

### 3.4 Nachträge

#### Allgemeines

(1) Die Zulässigkeit von Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit ist in § 22 VOB/A bzw. EU VOB/A geregelt.

#### a) Bauaufträge, welche national ausgeschrieben wurden:

Die Beauftragung nicht vereinbarter Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, bedarf, unabhängig von dem Umfang dieser Leistungen, keines neuen Vergabeverfahrens. Nicht vereinbarte Leistungen, welche nicht zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich sind, erfordern grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren. Ausnahmen hiervon sind bei Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 3a Abs. 4 VOB/A (Freihändige Vergabe) zulässig.

#### b) Bauaufträge, welche europaweit ausgeschrieben wurden:

Die Beauftragung nicht vereinbarter Leistungen bedarf eines neuen Vergabeverfahrens, wenn damit wesentliche Änderungen des Bauvertrages verbunden sind. Die Wesentlichkeit ist insbesondere dann zu bejahen, wenn zumindest einer der in § 22 EU Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 VOB/A aufgeführten Tatbestandsmerkmale erfüllt ist.

Ausnahmen von diesem Grundsatz sind allerdings u.a. in folgenden Fällen zulässig:

1. Die ursprünglichen Vergabeunterlagen enthalten eine diesbezügliche Anpassungsklausel oder -option.
2. Es werden zusätzliche Bauleistungen erforderlich und ein Wechsel des Auftragnehmers kann aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen und ist mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten verbunden.
3. Die Änderung erfolgt aufgrund von nicht vorhersehbaren Umständen und führt zu keiner Veränderung des Gesamtcharakters des Auftrags.
4. Die Änderung führt zu keiner Veränderung des Gesamtcharakters des Auftrags und die Änderungen betragen in der Gesamtsumme nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswertes und übersteigen den Schwellenwert nach § 106 GWB nicht.

In den in Nr. 2 und 3 geregelten Fällen darf die Änderung in jedem Einzelfall nicht mehr als 50 % des ursprünglichen Auftragsvolumens betragen. Außerdem sind in diesen Fällen die Änderungen mit dem Vordruck Bekanntmachung einer Änderung im Amtsblatt der Europäischen Union bekanntzumachen.

(2) Erforderliche Änderungen oder Ergänzungen des Bauvertrages (Nachträge) sind schriftlich mittels Nachtragsvereinbarung zu regeln, die sich insbesondere auf folgende Sachverhalte erstrecken kann:

- Überschreitung des Mengenansatzes einer Position um mehr als 10 % (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 und 4 VOB/B),
- Unterschreitung des Mengenansatzes einer Position um mehr als 10 % (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 und 4 VOB/B),
- Übernahme von beauftragten Leistungen durch den Auftraggeber (§ 2 Abs. 4 VOB/B),
- Änderung der Leistung (§ 2 Abs. 5 VOB/B),
- Zusätzliche Leistung (§ 2 Abs. 6 VOB/B),
- Vergütungsanpassung bei vereinbarten Pauschalsummen (§ 2 Abs. 7 VOB/B),
- Leistungen des Auftragnehmers ohne Auftrag (§ 2 Abs. 8 VOB/B),
- vom Auftraggeber verlangte Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen (§ 2 Abs. 9 VOB/B),
- Stundenlohnarbeiten (§ 2 Abs. 10 VOB/B),
- Wegfall von Teilleistungen (§ 8 Abs. 1 VOB/B),
- Behinderung durch Auftraggeber (§ 6 Abs. 6 VOB/B).

Die Leistungsbeschreibung im Nachtrag hat eindeutig und erschöpfend im Sinne von § 7 VOB/A zu erfolgen. Dabei sind – soweit möglich – Texte des Standardleistungskataloges (STLK) zu verwenden. Insbesondere sollen hierbei auch die preisbestimmenden Faktoren, wie z. B. Transportweiten, Abmessungen, Material im Positionstext ausgewiesen sein.

(3) Nachträge sind zeitnah und möglichst vor Ausführung der Leistungen, abschließend zu bearbeiten. Der gesamte Bearbeitungsvorgang jedes Nachtrages ist in der Regel im Vordruck HVA B-StB Vermerk Nachtragsbearbeitung (siehe Teil 4 Vordrucke) festzuhalten.

Verzögert sich – aus welchen Gründen auch immer – eine zeitnahe Nachtragsvereinbarung, ist wegen der erhöhten Kooperationspflicht beider Parteien beim VOB/B-Vertrag das unbestrittene Guthaben analog § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 3 VOB/B unverzüglich zu zahlen.

Kommt eine Vereinbarung nicht vor, während oder nach der Ausführung geänderter oder zusätzlicher Leistung(en) zustande, so ist vom Auftraggeber die Höhe der Vergütung auf den vertraglichen Grundlagen bzw. gemäß § 632 Abs. 2 BGB einseitig festzulegen und der weiteren Vertragsabwicklung zu Grunde zu legen.

(4) Vor Abschluss einer Nachtragsvereinbarung ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen hierfür nach dem Bauvertrag (siehe Abschnitt 3.0 „Allgemeines“, Nr. [6]) vorliegen.

Verlangt der Auftragnehmer einen Nachtrag unter Bezug auf Unklarheiten in den Vergabeunterlagen, obwohl er seiner Hinweispflicht gemäß Nr. 1 der „Teilnahmebedingungen bzw. EU-Teilnahmebedingungen (siehe Teil 1, Abschnitt 1.0 „Allgemeines“) nicht nachgekommen ist, führt dies nicht zu einer Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer. Das OLG München hat mit Beschluss vom 04. 04. 2013 entschieden, dass der Bieter bei Fehlern im Leistungsverzeichnis keine Hinweispflicht hat. Das OLG Dresden (Urt. vom 25. 11. 2011) hat ebenfalls eine Hinweispflicht vor Vertragsschluss abgelehnt.

Im Vermerk Nachtragsbearbeitung sind sämtliche mit dem betreffenden Sachverhalt zusammenhängende Regelungen festzuhalten. Hierzu gehört insbesondere die OZ-weise Prüfung der Nachtragspositionen hinsichtlich nachfolgender Punkte:

- ist die Nachtragsposition Bestandteil der vertraglichen Leistung (§ 2 Abs. 1 VOB/B),
- ist die Nachtragsposition vollständig und prüffähig,
- welche Anspruchsgrundlage gemäß § 2 VOB/B ist einschlägig,
- Prüfung der Elemente der Preisermittlung der Nachtrags-OZ unter Berücksichtigung der Leistungs- und Mengenansätze.

Vorgenannte Sachverhaltsfeststellungen sind schriftlich zu dokumentieren. Hierzu kann der Vordruck HVA B-StB OZ-weise Prüfung Nachtrag (siehe Teil 4 Vordrucke) oder eine mit den entsprechenden Angabe ausgefüllte Excel-Tabelle (Abdruck hiervon siehe Teil 4 Vordrucke) verwendet werden. Die jeweilige Unterlage ist als Anlage dem Vermerk Nachtragsbearbeitung beizufügen.

(5) Weiterhin ist zu beachten, dass eine Änderung des Bauvertrages zum Nachteil des Auftraggebers (Bund, Land usw.) nach den haushaltsrechtlichen Bestimmungen (z. B. § 58 Bundeshaushaltsordnung – BHO) nur in besonders begründeten Ausnahmefällen zulässig ist (siehe Nrn. [32] ff.).

Vertragsänderungen, die eine höhere Vergütung oder eine Veränderung von Vertragsbedingungen zugunsten des Auftragnehmers zum Inhalt haben, sind dann nicht als nachteilig für den Auftraggeber anzusehen, wenn der Auftragnehmer einen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch darauf hat.

(6) Zusammenhängende Leistungen und sämtliche damit im Zusammenhang stehende Sachverhalte sind in **einer** Nachtragsvereinbarung zu regeln und nicht zu splitten. Neben dem Anlass für den Nachtrag sind insbesondere die betroffenen Positionen und/oder preislichen Vereinbarungen sowie gegebenenfalls die Auswirkungen auf sonstige Vertragsbedingungen (Termine, Gleitklauseln, Vertragsstrafen usw.) festzuhalten.

(7) Werden durch Nachträge vertragliche Preise geändert oder neue Preise vereinbart, ist von der Preisermittlung des Auftragnehmers (Urkalkulation) für die vertragliche Leistung auszugehen.

Ist diese Preisermittlung nicht sachgerecht oder für den Auftraggeber nicht nachvollziehbar, so sind die Ansätze auf der Grundlage der Vertragspreise besonders sorgfältig zu prüfen.

Der Auftraggeber darf zur Vereinbarung neuer Preise oder zur Prüfung sonstiger vertraglicher Ansprüche die Preisermittlung (Urkalkulation) öffnen und einsehen. Die Preisermittlung wird danach wieder verschlossen. Sie wird nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung zurückgegeben.

(8) Die einzelnen Elemente einer Preisermittlung sind unterschiedlich zu behandeln, wobei zu unterscheiden ist zwischen

- positionsbezogenen (Einzelkosten der Teilleistung),
- auftragsbezogenen (Baustellengemeinkosten) und
- firmenbezogenen (Allgemeine Geschäftskosten)

Preiselementen.

Positionsbezogene Preiselemente sind die unmittelbar leistungsabhängigen Kosten, wie z. B.

- Lohnkosten einschließlich lohngedundener Kosten,
- Stoffkosten frei Baustelle,
- Betriebskosten der Geräte, d. h. Kosten für Betriebsstoffe, Bedienung, laufende Reparaturen, ggf. Geräteabschreibung und -verzinsung,

jeweils ohne Gemeinkostenzuschlag.

Auftragsbezogene Preiselemente sind die nicht oder nur mittelbar leistungsabhängigen Kosten, wie z. B.

- Gemeinkosten der Baustelle, d. h. Kosten für Baustelleneinrichtung und -räumung sowie für Verkehrssicherung und -regelung (soweit nicht in eigenen Positionen erfasst), für Vorhaltung der Baustelleneinrichtung, für allgemeines Baustellenpersonal, für allgemeine Baustellengeräte,
- etwaige Sonderkosten, z. B. besondere Versicherungen, Entwurfskosten, Lizenzgebühren.

Firmenbezogene Preiselemente sind z. B.

- Allgemeine Geschäftskosten,
- Wagnis und Gewinn.

(9) Änderungen der Ausführungsfristen sind in der Nachtragsvereinbarung zu regeln.

(10) Vorhandene Vertragsstrafenregelungen sind in der Nachtragsvereinbarung erneut mit aufzunehmen. Hierzu sollte folgender Textbaustein in das zu Vertragsstrafen zugehörige Freitextfeld aufgenommen werden: „Die ursprüngliche Vertragsstrafenregelung gilt (unter Berücksichtigung der neuen Ausführungsfristen) weiter“.

(11) In der Nachtragsvereinbarung sind Gemeinkostenregelungen zu treffen oder zumindest vorzubehalten. Lässt sich zum Zeitpunkt des Abschlusses der Nachtragsvereinbarung die neue Höhe der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten (zusammenfassend Gemeinkosten, Ansprüche aus Behinderung, Ansprüche aus Bauzeitverlängerung o. ä.) noch nicht abschließend regeln, ist dies in der Nachtragsvereinbarung unter Punkt „Sonstiges“ durch Ankreuzen des maßgebenden Feldes bzw. durch Freitexteintragung festzuhalten.

Der die Nachträge betreffende Schriftwechsel mit dem Auftragnehmer, der Vermerk Nachtragsbearbeitung einschl. der zugehörigen Anlagen sowie die Begründungen und Ermittlungen für alle Vereinbarungen im Nachtrag, insbesondere die Preisermittlungen, sind den „Unterlagen für die Rechnungslegung“ (siehe Abschnitt 3.8 „Rechnungen und Zahlungen“) beizufügen.

#### **Mengenänderungen (§ 2 Abs. 3 VOB/B)**

(12) Diese Regelung der VOB/B betrifft lediglich vom Bauvertrag abweichende Mengen ohne inhaltliche Änderung der Leistung. Mengenänderungen infolge geänderter bzw. zusätzlicher Leistungen sind nach § 2 Abs. 5 bzw. § 2 Abs. 6 VOB/B zu behandeln.

#### **Überschreitung des Mengenansatzes (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B)**

(13) Sobald der Umfang der Mengenüberschreitung überschaubar ist, muss geprüft und dokumentiert werden, ob eine Herabsetzung der Preise zu verlangen ist.

