



KPMG Law
Unsere Expertise. Ihre Sicherheit.



KOMKIS

Vergabe an Generalunternehmer

- Eine Handreichung für öffentliche Auftraggeber

Februar 2020

Rechtsanwalt Dr. Moritz Püstow, D.E.A.
Rechtsanwältin Dr. Barbara Buhr
Rechtsanwalt Dr. Torsten Göhlert

Dr. Oliver Rottmann
Kristina Tyufekchieva, LL.M.

Inhalt

A.	Kurze Einführung und Problemaufriss	3
B.	Ausgewählte Fragen der GU-Vergabe	5
I.	Welche Projekte eignen sich für eine GU-Vergabe?	5
1.	GU Vergabe: eine Kontroverse	5
2.	Lösungen	8
3.	Praxisempfehlung	12
II.	Unter welchen Voraussetzungen sind GU-Vergaben rechtlich zulässig?	13
1.	Sorge vor Nachprüfung und Rückforderung	13
2.	Schaffung von Rechtssicherheit	13
3.	Praxisempfehlung	17
III.	Wie kann ein GU Projekt partnerschaftlich gestaltet werden?	18
1.	Konfliktpotential in Bauprojekten	18
2.	Lösungen	18
3.	Praxisempfehlung	22
IV.	Wie kann ausreichend Wettbewerb für eine GU-Vergabe sichergestellt werden?	23
1.	Herausforderung	23
2.	Lösungen	23
3.	Praxisempfehlung	26
C.	An alles gedacht? - Zusammenfassung	27

A. Kurze Einführung und Problemaufriss

Den deutschen Kommunen stehen zur Behebung des Investitionsrückstandes in großem Umfang Fördermittel der EU, des Bundes und der Länder zur Verfügung. Allein der Kommunalinvestitionsförderungsfonds des Bundes hat ein Volumen von insgesamt sieben Milliarden Euro. Der Abruf der Fördermittel erfolgt jedoch vielfach nicht in dem gewünschten Maße. Die Komplexität des Fördermittel-, Bau- und Vergaberechts trifft häufig auf Personalengpässe in der Verwaltung, so dass die erforderlichen Kompetenzen für die Investitionsprojekte nicht in erforderlichem Maße bereitstehen.

Die Vereinfachung von Ausschreibungen durch Bündelung von Leistungen kann in dieser Situation eine zügige Projektrealisierung ermöglichen. Eine solche Bündelung kann durch Paketvergaben, Öffentlich-Private Partnerschaften, aber vor allem durch Vergaben an Generalunternehmer (GU-Vergaben) erfolgen.¹ Gerade bei komplexen Bauvorhaben und knappen Personalkapazitäten der öffentlichen Verwaltung erlauben diese Beschaffungsmodelle eine hohe Sicherheit bei Erreichung der Projektziele.

Dennoch werden diese Beschaffungsmodelle von kommunalen Auftraggebern im Vergleich zur Privatwirtschaft nur in geringem Maße genutzt.² Auch im Bereich der GU-Vergabe ist eine große Zurückhaltung der kommunalen Auftraggeber zu beobachten. In einer aktuellen deutschlandweiten Umfrage zeigte sich, dass in den Jahren 2015 bis einschließlich 2017 nur jeder fünfte der kommunalen Bauaufträge im Wege der GU-Vergabe realisiert wurde.³ Viele Kommunen gaben an, von der GU-Vergabe auch dann abgesehen zu haben, wenn die rechtlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt waren. Nur eine von fünf Kommunen hat Erfahrungen mit gebündelten Vergaben gemacht.

Grund für diese Zurückhaltung ist zum einen die komplexe Rechtslage bei der Vergabe von Bauaufträgen. So äußerte im Rahmen der Umfrage ein Drittel der befragten Kommunen die Sorge, dass die Wahl einer GU-Vergabe Rüge- und Nachprüfungsverfahren nach sich ziehen würde. 67 % der Befragten begründete den Verzicht auf eine GU-Vergabe mit der Sorge, dass der Fördermittelgeber den Vorwurf eines Vergabeverstößes erhebt. Zum anderen wurde der Verzicht auf die GU-Vergabe mit der Förderung des Mittelstands und der regionalen Unternehmen begründet.

In Zeiten von Kapazitätsengpässen, sinkenden Bieterzahlen und steigenden Anforderungen an Infrastrukturvorhaben kann die Realisierung im Wege zusammengefasster Vergabeformen entscheidende Vorteile für den kommunalen Auftraggeber schaffen. Dass sich die GU-Vergabe nicht nur in der Theorie lohnt, sondern insbesondere auch in der Praxis, wird auch durch die genannte Studie belegt. So

¹ Ob eine Vergabe an einen Generalunternehmer oder einen Generalübernehmer erfolgt, kann der öffentliche Auftraggeber nicht beeinflussen, daher wird in dieser Handreichung einheitlich von Generalunternehmer und/oder GU-Vergaben gesprochen (zu den Begriffen siehe Seite 4).

² Nach einer Studie des Ifo-Instituts aus dem Jahr 2015 werden knapp 52 % der Gesamtleistung im Bauhauptgewerbe im Privatsektor auf der Basis von Gesamtvergaben abgewickelt. Dagegen werden nur 25 % der Gesamtleistung im öffentlichen Bau in Gesamtvergaben erbracht. Die Studie ist verfügbar auf <https://www.bi-medien.de/artikel-6061-bm-zusammengefasste-vergabe-bi>.

³ Studie „Die Vergabe kommunaler Bauaufträge an Generalunternehmer bzw. Generalübernehmer“ des Kompetenzzentrums Öffentliche Wirtschaft, Infrastruktur und Daseinsvorsorge e.V. aus dem Jahr 2019. Diese untersuchte die Erfahrungen und Praxis kreisangehöriger Gemeinden und kreisfreier Städte mit einer Größe von mindestens 20 000 Einwohnern auf dem Gebiet der GU-Vergaben für Bauvorhaben mit einem Auftragsvolumen von mindestens 1,5 Millionen Euro für die Jahre 2015 bis einschließlich 2017.

bewertete die Mehrheit der teilnehmenden Kommunen die in Zusammenhang mit einer GU-Vergabe gemachten Erfahrungen als positiv. Gleichzeitig zeigte die Untersuchung, dass nur bei 7 % der GU-Vergaben eine Rüge gegen das Beschaffungsmodell erhoben wurde. Vergleichsweise niedrig waren auch die Fälle, in denen GU-Vergaben durch Zuwendungsgeber beanstandet wurden. In keinem der durchgeführten Verfahren kam es zu einer Rückforderung von Zuwendungsmitteln.

Ausgehend von den vorhandenen Unsicherheiten und dem grundsätzlichen Zuspruch von Seiten der kommunalen Auftraggeber bei der Realisierung von gebündelten Vergaben, soll die nachfolgende Handreichung als eine Unterstützung für Kommunen im Prozess der GU-Vergabe dienen. Unter Einbeziehung ausgewählter Fragen und praxisbewährter Umsetzungsbeispiele werden in differenzierter und zugänglicher Weise Kernpunkte der GU-Vergabe illustriert und konkrete Anregungen für die kommunale Praxis bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge gegeben. Dadurch sollen für öffentliche Auftraggeber die Risiken minimiert und zu mehr Rechtssicherheit beigetragen werden.

Begriffsdefinitionen

Fachunternehmer ist der Auftragnehmer, der nur Bauleistungen für einzelne Ausführungsbereiche (Gewerke) übernimmt.

Generalunternehmer (GU) ist ein Auftragnehmer, der sämtliche für die Herstellung der baulichen Anlage erforderlichen Bauleistungen zu erbringen hat und wesentliche Teile hiervon selbst ausführt.

Der **Generalübernehmer** (GÜ) übernimmt Aufgaben wie der Generalunternehmer, erbringt die Bauleistungen aber nicht selbst, sondern beauftragt Nachunternehmer.

Planer ist ein Auftragnehmer, der Planungsleistungen für ein bestimmtes Planungsfach übernimmt (z.B. Gebäude und Innenräume, Freianlagen, Ingenieurbauwerke, Tragwerksplanung, Technische Ausrüstung, HLS [Heizung Lüftung & Sanitär], Elektropfanung, Bauphysik).

Der **Generalplaner** übernimmt die Leistungsverpflichtung über alle für die Projektrealisierung erforderlichen Architektur-, Ingenieur- und Fachplanungsleistungen.

Der **Totalunternehmer** übernimmt Planungs- und Bauleistungen, d.h. Aufgaben des Generalplaners und Generalunternehmers aus einer Hand.

Der **Totalübernehmer** übernimmt Aufgaben wie der Totalunternehmer, erbringt die Planungs- und Bauleistungen aber nicht selbst, sondern beauftragt Nachunternehmer.

Gesamtlosvergabe bezeichnet die Beauftragung eines Unternehmens oder einer Bietergemeinschaft mit sämtlichen Planungs- und Bauleistungen für ein Projekt (auf Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung).

B. Ausgewählte Fragen der GU-Vergabe

I. Welche Projekte eignen sich für eine GU-Vergabe?

Die Vergabe von Aufträgen in Teil- und Fachlosen ist der gesetzliche Regelfall (§ 97 Abs. 4 GWB). Dies soll eine mittelstandsfreundliche Beschaffung sichern, für die nach dem GWB auch ein Mehraufwand für den Auftraggeber hinnehmbar ist. Dieses industriepolitische Ziel des deutschen Vergaberechts ist auch europarechtlich anerkannt (Erwägungsgrund 78, 79, Art. 46 der Richtlinie 2014/24). Der Regelfall schafft aber keine unbedingte Pflicht zur Teil- und Fachlosvergabe. Vielmehr steht der öffentlichen Hand die Vergabe an einen GU offen, wenn sie zu der Überzeugung gelangt, dass die damit einhergehenden Vorteile gegenüber klassischen Ausschreibungsformen überwiegen.⁴ § 5 EU Abs. 1 VOB/A gebietet überdies eine Schnittstellenvorsicht des öffentlichen Auftraggebers, um eine einheitliche Ausführung und damit eine Verantwortlichkeit in der Bauausführung zu sichern. Nach einem Überblick zu dem Für und Wider von GU-Vergaben (unten 1) werden nachfolgend Anwendungsfelder für GU-Vergaben beschrieben (unten 2).

1. GU Vergabe: eine Kontroverse

Die Auseinandersetzung mit GU-Vergaben mutet oftmals wie eine dogmatische Diskussion an. Folgende Argumente stehen sich dabei regelmäßig gegenüber:

⁴ Vgl. *Hänzel*, NJW-Spezial 2019, 108, 109.

