

Neues zum Baurecht 2/2022



Liebe Leserinnen und Leser,

wir möchten Sie mit unserem Newsletter auf eine Entscheidung des BGH aufmerksam machen, mit der der BGH einem Bieter erneut einen Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns nach Aufhebung des Zuschlags versagt hat und damit seine bereits zum Ende 2020 eingeleitete Rechtsprechung fortführt. Zudem hat der BGH nunmehr die viel diskutierte Frage beantwortet, ob ein Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit (§ 770 Abs. 1 BGB) formularmäßig wirksam vereinbart werden kann.

Mit besten Grüßen und bleiben Sie gesund

Amneh Abu Saris

Themen

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Kein positives Interesse nach Aufhebung des Zuschlags

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB wirksam

Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Abschlagszahlungen i. H. v. 80 % auch beim VOB/B-Vertrag!



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Kein positives Interesse nach Aufhebung des Zuschlags

Schon im letzten Jahr berichteten wir über eine BGH-Entscheidung, wo einem überangegangenen Bieter eines Vergabeverfahrens der Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse versagt wurde (Urteil vom 08.12.2020, XIII ZR 19/19). Mit einem neuen Urteil vom 23.11.2021, XIII ZR 20/19, wies der BGH wieder einen Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns zurück. Die Luft wird dünn für solche Ansprüche.

Der Fall

Im konkreten Fall waren Bodenbelagsarbeiten nach Abschnitt 1 der VOB/A öffentlich ausgeschrieben worden. Das Vergabeverfahren wurde von einem Dienstleister für eine Kommune als Bauherrin durchgeführt. Zwei Bieter gaben Angebote ab. In einer LV-Position waren fälschlich nur 230 m² anstelle der richtigen Menge von 4.480 m² als Vordersatz genannt. Der Kläger trug einen EP von 6,75 € dort ein, der zweite Bieter B forderte 3,50 €. Schon beim Aufklärungsgespräch war allen klar, dass der Mengenvordersatz dieser OZ zu niedrig war.

Bieter B erhielt den Auftrag. Erst nach Zuschlag wird ein Übertragungsfehler festgestellt, der dem Dienstleister bei der Zusammenstellung der Auftragssumme passiert war, weshalb das Angebot von B preislich günstiger erschien als das des nun klagenden Bieters. Aufgrund dieser Feststellung eines weiteren Fehlers schloss die auftraggebende Stadt mit B, der den Zuschlag erhalten hatte, einen Aufhebungsvertrag. Danach wurde das Vergabeverfahren erneut durchgeführt, beide Bieter nahmen wiederum Teil. Nun war B, der schon beim ersten Mal den Zuschlag erhalten hatte, der Mindestfordernde und erhielt den Auftrag.

Daraufhin macht der Kläger gegen die auftraggebende Stadt Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses (entgangener Gewinn zuzüglich Allgemeine Geschäftskosten) geltend. Während die Klage vor dem Landgericht zurückgewiesen wird, ist der Kläger vor dem OLG erfolgreich.

Die Entscheidung

Auf die Revision des Auftraggebers weist der BGH die Klage ab. Die Grundsätze für solche Fälle bleiben unverändert. Danach kann ein rechtswidrig überangegangener Bieter, der bei ordnungsgemäßer Vergabe den Auftrag hätte erhalten müssen, das positive Interesse fordern, wenn in dem Vergabeverfahren auch tatsächlich der Zuschlag (an einen anderen) erteilt wurde. Im entschiedenen Fall wurde zwar tatsächlich der Zuschlag an einen anderen erteilt. Das erfolgte aber nur wegen eines Rechenfehlers des Vergabedienstleisters, der das Angebot von B fälschlich als das preislich günstigste gewertet hatte. Bei richtiger Wertung wäre das Angebot des Klägers am billigsten

gewesen. Allerdings kam es nicht zur Vertragsdurchführung, weil die beklagte Stadt den bereits mit B geschlossenen Vertrag durch Aufhebungsvertrag sofort wieder beendete. Danach wurde unter Beteiligung des Klägers ein neues Vergabeverfahren mit korrigiertem LV durchgeführt. Bei diesem neuen Verfahren gab nicht der Kläger das günstigste Angebot ab, sondern dieses Mal tatsächlich der Mitbewerber B, der nun also zu Recht als preisgünstigster Bieter beauftragt und der Kläger ging leer aus.