Eine Herabsetzung ist immer dann zu verlangen, wenn erkannt wird, dass der Auftragnehmer

- durch die Überschreitung erhebliche positions- oder auftragsbezogene Kosten einsparen würde,
- positionsbezogene Kosten von vornherein erheblich zu hoch angesetzt hat und dem Auftraggeber ein Festhalten an den ursprünglichen Ansätzen nicht zumutbar ist oder
- durch marktbedingte Senkung von Stoffpreisen erhebliche positionsbezogene Kosten einsparen würde, es sei denn, für diese Stoffe ist eine Stoffpreisgleitklausel vereinbart.

(14) Verlangt dagegen der Auftragnehmer bei Überschreitung des Mengenansatzes von mehr als 10 % eine Erhöhung der Preise, so ist durch den Auftragnehmer über die Mehrkosten ein Nachweis vorzulegen. Bei der Prüfung ist folgendermaßen zu verfahren:

- Positionsbezogene Mehrkosten sind anzuerkennen. Die durch eine vereinbarte Lohn- oder Stoffpreisgleitklausel abgedeckten Mehrkosten sind unberücksichtigt zu lassen. Eine Änderung nicht angemessener oder falscher Ansätze bei der Preisermittlung (z. B. „Kalkulationsfehler“) auf angemessene Ansätze ist erst vorzunehmen, wenn dem Auftragnehmer oder Auftraggeber bezogen auf die Abrechnungssumme des Gesamtvertrages ein Festhalten an den ursprünglichen Ansätzen im Einzelfall nicht zumutbar ist.
- Eine Veränderung der auftrags- und firmenbezogenen Ansätze ist abzulehnen.

(15) Über die zu vereinbarenden neuen Preise für die 110 % des Mengenansatzes überschreitenden Mengen ist eine Nachtragsvereinbarung zum Bauvertrag abzuschließen.

#### **Unterschreitung des Mengenansatzes (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B)**

(16) Verlangt der Auftragnehmer bei der Unterschreitung des Mengenansatzes von Positionen um mehr als 10 % eine Erhöhung der Einheitspreise dieser Positionen, wird immer ein Ausgleich gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (Gemeinkostenausgleichsberechnung) erforderlich.

#### **Gemeinkostenausgleichsberechnung (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B)**

(17) Ergibt die Abrechnung eines Bauvertrages Mengenmehrungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2, sind durch den Auftraggeber keine Gemeinkostenausgleichsberechnungen durchzuführen sondern ist nach Nr. (13) zu verfahren.

Sobald sich Mengenminderungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 ergeben, kann der Auftragnehmer einen Gemeinkostenausgleich verlangen. Dazu sind vom AN Nachweise vorzulegen. Diese sind wie folgt zu prüfen:

- (a) Bei den Positionen mit Unterschreitungen des Mengenansatzes sind nur die Positionen
- deren Menge sich um mehr als 10 % des Mengenansatzes verringert hat und
  - bei diesen jeweils die Differenzmenge von 100 % des Mengenansatzes bis zu der tatsächlichen Menge zu betrachten.

Für diese Differenzmengen sind je Position die mengenunabhängigen (fixen) auftrags- und firmenbezogenen Kosten und letztlich deren Summe als Betrag für die VOB-Ausgleichsberechnung zu ermitteln.

- (b) Für die VOB-Ausgleichsrechnung (siehe auch § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 Halbsatz 2 VOB/B) sind alle Positionen
- deren Menge sich auf über 110 % des Mengenansatzes erhöht hat und
  - bei diesen jeweils die Differenzmenge von 110 % des Mengenansatzes bis zur tatsächlichen Menge zu betrachten.

Für diese Differenzmengen sind ebenfalls je Position die mengenunabhängigen (fixen) auftrags- und firmenbezogenen Kosten und letztlich deren Summe als Betrag für die Gemeinkostenausgleichsberechnung zu ermitteln.

Positionen,

- deren Menge sich um mehr als 10 % des Mengenansatzes erhöht hat und
- für die ein neuer Preis nach den Nrn. (14) und (15) unter Ausgleich der auftragsbezogenen Kosten vereinbart wurde, sind in der Ausgleichsberechnung nur hinsichtlich der firmenbezogenen Kosten einzubeziehen.

(c) Die nach den Nrn. (a) und (b) ermittelten Beträge sind zu saldieren.

(d) Das Ergebnis der Gemeinkostenausgleichsberechnung ist in einer Nachtragsvereinbarung festzuhalten.

