeber den Bauentwurf, d.h. das, was gebaut werden soll und wie es gebaut werden soll, selbstverständlich einseitig festlegen darf.

Sofern die Verdingungsunterlagen den Einsatz von Recyclingmaterial ausdrücklich ausschließen, ist dies keine vergaberechtswidrige Handlung, so dass allein hieraus keine Schadenersatzverpflichtung resultieren kann.

Auch die Nichtwertung eines – trotz ausdrücklichen Ausschlusses – abgegebenen Nebenangebotes begründet keine Schadenersatzverpflichtung. Wenn in den Verdingungsunterlagen die Verwendung bestimmter Baustoffe ausgeschlossen ist, ist die Vergabestelle – im Vergabeverfahren – vielmehr sogar gezwungen, gleichwohl abgegebene Nebenangebote von der Wertung auszuschließen (s. VK Baden-Württemberg – Beschluss vom 29.09.2006 – 1 VK 56/06). Der Ausschluss stellt daher ein rechtmäßiges Verhalten dar; eine Sanktionierung mittels Schadenersatzes kommt daher nicht in Betracht.

## 2. Fallvariante

In der zweiten Fallvariante wird eine Schadenersatzverpflichtung nur dann in Betracht kommen können, wenn

- das angebotene Recyclingmaterial tatsächlich gleichwertig zu den ausgeschriebenen Materialien ist und
- das Angebot des Bieters bei Berücksichtigung seines Nebenangebotes als günstigstes Angebot hätte gewertet und bezuschlagt werden müssen.

Sollten diese beiden Kriterien vorliegen, wäre ein Schadenersatzanspruch begründet. Ein solcher wäre dann jedoch bereits auf der Ebene des Verga-

beverfahrens begründet und nicht erst durch die spätere Entscheidung des Auftraggebers in der Bauausführungsphase, doch Recyclingmaterial zum Einsatz zu bringen.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang der – wohl praktisch häufig gegebene - Fall anzusprechen, dass ein Auftraggeber während der Bauausführung den Einsatz von Recyclingmaterial doch akzeptiert, gleichwohl er dieses – wie auch im Vergabeverfahren – für nicht gleichwertig ansieht.

Auch in diesem Fall könnte eine Schadenersatzverpflichtung nicht begründet sein. Sofern eine Gleichwertigkeit zwischen den Materialien objektiv nicht gegeben war, wäre die Nichtwertung im Vergabeverfahren als rechtmäßige Vergabeentscheidung anzusehen. Diese wird nach Zuschlagserteilung (=formale Beendigung des Vergabeverfahrens) nicht dadurch rückwirkend rechtswidrig, dass der Auftraggeber von der Möglichkeit des § 1 Nr. 3 VOB/B (bzw. der Vertragsfreiheit) Gebrauch macht und den Bauentwurf geändert ausführen lässt.

Mit anderen Worten:

Eine rechtmäßige Vergabeentscheidung bzw. ein rechtmäßig abgeschlossenes Vergabeverfahren kann durch nach Beendigung eintretende Umstände und Anordnungen nicht rechtswidrig werden. Dies gilt selbst dann, wenn diese im offenen Widerspruch zur Ausschreibung stehen.

Als **Ergebnis** lässt sich somit festhalten:

Eine während der Bauausführung getroffene Entscheidung, entgegen früherer, im Vergabeverfahren geäußerter Intention, doch Recycling-Baustoffe zu

verwenden, kann für sich gesehen keinen Schadenersatzanspruch auslösen.

Eine – rein vergaberechtlich bedingte - Schadenersatzverpflichtung kann nur dann in Betracht kommen, wenn der Einsatz von Recycling-Stoffen nicht ausgeschlossen war und ein entsprechend abgegebenes Nebenangebot vergaberechtswidrig nicht gewertet wurde (, z. B. weil eine Gleichwertigkeit zu Unrecht abgelehnt wurde). Wurde es vergaberechtskonform abgelehnt (z.B. weil keine Gleichwertigkeit vorlag), sind Schadenersatzansprüche ausgeschlossen.

Frankfurt a.M. im November 2006



Frank G. Reitz  
Rechtsanwalt