Herausforderung	Argumente pro GU	Argumente contra GU	Umgang mit der Kontroverse im konkreten Projekt
Management	Entlastung des Auftraggebers (Aufwand der Vergabeverfahren, Koordination der Schnittstellen, ⁵ Management der Nachunternehmer).	Aufrechterhaltung / Aufbau Auftraggeberkompetenzen bei / für konventionelle Beschaffung zur Wahrung der Unabhängigkeit.	Komplexität und Auftraggeberkompetenz als Kriterium für Wahl der GU-Vergabe, vgl. I.2.1
Projekt- risiken	Klare Zuordnung der Risiken möglich, da kaum Schnittstellen existieren.	Abhängigkeit von Leistungsfähigkeit eines einzelnen Unternehmens beim Eintritt von Risiken.	Potential der Risikoverteilung als Kriterium für die Wahl der GU-Vergabe, vgl. I.2.2
Bauablauf	Verkürzung der Bauzeit und Reduktion der Kosten durch Optimierung von baubetriebwirtschaftlichen Abläufen. ⁶	Abläufe können mit den Auftraggeber- / Nutzerinteressen bei konventioneller Beschaffung im Detail koordiniert werden.	Potential der Gestaltung des Bauablaufs als Kriterium für die Wahl der GU-Vergabe, vgl. I.2.3
Qualität	Erhöhung der Ausführungsqualität durch einheitliche Gewährleistungsverantwortung und/ oder Übernahme von Betreiberverantwortung.	Gefährdung der Ausführungsqualität durch Optimierung der Wirtschaftlichkeit zu Lasten der Qualität.	Möglichkeit zur Definition und Kontrolle der Qualitätsanforderungen als Kriterium für die Wahl der GU-Vergabe, vgl. I.2.3
Kosten	Kosteneinsparungen durch Einbringung des Ausführungs-Know-hows in die Planung.	Generalunternehmerzuschlag (ca. 20 %) für Risiken und Managementleistungen. ⁷	Übertragbarkeit von Planungsverantwortung (ab LP 5 oder früher) als Kriterium für die Wahl der GU-Vergabe, vgl. I.2.4
Kostensicherheit	Frühe Kostensicherheit durch Vereinbarung von (Pauschal-)Festpreisen bei Zuschlagerteilung.	Höheres Nachtragsrisiko durch starke Verhandlungsposition des GU.	Umfang des Nachtragsrisikos als Kriterium für die Wahl der GU-Vergabe, vgl. I.2.4
Terminsicherheit	Terminsicherheit durch Vereinbarung Fertigstellungstermin bei Zuschlag. GU trägt Verantwortung für Verzögerungen der Nachunternehmer. ⁸	Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit eines einzelnen Unternehmens.	Zeitdruck als Kriterium für die Wahl der GU-Vergabe, vgl. I.2.5

⁵ Racky, Fachlosweise Vergabe oder Generalunternehmervergabe als Entscheidungsproblem des Bauherrn, 2009, S. 6f.

⁶ Vgl. Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Band IV, August 2003, S. 13.

⁷ Vgl. Loewenstein, Vorteilhaftige Vergabe von Bauprojekten öffentlicher Auftraggeber, in: Allgemeine Bauzeitung, 22.03.2008,.

⁸ Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. (Hrsg.), Bauen statt streiten. Partnerschaftsmodelle am Bau – kooperativ, effizient, digital, Juni 2018, S. 13.

Zügige Fertigstellung	Bauzeitverkürzung durch straffe Projektleitung des GU. ⁹	Keine Möglichkeit zu vorgezogenen Vergaben und hoher Aufwand für GU-Vergabe.	Zeitdruck als Kriterium für die Wahl der GU-Vergabe, vgl. I.2.5
Marktattraktivität	Höhere Wettbewerbsintensität durch höhere Marktattraktivität eines ganzheitlichen Projekts.	Potentielle Partner, insbesondere kleinere Unternehmen können sich nicht beteiligen.	Erhöhung Marktattraktivität durch partnerschaftliche Vergabe und Vertrag, vgl. III
Insolvenzrisiko	Verringerung des Insolvenzrisikos beim Ausfall einzelner Nachunternehmer durch fehlende Bindung des GU an das Vergaberecht.	Insolvenz des GU gefährdet Fertigstellung des gesamten Projekts. ¹⁰	Sicherung vor dem Insolvenzrisiko des GU durch Eignungsanforderungen und Eintrittsrechte in Nachunternehmerverträge, siehe I.2.2
Nachprüfungsrisiko	Geringes Nachprüfungsrisiko der GU Vergabe bei guter Dokumentation der Vorteile; Nachprüfungsrisiko gegenüber Losvergabe minimiert, da Anzahl der Vergaben deutlich kleiner.	Nachprüfungsrisiko aufgrund der besonderen Begründungspflicht aus § 97 Abs. 4 S. 3 GWB.	Senkung des Nachprüfungsrisikos durch Dokumentation der Gründe für GU-Vergabe, vgl. II.1
Mittelstand	Mittelständische Bietergemeinschaften können sich beteiligen und GU binden regionale Nachunternehmer ein.	Wettbewerbsposition von Mittelständlern ist bei GU-Vergabe erschwert.	Mittelstandsschutz durch BIEGE-freundliche Vergabe und Vorgaben zum Nachunternehmerereinsatz, vgl. II.2.3 Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

⁹ Vgl. Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Band IV, August 2003, S. 13.

¹⁰ Vgl. *Loewenstein* in: Allgemeine Bauzeitung, 22.03.2008, Vorteilhaftige Vergabe von Bauprojekten öffentlicher Auftraggeber.

2. Lösungen

Die Bewertung eines Beschaffungsmodells nur anhand von Einzelmerkmalen – wie etwa der Höhe des GU-Zuschlags ohne die Berücksichtigung der übernommenen Leistungen und Risiken durch den GU – führt zu zweifelhaften Aussagen über seine Vorteilhaftigkeit.¹¹ Tatsächlich führt kein Beschaffungsmodell a priori zu geringeren Baukosten.¹² Das „beste“ Beschaffungsmodell ist vielmehr im jeweiligen Einzelfall festzustellen. Dabei sind bauherrenspezifische, projektspezifische und marktspezifische Besonderheiten sowie der Entscheidungszeitpunkt selbst zu berücksichtigen.¹³

In nahezu keinem Projekt ist eine reine Schwarz-Weiß-Sicht möglich. Jedes der Argumente für und wider eine GU-Vergabe kann im Einzelfall begründet sein. In der nachfolgenden Darstellung werden Beispiele dafür aufgezeigt, wann die Wahl einer GU-Vergabe in Frage kommen kann:

2.1. Entlastung des Auftraggebers / Komplexität

Werden Bauleistungen gewerkeweise als Einzelvergaben vergeben, erfordert das die Durchführung einer Vielzahl von Ausschreibungen. Dies bedingt einen hohen Aufwand des Auftraggebers zur präzisen Definition der Leistungsschnittstellen und der Koordination der verschiedenen Einzelunternehmer.¹⁴ § 5 EU VOB/A verpflichtet öffentliche Auftraggeber zu einer sorgfältigen Entscheidung über die Losbildung und den Leistungsumfang etwaiger Lose. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Ausführung und der Grundsatz des Mittelstandsschutzes sind miteinander in Einklang zu bringen. Hier besteht die Chance der GU-Vergabe darin, den Aufwand des Auftraggebers in die Definition und Kontrolle der Schnittstellen zwischen den einzelnen Gewerken zu reduzieren. Je zahlreicher die Schnittstellen sind und je komplexer ihre Definition und je schwächer umgekehrt die Bauherrenkompetenz des Auftraggebers ist, desto stärker sprechen die Argumente für eine GU-Vergabe. Insbesondere, wenn der Bauherr über nicht genügend qualifiziertes Personal verfügt, erscheint eine GU-Vergabe sinnvoll, da der personelle Aufwand für die Koordination der einzelnen Gewerke und deren Schnittstellen auf den GU verlagert wird und damit Managementaufwand beim Auftraggeber entfällt.¹⁵ Die Reformkommission Großprojekte hat dem Gesetzgeber daher empfohlen klarzustellen, dass öffentliche Auftraggeber bei Großprojekten nicht verpflichtet sind, die Planungs- und Bauleistungen in Losen zu vergeben.¹⁶

GU-Vergabe, wenn: Projekt bei Losvergabe eine hohe Anzahl von Ausschreibungen erfordert und der Bauherr nicht über die notwendige Anzahl qualifizierter und erfahrener Mitarbeiter verfügt.¹⁷ Zu beachten sind hierbei allerdings die erhöhten Anforderungen an die Begründung. So müssen Gründe vorliegen, die über solche Schwierigkeiten hinausgehen, die typischerweise mit jeder losweisen Ausschreibung verbunden sind. Allein die Angabe, die Vergabe an einen Generalunternehmer würde den Auftraggeber von der Koordinierung entlasten, oder hätte den Vorzug, nur einen Vertragspartner zu haben oder die einfachere Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen reichen nicht aus, um die Vergabe an einen Generalunternehmer zu begründen.¹⁸

2.2. (Umgang mit) Risiken

Kein Bauprojekt ist risikofrei. Die Verfügbarkeit von Baumaterialien, die Verfügbarkeit von Unternehmen, Ausrüstung und Personal, Störungen in der Baulogistik, der Zustand des Baugrunds oder der

¹¹ Vgl. *Schriek*, Entwicklung einer Entscheidungshilfe für die Wahl der optimalen Organisationsform von Bauprojekten, 2002, S. 306 f.

¹² *Bosch/Weeber*, Vergabeverfahren und Baukosten, 2000, S. 8.

¹³ *Racky*, Fachlosweise Vergabe oder Generalunternehmervergabe als Entscheidungsproblem des Bauherrn, 2009, S. 16f.

¹⁴ *Racky*, Fachlosweise Vergabe oder Generalunternehmervergabe als Entscheidungsproblem des Bauherrn, 2009, S. 6f..

¹⁵ BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 84, 85.

¹⁶ BMVI (Hrsg.), Reformkommission Bau von Großprojekten, 2015, S. 47; Großprojekte wurden in der Reformkommission definiert als Projekte mit einem Bauvolumen von über 100 Millionen Euro.

¹⁷ BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 84f.

¹⁸ OLG München, Beschluss vom 09.04.2015 – Verg 1/15.

Bausubstanz, unsaubere Leistungsabgrenzungen zwischen den Gewerken, Insolvenzen und Ausführungsmängel, Fehler in der Planung und viele andere Risiken können im Laufe eines Bauvorhabens auftreten. Sie können erhebliche Störungen zur Folge haben, die einen hohen Aufwand für die Beseitigung und die Klärung der Verantwortlichkeit erfordern und zu höheren Kosten, geminderter Qualität und/oder verlängerter Ausführung führen.

Durch ein projektspezifisches Risiko- und Chancenmanagement bereits in der Phase der Projektvorbereitung wird die Projektleitung frühzeitig in die Lage versetzt, Risiken zu identifizieren, zu bewerten und durch risikominimierende Maßnahmen zu steuern und zu bewältigen.¹⁹ Ein offener und proaktiver Umgang mit Risiken ist für jedes Bauprojekt ein zentraler Schlüssel zum Erfolg. Das gilt sowohl für Einzel- als auch für GU-Vergaben. Da bei GU-Vergaben jedoch bestimmte Ausführungsrisiken auf den GU übertragen werden, kommt es hier in der Praxis häufig zwangsläufig vor Zuschlagserteilung zu einer Risikoallokation. Bei der Festlegung bzw. bei den Verhandlungen der Risikoübernahmen des GU zeigen sich konkrete Risiken des Projekts. So können noch vor Zuschlagserteilung Themen geregelt werden, die ansonsten unbemerkt geblieben wären und die Baudurchführung behindert hätten. Beide Parteien sind gezwungen, sich vor Zuschlagserteilung intensiv mit den Projektrisiken auseinanderzusetzen. Darin liegt eine zwar auf den ersten Blick für eine schnelle Vergabe hinderliche, letztlich aber für den Projekterfolg äußerst vorteilhafte Begleiterscheinung von GU-Vergaben.

