

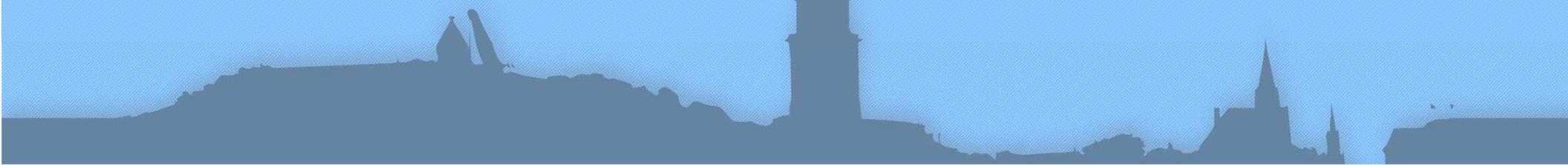
Vortrag

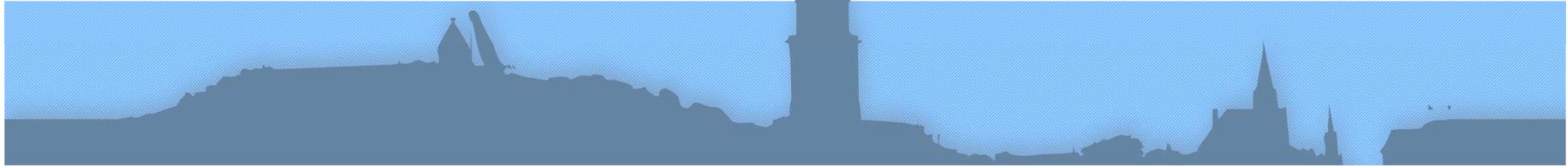
Verband Deutscher Forstbaumschulen e.V.

zur Frage, ob das Risiko von Anwuchsausfällen
im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
auf Bieter in (öffentlichen) Ausschreibungsverfahren
übertragen werden dürfen.

von Rechtsanwalt Holger Kues
Rechtsanwaltskanzlei Kues, Michaelisstraße 22, 20459 Hamburg, Tel. 040/35 75 48-0

17. September 2010

- 
- 1. Problemaufriss**
 - 2. AGB – Kontrolle**
 - 3. Besonderheit bei
öffentlichen Ausschreibungen**
 - 4. Ausblick**

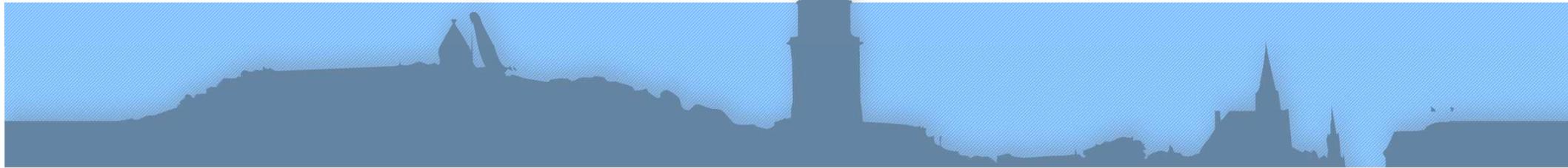


Bei Ausschreibungsverfahren in Lieferverträgen verwendete Klauseln; Beispiele:

*„Anwuchsgarantie: Beträgt zwei auf die Pflanzung folgende Jahre.
(Nachbesserung ab 30 % Pflanzenausfall (Witterung + Mäuse), zu
Lasten des Auftragnehmers.“*

oder

„Der Auftragnehmer übernimmt eine Anwuchsgarantie zu 80 %.“



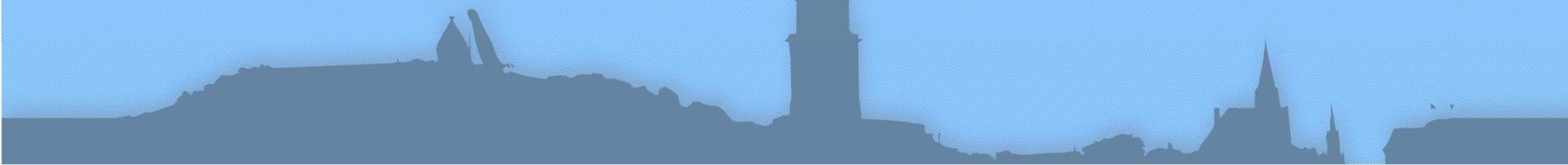
Prüfung der Rechtmäßigkeit der vertraglichen Gestaltung in Schuldverhältnissen:

