

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 342/87

URTEIL

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

in dem Rechtsstreit

der Firma W[REDACTED]-Th[REDACTED]-B[REDACTED] Bau AG, vertreten durch den
Vorstandsvorsitzenden Dr. h.c. Ignaz W[REDACTED], A[REDACTED],
Zweigniederlassung Br[REDACTED], Z[REDACTED] Hu[REDACTED] Ba[REDACTED],
Br[REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin,
Berufungsklägerin, Berufungs-
beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [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, Widerbeklagte,
Berufungsbeklagte, Berufungs-
klägerin und Revisionsbeklagte,

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

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes 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 17. November 1987 aufgehoben, soweit es die Beklagte beschwert.

In diesem Umfang wird die Sache 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" und im Februar 1980 für das Bauvorhaben "Werkhöfe" öffentlich aus. Für das erste Bauvorhaben gab die Rechtsvorgängerin der Beklagten ein Angebot über 5.572.331,95 DM ab. Der Auftrag wurde an einen anderen Bieter vergeben. Für das Bauvorhaben "Werkhöfe" erhielt dagegen das von der Rechtsvorgängerin der Beklagten in Bietergemeinschaft mit der W. KG vorgelegte Angebot über 3.773.793 DM den Zuschlag. Gleichzeitig mit den Angeboten überreichte die Rechtsvorgängerin der Beklagten eine von der Klägerin 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 Klägerin nimmt die Beklagte wegen der Beteiligung ihrer Rechtsvorgängerin an Submissionsabsprachen in Anspruch und hat gemäß Ziffer 4 der Bietererklärung eine "Vertragsstrafe" von insgesamt 280.383,75 DM (167.169,96 DM "Trogbauwerk Hemmstraße", 113.213,79 DM "Werkhöfe") nebst Zinsen geltend gemacht. Hilfsweise stützt sie ihre Forderung auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung und un-erlaubter Handlung. Sie macht insoweit geltend, daß die wettbewerbswidrigen Vereinbarungen zu einer Überschreitung des angemessenen Preises um 15 bis 20 % geführt habe.

Nachdem die Klägerin einen Teilbetrag von 147.350 DM zur Aufrechnung gegen fällige Werklohnforderungen der Beklagten verwendet hatte, hat sie die restlichen 133.033 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Nach Rechtshängigkeit ihrer Forderung hat die Klägerin mit weiteren 81.023,13 DM gegen eine fällige Forderung der Beklagten aufgerechnet und sich wegen der von ihr errechneten restlichen "Vertragsstrafenforderung" von 52.009,87 DM aus der über 60.000 DM laufenden Bürgschaft der W. KG befriedigt. Den überschießenden Betrag von 7.990,13 DM hat sie auf eine angebliche Zinsforderung verrechnet und schließlich wegen restlicher Zinsen eine weitere Aufrechnung über den Betrag von 15.831,91 DM erklärt.

Daraufhin hat sie beantragt, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären und der Beklagten die Kosten aufzuerlegen.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat vor dem Landgericht im Wege der Widerklage 248.544,58 DM nebst Zinsen gefordert.

Das Landgericht hat den Rechtsstreit hinsichtlich der Klageforderung in der Hauptsache für erledigt erklärt und die Klägerin im übrigen - unter Abweisung der weitergehenden Widerklage - zur Zahlung von 28.160 DM nebst Zinsen verurteilt.

Im Berufungsverfahren haben die Parteien sich darauf geeinigt, daß der Klägerin auf etwaige "Vertragsstrafenansprüche" lediglich Verzugszinsen in Höhe von 11.910,64 DM zustehen. Die Klägerin hat die Abweisung der Widerklage beantragt, soweit das Landgericht der Beklagten einen höheren Betrag als 11.910,65 DM zugesprochen hat. Die Beklagte hat die Zurückweisung dieser Berufung, die Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 232.294,40 DM nebst Zinsen (unter Rücknahme des Widerklageantrags in Höhe von 11.910,64 DM) beantragt.

Das Berufungsgericht hat der Berufung der Klägerin stattgegeben, während das Rechtsmittel der Beklagten erfolglos geblieben ist. Mit ihrer - angenommenen - Revision, die die Klägerin zurückzuweisen bittet, verfolgt die Beklagte ihre Berufungsanträge (bis auf unbedeutende Abweichungen) weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die von der Klägerin geltend gemachte und zur Aufrechnung gestellte "Vertragsstrafenforderung" in Höhe von insgesamt 280.383,75 DM zuzüglich 11.910,64 DM für Verzugszinsen für begründet. Die Teilnahme der Rechtsvorgängerin der Beklagten an einer die beiden Bauobjekte betreffenden Preisabsprache habe gemäß der Bietererklärung ihre Verpflichtung zur Zahlung von 3 % der Angebotssumme ausgelöst, für die die Beklagte als Rechtsnachfolgerin einzustehen habe. Die Bietererklärung sei in Nr. 4 als eine Vereinbarung eigener Art (§ 305 BGB) einzuordnen, ohne ein Vertragsstrafenversprechen im eigentlichen Sinne darzustellen. Die Klausel 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 greife aber die von der Klägerin erklärte Aufrechnung durch, so daß sich die Hauptsache erledigt habe, während der Widerklageanspruch nur in Höhe von 11.910,65 DM nebst Zinsen bestehe.

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 AGBG 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.

2. Damit ist dem Berufungsurteil die Grundlage entzogen. 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, soweit es die Beklagte
beschwert, in diesem Umfang an das Berufungsgericht zur
neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, zurückzuverweisen.

Girisch

Bliesener

Walchshöfer

Quack

Thode