Eine sinnvolle Risikoallokation verteilt die Risiken derart auf die Projektpartner, dass sie unter Beachtung der jeweiligen Zuständigkeit von demjenigen getragen werden, der sie aufgrund seiner Kompetenz und Kapazität am besten beherrschen kann. Einhergehend mit seiner gesamtheitlichen Verantwortung für die Bauausführung übernimmt der GU typischerweise wesentliche Bauausführungs- und Koordinationsrisiken. Das umfasst häufig auch die verbindliche Zusage eines Pauschalpreises sowie der Einhaltung eines vertraglich festgelegten Fertigstellungsdatums auf der Grundlage der beschriebenen Leistungen.²⁰ Demgegenüber bleiben bei Angebotsabgabe nicht erkennbare Baugrund- und Bestandsrisiken regelmäßig beim Auftraggeber. Ob und inwiefern vom GU Planungsrisiken übernommen werden, ist in jedem Einzelfall projektspezifisch zu regeln und hängt maßgeblich davon ab, ob und inwieweit der GU selbst zu planen hat und ob er ausreichend Gelegenheit hatte, die der Ausschreibung zugrundeliegende Planung zu prüfen. Das Risiko für Insolvenzen seiner Nachunternehmer liegt beim GU. Dem Risiko der Insolvenz des GU kann der AG dadurch begegnen, dass er den GU zur Vereinbarung von Eintrittsrechten des AG in seine Nachunternehmerverträge verpflichtet.

Diese von einer Einzelvergabe abweichende Risikoverteilung bringt auch wesentliche Änderungen der Rolle des Auftraggebers nach einer GU-Vergabe mit sich, der er sich bewusst sein und die er annehmen muss. Das betrifft z. B. den Bereich der Bauüberwachung. Es ist die alleinige Verantwortung des GU, die Leistungen seiner Nachunternehmer zu überwachen, zu koordinieren und abzunehmen. Er haftet für ihre Mangelfreiheit und trägt bis zur Abnahme des Bauherrn ihm gegenüber auch das Risiko von Schäden an bereits fertiggestellten Teilleistungen. Die vom Bauherren direkt durchzuführenden bzw. zu veranlassenden Überwachungstätigkeiten sind bei GU-Vergaben weniger umfangreich als bei Einzelvergaben.²¹ Eine komplette Bauüberwachung i. S. d. Grundleistungen der Leistungsphase 8 HOAI ist nicht erforderlich. Andererseits ist es aber auch nicht zu empfehlen, den GU ganz ohne Überwachung durch den Bauherren bauen zu lassen. Hier gilt es passende angepasste (reduzierte) Leistungsbilder mit den Bauüberwachern zu vereinbaren, um die eigenen (internen) Obliegenheiten als fachkundiger Bauherr zu erfüllen und einen qualitativ hochwertigen und termingerechten Bau sicherzustellen. Der Bauherr bzw. sein hierzu extern beauftragter Bauüberwacher kontrolliert nur den GU. Direkte Anordnungen gegenüber Nachunternehmern kann er nicht treffen und er sollte dies aus vertrags- und haftungsrechtlichen Gründen auch unterlassen. In der Praxis gibt es zur GU-Überwachung passende Leistungsbilder, wobei die anteiligen Leistungen zwischen 10 % und 15 % (statt 32 % LPH 8 Objektplanung Gebäude) bewertet werden.

¹⁹ BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 6.

²⁰ Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. (Hrsg.), Bauen statt streiten. Partnerschaftsmodelle am Bau – kooperativ, effizient, digital, Juni 2018, S. 13.

²¹ Racky, Fachlosweise Vergabe oder Generalunternehmervergabe als Entscheidungsproblem des Bauherrn, 2009, S. 8f.

Auch bei der Festlegung der Aufgaben der Projektbeteiligten des Bauherrn und deren (interner) Revision müssen sich die zuständigen Stellen bewusst sein, dass mit der GU-Vergabe eine von Einzelvergaben abweichende Rolle des Auftraggebers verbunden ist. Statt kleinteiliger Überwachung bzw. Koordination der einzelnen Bauleistungen und Termine geht es um Qualitäts- und Terminsicherung in den zentralen Bereichen. Abweichungen vom herkömmlichen Prozess gibt es je nach Ausgestaltung der Vergütungsregelung z. B. auch in den Bereichen der Aufmaß- und Rechnungsprüfung.

GU-Vergabe, wenn: Wesentliche Projektrisiken betreffen die Bauausführung, die Ausführungsplanung, die Verfügbarkeit der Nachunternehmer, die Baulogistik, die Bauablaufplanung und/oder die Schnittstellen zwischen den Gewerken. Durch Einbindung eines GU sind diese Risiken klar zugeordnet und der Bauherr hat bei Gewährleistungsfragen nur einen Ansprechpartner.²² Baugrund- und Bestandsrisiken sind beherrschbar, z.B. durch vorbereitende Maßnahmen (Entkernung) vom GU-Vertrag entkoppelt. Der AG ist nicht auf eine ganz bestimmte Ausführungsvariante festgelegt und die Bauausführung ist in den wesentlichen Bereichen nicht außergewöhnlich fehleranfällig.

2.3. Bauablauf (und Qualität)

Die ganzheitliche Leistungserbringung des GU kann Kosten- und Terminvorteile mit sich bringen, wenn der GU die Bauabläufe weitgehend selbst gestalten kann. Denn der GU ist dann in der Lage, den Bauablauf an seine individuelle Vorgehensweise anzupassen, etwa durch den Standort von Kränen, Lagern, die Koordination von Fahrzeugen, die Abfolge einzelner Bauabschnitte oder den Einsatz vorgefertigter Bauteile.

Die ökonomischen und terminlichen Vorteile der GU-Vergabe sind noch größer, wenn der GU auch Freiheiten in der Ausführungsplanung hat. Er ist in diesem Fall in der Lage, Bauweisen zu wählen, für die sein Betrieb besonders ausgerichtet ist und/oder für die am Markt Leistungen optimal verfügbar sind sowie Materialien und Technik einzusetzen, mit deren Verwendung er besonders erfahren ist und für die er gute Bezugskonditionen hat. Daher eignen sich GU-Vergaben immer dann besonders, wenn der Auftraggeber seine Qualitätsziele in einer funktionalen Leistungsbeschreibung (z. B. auf Basis einer Leistungsphase 2 plus Leitdetails) oder auch einer Genehmigungsplanung (Leistungsphasen 3, 4) definieren kann. Dies ist insbesondere für Bauprojekte mit einem hohen Grad von Standardisierung möglich.

GU-Vergabe, wenn: Der Bauherr kann die benötigte Qualität hinreichend präzise funktional bestimmen, ohne die konkrete Ausführung der Leistung im Detaillierungsgrad der Ausführungsplanung zu beschreiben. Die logistischen Abläufe sind komplex und auf die Möglichkeiten und Bedürfnisse des jeweiligen Bauunternehmens abzustimmen.

2.4. Kosten

Ein klar begrenztes Budget des Auftraggebers und das Bedürfnis hoher Kostensicherheit sprechen für eine GU-Vergabe. Denn eine getrennte Beauftragung einzelner Gewerke erlaubt erst zu einem relativ späten Zeitpunkt die Festlegung der Gesamtkosten des Projektes. So stehen etwa bei einer Teil- und Fachlosvergabe die Gesamtbaukosten erst weit nach Beginn der Bauausführung fest. Dadurch wird das Risiko geschaffen, den zuvor gesetzten Kostenrahmen nicht einzuhalten oder mit Qualitätsabstrichen in den später vergebenen Losen reagieren zu müssen. Im Gegensatz dazu kann bei der Gesamtlosvergabe an einen GU bereits bei Zuschlagserteilung und somit vor Baubeginn ein Pauschalpreis vereinbart werden.

GU nehmen für ihre Managementleistungen einen GU-Zuschlag. Einen Kostenvorteil kann die GU-Vergabe gegenüber der Losvergabe (nur) erzielen, wenn entweder der Auftraggeber von Manage-

²² Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. (Hrsg.), Bauen statt streiten. Partnerschaftsmodelle am Bau – kooperativ, effizient, digital, Juni 2018, S. 13.

mentleistungen entlastet wird, die er anderenfalls selbst hätte beschaffen müssen (z. B. Teilleistungen der Bauüberwachung LPH 8 HOAI – siehe oben 2.2) oder wenn der GU Freiheiten erhält, durch die er sein Know-how für Kosteneinsparungen nutzen kann. Solche sind insbesondere die unter 2.3 erwähnten Freiheiten für den Bauablauf und die Ausführungsplanung.

GU-Vergabe, wenn: Der Auftraggeber braucht frühe Kostensicherheit.

2.5. Zeit

Die Gefahr der Terminüberschreitung lässt sich durch keine Form der Projektorganisation gänzlich ausschließen. GU-Projekte lassen sich jedoch vielfach zügiger realisieren als Projekte in Losvergabe. Denn durch die Koordination der einzelnen Gewerke kann der GU den Bauablauf an seine Bedürfnisse und Fähigkeiten anpassen. Streitigkeiten über Schlechtleistungen oder Verzögerungen in einzelnen Gewerken behindern wegen der Gesamtverantwortung des GU und seiner Durchgriffsrechte gegenüber Nachunternehmern weniger den Bauablauf. Die Terminfortschreibung bei Störungen und die dazu erforderliche Koordinierung der Gewerke liegen im Verantwortungsbereich des GU. Schließlich kann der GU auf Ausfälle einzelner Nachunternehmer und etwaig erforderliche geänderte oder zusätzliche Leistungen zügiger reagieren als der an das Vergaberecht gebundene Auftraggeber.

Schließlich lässt sich die Verantwortung für die rechtzeitige Fertigstellung bei der GU-Vergabe einfacher und früher regeln als bei der Losvergabe. So wird bei der GU-Vergabe der Gesamt-Fertigstellungstermin der Baumaßnahme schon mit Zuschlagserteilung vereinbart. Im Gegensatz dazu erfolgt die endgültige Vereinbarung der Vertragstermine bei der Vergabe an Einzelunternehmer erst weit nach Baubeginn, häufig erst nach ca. 2/3 der Gesamtbauzeit. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich durch einen GU das Terminrisiko des Bauherrn im Vergleich zum Einsatz von Einzelunternehmern insgesamt reduziert. Dies begründet sich vor allem mit dem Transfer des aus der Nichteinhaltung von Planlieferfristen und aus dem Verzug bauausführender Unternehmer resultierenden Terminrisikos auf den GU.²³

GU-Vergabe, wenn: Ein früher Fertigstellungstermin ist für den Auftraggeber von besonderer Bedeutung.

²³ Racky, Fachlosweise Vergabe oder Generalunternehmervergabe als Entscheidungsproblem des Bauherrn, 2009, S. 8f.

3. Praxisempfehlung

Das ideale Beschaffungsmodell ist abhängig von den Projektbedürfnissen. Dies erfordert eine projektspezifische Identifikation der Projektziele (= Bewertungskriterien) und eine Auseinandersetzung damit, wie diese Ziele in verschiedenen Beschaffungsmodellen erreicht werden. In einer Wertungstabelle können die projektspezifischen Bewertungskriterien gewichtet werden, um ihren Einfluss auf die Gesamtwertung zu nuancieren.²⁴

Bewertungskriterien	Gewichtung (hoch/mittel/niedrig)	Losvergabe		GU-Vergabe	
		einzel	gewichtet	einzel	gewichtet
Frühe Kostensicherheit	niedrig	2	1	4	2
Reduktion Kostenrisiko aus Planungsänderung	hoch	3	6	2	4
Reduktion Risiko durch Planungsfehler	hoch	1	2	3	6
Reduktion Insolvenzrisiko	mittel	2	2	3	3
Niedrige Baukosten					
Hohe Nachtragssicherheit					
Reduktion Schnittstellenrisiko (Gewerke)					
Angemessene Risikoverteilung					
Frühe Terminalsicherheit					
Kurze Projektdauer					
Angemessener Einfluss des AG auf Qualität					
Einbindung des Bau-Know-hows in die Planung					
Geringes Baumängelrisiko					
Hohe fachliche Eignung in allen Gewerken					
Mittelstandsförderung					
Hohe Marktfähigkeit des Modells					
Geringes Nachprüfungsrisiko					
Geringer Aufwand Vergabe					
Geringer Aufwand Koord. Ausführungsplanung					
Geringer Aufwand Schnittstellenmanagement					
Geringer Aufwand Bauüberwachung					
BIM-Tauglichkeit					
Effektivität außergerichtlicher Streitbeilegung					
Gesamtwert					

Bewertungsskala Gewichtung: Hoch (Wert x 2); mittel (Wert x 1); niedrig (Wert x 0,5)

Zielerreichung: 0: Sehr schlecht; 1: Schlecht; 2: Neutral; 3: Gut; 4: Sehr gut

²⁴ In Anlehnung an: Unternehmenseinsatzmodell Generalunternehmer auf schmalen Grat zwischen Anspruch und Wirklichkeit, *Preuß* in: Projektmanagement-Kompetenztagung Generalunternehmer-einsatz und alternative Projektabwicklungsformen, Berlin 2007, S. 26; BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 83; *Racky*, Fachlosweise Vergabe oder Generalunternehmervergabe als Entscheidungsproblem des Bauherrn, 2009, S. 9.

II. Unter welchen Voraussetzungen sind GU-Vergaben rechtlich zulässig?

1. Sorge vor Nachprüfung und Rückforderung

Das Interesse an den Chancen der GU-Vergabe wird häufig durch die Sorge von Auftraggebern überlagert, mit Nachprüfungsverfahren oder Fördermittelrückforderungen konfrontiert zu werden.²⁵

Die Sorge vor Nachprüfungsverfahren erscheint übertrieben. Zwar führt ein Nachprüfungsverfahren unabhängig von etwaigen Erfolgsaussichten zu Zeitverlust und kann damit auch wirtschaftliche Nachteile begründen. Zum einen aber besteht das vergaberechtliche Risiko im zweistufigen Verfahren nur bis zur Abgabe der Teilnahmeanträge. Zum anderen gibt es tatsächlich nur wenige Nachprüfungsverfahren. Konkret hat es bei ca. 40.000 Nachprüfungsverfahren seit 1999 nur 128 Nachprüfungsverfahren vor deutschen Spruchkörpern zur Losvergabe gegeben (Stand: September 2019). Hiervon waren nur 39 aufgrund einer fehlerhaften Losaufteilung begründet.²⁶

Bei geförderten Projekten sind die fördermittelrechtlichen Risiken aus der GU-Vergabe häufig gravierender. Denn eine vergaberechtswidrige GU-Vergabe kann zur Reduzierung oder dem Verlust von Fördermitteln führen. Bei geförderten Projekten ist es daher unbedingt erforderlich, die GU-Vergabe im Vorfeld der Ausschreibung mit der Förderbehörde abzustimmen. In einigen Bundesländern sind nach den allgemeinen Förderbestimmungen aktuell GU-Vergaben bei geförderten Projekten sogar unzulässig (bspw. Freistaat Bayern). Da die Landesregierung des Freistaates Bayern jedoch den Nutzen von GU-Vergaben im Einzelfall anerkennt und die staatliche Bautätigkeit beschleunigt werden soll, sollen diese Restriktionen gelockert werden.

2. Schaffung von Rechtssicherheit

Den Risiken aus vergaberechtlichem Rechtsschutz und dem Fördermittelrecht muss der Bauherr dadurch begegnen, dass er bei der Wahl des Beschaffungsmodells die Leitlinien der Rechtsprechung zugrunde legt und seine Entscheidung für die GU-Vergabe sorgfältig dokumentiert.

Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für die GU-Vergabe vorliegen, muss der Auftraggeber in drei Schritten vorgehen. Zunächst ist zu bestimmen, ob die Leistungen, die der Auftraggeber beschaffen möchte, überhaupt in Teil- und Fachlose aufgeteilt werden können. Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers verpflichtet ihn dabei nicht, seinen Beschaffungsbedarf so zu strukturieren, dass eine Aufteilung in Lose möglich ist (unten 2.1). Soweit eine Aufteilung der Leistungen in Lose möglich ist, ist im zweiten Schritt zu prüfen, ob Ausnahmen vom Gebot der Losvergabe möglich sind. Hierfür kommen wirtschaftliche oder technische Gründe in Betracht (unten 2.2). Soweit derartige Gründe vorliegen, muss sich der Auftraggeber im dritten Schritt im Rahmen einer Interessenabwägung damit auseinandersetzen, ob die Nachteile aus der Losvergabe gegenüber den Interessen für die Losvergabe überwiegen (unten 2.3).

2.1. Leistungsbestimmungsrecht

Der Auftraggeber ist in der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes selbst frei; er hat ein Leistungsbestimmungsrecht. Es obliegt grundsätzlich ihm zu bestimmen, welche Beschaffungsziele er auf welche Weise erreichen möchte.²⁷ Der Auftraggeber muss dem Grundsatz der Losvergabe folg-

²⁵ 33% der Auftraggeber nennen die Sorge vor Rüge- und Nachprüfungsverfahren als Grund, sich gegen eine GU-Vergabe zu entscheiden, vgl. Die Vergabe kommunaler Bauaufträge an Generalunternehmer bzw. Generalübernehmer, Studie, 2019, S. 18, Abb. 13.

²⁶ Insgesamt waren 51 Nachprüfungsanträge erfolgreich. Darunter jedoch auch solche die aufgrund anderer Angriffspunkte erfolgreich waren.

²⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.03.2011 – Verg 63/10; OLG Jena, Beschluss vom 26.06.2006 – 9 Verg 2/06; OLG Jena, Beschluss vom 06.06.2007 – 9 Verg 3/07; OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.11.2008 – Verg W 15/08. Daran hat auch die Novellierung des § 97 Abs. 3 GWB nichts geändert, vgl. OLG Celle, Beschluss vom 26.04.2010 – 13 Verg 4/10; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.04.2011 – 15 Verg 3/11.

lich nicht solche eigenen Beschaffungsinteressen opfern, die er beispielsweise nur durch eine kombinierte Vergabe erreichen kann.²⁸ Sofern eine Losaufteilung den mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten (übergeordneten) Zielen des Auftraggebers mithin nicht entspricht, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, eine Losaufteilung vorzunehmen.²⁹ Die Umsetzung eines Bauvorhabens in einem Zwei-Phasen-Modell etwa, durch Einbindung des Baus in die Planung, oder die Realisierung von ÖPP-Modellen, in denen sich ein bestimmtes Beschaffungsziel gerade erst durch die Zusammenfassung verschiedener Lose manifestiert, sind dabei Ausdruck des Leistungsbestimmungsrechtes des Auftraggebers.

2.2. Ausnahmen vom Grundsatz der Losvergabe

Auch wenn die vom Auftraggeber benötigten Leistungen in Teil- oder Fachlose aufgeteilt werden können, gilt der Grundsatz der Losvergabe nicht uneingeschränkt. Nach § 97 Abs. 4 GWB dürfen mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden, „*wenn technische oder wirtschaftliche Gründe dies erfordern*.“ Dazu muss der Auftraggeber darlegen, dass die Gründe für eine Abweichung vom Grundsatz der Losvergabe im konkreten Fall überwiegen.³⁰ Er darf sich nicht auf Umstände berufen, die bei einer losweisen Vergabe als „typische Erschwernisse“ einer kleinteiligeren Vergabe auftreten.³¹ Insoweit kann ein Auftraggeber eine Gesamtvergabe nicht darauf stützen, dass eine losweise Vergabe durch die Durchführung mehrerer kosten- und zeitaufwändiger Vergabeverfahren erschwert sei. Im Hinblick auf die Phase der späteren Leistungserbringung kann er außerdem nicht per se argumentieren, dass es durch eine Losvergabe zu einer Vielzahl unterschiedlicher Vertragspartner und potentieller Gewährleistungsgegner oder einem erhöhten Koordinierungsaufwand bei der Vertragsabwicklung komme.³² Allerdings kann sich im Einzelfall aus der Gesamtheit dieser organisatorischen Schwierigkeiten wiederum eine besondere Rechtfertigung für die Durchführung der Gesamtvergabe ergeben, wenn daraus ein eigenständiger wirtschaftlicher oder technischer Rechtfertigungsgrund für eine Gesamtvergabe erwächst. Im Einzelnen:

2.2.1. Wirtschaftliche Gründe für eine Gesamtvergabe

In wirtschaftlicher Hinsicht kann eine Gesamtvergabe dann begründet sein, wenn es durch die Vergabe von Losaufträgen zu einer unverhältnismäßigen Zersplitterung des Auftrags käme. Wann eine solche unverhältnismäßige Zersplitterung vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls, welche die vergaberechtliche Entscheidungspraxis anhand von Richtgrößen vornimmt.³³ Die Bestimmung des Marktes spielt dabei eine wichtige Rolle. Auch im Hinblick auf unwirtschaftliche Kostenmehrungen durch zu kleine Liefermengen kann sich im Einzelfall eine unverhältnismäßige Zersplitterung ergeben.³⁴ Im Bereich der Bauleistungen ist bereits anerkannt worden, dass eine begründete Ausnahme für eine Gesamtvergabe darin liegen kann, dass es im Falle einer losweisen Vergabe zwangsläufig zu nicht nur unerheblichen Bauzeitverzögerungen gekommen wäre.³⁵

2.2.2. Technische Gründe für eine Gesamtvergabe

Neben wirtschaftlichen Gründen können auch technische Aspekte eine Gesamtvergabe rechtfertigen. In der Rechtsprechung wurde eine GU-Vergabe etwa als zulässig angesehen, wenn besonderes tech-

²⁸ OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.11.2008 – Verg W 15/08.

²⁹ OLG Jena, Beschluss vom 06.06.2007 – 9 Verg 3/07; OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.11.2008 – Verg W 15/08; VK Sachsen, Beschluss vom 25.09.2009 – 1/SVK/038-09; OLG Celle, Beschluss vom 26.04.2010 – 13 Verg 4/10.

³⁰ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.05.2018 – 11 Verg 4/18; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.06.2014 – Verg 38; OLG Jena, Beschluss vom 06.06.2007 – 9 Verg 3/07.

³¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.01.2012 – VII-Verg 52/11; VK Bund, Beschluss vom 09.05.2017 – VK 2-34/17.

³² OLG München, Beschluss vom 09.04.2015 – Verg 1/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.09.2004 – VII-Verg 38/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.7.2007 – Verg 10/07.

³³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.01.2012 – Verg 52/11 (Losanteil von 6% der Auftragssumme ist kein Splitterlos); OLG Koblenz, Beschluss vom 04.04.2012 – 1 Verg 2/11 (Losanteil von 7% der Auftragssumme ist kein Splitterlos).

³⁴ VK Münster, Beschluss vom 07.10.2009 – VK 18/09.

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2007 – 69 d VK-29/2007; OLG München, Beschluss vom 09.04.2015 – Verg 1/15.

nisches Know-how für die Wartung einer Anlage erforderlich ist, das nur der Hersteller besitzt.³⁶ Weiterhin kann eine Gesamtvergabe zulässig sein, wenn aus technischen Gründen nur eine einzige Abnahme der Leistung sinnvoll ist.³⁷ Auch die bautechnische Koppelung benachbarter Baukörper,³⁸ der Zusammenhang von Lieferung und Einbau,³⁹ die Erzielung von Synergie-⁴⁰ und in besondere Fällen von Beschleunigungseffekten,⁴¹ sowie der einfachere Ersatz von Teilen und die einheitliche Schulung von Mitarbeitern bei einheitlichen Systemen⁴² sind als Rechtfertigungsgründe für eine Gesamtvergabe angesehen worden. In bestimmten Fällen wird auch ein „übergeordneter Managementaufwand“ als hinreichender Grund anerkannt.⁴³ Das OLG Frankfurt hat in der Vereinbarung von Entgeltkürzungen bei Verfügbarkeitseinschränkungen (von zu erhaltenden Kreisstraßen) ein Argument für technische Vorteile der GU-Vergabe gesehen, da der Auftragnehmer durch diese Regelung zu einer betriebswirtschaftlich intelligenten Herangehensweise angehalten werde.⁴⁴ Dadurch werde die Verfügbarkeit und Qualität der Straßen verbessert, was über eine Entlastung des Auftraggebers von Koordinierungsaufgaben hinausgehe.