Entgangenen Gewinn – so der BGH - kann es für einen erfolglosen Bieter nur geben, wenn ein „falscher“ Bieter den Auftrag erhält. Im entschiedenen Fall wurde aber eine fehlerhafte erste Vergabe durch den Aufhebungsvertrag wieder neutralisiert. Das Recht des ursprünglich übergangenen Bieters wurde im anschließenden, erneuten Vergabeverfahren ausreichend gewahrt. Dahinter steckte wohl auch die Erwägung, dass der Kläger im ersten Verfahren keinen Zuschlag hätte beanspruchen können, weil er zwar günstigster Bieter war, aber durch den Fehler bei den Mengenvordersätzen im LV das Verfahren korrekterweise ohnehin zurückzusetzen gewesen wäre. Im zweiten Vergabeverfahren hingegen wurden keine Fehler behauptet. Für die Frage nach Schadensersatz ist daher nur das zweite Vergabeverfahren relevant. Dort erhielt aber der richtige Bieter den Zuschlag.

Der Kläger hätte allerdings die Angebotsbearbeitungskosten (das sog. negative Interesse) geltend machen können, was aber offenbar nicht geschah. Durch ein Versäumnis des Auftraggebers waren falsche Mengenvordersätze im ursprünglichen LV enthalten waren und deshalb wurde das erste Vergabeverfahren vergeblich und rechtswidrig durchgeführt. Der Kläger hätte daher seine Aufwendungen für das erste Vergabeverfahren als Schadensersatz geltend machen können.

Fazit

Bieter können kaum noch entgangenen Gewinn und AGK als Schadensersatz bei fehlerhaften Vergabeverfahren geltend machen. Dies wurde besonders deutlich mit der im letzten Jahr vorgestellten Entscheidung XIII ZR 19/19 (Flüchtlingsunterkunft). Dort hatte der Auftraggeber das ursprüngliche Vergabeverfahren mit der falschen Behauptung aufgehoben, es müsse verändert neu ausgeschrieben werden. Tatsächlich schrieb er einige Monate später dieselbe Leistung unverändert neu aus und ein anderer Bieter erhielt den Zuschlag. Auch hier wurde dem Kläger, der im ersten Verfahren vorn lag und den Zuschlag hätte erhalten müssen, kein Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses zugesprochen. Nach BGH kann das nämlich nur beansprucht werden, wenn eine Ausschreibung allein in der Absicht aufgehoben wird, um den Auftrag an einen anderen Bieter vergeben zu können. Diese Absicht wird man einem Auftraggeber kaum nachweisen können. Wohl als Trostpflaster wies der BGH schon in dieser Entscheidung XIII ZR 19/19 darauf hin, dass in solchen Fällen ohne weiteres der Ersatz der Angebotsbearbeitungskosten gefordert werden kann. Ein Bieter kann die anhand der Stundennachweise belegten Kosten für Angebotsbearbeitung ersetzt verlangen. Es kann sich daher für Bieter künftig lohnen, zumindest bei größeren Vergabeverfahren den internen Aufwand für die Angebotsbearbeitung über Stundennachweise festzuhalten.



Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB wirksam

BGH, Urteil vom 25.01.2022 – XI ZR 255/20

Der Leitsatz

Ein formularmäßiger Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB im Bürgschaftsvertrag benachteiligt den Bürgen nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (Fortführung von BGH, Urteil vom 19.09.1985 - III ZR 214/83).

Der Fall

Eine Bürgin wird aus einer Mängelbürgschaft in Anspruch genommen. Sie ist der Ansicht, dass die vielfach verwandte zugrundeliegende Sicherungsabrede:

„Auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung sowie der Vorausklage gemäß den §§ 770, 771 BGB wird verzichtet. Der Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gilt nicht für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen des Hauptschuldners“ unwirksam sei.

