

Mehrmengen über 110%: AGK-Zuschlag trotz Schlusszahlungsmitteilung!

Trotz Schlusszahlungsmitteilung kann noch eine Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B zu Allgemeinen Geschäftskosten mit Erhöhung entsprechend der Prozentangabe des EFB-Preisblatts durchgesetzt werden, wenn wegen der Vereinbarung der ZVB/E StB 2011 die VOB/B nicht als Ganzes in den Vertrag einbezogen worden ist.

OLG Dresden, Urteil vom 05.09.2017 - 4 U 551/17

VOB/B § 2 Abs. 3, § 16 Abs. 3

Problem/Sachverhalt

Nachdem der Unternehmer die öffentlich unter ergänzender Einbeziehung der ZVB/E StB 2011 ausgeschriebene Bundesstraße schlussabgerechnet hat, erhält er die Schlusszahlungsmitteilung des Auftraggebers sowie die entsprechende Schlusszahlung Anfang 2014. Im August 2014 wird eine Mengenausgleichsberechnung zu den 10% überschreitenden Mehrmengen über 11.863,47 Euro übersandt, weil § 16 Abs. 3 VOB/B nicht wirksam vereinbart worden sei. Dieser vergeblich angemahnte Betrag wird vom Landgericht weitgehend zugesprochen, nachdem durch ein baubetriebliches Gerichtsgutachten der Standpunkt bestätigt worden ist. Im Hinblick auf in Nachträgen enthaltene Deckungen wird die Forderung auf 9.018,30 Euro bei der Gesamtvergütungsanpassung für Mengen über 110% nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B reduziert.

Entscheidung

Das OLG bestätigt das Urteil! Auch **ohne Vorbehalt** kann der Unternehmer nach Ermittlung der anzusetzenden Mengen im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung später noch eine Ausgleichsberechnung auch für einen generellen prozentualen Aufschlag zu Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) auf die kalkulierten Kosten verlangen. Die vom Auftraggeber gestellten, ergänzenden **Regelungen der VOB/B** sind nur dann einer **Inhaltskontrolle entzogen**, wenn diese **als Ganzes vereinbart** worden sind. Eine Inhaltskontrolle wegen unangemessener Benachteiligung einer anderen Partei nach dem AGB-Recht ist schon bei ganz geringfügigen, inhaltlichen Abweichungen durchzuführen. Die sog. **"Schlusszahlungseinrede"**, die zum Ausschluss aller über die Zahlung geleisteten Forderungen - auch solcher, die nicht in der Schlussrechnung enthalten sind - führen würde, hält dieser nicht stand und ist **unwirksam** (BGH, **IBR 2002, 1**). Durch die bei Straßenbaumaßnahmen regelmäßig von Auftraggebern **ergänzend gestellten ZVB/E StB 2011** ist in Ziffern 9, 100 und 110.2 ein **solcher Eingriff jeweils erfolgt**. Die Abnahmeregulierung, eine Verschärfung der Schriftform (vgl. BGH, a.a.O., und **IBR 1996, 182**) sowie die Sicherheitenregelung entgegen § 17 VOB/B (OLG Frankfurt, Urteil vom 12.05.2016 - **22 U 34/15**, IBRRS 2016, 1401) führen zur Inhaltskontrolle.

Praxishinweis

Nach dem OLG Nürnberg (**IBR 2003, 55**) ist dies die zweite obergerichtliche Entscheidung, die sich zutreffend wegen der in Deutschland weit verbreiteten umsatzbezogenen Kalkulation von AGK mit dem prozentualen Aufschlag bei der Preisanpassung befasst. Im Unterschied zu den objektspezifischen Baustellengemeinkosten wird der Zuschlag üblicherweise einmal jährlich als umsatzbezogener Zuschlag in Form eines "zukünftigen Prognosewerts" ermittelt und bei der Zuschlagskalkulation auf die Herstellungskosten beaufschlagt. Nur das KG (**IBR 2006, 611**) hat die AGK als Fixkosten, deren Höhe bei Mengenmehrungen unveränderbar bleibe, eingestuft. Das OLG Dresden hat jedoch die Revision nicht zugelassen, weil es sich hier um eine Einzelfallentscheidung handelt, die einen anderen Sachverhalt betrifft.

RA und FA für Bau- und Architektenrecht Arndt Maas, Leipzig