jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2005/5/24 5Ob49/05z

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 24.05.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Floßmann als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Baumann, Dr. Hurch, Dr. Kalivoda und Dr. Höllwerth als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. ***** Gesellschaft mbH, *****, 2. *****Gesellschaft mbH, *****, beide vertreten durch Dr. Stefan Gloß, Dr. Hans Pucher, Mag. Volker Leitner und Mag. Christian Schweinzer, Rechtsanwälte in St. Pölten, gegen die beklagte Partei ***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Josef Olischar und Mag. Martin Kratky, Rechtsanwälte in Wien, wegen EUR 17.746,22 sA, über die Revisionen aller Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 25. November 2004, GZ 2 R 219/04x-60, womit das Teil- und Zwischenurteil des Handelsgerichts Wien vom 26. Juli 2004, GZ 20 Cg 34/03h-50, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I. denrömisch eins. den

Beschluss

gefasst:

Die Revision der klagenden Parteien wird zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsbeantwortung der beklagten Partei bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

II. und zu Recht erkanntrömisch II. und zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden mit der Maßgabe bestätigt, dass das Urteil des Erstgerichts als Teil- und Zwischenurteil insgesamt wie folgt zu lauten hat:

„1. Der Anspruch der klagenden Parteien auf Zahlung von EUR 17.746,22 besteht mit EUR 2.812,44 dem Grunde nach zu Recht und mit EUR 14.933,78 nicht zu Recht.

2. Das Teilklagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, den klagenden Parteien EUR 14.933,78 samt 7 % Zinsen seit 23. 8. 1999 zu zahlen, wird abgewiesen.

3. Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten."

Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte hatte Anfang 1999 die Elektroinstallationsarbeiten, nämlich die stark- und schwachstromtechnischen Arbeiten für das Bauvorhaben „Renovierung und Erweiterung des BG/BRG *****" ausgeschrieben. Die Einladung zur Angebotsabgabe enthielt den Hinweis:

„Als Kriterien für die Auftragserteilung gelten in nachstehender Reihenfolge (Bestbieterprinzip):

Leistungsfähigkeit, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Preis, Kundendienst, Bonität, Umweltgerechtheit der Leistungen gemäß Ausschreibungsunterlagen."

Diese Kriterien waren im Text untereinander angeführt.

Die Klägerinnen beteiligten sich als Bietergemeinschaft an dieser Ausschreibung. Nachdem die Beklagte den Klägerinnen mitgeteilt hatte, deren Angebot sei ausgeschieden worden, veranlassten die Klägerinnen ein Schlichtungsverfahren vor der Bundesvergabekontrollkommission, worauf nach einer besonderen technischen Prüfung mit positiven Ergebnissen die Ausscheidung des Angebots der Klägerinnen zurückzunehmen war. In der Folge teilte die Beklagte den Klägerinnen neuerlich die Ausscheidung ihres Angebots mit und erteilte einem anderen Bieter den Zuschlag. Die Klägerinnen riefen das Bundesvergabeamt an, welches mit Bescheid vom 12. Juni 2001 ua Folgendes entschied:

„1. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragsteller auszuscheiden, wird insoweit teilweise stattgegeben, als gemäß § 170 Abs 3 BVergG festgestellt wird, dass die Entscheidung .... der Bundesimmobiliengesellschaft .... das Angebot der Antragsteller auszuscheiden rechtswidrig ist. Das Mehrbegehren der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Entscheidung wird als unzulässig zurückgewiesen.„1. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragsteller auszuscheiden, wird insoweit teilweise stattgegeben, als gemäß Paragraph 170, Absatz 3, BVergG festgestellt wird, dass die Entscheidung .... der Bundesimmobiliengesellschaft .... das Angebot der Antragsteller auszuscheiden rechtswidrig ist. Das Mehrbegehren der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Entscheidung wird als unzulässig zurückgewiesen.

....

3. Dem Eventualantrag auf Feststellung, dass ein Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz vorliegt und der Zuschlag nicht an die Bestbieterin, nämlich die Antragsteller, erteilt wurde, wird insoweit teilweise stattgegeben, als festgestellt wird, dass der Zuschlag wegen Verletzungen des Bundesvergabegesetzes, nämlich gesetzwidrigen Zuschlagskriterien, nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Das Mehrbegehren der Antragsteller auf Feststellung, dass sie Bestbieter gewesen sind, wird als unzulässig zurückgewiesen."

Die Bescheidbegründung lautete auszugsweise:

„1. .... Da durch Auslegung der Erklärung des Angebots der Antragsteller ein objektiver ausschreibungskonformer Sinngehalt zu ermitteln war, lag keine für die Beurteilung des Angebotes wesentliche Unklarheit vor und kam daher auch eine Aufklärung bzw ein Ausscheiden mangels ausreichender Aufklärung nicht in Betracht. Das mit der fehlenden Aufklärung begründete Ausscheiden des Angebots der Antragsteller war daher rechtswidrig.

....

3. .... Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ergibt sich aus § 29 Abs 4 BVergG, dass eine relative Bedeutung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander klar sein muss und die bloße Angabe einer Rangordnung diesem Erfordernis nicht genügt (Anm: zahlreiche Judikaturbelege aus der Zeit ab 1998). Da der Auftraggeber im vorliegenden Fall die Zuschlagskriterien lediglich in der Art einer Rangordnung angegeben hat, aus der die relative Bedeutung der Kriterien im Verhältnis nicht so klar wird, dass ein willkürlicher Beurteilungspielraum des Auftraggebers ausgeschlossen wäre, waren die Zuschlagskriterien der Ausschreibung rechtswidrig und wäre daher die Ausschreibung wegen wesentlicher rechtswidriger Bestandteile zwingend gemäß § 55 Abs 1 BVergG zu widerrufen gewesen. Eine dennoch erfolgte Zuschlagserteilung ist daher jedenfalls nicht an den Bestbieter im Sinne des Gesetzes ergangen und erweist sich daher die von den Antragstellern ihrem gesamten Vorbringen nach angefochtene Zuschlagserteilung ebenfalls als rechtswidrig. ...."3. .... Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ergibt sich aus Paragraph 29, Absatz 4, BVergG, dass eine relative Bedeutung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander klar sein muss und die bloße Angabe einer Rangordnung diesem Erfordernis nicht genügt Anmerkung, zahlreiche Judikaturbelege aus der Zeit ab 1998). Da der Auftraggeber im vorliegenden Fall die Zuschlagskriterien lediglich in der Art einer Rangordnung angegeben hat, aus der die relative Bedeutung der Kriterien im Verhältnis nicht so klar wird, dass ein willkürlicher

Beurteilungspielraum des Auftraggebers ausgeschlossen wäre, waren die Zuschlagskriterien der Ausschreibung rechtswidrig und wäre daher die Ausschreibung wegen wesentlicher rechtswidriger Bestandteile zwingend gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG zu widerrufen gewesen. Eine dennoch erfolgte Zuschlagserteilung ist daher jedenfalls nicht an den Bestbieter im Sinne des Gesetzes ergangen und erweist sich daher die von den Antragstellern ihrem gesamten Vorbringen nach angefochtene Zuschlagserteilung ebenfalls als rechtswidrig. …."

Die Beklagte stellte keinen Antrag gemäß § 113 Abs 3 letzter Satz BVergG 1997 auf Feststellung, dass die Klägerinnen auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 1997 und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätten.Die Beklagte stellte keinen Antrag gemäß Paragraph 113, Absatz 3, letzter Satz BVergG 1997 auf Feststellung, dass die Klägerinnen auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 1997 und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätten.

Bei der Teilnahme der Klägerinnen am Ausschreibungsverfahren war deren Geschäftsführer die von der Beklagten unterlassene Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht aufgefallen und dieser war bei Angebotsstellung auf diese Kriterien auch nicht eingegangen. Für den Geschäftsführer waren bei Angebotserstellung die einzelnen technischen Positionen wichtig und er ging davon aus, automatisch die einzelnen Zuschlagskriterien zu erfüllen.

Die Klägerinnen begehren von der Beklagten mit der Behauptung, bei deren Ausschreibung Billigst- und Bestbieter gewesen zu sein, die Bezahlung ihres im Fall der Zuschlagserteilung erwarteten Gewinns von 6,1 % der Bruttoauftragssumme in der Höhe von EUR 17.746,22. Hilfsweise und subsidiär stützen sie ihre Klagebegehren unter Hinweis auf den von der Beklagten unterlassenen Antrag nach § 113 Abs 3 letzter Satz BVergG 1997 auf Kostenersatz für Anbotslegung und -erstellung in der Höhe von EUR 2.812,44.Die Klägerinnen begehren von der Beklagten mit der Behauptung, bei deren Ausschreibung Billigst- und Bestbieter gewesen zu sein, die Bezahlung ihres im Fall der Zuschlagserteilung erwarteten Gewinns von 6,1 % der Bruttoauftragssumme in der Höhe von EUR 17.746,22. Hilfsweise und subsidiär stützen sie ihre Klagebegehren unter Hinweis auf den von der Beklagten unterlassenen Antrag nach Paragraph 113, Absatz 3, letzter Satz BVergG 1997 auf Kostenersatz für Anbotslegung und -erstellung in der Höhe von EUR 2.812,44.

Die Beklagte wendet ein, es wäre nach der vom Bundesvergabeamt vertretenen Ansicht die Ausschreibung infolge unzulässiger Zuschlagskriterien zu widerrufen gewesen; es könnten dann die Klägerinnen nicht als Bestbieter eines gesetzmäßig durchgeführten Vergabeverfahrens angesehen werden, weshalb es an der Kausalität für den Nichterfüllungsschaden fehle. Das Ausscheiden des Angebots der Klägerinnen sei mangels nachgewiesener Auschreibungskonformität angebotener Produkte zumindest vertretbar gewesen, weshalb sie kein Verschulden treffe. Den Klägerinnn könne höchstens der Ersatz des Vertrauensschadens zustehen, doch hätten sich diese bewusst auf ein gegebenenfalls nichtiges Vergabeverfahren eingelassen und sich nicht gegen die Unzulässigkeit der Ausschreibung zur Wehr gesetzt, obwohl es sich bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien um einen zentralen Punkt einer Ausschreibung handle; die Klägerinnen hätten ihren Schaden daher selbst zu vertreten.

Das Erstgericht wies mit Teilurteil das Begehren der Klägerinnen auf Ersatz des mit EUR 17.746,22 s.A. bezifferten Nichterfüllungsschadens ab und sprach mit Zwischenurteil aus, dass das Begehren auf Ersatz des mit EUR 2.812,44 s.A. bezifferten Vertrauensschadens dem Grunde nach zu Recht bestehe. Rechtlich erwog das Erstgericht, es könne mangels Gewichtung der Zuschlagskriterien der Bestbieter nicht ermittelt werden, weshalb nur der Zuspruch des Vertrauensschadens in Frage komme; dieser stehe den Klägerinnen dem Grund nach zu, weil der Beklagten die unterlassene Gewichtung der Zuschlagskriterien als Ausschreibungsfehler anzulasten sei.

Das Berufungsgericht gab den Rechtsmitteln beider Streitteile nicht Folge. Es führte rechtlich zur Berufung der Klägerinnen aus, dass der Bestbieter anhand der in der Ausschreibung festzulegenden Zuschlagskriterien zu ermitteln gewesen wäre. Wegen der von der Beklagten unterlassenen Gewichtung der Zuschlagskriterien sei eine der Bestbieterermittlung entsprechende Positionierung der einzelnen Bieter nicht möglich; den Klägerinnen könne damit der ihnen obliegende Beweis ihrer Bestbietereigenschaft nicht gelingen. Soweit die Klägerinnen behaupteten, die ausgeschriebenen Leistungen seinen „weitgehend" determiniert gewesen, sodass nur mehr der Preis zur Bestbieterermittlung verblieben sei, hätten sie sich darauf in erster Instanz nicht berufen, sondern lediglich die Nichtigkeit der Ausschreibung geltend gemacht. Der von den Klägerinnen angestrebte Ersatz des Erfüllungsinteresses komme daher nicht in Frage.

Das Berufungsgericht teilt auch nicht die in der Berufung der Beklagten vertretene Meinung, wonach diesen ein - mangels Gewichtung der Zuschlagskriterien offenbar aussichtsloser - Antrag nach § 113 Abs 3 letzter Satz BVergG 1997 nicht zumutbar gewesen und die unterlassene Antragstellung daher rechtlich bedeutungslos sei. Das Berufungsgericht war vielmehr der Ansicht, dass die Unaufklärbarkeit des Umstands, ob der betreffende Bieter bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, gerade den Auftraggeber treffen solle. Auch die Ausführungen der Beklagten zum alleinigen Verschulden oder zum Mitverschulden der Klägerinnen an deren Vertrauensschaden seien unberechtigt; den Bieter treffe keine Pflicht zur Prüfung der Ausschreibung und es sei von diesem auch kein Sachverstand zu fordern, der den Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB begründen könne. Insbesondere sei eine genaue Kenntnis über die in der Judikatur des Bundesvergabeamts gestellten Anforderungen betreffend die Klarheit der Formulierung der Zuschlagskriterien nur von der Beklagten, nicht aber von den Klägerinnen zu verlangen. Soweit die Beklagte ein vorsätzliches oder grob schuldhaftes Verhalten der Klägerinnen unterstelle, fehle dafür eine Sachverhaltsgrundlage. Die Ansicht der Beklagten, es sei auch das auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtete Begehren der Klägerinnen abzuweisen, erweise sich demnach als unberechtigt.Das Berufungsgericht teilt auch nicht die in der Berufung der Beklagten vertretene Meinung, wonach diesen ein - mangels Gewichtung der Zuschlagskriterien offenbar aussichtsloser - Antrag nach Paragraph 113, Absatz 3, letzter Satz BVergG 1997 nicht zumutbar gewesen und die unterlassene Antragstellung daher rechtlich bedeutungslos sei. Das Berufungsgericht war vielmehr der Ansicht, dass die Unaufklärbarkeit des Umstands, ob der betreffende Bieter bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, gerade den Auftraggeber treffen solle. Auch die Ausführungen der Beklagten zum alleinigen Verschulden oder zum Mitverschulden der Klägerinnen an deren Vertrauensschaden seien unberechtigt; den Bieter treffe keine Pflicht zur Prüfung der Ausschreibung und es sei von diesem auch kein Sachverstand zu fordern, der den Sorgfaltsmaßstab des Paragraph 1299, ABGB begründen könne. Insbesondere sei eine genaue Kenntnis über die in der Judikatur des Bundesvergabeamts gestellten Anforderungen betreffend die Klarheit der Formulierung der Zuschlagskriterien nur von der Beklagten, nicht aber von den Klägerinnen zu verlangen. Soweit die Beklagte ein vorsätzliches oder grob schuldhaftes Verhalten der Klägerinnen unterstelle, fehle dafür eine Sachverhaltsgrundlage. Die Ansicht der Beklagten, es sei auch das auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtete Begehren der Klägerinnen abzuweisen, erweise sich demnach als unberechtigt.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Frage, ob Schadenersatzansprüche nach § 122 Abs 1 BVergG 1997 (oder nunmehr nach § 181 BVergG 2002) einem auf die vom Bieter unterlassene Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Ausschreibung gestützten Mitverschuldenseinwand ausgesetzt sein könnten, keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bestehe.Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Frage, ob Schadenersatzansprüche nach Paragraph 122, Absatz eins, BVergG 1997 (oder nunmehr nach Paragraph 181, BVergG 2002) einem auf die vom Bieter unterlassene Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Ausschreibung gestützten Mitverschuldenseinwand ausgesetzt sein könnten, keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bestehe.

Gegen die Abweisung des „Hauptbegehrens" richtet sich sich dieRevision der Klägerinnen mit dem Antrag auf Abänderung iS des Zuspruchs des mit EUR 17.746,22 s.A. bezifferten Erfüllungsinteresses; hilfsweise stellen die Klägerinnen auch einen Aufhebungsantrag.

Gegen die Bestätigung des Zwischenurteils mit dem Ausspruch, das Begehren des mit EUR 2.812,44 s.A. angesprochenen Vertrauensschadens bestehe dem Grunde nach zu Recht, richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung iS der Klagsabweisung; hilfsweise stellt die Beklagte den Antrag, das Zwischenurteil als nichtig aufzuheben.

Beide Streitteile erstatteten eine Berufungsbeantwortung; die Klägerinnen beantragen, die Revision der Beklagten zurückzuweisen, in eventu dieser nicht Folge zu geben. Die Beklagte beantragt, die Revision der Klägerinnen abzuweisen.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der Klägerinnen ist unzulässig.

Die Revision der Beklagten ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, aber nicht berechtigt.

I. Zur Revision der Klägerinnen:römisch eins. Zur Revision der Klägerinnen:

1. Die Klägerinnen begründen die Zulässigkeit ihres Rechtsmittels mit dem vermeintlichen Fehlen einer Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage des Nachweises der Bestbietereigenschaft des übergangenen Bieters im - hier vorliegenden - Fall einer tatsächlichen Zuschlagserteilung an und der Auftragserfüllung durch einen nachgereiten Bieter bei an sich zu widerrufender Ausschreibung. Die Anwendung des prima-facie-Beweises erscheine im Vergabeverfahren nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht schlichtweg ausgeschlossen und diese sei gerade dann gerechtfertigt, wenn sich die maßgeblichen Beweise beim Gegner, hier in der Hand des Auftraggebers befänden. In dem der Entscheidung 1 Ob 110/02m zugrunde gelegenen Fall habe der Auftraggeber die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung erkannt und diese widerrufen, sodass tatsächlich kein Zuschlag erteilt worden sei; unter diesen Umständen sei es nahegelegen, eine nachträgliche Bestbieterermittlung abzulehnen, sei doch auch eine neuerliche Vergabe im Raum gestanden, bei der übergangene Bieter zum Zug hätte kommen können. Im vorliegenden Fall einer tatsächlichen Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter seien das letztlich erfolgreiche Anbot und die Vorlieben des Auftraggebers nachträglich ermittelbar. Es sei dann Sache des Auftraggebers nachzuweisen, warum nicht die Klägerinnen als technisch und wirtschaftlich erfüllende Billigstbieter nicht auch Bestbieter gewesen sein sollten. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanzen stehe im Widerspruch zur sonstigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum prima-facie-Beweis.

2. Der Oberste Gerichtshof hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass auch das positive Vertragsinteresse, also das Erfüllungsinteresse zugesprochen werden kann (8 Ob 183/02y = ecolex 2003, 677 = bbl 2003, 199 = wbl 2004, 38 mwN), wenn ohne die Pflichtverletzung des Auftraggebers der Vertrag zustande gekommen wäre, also der Kläger Bestbieter ist (7 Ob 200/00p = SZ 74/115 = JBl 2002, 117 [Rummel] mzN). Der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden obliegt auch in den Fällen der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB grundsätzlich dem Geschädigten (RIS-Justiz RS0022664). Dieser Grundsatz gilt auch für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Vergabeverstößen (8 Ob 183/02y = ecolex 2003, 677 = bbl 2003, 199 = wbl 2004, 38; 7 Ob 148/01t = JBl 2002, 115).2. Der Oberste Gerichtshof hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass auch das positive Vertragsinteresse, also das Erfüllungsinteresse zugesprochen werden kann (8 Ob 183/02y = ecolex 2003, 677 = bbl 2003, 199 = wbl 2004, 38 mwN), wenn ohne die Pflichtverletzung des Auftraggebers der Vertrag zustande gekommen wäre, also der Kläger Bestbieter ist (7 Ob 200/00p = SZ 74/115 = JBl 2002, 117 [Rummel] mzN). Der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden obliegt auch in den Fällen der Beweislastumkehr nach Paragraph 1298, ABGB grundsätzlich dem Geschädigten (RIS-Justiz RS0022664). Dieser Grundsatz gilt auch für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Vergabeverstößen (8 Ob 183/02y = ecolex 2003, 677 = bbl 2003, 199 = wbl 2004, 38; 7 Ob 148/01t = JBl 2002, 115).

3. Eine Beweislastverschiebung zu Gunsten des Geschädigten anerkennt die Rechtsprechung nur bei ärztlichen Behandlungsfehlern, weil sich in solchen Fällen in ganz besonderem Maß Beweisschwierigkeiten des Patienten ergeben und nur dem zur Haftung herangezogenen Arzt die Mittel und die Sachkunde zum Beweis zur Verfügung stehen (6 Ob 702/89 = SZ 63/90). Im Gegensatz dazu ist einem Geschädigten im Vergabeverfahren der Nachweis der Kausalität des Verhaltens des Schädigers für den eingetretenen Schaden regelmäßig zumutbar. Der jeweilige Bieter ist im Allgemeinen fachkundig. Er hat selbst die Kalkulationsunterlagen erstellt und kennt gewöhnlich auch die Angebote der Mitbewerber. Selbst wenn die Klägerinnen den Nachweis, dass sie sich bei korrekter Ausschreibung gegen alle potentiellen Mitbewerber durchgesetzt hätten und Bestbieterinnen gewesen wären, im konkreten Fall für besonders schwierig halten mögen, rechtfertigt dies nicht die Umkehrung der Beweislast; nicht die Beweisschwierigkeiten im Einzelfall, sondern lediglich strukturelle Beweislagen, die es aus typischen Haftungsgrundlagen dem Geschädigten ganz allgemein verwehren, Ersatzansprüche durchzusetzen, können eine solche Beweislastverschiebung rechtfertigen (1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130, 611 = wbl 2003, 440 = RdW 2003, 567;6 Ob 177/03b = ZVB 2004, 333 = RdW 2004, 741). Diese von den Vorinstanzen zutreffend angewendeten Grundsätze hat der Oberste Gerichtshof - entgegen der Ansicht der Klägerinnen - auch schon in einem wegen Unerfüllbarkeit einer wesentlichen Produkteigenschaft rechtswidrigen Vergabeverfahren bejaht, in dem tatsächlich - was die Klägerinnen hier als wesentlich reklamieren - eine Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter erfolgt war (6 Ob 177/03b = ZVB 2004, 333 = RdW 2004, 741).

4. Der Bestbieter ist anhand der in der Ausschreibung festzulegenden Kriterien zu ermitteln (vgl § 53 BVergG 1997). Um zur Wahrung des im § 16 Abs 1 BVergG 1997 festgeschriebenen Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter eine

objektiven Maßstäben unterliegende Ermittlung des Bestbieters durchführen zu können, ist eine Reihung und Gewichtung der Zuschlagskriterien vorzunehmen; andernfalls ist eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich. Die Klägerinnen können bei dieser Sachlage den ihnen obliegenden Beweis, dass sie bei normgerechter Ausschreibung aus dem Wettbewerb als Bestbieterinnen hervorgegangen wären, mangels Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht erbringen (1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130, 611 = wbl 2003, 440 = RdW 2003, 567). Die Revisionsausführungen der Klägerinnen bilden keinen Anlass, von dieser Judikatur zu den Anforderungen für den Ersatz des Erfüllungsinteresses im Vergabeverfahren abzugehen:4. Der Bestbieter ist anhand der in der Ausschreibung festzulegenden Kriterien zu ermitteln vergleiche Paragraph 53, BVergG 1997). Um zur Wahrung des im Paragraph 16, Absatz eins, BVergG 1997 festgeschriebenen Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter eine objektiven Maßstäben unterliegende Ermittlung des Bestbieters durchführen zu können, ist eine Reihung und Gewichtung der Zuschlagskriterien vorzunehmen; andernfalls ist eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich. Die Klägerinnen können bei dieser Sachlage den ihnen obliegenden Beweis, dass sie bei normgerechter Ausschreibung aus dem Wettbewerb als Bestbieterinnen hervorgegangen wären, mangels Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht erbringen (1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130, 611 = wbl 2003, 440 = RdW 2003, 567). Die Revisionsausführungen der Klägerinnen bilden keinen Anlass, von dieser Judikatur zu den Anforderungen für den Ersatz des Erfüllungsinteresses im Vergabeverfahren abzugehen:

Das - hier noch nicht anzuwendende - BVergG 2002 sieht zwar in seinem § 67 Abs 3 vor, dass der Auftraggeber auch das Billigstbieterprinzip wählen kann, sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist, sodass die Festlegungen in der Ausschreibung qualitativ gleichwertige Angebote sicherstellen. Es könnte sein, dass auch nach dem hier noch anzuwendenden BVergG 1997 bei qualitativ standardisiert ausgeschriebenen Leistungen der niedrigste Preis als einziges Zuschlagskriterium gewählt werden durfte (1 Ob 239/02g = RdW 2003, 696 = bbl 2004, 28 = JBl 2004, 180), doch haben die Klägerinnen in erster Instanz weder konkret behauptet und erwiesen, dass diese Voraussetzungen im vorliegen Fall vorgelegen seien, noch dass die Beklagte - bei von vornherein fehlerfreier Ausschreibung oder bei einem Widerruf und fehlerfreier Neuausschreibung - von diesen Überlegungen ausgegangen wäre.Das - hier noch nicht anzuwendende - BVergG 2002 sieht zwar in seinem Paragraph 67, Absatz 3, vor, dass der Auftraggeber auch das Billigstbieterprinzip wählen kann, sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist, sodass die Festlegungen in der Ausschreibung qualitativ gleichwertige Angebote sicherstellen. Es könnte sein, dass auch nach dem hier noch anzuwendenden BVergG 1997 bei qualitativ standardisiert ausgeschriebenen Leistungen der niedrigste Preis als einziges Zuschlagskriterium gewählt werden durfte (1 Ob 239/02g = RdW 2003, 696 = bbl 2004, 28 = JBl 2004, 180), doch haben die Klägerinnen in erster Instanz weder konkret behauptet und erwiesen, dass diese Voraussetzungen im vorliegen Fall vorgelegen seien, noch dass die Beklagte - bei von vornherein fehlerfreier Ausschreibung oder bei einem Widerruf und fehlerfreier Neuausschreibung - von diesen Überlegungen ausgegangen wäre.

