

Rundbrief 46 – Anwendbarkeit § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/BSachverhalt:

Der Auftragnehmer erhält ein Leistungsverzeichnis und wird um Abgabe eines Angebots gebeten. Es handelt sich die Abfrage von EP-Preisen für im LV beschriebene Leistungen mit konkreten Mengenvorgaben. Bei Durchführung der beauftragten Leistungen fallen für einzelne LV-Positionen auch über 10% abweichende Leistungen an, die der Unternehmer nach dem EP-Preis abrechnet. Der Auftraggeber verlangt die Anpassung des EP, da die Abweichung über 10 % der ursprünglich genannten Menge des Vordersatzes liegt. Der Unternehmer lehnt dies ab und verlangt die Vergütung entsprechend dem vereinbarten EP.

Wortlaut § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B

„Für die über 10% hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren“

Wann diese **Regelung greift** ist in der Praxis häufig unklar. Insbesondere Auftraggeber versuchen durch Hinweis auf diese Regelung bei einem geschlossenen VOB/B-Bauwerkvertrag dem Unternehmer seinen berechtigten Werklohn vorzuenthalten.

- a. Wenn die **VOB/B** nicht als **Ganzes (insgesamt ohne Einschränkung)** zum Vertragsgegenstand gemacht worden ist, **kann sich der Auftraggeber** als Steller der Regeln der VOB/B nicht berufen, denn die Regelung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist AGB-widrig und nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nichtig [BGH Urt. v. 11.10.2017 – XII ZR 8/17].
- b. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B findet keine Anwendung, wenn die Massenmehrung erfolgte auf Grund veränderter oder zusätzlicher Leistungen auf **Anordnung des Auftraggebers** nach § 2 Abs. 5 VOB/B [BGH NJW 2012, 1348 Rn. 18 mwN].
- c. Die Massenmehrung nicht aufgrund von Umständen erfolgt, die aus dem **Risikobereich des Auftraggebers** stammen [Keldungs in Ingenstau/Korbion VOB 20.Aufl. B. § 2 Abs. 3 Rn 14; Jansen in Beck'scher VOB-Kommentar Teil B, 3. Aufl., § 2 Abs. 3 Rn. 9].
- d. **Voraussetzung für die Regelung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist, dass**
 - die Mengenvorgabe ein verbindlich festgelegter Mengensatz ist
 - sich das Risiko einer Fehleinschätzung des Auftraggebers verwirklicht hat, weil im Hinblick auf die Mengen andere Verhältnisse vorgefunden wurden, als im Vordersatz Eingang gefunden hat.
 - Sie auf einer schuldhaften Massenermittlung des Auftraggebers beruht.

Ein Verlangen des Auftraggebers auf Preisanpassung ist Voraussetzung.

Der Anspruch ist zeitlich unbegrenzt, lediglich begrenzt durch Verjährung (Regelfrist 3 Jahre) – **BGH NZBau 2005, 455**). Die Frist beginnt zu laufen mit Prüfung der Schlussrechnung bzw. mit Ablauf der Prüfungsfrist, wenn diese davor liegt.

Verwirkung tritt nach Auffassung des OLG Düsseldorf ein mit Ausgleichung der Schlussrechnung [abgedruckt in NZBau 2015, 280], nach **BGH, Urt. v. 14.04.2005 – VII ZR 14/04** nach allgemeinen Grundsätzen zur Verwirkung (**Achtung: Einzelfallprüfung**)

Tipp:

Der Auftragnehmer kann durch eigene AGB, wenn er sie zum Vertragsgegenstand machen kann, die Regelung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 BGB abbedingen.

Erstellt 12.11.2017

Erk Winkelmann

Rechtsanwalt- Notar a.D

Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht