jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2008/6/11 7Ob56/08y

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.06.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei L*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Jürgen Kronberger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei B*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen 6.526,86 EUR sA, über den Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 29. November 2007, GZ 36 R 200/07i-15, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 26. März 2007, GZ 38 C 1276/06i-11, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 499,36 EUR (darin enthalten 83,23 EUR an USt) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Die Klägerin begehrt den Klagsbetrag mit der Begründung, sie habe beabsichtigt, sich als Bieterin bei einer von der Beklagten gemachten Ausschreibung für die Lieferung von Beleuchtungskörper für ein Schul- und Internatsgebäude zu beteiligen. Bei den Vorbereitungsarbeiten für die Erstellung des Anbots habe die Klägerin festgestellt, dass die Beklagte bei der Ausschreibung gegen die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVerG 2006) verstoßen habe. Wegen der (konkret genannten, hier aber nicht weiter relevanten) Rechtswidrigkeiten habe die Klägerin einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht und die Ausschreibung der Beklagten als rechtswidrig und nichtig bekämpft. Die Beklagte habe, weil sie offensichtlich gewusst habe, dass ihre Ausschreibung tatsächlich rechtswidrig gewesen sei, das Vergabeverfahren widerrufen und den Widerruf bekannt gemacht. Da das Vergabeverfahren mit dem Widerruf gemäß § 276 BVerG 2006 beendet sei, habe die Klägerin ihren Nachprüfungsantrag zurückziehen müssen. Die Beklagte habe auch die zweite Ausschreibung nicht vergaberechtskonform vorgenommen, worauf sie die Klägerin neuerlich hingewiesen habe. Die Beklagte habe auch die zweite Ausschreibung noch vor Ablauf der Frist für die Bekämpfung der Ausschreibung widerrufen. Die Klägerin habe schuldhaft zweimal rechtswidrige Ausschreibungen bekannt gemacht und damit nicht nur gegen die Bestimmungen des Bundesvergaberechts, sondern auch gegen die der Klägerin gegenüber bestehenden vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten schuldhaft verstoßen. Die Klägerin habe sich hinsichtlich beider Vergabeverfahren anwaltlich vertreten lassen müssen. Sie begehre nun den Ersatz der Anwaltskosten und der frustrierten Kosten für die

Anbotserstellung.Die Klägerin begehrt den Klagsbetrag mit der Begründung, sie habe beabsichtigt, sich als Bieterin bei einer von der Beklagten gemachten Ausschreibung für die Lieferung von Beleuchtungskörper für ein Schul- und Internatsgebäude zu beteiligen. Bei den Vorbereitungsarbeiten für die Erstellung des Anbots habe die Klägerin festgestellt, dass die Beklagte bei der Ausschreibung gegen die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVerG 2006) verstoßen habe. Wegen der (konkret genannten, hier aber nicht weiter relevanten) Rechtswidrigkeiten habe die Klägerin einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht und die Ausschreibung der Beklagten als rechtswidrig und nichtig bekämpft. Die Beklagte habe, weil sie offensichtlich gewusst habe, dass ihre Ausschreibung tatsächlich rechtswidrig gewesen sei, das Vergabeverfahren widerrufen und den Widerruf bekannt gemacht. Da das Vergabeverfahren mit dem Widerruf gemäß Paragraph 276, BVerG 2006 beendet sei, habe die Klägerin ihren Nachprüfungsantrag zurückziehen müssen. Die Beklagte habe auch die zweite Ausschreibung nicht vergaberechtskonform vorgenommen, worauf sie die Klägerin neuerlich hingewiesen habe. Die Beklagte habe auch die zweite Ausschreibung noch vor Ablauf der Frist für die Bekämpfung der Ausschreibung widerrufen. Die Klägerin habe schuldhaft zweimal rechtswidrige Ausschreibungen bekannt gemacht und damit nicht nur gegen die Bestimmungen des Bundesvergaberechts, sondern auch gegen die der Klägerin gegenüber bestehenden vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten schuldhaft verstoßen. Die Klägerin habe sich hinsichtlich beider Vergabeverfahren anwaltlich vertreten lassen müssen. Sie begehre nun den Ersatz der Anwaltskosten und der frustrierten Kosten für die Anbotserstellung.

Zur Zuständigkeit führte sie aus, dass § 341 Abs 1 BVerG 2006 nur für Streitigkeiten nach §§ 338 und 339 BVerG 2006 die Eigenzuständigkeit der Gerichtshöfe normiere. § 338 BVerG 2006 sei nur anwendbar, wenn das Vergabeverfahren durch Erteilung des Zuschlags beendet worden sei, spreche es doch vom „übergangenen" Bieter, Bewerber oder Bestbieter. Auf den Widerruf der Ausschreibung sei diese Gesetzesstelle nicht anzuwenden. Der zweimalige Widerruf der Ausschreibung sei zwar nicht rechtswidrig gewesen, der Widerruf sei aber aufgrund der fehlerhaften Ausschreibungen erfolgt. Dafür sehe § 341 Abs 1 BVerG 2006 keine Feststellungskompetenz der Vergabekontrollbehörde vor. Korrespondierend dazu sei die Feststellung der Vergabekontrollbehörde, dass ein Verstoß gegen das Vergaberecht vorliege, auch gemäß § 341 Abs 1 BVerG 2006 nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage.Zur Zuständigkeit führte sie aus, dass Paragraph 341, Absatz eins, BVerG 2006 nur für Streitigkeiten nach Paragraphen 338, und 339 BVerG 2006 die Eigenzuständigkeit der Gerichtshöfe normiere. Paragraph 338, BVerG 2006 sei nur anwendbar, wenn das Vergabeverfahren durch Erteilung des Zuschlags beendet worden sei, spreche es doch vom „übergangenen" Bieter, Bewerber oder Bestbieter. Auf den Widerruf der Ausschreibung sei diese Gesetzesstelle nicht anzuwenden. Der zweimalige Widerruf der Ausschreibung sei zwar nicht rechtswidrig gewesen, der Widerruf sei aber aufgrund der fehlerhaften Ausschreibungen erfolgt. Dafür sehe Paragraph 341, Absatz eins, BVerG 2006 keine Feststellungskompetenz der Vergabekontrollbehörde vor. Korrespondierend dazu sei die Feststellung der Vergabekontrollbehörde, dass ein Verstoß gegen das Vergaberecht vorliege, auch gemäß Paragraph 341, Absatz eins, BVerG 2006 nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage.

Die Beklagte erhob die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs mangels Vorliegens einer Entscheidung der Vergabekontrollbehörde dazu, ob und inwieweit bei einer Ausschreibung ein Verstoß gegen das BVerG 2006 vorliege. Die Feststellung der Vergabekontrollbehörde zur Rechtswidrigkeit des Widerrufs bzw Rechtswidrigkeit der Ausschreibung sei Voraussetzung der gerichtlichen Geltendmachung. Weiters erhob die Beklagte die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit, weil § 341 Abs 1 BVerG 2006 unabhängig vom Streitwert die Gerichtshofzuständigkeit normiere; allenfalls unterliege der Rechtsstreit der Handelsgerichtsbarkeit.Die Beklagte erhob die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs mangels Vorliegens einer Entscheidung der Vergabekontrollbehörde dazu, ob und inwieweit bei einer Ausschreibung ein Verstoß gegen das BVerG 2006 vorliege. Die Feststellung der Vergabekontrollbehörde zur Rechtswidrigkeit des Widerrufs bzw Rechtswidrigkeit der Ausschreibung sei Voraussetzung der gerichtlichen Geltendmachung. Weiters erhob die Beklagte die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit, weil Paragraph 341, Absatz eins, BVerG 2006 unabhängig vom Streitwert die Gerichtshofzuständigkeit normiere; allenfalls unterliege der Rechtsstreit der Handelsgerichtsbarkeit.

Den zunächst gestellten Überweisungsantrag zog die Klägerin in der Folge zurück.

Das Erstgericht wies die Klage zurück. Nach dem Klagsvorbringen mache die Klägerin Schadenersatzansprüche wegen Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten geltend. Auch derartige Schadenersatzansprüche aus dem vorvertraglichen Verhältnis unterlägen § 338 BVerG 2006. Eine Feststellung der Vergabekontrollbehörde könne

unterbleiben, wenn es sich um Ansprüche aus den §§ 338 bis 339 BVerG 2006 handle und ein rechtmäßiger Widerruf vorliege. In diesem Fall sei der Gerichtshof zuständig. Der Rechtsweg wäre nur unzulässig, wenn ein rechtswidriger Widerruf erfolgt wäre, weil dann die Feststellung der Vergabekontrollbehörde erlangt werden müsste. Die Zuständigkeit des angerufenen Bezirksgerichts sei nicht gegeben.Das Erstgericht wies die Klage zurück. Nach dem Klagsvorbringen mache die Klägerin Schadenersatzansprüche wegen Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten geltend. Auch derartige Schadenersatzansprüche aus dem vorvertraglichen Verhältnis unterlägen Paragraph 338, BVerG 2006. Eine Feststellung der Vergabekontrollbehörde könne unterbleiben, wenn es sich um Ansprüche aus den Paragraphen 338, bis 339 BVerG 2006 handle und ein rechtmäßiger Widerruf vorliege. In diesem Fall sei der Gerichtshof zuständig. Der Rechtsweg wäre nur unzulässig, wenn ein rechtswidriger Widerruf erfolgt wäre, weil dann die Feststellung der Vergabekontrollbehörde erlangt werden müsste. Die Zuständigkeit des angerufenen Bezirksgerichts sei nicht gegeben.

Das Rekursgericht bestätigte den angefochtenen Beschluss. Aus § 338 Abs 2 BVerG 2006 gehe klar hervor, dass von Ansprüchen des Abs 1 nicht nur Schadenersatzansprüche eines übergangenen Bieters nach Zuschlagserteilung, sondern auch Schadenersatzansprüche eines Bewerbers oder Bieters nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens umfasst seien. Derartige Ansprüche seien auf culpa in contrahendo gestützt. Im Hinblick auf § 341 Abs 1 BVerG 2006 sei die ausschließliche Zuständigkeit des in allgemeiner Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betrauten Gerichtshofs gegeben, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz habe. Eine Unzulässigkeit des Rechtswegs liege hingegen nicht vor. Nach § 341 Abs 3 BVerG 2006 sei - abweichend von Abs 2 - eine Schadenersatzklage zulässig, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens nicht gegen das BVerG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen verstoße, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht worden sei. Gerade letzteres sei dem Klagsvorbringen zu entnehmen. Eine vorherige Feststellung der Vergabekontrollbehörde sei daher nicht erforderlich.Das Rekursgericht bestätigte den angefochtenen Beschluss. Aus Paragraph 338, Absatz 2, BVerG 2006 gehe klar hervor, dass von Ansprüchen des Absatz eins, nicht nur Schadenersatzansprüche eines übergangenen Bieters nach Zuschlagserteilung, sondern auch Schadenersatzansprüche eines Bewerbers oder Bieters nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens umfasst seien. Derartige Ansprüche seien auf culpa in contrahendo gestützt. Im Hinblick auf Paragraph 341, Absatz eins, BVerG 2006 sei die ausschließliche Zuständigkeit des in allgemeiner Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betrauten Gerichtshofs gegeben, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz habe. Eine Unzulässigkeit des Rechtswegs liege hingegen nicht vor. Nach Paragraph 341, Absatz 3, BVerG 2006 sei - abweichend von Absatz 2, - eine Schadenersatzklage zulässig, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens nicht gegen das BVerG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen verstoße, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht worden sei. Gerade letzteres sei dem Klagsvorbringen zu entnehmen. Eine vorherige Feststellung der Vergabekontrollbehörde sei daher nicht erforderlich.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil Judikatur des Obersten Gerichtshofs zur Frage der Zuständigkeit für auf culpa in contrahendo gestützte Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften des BVerG 2006 oder die entsprechenden Verordnungen nicht ersichtlich sei.

Dagegen richtet sich der Revisionsrekurs der Klägerin mit dem Antrag, die Beschlüsse der Vorinstanzen ersatzlos zu beheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt, die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückzuweisen, hilfsweise den Revisionsrekurs zurückzuweisen, hilfsweise dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zulässig, er ist aber nicht berechtigt.

§ 338 BVerG 2006 regelt:Paragraph 338, BVerG 2006 regelt:

„(1) Bei schuldhafter Verletzung dieses Bundesgesetzes oder der aufgrund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe des Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle hat ein übergangener Bewerber, Bieter oder Bestbieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Weitergehende, jedoch nur alternativ zustehende Schadenersatzansprüche des übergangenen Bestbieters nach anderen Rechtsvorschriften werden davon nicht berührt.

(2) Kein Anspruch nach Abs 1 besteht, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können. ..."(2) Kein Anspruch nach Absatz eins, besteht, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können. ..."

§ 341 BVerG 2006 lautet:Paragraph 341, BVerG 2006 lautet:

„(1) Zur Entscheidung über Ansprüche gemäß den §§ 338 und 339 ist ohne Rücksicht auf den Streitwert in erster Instanz der mit der Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Gerichtshof ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat. Fehlt im Inland ein solcher Gerichtsstand, so ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien zuständig.„(1) Zur Entscheidung über Ansprüche gemäß den Paragraphen 338 und 339 ist ohne Rücksicht auf den Streitwert in erster Instanz der mit der Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Gerichtshof ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat. Fehlt im Inland ein solcher Gerichtsstand, so ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien zuständig.

(2) Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, dass

1. wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technischen und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder

2. die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgte, oder

3. die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder

4. eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war, oder

5. der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat.

Dies gilt auch für die in § 338 Abs. 1 letzter Satz genannten Ansprüche sowie für Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb. Unbeschadet des Abs. 4 sind das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt an eine solche Feststellung gebunden.Dies gilt auch für die in Paragraph 338, Absatz eins, letzter Satz genannten Ansprüche sowie für Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb. Unbeschadet des Absatz 4, sind das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt an eine solche Feststellung gebunden.

(3) Abweichend von Abs. 2 ist eine Schadenersatzklage zulässig, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens nicht gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen verstoßen hat, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde. ..."(3) Abweichend von Absatz 2, ist eine Schadenersatzklage zulässig, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens nicht gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen verstoßen hat, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde. ..."

Zur Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs:

In den fünf Ziffern des § 341 Abs 2 BVerG 2006 ist geregelt, zu welchen Vorgängen die Feststellung eines Verstoßes durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde erfolgen muss, damit eine Schadenersatzklage zulässig ist. Die Entscheidung darüber, dass ein Widerruf rechtmäßig erfolgt ist, ist hier ebenso wenig vorgesehen wie die selbständige Entscheidung über die Vorfrage, dass der Inhalt einer Ausschreibung vergabegesetzwidrig war. Lediglich die Feststellung, dass ein Widerruf rechtswidrig erfolgt ist, ist in Z 3 leg cit genannt. Allerdings bestimmt § 341 Abs 3 BVerG 2006 ausdrücklich abweichend von Abs 2, dass eine Schadenersatzklage (ohne vorherige Feststellung der zuständigen Vergabekontrollbehörde über die Vergabewidrigkeit des Inhalts der Ausschreibung) zulässig ist, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens nicht gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen verstoßen hat, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde. In Zusammenschau ergibt sich daher aus § 341 BVerG 2006, dass für die Geltendmachung von Schadenersatz infolge rechtmäßigen Widerrufs der Ausschreibung keine Feststellung der Vergabegesetzwidrigkeit der Ausschreibung durch die Vergabekontrollbehörde vorliegen muss. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die Gesetzesmaterialien unterstützt, in denen es lautet: „Durch die Neuregelung des § 341 Abs 3 wird für eine Konstellation eine Ausnahme vom erwähnten Grundsatz (zwingende Durchführung eines Feststellungsverfahrens vor der Vergabekontrollbehörde) normiert. Wenn der Auftraggeber die Ausschreibung widerrufen hat, der Widerruf gemäß den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes rechtmäßig, aber durch den Auftraggeber zu vertreten ist (zB: der Auftraggeber hat ein rechtswidriges Zuschlagskriterium festgelegt, die Ausschreibung wurde erfolgreich bekämpft und der Auftraggeber muss daher widerrufen), dann soll es zulässig sein, eine Schadenersatzklage zu erheben, ohne zuvor eine entsprechende Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde zu beantragen" (1171 BlgNR 22. GP, S 146, abgedruckt ua in Steiner/Röblreiter/Windisch, BVerG 2006, 864). Die Erläuterungen nennen also genau den hier behaupteten Fall der Festlegung eines rechtswidrigen Zuschlagskriteriums, bei dem eine Schadenersatzklage nach Abs 3 leg cit ohne Befassung der zuständigen Vergabekontrollbehörde erhoben werden kann. Die Zulässigkeit des Rechtswegs wurde daher von den Vorinstanzen zu Recht bejaht.In den fünf Ziffern des Paragraph 341, Absatz 2, BVerG 2006 ist geregelt, zu welchen Vorgängen die Feststellung eines Verstoßes durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde erfolgen muss, damit eine Schadenersatzklage zulässig ist. Die Entscheidung darüber, dass ein Widerruf rechtmäßig erfolgt ist, ist hier ebenso wenig vorgesehen wie die selbständige Entscheidung über die Vorfrage, dass der Inhalt einer Ausschreibung vergabegesetzwidrig war. Lediglich die Feststellung, dass ein Widerruf rechtswidrig erfolgt ist, ist in Ziffer 3, leg cit genannt. Allerdings bestimmt Paragraph 341, Absatz 3, BVerG 2006 ausdrücklich abweichend von Absatz 2,, dass eine Schadenersatzklage (ohne vorherige Feststellung der zuständigen Vergabekontrollbehörde über die Vergabewidrigkeit des Inhalts der Ausschreibung) zulässig ist, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens nicht gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen verstoßen hat, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde. In Zusammenschau ergibt sich daher aus Paragraph 341, BVerG 2006, dass für die Geltendmachung von Schadenersatz infolge rechtmäßigen Widerrufs der Ausschreibung keine Feststellung der Vergabegesetzwidrigkeit der Ausschreibung durch die Vergabekontrollbehörde vorliegen muss. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die Gesetzesmaterialien unterstützt, in denen es lautet: „Durch die Neuregelung des Paragraph 341, Absatz 3, wird für eine Konstellation eine Ausnahme vom erwähnten Grundsatz (zwingende Durchführung eines Feststellungsverfahrens vor der Vergabekontrollbehörde) normiert. Wenn der Auftraggeber die Ausschreibung widerrufen hat, der Widerruf gemäß den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes rechtmäßig, aber durch den Auftraggeber zu vertreten ist (zB: der Auftraggeber hat ein rechtswidriges Zuschlagskriterium festgelegt, die Ausschreibung wurde erfolgreich bekämpft und der Auftraggeber muss daher widerrufen), dann soll es zulässig sein, eine Schadenersatzklage zu erheben, ohne zuvor eine entsprechende Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde zu beantragen" (1171 BlgNR 22. GP, S 146, abgedruckt ua in Steiner/Röblreiter/Windisch, BVerG 2006, 864). Die Erläuterungen nennen also genau den hier behaupteten Fall der Festlegung eines rechtswidrigen Zuschlagskriteriums, bei dem eine Schadenersatzklage nach Absatz 3, leg cit ohne Befassung der zuständigen Vergabekontrollbehörde erhoben werden kann. Die Zulässigkeit des Rechtswegs wurde daher von den Vorinstanzen zu Recht bejaht.

Zur Einrede der sachlichen Unzuständigkeit:

Vorweg ist festzuhalten, dass den Entscheidungen 7 Ob 18/04d und 4 Ob 62/03a noch das BVerG 2002 zugrunde lag. Das BVerG 2006 trat mit 1. 2. 2006 in Kraft (§ 345 Abs 1 Z 1 leg cit). Unstrittig sind daher auf den vorliegenden Fall die Bestimmungen des BVerG 2006 anzuwenden.Vorweg ist festzuhalten, dass den Entscheidungen 7 Ob 18/04d und 4 Ob 62/03a noch das BVerG 2002 zugrunde lag. Das BVerG 2006 trat mit 1. 2. 2006 in Kraft

(Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, leg cit). Unstrittig sind daher auf den vorliegenden Fall die Bestimmungen des BVerG 2006 anzuwenden.

Nach der Begriffsbestimmung nach § 2 Z 12 BVerG 2006 ist Bewerber „ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmen, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligen will und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat". Da die Klägerin die Ausschreibungsunterlagen abrief und sich mit der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren beschäftigte, bei der ersten Ausschreibung einen Nachprüfungsantrag im Sinn der §§ 320 ff BVerG 2006 stellte und bei der zweiten Ausschreibung einen solchen ankündigte, was nach ihrem Vorbringen zum Widerruf der Ausschreibungen führte, ist sie jeweils als Bewerberin zu beurteilen. Sie leitet ihren Schadenersatzanspruch aus der behaupteten schuldhaften Verletzung des BVerG 2006 ab, nämlich daraus, dass die Beklagte zwei vergaberechtswidrige Ausschreibungen verfasst und in der Folge rechtmäßig widerrufen habe.Nach der Begriffsbestimmung nach Paragraph 2, Ziffer 12, BVerG 2006 ist Bewerber „ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmen, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligen will und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat". Da die Klägerin die Ausschreibungsunterlagen abrief und sich mit der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren beschäftigte, bei der ersten Ausschreibung einen Nachprüfungsantrag im Sinn der Paragraphen 320, ff BVerG 2006 stellte und bei der zweiten Ausschreibung einen solchen ankündigte, was nach ihrem Vorbringen zum Widerruf der Ausschreibungen führte, ist sie jeweils als Bewerberin zu beurteilen. Sie leitet ihren Schadenersatzanspruch aus der behaupteten schuldhaften Verletzung des BVerG 2006 ab, nämlich daraus, dass die Beklagte zwei vergaberechtswidrige Ausschreibungen verfasst und in der Folge rechtmäßig widerrufen habe.

Ein Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist berechtigt den Bewerber, den Ersatz der bisher im Vertrauen auf die Ausschreibung getätigten Aufwendungen im Sinn des § 338 Abs 1 BVerG 2006 zu verlangen. Da sich der Auftraggeber vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis verschaffen darf (siehe § 117 Abs 4 BVerG 2006) bzw nach Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung nicht mehr berechtigt ist, die eingelangten Angebote zu öffnen (siehe § 140 Abs 6 zweiter Satz BVerG 2006), geht ein allfälliger Einwand nach Abs 2 leg cit, mit welchem eine „echte Chance" in Abrede gestellt wird, mangels Vergleichbarkeit der Angebote ins Leere (Gerscha, Kommentar Vergaberecht Band 2, § 338 S 4 f). Erfolgt also der Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist, so kommt es auf die Beurteilung der „echten Chance" auf Erteilung des Zuschlags mangels Beurteilbarkeit nicht an, wohl jedoch auf die alternative Voraussetzung der Stellung eines Nachprüfungsantrags.Ein Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist berechtigt den Bewerber, den Ersatz der bisher im Vertrauen auf die Ausschreibung getätigten Aufwendungen im Sinn des Paragraph 338, Absatz eins, BVerG 2006 zu verlangen. Da sich der Auftraggeber vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis verschaffen darf (siehe Paragraph 117, Absatz 4, BVerG 2006) bzw nach Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung nicht mehr berechtigt ist, die eingelangten Angebote zu öffnen (siehe Paragraph 140, Absatz 6, zweiter Satz BVerG 2006), geht ein allfälliger Einwand nach Absatz 2, leg cit, mit welchem eine „echte Chance" in Abrede gestellt wird, mangels Vergleichbarkeit der Angebote ins Leere (Gerscha, Kommentar Vergaberecht Band 2, Paragraph 338, S 4 f). Erfolgt also der Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist, so kommt es auf die Beurteilung der „echten Chance" auf Erteilung des Zuschlags mangels Beurteilbarkeit nicht an, wohl jedoch auf die alternative Voraussetzung der Stellung eines Nachprüfungsantrags.

§ 320 Abs 1 BVerG 2006 lautet:Paragraph 320, Absatz eins, BVerG 2006 lautet:

„Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht."

Diesen Nachprüfungsantrag hat die Klägerin unstrittig im ersten Fall gestellt. Im zweiten Fall unterblieb er nur wegen des zuvorgekommenen Widerrufs der Ausschreibung durch die Beklagte, was analog zu den obigen Ausführungen zur „echten Chance" mangels Gelegenheit zur Antragstellung nicht schadet, zumal doch das Einschreiten der Klägerin - nach ihrem Vorbringen - Anlass des Widerrufs war. Die Klägerin hat die vom Gesetz geforderten Maßnahmen zur Abwendung des Schadens ergriffen. Durch den Widerruf der Ausschreibungen durch die Beklagte noch vor der Entscheidung der Vergabekontrollbehörde wurden die Vergabeverfahren nach § 276 BVerG 2006 beendet. Der nach

§ 319 Abs 1 BVerG 2006 klaglos gestellten Klägerin wurde im ersten Vergabeverfahren nur der Ersatz der von ihr entrichteten Gebühr zugesprochen.Diesen Nachprüfungsantrag hat die Klägerin unstrittig im ersten Fall gestellt. Im zweiten Fall unterblieb er nur wegen des zuvorgekommenen Widerrufs der Ausschreibung durch die Beklagte, was analog zu den obigen Ausführungen zur „echten Chance" mangels Gelegenheit zur Antragstellung nicht schadet, zumal doch das Einschreiten der Klägerin - nach ihrem Vorbringen - Anlass des Widerrufs war. Die Klägerin hat die vom Gesetz geforderten Maßnahmen zur Abwendung des Schadens ergriffen. Durch den Widerruf der Ausschreibungen durch die Beklagte noch vor der Entscheidung der Vergabekontrollbehörde wurden die Vergabeverfahren nach Paragraph 276, BVerG 2006 beendet. Der nach Paragraph 319, Absatz eins, BVerG 2006 klaglos gestellten Klägerin wurde im ersten Vergabeverfahren nur der Ersatz der von ihr entrichteten Gebühr zugesprochen.

Die Klägerin macht hier also einen Anspruch nach § 338 BVerG 2006 geltend, weil sie als übergangene Bewerberin den Ersatz der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren bis zum Widerruf der Ausschreibungen begehrt. Die Zuständigkeit dafür ist in § 341 Abs 1 BVerG 2006 geregelt. Danach ist für diese Streitigkeiten der mit der Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Gerichtshof ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat. Auch nach den Erläuterungen sollen Schadenersatzklagen in Vergabesachen grundsätzlich bei den Gerichtshöfen konzentriert werden (vgl Steiner/Röblreiter/Windisch aaO, S 863).Die Klägerin macht hier also einen Anspruch nach Paragraph 338, BVerG 2006 geltend, weil sie als übergangene Bewerberin den Ersatz der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren bis zum Widerruf der Ausschreibungen begehrt. Die Zuständigkeit dafür ist in Paragraph 341, Absatz eins, BVerG 2006 geregelt. Danach ist für diese Streitigkeiten der mit der Ausübung der allgemeinen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betraute Gerichtshof ausschließlich zuständig, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat. Auch nach den Erläuterungen sollen Schadenersatzklagen in Vergabesachen grundsätzlich bei den Gerichtshöfen konzentriert werden vergleiche Steiner/Röblreiter/Windisch aaO, S 863).

Es ist daher für den vorliegenden Anspruch zwar der Rechtsweg zulässig, das angerufene Bezirksgericht ist jedoch für die Verhandlung und Entscheidung in dieser Rechtssache sachlich unzuständig.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO.Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 50,, 41 ZPO.

Textnummer

E87934

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2008:0070OB00056.08Y.0611.000

Im RIS seit

11.07.2008

Zuletzt aktualisiert am

07.12.2021

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at