#### **Übernahme von beauftragten Leistungen durch den Auftraggeber (§ 2 Abs. 4 VOB/B)**

(18) Die Übernahme von beauftragten Leistungen durch den Auftraggeber hat die Vergütungsrechtsfolgen wie bei einer Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 4 VOB/B steht dem Auftragnehmer zwar die vereinbarte Vergütung zu; er muss sich aber nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B anrechnen lassen, was er dadurch an Kosten erspart, oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seine Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB).

#### **Änderung der Leistungen oder andere Anordnungen des Auftraggebers (§ 2 Abs. 5 VOB/B)**

(19) Bei einer Änderung des Bauvertrages aufgrund von Entwurfsänderungen oder bei über die vertragliche Leistung hinaus gehenden Anordnungen des Auftraggebers ist, sofern nicht eine gesonderte Vergabe erforderlich ist, stets eine Nachtragsvereinbarung zum Bauvertrag abzuschließen.

Dabei ist zu prüfen, ob gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ein neuer Preis zu vereinbaren ist, weil sich die Grundlagen der Preise für die betroffenen Positionen geändert haben. Trifft dies zu, ist der Auftragnehmer zur Abgabe eines Nachtragsangebotes mit neuen Preisen (in der Regel keine Zulagepreise) aufzufordern.

(20) Bei der Vereinbarung eines neuen Preises ist wie folgt zu verfahren:

- Bei den positions- und auftragsbezogenen Preiselementen sind nur die durch die Leistungsänderung bedingten Mehr- oder Minderkosten anzuerkennen.
- Bei den von der Änderung betroffenen Preiselementen sind nicht angemessene oder falsche Ansätze bei der Preisermittlung für die ursprüngliche Leistung (z. B. „Kalkulationsfehler“) nicht zu korrigieren.
- Bei den firmenbezogenen Preiselementen ist eine Änderung des Ansatzes abzulehnen.

(21) Leistungsänderungen können auch Änderungen der Ausführungsfristen sein (siehe auch Abschnitt 3.5).

#### **Änderung des Bauablaufs – Bauablaufstörung (§ 2 Abs. 5 VOB/B)**

(22) Vergütungsansprüche aus Bauablaufstörung sollten zweckmäßigerweise nach Abschluss der Bauleistung betrachtet werden. Die Fortschreibung der Bauablaufpläne (vgl. Abschnitt 3.5) ist Voraussetzung dafür.

(23) Schadenersatzansprüche setzen schuldhaftes Handeln des Auftraggebers voraus (vgl. § 6 Abs. 6 VOB/B).

(24) Fällt die Änderung des Bauablaufs nicht in den Verantwortungsbereich des Auftraggebers, besteht kein Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B.

(25) Bauablaufbedingte Vergütungsansprüche nach § 2 Abs. 5 VOB/B setzen Anordnungen des Auftraggebers mit Auswirkungen auf den Bauablauf voraus. Um diese Vergütungsansprüche prüfen zu können, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Vorlage eines aussagekräftigen und aktuellen Bauablaufplans mit Soll-Ist-Vergleich (vgl. Abschnitt 3.5 [2]).
- Konkrete und auf den Einzelfall der Störung bezogene Darstellung der Forderungen. Abstrakte baubetriebliche Berechnungen sind nicht zu akzeptieren.
- Vorlage einer nachvollziehbaren Nachtragskalkulation.

Nicht prüffähige Forderungen sind zurückzuweisen.

(26) Vergütungsansprüche können sich nur aus einer Änderung des kritischen Weges im Bauablauf ergeben. Ändert sich der kritische Weg nicht, sind bauablaufbedingte Forderungen zurückzuweisen. Die tatsächlichen Auswirkungen der vom Auftraggeber verursachten Störungssachverhalte sind im Hinblick auf die Änderungen des kritischen Weges zu bewerten. Dabei sind zeitliche Überschneidungen zu berücksichtigen. Aus dieser Bewertung ergibt sich die Änderung des kritischen Weges.

(27) Die Prüfung der Vergütungsansprüche erfolgt anhand der Nachtragskalkulation. Hierbei sind nur die von der Änderung des kritischen Weges betroffenen zeitabhängigen Preisbestandteile zu berücksichtigen. Die zeitabhängigen Preisbestandteile müssen mit der Urkalkulation übereinstimmen. Unzutreffende Preisbestandteile der Nachtragskalkulation sind zu korrigieren.

