



Technische
Universität
Braunschweig

TU Braunschweig –
Institut für Rechtswissenschaften
RATUBS Nr. 1/2021

Jonas Hofmann

Die öffentliche Vergabe von BIM-Leistungen und die Vorschriften der VOB/A

Einordnung in das Vergaberecht



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	7
Abbildungsverzeichnis	9
I. Einleitung	11
1. Ausgangslage	11
2. Ziele des Beitrags	11
3. Methodisches Vorgehen	12
II. Realanalyse: Vergabe öffentlicher Bauvorhaben mit BIM	15
III. Anwendungsbereiche der VOB/A für öffentliche Auftraggeber	19
1. Zweigeteiltes Vergaberecht durch Schwellenwerte nach § 106 GWB	19
2. Abschnitt 1 VOB/A: Vergabe von Bauleistungen	22
3. VOB/A im europäischen Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte	23
a. Abschnitt 2 VOB/A: Vergabe von Bauaufträgen	24
b. Abschnitt 3 VOB/A: Vergabe von VS-Baufträgen	25
4. Zwischenfazit: VOB/A für Vergabe von Bauleistungen und Bauaufträgen	26
IV. Auftragsarten und Auftraggeber nach Teil 4 GWB	29
1. Öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber	29
2. Auftragsgegenstand von Öffentlichen Aufträgen	31
a. BIM-Leistungen als Teil von Bauaufträgen	32
b. BIM-Leistungen als Teil von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen	33
3. Zwischenfazit: BIM als Leistung von Bau- oder Dienstleistungsaufträgen	35
V. BIM als Leistung von Bauaufträgen nach § 103 Abs. 3 GWB	37
1. BIM-Modelle als „Bauwerke“ im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB	37
a. Grammatische Auslegung von „Bauwerk“	37
aa. Wortsinn von „Bauwerk“	38
ab. Zwischenfazit: BIM-Modelle als „Bauwerke“	38
b. Systematische Auslegung von „Bauwerk“	39
ba. § 103 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB	39
bb. Zwischenfazit: BIM-Modelle als Ergebnis des Hoch- oder Tiefbaus	41
2. BIM-Leistungen als „Bauleistungen“ im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB	42
a. Grammatische Auslegung von „Bauleistungen“	42
aa. Wortsinn von „Bauleistungen“	42
ab. Zwischenfazit: BIM-Leistungen als „Bauleistungen“	43

Inhaltsverzeichnis

- b. Systematische Auslegung von „Bauleistungen“ 44
 - ba. § 103 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB: Tätigkeiten aus Richtlinie 2014/24/EU 44
 - bb. § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB: Bauleistungen durch Dritte 46
 - bc. Zwischenfazit: BIM als Architekten- und Ingenieurleistung 47
- 3. BIM als Teil der „Planung und Ausführung“ gemäß § 103 Abs. 3 GWB 49
 - a. Grammatische Auslegung von „Planung und Ausführung“ 49
 - aa. Wortsinn von „Planung“ und „Ausführung“ 49
 - ab. Zwischenfazit: BIM als „Planung und Ausführung“ 51
 - b. Systematische Auslegung von „Planung und Ausführung“ 52
 - ba. § 103 Abs. 3 Satz 1 GWB: Vertrag über Bauleistungen und Bauwerke 52
 - bb. §§ 97 bis 114 GWB: Vergabe öffentlicher Aufträge 53
 - bc. §§ 115 bis 135 GWB: Leistungsbeschreibung und Vergabeunterlagen 54
 - bd. Zwischenfazit: BIM-Leistungen in der Leistungsbeschreibung 56
 - c. Historisch-genetische Auslegung von „Planung und Ausführung“ 57
 - ca. Richtlinie 2014/24/EU: Gesetzgebungsakt für § 103 Abs. 3 GWB 57
 - cb. Gesetzesbegründung: Leistungsbeschreibung als Vertragsinhalt 59
 - cc. Zwischenfazit: BIM als Inhalt des abzuschließenden Vertrags 60
 - d. Teleologische Auslegung von „Planung und Ausführung“ 62
 - da. § 2 VgV: Vorschriften für die Vergabe von Bauaufträgen 62
 - db. § 8 Abs. 1 VOB/A: Bestandteile der Vergabe- und Vertragsunterlagen 64
 - dc. Zwischenfazit: BIM in den Vertragsunterlagen nach VOB/A 67
- 4. Auslegungsergebnis und Prüfung der Rechtskonformität 68
- VI. Zusammenfassung 71**
- VII. Ausblick: Vergabe von BIM-Leistungen bei Anwendung der VOB/A 73**
- Literaturverzeichnis 77**
- Über den Autor 79**

I. Einleitung

1. Ausgangslage

Building Information Modelling (BIM) ermöglicht eine digitale Planung, Ausführung und Bewirtschaftung von Bauwerken. BIM kann als eine Methode verstanden werden, mit der die Herstellung und der Betrieb von Bauwerken optimiert werden sollen. Ermöglicht wird dies durch ein virtuelles Datenmodell, welches das reale Bauwerk mit allen Einzelheiten abbildet. Hierdurch können noch vor der tatsächlichen Bauphase mögliche Konflikte und Kollisionen zwischen Planung und Ausführung festgestellt werden. Während der Bauphase wird das Datenmodell zudem mit Daten aktualisiert, um es anschließend für einen wirtschaftlich optimierten Betrieb des Bauwerks weiterzuverwenden.

Aufgrund der Vorteile soll BIM auch für öffentliche Bauvorhaben als neuer Planungs- und Ausführungsstandard implementiert werden. Für die Ausschreibung und Vergabe von Bauvorhaben sind von öffentlichen Auftraggebern die Vorschriften von *Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB/A)*¹ zu beachten.

Um Bauvorhaben mit BIM umzusetzen, müssen die Projektbeteiligten jedoch auch Leistungen erbringen, die teilweise über die klassischen Bauleistungen hinausgehen. Soll ein BIM-Modell erstellt werden, müssen hierfür während der Ausführungsphase beispielsweise digitale Daten bereitgestellt und BIM-Bauteile mit Informationen erweitert werden, ohne dass dies für die Erstellung des realen Bauwerks unmittelbar erforderlich ist. Diese BIM-Leistungen müssen im Rahmen öffentlicher Bauvorhaben ebenfalls ausgeschrieben und vergeben werden. Ob die öffentliche Vergabe von BIM-Leistungen jedoch gemäß den Vorschriften der VOB/A erfolgen muss oder ob hierfür andere Vergabevorschriften gelten, bleibt unklar.

2. Ziele des Beitrags

In diesem Beitrag wird untersucht, ob für die öffentliche Vergabe von BIM-Leistungen die VOB/A zu beachten ist. Die Beantwortung der Frage erfolgt in drei Schritten, denen verschiedene Unterziele zugeordnet werden. Das erste Unterziel des Beitrags besteht darin, den Anwendungsbereich der VOB/A bzw. die von den Vorschriften der VOB/A betroffenen Vergabegegenstände zu bestimmen. Es soll geklärt werden, für welche Vergaben und von welchen Auftraggebern die Vorschriften der VOB/A anzuwenden sind.

Das zweite Unterziel besteht darin, BIM-Leistungen als möglichen Leistungsgegenstand von Bauaufträgen sowie von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Sinne des *Gesetzes gegen Wett-*

1 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) in der Fassung vom 31. Januar 2019 (BAnz AT 19.02.2019 B2).

I. Einleitung

bewerbsbeschränkungen (GWB)² zu überprüfen. Dabei ist zu klären, welche Arten von BIM-Leistungen durch öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber vergeben werden können.

Als drittes Unterziel soll erforscht werden, unter welchen Voraussetzungen BIM-Leistungen als Leistungen eines „Baufauftrags“ im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB vergeben werden können. Unterfragen hierbei sind, ob BIM-Modelle als „Bauwerke“ im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB und ob BIM-Leistungen als „Bauleistungen“ im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB subsumiert werden können. Darüber hinaus wird untersucht, ob BIM-Leistungen für die „Planung und Ausführung“ von Bauleistungen und Bauwerken im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 1 GWB ausgeschrieben und vergeben werden können und ob die Vorschriften von öffentlichen Auftraggebern bei der Vergabe zu beachten sind.

3. Methodisches Vorgehen

Um die Fragestellung dieses Beitrags eingehender zu erläutern, werden zu Beginn im Rahmen einer Realanalyse in Abschnitt II die Auswirkungen von BIM auf das Bauwesen und insbesondere auf die Ausschreibung und Vergabe von öffentlichen Bauvorhaben aufgezeigt. Hierbei wird der grundlegende Ablauf für die öffentliche Ausschreibung und Vergabe erläutert und es wird beschrieben, was mit den Vorschriften der VOB/A geregelt wird. In der Folge wird festgestellt, weshalb die VOB/A möglicherweise für die Ausschreibung und Vergabe öffentlicher Bauvorhaben, aber nicht für die Ausschreibung und Vergabe von BIM-Leistungen zu beachten ist.

