BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VI ZR 179/13

vom

24. März 2015

in dem Rechtsstreit

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. März 2015 durch den Vorsitzenden Richter Galke, die Richter Pauge, Stöhr, Offenloch und die Richterin Dr. Oehler

beschlossen:

Die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 4 wird als unzulässig verworfen.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten zu 1 bis 3 wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 27. März 2013 im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Entscheidung hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 5 und 6 - und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten zu 1 bis 3 erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde - mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 4, die dieser zu tragen hat -, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gegenstandswert: 1.636.134 €

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Gründe:

I.

1 1. Der Kläger nimmt - soweit im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren noch von Interesse - die Beklagten zu 1 und 2 auf Zahlung von rund 4,5 Mio. € Schadensersatz und den Beklagten zu 3 auf Feststellung einer entsprechenden Schadensersatzforderung zur Tabelle wegen Submissionsbetrugs bei der Errichtung der Kläranlage "S. See" in R. in Anspruch. Hinsichtlich des Beklagten zu 4 ist der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz übereinstimmend für erledigt erklärt worden.

2 Die Beklagte zu 1 wurde - unter anderer Firmierung - am 10. Mai 1991 vom Rechtsvorgänger des Klägers mit der Planung der Kläranlage "S. See" beauftragt. Der Beklagte zu 2 war damals Geschäftsführer der Beklagten zu 1. Der Beklagte zu 3 ist Konkursverwalter über das Vermögen der früheren St. - GmbH & Co. KG (nachfolgend: Fa. St.). Der Beklagte zu 4 war Geschäftsführer der Komplementärin der Fa. St. , welche die Kläranlage im Auftrag des Rechtsvorgängers des Klägers errichtete. Dem am 1. November 1991 zu einem Pauschalpreis von netto 21,35 Mio. DM erteilten Auftrag war eine beschränkte Ausschreibung vorangegangen.

3 Der Kläger behauptet insbesondere, es sei eine lediglich vorgetäuschte beschränkte Ausschreibung durchgeführt worden. Auf Weisung des Beklagten zu 4 seien im Büro der Fa. St. für die pro forma neben der Fa. St. beteiligten drei weiteren Unternehmen Leistungsverzeichnisse mit einem höheren Endpreis ausgefüllt worden, welche der Zeuge T. absprachegemäß den zwei weiteren beteiligten Unternehmen, welche dann tatsächlich ein Angebot abgegeben haben, persönlich zur Unterschrift und zur Anfertigung eines Begleitschreibens vorbeigebracht habe. Der Submissionsvor-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

schlag sei anschließend aus dem Büro der Fa. St. über die Beklagten zu 1 und 2 an den Rechtsvorgänger des Klägers weitergeleitet worden. Durch die Machenschaften der Beklagten sei es zu einem weit überhöhten Gesamtpreis gekommen.

4 Die Beklagten behaupten unter anderem, dass es an einem Schaden fehle, da die Kläranlage zu einem deutlich niedrigeren Preis pro Einwohnergleichwert gebaut worden sei als vergleichbare Anlagen.

5 2. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da der hypothetische Wettbewerbspreis bei keiner Art der Kostenermittlung (nach Kostenkennwerten, nach Leistungsverzeichnis und nach Selbstkosten) unter dem submittierten Preis liege. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagten zu 1 und 2 zum Schadensersatz in Höhe von ca. 1,6 Mio. € und den Beklagten zu 3 zur Feststellung einer entsprechenden Forderung aus unerlaubter Handlung zur Tabelle verurteilt. Nach der Kostenentscheidung haben die Beklagten zu 1 bis 4 gesamtschuldnerisch 1/3 der Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der erstinstanzlichen außergerichtlichen Kosten der ehemaligen Beklagten zu 5 und 6 zu tragen. Das Berufungsgericht ist dabei von einem von den Beklagten zu 2 und 4 als Organen der Beklagten zu 1 und der Fa. St. gemeinschaftlich begangenen Submissionsbetrug ausgegangen. Den Schaden hat es als Differenz zwischen dem submittierten Preis (21,35 Mio. DM netto) und einem hypothetischen Wettbewerbspreis (18,15 Mio. DM netto) auf 3,2 Mio. DM (= 1.636.134 €) geschätzt.

II.