2.3. Interessenabwägung

Soweit der Beschaffungsbedarf des Auftraggebers a) zwar in Lose aufgeteilt werden kann, aber b) technische oder wirtschaftliche Gründe besondere Vorteile der GU-Vergabe versprechen, darf der Auftraggeber eine Gesamtvergabe vornehmen, wenn c) die für den Auftraggeber mit der GU-Vergabe verbundene Vorteile gegenüber den Interessen des Mittelstands an der Losvergabe überwiegen.⁴⁵ Dies erfordert in jedem Fall eine sorgfältige Interessenabwägung des Auftraggebers. Hierfür muss sich der Auftraggeber damit auseinandersetzen, welche konkreten Nachteile sich für den Mittelstand aus der GU-Vergabe ergeben. Diese Nachteile kann der Auftraggeber dadurch mildern, dass er die GU-Vergabe selbst mittelstandsfreundlich ausgestaltet. Hierfür bieten sich vor allem zwei Wege an:

2.3.1. Mittelstandsfreundliche Projektkonzeption

Der Auftraggeber muss sich mit der Frage auseinandersetzen, ob der die Leistungen so strukturieren kann, dass mittelständische Bietergemeinschaften sich daran beteiligen können. Maßgeblich für die Mittelstandsfähigkeit des Projekts ist die Projektgröße aber auch der Inhalt und Umfang der Leistungen. Im Hinblick auf die Projektgröße ist die TU Braunschweig in einem Gutachten für den Zentralverband Deutsches Baugewerbe zu ÖPP-Infrastrukturprojekten 2016 zu der Erkenntnis gelangt, dass mittelständische Bauunternehmen bei Autobahnprojekten ein Projektvolumen von maximal 160 Millionen Euro bewältigen können.⁴⁶ Das Gutachten empfiehlt, etwaige Finanzierungslasten der Mittelständler durch Forfaitierungsmodelle zu mindern und keine Betriebsleistungen zu vergeben.⁴⁷

2.3.2. Erleichterungen für Bietergemeinschaften

Die Bildung von Bietergemeinschaften ermöglicht es insbesondere auch kleineren und mittleren Unternehmen, sich an GU-Vergaben auf Ebene des Auftragnehmers zu beteiligen und damit (neben anderen) Vertragspartner des Auftraggebers zu werden. Die Bildung von Bietergemeinschaften kann

³⁶ VK Sachsen, Beschluss vom 04.02.2013 – 1/SVK/039-12.

³⁷ VK Niedersachsen, Beschluss vom 08.08.2014 – VgK-22/2014.

³⁸ VK Bund, Beschluss vom 08.10.2003 – VK 2-78/03.

³⁹ VK Bund, Beschluss vom 18.11.2016 – VK 1-98/16.

⁴⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2007 – Verg 10/07.

⁴¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.11.2009 – Verg 27/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.10.2009 – VII-Verg 25/09.

⁴² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.11.2009 – VII-Verg 43/09.

⁴³ VK Berlin, Beschluss vom 16.09.2016 – VK – B 1 – 23/16.

⁴⁴ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.05.2018 – 11 Verg 4/18.

⁴⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.10.2009 – Verg 25/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.03.2012 – Verg 92/11; OLG Koblenz, Beschluss vom 30.03.2012 – 1 Verg 2/11.

⁴⁶ TU Braunschweig für den Zentralverband Deutsches Baugewerbe, ÖPP-Infrastrukturprojekte und Mittelstand, 2016, S. 44.

⁴⁷ TU Braunschweig für den Zentralverband Deutsches Baugewerbe, ÖPP-Infrastrukturprojekte und Mittelstand, 2016, S. 54f.

der Auftraggeber rechtlich nicht ausschließen; er kann eine GU-Vergabe aber allein mit dem Verweis auf die Möglichkeit zur Bildung einer Bietergemeinschaft auch nicht rechtfertigen.⁴⁸

Bietergemeinschaften zeichnen sich dadurch aus, dass im Falle der Zuschlagserteilung eine Arbeitsgemeinschaft („ARGE“) gebildet wird, die für den Auftraggeber während der gesamten Auftragsdurchführung gesamtschuldnerisch haftet. Dies stellt manche Unternehmen allerdings vor Schwierigkeiten, da sie nicht in die Verantwortung für Leistungsteile gehen können, die nicht ihrer Steuerung unterliegen. Dem tragen Unternehmen in der Regel durch eine interne Haftungsbegrenzung innerhalb der ARGE Rechnung. Öffentliche Auftraggeber können u. U. bei geeigneten Aufträgen darüber nachdenken, die Haftung für bestimmte Leistungsteile zumindest nach einem bestimmten Zeitraum zu begrenzen bzw. Mitglieder der Bietergemeinschaft aus der Haftung zu entlassen. Denkbar sind solche Fallgestaltungen bspw. bei Planern, die nur bestimmte, abgrenzbare Planungen umgesetzt haben.

2.3.3. Ausgestaltung von Nachunternehmerverträgen

Auch auf vertraglicher Ebene können Auftraggeber Spielräume nutzen, um kleineren und mittleren Unternehmen bei GU-Vergaben eine Teilnahme an Vergabeverfahren zu erleichtern. In Betracht kommt hierbei etwa die Verwendung von VOB-Standardverträgen, die bei kleineren und mittleren Unternehmen bekannt sind. Auch die Reduzierung von Informations- und Transparenzpflichten aus dem Vertragsverhältnis zwischen GU und Nachunternehmer, die der Auftraggeber seinem GU als Verpflichtung im Hauptvertrag auferlegt, können die Beteiligung von kleineren und mittleren Unternehmen auch bei GU-Vergaben fördern. Letztendlich muss der Auftraggeber hier eine Abwägungsentscheidung dahingehend treffen, inwieweit er diese Pflichten einfordert, um seinen schutzwürdigen Interessen Genüge zu tun.

⁴⁸ VK Bund, Beschluss vom 31.10.2016 – VK 1-90/16.

3. Praxisempfehlung

Um die Rechtssicherheit für eine GU-Vergabe zu erhöhen, sollten folgende Leitlinien beachtet werden:

Umfassende Dokumentation

- Die Entscheidung für eine GU-Vergabe ist mit ausführlicher Begründung im Vergabevermerk zu dokumentieren. Die Begründung muss die rechtlichen Anforderungen beachten und eine technische und/oder wirtschaftliche Fachexpertise umfassen.
- In der Dokumentation muss eine sorgfältige Auseinandersetzung mit den Folgen der GU-Vergabe für den Mittelstand mit entsprechender Abwägung enthalten sein.

Ermittlung des Marktes

- Auftraggeber sollten vor Ausschreibungsbeginn einen hinreichenden Marktüberblick erhalten. Die Vorschaltung von Markterkundungsverfahren vor die eigentliche Ausschreibung erhöht die Sicherheit. Die Projektstrukturierung (Inhalt und Umfang der Leistungen; Ausgestaltung des Vergabeverfahrens) muss sich mit den Fähigkeiten des Marktes auseinandersetzen.

Sensibilisierung des Marktes und Begründung einer Rügepflicht

- Auftraggeber können höhere Rechtssicherheit für die Zulässigkeit der GU-Vergabe erhalten, wenn sie ein zweistufiges Verfahren mit Teilnahmewettbewerb wählen (Nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, Wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft), in der Bekanntmachung beschreiben, dass ein GU-Verfahren gewählt wird und welches die Gründe für die Abweichung von der Losvergabe sind.
- Zusätzliche Sicherheit kann durch die Veröffentlichung einer Vorinformation nach § 38 Abs. 1 VgV erreicht werden, wenn dort bereits die beabsichtigte Abweichung vom Gebot der Teil- und Fachlosvergabe benannt und begründet wird.

Besondere Vorsicht bei geförderten Projekten:

- Bei geförderten Projekten ist eine Abstimmung mit den Förderbehörden vorzunehmen. Nur wenn die Förderbehörden in Kenntnis der Gründe für die Wahl des Beschaffungsmodells keine Einwände erheben, kann eine GU-Vergabe umgesetzt werden.

Mittelstandsfreundlichkeit, um KMU die Beteiligung an GU-Vergaben zu erleichtern

- Projektgröße und Leistungsumfang sind auf die Fähigkeiten des Mittelstands abzustimmen.
- Das Vergabeverfahren ist zu erleichtern durch die Arbeit mit Eigenerklärungen und Reduzierung von Nachweisen auf ein Mindestmaß.
- Erleichterungen für Bietergemeinschaften können durch Haftungsbegrenzungen erfolgen.
- Die Verwendung bekannter Vertragsmuster erleichtert KMU die Teilnahme.

III. Wie kann ein GU Projekt partnerschaftlich gestaltet werden?

1. Konfliktpotential in Bauprojekten

Bauprojekte gehen häufig einher mit Auseinandersetzungen um die einzuhaltenden Termine, die entstehenden Kosten und die einzuhaltenden Qualitäten. Dies ist keine Besonderheit von GU-Projekten, sondern gilt auch für Einzelvergaben. Häufig sind die Auftragnehmer in GU-Projekten allerdings gut auf diese Situation eingestellt und agieren auf Augenhöhe mit dem Auftraggeber. Dies kann dazu führen, dass GU-Projekte als streitträchtiger wahrgenommen werden als klassische Bauprojekte.

Die am Bau Beteiligten verfolgen naturgemäß verschiedene Interessen. Dem Auftraggeber geht es um eine schnelle Fertigstellung zu geringen Kosten und in guter Qualität. Der Auftragnehmer möchte mit dem Projekt Gewinn erwirtschaften. Nicht immer führt die Verfolgung dieser Interessen zu gleichgerichteten Handlungsweisen der Parteien. Daraus entstehende Konflikte sind schlecht für das Projekt und können zu unnötigen Mehrkosten und Bauzeitverlängerungen führen.

Klassische Bauverträge bzw. Vertragsbedingungen regeln lediglich die vorhandenen Interessengegensätze. Sie weisen Verantwortlichkeiten und Risiken zu und regeln die Rechtsfolgen. Innovative Vertragsmodelle gehen hingegen einen Schritt weiter. Sie sind von vornherein darauf gerichtet, die Ziele der Parteien möglichst zusammen zu bringen, um ein gleichgerichtetes Agieren der Beteiligten zu fördern. Folgender Gedanke steckt dahinter: Profitieren beide Parteien von der Einhaltung bzw. Verkürzung der Bauzeit oder an erzielten Einsparungen, dann ist automatisch auch ihr Handeln darauf gerichtet. Sie ziehen an einem Strang, weil sie die gleichen Ziele verfolgen, um ihre Interessen bestmöglich zu wahren.

2. Lösungen

Zur partnerschaftlichen Ausgestaltung eines GU-Projektes existieren auf dem Markt verschiedene Modelle mit unterschiedlichen Ausgestaltungen und Schwerpunkten. Welche davon im Einzelfall passen und sinnvoll sind, sollte für jedes GU-Projekt individuell geprüft und entschieden werden.

