

BUNDESGERICHTSHOF

22

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 321/87

URTEIL

Verkündet am
22. Dezember 1988
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma W[REDACTED] & F[REDACTED] AG, vertreten durch das
Vorstandsmitglied Heinrich B[REDACTED], F[REDACTED] a.M., Zweig-
niederlassung Br[REDACTED], A[REDACTED]straße [REDACTED], Br[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Fr[REDACTED] Ha[REDACTED] Br[REDACTED], vertreten durch den Senator für
das Bauwesen, An[REDACTED]straße [REDACTED], Br[REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch und die Richter Bliesener, Prof. Dr. Walchshöfer, Prof. Quack und Dr. Thode

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bremen vom 27. Oktober 1987 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin schrieb im Herbst 1978 die Bauarbeiten für das Bauvorhaben "Trogbauwerk H~~...~~straße" öffentlich aus. In Bietergemeinschaft mit der Z. AG gab die Beklagte ein Angebot in Höhe von 5.564.536,14 DM ab. Gleichzeitig überreichte sie der Klägerin eine von dieser vorformulierte Bietererklärung, in der es heißt:

- "1. Ich versichere / wir versichern, daß ich / wir aus Anlaß dieser Ausschreibung / Auftragsvergabe an keiner wettbewerbsbeschränkenden Absprache oder Abstimmung, insbesondere über
- Abgabe oder Nichtabgabe von Angeboten,
 - zu fordernde Preise oder sonstige Entgelte,
 - Gewinnaufschläge oder andere Preisbestandteile,
 - Zahlungs-, Lieferungs- und andere Bedingungen,
 - Ausfallentschädigungen oder Abstandszahlungen,
 - Gewinnbeteiligung oder andere Abgaben,
- beteiligt war / waren.
2. Ich versichere / wir versichern, daß ich / wir aus Anlaß dieser Ausschreibung / Auftragsvergabe keine Meldungen oder Mitteilungen abgegeben habe / haben, die der namentlichen Erfassung und gegenseitigen Bekanntmachung der an der Ausschreibung interessierten Unternehmen vor Ablauf der Angebotsfrist dienen.
3. Meine / unsere Erklärungen zu Ziffer 1 und 2 gelten auch für Handlungen von Personen, die von mir / uns beauftragt oder für mich / uns tätig sind.
4. Falls sich herausstellt, daß meine / unsere vorstehenden Erklärungen unrichtig oder unvollständig waren, verpflichte ich mich / verpflichten wir uns zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 3 v.H. der Endsumme meines / unseres Angebotes.



5. Mir / uns ist bekannt, daß das Recht des Auftraggebers, aus dem gleichen Rechtsgrund Schadensersatz zu verlangen, unberührt bleibt."

Eine solche Erklärung verlangte die Klägerin von allen Bietern. In ihrer Dienstanweisung Nr. 305 ist u.a. folgendes angeordnet:

"Die Erklärung soll ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten des Bieters verhindern und im Falle der Abgabe einer unrichtigen oder unvollständigen Erklärung die Rechtsgrundlage für die Zahlung einer Vertragsstrafe bilden.

...

Die Erklärung ist vom Auftraggeber zusammen mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes dem Bewerber zuzusenden und vom Bieter bei der Abgabe seines Angebotes vorzulegen. Angebote, für die die Erklärung nicht zur Submission vorliegt, sind von der Wertung auszuschließen.

...

Ein Nachweis dafür, daß die Erklärung unrichtig oder unvollständig war (Ziff. 4 der Erklärung), liegt dann vor, wenn ein Verfahren aufgrund der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) rechtsbeständig den Verstoß des Bieters bzw. Auftragnehmers gegen Vorschriften des GWB ergeben hat. Das Ergebnis muß die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Erklärung oder einzelner Teile der Erklärung bestätigen. In diesem Falle ist unverzüglich die vereinbarte Vertragsstrafe der Firma gegenüber geltend zu machen."

Die Beklagte erhielt den Auftrag nicht; er wurde an zwei andere Baufirmen als Arbeitsgemeinschaft vergeben.

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, an einer verbotenen Preisabsprache für das Bauvorhaben teilgenommen zu

haben, und hat deshalb entsprechend der Bietererklärung 166.936,-- DM nebst Zinsen als Vertragsstrafe (3 % der Angebotssumme) eingeklagt. Nachdem die Beklagte aus einer Rechnung für andere Arbeiten eine Forderung von 188.000 DM erlangt hatte, hat die Klägerin gegenüber dieser Forderung die Aufrechnung mit der Klageforderung zuzüglich Verzugszinsen erklärt. Hilfsweise stützt sie den der Aufrechnung zugrunde gelegten Anspruch auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung. Sie macht insoweit geltend, daß die wettbewerbsbeschränkende Abrede hier zu einer Überschreitung des angemessenen Preises um 20 % geführt habe.

Im Hinblick auf die Aufrechnung hat die Klägerin den Rechtsstreit in der Hauptsache einseitig für erledigt erklärt und beantragt, die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten aufzuerlegen.

Das Landgericht hat dem Antrag der Klägerin entsprochen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer - angenommenen - Revision, die die Klägerin zurückzuweisen bittet, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die von der Klägerin zur Aufrechnung gestellte Forderung im Hinblick auf die Bietererklärung für begründet. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe sich die Beklagte an einer das Bauobjekt betreffenden Preisabsprache beteiligt. Dies habe gemäß der Bietererklärung ihre Verpflichtung zur Zahlung von 3 % ihrer Angebotssumme ausgelöst. Die Bietererklärung, die in Nr. 4 als eine Vereinbarung eigener Art (§ 305 BGB) einzuordnen sei, ohne ein Vertragsstrafenversprechen im eigentlichen Sinne darzustellen, halte einer Überprüfung nach dem AGB-Gesetz stand. Der Umstand, daß andere Bieter bei Teilnahme an einer wettbewerbsbeschränkenden Preisabsprache ebenfalls zur Zahlung herangezogen werden könnten, führe auch aus dem Gesichtspunkt einer etwaigen unangemessenen Bereicherung der Klägerin nicht zur Unwirksamkeit. Entscheidend sei allein, ob der einzelne Bieter unangemessen benachteiligt sei. Davon könne bei 3 % der Angebotssumme keine Rede sein.

Damit seien durch die nach Rechtshängigkeit erklärte Aufrechnung die Klageforderung und die Werklohnforderung der Beklagten gemäß § 389 BGB erloschen, so daß der Rechtsstreit in der Hauptsache seine Erledigung gefunden habe.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Wie der Senat bereits mit seinem - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmten - Urteil vom 23. Juni 1988 (NJW 1988, 2536) entschieden hat, ist in Ziffer 4 der Bietererklärung weder eine Schadenspauschale noch eine Vertragsstrafe vereinbart. Vielmehr handelt es sich um ein Garantieverprechen oder eine ihm ähnliche Erklärung, weil sie lediglich ein bestimmtes Verhalten in der Vergangenheit gewährleistet.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hält die nach dem AGB-Gesetz zu beurteilende Klausel der Überprüfung gemäß § 9 Abs. 1 AGB nicht stand, denn die Klägerin verfolgt mit ihr unter erheblicher Beeinträchtigung der Interessen des einzelnen Bieters letztlich die Schöpfung neuer, vom eigentlichen Sachinteresse losgelöster Geldforderungen. Auch das ist in dem o.a. Urteil, auf das verwiesen wird, im einzelnen begründet worden.

An dieser Ansicht hält der Senat fest.

2. Damit kann die Klägerin aus ihrer Bietererklärung keinen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte herleiten, so daß die darauf gestützte Aufrechnung die Werklohnforderung der Beklagten nicht zum Erlöschen bringen kann.

Da jedoch die Tatrichter - von ihrem Standpunkt aus folgerichtig - über den hilfsweise geltend gemachten und zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch noch nicht befunden haben, kann der Senat nicht abschließend entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Die Sache ist vielmehr unter Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, zurückzuverweisen.

Girisch

Bliesener

Walchshöfer

Quack

Thode