- Ausschreibungstexte sind AGB**
- AGB- Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB:**

Abs. 1: Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Abs. 2: Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

- 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder**
- 2.**



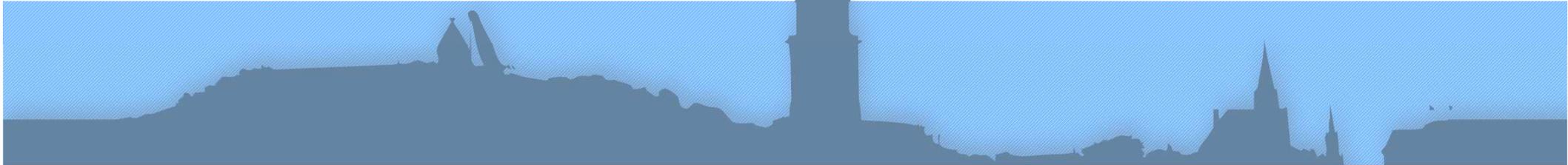
Vereinbarkeit der Klauseln mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB?

Frage: *Entsprechen die streitigen Klauseln*
dem gesetzlichen Leitbild der
Sachmängelhaftung bzw. Sachmängelgarantie?

Sachmängelgewährleistung gemäß § 434 BGB

- Abs. 1:** Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,
1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst
 2. **wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.**

Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.



Sachmängelgewährleistung gemäß § 434 BGB

Beschaffenheit
i.S.d. § 434 Abs. 1,
Satz 2, Nr. 2:

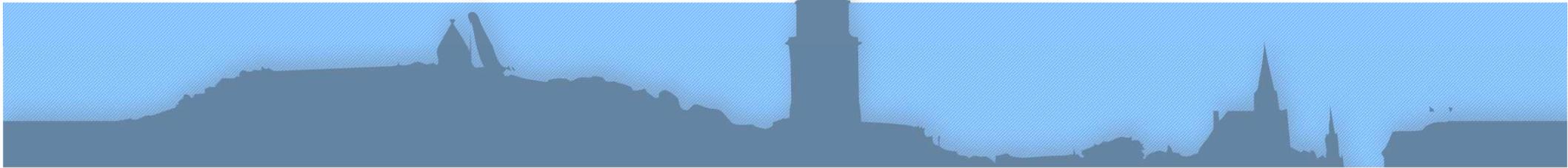
Die Sache ist mangelfrei, wenn sie der Sollbeschaffenheit entspricht.

Vergleichsmaßstab ist die übliche Beschaffenheit bei Sachen gleicher Art.

Die Anwuchsquote der Pflanzen muss daher die Anwuchsquote von Pflanzen mit demselben Qualitätsstand erfüllen.

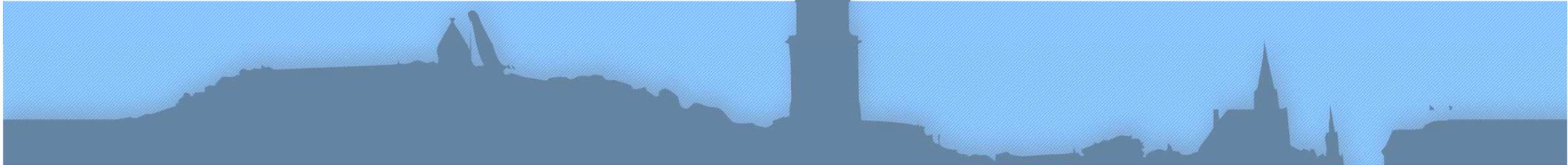
aber:

Pflanzenausfall aufgrund widriger Witterungsumstände oder Ungeziefer-/Mäusebefall, stellt keinen Sachmangel dar, da **außerhalb der Risikosphäre des Verkäufers.**



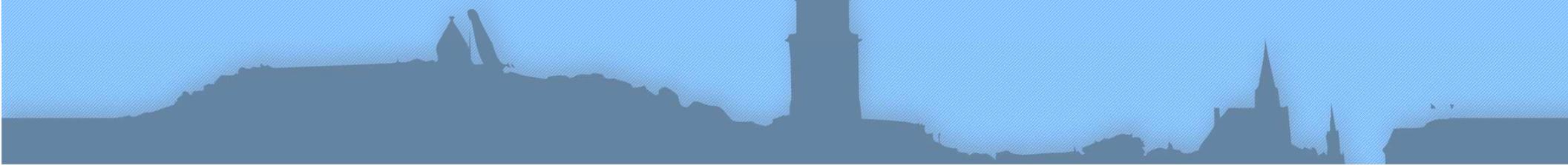
Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie gemäß § 443 BGB

- Abs. 1:** Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache oder dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (**Haltbarkeitsgarantie**), so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.
- Abs. 2:** Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.



Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie gemäß § 443 BGB

- Definition:** Garantie ist eine Vereinbarung, in der der Verkäufer oder ein Dritter die Gewähr dafür übernimmt, dass die verkaufte Sache zur Zeit des Gefahrenübergangs eine Bestimmte Beschaffenheit aufweist oder für eine bestimmte Dauer behält.
- aber:** Haftungsklausel für Pflanzenausfall aufgrund widriger Witterungsumstände oder Ungeziefer-/Mäusebefall, stellt keine Garantie für die Beschaffenheit einer Sache dar, da verschuldensunabhängige Garantie nicht für die Beschaffenheit, sondern für außerhalb der Sache liegende Freiheit von Umständen (höhere Gewalt) vereinbart werden soll.

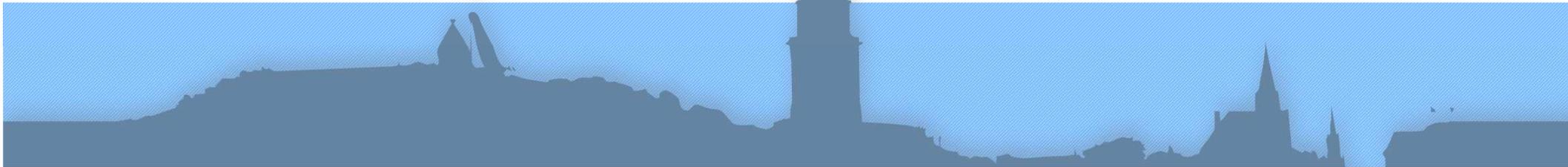


Vereinbarkeit der Klauseln mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB?

Fazit: Klauseln entsprechen **nicht** dem wesentlichen Grundgedanken gesetzlicher Regelungen und stellen eine unangemessene Benachteiligung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben dar.

ähnliche Entscheidungen im Rahmen von AGB bei Einkaufsbedingungen:

- Unwirksam ist eine Klausel, in der für alle Beschaffenheitsangaben eine schuldunabhängige Haftung übernommen wird (Schmidt, NJW 1991, 147)
- Unwirksamkeit eines Garantieversprechens des Kunden zu Gunsten des Verwenders (BGH, NJW 1988, 2537)

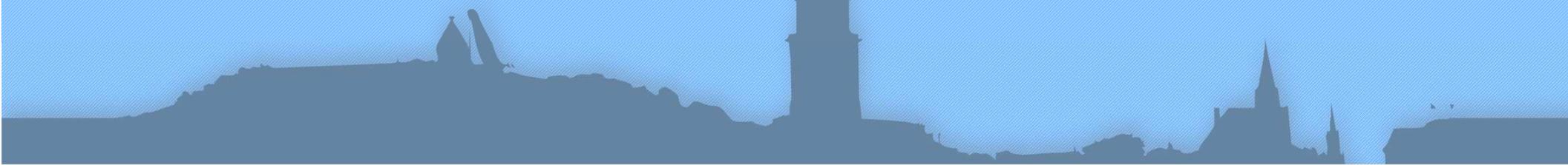


Handlungsempfehlung

Problem: bei Monierung entsprechender Klauseln droht ggfs. Ausschluss im Vergabeverfahren

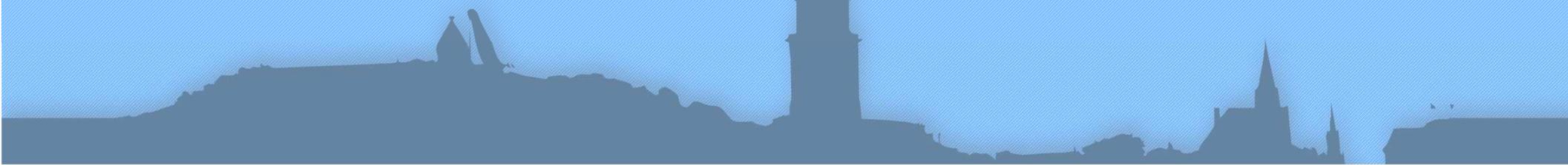
Können Verträge mit entsprechenden trotzdem Klauseln geschlossen werden?

- **Grundsätzlich ja**, sollte das Mitglied den Zuschlag erhalten und im Rahmen der Abwicklung des Vertrages später auf Nachbesserung bzw. Schadensersatz wg. Mäusebefalls oder Witterungseinflüsse im Rahmen einer erteilten Anwuchs-/Pflanzgarantie in Anspruch genommen werden, kann es sich auf die Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel berufen.



Möglichkeit der Verbandsklage

Sollten die entsprechenden Auftraggeber trotz Ihrer Hinweise die streitigen Klauseln weiter verwenden, besteht zudem für den VDF e.V. als Verband die Möglichkeit, gemäß § 1 Unterlassungsklagegesetz (UKlaG) i.V.m. § 3 Nr. 2 UKlaG die Auftraggeber im Namen seiner Mitglieder auf Unterlassung der Verwendung der Klauseln zu verklagen.



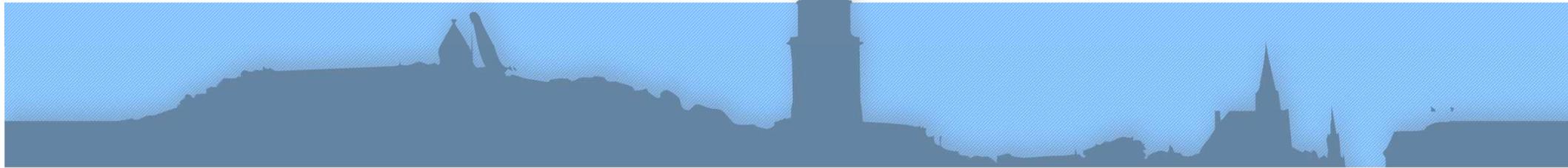
Besonderheit bei öffentlichen Ausschreibungen

Bei öffentlichen Ausschreibungen besteht die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer nach § 102 ff. GWB

Voraussetzung:

- öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 GWB
- Vergabeauftrag liegt über erforderlichem Schwellenwert:

Liefer- und Dienstleistungsaufträge von obersten und oberen Bundesbehörden (vgl. näher § 2 Nr. 2 VgV)	125.000 EUR
für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge	193.000 EUR
für Bauaufträge	4.845.000 EUR



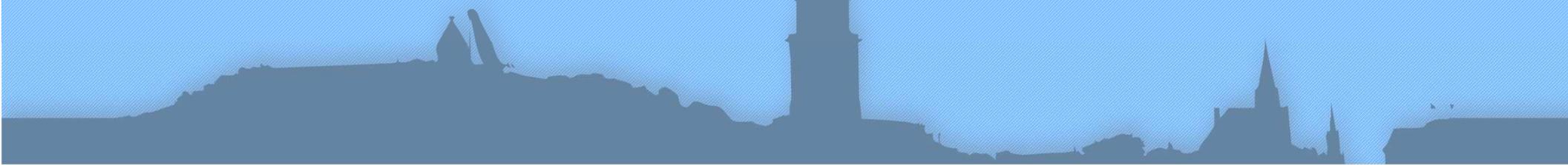
Besonderheit bei öffentlichen Ausschreibungen

Begründetheit des Nachprüfungsverfahrens:

- Überbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses?

- Rechtsgrundlage: - **a.F.:** § 8 Ziffer 1 Abs. 3 VOL/A Text
- **neu:** allgemeiner Rechtsgrundsatz?
- Anwendung der §§ 307 ff. BGB?

- Voraussetzungen:
 1. Vorliegen von Umständen, auf die der Bieter keinen Einfluss hat.
 2. Bieter kann die Auswirkungen dieser Umstände auf die eigene Kalkulation nicht abschätzen.



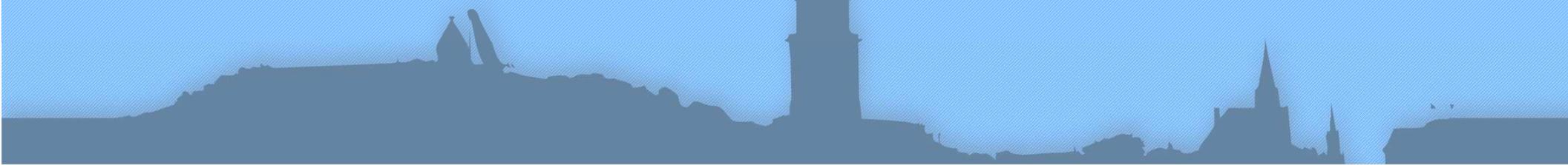
Nachgereichte Klauselbeispiele

Anwuchsgarantie

Bei mehr als 15 % Ausfall der gesetzten Pflanzen zum 31.08.2012, der nicht durch Wildverbiss oder stark negative Witterungseinflüsse verursacht ist, verpflichtet sich der Unternehmer im Rahmen einer Mängelhaftung zur kostenlosen Nachlieferung (Pflanze und Pflanzung). Die Nacherfüllungspflicht greift auch, insoweit der Auftragnehmer den Wildverbiss durch schuldhaftes Verzögern der Ausbringung des geforderten Einzelschutzes verursacht. Im Gewährleistungsfall wird die Gewährleistungsfrist um weitere 15 Monate ab Nacherfüllung verlängert.

Anmerkung:

- Unwirksam aufgrund fehlender Bestimmtheit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB
- „Stark negative Witterungseinflüsse“ müssen definiert werden!



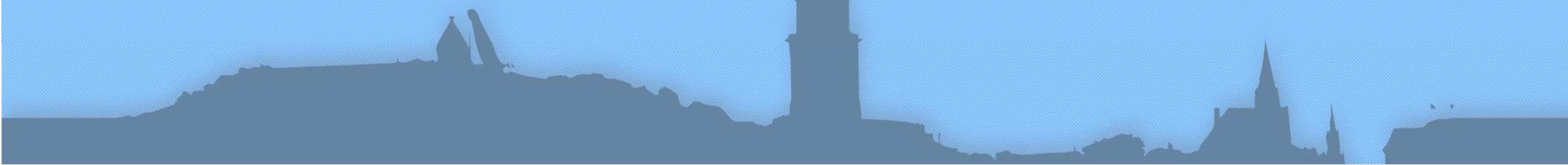
Nachgereichte Klauselbeispiele

Anwuchsgarantie und Nachbesserung

Der Auftragnehmer garantiert einen Anwuchserfolg von 80 % der Anpflanzung (Baumarten und Sträucher). Bestehen Pflanzenausfälle von mehr als 20 %, hat der Auftragnehmer die Fehlstellen auf eigene Rechnung nachzubessern. Das gilt auch, wenn pro Baumart 20 % Ausfälle bestehen. Die Abnahme der Fläche erfolgt bis Mai 2011. Der Zeitpunkt der Nachbesserung ist mit der Bauleitung abzustimmen; spätester Termin ist der 31.12.2011.

Anmerkung:

- Klausel ist intransparent; deshalb nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam



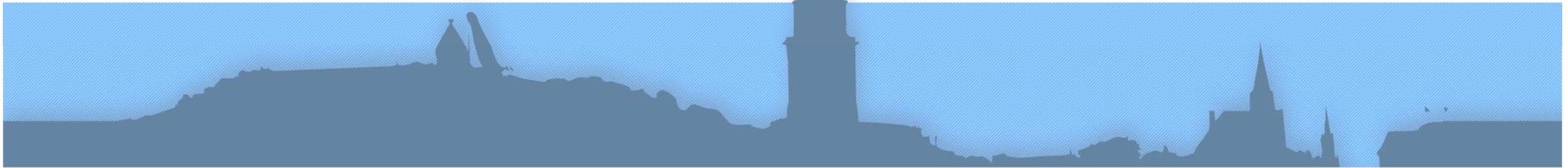
Nachgereichte Klauselbeispiele

Abrechnung

Bis zur Endabnahme erfolgt ein Sicherheitseinbehalt von 40 % der Bruttoauftragssumme. Der Auftraggeber akzeptiert die Schlussrechnung, wenn die jeweilige Kultur als gesichert betrachtet werden kann. Die Kultur gilt als gesichert, wenn bei der Abnahme im Mai 2011 die Pflanzenausfälle insgesamt und pro Baumart geringer als 20 % sind. Sollten die Pflanzenausfälle höher sein, wird der Sicherheitseinbehalt erst nach abgeschlossener Nachbesserung und gesicherter Kultur ausgezahlt. Eine Verzinsung des Sicherheitseinbehaltes erfolgt nicht.

Anmerkung:

- Klausel höchst problematisch. Was ist Endabnahme? Wo ist das geschuldete Werk? Sicherheitseinbehalt nach § 14 VOL/A maximal 5 %.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Viel Erfolg für Ihre Arbeit wünscht

**Rechtsanwaltskanzlei Kues
20459 Hamburg, Michaelisstraße 22**

**www.ra-kues.de
info@ra-kues.de**

Tel. 040/35 75 48-0, Fax -50