

TE OGH 2012/3/8 2Ob122/11x

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.03.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden, den Hofrat Dr. Veith, die Hofrätin Dr. E. Solé und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei B***** GmbH, *****, vertreten durch Mag. Erwin Schweighofer, Rechtsanwalt in Graz, gegen die beklagte Partei ***** Gemeindewerk S*****, vertreten durch Dr. Michael Walzl, Rechtsanwalt in Bozen, Italien, dieser vertreten durch Dr. Verena Gabriel, Rechtsanwältin in Graz, wegen 224.931,82 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 16. März 2011, GZ 5 R 126/10d-64, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 25. Mai 2010, GZ 14 Cg 74/07h-60, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben; die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin betreibt ein technisches Büro, das auf die Projektierung und Errichtung von Kraftwerken spezialisiert ist. Sie hat im Zeitraum 2004 bis 2007 diverse Projekte im Raum Tirol und Südtirol betreut und abgewickelt, davon alleine in Südtirol 12.

Die beklagte Partei wurde 2001 als Sonderbetrieb einer Gemeinde in Südtirol gegründet, um das bis dahin gemeindeeigene Elektrizitätswerk in einem eigenen Unternehmen zu führen.

Anlässlich einer Studienfahrt des Bürgermeisters der Gemeinde kam es zu Kontakten mit der Klägerin, die mit Vorerhebungsstudien für die Wärmeversorgung des Orts beauftragt wurde. In der Folge beschloss der Gemeinderat ein Fernheizwerk zu errichten, wobei in gemeinsamer Vorgangsweise mit der Beklagten Anschlussbedingungen festzulegen und Vorverträge abzuschließen waren. Auch sollte eine Studie durchgeführt werden. Die Klägerin wurde eingeladen, ein Angebot über die Vor- und die Gesamtplanung zu erstellen.

Letztlich beauftragte die Beklagte die Klägerin im Jahr 2004 mit Planungsarbeiten. In diesem Vertrag wurde die Anwendung österreichischen Rechts und die Zuständigkeit des sachlich in Frage kommenden Gerichts am Sitz der

Klägerin vereinbart. Das Angebot der Klägerin umfasste die Unterstützung bei Informationsveranstaltungen, die Förderungseinreichung sowie die Detailplanung, Ausschreibung, Bauüberwachung, Inbetriebnahme und Abnahme der gesamten maschinentechnischen Ausstattung, des Heizhauses sowie des Fernwärmenetzes. Dagegen waren die Gesamtprojektkoordination, die sicherheitstechnische Planung, die Bauplanung inkl Haustechnik sowie das Brandschutzprojekt, die nach italienischem Recht von einem italienischen Planungsbüro vorgenommen werden mussten, im Angebot nicht enthalten.

Im Zuge der Vorplanung wurden mehrere in Frage kommende Varianten der Ausführung besprochen und jeweils Pauschalpreise vereinbart. Für Kosten von Arbeiten, die nicht in den jeweiligen Leistungsverzeichnissen enthalten waren, wurde ein Basisstundensatz von 69 EUR vereinbart. Die so erbrachten Leistungen sollten auf die letztendlich durchzuführende Ausführungsvariante angerechnet werden.

Im Dezember 2005 gründete die Beklagte mit einem weiteren Gesellschafter eine neue Gesellschaft, die das letztlich in Aussicht genommene Fernheizkraftwerk errichten sollte. Die Klägerin bekundete ihre Bereitschaft im Einvernehmen mit der Beklagten den Auftrag an diese GmbH zu überbinden. Sie erstellte mehrere modifizierte Angebote. Es kam aber letztlich zu keiner Vertragsüberbindung, sodass die Klägerin ihre Planungsarbeiten Ende Mai 2006 abbrach. Das Kraftwerk wurde schließlich in der Variante 6a mit honorarwirksamen Investitionskosten in Höhe von rund 21,7 Mio EUR errichtet.

Der Klägerin war ursprünglich nicht bewusst, dass ein öffentlicher Auftrag vorlag, der seitens der Beklagten öffentlich hätte ausgeschrieben werden müssen. Das Erfordernis einer öffentlichen Ausschreibung des gesamten Projekts wurde erst zu einem späteren Zeitpunkt, mit Einbindung der neuen Gesellschaft, zur Vorgabe gemacht. Davor war die Notwendigkeit einer Ausschreibung seitens der Beklagten nie ins Gespräch gebracht worden. (Im Angebot der Klägerin vom 8. 3. 2004 war nach den Feststellungen der Vorinstanzen - Ersturteil S 46 - allerdings eine Ausschreibung enthalten.)

Die Klägerin begehrt für ihre Leistungen, unter Abzug von Teilzahlungen und ersparten Eigenleistungen den Klagsbetrag. Die Beklagte habe die Erfüllung des Vertrags vereitelt und hafte gemäß § 1168 ABGB und aufgrund der vereinbarten AGB für technische Büros bzw Ingenieurbüros sowie letztlich aus dem Titel des Schadenersatzes. Die Klägerin begehrt für ihre Leistungen, unter Abzug von Teilzahlungen und ersparten Eigenleistungen den Klagsbetrag. Die Beklagte habe die Erfüllung des Vertrags vereitelt und hafte gemäß Paragraph 1168, ABGB und aufgrund der vereinbarten AGB für technische Büros bzw Ingenieurbüros sowie letztlich aus dem Titel des Schadenersatzes.

Die Beklagte wandte die fehlende inländische Gerichtsbarkeit sowie die Nichtigkeit des Vertrags wegen Verstoßes gegen zwingende Bestimmungen des italienischen und europäischen Vergaberechts ein. Die Klägerin habe außerdem nur Vorarbeiten für das Bauvorhaben leisten sollen. Der eigentliche Auftrag habe von einer noch zu gründenden Gesellschaft erteilt werden sollen. Die Klägerin habe dies gewusst und mehrfach um die Gründung der neuen Gesellschaft ersucht. Die Verhandlungen zwischen der neu gegründeten Gesellschaft und der Klägerin hätten aber zu keinem Erfolg geführt, weshalb die Beklagte berechtigt vom Vertrag zurückgetreten sei. Der Verzicht, ein Bauwerk zu realisieren, sei ein berechtigter Grund für den Rücktritt vom Vertrag zur Planung und Bauleitung dieses Werks. Die bis zum Rücktritt erbrachten Leistungen seien der Klägerin bereits bezahlt worden.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Ein Unternehmer habe nach § 1168 Abs 1 ABGB, wenn die Ausführung eines Werks unterbleibe, gleichwohl Anspruch auf das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit gewesen sei oder durch Umstände gehindert wurde, die auf Seiten des Bestellers lagen. Die Beklagte habe das Anbot der Klägerin vom März 2004 angenommen, es sei daher ein gültiger Vertrag zustande gekommen. Die Beklagte sei unberechtigt vom Vertrag zurückgetreten. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Ein Unternehmer habe nach Paragraph 1168, Absatz eins, ABGB, wenn die Ausführung eines Werks unterbleibe, gleichwohl Anspruch auf das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit gewesen sei oder durch Umstände gehindert wurde, die auf Seiten des Bestellers lagen. Die Beklagte habe das Anbot der Klägerin vom März 2004 angenommen, es sei daher ein gültiger Vertrag zustande gekommen. Die Beklagte sei unberechtigt vom Vertrag zurückgetreten.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten statt und wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Es bejahte wie das Erstgericht die Zuständigkeit infolge wirksam getroffener Gerichtsstandvereinbarung und gelangte in der Sache zum Ergebnis, dass der Vertrag mangels öffentlicher Ausschreibung gegen zwingendes italienisches öffentliches Recht verstoßen habe. Nach Art 1418 des italienischen Zivilgesetzbuches sei ein Vertrag nichtig, der zwingenden Vorschriften

widerspreche, es sei denn, dass das Gesetz etwas anderes bestimme. Dies sei hier nicht der Fall, weshalb von der Nichtigkeit des Vertrags auszugehen und nach italienischem Recht die Rückgängigmachung des Vertrags vorzunehmen sei. Dass die Vergabe rechtlich relevante Schwellenwerte überschritten habe, bestreite auch die Klägerin nicht. Sie bringe nur vor, dass sie für den Fall der Nichtigkeit Schadenersatz wie bei einem Nichterfüllungsschaden geltend mache. Aus einem nichtigen Vertrag könne aber der von der Klägerin geltend gemachte Erfüllungsanspruch nicht abgeleitet werden. Die Klägerin sei schadenersatzrechtlich nur so zu stellen, wie sie stünde, hätte sie den Vertrag nicht abgeschlossen. Einen solchen Schaden mache sie aber nicht geltend, weshalb das Klagebegehren abzuweisen sei. Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten statt und wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Es bejahte wie das Erstgericht die Zuständigkeit infolge wirksam getroffener Gerichtsstandsvereinbarung und gelangte in der Sache zum Ergebnis, dass der Vertrag mangels öffentlicher Ausschreibung gegen zwingendes italienisches öffentliches Recht verstoßen habe. Nach Artikel 1418, des italienischen Zivilgesetzbuches sei ein Vertrag nichtig, der zwingenden Vorschriften widerspreche, es sei denn, dass das Gesetz etwas anderes bestimme. Dies sei hier nicht der Fall, weshalb von der Nichtigkeit des Vertrags auszugehen und nach italienischem Recht die Rückgängigmachung des Vertrags vorzunehmen sei. Dass die Vergabe rechtlich relevante Schwellenwerte überschritten habe, bestreite auch die Klägerin nicht. Sie bringe nur vor, dass sie für den Fall der Nichtigkeit Schadenersatz wie bei einem Nichterfüllungsschaden geltend mache. Aus einem nichtigen Vertrag könne aber der von der Klägerin geltend gemachte Erfüllungsanspruch nicht abgeleitet werden. Die Klägerin sei schadenersatzrechtlich nur so zu stellen, wie sie stünde, hätte sie den Vertrag nicht abgeschlossen. Einen solchen Schaden mache sie aber nicht geltend, weshalb das Klagebegehren abzuweisen sei.