6 1. Die Beschwerde des Beklagten zu 4 ist nicht statthaft. Auch wenn wie im Streitfall eine Entscheidung nach § 91a ZPO als Teil einer Kostenmischentscheidung im Rahmen eines - auch gegen weitere Beklagte in der Hauptsache ergangenen - Urteils getroffen wurde, ist hiergegen nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gem. § 91a Abs. 2 ZPO eröffnet, nicht jedoch das Hauptsacherechtsmittel (BGH, Beschluss vom 19. März 2013 - VIII ZB 45/12, NJW 2013, 2361 Rn. 18 ff. mwN) bzw. eine auf dessen Zulassung abzielende Nichtzulassungsbeschwerde.

7 Der von dem Beklagten zu 4 erhobene Rechtsbehelf kann allerdings auch nicht als sofortige Beschwerde (§ 567 ZPO) oder als Rechtsbeschwerde (574 ZPO) gegen die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts aufgefasst werden. Zwar gilt im Verfahrensrecht der Grundsatz, dass eine fehlerhafte Parteihandlung in eine zulässige und wirksame umzudeuten ist (analog § 140 BGB), wenn deren Voraussetzungen eingehalten sind, die Umdeutung dem maßgeblichen Parteiwillen entspricht und kein schutzwürdiges Interesse des Gegners entgegensteht (Senatsbeschluss vom 1. Juli 2013 - VI ZB 18/12, NJW 2013, 3181 Rn. 25 mwN). Eine sofortige Beschwerde gegen eine auf § 91a ZPO beruhende Entscheidung eines Oberlandesgerichts wäre aber ebenfalls unstatthaft (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2005 - II ZR 56/04, NJW-RR 2006, 566 Rn. 7; § 567 Abs. 1 ZPO). Eine Rechtsbeschwerde wiederum wurde weder vom Berufungsgericht zugelassen noch ist deren Statthaftigkeit im Gesetz ausdrücklich bestimmt (§ 574 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

8 2. Im Übrigen hat die Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

9 a) Allerdings fehlt es - wie die Nichtzulassungsbeschwerde selbst einräumt -, am Vorliegen eines Zulassungsgrundes i.S.d. § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO, soweit das Berufungsgericht die Zeugenaussagen bewertet und sich davon überzeugt hat, dass der Zeuge T. im Auftrag des Beklagten zu 4 Scheinangebote von Konkurrenzfirmen eingeholt, dass der Beklagte zu 2 von der manipulierten Ausschreibung, insbesondere der Submissionsabsprache, gewusst und sich hieran beteiligt hat, und dass mit Wissen des Beklagten zu 2 nicht nur die wesentliche Planung, sondern auch der (Blanko-)Vergabevorschlag von der Fa. St. erstellt worden ist, um die Ausschreibung zu ihrem Vorteil zu manipulieren.

10 b) Das Berufungsgericht hat jedoch den Anspruch der Beklagten zu 1 bis 3 auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es erheblichen Sachvortrag der Beklagten zur Frage des Vorliegens eines Schadens und der Schadenshöhe nicht berücksichtigt hat.

11 aa) Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG ist allerdings erst verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Gerichte das von ihnen entgegengenommene Parteivorbringen zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben. Sie sind dabei nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen. Deshalb müssen im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (BVerfGE 65, 293, 295 f. mwN; BVerfGE 70, 288, 293; BVerfGE 86, 133, 146; vgl. auch BGH, Beschluss vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 300 f. mwN). Geht das Gericht

auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert war (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 27. Juni 2007 - X ZB 6/05, BGHZ 173, 47 Rn. 31, und - X ZB 15/05, BGHZ 173, 40 Rn. 8; ebenso bereits BVerfGE 86, 133, 146 mwN).

12 bb) So verhält es sich im Streitfall.

13 (1) Das Berufungsgericht hat zum einen das Vorbringen der Beklagten übergangen, dass der hypothetische Wettbewerbspreis über 21,35 Mio. DM beträgt. Mit Schriftsatz vom 10. Januar 2012 haben die Beklagten zu 3 und 4 ausführlich und unter Beantragung einer erneuten Anhörung des Sachverständigen vorgetragen, dass zur Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises nicht ein "Marktpreis" der Kläranlage von 18,15 Mio. DM herangezogen werden könne, sondern dass dieser Preis vielmehr - schon nach den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen - über 21,35 Mio. DM liege. Dennoch hat das Berufungsgericht der Schadensermittlung als maßgebliche Größe einen vom Sachverständigen nach Leistungsverzeichnis ermittelten "Baupreis" von 18,15 Mio. DM zugrunde gelegt.

