

## 50. Schleswig-Holsteinischer Bau- und Vergaberechtstag am 16. März 2018 in Neumünster

### **Aktuelle Neuregelungen aus dem nationalen Vergaberecht und Bauvertragsrecht für die öffentliche Auftragsvergabe**

Referent:

Geschäftsführer Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) Stefan Lübke  
Bauindustrieverband Hamburg Schleswig-Holstein e. V.  
Geschäftsstelle Schleswig-Holstein  
Ringstraße 54, 24103 Kiel

- I. Schwellenwerte / Wertgrenzen**
- II. Änderungen des Vergaberechts in 2018  
- ein Ausblick**
- III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht  
- Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?**

I.

# Schwellenwerte / Wertgrenzen

## I. Schwellenwerte / Wertgrenzen

### 1. EU-Schwellenwerte

- EU- Amtsblatt Nr. L337 vom 19.12.2017, Seite 17 ff.

- Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge oberer und oberster Bundesbehörden: 144.000,00 € (bisher 135.000,00 €)
- Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sonstiger öffentlicher Auftraggeber: 221.000,00 € (bisher 209.000,00 €)
- Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Sektorenauftraggebern: 443.000,00 € (bisher 408.000,00 €)
- Für Bauaufträge: **5.548.000,00 €** (bisher 5.225.000,00 €)
- Für Konzessionsvergaben: 5.548.000,00 € (bisher 5.225.000,00 €)

Hinweis: Verpflichtung zur Durchführung der e-Vergabe für alle öffentlichen Auftraggeber ab dem **18.10.2018** bei EU-Vergabeverfahren.

## I. Schwellenwerte / Wertgrenzen

## 2. Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung

### § 9 Abs. 1:

„Bis zum 1. Oktober 2018 gelten folgende Wertgrenzen, die sich auf den Gesamtauftragswert beziehen:...

3. abweichend von § 3 ist eine beschränkte Ausschreibung gemäß § 3 Absatz 3 VOB/A ohne Durchführung eines öffentlichen Teilnahmewettbewerbs zulässig unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von **1.000.000 Euro**; ab Erreichen dieses Auftragswertes ist eine beschränkte Ausschreibung gemäß § 3 Absatz 3 VOB/A ohne Durchführung eines öffentlichen Teilnahmewettbewerbs zulässig für jedes Fachlos unterhalb eines geschätzten Einzelauftragswertes von 50.000 Euro.
4. abweichend von § 3 ist eine freihändige Vergabe gemäß § 3 Abs. 5 VOB/A zulässig unterhalb eines geschätzten Auftragswertes in Höhe von **100.000 Euro**;...”

# II.

## Änderungen des Vergaberechts in 2018 - ein Ausblick

## II. Änderungen des Vergaberechts in 2018 - ein Ausblick

### 1. Unterschwellenvergabeordnung (UVGO)

- Bundesebene seit dem 02.09.2017
- Hamburg seit dem 01.10.2017
- Mecklenburg-Vorpommern voraussichtlich Sommer 2018
- In **Schleswig-Holstein** ist mit einer Umsetzung ebenfalls im **Sommer 2018** zu rechnen.

## II. Änderungen des Vergaberechts in 2018 - ein Ausblick

### 2. Novellierung 1. Abschnitt VOB/A

Im Deutschen Vergabe- und Vertragssausschuss für Bauleistungen (DVA) werden derzeit zahlreiche Anpassungen diskutiert, u. a.:

- „Wahlfreiheit“ des Auftraggebers zwischen öffentlicher Ausschreibung und beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb
- Verfahrensvorgaben für die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb
- „Direktauftrag“ mit Festsetzung Wertgrenze
- Erleichterungen beim Eignungsnachweis
- Nachforderung von Unterlagen



## II. Änderungen des Vergaberechts in 2018 - ein Ausblick

### 3. Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein

Koalitionsvertrag 2017 - 2022 von CDU, Grünen, FDP

Seite 42:

„Das Tariftreue- und Vergabegesetz werden wir auf Grundlage der Vorschläge der bisherigen Evaluation weiterentwickeln und ein neues mittelstandsfreundliches Vergaberecht gestalten, das auch insbesondere kleinen Betrieben die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen von Land und Kommunen ermöglicht. Dafür werden wir auf **vergabefremde Kriterien verzichten**. Bei der konkreten Beschaffung durch das Land werden wir auf **umweltbezogene und innovative Aspekte** setzen.“

## II. Änderungen des Vergaberechts in 2018 - ein Ausblick

### 4. „Korruptionsregister“ - Register zum Schutz fairen Wettbewerbs

Koalitionsvertrag 2017 - 2022 von CDU, Grünen, FDP

Seite 44:

„Vor dem Hintergrund der Schaffung eines Bundeskorruptionsregisters halten wir ein gesondertes Korruptionsregister in Schleswig-Holstein und Hamburg für entbehrlich und werden es mit Einführung des Bundeskorruptionsregisters, spätestens aber **Ende des Jahres 2018** auslaufen lassen.“

## II. Änderungen des Vergaberechts in 2018 - ein Ausblick

Aber: „Wettbewerbsregister“ wurde zwar am 28.07.2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht, jedoch wird die Umsetzung mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Nach derzeitigem Kenntnisstand ist **nicht** mit einer Aufnahme des beim Bundeskartellamt zu errichtenden „Wettbewerbsregisters“ **vor 2020** zu rechnen.

