

## Bieterpflicht zur Benennung der Nachunternehmer bereits im Angebot in der Regel unzumutbar!

1. Eine Forderung in den Ausschreibungsunterlagen, die für die Subvergabe vorgesehenen Unternehmen bereits im Angebot konkret zu benennen und eine entsprechende Verpflichtungserklärung vorzulegen, belastet die Bieter in der Regel unverhältnismäßig.
2. Diese Vorgabe ist deshalb unzumutbar mit der Folge, dass Angebote, die sie nicht einhalten, nicht ausgeschlossen werden dürfen.

BGH, Urteil vom 10.06.2008 - X ZR 78/07; MDR 2008, 1153; NZBau 2008, 592; VergabeR 2008, 782

vorhergehend:

OLG Brandenburg, 24.04.2007 - 11 U 103/06

VOB/A § 21 Nr. 1 Abs. 2 Satz 5, § 25 Nr. 1 Abs. 1 b

### Problem/Sachverhalt

Bei Nutzung des Vergabehandbuchs des Bundes (VHB, Fassung bis 30.06.2008) verlangen Auftraggeber mit der Verwendung des EFB 317 EG vom Bieter **bereits im Angebot** sowohl die **Benennung des vorgesehenen Nachunternehmers** als auch dessen **Verpflichtungserklärung**. Dies führt - meist auch zum Leidwesen der Auftraggeber - allzu oft zum zwingenden Ausschluss von lukrativen Angeboten, weil die Bieter dieser Forderung häufig nicht entsprechen (können).

### Entscheidung

Der BGH erhebt gegen eine derartige Vergabep Praxis grundsätzliche Bedenken und führt aus: *"Um dazu wahrheitsgemäße Erklärungen abzugeben, müssten sich alle Ausschreibungsteilnehmer die Ausführung der fraglichen Leistungen von den jeweils ins Auge gefassten Nachunternehmern **bindend zusagen** lassen. Eine solche Handhabung kann die Bieter ... in einem Maße belasten, das in der Regel nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen dieser Vorgehensweise für die Vergabestellen steht. Sie ersparen sich damit lediglich den zusätzlichen organisatorischen und zeitlichen Aufwand, zu gegebener Zeit nach Angebotseröffnung ... die gegebenenfalls vorgesehenen Nachunternehmer zu erfragen."*

### Praxishinweis

1. Der BGH korrigiert seine restriktive Rechtsprechung zum zwingenden Ausschluss von Angeboten, welche die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Erklärungen und Nachweise nicht enthalten, zunehmend über die **Hintertür der Zumutbarkeit** (vgl. etwa BGH, IBR 2006, 690). Offen ist bislang, ob eine unzumutbare Forderung in den Ausschreibungsunterlagen schon die **Rügeobliegenheit** auslöst (so wohl BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06, Rz. 36, ibr-online) oder ob man erst den vollzogenen Ausschluss rügen muss (in diesem Sinne wohl BGH, Urteil vom 01.08.2006 - X ZR 115/04, Rz. 16, ibr-online).

2. Bemerkenswert ist, dass das VHB 2008 die Anforderungen an die Nachunternehmererklärung bereits zum 01.07.2008 entschärft hat. Das **neue Formblatt EFB 235 EG** verpflichtet zur konkreten Benennung der Nachunternehmer, einschließlich Verfügbarkeitsnachweis (nunmehr zwingend nach EFB 236 EG), **erst auf Verlangen der Vergabestelle**. Ein Sieg des wirtschaftlichen Sachverständes über den Vergabeformalismus! Diesen nachzuvollziehen, kann auch den zur Anwendung des VHB nicht verpflichteten Auftraggebern nur wärmstens empfohlen werden.

RA Jörg Stoye, Frankfurt a. M.