14 Zwar haben nur die Beklagten zu 3 und 4 den vorstehend genannten Vortrag gehalten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist jedoch in der Regel davon auszugehen, dass von einem Streitgenossen geltend gemachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel für alle Streitgenossen vorgetragen sind, soweit sie alle angehen und die Übrigen nicht selbst eine Erklärung abgeben (BGH, Urteil vom 29. März 1961 - V ZR 171/59, LM ZPO § 61 Nr. 1; vgl. auch Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 61 Rn. 3, und Stein/Jonas/Bork,

ZPO, 23. Aufl., § 61 Rn. 9). In eine gegenteilige Richtung deutende Anhaltspunkte sind hier nicht ersichtlich.

15 Obwohl der Vortrag der Beklagten damit die für das Verfahren zentrale Frage der Schadensentstehung und –höhe sowie explizit den vom Berufungsgericht herangezogenen Wert betroffen hat, hat sich dieses mit den entsprechenden Einwänden der Beklagtenseite überhaupt nicht auseinandergesetzt.

16 (2) Zum anderen hat das Berufungsgericht das Beklagtenvorbringen nicht zur Kenntnis genommen, dass die sog. Baustellenergebnislisten nicht aussagekräftig genug seien, um hieraus Rückschlüsse auf den hypothetischen Wettbewerbspreis zu ziehen. In der Berufungserwiderung vom 28. November 2011 haben die Beklagten zu 3 und 4 auf Ausführungen des Sachverständigen in dessen Anhörung am 31. März 2009 Bezug genommen. Dort hatte dieser angegeben, dass ohne eine detaillierte Aufschlüsselung sämtlicher Kosten keine Rückschlüsse von den Listen auf den hypothetischen Wettbewerbspreis möglich sind.

17 Eine Partei macht sich bei einer Beweisaufnahme zutage tretende ihr günstige Umstände regelmäßig zumindest hilfsweise zu Eigen (st. Rspr.; vgl. zuletzt Senatsbeschluss vom 14. Januar 2014 - VI ZR 340/13, VersR 2014, 632 Rn. 11 mwN). Davon kann hinsichtlich der Beklagten zu 1 bis 3 - erst recht bezüglich des Beklagten zu 3, der ausdrücklich auf die Beweisaufnahme Bezug genommen hat - ausgegangen werden. Denn die Ausführungen des Sachverständigen zur mangelnden Aussagekraft der Baustellenergebnislisten waren ihnen günstig. Dennoch hat das Berufungsgericht aus den fortgeführten Baustellenlisten zumindest ein Indiz für einen durch den Submissionsbetrug erzielten Mehrerlös in Höhe von mindestens 15 % des submittierten Betrages abgeleitet, ohne sich mit den seiner Sichtweise widersprechenden Ausführungen des Sachverständigen auseinanderzusetzen.

18 Die Frage, ob sich aus den Baustellenergebnislisten folgern lässt, dass die Fa. St. einen (erheblichen) Gewinn erzielt hat, betrifft einen für das Verfahren zentralen Punkt. Schließlich ist das Vorhandensein eines solchen Gewinns ein starkes Indiz für einen gegenüber dem hypothetischen Wettbewerbspreis überhöhten Submissionspreis. Nicht zuletzt deshalb haben sich sowohl Land- als auch Berufungsgericht - allerdings ohne den vorgenannten Gesichtspunkt zu beachten - mit dieser Thematik auseinandergesetzt.

19 cc) Die Gehörsverletzungen sind entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des übergangenen Sachvortrags der Beklagten zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre (vgl. Senatsbeschluss vom 17. Dezember 2013 - VI ZR 230/12, VersR 2014, 586 Rn. 7 mwN).

20 c) Die übrigen Rügen der Nichtzulassungsbeschwerde hat der Senat ge-

prüft und für nicht durchgreifend erachtet; von einer Begründung wird insoweit abgesehen (§ 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO).

Galke Richter am Bundesgerichtshof Stöhr

Pauge ist mit Ablauf des 31. März 2015
in den Ruhestand getreten und daher
verhindert, seine Unterschrift beizufügen
Galke

Offenloch Oehler

Vorinstanzen:
LG Halle, Entscheidung vom 01.07.2011 - 3 O 385/96 -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 27.03.2013 - 5 U 153/11 -