2.1. Kooperationskultur

Der beste Vertrag nützt nichts, wenn es im Projekt an Kooperationskultur mangelt. Zwar kann die vertragliche Ausgestaltung den Willen der Parteien zur Zusammenarbeit fördern, das ist jedoch nur der erste Schritt. Die handelnden Personen müssen die dahinter stehenden Werte auch verinnerlichen und im Konfliktfall konstruktiv und lösungsorientiert miteinander umgehen.⁴⁹ Das erfordert im Hinblick auf die am Bau lange gelebte und in den Köpfen verankerte Konfliktkultur ein Umdenken bei allen Beteiligten. Bringen die Parteien kein Verständnis für die Sichtweise und Interessen des anderen Vertragspartners auf, entsteht bereits zu Beginn des Projektes eine von Misstrauen geprägte Projektkultur, die den Projekterfolg gefährdet.

Es ist eine wesentliche Aufgabe der Projektleitung, die im Vertrag angelegte Kooperationskultur bis auf die Arbeitsebene zu transportieren. Hierbei können eine gemeinsam entwickelte und unterschriebene Projektcharta aber auch gemeinsame Kickoff-Termine zum Kennenlernen der beteiligten Persönlichkeiten helfen, in denen die gemeinsamen Werte und Ziele festgehalten werden.

2.2. Einbindung des Baus in die Planung

Die entscheidenden Weichen für den Erfolg eines Projektes werden bereits sehr früh in der Planungsphase gestellt.⁵⁰ Aus unvollständigen, baulich schwer umsetzbaren oder gar fehlerhaften Planungen

⁴⁹ BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 1.

⁵⁰ BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 1.

entstehen Konfliktquellen, die sich erst in der Ausführung zeigen und zu unnötigen Kostensteigerungen und Verzögerungen führen können.

Gleichwohl findet in der klassischen Vergabepraxis bis zum Baubeginn kein Dialog mit den Bauunternehmen statt. Dieses Modell basiert auf der Prämisse, dass Auftraggeber und Planer auch ohne die ausführenden Firmen wissen, wie die Ziele des Auftraggebers bautechnisch und baubetrieblich am besten umzusetzen sind. Gerade bei komplexen Bauvorhaben ist das aber häufig nicht der Fall. Vielmehr könnten Bauunternehmen aus ihrer großen Ausführungserfahrung sehr wertvolle eigene Ideen und Hinweise zur optimalen Baukonstruktion, zur technischen Gebäudeausstattung, zu Baustoffen oder auch zum optimalen Bauablauf einbringen, wenn man sie schon bei der Planung frühzeitig mit einbinden würde. Der fehlende Dialog zwischen Auftraggeber, Planern und Bauunternehmer in der Planungsphase ist eine der maßgeblichen Ursachen für Konflikte in der Bauphase und trägt erheblich zur schlechten Bilanz öffentlicher Bauprojekte bei.

Private Auftraggeber haben dies erkannt und binden die Bauunternehmen bei komplexen GU-Projekten immer häufiger frühzeitig ein. Dieser sinnvolle Weg steht aber auch öffentlichen Auftraggebern offen, denn die Beteiligung von Bauunternehmen in der Planungsphase ist bei richtiger Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und zugehörigen Vertrages sowohl vergabe- als auch haushaltsrechtlich zulässig⁵¹:

Der Auftraggeber beauftragt zunächst ein Planungsbüro mit den Leistungsphasen 1-4 HOAI. Nachdem die planerischen Voraussetzungen für die haushälterische Veranschlagung des Projekts geschaffen sind, definiert der Planer in einer funktionalen Leistungsbeschreibung auf Basis der Leistungsphase 2 HOAI die Ziele des Auftraggebers. Das bauausführende Unternehmen (der **Partner**) wird auf dieser Grundlage frühzeitig in einem Vergabeverfahren ausgewählt. Grundlage der Angebotswertung im Vergabeverfahren sind Qualitätskriterien und ein Preis für die erwarteten Bauleistungen (Zielpreis).

In einer **Phase 1** des Vertrages geht es um eine gemeinsame Optimierung der Planung. Der Partner erarbeitet gemeinsam mit dem Planer die Entwurfsplanung. Aufgabe des Partners ist es, sein besonderes Know-how hinsichtlich des gesamten Bauprozesses einzubringen, um die Planung im Hinblick auf die Ziele des Auftraggebers zu optimieren, zu vervollständigen und ggf. zu korrigieren. Der Partner wird für die Mitwirkung an der Planung vergütet. Auf Basis des mit seiner Mitwirkung entwickelten neuen Planungsstandes als Bau-Soll bepreist der Partner zum Ende der Phase 1 seine Bauleistungen dann verbindlich. Alternativ zu einem Festpreis ist auch die Vereinbarung eines Garantierten Maximalpreises (GMP) möglich.

Bleibt das Angebot des Partners im Rahmen des im Vergabeverfahren angebotenen Zielpreises, dann beauftragt der Auftraggeber den Partner mit der **Phase 2** – der Bauausführung auf der Grundlage des in Phase 1 abschließend konkretisierten Bau-Solls zum angebotenen Preis. Andernfalls kann der Auftraggeber die Zusammenarbeit beenden (Exit). Mit der optimierten Planung hat er dann eine gute Grundlage für eine Neuausschreibung der Bauleistung.

2.3. Anreizmodelle

Es gibt zahlreiche einfache vertragliche Möglichkeiten, die Zusammenarbeit und Kooperation der Parteien zu fördern. So können z.B. eine zusätzliche Zahlung (Bonus) für eine vorzeitige Fertigstellung (Beschleunigungsprämie) oder auch Zusatzhonorare für Kosteneinsparungen durch Optimierungen einen wesentlichen Beitrag zum beiderseitigen Projekterfolg leisten. Solche Klauseln lassen sich auch gut in klassischen GU-Verträgen verankern.

⁵¹ Püstow/Göhlert/Meiners, Einbindung des Baus in die Planung, Gutachten zur Vereinbarkeit mit Haushalts- und Vergaberecht für den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., 2018.

2.3.1. Beschleunigungsprämie

Eine Beschleunigungsprämie erhält der Auftragnehmer dann, wenn er das Bauvorhaben vorzeitig fertigstellt.⁵² Die Beschleunigungsprämie wird zusätzlich zur vereinbarten Vergütung gezahlt und kann sowohl für die vorzeitige Erreichung von Zwischenzielen in der Planungsphase, als auch in der Ausführungsphase gezahlt werden.⁵³

Der Auftragnehmer hat dadurch ein gesteigertes Interesse an der beschleunigten Fertigstellung und wird sein Know-how zur Optimierung des Bauablaufes einsetzen. Die Praxis zeigt, dass Bauvorhaben durch Nichteinhaltung der Vertragsfristen erheblich teurer werden. Für den Auftraggeber sind die finanziellen Folgen solcher Verzögerungen nur bedingt kalkulierbar. Beschleunigungsprämien eignen sich daher besonders für Bauvorhaben, bei denen die Terminalsicherheit für den Auftraggeber von besonderer Bedeutung ist. Bei der Ausgestaltung ist darauf zu achten, dass es für das Anfallen der Prämie auf die tatsächliche Fertigstellung ankommt und nicht auf ggf. wegen Behinderungen fortgeschriebene Vertragstermine. Es geht gerade darum, die vorzeitige Fertigstellung für den GU attraktiver zu machen, als ein Beharren auf Behinderungen und daraus resultierende Störungen.

2.3.2. Kostenoptimierungsprämie

Eine Kostenoptimierungsprämie erhält der Generalunternehmer, wenn er nach Vertragsschluss die Baukosten durch selbst vorgeschlagene Änderungen der Leistungen ohne Qualitätsverlust verringern kann.⁵⁴ Für den Auftraggeber bietet sie den Vorteil, dass der Auftragnehmer damit ein eigenes Interesse daran entwickelt, sein Know-how der Bauausführung gezielt einzubringen, um so Einsparungspotential zu identifizieren und zu heben.⁵⁵ Es wird so nicht „sehenden Auges“ teurer als nötig gebaut. Der Auftragnehmer profitiert anders als sonst direkt von Kostensenkungen aufgrund der von ihm eingebrachten Optimierungen und hat so ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran. Die Vertragsparteien haben damit identische Ziele.

Bei der vertraglichen Ausgestaltung ist darauf zu achten, einerseits den Optimierungsprozess straff zu halten, andererseits dem Auftraggeber aber auch die erforderliche Zeit für die Entscheidung über die vom Auftragnehmer vorgeschlagenen Änderungen zu belassen. Die Prämie steht im Einklang mit dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, denn sie stellt einen monetären Ausgleich für die Einbringung der Kenntnisse und Fähigkeiten durch den Auftragnehmer dar.⁵⁶

2.4. Außergerichtliche Streitbeilegung / Konfliktlösungen

Baustreitigkeiten werden in Deutschland ganz überwiegend vor Gericht ausgetragen. Im Jahr 2014 waren nach den Daten des Statistischen Bundesamtes schätzungsweise über 70 000 gerichtliche Streiterledigungen in Bausachen zu verzeichnen, wovon lediglich 25 % mit einem streitigen Urteil enden.⁵⁷ In der deutlichen Mehrzahl der Fälle haben sich die Parteien nach oft jahrelanger gerichtlicher Auseinandersetzung dann doch noch geeinigt.

Eine schnelle baubegleitende Konfliktlösung ist in aller Regel kostengünstiger und auch besser für den Projekterfolg. Daher kommen in der Baupraxis alternative Streitbeilegungsverfahren wie die Adjudikation, das Schlichtungsverfahren, die Mediation, die Beauftragung eines Schiedsgutachtens oder die Durchführung eines Schiedsgerichtsverfahrens, aber auch vertragliche Eskalationsmechanismen

⁵² BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 104.

⁵³ Püstow/Meiners, NZBau 2016, 406.

⁵⁴ BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 103.

⁵⁵ BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 37.

⁵⁶ BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 37.

⁵⁷ DGA-Bau (Hrsg.), Ursachen der Bevorzugung von Gerichtsverfahren gegenüber der außergerichtlichen Streitbeilegung durch die Streitparteien im Bauwesen, Oktober 2018, S. 10.

(z. B. gemäß § 18 Abs. 2 VOB/B) zur Anwendung. Nachstehend werden die für eine GU-Vergabe praktikabelsten Streitbeilegungsmechanismen vorgestellt.

2.4.1. Interne (vertragliche) Streitbeilegungsmechanismen

§ 18 Abs. 2 VOB/B eröffnet bei Streitigkeiten zwischen Auftragnehmern und öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit der Anrufung der vorgesetzten Stelle des Auftraggebers. Die praktischen Erfahrungen mit dieser Regelung sind höchst unterschiedlich. Teilweise wird die zur (nicht bindenden) Entscheidung berufene Behörde von Auftragnehmerseite als nicht neutral genug angesehen und das Verfahren daher gemieden.⁵⁸ § 18 Abs. 2 VOB/B ist lediglich eine Sollvorschrift, die den Auftragnehmer nicht hindert, Klage zu erheben.

Nach § 18 Abs. 3 VOB/B können die Parteien daneben vertraglich ein Verfahren zur Streitbeilegung vereinbaren. Das umfasst neben den sogleich noch zu besprechenden Verfahren unter Beteiligung eines Dritten auch Regelungen zur internen Streitbeilegung. Bewährt haben sich bei GU-Verträgen mehrstufige Regelungen, die nach erfolgloser Erörterung auf Arbeits- bzw. Bauebene zunächst eine Besprechung auf Leitungsebene mit geordneter Struktur (z. B. in einem paritätischen „Vertragsbeirat“) vorsehen. Nur wenn dort keine Lösung gefunden wird, erfolgt auf einer weiteren Eskalationsstufe eine Schlichtung oder auch eine Adjudikation. Häufig findet sich dann zur Vermeidung weiterer Kosten eine adäquate Lösung.

