

Zu dieser Ausgabe

1. VOB Ausgabe 2016

Die vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) erarbeiteten Abschnitte 1–3 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) und die Änderungen der VOB/B vom 7. Januar 2016 wurden am 19.01.2016 im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Im Frühjahr 2016 wurden nochmals Änderungen des 1. Abschnitts der VOB/A beschlossen, die am 01.07.2016 im Bundesanzeiger veröffentlicht worden sind.

1.1 Der für innerdeutsche Vergaben einschlägige Abschnitt 1 wurde neu strukturiert. In Übereinstimmung mit den Abschnitten 2 und 3 der VOB/A wurden Unterparagrafen mit den Bezeichnungen a, b, c und d eingeführt, um die Inhalte der Paragrafen entsprechend den jeweiligen Sachthemen übersichtlicher zu gestalten. Die am 1. Juli 2016 im Bundesanzeiger veröffentlichten Änderungen beziehen sich im Wesentlichen auf die elektronische Vergabe. Außerdem wurde ein neuer § 4a VOB/A aufgenommen, der Regelungen zu sogenannten Rahmenvereinbarungen beinhaltet. Die Anwendung des nochmals überarbeiteten Abschnitts 1 wird für die öffentliche Hand bis zur Gesamtausgabe der VOB im Herbst 2016 aufgeschoben.

1.2 In dem für europaweite Vergaben „zuständigen“ Abschnitt 2 der VOB/A liegt der Schwerpunkt der Überarbeitung. Dort werden die Vorgaben des europäischen Rechts umgesetzt, soweit sie nicht auf gesetzlicher Ebene im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder in übergreifend geltenden Vorschriften der Vergabeverordnung (VgV) geregelt sind.

Insbesondere durch eine neue Struktur wurde der Abschnitt 2 der VOB/A wesentlich umfangreicher. So wurden die bisherigen Zwischenüberschriften als eigenständige Unterparagraphen ausgestaltet und mit den Buchstaben a, b, c usw. gekennzeichnet, um – wie bei Abschnitt 1 – die doch sehr umfangreichen Paragraphen nach Themen zu gliedern und somit übersichtlicher zu gestalten.

Die Anwendung der Vorschriften des Abschnitts 2 der VOB/A wird durch eine Verweisung in der am 18. April 2016 in Kraft getretenen Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) für die Vergabe solcher Bauaufträgen verbindlich vorgeschrieben.

1.3 Die genannte neue Struktur wurde auch auf den **3. Abschnitt der VOB/A** übertragen. Dieser Abschnitt der VOB/A basiert inhaltlich im Wesentlichen auf dem Abschnitt 2 der VOB/A, ergänzt um die für Bauvergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit zusätzlich geltenden Bestimmungen.

Die Anwendung der Vorschriften dieses 3. Abschnitts der VOB/A wird durch eine Verweisung in der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) für die Vergabe von sicherheits- und verteidigungsrelevanten Bauaufträgen verbindlich vorgeschrieben.

1.4 Im vertragsrechtlichen Teil (VOB/B) wurden Änderungen in § 4 Abs. 8 VOB/B (Vergabe an Nachunternehmer) und in § 8 Abs. 4 und 5 (außerordentliche Kündigung) vorgenommen. Weiterhin wurden einzelne Begriffe im Sinne einer sprachlichen Vereinheitlichung ausgetauscht.

2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts

Dieses Gesetz vom 17. Februar 2016 wurde am 23. Februar 2016 im Bundesgesetzblatt (Fundstelle: BGBl. I Nr. 8 vom 23.02.2016, S. 203) verkündet und ist am

18. April 2016 in Kraft getreten. Nach Ansicht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Verkehr wurde mit diesem Gesetz das „größte vergaberechtliche Gesetz- und Verordnungsverfahren seit 2004 abgeschlossen“. Durch diese Reform werde „die bisher komplexe Struktur des deutschen Vergaberechts vereinfacht und anwenderfreundlicher gestaltet. Öffentliche Auftraggeber und Unternehmen werden zukünftig mehr Flexibilität bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erhalten“. Durch die Reform werden drei neue EU-Richtlinien über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen umgesetzt.

2.1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Der Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) steht im Zentrum der Novellierung. Gegenüber der früheren Fassung ist das Gesetz deutlich umfangreicher geworden. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass der Teil 4 des GWB nun erstmals die wesentlichen Vorgaben zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen umfasst. Der Ablauf des Vergabeverfahrens wird nun von der Leistungsbeschreibung über die Prüfung von Ausschlussgründen, die Eignungsprüfung, den Zuschlag bis hin zu den Bedingungen für die Ausführung des Auftrags im Gesetz vorgezeichnet. Nach Ansicht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Verkehr werden „die Möglichkeiten für öffentliche Auftraggeber, strategische Ziele – z. B. umweltbezogene, soziale oder innovative Aspekte – im Rahmen von Vergabeverfahren vorzugeben, gestärkt. Soziale Dienstleistungen, wie zum Beispiel zur Integration arbeitsuchender Menschen, können in einem erleichterten Verfahren vergeben werden. Die stärkere Nutzung elektronischer Mittel wird für effizientere Vergabeverfahren sorgen. Das neue Gesetz verpflichtet Unternehmen, die öffentliche Aufträge auszuführen, dabei die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einzuhalten. Dies gilt insbesondere für die Regelungen in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen und den gesetzlichen Mindestlohn. Kommunale Freiräume, etwa bei der Vergabe an kommunale Unternehmen oder bei der Zusammenarbeit mit anderen Kommunen, werden erstmals im Gesetz ausdrücklich geregelt“.

2.2 Vergabeverordnung (VgV)

Das GWB wird durch eine Reihe von Verordnungen ergänzt. Dabei hat die Vergabeverordnung (VgV) die Aufgabe, die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber näher auszustalten.

2.3 Sektorenverordnung

Diese Verordnung trifft die für Vergaben von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung durch Sektorenauftraggeber gültigen Regelungen.

2.4 Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)

Diese Richtlinie dient dem Ziel, für Anbieter aus den EU-Mitgliedstaaten im Bereich der Verteidigungs- und Sicherheitsausrüstungen die gleichen Wettbewerbsbedingungen herzustellen.

3. Hinweise zu den abgedruckten BGB-Auszügen

Diese Broschüre beinhaltet u. a. die für die Abwicklung von Bauverträgen wichtigsten BGB-Bestimmungen, die zur Anwendung kommen, wenn keine abweichende wirksame vertragliche Regelung (z. B. Vereinbarung der VOB/B) getroffen wurde. Von besonderer Bedeutung ist hierbei das **ab 1. Januar 2018 geltende „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“**. Mit diesem Gesetz sollen erstmalig spezielle gesetzliche Regelungen für den Bau-

vertrag geschaffen werden, die auch den Besonderheiten von Verbraucherverträgen Rechnung tragen. Nachstehend werden hierzu die wichtigsten Neuerungen kurz dargestellt.

Dabei ist zu beachten, dass die bisher gültigen Regelungen des BGB auch nach dem 1. Januar 2018 in Kraft bleiben, soweit ein Bauvertrag vor dem Inkrafttreten der Neuregelungen abgeschlossen wurde.

3.1 Kaufrechtlichen Neuregelungen

3.1.1 Besserer Schutz des Kunden bei Kauf mangelhafter Bauprodukte

Der neu gefasste § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB bestimmt, dass der Käufer eines bereits eingebauten mangelhaften Produkts vom Lieferanten auch die Kosten für den Ausbau und den Einbau eines mangelfreien Produkts verlangen kann. Dies stellt eine deutliche Verbesserung im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage für den Werkunternehmer dar, wonach der Unternehmer, der ein mangelhaftes Produkt kauft und einbaut, vom Lieferanten lediglich ein mangelfreies Ersatzprodukt erhält.

3.1.2 Keine Änderungsmöglichkeit durch AGB

Im neugefassten § 309 Nr. 8 b, cc) BGB ist bestimmt, dass die vorgenannte Regelung, wonach der Lieferant mangelhafter Baustoffe **alle** zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen tragen muss, nicht durch AGB abgeändert werden darf.

3.2 Änderungen des allgemeinen Werkvertragsrechts (§§ 631–650 BGB)

3.2.1 Neuregelungen zur Abschlagszahlung

1. Die neue Abschlagszahlungsregelung in § 632a BGB gewährt dem Unternehmer – im Gegensatz zur bisherigen Regelung – auch bei Vorliegen eines „wesentlichen Mangels“ einen Anspruch auf Abschlagszahlung. Bei jeder Art von Mangel kann der Auftraggeber die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern.
2. Die Neuregelung in § 309 Nr. 15 a BGB erklärt Allgemeine Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers für unwirksam, die wesentlich überhöhte Abschlagszahlungspläne vorsehen.

3.2.2 Neue Abnahmefiktion

Nach dem bisherigen § 640 Absatz 1 Satz 3 BGB steht es der Abnahme gleich, „wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist“.

Nach der Neuregelung in § 640 Absatz 2 BGB genügt für den Eintritt der Abnahmefiktion die „Fertigstellung des Werks“, wenn der Auftraggeber die Abnahme nicht innerhalb einer zur Abnahme gesetzten angemessenen Frist unter Hinweis auf einen (auch nicht wesentlichen Mangel) verweigert.

Für so genannte **Verbraucher** (§ 13 BGB) ist in § 640 Absatz 2 Satz 2 eine Sonderregelung vorgesehen.

3.3 Neuregelungen zum Bauvertragsrecht (§§ 650, 650a–h BGB).

3.3.1 Im neuen **§ 650a BGB** wird nun der Begriff „Bauvertrag“ definiert. Insbesondere ist zu beachten, dass nun auch der **Abbruch eines Bauwerks** als „Bauvertrag“ bezeichnet wird.

3.3.2 Vertragsänderungen und Zusatzleistungen

3.3.2.1 Anordnungsrecht des Auftraggebers

Bisher kennt das BGB kein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers für etwaige Änderungen oder Zusatzleistungen. Dieses „Konsensualprinzip“, das fordert, dass sich die Vertragsparteien über von einem Vertragspartner gewünschte Vertragsänderungen zwingend einigen müssen, ist für den Bauvertrag nicht recht tauglich. Die ab dem 1. Januar 2018 gültige Rechtslage sieht deshalb ein einseitiges Anordnungsrecht des Auftraggebers für etwaige Änderungen des Vertrags vor. Dabei sind zwei Kategorien zu unterscheiden:

- Die erste Kategorie beinhaltet die Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Absatz 1 Nr. 1 BGB).
- Die zweite Kategorie behandelt die Änderung, die „zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs **notwendig** ist“ (§ 650b Absatz 1 Nr. 2 BGB).

Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass der Auftragnehmer **nicht notwendige Änderungsleistungen nur dann ausführen muss, wenn diese für ihn „zumutbar“ sind**.

3.3.2.2 Die neue Vergütung

Ein neuer § 650c BGB regelt die Berechnung von Nachtragspreisen, wenn die Vertragsänderung/Zusatzleistung auf eine **einseitige Anordnung des Auftraggebers** (§ 650b BGB) zurückgeht.

3.3.2.3 Einstweilige Verfügung (§ 650d BGB)

Das neue Gesetz schafft mit diesem neuen einstweiligen Verfügungsverfahren einen schnellen Weg, um zu klären

- ob dem Auftraggeber ein „Anordnungsrecht“ für eine Vertragsänderung (§ 650b BGB) überhaupt zusteht und/oder
- wie in diesem Fall die Vergütung anzupassen ist (§ 650c BGB).

3.3.3 Änderungen bei der Bauhandwerkersicherung

Der bisherige § 648a BGB findet sich nun in **§ 650f BGB**. Eine Änderung wurde in Absatz 6 Nr. 2 vorgenommen. Danach ist der Auftraggeber von der Pflicht zur Beibringung einer Sicherheit befreit, wenn er „**Verbraucher**“ ist und es sich um einen Verbrauchervertrag nach § 650i BGB oder um einen Bauträgervertrag nach § 650u BGB handelt.

3.3.4 Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung

Korrespondierend zu § 640 Absatz 2 BGB trifft **§ 650g BGB** Regelungen für den Fall, dass der Auftraggeber die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert. In Umsetzung des bei Bauverträgen gültigen **Kooperationsgebots** der Vertragspartner wird in Absatz 1 bestimmt, dass der Auftraggeber „auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken“ hat. Im letzten Satz von Absatz 2 ist geregelt, was gilt, wenn der Auftraggeber dem ihm mitgeteilten Treffen fernbleibt.

3.3.5 Kündigung des Werkvertrags aus wichtigem Grund

Das BGB kannte bisher keine gesetzliche Regelung zur außerordentlichen Kündigung. Der neue § 648a BGB bestimmt nun im Wesentlichen, dass ein Vertragspartner kündigen kann, wenn ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks **nicht zugemutet** werden kann (Absatz 1 Satz 2). Die Kündigung ist **zeitnah** nach Kenntnisnahme des Kündigungegrundes auszusprechen. Auch eine

Teilkündigung für einen „**abgrenzbaren Teil der Leistung**“ (§ 648a Absatz 2 BGB) ist möglich.

Für jede Art der Kündigung ist die „**schriftliche Form**“ zu beachten (§ 650h BGB).

3.4 Neuerungen zum Verbraucherbauvertrag

3.4.1 Der Verbraucherbauvertrag wird in § 650i BGB definiert. Danach handelt es sich um einen Vertrag, durch den der Unternehmer „von einem Verbraucher (§ 13 BGB) zum Bau eines **neuen Gebäudes** oder zu **erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude** verpflichtet wird“.

Somit sind die üblichen Unterhalts- und Sanierungsleistungen an Bauwerken von den nachstehenden Sonderregelungen ausgenommen.

3.4.2 Der Verbraucherbauvertrag muss „in Textform“ abgefasst sein (§ 126b BGB).

3.4.3 Zum Inhalt des Vertrags ist insbesondere § 650k Absatz 2 BGB zu beachten. Dieser beinhaltet eine **Unklarheiten-Regel** zulasten des Unternehmers, der die Baubeschreibung gefertigt hat.

Weiterhin ist auf § 650k Absatz 3 BGB hinzuweisen, der Bestimmungen zur Bauzeit trifft.

3.4.4 Widerrufsrecht

Dem Verbraucher steht nach der Neuregelung für Verbraucherbauverträge ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu, „es sei denn, der Vertrag wurde notariell beglaubigt“.

Wie in § 650i BGB ausgeführt, kommt dieses Widerrufsrecht für nicht erhebliche Umbaumaßnahmen oder Instandhaltungsarbeiten nicht zur Anwendung.

Muster einer Widerrufsbelehrung:

Sehr geehrter (Auftraggeber)

Sie haben das Recht, binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen diesen Vertrag zu widerrufen.

Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage ab dem Tag des Vertragsabschlusses. Sie beginnt nicht zu laufen, bevor Sie diese Belehrung in Textform erhalten haben.

Um Ihr Widerrufsrecht auszuüben, müssen Sie uns () mittels einer eindeutigen Erklärung (z. B. Brief, Telefax oder E-Mail) über Ihren Entschluss, diesen Vertrag zu widerrufen, informieren.*

Zur Wahrung der Widerrufsfrist reicht es aus, dass Sie die Erklärung über die Ausübung des Widerrufsrechts vor Ablauf der Widerrufsfrist absenden.

Folgen des Widerrufs

Wenn Sie diesen Vertrag widerrufen, haben wir Ihnen alle Zahlungen, die wir von Ihnen erhalten haben, unverzüglich zurückzuzahlen.

Sie müssen uns im Falle des Widerrufs alle Leistungen zurückgeben, die Sie bis zum Widerruf von uns erhalten haben. Ist die Rückgewähr einer Leistung Ihrer Natur nach ausgeschlossen, lassen sich etwa verwendete Baumaterialien nicht ohne Zerstörung entfernen, müssen Sie Wertersatz dafür bezahlen.

Gestaltungshinweis:

- * Fügen Sie Ihren Namen oder den Namen Ihres Unternehmens, Ihre Anschrift und Ihre Telefonnummer ein. Sofern verfügbar sind zusätzlich anzugeben: Ihre Telefaxnummer und E-Mail-Adresse.

3.4.5 Abschlagszahlungsregelungen; Sicherheitsleistung im Verbraucherbauvertrag.

Nur für den Verbraucherbauvertrag, wie er in § 650i BGB definiert ist, gelten spezielle Abschlagszahlungsregelungen (§ 650m BGB). Danach darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen nach § 632a BGB eine Höhe von 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung nicht übersteigen.

Die Absätze 2–4 des § 650m BGB treffen Regelungen zu der dem Verbraucher zustehenden Sicherheitsleistung.

3.5 Weitere Neuregelungen

Das Gesetz zur Reform des Bauvertrags trifft darüber hinaus Neuregelungen zum Architekten- und Ingenieurvertrag, zum Bauträgervertrag, zum Gerichtsverfassungsgesetz und zur Zivilprozessordnung. Diese werden in der vorliegenden Broschüre nicht behandelt.

4. Zum Handelsgesetzbuch

Die abgedruckte Vorschrift des § 377 HGB betrifft die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers bei Handelsgeschäften. § 377 HGB stellt eine in der Praxis wichtige Vorschrift dar, da sie beispielsweise die kaufrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergänzt und dem Käufer besondere Untersuchungs- und gegebenenfalls Rügepflichten auferlegt.

Hierbei ist zu beachten, dass nach § 651 BGB auch zwischen Unternehmern die kaufrechtlichen Bestimmungen und damit § 377 HGB auf alle Verträge anzuwenden sind, die eine Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen beinhalten. Das gilt auch dann, wenn die Sachen dafür bestimmt sind, in Bauwerke eingebaut zu werden (BGH vom 23. 07. 2009 – Az.: VII ZR 151/08).