Die Entscheidung

Die Frage, ob eine Klausel, die die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB ohne weiteres ausschließt, ist umstritten. Zwar ist die allgemeine Abdingbarkeit dieser Einrede in Rechtsprechung und Literatur unstrittig (u.a. BeckOK BGB/Rohe, BGB, 61. Edition Stand 01.02.2022, § 770 Rn. 4). Fraglich ist jedoch, ob der formularmäßige Ausschluss des § 770 Abs. 1 BGB wirksam ist. Einerseits wurde eine solche Klausel stets für unwirksam gehalten, weil der Hauptschuldner durch diese Sicherungsabrede unangemessen benachteiligt würde (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) (LG München, Urte. v. 17.05.2018 – 2 O 14564/17; OLG München, Urte. v. 03.06.2014 – 9 U 3404/13 Bau; OLG München, Beschl. v. 07.11.2018 – 9 U 1903/18 Bau). Andererseits soll eine solche Klausel keinen Wirksamkeitsbedenken begegnen (OLG Rostock, Urte. v. 25.02.2016 – 3 U 73/12; LG Krefeld, Urte. v. 03.07.2013 – 2 O 363/12). In der Literatur wurde zwischenzeitlich angenommen, dass sich die Rechtsprechung in Richtung der Annahme der Unwirksamkeit einer solchen Klausel bewegt (*Habersack/Schürnbrand*, JZ 2003, 848, 849). Der BGH entscheidet zugunsten der Wirksamkeit der Klausel in einer Linie mit der Vorinstanz (OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 14.05.2020 – 21 U 74/16) und konsistent zu vergangener höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, Urte. v. 19.09.1985 – III ZR 214/83; Urte. v. 30.03.1995 – IX ZR 98/94) abgeschlossen.

In § 770 Abs. 1 BGB wird das Recht des Bürgen normiert, Zahlungen an den Gläubiger aus dem Sicherungsvertrag nicht zu leisten, wenn die Voraussetzung einer Anfechtung seitens des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger bestehen. Der Anwendungsbereich der Norm ist in der Regel begrenzt auf Anfechtungsfälle nach § 123 Abs. 1 BGB, weil eine Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB unverzüglich erfolgen muss. Der Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit führt dazu, dass soweit die Voraussetzungen des § 123 Abs. 1 BGB für den Hauptschuldner vorliegen, der Bürge vom Gläubiger in Anspruch genommen werden kann. Vor diesem Hintergrund wird argumentiert, dass der Ausschluss dieses Rechts den Bürgen gegenüber Gläubiger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige, weil die Interessen des Gläubigers an seiner Anspruchssicherung durch Inanspruchnahme des Bürgen nicht schutzwürdig seien. Der Verlust der Schutzwürdigkeit beruhe auf dessen in solchen Fällen mutmaßlich arglistigen Verhalten (MüKoBGB/*Habersack*, 8. Auflage 2020, § 770 Rn. 3). Ferner werde der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner grundlos schlechter gestellt, weil dieser die Möglichkeit, bzw. den Zeitpunkt, der Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB in der Hand habe, während der Bürge dem Zahlungsverlangen des Gläubigers in der Situation der möglichen Anfechtung ausgesetzt sei (LG Köln, Urt. v. 20.11.2012 – 27 O 197/12). Vor diesem Abhängigkeitsverhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner sei es eine unangemessene Benachteiligung, dass bei einem Ausschluss der Klausel die Zahlungspflicht unmittelbar an das Verhalten des Hauptschuldners hinsichtlich der Anfechtung gebunden sei (Graf von Westphalen/*Thüsing/Vogt*, Vertragsrecht und AGB Klauselwerke, 47. EL. August 2021, Bürgschaft Rn. 44). Dabei würde dem Bürgen unbillig das Prozess- und Insolvenzrisiko der Rückzahlung nach Anfechtung aufgebürdet (*Windorfer*, NZBau 2017, 460). Im Übrigen sei eine solche Klausel unwirksam, weil auch der formularmäßige Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB ohne Ausnahme unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Gegenforderung unwirksam sei (BeckOK BGB/*Rohe*, BGB, 61. Edition Stand 01.02.2022, § 770 Rn. 4; OLG München, Urt. v. 03.06.2014 – 9 U 3404/13 Bau).

Dem widerspricht der BGH. Eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB liege nicht vor. Zu einer wie vorinstanzlich vorgenommenen Interessensabwägung (OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 14.05.2020 – 21 U 74/19) komme es aber nicht. Es fehle bereits an einem zur Erfüllung des Normtatbestands notwendigem Nachteil von einigem Gewicht für den Bürgen, weil die Einrede praktisch bedeutungslos sei. Der Anwendungsbereich sei nur auf Fälle der Arglist und widerrechtlichen Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB begrenzt. Der mögliche Schwebezustand bis zur Anfechtungsausübung des Hauptschuldners sei kein gewichtiger Nachteil, weil der Bürge die Arglisteinrede des Hauptschuldners gemäß §§ 853, 768 Abs. 1 S. 1 BGB ausüben könne. Zwar seien die Voraussetzungen einer solchen Einrede höher, jedoch enge es den Anwendungsbereich des § 770 Abs. 1 BGB auf praktische Bedeutungslosigkeit ein. Ferner ver helfe die Einrede der Anfechtbarkeit ohnehin nur zu einer schwachen Rechtsposition, weil der Gläubiger auch mit dieser Einrede keinen Einfluss auf die Anfechtungsausübung des Hauptschuldners habe. Die Arglisteinrede nach §§ 853, 768 Abs. 1 S. 1 BGB wirke hingegen auch noch über die einjährige Anfechtungsfrist hinaus, indem sie peremptorisch sei. Das Argument der fehlenden Schutzbedürftigkeit des arglistig täuschenden Gläubigers könne auch keine der Unwirksamkeit einer solchen Klausel begründen, denn eine fehlende Schutzbedürftigkeit einer Partei begründe noch keinen Nachteil für die andere Partei. Ferner sei die Klausel auch nicht unwirksam, wenn die Ausnahme unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Anfechtungsgründe nicht inkludiert wäre, weil die dazu bestehende Rechtsprechung zur Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB (BGH, Urt. v. 24.10.2017 – XI ZR 600/16) nicht auf einen Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit anwendbar sei. Zuletzt sei auch der Grundsatz der Akzessorietät nicht betroffen, weil das unausgeübte Anfechtungsrecht ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit sei. Im Ergebnis macht es für den erkennenden Senat keinen Unterschied, ob die Einrede nach § 770 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist

oder nicht.

Fazit

Der Ausschluss einer obsoleten Norm ist kein Nachteil. Der Überfluss besteht hier aufgrund der wirksameren Parallelnorm nach §§ 853, 768 Abs. 1 BGB. Aufgrund dieser Parallelnorm verfängt auch das Argument der mutmaßlichen Abhängigkeit von der Anfechtungsausübung des Hauptschuldners nicht. Nicht jeder Ausschluss einer bürgschaftsrechtlichen Schutzvorschrift ist eine unangemessene Benachteiligung entgegen von Treu und Glauben. Erschwerend kommt hinzu, dass der Bürge bei der Ausübung der Einrede der Anfechtbarkeit darlegungs- und beweisbelastet ist. Dogmatisch nicht relevant, aber für die Praxis bedenklich, ist die Folge der Annahme der Unwirksamkeit der Klausel, mithin der Sicherungsvereinbarung. Diese werden im vorinstanzlichen Urteil (OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 14.05.2020 – 21 U 74/16) treffend dargestellt: Zum einen wären sämtliche Bürgschaftsvereinbarungen mit dieser Regelklausel unwirksam, was allein sicher noch kein Argument für eine Wirksamkeit begründet. Zum anderen aber müssten die Hauptschuldner in diesen Fällen die Bürgschaften zurückverlangen mit der Folge, dass auf Seiten des Gläubigers ein Anspruch auf Überreichung einer einredeverzichtsfreien Bürgschaft besteht, dessen zukünftige Durchsetzung dem Gläubiger aufgrund der Grundursache, der Inanspruchnahme aus einem bereits fälligen Gewährleistungsanspruch, nicht dienlich ist. Die höchstrichterliche Feststellung der Wirksamkeit einer solchen Klausel war zwar nicht neu, schien aufgrund der gespaltenen Rechtsprechung nötig zu sein, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung wiederherzustellen. Das LG und das OLG München haben beispielsweise pauschal mit Verweis auf höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Unwirksamkeit einer ähnlichen Klausel, die aber auch den ausnahmslosen Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit beinhaltet, die Unwirksamkeit beschieden (LG München, Urt. v. 17.05.2018 – 2 O 14564/17; OLG München, Urt. v. 03.06.2014 – 9 U 3404/13 Bau). Dabei wurde stets die fehlende Vergleichbarkeit verkannt. Richtigerweise setzt sich der erkennende Senat in der Urteilsbegründung vertieft mit der Gegenargumentation auseinander und kommt zu dem gut begründeten Ergebnis der Wirksamkeit einer formularmäßigen Klausel zum Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit nach § 770 Abs. 1 BGB.



Dr. Amneh Abu Saris, Hamburg

Abschlagszahlungen i. H. v. 80 % auch beim VOB/B-Vertrag!

KG, Urteil vom 02.11.2021 - 27 U 120/21

Im Rahmen eines VOB/B-Vertrages vom 13.07.2020 über Abbrucharbeiten bei einem Universitätsgebäude werden Nachtragsleistungen erforderlich, die zum Teil vom AG anerkannt werden. Darüber hinaus fordert der AN eine zusätzliche Vergütung in Höhe von über EUR 500.000,00 und legt darüber Nachtragsangebote vor, die insbesondere das Vorhalten von Schleusen zur Dekontamination für Personen umfassen. Der AN setzt 80 % seiner Nachtragsforderung in Abschlagsrechnungen an. Der AG verweigert die Zahlung und wendet ein, dass der AN das Vorhalten solcher Schleusen vergütungslos schulde und daher keine Nachtragsleistung vorliege. Der AG stellt einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit dem er begehrt, feststellen zu lassen, dass der AN vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen i. H. v. 80 % des Betrags aus den Nachtragsangeboten für die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Leistungen zu verlangen.

Das Kammergericht gesteht dem AN einen Teil der geforderten Vergütung zu, soweit es den Anspruch aus den Abschlagsrechnungen für fällig hält. Es stellt klar, dass der AN auch im VOB/B-Vertrag bei der Berechnung der geschuldeten Abschlagszahlung 80 % der Nachtragsvergütung ansetzen und im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend machen kann, selbst wenn die VOB/B „als Ganzes“ vereinbart wurde. Abschlagszahlungen können im Rahmen eines VOB/B-Vertrags nur verlangt werden, wenn eine der Abschlagszahlung entsprechende vertragsgemäße Bauleistung erbracht worden und die Abschlagsrechnung prüfbar sei. Das KG weist darauf hin, dass als vertragsgemäß alle Leistungen anzusehen sind, für die dem Auftragnehmer gemäß § 2 VOB/B eine Vergütung zusteht, wobei es nicht darauf ankomme, ob eine Vereinbarung über die geänderte oder zusätzliche Vergütung zustande gekommen ist.

Fazit

Die Auffassung des Kammergerichts zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 650d BGB und somit zur Möglichkeit eines einstweiligen Verfügungsverfahrens im Rahmen eines VOB/B-Vertrages entspricht der herrschenden Meinung. Das Kammergericht hält auch die 80 %-Regelung des § 650c Abs. 3 BGB für anwendbar, weil die Anwendung nicht im VOB/B-Vertrag ausgeschlossen worden sei. Dies ist nicht unkritisch zu betrachten, weil § 650c BGB nicht für alle Nachtragsleistungen gilt, sondern nur im Zusammenhang mit Anordnungen nach § 650b BGB.