Die ordentliche Revision wurde nicht zugelassen, weil die Anwendbarkeit italienischen oder europäischen Vergaberechts über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung nicht aufgeworfen habe.

Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit, Aktenwidrigkeit und unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, dem Klagebegehren stattzugeben. In eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Das Berufungsverfahren sei mangelhaft geblieben, weil das Berufungsgericht unbeachtet gelassen habe, dass die Beklagte in ihrer Berufung „die volle Klagsstattgebung“ beantragt habe. Aktenwidrig sei das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin nicht Schadenersatz begehrt habe. In rechtlicher Hinsicht sei unrichtig, dass es sich bei der Beklagten um eine „öffentliche Einrichtung“ bzw. „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ iSd RL 93/38 EWG bzw der RL 93/37 EWG zur Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge handle und nicht um ein privates Unternehmen gewerblicher Art. Überdies schütze das Erfordernis der öffentlichen Ausschreibung in erster Linie die Mitbewerber. Diese - allfällige - relative Nichtigkeit könne die die Ausschreibungspflicht verletzende Beklagte nicht einwenden. Das Berufungsverfahren sei mangelhaft geblieben, weil das Berufungsgericht unbeachtet gelassen habe, dass die Beklagte in ihrer Berufung „die volle Klagsstattgebung“ beantragt habe. Aktenwidrig sei das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin nicht Schadenersatz begehrt habe. In rechtlicher Hinsicht sei unrichtig, dass es sich bei der Beklagten um eine „öffentliche Einrichtung“ bzw. „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ iSd RL 93/38 EWG bzw der RL 93/37 EWG zur Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge handle und nicht um ein privates Unternehmen gewerblicher Art. Überdies schütze das Erfordernis der öffentlichen Ausschreibung in erster Linie die Mitbewerber. Diese - allfällige - relative Nichtigkeit könne die die Ausschreibungspflicht verletzende Beklagte nicht einwenden.

Die Beklagte beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung die Revision zurückzuweisen und in eventu, ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil die Frage der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrags noch nicht abschließend beurteilt werden kann; sie ist im Sinne des Aufhebungsantrags auch berechtigt.

I. Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Vergaberechtsrömisch eins. Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Vergaberecht:

1. Das Berufungsgericht erachtete den Vertrag gemäß Art 1418 ital ZGB für nichtig¹. Das Berufungsgericht erachtete den Vertrag gemäß Artikel 1418, ital ZGB für nichtig.

Das italienische Zivilgesetzbuch behandelt in seinen Art 1418 bis 1424 die Nichtigkeit von Verträgen. Es bestimmt in Art 1418 ganz allgemein, dass Verträge nichtig sind, wenn sie gegen zwingende Normen verstoßen, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht bzw sofern die Voraussetzungen, die bestimmte aufgezählte Gesetzesbestimmungen stipulieren, fehlen. Die Nichtigkeit kann gemäß Art 1421 leg cit grundsätzlich von jedem geltend gemacht werden, der daran Interesse hat. Das italienische Zivilgesetzbuch behandelt in seinen Artikel 1418 bis 1424 die Nichtigkeit von Verträgen. Es bestimmt in Artikel 1418, ganz allgemein, dass Verträge nichtig sind, wenn sie gegen zwingende Normen verstoßen, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht bzw sofern die Voraussetzungen, die bestimmte aufgezählte Gesetzesbestimmungen stipulieren, fehlen. Die Nichtigkeit kann gemäß Artikel 1421, leg cit grundsätzlich von jedem geltend gemacht werden, der daran Interesse hat.

2. Nun haben die Parteien hier aber die Anwendung österreichischen Rechts vereinbart. Gemäß § 879 Abs 1 ABGB sind Verträge nichtig, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen. Verstöße gegen ausländische Gesetze bewirken grundsätzlich keine Nichtigkeit wegen eines Gesetzesverstoßes, außer bei hinreichendem Inlandsbezug oder wenn sich daraus eine Sittenwidrigkeit ergibt (Kreji in Rummel³, § 879 ABGB Rz 24; Bollenberger in KBB³ § 879 ABGB Rz 2; RIS-Justiz RS0016848; RS0024667). 2. Nun haben die Parteien hier aber die Anwendung österreichischen Rechts vereinbart. Gemäß Paragraph 879, Absatz eins, ABGB sind Verträge nichtig, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen. Verstöße gegen ausländische Gesetze bewirken grundsätzlich keine Nichtigkeit wegen eines Gesetzesverstoßes, außer bei hinreichendem Inlandsbezug oder wenn sich daraus eine Sittenwidrigkeit ergibt (Kreji in Rummel³, Paragraph 879, ABGB Rz 24; Bollenberger in KBB³ Paragraph 879, ABGB Rz 2; RIS-Justiz RS0016848; RS0024667).

3. Zur Berücksichtigung gelangen können ausländische Rechtsnormen aber auch nach dem im relevanten Zeitraum geltenden Art 7 EVÜ. Danach kann bei Anwendung des Rechts eines bestimmten Staats aufgrund des Übereinkommens zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staats, mit dem der Sachverhalt eine enge Beziehung aufweist, Wirkung verliehen werden, soweit diese Bestimmungen nach dem Recht des letztgenannten Staats ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt. Bei der Entscheidung, ob diesen zwingenden Normen Wirkung zu verleihen ist, sind ihre Natur und ihr Gegenstand sowie die Folgen zu berücksichtigen, die sich aus ihrer Anwendung oder ihrer Nichtanwendung ergeben würden. 3. Zur Berücksichtigung gelangen können ausländische Rechtsnormen aber auch nach dem im relevanten Zeitraum geltenden Artikel 7, EVÜ. Danach kann bei Anwendung des Rechts eines bestimmten Staats aufgrund des Übereinkommens zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staats, mit dem der Sachverhalt eine enge Beziehung aufweist, Wirkung verliehen werden, soweit diese Bestimmungen nach dem Recht des letztgenannten Staats ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt. Bei der Entscheidung, ob diesen zwingenden Normen Wirkung zu verleihen ist, sind ihre Natur und ihr Gegenstand sowie die Folgen zu berücksichtigen, die sich aus ihrer Anwendung oder ihrer Nichtanwendung ergeben würden.

Solche Eingriffsnormen sind zwingende Vorschriften des Privat- oder des öffentlichen Rechts, die im öffentlichen Interesse erlassen wurden (Verschraegen in Rummel³ Art 7 EVÜ Rz 1). Sie setzen sich trotz Rechtswahlvereinbarung durch, sind also rechtswahlfest (Verschraegen aaO Rz 5). Solche Eingriffsnormen sind zwingende Vorschriften des Privat- oder des öffentlichen Rechts, die im öffentlichen Interesse erlassen wurden (Verschraegen in Rummel³ Artikel 7, EVÜ Rz 1). Sie setzen sich trotz Rechtswahlvereinbarung durch, sind also rechtswahlfest (Verschraegen aaO Rz 5).

Um entscheiden zu können, ob einfach zwingendes oder international zwingendes Recht vorliegt, ist nach dem Zweck der Norm zu fragen. Normen, die überindividuelle Interessen verfolgen, wie zB Handelsbeschränkungen, Währungsbestimmungen, Vorschriften über die Haftpflichtversicherung, Jugendschutz etc zählen zu den international zwingenden Rechtsnormen. Dagegen ist bei Normen, die zusätzlich Individualinteressen schützen, die Qualität als Eingriffsnorm fraglich (vgl Verschraegen aaO Rz 6). Um entscheiden zu können, ob einfach zwingendes oder international zwingendes Recht vorliegt, ist nach dem Zweck der Norm zu fragen. Normen, die überindividuelle Interessen verfolgen, wie zB Handelsbeschränkungen, Währungsbestimmungen, Vorschriften über die Haftpflichtversicherung, Jugendschutz etc zählen zu den international zwingenden Rechtsnormen. Dagegen ist bei Normen, die zusätzlich Individualinteressen schützen, die Qualität als Eingriffsnorm fraglich vergleiche Verschraegen aaO Rz 6).

Mit den Normen über die Vergabe italienischer öffentlicher Aufträge werden überindividuelle Interessen verfolgt. Sie sollen aus italienischer Sicht nicht durch die Wahl eines fremden Rechts umgangen werden.

5. Auch Regelungen des Unionsrechts können solche Eingriffsnormen sein (vgl. Musger in KBB³ Art 9 Rom I-VO Rz 2). Für gemeinschaftskonforme Eingriffsnormen von anderen Mitgliedstaaten folgt die Sonderanknüpfung wohl bereits aus dem Prinzip der Gemeinschaftstreue (Verschraegen, aaO Rz 31 mwN). 5. Auch Regelungen des Unionsrechts können solche Eingriffsnormen sein (vergleiche Musger in KBB³ Artikel 9, Rom I-VO Rz 2). Für gemeinschaftskonforme Eingriffsnormen von anderen Mitgliedstaaten folgt die Sonderanknüpfung wohl bereits aus dem Prinzip der Gemeinschaftstreue (Verschraegen, aaO Rz 31 mwN).