## II. Änderungen des Vergaberechts in 2018 - ein Ausblick

### 5. Koalitionsvertrag von CDU/CSU, SPD Bund:

- „Widersprüchliche“ Aussagen zur Zukunft der VOB
- unter VI. Erfolgreiche Wirtschaft für den Wohlstand von morgen  
unter 1. Wirtschaft zu der Überschrift „Bürokratieabbau“ heißt es in den Randnummern 2923 bis 2927:

„Die öffentliche Beschaffung ist ein wichtiger Wirtschaftsfaktor. Öffentliche Aufträge müssen mittelstandsfreundlich ausgeschrieben werden. Zur weiteren **Vereinheitlichung** des Vergaberechts prüfen wir die **Zusammenführung** von Verfahrensregeln für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen einerseits und von Bauleistungen andererseits in einer einheitlichen Vergabeverordnung.“

## II. Änderungen des Vergaberechts in 2018 - ein Ausblick

### 5. Koalitionsvertrag von CDU/CSU, SPD Bund:

Unter IX. Lebenswerte Städte, attraktive Regionen und bezahlbares Wohnen

Unter Ziffer 4. Innovation und Wirtschaftlichkeit beim Bauen heißt es dagegen Randziffer 5402 bis 5406:

„Die öffentlichen Bauleistungen sind ein wichtiger Wirtschaftsfaktor. Sie fördern insbesondere den Mittelstand. Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) als faire, wettbewerbsneutrale und von allen Bauverbänden getragene Verfahrensregelung **garantiert** gute Bauleistungen. Sie ist zu **sichern** und **anwenderorientiert weiterzuentwickeln**.“

## III.

# **Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauftrag?**

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

## 1. Einführung / Problemabriss

### a) § 650 b BGB, Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) **Begehrt** der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,

**streben** die Vertragsparteien **Einvernehmen** über die Änderung und die **infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. ... Trägt der** Besteller die **Verantwortung für die Planung** des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung **erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. ...**

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

(2) Erzielen die Parteien **innen 30 Tagen** nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in **Textform** anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.



### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

#### b) § 650 c BGB Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650 b Absatz 2

(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650 b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den **tatsächlich erforderlichen** Kosten mit **angemessenen Zuschlägen** für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. ...

(2) Der Unternehmer **kann** zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer **vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation** zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

(3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632 a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer **80 Prozent** einer in einem Angebot nach § 650 b Abs. 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht.

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?



- ⇒ Die Anordnungsrechte in der VOB nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B und die Vergütungsansprüche nach § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B haben einen abweichenden Regelungsinhalt.

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

## 2. Privilegierung der VOB/B nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB:

„In den Fällen des Satzes 1 finden § 307 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 308 Nr. 1 a und 1 b auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung **ohne inhaltliche Abweichungen** insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelne Bestimmung keine Anwendung.“

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

## 3. Abweichungen von der VOB/B

- Bei Abweichungen von Regelungsinhalten der VOB/B ist daher fraglich, ob die §§ 1 Abs. 3, Abs. 4 sowie die §§ 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B einer AGB-Inhaltskontrolle standhalten.
- Diese Frage ist äußerst umstritten und wird erst in mehreren Jahren durch die Rechtsprechung entschieden werden.

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

## 4. Auswirkungen auf die Praxis

### a) Vergabehandbuch Bund - Ausgabe 2017

- Erlass des BMUB vom 08.12.2017:  
III. 1. a.: „Um diese AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B nicht zu gefährden, wurden die Formblätter des VHB einer Überprüfung unterzogen mit dem Ziel, **jedes Risiko der Abweichung** von der VOB/B **zu vermei-den**. Bei der Streichung von Vertragsbedingungen und Regelungen im Rahmen dieser Überprüfung wurde großzügig verfahren. Dies bedeutet, dass die **Beibehaltung** der Regelungen **nicht zwangsläufig** zum **Privilegierungsverlust** geführt hätte, da in der Rechtsprechung zu zahlreichen Punkten Uneinigkeit zu beobachten ist.

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

III. 3. b. bb.: Bei Vertragsabschlüssen ab dem 01.01.2018 wäre das neue BGB der AGB-rechtliche Maßstab. Dies bedeutet jedoch **nicht notwendig** ein **gestiegenes Risiko** der Unwirksamkeit einzelner VOB/B-Bestimmungen. Denn die Diskussion zu der Frage, ob die VOB/B einer Klauselkontrolle am Maßstab des neuen BGB standhalten wird oder wo ggf. nicht, hat gerade erst begonnen. Gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung wird erst in einigen Jahren vorliegen. Da sich das BGB in zentralen Fragen an der VOB/B **orientiert** und die VOB/B ab 2018 den gesetzlichen Regelung **ähnlicher** ist als in den vergangenen 50 Jahren **ist es nicht undenkbar**, dass die VOB/B auch einer AGB-rechtlichen Prüfung am Maßstab des neuen BGB standhalten wird.

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?



III. 3. c.: Darüber hinaus wurde bei der Überarbeitung der Formblätter die Gelegenheit genutzt, „aufzuräumen“.

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht

#### - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

- Besonders hervorzuheben u. a.:
  - Wegfall des Formblatts 231 (Vereinbarung Tariftreue) sowie des Formblatts 232 (Vereinbarung Tariftreue zwischen AN und NU)
  - Wegfall der Vorgabe der Anzahl der einzureichenden Rechnungsexemplare entsprechend des Formblattes 214 Ziff. 3 a. F.
  - Verzicht auf Kombibürgschaft nach Formblatt 421 a. F.
  - Keine abweichende Regelung für den Rückgabezeitpunkt für eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche - Wegfall der Regelung im Formblatt 214 Ziff. 5 a. F.



### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht

#### - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

- Formblatt 100 (Allgemeine Richtlinien Vergabeverfahren) Ziff. 4.2.6

Wiederholungen oder **Abweichungen** von der VOB/B und VOB/C bzw. VOL/B, den Besonderen, den Zusätzlichen und Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen sowie **Widersprüche** in den Vergabeunterlagen **sind auszuschließen**. Sofern Regelungen in Ergänzung... aufgenommen werden sollen, dürfen diese **keine inhaltliche Abweichung** von der VOB/B enthalten, da anderenfalls der Vertrag einer AGB-rechtlichen Klauselkontrolle unterworfen werden und teilweise unwirksam werden könnte.

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht

#### - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

An die Stelle der unwirksamen Regelung des VOB/B-Vertrages würden in diesem Fall die gesetzlichen Regelungen des BGB treten, z. B. mit der Folge,

- dass Leistungsänderungen **nicht mehr ohne vorherige Verhandlung** mit dem Auftragnehmer angeordnet werden können (d. h. ggf. 30 Tage Baustillstand),
- dass die Nachtragsvergütungen **nicht** mehr anhand der **Urkalkulation** fortgeschrieben, **sondern** anhand der **tatsächlich erforderlichen Kosten** neu ermittelt werden **muss** oder
- dass der Auftragnehmer für eine Nachtragsleistung (sofern man sich über deren Vergütung noch nicht geeinigt hat) eine Abschlagszahlung von **80 % seines Nachtragsangebots** fordern kann, auch wenn er hierin die Kosten der Leistung überhöht angesetzt hatte.

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht

#### - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

Da solche oder ähnliche Folgen einer AGB-rechtlichen Überprüfung des VOB/B-Vertrages **Bauausführung und Mittelverwendung behindern** können, ist eine VOB/B-konforme Gestaltung der Vertragsunterlagen erforderlich.

- vgl. i. Ü., Die Anlage zum Einführungserlass des BMUB vom 08.12.2017 „Dokumentation der Änderungen“

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht

- Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

- Sonderproblem:
  - „Was gilt, wenn die jeweilige VOB/B-Klausel selbst Abweichungen zulässt?“ z. B. § 4 IV, § 13 IV, § 17 VIII Nr. 2 VOB/B

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

#### b) Zukunft der VOB/B

Beschluss des Hauptausschusses Allgemeines des DVA zur VOB/B vom 18.01.2018:

„Der Hauptausschuss Allgemeines hat... die VOB/B vor dem Hintergrund des am 01.01.2018 in kraft getretenen gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auf Aktualisierungsbedarf geprüft. Der HAA fasst mehrheitlich den Beschluss, die VOB/B **zunächst unverändert** zu lassen.

### III. Das neue gesetzliche Bauvertragsrecht - Anwendung beim öffentlichen Bauauftrag?

Dem Beschluss liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Der HAA präferiert eine Weiterentwicklung der VOB/B, hält es jedoch für erforderlich, zunächst die **aktuelle Diskussion** zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und die Rechtsprechung **zu beobachten**. Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht: Die Praxis müsste sich zeitgleich zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auch auf eine veränderte VOB/B einstellen, die **erforderliche Rechtssicherheit** neuer VOB/B-Regelungen wäre mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags jedoch **nicht gewährleistet**.

Der HAA wird die Entwicklung der Rechtsprechung zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, insbesondere unter AGB-rechtlichen Aspekten, **verfolgen und daraus ggf. Veränderungsbedarf in der VOB/B ableiten**.“