(28) Resultiert aus der Änderung des kritischen Weges eine Verlängerung der vertraglich vereinbarten Bauzeit, können sich die zeitabhängigen Preisbestandteile der Urkalkulation ändern. Diese Änderungen (z. B. Tariflohnanstieg, regionale Materialpreisänderungen) sind durch den Auftragnehmer detailliert nachzuweisen.

#### **Zusätzliche Leistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B)**

(29) Ist eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung (Zusätzliche Leistung) auszuführen, dann ist zu prüfen, ob

- diese Leistung zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich ist und
- der Betrieb des Auftragnehmers oder eines von ihm eingesetzten Unterauftrag-/Nachunternehmers auf eine derartige Leistung eingerichtet ist sowie
- diese Leistung insgesamt nur mit Nachteilen für den Auftraggeber (Behinderung der Ausführung, Erhöhung der Kosten) von einem anderen Unternehmer ausgeführt werden kann.

(30) Treffen alle drei Voraussetzungen zu, dann ist gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B die Ausführung der zusätzlichen Leistung vom Auftragnehmer zu verlangen und dieser zur Abgabe eines Nachtragsangebotes aufzufordern. Dazu ist von ihm gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B eine detaillierte, auf der Grundlage der Preisermittlung für die vertragliche Leistung aufbauende Berechnung seiner Preise für die zusätzliche Leistung zu fordern, bei deren Prüfung folgendermaßen zu verfahren ist:

- Bei den positionsbezogenen Preiselementen sind die jeweiligen Ansätze anzuerkennen, wenn sie angemessen sind und den Ansätzen bei vergleichbaren vertraglichen Leistungen entsprechen. Mehr- oder Minderkosten infolge vereinbarter Lohn- und Stoffpreisgleitklauseln sind gesondert zu berücksichtigen.
- Für die auftrags- und firmenbezogenen Preiselemente ist eine Änderung der ursprünglichen Ansätze abzulehnen.

(31) Über die Preise für zusätzliche Leistungen und gegebenenfalls die sonstigen vertraglichen Auswirkungen ist eine Nachtragsvereinbarung zum Bauvertrag abzuschließen.

#### **Vergütungsanpassung bei vereinbarten Pauschalsummen (§ 2 Abs. 7 VOB/B)**

(32) Eine Vergütungsanpassung von Pauschalsummen kann nach § 2 Abs. 7 VOB/B nur in Betracht kommen, wenn es sich um nicht zumutbare qualitative oder quantitative Änderungen des gesamten Leistungsvolumens handeln. Entscheidend sind hier aufgrund der bisherigen Rechtsprechung immer die Umstände des Einzelfalls.

(33) Die jeweils betroffene Vertragspartei kann dann zusätzlich zur vereinbarten Pauschalsumme einen Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten verlangen, bis die Zumutbarkeit für ein Festhalten an der Pauschalsumme wieder erreicht ist (siehe § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B). Bei der Bemessung des Ausgleichs ist von den Grundlagen der Preisermittlung des beauftragten Angebotes auszugehen.

#### **Leistungen des Auftragnehmers ohne Auftrag (§ 2 Abs. 8 VOB/B)**

(34) Hat der Auftragnehmer Leistungen ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausgeführt, ist unverzüglich zu prüfen, ob diese Leistungen

- nachträglich anerkannt oder
- nicht anerkannt werden.

Bei Nichtanerkennung der Leistungen ist dem Auftragnehmer schriftlich mitzuteilen, ob

- diese ohne Vergütung geduldet,
- deren Beseitigung und die Erbringung der vertragsgerechten Leistungen gefordert,
- Ersatzmaßnahmen zur Beseitigung angedroht,
- Schadensersatzforderungen vorbehalten

werden.

(35) Soweit dem Auftragnehmer eine Vergütung nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B zusteht, ist der Preis entsprechend der Regelung nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B zu ermitteln.

#### **Vom Auftraggeber verlangte Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen (§ 2 Abs. 9 VOB/B)**

(36) Vom Auftraggeber verlangte besondere Leistungen des Auftragnehmers wie Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen, die er nicht vertraglich, insbesondere nicht nach den Technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte zu erbringen hat, sind gesondert zu vergüten.

Da diese Leistungen innerhalb eines Bauvertrages nach VOB/B erbracht werden, gelten insoweit für die Vergütung nicht die Bestimmungen der HOAI.

#### **Stundenlohnarbeiten (§ 2 Abs. 10 VOB/B)**

(37) Vor einer Beauftragung/Abrufung von Stundenlohnarbeiten ist immer zu prüfen, ob diese Arbeiten einer bereits beauftragten Leistungsposition zugeordnet oder als eine Leistungsposition neu festgelegt werden können. Nur wenn beides nicht möglich ist, kann eine Beauftragung von Stundenlohnarbeiten in Betracht gezogen werden. Das Vorliegen der Voraussetzungen und deren Auswirkung auf die Gesamtvergütung ist aktenkundig zu machen.

(38) Die Beauftragung von Stundenlohnarbeiten setzt voraus, dass es sich

- um Bauleistungen geringeren Umfangs handelt, die überwiegend Lohnkosten verursachen,
- die Ausführung vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart wird und
- dem Auftraggeber angezeigt worden ist (§ 15 Abs. 3 Satz 1 VOB/B).

Bei der Vereinbarung von Stundenlohnarbeiten ist der Vorrang der ortsüblichen Vergütung (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B) zu beachten.

#### **Änderung des Bauvertrages zum Nachteil des AG (z. B. § 58 BHO)**

(39) Eine Änderung bestehender Vertragsverhältnisse zum Nachteil des AG kommt nur in besonders begründeten Ausnahmefällen in Betracht. Soweit bei den Baudienststellen Anträge von Auftragnehmern auf Preisänderungen eingehen, z. B. wegen starker Stoffpreissteigerungen in Bauverträgen ohne Stoffpreisgleitklausel, sind diese für Baumaßnahmen nach § 58 BHO zu beurteilen. Ein besonders begründeter Ausnahmefall ist anzunehmen, wenn nach Prüfung der Baudienststelle der Auftragnehmer zwar keinen Rechtsanspruch auf Änderung oder Aufhebung des Vertrages hat, ihn aber ein Festhalten am Vertrag nach Lage des Einzelfalles unbillig benachteiligt, weil seine wirtschaftlichen Verhältnisse bei Vertragserfüllung infolge ihm nicht zuzurechnender Umstände erheblich verschlechtern würden.

(40) Der Auftragnehmer hat die erhebliche Verschlechterung durch Vorlage geeigneter Unterlagen nachzuweisen. Dabei ist auf die Gesamtvermögenslage des Auftragnehmers, bei Arbeitsgemeinschaften der einzelnen Mitglieder, abzustellen; in der Regel ist nachzuweisen, dass der Auftragnehmer bei Erfüllung des Vertrages von der Insolvenz bedroht wäre. Nicht ausreichend ist, dass dem Auftragnehmer bei Erfüllung des Vertrages finanzielle Verluste entstehen, ebenso ist ein Abwälzen von Kalkulationsfehlern auszuschließen.

Mindestens sind folgende Unterlagen zur Einzelfallprüfung gemäß § 58 BHO vom Auftragnehmer vorzulegen:

- Unternehmensbilanz des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres zum Nachweis über die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage als Auswirkung, z. B. der Stoffpreiserhöhung,
- entsprechende Wirtschaftsdaten der letzten drei Monate,
- aktuelle Daten über Auftragsbestand, Verbindlichkeiten, Guthaben und Vermögenswerte als Nachweis der Existenzgefährdung durch die gestiegenen Preise,
- konkrete Belege über die aktuellen Einkaufspreise der Stoffe,
- Nachweis der durch die Preissteigerungen vertragsindividuell (getrennt nach Anteil des Auftragnehmers und dessen eventuellen Unterauftrag-/Nachunternehmern) entstandenen Mehrkosten.

Die o. g. Nachweise sind, ggf. auch nachträglich, durch einen vereidigten Wirtschaftsprüfer zu bestätigen.

(41) Die Anträge von Auftragnehmern sind von der Baudienststelle unverzüglich unter Berücksichtigung vorstehender Punkte zu prüfen und bei Bundesmaßnahmen, verbunden mit einem Entscheidungsvorschlag, dem BMVI auf dem Dienstweg zur Zustimmung vorzulegen.