Was die Vergabe öffentlicher Aufträge betrifft, bestehen nun diverse europäische Richtlinien, sowohl über die Vorgangsweise bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Allgemeinen und in bestimmten Sektoren, als auch über die Nachkontrolle (Nachprüfungsverfahren) der Vergabe solcher öffentlicher Aufträge (vgl. die Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989, 89/665/EWG, zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 für sektorspezifische Auftragsvergaben, Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 für die sektorspezifische Auftragsvergabe, Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 [Sektorrichtlinie zur Koordinierung der Zuschlagsvergabe] sowie Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien über Nachprüfungsverfahren). Was die Vergabe öffentlicher Aufträge betrifft, bestehen nun diverse europäische Richtlinien, sowohl über die Vorgangsweise bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Allgemeinen und in bestimmten Sektoren, als auch über die Nachkontrolle (Nachprüfungsverfahren) der Vergabe solcher öffentlicher Aufträge (vergleiche die Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989, 89/665/EWG, zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 für sektorspezifische Auftragsvergaben, Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 für die sektorspezifische Auftragsvergabe, Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 [Sektorrichtlinie zur Koordinierung der Zuschlagsvergabe] sowie Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien über Nachprüfungsverfahren).

Angesichts des darin und damit zum Ausdruck kommenden europaweiten Interesses an der Transparenz von öffentlichen Auftragsvergaben und deren allgemeiner Zugänglichkeit für potentielle Auftragnehmer, ist davon auszugehen, dass in Ausführung dieser Richtlinie ergangene nationale Gesetze, die die Auftragsvergabe für solche öffentlichen Aufträge bzw. die Instrumente für die Nachprüfung solcher öffentlichen Auftragsvergaben regeln, einerseits internationalen Geltungswillen besitzen und dass diesen italienischen Normen andererseits in Österreich Wirkung verliehen werden kann, weil Natur und Gegenstand der Regelungen einen aus den genannten Richtlinien, die auch Basis der einschlägigen österreichischen Gesetze sind, ersichtlichen gemeinsamen, international anerkannten Zweck und einen darüber bestehenden internationalen Konsens (vgl. Verschraegen, aaO Rz 32) widerspiegeln. Angesichts des darin und damit zum Ausdruck kommenden europaweiten Interesses an der Transparenz von öffentlichen Auftragsvergaben und deren allgemeiner Zugänglichkeit für potentielle Auftragnehmer, ist davon auszugehen, dass in Ausführung dieser Richtlinie ergangene nationale Gesetze, die die Auftragsvergabe für solche öffentlichen Aufträge bzw. die Instrumente für die Nachprüfung solcher öffentlichen Auftragsvergaben regeln, einerseits internationalen Geltungswillen besitzen und dass diesen italienischen Normen andererseits in Österreich Wirkung verliehen werden kann, weil Natur und Gegenstand der Regelungen einen aus den genannten Richtlinien, die auch Basis der einschlägigen österreichischen Gesetze sind, ersichtlichen gemeinsamen, international anerkannten Zweck und einen darüber bestehenden internationalen Konsens (vergleiche Verschraegen, aaO Rz 32) widerspiegeln.

6. Die Beklagte stützt sich zu ihrer Argumentation auf das Südtiroler Landesgesetz vom 17. 6. 1998 Nr. 6. Dieses Landesgesetz enthält, zumindest in der derzeit geltenden Fassung, auch Bestimmungen über die allgemeine Planung und Vorprojekte öffentlicher Bauvorhaben, sodass wohl davon auszugehen ist, dass auch Vorarbeiten, wie die hier von Klagsseite geleisteten, unter dieses Gesetz fallen.

Ob dieses Gesetz in Ausführung einer der genannten Richtlinien ergangen ist, steht zwar nicht fest, ersichtlich ist aber, dass es sich auf EU-rechtliche Bestimmungen, wie zB die EU-Schwellenwerte für die öffentliche Auftragsvergabe, bezieht. Soweit ersichtlich beinhaltet dieses Gesetz Regelungen über die Vergabe und die Ausführung von öffentlichen

Baufträgen und regelt insoweit die Frage der gütlichen Streitbeilegung bzw des Schiedsgerichts für Streitigkeiten. Nicht ersichtlich sind darin allerdings Regelungen über die Nachprüfung öffentlicher Auftragsvergaben und die Rechtsfolgen der Zuwiderhandlung durch zur öffentlichen Ausschreibung verpflichtete Organisationen, insbesondere die von der beklagten Partei behauptete absolute (auch vom Ausschreibungspflichtigen selbst geltendmachbare) Nichtigkeit.

7. Die genannten europarechtlichen Richtlinien enthalten - im Gegensatz zB zur ausdrücklichen Regelung des Art 101 Abs 2 AEUV zum Kartellverstoß - selbst soweit ersichtlich keine ausdrückliche (absolute oder relative) Nichtigkeitsfolge für das Zuwiderhandeln gegen ihre Bestimmungen. 7. Die genannten europarechtlichen Richtlinien enthalten - im Gegensatz zB zur ausdrücklichen Regelung des Artikel 101, Absatz 2, AEUV zum Kartellverstoß - selbst soweit ersichtlich keine ausdrückliche (absolute oder relative) Nichtigkeitsfolge für das Zuwiderhandeln gegen ihre Bestimmungen.

8. Kein insoweit eindeutiges Bild zeigt auch ein Blick auf die Entwicklung im österreichischen Vergaberecht (vgl hiezu Eilmannsberger, Vergaberechtliche Schranken von Ausgliederungen und Privatisierungen, JBl 2001, 562; Katary, Schlupfloch Direktvergabe? in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht 59 f; Pock, Die gemeinschaftsrechtliche (Un-)Zulässigkeit gesondert anfechtbarer Entscheidungen und Präklusionsfristen im BVergG, RPA 2003, 27 [30]; König/Reichel-Holzer, Bundesvergabegesetz 2002, 371; R. Madl/Hauk in Handbuch Vergaberecht², 573 f; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabe-gesetz 2002 Kommentar, § 162 Rz 146 ff, Rummel/Lux, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des Europäischen Vergaberechts, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, 8/3, 50; Aicher, Der europäische Rechtsrahmen für den Bieterschutz, in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, 349 ff [354]). 8. Kein insoweit eindeutiges Bild zeigt auch ein Blick auf die Entwicklung im österreichischen Vergaberecht vergleiche hiezu Eilmannsberger, Vergaberechtliche Schranken von Ausgliederungen und Privatisierungen, JBl 2001, 562; Katary, Schlupfloch Direktvergabe? in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht 59 f; Pock, Die gemeinschaftsrechtliche (Un-)Zulässigkeit gesondert anfechtbarer Entscheidungen und Präklusionsfristen im BVergG, RPA 2003, 27 [30]; König/Reichel-Holzer, Bundesvergabegesetz 2002, 371; R. Madl/Hauk in Handbuch Vergaberecht², 573 f; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabe-gesetz 2002 Kommentar, Paragraph 162, Rz 146 ff, Rummel/Lux, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des Europäischen Vergaberechts, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, 8/3, 50; Aicher, Der europäische Rechtsrahmen für den Bieterschutz, in Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht, Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, 349 ff [354]).

9. Somit ergibt sich, dass die Konsequenzen eines Verstoßes gegen Vergaberecht einerseits europarechtlich offenbar nicht konkret vorgegeben sind und andererseits im Zeitverlauf - zumindest in Österreich - durchaus unterschiedlich geregelt bzw beurteilt wurden, wobei eine in Italien allenfalls bestehende Nichtigkeitssanktion dem österreichischen Recht zumindest nicht fremd wäre.

Der Schluss des Berufungsgerichts, dass die Vorgangsweise der beklagten Partei im konkreten Fall gegen Südtiroler Vergaberecht verstoßen habe und der Vortrag daher ohne weiteres (absolut) nichtig sei, ist also verfrüht.

10. Vielmehr wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren das einschlägige italienische bzw Südtiroler Recht, insbesondere was die Rechtsfolgen von Verstößen gegen vergaberechtliche Normen betrifft, zu erheben haben, um - im Sinne der obigen Ausführungen - die Auswirkungen auf die hier vorliegende Vertragssituation beurteilen zu können.

II. Die Beklagte als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne der Vergaberichtlinien römisch zwei. Die Beklagte als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne der Vergaberichtlinien:

1. Die Rechtsmittelwerberin meint, dass die Beklagte keine Einrichtung sei, die zur öffentlichen Ausschreibung des hier vergebenen Planungsauftrags verpflichtet gewesen sei.

2. Wie auch aus der Entscheidung EuGH, C-393/06 „Fernwärme-Wien-GmbH“, hervorgeht, ist unter dem Ausdruck „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ nach Art 2 Abs 1 Buchst a Unterabs 2 der Richtlinie 2004/17/EG und Art 1 Abs 9 Unterabs 2 der Richtlinie 2004/18/EG jede Einrichtung zu verstehen, die 1. zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, 2. Rechtspersönlichkeit besitzt und

3. weitere, hier nicht bestrittene Voraussetzungen erfüllt, wobei die drei genannten Tatbestandsmerkmale gleichzeitig vorliegen müssen (EuGH, aaO, Rz 5 ff und 36). 2. Wie auch aus der Entscheidung EuGH, C-393/06 „Fernwärme-Wien-GmbH“, hervorgeht, ist unter dem Ausdruck „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ nach Artikel 2, Absatz eins, Buchst a Unterabs 2 der Richtlinie 2004/17/EG und Artikel eins, Absatz 9, Unterabs 2 der Richtlinie 2004/18/EG jede Einrichtung zu verstehen, die 1. zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, 2. Rechtspersönlichkeit besitzt und 3. weitere, hier nicht bestrittene Voraussetzungen erfüllt, wobei die drei genannten Tatbestandsmerkmale gleichzeitig vorliegen müssen (EuGH, aaO, Rz 5 ff und 36).

In Bezug auf die Fernwärme Wien GmbH wurde das erste Tatbestandsmerkmal insoweit bejaht, als diese zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, Wohnungen, öffentliche Gebäude, Unternehmen und Büros im Bereich der Stadt Wien durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung mit Wärme zu versorgen. Die Beheizung eines städtischen Ballungsgebiets mittels umweltfreundlichen Verfahrens sicherzustellen, liege unzweifelhaft im Allgemeininteresse, weshalb sich nicht bestreiten lasse, dass die Fernwärme Wien zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Dabei sei unbeachtlich, dass derartige Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden könnten oder erfüllt würden (EuGH aaO Rz 39 und 40). Zur Klärung der Frage, ob Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllt würden, seien alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte, wie etwa die Umstände, die zur Gründung der Einrichtung geführt haben, die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu berücksichtigen. Es sei insbesondere zu prüfen, ob die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübe (EuGH aaO Rz 41). In Bezug auf die Fernwärme Wien stehe fest, dass die Erzielung von Gewinn nicht vorrangig und nicht Hauptzweck der Einrichtung sei und dass sie auf dem Sektor der Versorgung mit Fernwärme durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung quasi über ein Monopol verfüge. Schließlich messe die Stadt Wien diesem Heizungssystem auch aus Umwelterwägungen erhebliche Bedeutung zu und würde sie in Anbetracht des Drucks der öffentlichen Meinung die Abschaffung dieses Systems selbst dann nicht zulassen, wenn es mit Verlust arbeiten sollte (Rz 42 bis 44). Die Einrichtung wurde daher als solche iSd Art 2 Abs 1 Buchst a Unterabs 2 der Richtlinie 2004/17/EG und Art 1 Abs 9 Unterabs 2 der Richtlinie 2004/18/EG qualifiziert. In Bezug auf die Fernwärme Wien GmbH wurde das erste Tatbestandsmerkmal insoweit bejaht, als diese zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, Wohnungen, öffentliche Gebäude, Unternehmen und Büros im Bereich der Stadt Wien durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung mit Wärme zu versorgen. Die Beheizung eines städtischen Ballungsgebiets mittels umweltfreundlichen Verfahrens sicherzustellen, liege unzweifelhaft im Allgemeininteresse, weshalb sich nicht bestreiten lasse, dass die Fernwärme Wien zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Dabei sei unbeachtlich, dass derartige Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden könnten oder erfüllt würden (EuGH aaO Rz 39 und 40). Zur Klärung der Frage, ob Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllt würden, seien alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte, wie etwa die Umstände, die zur Gründung der Einrichtung geführt haben, die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu berücksichtigen. Es sei insbesondere zu prüfen, ob die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübe (EuGH aaO Rz 41). In Bezug auf die Fernwärme Wien stehe fest, dass die Erzielung von Gewinn nicht vorrangig und nicht Hauptzweck der Einrichtung sei und dass sie auf dem Sektor der Versorgung mit Fernwärme durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung quasi über ein Monopol verfüge. Schließlich messe die Stadt Wien diesem Heizungssystem auch aus Umwelterwägungen erhebliche Bedeutung zu und würde sie in Anbetracht des Drucks der öffentlichen Meinung die Abschaffung dieses Systems selbst dann nicht zulassen, wenn es mit Verlust arbeiten sollte (Rz 42 bis 44). Die Einrichtung wurde daher als solche iSd Artikel 2, Absatz eins, Buchst a Unterabs 2 der Richtlinie 2004/17/EG und Artikel eins, Absatz 9, Unterabs 2 der Richtlinie 2004/18/EG qualifiziert.

3. Mögen diese Richtlinien im vorliegenden Fall auch noch nicht anwendbar sein, sind ihre Vorgängerbestimmungen, was die Definition der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ betrifft, im erstgenannten Tatbestandsmerkmal entweder wortident (Richtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993) oder beinhalten den Passus „nicht gewerblicher Art“ gar nicht (Richtlinie 93/38/EWG vom 14. Juni 1993).

4. Der Argumentation der Rechtsmittelwerberin, dass sich das Vorliegen „gewerblicher Tätigkeit“ aus der Eintragung ins Handelsregister, der eigenen Rechtspersönlichkeit, der unternehmerischen Tätigkeit, der vollen privatrechtlichen Rechtsfähigkeit und der Ausübung der Tätigkeit nach den Kriterien der Wirksamkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit erschließen lasse, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil diese Kriterien die Erfüllung von

Aufgaben „nicht gewerblicher Art“ im Allgemeininteresse keineswegs ausschließen. So ist die eigene Rechtspersönlichkeit sogar ausdrückliches Erfordernis, um von einer Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der genannten Richtlinien sprechen zu können. Auch die volle privatrechtliche Rechtsfähigkeit und die Ausübung der Tätigkeit nach den Kriterien der Wirksamkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit ist keineswegs gewerblicher Tätigkeit vorbehalten. Ebenso wenig schließt „unternehmerische Tätigkeit“ die Anwendbarkeit der Richtlinien aus, wenn, wie bereits erwähnt, nach der Entscheidung „Fernwärme Wien GmbH“ nicht einmal Gewinnerzielungsabsicht entgegensteht, sofern sie nicht der Hauptzweck der Einrichtung ist.

5. Ob diese von der Judikatur des EuGH herausgearbeiteten Kriterien, insbesondere der Zweck des Unternehmens, die Umstände, unter denen es seine Tätigkeit ausübt, die Gewinnerzielungsabsicht als Hauptzweck etc, hier vorliegen, wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren feststellungsmäßig aufzubereiten haben.

III. Zur Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens:römisch drei. Zur Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens:

Für die Bestimmbarkeit des Berufungsantrags ist der gesamte Berufungsschriftsatz maßgeblich. Stellt sich etwa heraus, dass der vorhandene Berufungsantrag auf einem offenbaren und unbeabsichtigten Fehler der Partei beruht und ergibt sich der richtige Berufungsantrag eindeutig aus dem Inhalt der Berufungsschrift, ist die Berufung nicht deshalb zurückzuweisen (Pimmer in Fasching/Konecny² IV/1 § 467 ZPO Rz 15 mwN). In diesem Sinne hat das Berufungsgericht die Tatsache, dass sich die beklagte Partei in ihrer Berufung als „klagende Partei“ bezeichnet und im Berufungsantrag die „volle Klagsstattgebung“ beantragt, obwohl sich die Berufung inhaltlich eindeutig gegen das klagsstattgebende Ersturteil richtet, zu Recht unbeachtet gelassen (vgl auch 2 Ob 296/00v). Für die Bestimmbarkeit des Berufungsantrags ist der gesamte Berufungsschriftsatz maßgeblich. Stellt sich etwa heraus, dass der vorhandene Berufungsantrag auf einem offenbaren und unbeabsichtigten Fehler der Partei beruht und ergibt sich der richtige Berufungsantrag eindeutig aus dem Inhalt der Berufungsschrift, ist die Berufung nicht deshalb zurückzuweisen (Pimmer in Fasching/Konecny² IV/1 Paragraph 467, ZPO Rz 15 mwN). In diesem Sinne hat das Berufungsgericht die Tatsache, dass sich die beklagte Partei in ihrer Berufung als „klagende Partei“ bezeichnet und im Berufungsantrag die „volle Klagsstattgebung“ beantragt, obwohl sich die Berufung inhaltlich eindeutig gegen das klagsstattgebende Ersturteil richtet, zu Recht unbeachtet gelassen vergleiche auch 2 Ob 296/00v).

IV. Zur Aktenwidrigkeit:römisch vier. Zur Aktenwidrigkeit:

Die Rechtsmittelwerberin meint, sie habe entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts ihr Begehren auch auf Schadenersatz gestützt.

Tatsächlich hat sie mehrfach (AS 59, 122 und 144) ganz allgemein vorgebracht, sich auch auf den Titel des Schadenersatzes zu stützen. Ein detaillierteres (insb schlüssiges) Vorbringen dazu findet sich aber nicht.

Dem hielt das Berufungsgericht entgegen, dass die Klägerin aus einem nichtigen Vertrag nur so gestellt werden könne, wie wenn sie den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, einen solchen Schaden mache sie aber nicht geltend.

Einen „solchen Schaden“ hat die Klägerin mangels eines schlüssigen, einen Schadenersatzanspruch begründenden Vorbringens tatsächlich nicht geltend gemacht. Ihr allgemein gebliebenes Vorbringen wurde aber auch nicht erörtert bzw eine Schlüssigstellung nicht versucht.

Sollte sich daher im fortgesetzten Verfahren die Nichtigkeit des Vertrags und damit die Unanwendbarkeit des § 1168 ABGB, der von der Klägerin primär als Anspruchsgrundlage herangezogen wurde, ergeben, wäre dies nachzuholen. Sollte sich daher im fortgesetzten Verfahren die Nichtigkeit des Vertrags und damit die Unanwendbarkeit des Paragraph 1168, ABGB, der von der Klägerin primär als Anspruchsgrundlage herangezogen wurde, ergeben, wäre dies nachzuholen.

V. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 zweiter Satz ZPO römisch fünf. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, zweiter Satz ZPO.

Textnummer

E100313

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:0020OB00122.11X.0308.000

Im RIS seit

05.04.2012

Zuletzt aktualisiert am

22.01.2020

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at