Daran anschließend wird in Abschnitt III der Anwendungsbereich der VOB/A untersucht. In der VOB/A selbst wird nicht definiert, wann die Vorschriften der VOB/A anzuwenden sind. Allerdings wird an drei zentralen Stellen im Vergaberecht die Anwendung der VOB/A rechtsverbindlich angeordnet. Um den Anwendungsbereich der VOB/A zu bestimmen, wird ausgehend von den drei Verweisen auf die VOB/A untersucht, für welche Vergaben und von welchen Auftraggebern die Vorschriften zu beachten sind und wann die VOB/A hingegen nicht gilt.

Anhand der Verweise auf die VOB/A kann jedoch nicht bestimmt werden, ob für die Vergabe von BIM-Leistungen die VOB/A zu beachten ist. Um zu klären, ob die Vergabe von BIM-Leistungen im Anwendungsbereich der VOB/A liegt, werden in Abschnitt IV die im überschwelligen Vergaberecht zu unterscheidenden öffentlichen Auftraggeber und Auftragsarten gegenübergestellt. Grundlage hierfür ist der Teil 4 des GWB, in dem die Merkmale der Auftraggeber und die Gegenstände der Auftragsarten legaldefiniert werden. Anhand der gesetzlichen Definitionen wird geklärt, wie die Auftraggeber, von denen die VOB/A anzuwenden ist, beschrieben werden und für welche Auftragsgegenstände die VOB/A beachtet werden muss.

Ob BIM-Leistungen jenen Auftragsgegenständen zuzuordnen sind, die nach den Vorschriften der VOB/A vergeben werden, wird in Abschnitt V untersucht. Hierfür werden die Tatbestandsmerkmale von Bauaufträgen im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB ausgelegt und subsumiert, ob BIM-Leistungen ein Bestandteil von Bauaufträgen sind. Die Auslegung erfolgt rechtssystema-

2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung vom 26.6.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert am 25. März 2020 (BGBl. I S. 674).

tisch mithilfe der juristischen Auslegungsregeln. Hierbei werden vier Auslegungsstufen unterschieden, die nacheinander durchlaufen werden, um unbekannte Rechtsbegriffe abschließend zu bestimmen. Die Auslegungsstufen umfassen die Bestimmung des Wortlauts (Grammatische Auslegung), die Analyse der Stellung im Normtext und im Rechtssystem (Systematische Auslegung), die Entstehungsgeschichte der Gesetzesnorm (Historisch-genetische Auslegung) sowie den vermeintlichen Normzweck (Teleologische Auslegung).³ Ob alle vier Auslegungsstufen erforderlich sind, ist abhängig davon, wann der auszulegende Rechtsbegriff ausreichend genau bestimmt werden kann.

Als erstes Tatbestandsmerkmal werden „Bauwerke“ im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB ausgelegt und anhand ihrer Wortbedeutung im Sinne des Dudens sowie unter Berücksichtigung ihres unmittelbaren gesetzlichen Umfelds untersucht. Darauf aufbauend soll beantwortet werden, ob BIM-Modelle als „Bauwerke“ subsumiert werden können (V.1).

Als zweites Tatbestandsmerkmal werden „Bauleistungen“ im Sinne des § 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB bestimmt. Hierfür werden ebenfalls die Wortbedeutung sowie das gesetzliche Umfeld herangezogen, um darauf aufbauend zu erkennen, ob BIM-Leistungen als „Bauleistungen“ gelten (V.2).

Daran anschließend wird das dritte Tatbestandsmerkmal „Planung und Ausführung“ im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 1 GWB ausgelegt. Hierbei werden die Wortbedeutungen von „Planung“ und „Ausführung“ sowie das gesetzliche Umfeld in Teil 4 GWB untersucht. Um zu klären, ob BIM-Leistungen im Rahmen der „Planung und Ausführung“ von Bauleistungen und Bauwerken ausgeschrieben werden können, werden darüber hinaus die Gesetzgebungsmaterialien sowie die Vorschriften aus VgV und VOB/A in die Auslegung einbezogen (V.3).

In Abschnitt VI werden die Erkenntnisse dieses Beitrags zusammengefasst. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick in Abschnitt VII.