2.4.2. Schlichtung

Die Schlichtung ist ein freiwilliges Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung, bei dem die Parteien eine neutrale, fachkundige Person zum Schlichter bestellen. Aufgabe des Schlichters ist es, eine Einigung der Parteien herbeizuführen.⁵⁹ Einigen sich die Parteien nicht, unterbreitet der Schlichter ihnen einen eigenen - nicht bindenden - Vorschlag zur Lösung des Konfliktes, den sog. Schlichterspruch⁶⁰. Der Erfolg einer Schlichtung steht und fällt mit dem beiderseitigen Vertrauen in die Person des Schlichters, den die Parteien sorgfältig auswählen sollten.

Für die Schlichtung gibt es verschiedene Ordnungen, z. B. nach der Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau), auf die zurückgegriffen werden kann.

2.4.3. Adjudikation

Die Adjudikation ist ein Streitbeilegungsverfahren, bei dem der Adjudikator, ein unabhängiger Sachverständiger Experte, den Sachverhalt ermittelt,⁶¹ begutachtet und eine für die Parteien vorläufig bindende Entscheidung trifft. Dabei kann der Adjudikator sowohl über rechtliche als auch tatsächliche Fragen entscheiden. Um zu einem zeitnahen Ergebnis zu kommen, ist der Adjudikator angehalten, seine Entscheidung innerhalb einer kurzen Verfahrensdauer zu fällen, weshalb auch Fristen kurz bemessen sind.⁶² Daher wird die Sach- und Rechtslage lediglich summarisch geprüft. Dadurch können langjährige technische und juristische Konflikte vermieden werden, die zu Bauablaufverzögerungen oder gar einem Baustillstand führen könnten.⁶³

Die Adjudikation ist nicht gesetzlich geregelt, sondern muss durch die Parteien vertraglich vereinbart werden. Die Entscheidung des Adjudikators ist für beide Parteien bindend, sofern nicht eine der Parteien durch Einlegung eines rechtzeitigen Widerspruchs ein streitiges Gerichtsverfahren einleitet.⁶⁴

⁵⁸ BBSR, Schiedsverfahren bei der Durchführung von Bundesbaumaßnahmen, 2015, S. 27.

⁵⁹ *Boldt* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, Außergerichtliche Streitbeilegung, 3. Auflage 2018, Rz. 25.

⁶⁰ *Klose*, NJ 2018, 12.

⁶¹ BBSR, Schiedsverfahren bei der Durchführung von Bundesbaumaßnahmen, 2015, S. 17, 26.

⁶² BMVI (Hrsg.), Reformkommission Bau von Großprojekten, 2015, S. 65.

⁶³ BBSR, Schiedsverfahren bei der Durchführung von Bundesbaumaßnahmen, 2015, S. 31.

⁶⁴ BMVI (Hrsg.), Reformkommission Bau von Großprojekten, 2015, S. 65.

Der Vorteil der Adjudikation liegt in der frühzeitigen Lösung und Entschärfung von Konflikten, sodass das Projekt ungestört weiter laufen kann und zusätzliche Kosten, Verzögerungen und weitere Konflikte vermieden werden.⁶⁵

3. Praxisempfehlung

Es gibt kein Mustermode für die partnerschaftliche Projektzusammenarbeit. Die angemessene Struktur ist vor dem Hintergrund der Kompetenzen des Auftraggebers, der Komplexität und Risiken des Projekts sowie der Marktsituation zu wählen. Folgende Elemente kommen dabei in Betracht⁶⁶:

Themen	Bausteine / Elemente			
Projektkultur	Vereinbarung gemeinsamer Projektziele (Projektcharta)	Schaffung von Transparenz / Kommunikation	Gemeinsame Projektbüros	Gemeinsame Nutzung einer Datenplattform
Vergabe- und Vertragsmodelle	Vergabe an den besten, nicht den billigsten Bieter	Einbeziehung des Baus in die Planung	Nutzung von Verhandlungsverfahren	Zulassung von Nebenangeboten
Anreiz-mechanismen	Beschleunigungsprämie	Prämie für Kostenoptimierungen	Zielpreisvertrag	
Konfliktlösung	Mediation / Schlichtung	Adjudikation	Schiedsgutachten / Schiedsgericht	Interne Konfliktlösungen (Eskalationsschritte bzw. -szenarien)

⁶⁵ BBSR, Schiedsverfahren bei der Durchführung von Bundesbaumaßnahmen, 2015, S. 31.

⁶⁶ BMVI (Hrsg.), Leitfaden Großprojekte, 2018, S. 22.

IV. Wie kann ausreichend Wettbewerb für eine GU-Vergabe sichergestellt werden?

1. Herausforderung

Die Entscheidung für das Beschaffungsmodell muss auch im Lichte der Marktsituation getroffen werden. Grundsätzlich gibt es weniger Generalunternehmer als Fachunternehmer. Unter den 75 000 Betrieben im deutschen Bauhauptgewerbe⁶⁷ gab es 2018 nur 47 Unternehmen mit 500 oder mehr Beschäftigten,⁶⁸ was als Richtlinie für die Größe eines Generalunternehmers angesehen werden kann.⁶⁹

Einen schwächeren Wettbewerb begründet dies für die GU-Vergabe nicht notwendigerweise, da die Marktattraktivität von GU-Vergaben höher sein kann als jene von Losvergaben. Denn insgesamt ist die Anzahl der Firmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, in den letzten Jahren deutlich zurückgegangen. Auf europäischer Ebene etwa hat sich zwischen 2006 und 2016 der Anteil der Ausschreibungen, in denen lediglich ein Angebot vorgelegt wurde, fast verdoppelt (von 17 % auf 30 %). Im selben Zeitraum ging die durchschnittliche Zahl der Angebote je Ausschreibung von fünf auf drei zurück.⁷⁰ Die Attraktivität öffentlicher Vergaben nimmt folglich ab. Beispielhaft ist auch eine Befragung durch die Fachgemeinschaft Bau Berlin und Brandenburg e.V. aus dem Jahr 2018. Danach bewerben sich nur 57 % der Berliner und 63 % der Brandenburger Bauunternehmen aktuell um öffentliche Aufträge. Als Gründe für die geringe Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen werden vor allem der hohe bürokratische Aufwand sowie nicht auskömmliche Preise genannt. Hinzu käme, dass komplizierte Verfahren, Personalnot in der öffentlichen Verwaltung und undurchsichtige Verwaltungsstrukturen, die Beantragung von Genehmigungen erschweren.⁷¹

2. Lösungen

Für die Schaffung von mehr Wettbewerb müssen Auftraggeber besonderes Augenmerk auf die Marktattraktivität ihrer Vergabe legen (unten 2.1). Dazu kann zählen, Ausschreibungen in konjunkturschwache Saisonzeiten zu verlegen, vor allem aber geht es darum, den Rahmen für ein faires, kooperatives Projekt zu legen. Hierzu müssen die Auftraggeber ein sehr gutes Verständnis von den Marktbedürfnissen erlangen (unten 2.2). Denkbar ist auch die Wahl einer Losvergabe bei alternativer Zulassung von Paketangeboten (unten 2.3). Dieses Modell sollte jedoch nur im Ausnahmefall genutzt werden, da es für den Markt auch Unsicherheiten schafft und die Potentiale einer Gesamtlosvergabe nicht vollständig genutzt werden können.

2.1. Schaffung einer hohen Marktattraktivität

Ein wesentliches Element zur Erreichung eines angemessenen Wettbewerbs ist es, auf die Bedürfnisse des Marktes einzugehen. Dies betrifft die Gestaltung der Vergabe, die Wahl der Zuschlagskriterien, die Schaffung von Anreizmechanismen, die Etablierung einer kooperativen Projektkultur und die Einbindung des Know-hows der Bauunternehmen. Im Einzelnen:

Bauunternehmen scheuen insbesondere in der Periode der Hochkonjunktur den Aufwand komplexer Vergabeverfahren. Auftraggeber sind daher gut beraten, **Vergabeverfahren transparent und schlank** zu gestalten und die Formalia auf das notwendige Maß zu beschränken. Die Beschränkung der geforderten Nachweise, das Setzen ausreichender Fristen bei gleichzeitig schneller Bearbeitung

⁶⁷ Große Betriebe mit 200 und mehr Beschäftigten haben lediglich einen Anteil von 0,3 %. Betriebe mit 20 bis 199 Beschäftigten machen 12 %, den deutlich größten Anteil mit 88 % haben kleine Bauunternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten; Bauwirtschaft im Zahlenbild, Grafik 19, HDB, 02/2019.

⁶⁸ HDB, Die 50 größten Bauunternehmen 2018.

⁶⁹ Der Anteil von Subunternehmerleistungen am Bruttoproduktionswert dieser Unternehmen lag 2016 bei über 40 %, vgl. Bauwirtschaft im Zahlenbild, Grafik 20, HDB, 03/2019.

⁷⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa, 03.10.2017, S. 7.

⁷¹ FG Bau, Umfrageergebnis: Öffentliche Aufträge wenig attraktiv, 09.07.2018.

durch den öffentlichen Auftraggeber, die Zulassung indikativer Angebote sind Wege hierzu und erhöhen zugleich die Mittelstandsfreundlichkeit.

Preiswettbewerb ist für Bieter und die öffentliche Hand oftmals unattraktiv.⁷² Die Bauwirtschaft kommuniziert offen, dass sie im Preiswettbewerb auf Nachtragspotentiale spekuliert, da die Kostenunterschiede zwischen den Wettbewerbern marginal sind.⁷³ Dies bindet sehr viel Personal in der Formulierung und Abwehr von Nachträgen und führt zu hohen Unsicherheiten für beide Vertragsseiten und Ineffizienzen. Die **Wahl qualitativer Kriterien** ist daher ein probates Mittel, um den Zuschlag auf das wirtschaftlichste und nicht schlicht das (vermeintlich) billigste Angebot zu ermöglichen.

Über **Bonussysteme** können für den Auftragnehmer schließlich Anreize dafür gesetzt werden, die eigene Projektkompetenz zur Erhöhung der Wirtschaftlichkeit des Bauprojekts für beide Seiten zu erreichen. Derartige Vergütungssysteme sind für die Bauwirtschaft hoch interessant, da die Einbringung der eigenen Kompetenzen belohnt wird (dazu oben III.2.3).

Die Bauwirtschaft nimmt öffentliche Auftraggeber vielfach als entscheidungsschwach und formalisiert war. Eine **kooperative Projektkultur** braucht natürlich beide Seiten. Der Auftraggeber kann hierfür den Rahmen schaffen durch den Einsatz erfahrenen Personals mit hohen Entscheidungskompetenzen, klare Kommunikationsregeln, Teambuildingmaßnahmen für alle Projektbeteiligten und außergerichtliche Streitbeilegungsmodelle (dazu oben III.2.4).

Die höchste Attraktivität kann geschaffen werden durch die **Einbindung des Know-hows der Bauunternehmen in die Planung des Projekts**. Bauunternehmen sehen ihre Stärken in der Wertschöpfungskette heute vor allem darin, baubetriebliche Abläufe zu optimieren und alternative Konstruktionsweisen zu nutzen. Hierfür ist es erforderlich, dass sie die Möglichkeit erhalten, auf die Planung Einfluss zu nehmen, sei es über Nebenangebote, eine Optimierung der Planung nach Zuschlagserteilung („value engineering“), durch die Übernahme der Ausführungsplanung, durch die Übernahme weitergehender Planungsverantwortung auf Basis funktionaler Leistungsbeschreibungen oder durch die Einbindung in die Planung nach dem Zwei-Phasen-Modell⁷⁴ (dazu oben III.2.2).