5. Das rechtswidrige Verhalten der Beklagten lag nicht (erst) darin, dass der Zuschlag nicht den Klägerinnen erteilt wurde, sondern darin, dass trotz der - mangels Gewichtung der Zuschlagskriterien - rechtswidrigen Ausschreibung überhaupt ein Zuschlag erteilt wurde. Richtigerweise hätte der Zuschlag weder den Mitbewerbern noch den Klägerinnen erteilt werden dürfen, auch wenn deren Angebot preislich allenfalls wesentlich günstiger war. Die von einem Mitbewerber infolge eines vom Auftraggeber zu vertretenden Ausschreibungsmangels erlangte Position als "Bestbieter" rechtfertigt nicht die Ungleichbehandlung aller anderen in Betracht kommenden Bietinteressenten, also auch jener, die im Rahmen der verfehlten Ausschreibung keine Angebote legten, sich jedoch an einer ordnungsgemäßen (Neu-)Ausschreibung unter nunmehr anderen Leistungsvoraussetzungen allenfalls beteiligt hätten (6 Ob 177/03b = ZVB 2004, 333 = RdW 2004, 741; 1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130, 611 = wbl 2003, 440 = RdW 2003, 567). Der Standpunkt der Klägerinnen läuft im Ergebnis darauf hinaus, die Bestbietereigenschaft aus ihrer Billigstbietereigenschaft im rechtswidrigen Vergabeverfahren herleiten zu wollen; dabei missverstehen die Klägerinnen aber den Begriff des Erfüllungsinteresses (positiven Vertragsinteresses), weil dieses im unternehmerischen Gewinn besteht, den der Bieter im Fall der Zuschlagserteilung erzielt hätte, wenn er bei rechtmäßigem Verhalten des Auftraggebers Bestbieter gewesen wäre (R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts[2] 647; Heid/Hauck/K. Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts, 253; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1 [10]); diese Voraussetzung haben hier die Klägerinnen gerade nicht bewiesen, sodass die Abweisung des Begehrens auf das Erfüllungsinteresse durch die Vorinstanzen mit der dargestellten Judikatur des Obersten

Gerichtshofs im Einklang steht. Die Revision der Klägerinnen ist daher - mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO - zurückzuweisen.5. Das rechtswidrige Verhalten der Beklagten lag nicht (erst) darin, dass der Zuschlag nicht den Klägerinnen erteilt wurde, sondern darin, dass trotz der - mangels Gewichtung der Zuschlagskriterien - rechtswidrigen Ausschreibung überhaupt ein Zuschlag erteilt wurde. Richtigerweise hätte der Zuschlag weder den Mitbewerbern noch den Klägerinnen erteilt werden dürfen, auch wenn deren Angebot preislich allenfalls wesentlich günstiger war. Die von einem Mitbewerber infolge eines vom Auftraggeber zu vertretenden Ausschreibungsmangels erlangte Position als "Bestbieter" rechtfertigt nicht die Ungleichbehandlung aller anderen in Betracht kommenden Bietinteressenten, also auch jener, die im Rahmen der verfehlten Ausschreibung keine Angebote legten, sich jedoch an einer ordnungsgemäßen (Neu-)Ausschreibung unter nunmehr anderen Leistungsvoraussetzungen allenfalls beteiligt hätten (6 Ob 177/03b = ZVB 2004, 333 = RdW 2004, 741; 1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130, 611 = wbl 2003, 440 = RdW 2003, 567). Der Standpunkt der Klägerinnen läuft im Ergebnis darauf hinaus, die Bestbietereigenschaft aus ihrer Billigstbietereigenschaft im rechtswidrigen Vergabeverfahren herleiten zu wollen; dabei missverstehen die Klägerinnen aber den Begriff des Erfüllungsinteresses (positiven Vertragsinteresses), weil dieses im unternehmerischen Gewinn besteht, den der Bieter im Fall der Zuschlagserteilung erzielt hätte, wenn er bei rechtmäßigem Verhalten des Auftraggebers Bestbieter gewesen wäre (R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts^2 647; Heid/Hauck/K. Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts, 253; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1 [10]); diese Voraussetzung haben hier die Klägerinnen gerade nicht bewiesen, sodass die Abweisung des Begehrens auf das Erfüllungsinteresse durch die Vorinstanzen mit der dargestellten Judikatur des Obersten Gerichtshofs im Einklang steht. Die Revision der Klägerinnen ist daher - mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO - zurückzuweisen.

I. Zur Revision der Beklagten:römisch eins. Zur Revision der Beklagten:

1. Die Beklagte sieht eine Nichtigkeit der Urteile der Vorinstanzen darin, dass diese mit Zwischenurteil über den Vertrauensschaden erkannten, obwohl die Klägerinnen kein - insoweit gesondertes - Eventualbegehren gestellt hätten. In diesem Punkt ist der Beklagten dahin beizupflichten, dass die Klägerinnen tatsächlich kein auf den Vertrauensschaden gerichtetes Eventualbegehren erhoben haben, sondern ihr (einziges) Klagebegehren nur „in eventu" und „subsidiär" auf die Kosten von Anbotslegung und -erstellung gestützt haben. Der vom Erstgericht als „Eventualbegehren" behandelte Vertrauensschaden ist als bloßes Minus im Hauptbegehren enthalten und stellt nur dessen ziffernmäßige Beschränkung für den Fall dar, dass das Gericht - wie tatsächlich der Fall - rechtlich zur Ansicht gelangen sollte, es gebühre nicht das positive, sondern nur das negative Vertragsinteresse. Damit liegt aber kein bedingtes, für den Fall der Abweisung des Hauptbegehrens selbstständig zu erledigendes weiteres Begehren vor, sondern es ist dem Hauptbegehren gegebenenfalls nur mit dem geringeren Betrag Folge zu geben. Dass in solchen Fällen aber - unter den Voraussetzungen der §§ 391, 393 ZPO - mit Teil- und Zwischenurteil vorgegangen werden kann, entspricht der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (vgl 6 Ob 639, 640/94); eine von der Beklagten - im Berufungsverfahren im Übrigen auch nicht geltend gemachte (RIS-Justiz RS0042925 [T3]) - Nichtigkeit begründet die vom Erstgericht gewählte Fassung des Urteilstenors nicht. Es ist lediglich der eindeutige und von der Beklagten auch richtig erkannte Entscheidungswille des Erstgerichts mit der aus dem Spruch ersichtlichen Maßgabe klarzustellen.1. Die Beklagte sieht eine Nichtigkeit der Urteile der Vorinstanzen darin, dass diese mit Zwischenurteil über den Vertrauensschaden erkannten, obwohl die Klägerinnen kein - insoweit gesondertes - Eventualbegehren gestellt hätten. In diesem Punkt ist der Beklagten dahin beizupflichten, dass die Klägerinnen tatsächlich kein auf den Vertrauensschaden gerichtetes Eventualbegehren erhoben haben, sondern ihr (einziges) Klagebegehren nur „in eventu" und „subsidiär" auf die Kosten von Anbotslegung und -erstellung gestützt haben. Der vom Erstgericht als „Eventualbegehren" behandelte Vertrauensschaden ist als bloßes Minus im Hauptbegehren enthalten und stellt nur dessen ziffernmäßige Beschränkung für den Fall dar, dass das Gericht - wie tatsächlich der Fall - rechtlich zur Ansicht gelangen sollte, es gebühre nicht das positive, sondern nur das negative Vertragsinteresse. Damit liegt aber kein bedingtes, für den Fall der Abweisung des Hauptbegehrens selbstständig zu erledigendes weiteres Begehren vor, sondern es ist dem Hauptbegehren gegebenenfalls nur mit dem geringeren Betrag Folge zu geben. Dass in solchen Fällen aber - unter den Voraussetzungen der Paragraphen 391,, 393 ZPO - mit Teil- und Zwischenurteil vorgegangen werden kann, entspricht der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vergleiche 6 Ob 639, 640/94); eine von der Beklagten - im Berufungsverfahren im Übrigen auch nicht geltend gemachte (RIS-Justiz RS0042925 [T3]) - Nichtigkeit

begründet die vom Erstgericht gewählte Fassung des Urteilstenors nicht. Es ist lediglich der eindeutige und von der Beklagten auch richtig erkannte Entscheidungswille des Erstgerichts mit der aus dem Spruch ersichtlichen Maßgabe klarzustellen.

2. Die Beklagte vertritt rechtlich die Ansicht, dass bei nicht gewichteten Zuschlagskriterien ein Antrag nach § 113 Abs 3 letzter Satz BVergG 1997 sinnlos sei, weil in einem solchen Fall der Beweis, ein übergangener Bewerber oder Bieter hätte auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt, schlichtweg unmöglich sei. Dass der Gesetzgeber auch in solchen Fällen und unabhängig von Kausalitätsfragen eine unwiderlegbar Haftung des Auftraggebers begründen haben wolle, lasse „sich bei Gesamtbetrachtung der einschlägigen Normen sowie bei Beachtung des Sachlichkeitsgebotes nicht rechtfertigen".2. Die Beklagte vertritt rechtlich die Ansicht, dass bei nicht gewichteten Zuschlagskriterien ein Antrag nach Paragraph 113, Absatz 3, letzter Satz BVergG 1997 sinnlos sei, weil in einem solchen Fall der Beweis, ein übergangener Bewerber oder Bieter hätte auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt, schlichtweg unmöglich sei. Dass der Gesetzgeber auch in solchen Fällen und unabhängig von Kausalitätsfragen eine unwiderlegbar Haftung des Auftraggebers begründen haben wolle, lasse „sich bei Gesamtbetrachtung der einschlägigen Normen sowie bei Beachtung des Sachlichkeitsgebotes nicht rechtfertigen".

Nach § 122 Abs 1 BVergG 1997 hat ein übergangener Bewerber oder Bieter bei schuldhafter Verletzung dieses Bundesgesetzes oder der auf Grund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe einer vergebenden Stelle gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten. Ein fehlendes Verschulden ist, wie der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen hat (7 Ob 200/00p = JBl 2002, 117 [Rummel] = SZ 74/115; 7 Ob 92/99a = wbl 2000/316), von der Beklagten zu behaupten und zu beweisen. Dass die Organe der Beklagten bei Anlegung des Sorgfaltsmaßstabs des § 1299 ABGB kein Verschulden an der unterlassenen Gewichtung der Zuschlagskriterien und der deshalb rechtswidrigen Ausschreibung treffen sollte, ist nicht zu erkennen und wird in der Revision der Beklagten auch nicht (mehr) vertreten.Nach Paragraph 122, Absatz eins, BVergG 1997 hat ein übergangener Bewerber oder Bieter bei schuldhafter Verletzung dieses Bundesgesetzes oder der auf Grund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe einer vergebenden Stelle gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten. Ein fehlendes Verschulden ist, wie der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen hat (7 Ob 200/00p = JBl 2002, 117 [Rummel] = SZ 74/115; 7 Ob 92/99a = wbl 2000/316), von der Beklagten zu behaupten und zu beweisen. Dass die Organe der Beklagten bei Anlegung des Sorgfaltsmaßstabs des Paragraph 1299, ABGB kein Verschulden an der unterlassenen Gewichtung der Zuschlagskriterien und der deshalb rechtswidrigen Ausschreibung treffen sollte, ist nicht zu erkennen und wird in der Revision der Beklagten auch nicht (mehr) vertreten.

Ein Anspruch iSd § 122 Abs 1 BVergG 1997 besteht allerdings - trotz schuldhafter Rechtsverletzung des Auftraggebers - dann nicht, wenn das Bundesvergabeamt gemäß § 113 Abs 3 letzter Satz BVergG 1997 festgestellt hat, 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. Einen Antrag auf Feststellung iS des § 113 Abs 3 letzter Satz BVergG 1997 hat die Beklagte allerdings nicht gestellt. Der Oberste Gerichtshof hat bereits judiziert, dass im Fall einer unterlassenen Antragstellung - selbst ein tatsächlich chancenloser - Bieter den Kostenersatzanspruch hat (7 Ob 148/01t = JBl 2002, 115; vgl auch Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht, 69). Es entspricht auch der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, dass der Kostenersatzanspruch dann zusteht, wenn ein Antrag iS des § 113 Abs 3 letzter Satz BVergG 1997 mangels vorhandener Beurteilungsgrundlagen, etwa wegen fehlender Gewichtung der Zuschlagskriterien abgewiesen wurde (1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130, 611 = wbl 2003, 440 = RdW 2003, 567). Gleiches muss dann auch im vorliegenden Fall gelten, wenn ein entsprechender Antrag mangels Gewichtung der Zuschlagskriterien als aussichtslos unterlassen wird. Die Beklagte erkannt dabei durchaus richtig, dass die Unmöglichkeit der Ermittlung eines Bestbieters zwingend die Nichtfeststellbarkeit der Positionierung der einzelnen Anbotleger nach sich zieht. Die daraus resultierende Haftung des Auftraggebers widerspricht aber - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht dem Willen des Gesetzgebers, sondern ist eine gewollte „Haftungserleichterung unter Verzicht auf die Kausalität der Rechtsverletzung" (R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts² 646;

Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich, Rz 244). Die Ansicht der Vorinstanzen, den Klägerinnen stehe grundsätzlich der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu, steht demnach mit Rechtsprechung und Lehre in Einklang.Ein Anspruch iSd Paragraph 122, Absatz eins, BVergG 1997 besteht allerdings - trotz schuldhafter Rechtsverletzung des Auftraggebers - dann nicht, wenn das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 113, Absatz 3, letzter Satz BVergG 1997 festgestellt hat, 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. Einen Antrag auf Feststellung iS des Paragraph 113, Absatz 3, letzter Satz BVergG 1997 hat die Beklagte allerdings nicht gestellt. Der Oberste Gerichtshof hat bereits judiziert, dass im Fall einer unterlassenen Antragstellung - selbst ein tatsächlich chancenloser - Bieter den Kostenersatzanspruch hat (7 Ob 148/01t = JBl 2002, 115; vergleiche auch Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht, 69). Es entspricht auch der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, dass der Kostenersatzanspruch dann zusteht, wenn ein Antrag iS des Paragraph 113, Absatz 3, letzter Satz BVergG 1997 mangels vorhandener Beurteilungsgrundlagen, etwa wegen fehlender Gewichtung der Zuschlagskriterien abgewiesen wurde (1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130, 611 = wbl 2003, 440 = RdW 2003, 567). Gleiches muss dann auch im vorliegenden Fall gelten, wenn ein entsprechender Antrag mangels Gewichtung der Zuschlagskriterien als aussichtslos unterlassen wird. Die Beklagte erkannt dabei durchaus richtig, dass die Unmöglichkeit der Ermittlung eines Bestbieters zwingend die Nichtfeststellbarkeit der Positionierung der einzelnen Anbotleger nach sich zieht. Die daraus resultierende Haftung des Auftraggebers widerspricht aber - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht dem Willen des Gesetzgebers, sondern ist eine gewollte „Haftungserleichterung unter Verzicht auf die Kausalität der Rechtsverletzung" (R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts² 646; Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich, Rz 244). Die Ansicht der Vorinstanzen, den Klägerinnen stehe grundsätzlich der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu, steht demnach mit Rechtsprechung und Lehre in Einklang.

3. Dem Berufungsgericht ist dahin zuzustimmen, dass der Oberste Gerichtshof bislang noch nicht zur Frage Stellung genommen hat, ob dem Schadenersatz begehrenden Bieter ein - von der Beklagten hier auch reklamiertes - Mitverschulden mit der Begründung eingewendet werden kann, er habe sich an einer erkennbar gesetzwidrigen Ausschreibung beteiligt:

§ 124 BVergG 1997 (nunmehr: § 183 BVergG 2002) bestimmt, dass im Übrigen - gemeint: soweit die §§ 122 f BVergG 1997 (nunmehr: §§ 181 f BVergG 2002) nichts Abweichendes vorsehen - die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden Ersatzansprüche, Solidarhaftungen sowie Rücktrittsrechte unberührt bleiben. Daraus folgt, dass mangels besonderer Regelungen die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts gelten. Das BVergG 1997 enthält weder Hinweise darauf, dass ein (Mit-)Verschulden des geschädigten Bieters unbeachtlich sein soll, noch eine Sonderbestimmung mit dem Regelungsgehalt des § 1304 ABGB; daraus folgt, dass auch beim Schadenersatzanspruch des Bieters ein Verhalten des Geschädigten (Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten) nach den zu § 1304 ABGB entwickelten Grundsätzen wegen unterlassener Schadensabwendung oder -minderung anspruchskürzend veranschlagt werden kann. In diesem Sinn wird auch in der Lehre die Ansicht vertreten, dass Fehler etwa bei der Anbotsöffnung, zB die Nichtverlesung von wesentlichen Teilen eines Anbots, eine Verletzung der Schadensminderungspflicht beim sich verschweigenden Bieter darstellen kann (Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen² 92 f). Auch die Möglichkeit eines Mitverschuldenseinwands gegen den geschädigten Bieter wird in der Lehre allgemein (vgl König, Vergaberecht in der Praxis, 68 und 86; Rummel/Lux, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des europäischen Vergaberechts, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht Teil 8/3: Vergaberecht, 106) und speziell auch bei einem erkennbaren und schweren Ausschreibungsfehler (vgl auch BGH 12. 6. 2001, X ZR 150/99), etwa bei unterlassener Gewichtung der Zuschlagskriterien, bejaht (Sturm, Ausschreibungswiderruf und Schadenersatz nach dem Bundesvergabegesetz, RPA 2004, 6 [10, FN 31]). Die vom Berufungsgericht als ehrheblich erachtete Rechtsfrage ist demnach wie folgt zu beantworten:Paragraph 124, BVergG 1997 (nunmehr: Paragraph 183, BVergG 2002) bestimmt, dass im Übrigen - gemeint: soweit die Paragraphen 122, f BVergG 1997 (nunmehr: Paragraphen 181, f BVergG 2002) nichts Abweichendes vorsehen - die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden Ersatzansprüche, Solidarhaftungen sowie Rücktrittsrechte unberührt bleiben. Daraus folgt, dass mangels besonderer Regelungen die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts gelten. Das BVergG 1997 enthält weder Hinweise darauf, dass ein (Mit-)Verschulden des geschädigten Bieters unbeachtlich sein soll, noch eine Sonderbestimmung mit dem Regelungsgehalt des Paragraph 1304, ABGB; daraus folgt, dass auch beim Schadenersatzanspruch des Bieters ein Verhalten des Geschädigten (Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten) nach den zu Paragraph 1304, ABGB entwickelten

Grundsätzen wegen unterlassener Schadensabwendung oder -minderung anspruchskürzend veranschlagt werden kann. In diesem Sinn wird auch in der Lehre die Ansicht vertreten, dass Fehler etwa bei der Anbotsöffnung, zB die Nichtverlesung von wesentlichen Teilen eines Anbots, eine Verletzung der Schadensminderungspflicht beim sich verschweigenden Bieter darstellen kann (Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen² 92 f). Auch die Möglichkeit eines Mitverschuldenseinwands gegen den geschädigten Bieter wird in der Lehre allgemein vergleiche König, Vergaberecht in der Praxis, 68 und 86; Rummel/Lux, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des europäischen Vergaberechts, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht Teil 8/3: Vergaberecht, 106) und speziell auch bei einem erkennbaren und schweren Ausschreibungsfehler vergleiche auch BGH 12. 6. 2001, römisch zehn ZR 150/99), etwa bei unterlassener Gewichtung der Zuschlagskriterien, bejaht (Sturm, Ausschreibungswiderruf und Schadenersatz nach dem Bundesvergabegesetz, RPA 2004, 6 [10, FN 31]). Die vom Berufungsgericht als ehrheblich erachtete Rechtsfrage ist demnach wie folgt zu beantworten:

Da das BVergG 1997 die Anrechnung eines (Mit-)Verschuldens des geschädigten Bieters weder auschließt noch eine Sonderbestimmung mit dem Regelungsgehalt des § 1304 ABGB enthält, kann der Auftraggeber dem geschädigten Bieter dessen Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten nach den zu § 1304 ABGB entwickelten Grundsätzen als anspruchskürzend entgegenhalten; dies kann etwa im Fall eines vom Bieter erhobenen Anspruchs auf Ersatz der Kosten der Anbotslegung zum Tragen kommen, wenn sich dieser trotz spezifischer eigener Sachkunde an einem klar erkennbar rechtswidrigen Vergabeverfahren beteiligt.Da das BVergG 1997 die Anrechnung eines (Mit-)Verschuldens des geschädigten Bieters weder auschließt noch eine Sonderbestimmung mit dem Regelungsgehalt des Paragraph 1304, ABGB enthält, kann der Auftraggeber dem geschädigten Bieter dessen Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten nach den zu Paragraph 1304, ABGB entwickelten Grundsätzen als anspruchskürzend entgegenhalten; dies kann etwa im Fall eines vom Bieter erhobenen Anspruchs auf Ersatz der Kosten der Anbotslegung zum Tragen kommen, wenn sich dieser trotz spezifischer eigener Sachkunde an einem klar erkennbar rechtswidrigen Vergabeverfahren beteiligt.

4. Die Vorinstanzen haben im vorliegenden Fall ein - grundsätzlich mögliches - Mitverschulden der Klägerinnen bei der gegebenen Sachlage verneint. Fragen der Verschuldensteilung (§ 1304 ABGB) sind stets von den besonderen Umständen des Einzelfalls abhängig und damit regelmäßig nicht als erhebliche Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO zu qualifizieren, sofern dem Berufungsgericht keine gravierende Fehlbeurteilung unterlaufen ist, die vom Obersten Gerichtshof aus Gründen der Rechtssicherheit korrigiert werden müsste (vgl RIS-Justiz RS0087606, RS0042405). Ein solcher Ermessensfehler liegt hier nicht vor:4. Die Vorinstanzen haben im vorliegenden Fall ein - grundsätzlich mögliches - Mitverschulden der Klägerinnen bei der gegebenen Sachlage verneint. Fragen der Verschuldensteilung (Paragraph 1304, ABGB) sind stets von den besonderen Umständen des Einzelfalls abhängig und damit regelmäßig nicht als erhebliche Rechtsfragen iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zu qualifizieren, sofern dem Berufungsgericht keine gravierende Fehlbeurteilung unterlaufen ist, die vom Obersten Gerichtshof aus Gründen der Rechtssicherheit korrigiert werden müsste vergleiche RIS-Justiz RS0087606, RS0042405). Ein solcher Ermessensfehler liegt hier nicht vor:

Die Prüfung des Mitverschuldens hat sich auf jene tatsächlichen Umstände zu beschränken, die die Beklagte einwendet hat (RIS-Justiz RS0022807); diese hat nichts vorgetragen, aus dem sich betreffend das Wissen um die Judikatur zu den Anforderungen an die Formulierung der Zuschlagskriterien eine besondere Sachkunde der Klägerinnen iS des § 1299 ABGB ableiten ließe, wie diese etwa von der Beklagten zu fordern ist. Es mag durchaus zutreffen, dass die Kenntnis von der notwendigen Gewichtung der Zuschlagskriterien als Voraussetzung für eine rechtmäßige Ausschreibung inzwischen eine gewisse Verbreitung erfahren haben mag; in den Erkenntnissen des Bundesvergabeamts hat dieses Erfordernis vor allem ab 1999 seinen Niederschlag gefunden und auch in den Judikaturnachweisen des Bundesvergabeamts im Bescheid vom 12. 6. 2001 wird als älteste einschlägige Entscheidung nur eine einzige aus dem Jahr 1998 zitierte. Dass die Kenntnis von der notwendigen Gewichtung der Zuschlagskriterien bereits im Jahre 1999 - zur Zeit der im vorliegenden Fall erfolgten Ausschreibung - so weit Allgemeingut war, dass sie bei einem durchschnittlichen Bieter schon damals vorausgesetzt werden dürfte, ist daher nach der Aktenlage nicht ersichtlich und wurde von der Beklagten weder konkret behauptet noch unter Beweis gestellt. Schließlich hat die Beklagte in ihrer Ausschreibung zumindest eine Rangordnung der Zuschlagskriterien angegeben, indem sie diese im Text untereinander anführte, was den Eindruck einer gewissen Wertigkeit vermitteln konnte. Die Verneinung eines Mitverschuldens durch die Vorinstanzen war bei dieser Sachlage gerechtfertigt.Die Prüfung des Mitverschuldens hat sich auf jene tatsächlichen Umstände zu beschränken, die die Beklagte einwendet hat (RIS-Justiz RS0022807); diese hat nichts vorgetragen, aus dem sich betreffend das Wissen um die Judikatur zu den Anforderungen an die Formulierung

der Zuschlagskriterien eine besondere Sachkunde der Klägerinnen iS des Paragraph 1299, ABGB ableiten ließe, wie diese etwa von der Beklagten zu fordern ist. Es mag durchaus zutreffen, dass die Kenntnis von der notwendigen Gewichtung der Zuschlagskriterien als Voraussetzung für eine rechtmäßige Ausschreibung inzwischen eine gewisse Verbreitung erfahren haben mag; in den Erkenntnissen des Bundesvergabeamts hat dieses Erfordernis vor allem ab 1999 seinen Niederschlag gefunden und auch in den Judikaturnachweisen des Bundesvergabeamts im Bescheid vom 12. 6. 2001 wird als älteste einschlägige Entscheidung nur eine einzige aus dem Jahr 1998 zitierte. Dass die Kenntnis von der notwendigen Gewichtung der Zuschlagskriterien bereits im Jahre 1999 - zur Zeit der im vorliegenden Fall erfolgten Ausschreibung - so weit Allgemeingut war, dass sie bei einem durchschnittlichen Bieter schon damals vorausgesetzt werden dürfte, ist daher nach der Aktenlage nicht ersichtlich und wurde von der Beklagten weder konkret behauptet noch unter Beweis gestellt. Schließlich hat die Beklagte in ihrer Ausschreibung zumindest eine Rangordnung der Z

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