

Rundschreiben 04/2016

Thema: Die neue VOB/B 2016 / Baurecht

1. Einleitung

Die neue VOB/B 2016 ist im Kontext auch der Reform des Vergaberechts zu sehen. Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe in Deutsches Recht, hat der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) auch Änderungen der VOB/B beschlossen, um neben der Umsetzung der vergaberechtlichen Vorschriften der genannten Richtlinie auch die vertragsrechtlichen Vorschriften der Art. 71 und 73 der Richtlinie 2014/24/EU in die VOB/B aufzunehmen. Mit Einföhrungserlass des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit zur Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB 2016, Az: BI 7-81063.6/1) ist die VOB/B am 18.04.2016 in Kraft getreten.

Die Änderungen der VOB/B 2016 sind überschaubar:

- a) Es wird der Begriff „Kündigung“ statt „Entziehung des Auftrags“ in der VOB/B sprachlich vereinfacht.
- b) Die Bekanntgabe der Nachunternehmer ist gegenüber dem Auftraggeber verschärft worden.
- c) Es wurden erweiterte Kündigungsrechte eingeföhrt.

2. Für welche Verträge gelten die neuen VOB/B-Regelungen?

Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit die VOB/B 2016 anzuwenden ist.

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Infolge dessen sind laufende Bauverträge noch nach der VOB/B 2012 abzuwickeln, währenddessen bei neuen Bauverträgen, sofern die VOB/B 2016 einbezogen wurde, diese Anwendung findet.

Bei öffentlichen Auftraggebern ist die Verwendung der VOB/B 2016 erst dann verbindlich geworden, wenn die entsprechenden Einföhrungserlasse erfolgt sind. Am 07.04.2016 ist die VOB/B 2016 in der Fassung der Bekanntmachung und im Bundesanzeiger vom 19.01.2016 für die öffentliche Verwaltung verbindlich eingeföhrt worden.

Bei privaten Auftraggebern bzw. Vertragspartnern besteht dagegen Rechtsunsicherheit, weil der Beschluss zur Änderung der VOB/B bereits am 19.01.2016 bekannt gemacht wurde, die VOB/B 2016 erst später für verbindlich erklärt worden ist.

Auftragnehmer müssen deshalb kritisch prüfen, ob im konkreten Fall die VOB/B rechtswirksam in den Bauvertrag einbezogen wurde und insbesondere in welcher Fassung. Da die VOB/B kein Gesetz, sondern eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist, kann es bei ungeschickter Formulierung im Vertrag dazu kommen (z. B. Beifögrung der alten Fassung der VOB/B), dass noch die VOB/B 2012 gilt.

Hinweis:

Auftraggeber und Auftragnehmer müssen im Einzelfall prüfen, ob und in welcher Fassung die VOB/B für das Vertragsverhältnis gilt. Gegebenenfalls sollte die eigene Vertragsgestaltung dahingehend überprüft werden, dass nicht ausdrücklich auf ältere Fassungen Bezug genommen wird, um einen Verlust der Privilegierung zu vermeiden.

3. Die Änderungen der VOB/B 2016 im Einzelnen**3.1. Sprachliche Änderungen**

Die neue VOB/B ändert in

- § 4 Abs. 7, Abs. 8 Nr. 1 VOB/B;
- § 5 Abs. 4 VOB/B;
- § 8 Abs. 3 und 4 VOB/B.

sprachlich Begrifflichkeiten.

Der bisherige Begriff „den Auftrag entziehe/Auftragsentziehung“ ersetzt diesen durch den Begriff „den Vertrag kündigen werde/Kündigung“.

Damit wurde in einigen Bestimmungen der VOB/B die sprachlich überholte Formulierung „Entziehung des Auftrages“ in „Kündigung“ geändert. Dies ist im Sinne einer Vereinfachung und Vereinheitlichung der Formulierungen der VOB/B sinnvoll. Die sprachlichen Änderungen haben allerdings keine praktischen Auswirkungen.

Hinweis:

Die sprachlichen Veränderungen sind von geringer Praxisrelevanz. Auftraggeber und Auftragnehmer sollten ihre bauvertraglichen Muster dahingehend ändern, dass der Begriff „Auftragsentziehung“ durch „Kündigung“ ersetzt wird. Eine Weiterverwendung der alten Formulierungen dürfte aber im Rahmen einer Auslegung unschädlich sein. Dennoch ist es ratsam, die sprachlichen Änderungen der VOB/B auch im eigenen Schriftverkehr umzusetzen.

3.2. Bekanntgabe der Nachunternehmer

Eine wesentliche Änderung der VOB/B 2016 betrifft das Verhältnis Auftraggeber zum Auftragnehmer im Zusammenhang mit dem Nachunternehmereinsatz. Aufgrund der bisherigen Regelungen war es, bei Einbeziehung der VOB/B, einem Auftragnehmer ohne Zustimmung des Auftraggebers nicht möglich, Nachunternehmer einzusetzen. Ein Verstoß hiergegen stellt einen Kündigungsgrund dar. Die VOB/B 2016 ergänzt und verschärft die Regelung. § 4 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B wird neu gefasst wie folgt:

„§ 4 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B:

3. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber die Nachunternehmer und deren Nachunternehmer ohne Aufforderung spätestens bis zum Leistungsbeginn des Nachunternehmers mit Namen, gesetzlichen Vertretern und Kontaktdaten bekannt zu geben. Auf Verlangen des Auftraggebers hat der Auftragnehmer für seine Nachunternehmer Erklärungen und Nachweise zur Eignung vorzulegen.“

Die Neuregelung der VOB/B bringt nun zusätzliche Mitteilungspflichten in den Nachunternehmerketten.

Der Auftragnehmer muss die Nachunternehmer auch ohne besondere Aufforderung mit Namen, gesetzlicher Vertreter und Kontaktdaten benennen. Nach der Altfassung waren die Nachunternehmer nur auf Anforderung zu benennen!

Außerdem muss der Auftragnehmer nicht nur seine direkten Nachunternehmer benennen, sondern auch deren Nach- Nachunternehmer. Damit setzt sich die Auskunftsverpflichtung in der Nachunternehmerkette fort.

Hinweis:

Der Auftragnehmer muss nunmehr sowohl vertraglich als auch organisatorisch Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass diesen Pflichten genügt wird. Der Auftragnehmer muss daher dafür sorgen, dass die Nachunternehmer den Auftragnehmer mit den geforderten Dokumenten versehen können. Der Auftragnehmer wird, was ohnehin empfehlenswert, teilweise sogar erforderlich ist, die VOB/B auch im Nachunternehmervertrag vereinbaren. Bei bloßer Geltung des BGB, kann der Nachunternehmer seinerseits ohne Zustimmung weitere Nachunternehmer einschalten. Das BGB sieht keine persönliche Leistungspflicht vor. Der Auftragnehmer verliert sonst die „Kontrolle“ über die Nachunternehmerkette!

Eine weitere Änderung besteht darin, dass auf Verlangen des Auftraggebers der Auftragnehmer nun auch für seine Nachunternehmer Erklärungen und Nachweise zur Eignung vorzulegen hat. Bislang bezog sich diese Pflicht auf den Auftragnehmer als Bieter selbst.

Diese Bestimmung könnte Konfliktpotential und Schwierigkeiten schaffen, da Eignungsnachweise eingefordert werden können.

Dies könnte sich beispielsweise auf den Umsatz des Unternehmens, Referenzen, jahresdurchschnittlich beschäftigte Arbeitskräfte, usw. beziehen.

Es stellt sich die Frage, ob diese Regelung generell gilt oder nur bei öffentlichen Auftraggebern. Betrachtet man sich die EU-Richtlinie 2014/24/EU, dann richtet sich diese eigentlich nur an den öffentlichen Auftraggeber. In § 4 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B wird aber nicht differenziert. Damit wird man bei einer Auslegung davon auszugehen haben, dass diese Regelung für alle Auftraggeber, gleichgültig ob öffentlicher Auftraggeber oder privater Auftraggeber, gilt.

Hinweis:

Auftragnehmer werden sowohl vertraglich als auch organisatorische Maßnahmen ergreifen müssen, dass die geforderten Daten auch zur Verfügung gestellt werden können. Praktische Schwierigkeiten sind bereits jetzt absehbar.

Es dürfte zudem fraglich sein, ob die Regelung einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand halten wird. Die Regelungen zum Nachunternehmereinsatz unterscheiden sich zwischen einem BGB-Werkvertrag und einem VOB/B-Werkvertrag bereits in der Vergangenheit erheblich. Dies wird durch die Neuregelung noch zusätzlich verschärft.

Der Auftragnehmer sollte bei der Vereinbarung der VOB/B darauf achten nicht durch unbewusste Abweichungen die Privilegierung der VOB/B zu verlieren.

3.3. Zusätzliche Kündigungsrechte

Die VOB/B 2016 erweitert die Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers. § 8 Abs. 4 VOB/B wird neu gefasst.

„Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen,

1. *Wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe eine Abrede getroffen hatte, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 Nr. 2 bis 4 gilt entsprechend.*
2. *Sofern dieser im Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB geschlossen wurde,*
 - a) *Wenn der Auftragnehmer wegen eines zwingenden Ausschlussgrundes zum Zeitpunkt des Zuschlags nicht hätte beauftragt werden dürfen. Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 Nr. 2 bis 4 gilt entsprechend.*

- b) *Bei wesentlicher Änderung des Vertrags oder bei Feststellung einer schweren Verletzung der Verträge über die Europäische Union und die Arbeitsweise der Europäischen Union durch den Europäischen Gerichtshof. Die ausgeführten Leistungen sind nach § 6 Abs. 5 abzurechnen. Etwaige Schadensersatzansprüche der Parteien bleiben unberührt. Die Kündigung ist innerhalb von 12 Werktagen nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes auszusprechen."*

Ergänzend zu der Änderung des § 8 Abs. 4 VOB/B wird ein neuer § 8 Abs. 5 VOB/B angefügt:

„(5) Sofern der Auftragnehmer die Leistung, ungeachtet des Anwendungsbereichs des 4. Teils des GWB, ganz oder teilweise an Nachunternehmer weitervergeben hat, steht auch ihm das Kündigungsrecht gem. Abs. 4 Nr. 2 Buchstabe b zu, wenn er ihn als Auftragnehmer verpflichtende Vertrag (Hauptauftrag) gem. Abs. 4 Nr. 2 Buchstabe b gekündigt wurde. Entsprechendes gilt für jeden Auftraggeber der Nachunternehmerkette, sofern sein jeweiliger Auftraggeber den Vertrag gem. Satz 1 gekündigt hat.“

Die Neuregelung bringt somit eine Modifikation der Kündigungsgründe mit sich.

Der Auftraggeber kann den Bauvertrag zunächst dann kündigen, wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

Der Auftraggeber kann bei EU-Vergaben den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer wegen eines zwingenden Ausschlussgrundes zum Zeitpunkt des Zuschlages nicht hätte beauftragt werden dürfen.

Bei einer EU-weiten Vergabe kann der Auftraggeber den Vertrag auch kündigen, wenn eine wesentliche Änderung des Vertrages vorliegt, was unter Umständen auch bei der Beauftragung umfangreicher Nachtragsleistungen oder bei lang andauernden Behinderungen der Fall sein könnte. Die Kündigung muss allerdings innerhalb eines begrenzten Zeitraums von 12 Werktagen nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden.

Sofern der Auftragnehmer aus diesem Grund gekündigt wird, kann er seinerseits auch die Verträge mit seinen Nachunternehmern kündigen.

Ein weiterer Kündigungsgrund besteht darin, dass die Verträge über die Europäische Union und die Arbeitsweise der Europäischen Union verletzt worden sind.

Die Änderungen dürften in der Praxis eher geringe Relevanz haben.

Hinweis:

Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer haben die neuen Kündigungsgründe zu berücksichtigen. Insbesondere darf die Frist zur Kündigung nicht versäumt werden. Der Auftragnehmer kann in der Nachunternehmerkette den Kündigungsgrund quasi „weitergeben“.

4. Zusammenfassung

Die VOB/B, die eine lange Tradition seit 1926 hat, wird ständig angepasst. Auftraggeber und Auftragnehmer haben sich auf die neuen Spielregeln einzustellen. Die Änderungen sind allerdings überschaubar. Insbesondere im Nachunternehmerverhältnis gibt es Besonderheiten, die beachtet werden sollten. Das private Baurecht bleibt spannend. Es bleibt abzuwarten, ob es tatsächlich zu einer Kodifizierung des Bauvertragsrechts im BGB kommt.