2.2. Markterkundung

Der Auftraggeber kann seine eigenen Überlegungen und die Bedürfnisse des Marktes im Rahmen einer Markterkundung auch verproben, um eine höhere Sicherheit dafür zu erreichen, dass er sein Beschaffungsmodell optimal ausgestaltet. Nach § 28 VgV steht dem Auftraggeber unter Beachtung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung frei, vor Einleitung eines Vergabeverfahrens Markterkundungen zur Vorbereitung der Vergabe durchzuführen. Eine solche Markterkundung kann über die Veröffentlichung einer Vorinformation im Amtsblatt der EU unter Beschreibung des Projekts und Einladung zur Kommentierung erfolgen, etwa über einen beim Auftraggeber erhältlichen Fragebogen. Zum Gegenstand einer solchen Befragung können die Losaufteilung und der Leistungsumfang, Vergütungsmodelle, Risikoverteilung oder Projektorganisation gemacht werden. Eine andere Form der Markterkundung bildet ein sogenannter Industrietag, durch den interessierte Unternehmen wiederum optimal über eine Vorinformation im Amtsblatt eingeladen werden können. Bei einem solchen Industrietag informiert der Auftraggeber den Markt über seine Pläne und lädt zu Kommentierungen ein. In allen Formen der Markterkundung ist sicherzustellen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz dadurch gewahrt bleibt, dass der Dialog nicht auf einzelne Unternehmen beschränkt bleibt, dass die erhaltenen Informationen nicht genutzt werden, durch die Leistungsbeschreibung einzelne Unternehmen zu begünstigen und dass kein Unternehmen durch seine Beteiligung an der Markterkundung Vorteile für das spätere Wettbewerbsverfahren erhält.

⁷² BGH, Beschluss vom 31.01.2017 – X ZB 10/16.

⁷³ BWI-Bau, Ökonomie des Bauparktes, 2013, S. 284.

⁷⁴ Grundlegend: *Püstow/Göhlert/Meiners*, Einbindung des Baus in die Planung, Gutachten zur Vereinbarkeit mit Haushalts- und Vergaberecht für den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., 2018.

2.3. A-B-C-Vergaben

Bei den A-B-C-Vergaben werden Bauleistungen sowohl in Einzellosen als auch parallel als Leistungspaket ausgeschrieben. Nur die wirtschaftlichste Variante erhält anschließend den Zuschlag. Auf diese Art und Weise wird der Markt der kleineren Bieter für einzelne Lose angesprochen und gleichzeitig besteht die Möglichkeit für Unternehmen, auf das ganze Leistungspaket ein Angebot abzugeben. Die Vorteile der GU-Vergabe können wegen der Offenheit der Ausschreibung auch für die Losvergabe nicht vollständig genutzt werden. Insbesondere ist für diese Vergabeform eine detaillierte Leistungsbeschreibung auf Basis der Ausführungsplanung erforderlich und die Optimierungspotentiale des Generalunternehmers in der Ausführungsplanung können nicht genutzt werden. Die A-B-C-Vergabe schafft auch Unsicherheiten für die Bieter dahingehend, ob eine Losvergabe oder eine GU-Vergabe stattfindet, was die Marktattraktivität schwächen kann. Im Gesetz lassen sich keine konkreten Vorgaben für eine Parallelausschreibung finden. Insofern sind sie nach der Rechtsprechung erlaubt, soweit die vergaberechtlichen Grundsätze eingehalten werden.⁷⁵ Da die Rechtsprechung zu diesem raren Beschaffungsmodell nicht etabliert ist, verbleiben höhere Unsicherheiten, insbesondere mit Blick auf die Wertung.

Wettbewerbsgrundsatz. Bauleistungen dürfen als A-B-C-Vergabe ausgeschrieben werden, wenn der Auftraggeber mit der Einleitung des Vergabeverfahrens den ernsthaften Willen zur Einholung von Angeboten und zur Auftragserteilung hat, und das Vergabeverfahren nicht nur zur Markterkundung oder Wirtschaftlichkeitsermittlung durchführt.⁷⁶

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss der Auftraggeber die A-B-C-Vergabe so ausgestalten, dass die berechtigten Interessen der Bieter im Hinblick auf einen zumutbaren Arbeitsaufwand bei der Angebotserstellung gewahrt werden. Dies kann insbesondere durch eine Leistungsbeschreibung sichergestellt werden, die es unter Berücksichtigung der parallelen Ausschreibung den Bietern ermöglicht, ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten zu kalkulieren. Der Leistungsumfang für jedes Los müsste also in einer eigenen Leistungsbeschreibung definiert und von den anderen Losen durch Definition der Schnittstellen klar abgegrenzt sein.

Transparenzgrundsatz. Der Transparenzgrundsatz erfordert, dass der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen auf die Parallelausschreibung, den für beide Varianten gleichen Leistungsinhalt und die Möglichkeiten der Angebotsabgabe auf einzelne Lose und/oder auf das gesamte Leistungspaket hinweist. Damit für die Bieter erkennbar ist, nach welchen Kriterien der Auftrag – losweise oder als Gesamtpaket – vergeben werden wird, müssen Zuschlagskriterien definiert werden, die sowohl auf die Gesamtvergabe, als auch auf die einzelnen Lose anwendbar sind.

Wirtschaftlichkeitsgrundsatz. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz erfordert, dass der Auftraggeber die Wertungskriterien und -methode objektiv nachvollziehbar festlegt. Eine Einbeziehung qualitativer Zuschlagskriterien birgt bei einer A-B-C-Vergabe besondere Herausforderungen. Denn die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots (oder der wirtschaftlichsten Angebote) muss einen objektiv nachvollziehbaren Vergleich zwischen der Wirtschaftlichkeit der Angebote für die Einzellosvergabe und der Wirtschaftlichkeit der Angebote für GU-Vergabe ermöglichen und nicht nur einen Vergleich der jeweiligen Angebote für eine Variante untereinander. Kriterien für die Qualität der von den Bietern vorgesehenen Bauausführung eines bestimmten Loses lassen sich aber nicht ohne weiteres auf die zu erwartende Qualität der von den Bietern vorgesehenen Bauausführung für das Gesamtpaket übertragen.

Nicht abschließend geklärt ist in der Rechtsprechung, ob der Auftraggeber bei der Ermittlung des günstigsten Angebotspreises einen preislichen Vergleich durch Addition der Wertungssummen der

⁷⁵ KG Berlin, Beschluss vom 22.08.2001, Az. KartVerg 03/01; VK Thüringen, Beschluss vom 20.03.2011, Az. 216 – 4003 . 20 – 001/01 – SHL – S.

⁷⁶ KG Berlin, Beschluss vom 22.08.2011, Az. KartVerg 03/01; VK Thüringen, Beschluss vom 20.03.2011, Az. 216 – 4003 . 20 – 001/01 – SHL – S.

wirtschaftlichsten Angebote der einzelnen Lose mit der Gesamtangebotssumme des wirtschaftlichsten GU-Bieters vornehmen kann. Dagegen wurde argumentiert, ein solcher Vergleich werde einer objektiven Wirtschaftlichkeitsbewertung nicht gerecht. Danach würde ein rechnerischer Vergleich suggerieren, dass eine monetäre Preiswertung systematisch für Einzellöse und die Gesamtvergabe homogen möglich wäre. Bei einem Wirtschaftlichkeitsvergleich seien aber die Leistungen zu berücksichtigen, die ein GU zusätzlich zur Summe der gewerkeweisen Bauleistungen erbringt. Die Vorteile einer Vergabe an einen (Teil-) Generalunternehmer können z. B. die Übernahme von Managementleistungen durch den Auftragnehmer oder eine größere Terminalsicherheit sein.⁷⁷

3. Praxisempfehlung

Auswahl des Beschaffungsmodells (auch) im Lichte der Marktsituation

- Analyse Marktlage
- Analyse „konkurrierender“ Projekte
- Markterkundung

Erhöhung der Markattraktivität

- Projektorganisation des Auftraggebers
- Verschlinkung des Vergabeverfahrens
- Nutzung von Qualitätskriterien
- Kooperative Projektkultur
- Außergerichtliche Streitbeilegung
- Einbindung des Baus in die Planung

A, B, C Vergaben nur als Notlösung

⁷⁷ VK Bremen, Beschluss vom 23.08.2001 – Az. VK 4/01. Das OLG Bremen hat im konkreten Fall das Wertungsermessen nicht als verletzt angesehen, dabei aber einen detaillierten Kosten- und Leistungsvergleich vorgenommen.

C. An alles gedacht? - Zusammenfassung

GU-Vergaben können sinnvoll sein. Eine pauschale Entscheidung gibt es nicht. Auftraggeber sind gut beraten, sich in jedem Projekt individuell mit den Vor- und Nachteilen der Beschaffungsmodelle auseinanderzusetzen.

Soweit eine GU-Vergabe für den Auftraggeber in der Gesamtbetrachtung eine attraktive Beschaffungsalternative ist, kann sie häufig auch rechtskonform gestaltet werden. Eine GU-Vergabe ist ohne weiteres zulässig, wenn der Beschaffungsbedarf des Auftraggebers nur durch eine Gesamtvergabe erreicht werden kann; eine Losaufteilung folglich die Erreichung der Ziele gefährden würde. Selbst wenn aber die Beschaffungsziele auch durch eine Losvergabe möglich sind, kann eine GU-Vergabe vergaberechtlich gerechtfertigt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass der Auftraggeber dokumentieren kann, dass wirtschaftliche oder technische Gründe eine GU-Vergabe erfordern. Der bloße Vergleich der Beschaffungsmodelle genügt nicht. Er muss des Weiteren auch die Vorteile der GU Vergabe mit den Nachteilen für den Mittelstand abwägen. Diese Nachteile kann der Auftraggeber durch eine mittelstandsfreundliche Gestaltung der GU-Vergabe nuancieren. Bei sorgfältiger Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der GU-Vergabe und guter Dokumentation ist rechtliche Risiko überschaubar. Seit 1999 hat es nur 128 Verfahren gegeben.

Die Vorteile der GU-Vergabe können nur genutzt werden, wenn das Projekt partnerschaftlich ausgestaltet ist und ein hoher Wettbewerb durch eine starke Marktattraktivität erreicht wird.



Kontakt

KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Dr. Moritz Püstow

Partner, Öffentlicher Sektor
T +49 30 530199-120
mpuestow@kpmg-law.com

Dr. Barbara Buhr

Senior Manager, Öffentlicher Sektor
T +49 911 800929-935
bbuhr@kpmg-law.com

Dr. Torsten Göhlert

Senior Manager, Öffentlicher Sektor
T +49 351 21294-450
tgoehlert@kpmg-law.com

www.kpmg-law.de

KOWID – Kompetenzzentrum
Öffentliche Wirtschaft, Infrastruktur
und Daseinsvorsorge e.V. an der Universität
Leipzig

Dr. Oliver Rottmann

Geschäftsführender Vorstand
T +49 341 9733-583
rothmann@wifa.uni-leipzig.de

Kristina Tyufekchieva, LL.M.

Wissenschaftliche Mitarbeiterin
T +49 341 9733-622
tyufekchieva@wifa.uni-leipzig.de

www.kowid.de

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation. Unsere Leistungen erbringen wir vorbehaltlich der berufsrechtlichen Prüfung der Zulässigkeit in jedem Einzelfall.

© 2020 KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, assoziiert mit der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, einem Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative („KPMG International“), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten.