jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2004/4/29 6Ob177/03b

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.04.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei O*****gesellschaft mbH, ***** vertreten durch Schramm Partner, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Bund (Republik Österreich; Bundesministerium für Landesverteidigung), vertreten durch die Finanzprokuratur, 1011 Wien, Singerstraße 17-19, wegen 170.396,84 EUR, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 28. April 2003, GZ 14 R 208/02i-17, mit dem das Teil- und Zwischenurteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 24. Mai 2002, GZ 30 Cg 1/01i-13, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat der beklagten Partei die mit 1.763,98 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Das Bundesministerium für Landesverteidigung führte 1998 ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von 7000 Stück Verschütteten-Suchgeräten durch, an dem sich auch die klagende Partei als Anbieterin beteiligte. Die Ausschreibung sah als technische Leistungserfordernisse einerseits sogenannte "Muss-Kriterien", die die Geräte bei sonstiger Ausscheidung jedenfalls zu erfüllen hatten, und andererseits sogenannte "Soll-Kriterien" vor. Ein "Muss-Kriterium" war unter anderem, dass die optische Anzeige der Verschütteten-Suchgeräte als Suchhilfe bezüglich Entfernung und Richtung der akustischen Anzeige gleichwertig ist (Punkt 2.1.3.4.2. der Leistungsbeschreibung). Dieses Leistungserfordernis war technisch nicht erfüllbar. Kein derartiges Gerät hatte zum damaligen Zeitpunkt eine Richtungsanzeige. Es wurde lediglich die Signalstärke angezeigt. Bei der akustischen Anzeige wurde dieses Signal direkt verstärkt, während die optische Anzeige überhaupt erst erfolgte, wenn ein bestimmter Schwellenwert überschritten wurde, und zwar, wenn sich das Signal klar vom Rauschen unterschied. Eine derart feine Abstufung wie bei der akustischen war bei der optischen Anzeige mit vernünftigem technischen Aufwand kaum realisierbar. Die Signalstärke nahm mit abnehmender Entfernung vom Sender bei der akustischen Anzeige kontinuierlich zu, während bei der optischen Anzeige die dargestellte Signalstärke entsprechend der Zahl der Leuchtdioden anstieg. Je mehr Dioden verwendet wurden, desto feiner abgestuft konnte die Signalstärke wiedergegeben werden. Die optische Anzeige konnte der akustischen aber nicht gleichwertig sein. Sie sprach später an, das heißt die Reichweite war wesentlich geringer, und die Wiedergabe der Signalstärke erfolgte nicht kontinuierlich, sondern schrittweise. Daher war bei allen

damals auf dem Markt befindlichen Verschütteten-Suchgeräten die optische Anzeige gegenüber der akustischen Anzeige unterlegen, und zwar in Bezug auf alle wesentlichen Eigenschaften, nämlich Empfindlichkeit (Reichweite), Auflösung und Empfangsdynamik.

Die klagende Partei legte am 2. 3. 1998 ein Angebot über 7000 Stück Lawinenverschütteten-Suchgeräte der Marke O*****, Type F ***** zu einem Gesamtpreis von 7,686.000 S. Über die Erfüllbarkeit des Leistungserfordernisses der Gleichwertigkeit der optischen mit der akustischen Anzeige wurde zwischen den Streitteilen nicht gesprochen. Die klagende Partei gab in ihrem Angebot an, dass dieses Kriterium erfüllt sei. Die "Verantwortlichen" der klagenden Partei hatten nämlich diesen Punkt der Ausschreibung dahin verstanden, dass die Geräte sowohl eine bestmögliche optische als auch eine akustische Suche ermöglichen sollten. Eine der Mitbewerberinnen war die P***** Firma Dr. Hartwig S*****, die am 27. 2. 1998 ebenfalls ein Angebot über 7000 Stück Lawinenverschütteten-Suchgeräte, und zwar der Marke P***** Type O***** zu einem Gesamtpreis von 8,820.000 S legte. Das Gerät der klagenden Partei entsprach in technischer Hinsicht den Ausschreibungsbestimmungen etwa im gleichen Maß wie jenes dieser Mitbewerberin. Im Zuge der Bewerbung der Angebote ermittelte das Bundesministerium für Landesverteidigung für die angebotenen Geräte Nutzwert-Gesamtsummen, wobei die Geräte der klagenden Partei mit 955 Punkten, jene der genannten Mitbewerberin mit 977 Punkten bewertet wurden. Mit Schreiben vom 25. 5. 1998 teilte das Bundesministerium für Landesverteidigung der klagenden Partei mit, dass ihr Angebot ausgeschieden worden sei, weil die "Muss-Forderung" gemäß Punkt 2.1.3.4.2. der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt worden sei. Aufgrund der praktischen "Feststellung" habe sich ergeben, dass die Umschaltentfernung von Grob- auf Feinsuche zwischen optischer und akustischer Anzeige unterschiedlich sei und sich daher eine wesentlich größere Suchfläche bei der optischen Anzeige ergebe. Die Gleichwertigkeit der optischen Anzeige sei auch deshalb nicht gegeben, weil die anzeigenden Leuchtdioden sehr tief lägen und somit nur bei "Draufsicht" annähernd im rechten Winkel klar erkennbar seien. Bei abweichenden Winkelstellungen von mehr als 30° könne die optische Anzeige nicht mehr entsprechend erkannt werden. Zusätzlich komme es durch das oben liegende Klarsichtfenster bei Sonneneinstrahlung zu Beeinträchtigungen der Erkennbarkeit der Anzeige. Dieses Schreiben ging der klagenden Partei am 28. 5. 1998 zu. Der Geschäftsführer der klagenden Partei entschied sich nach Rücksprache mit dem Firmeneigentümer, die Entscheidung zu bekämpfen. Mit Schreiben vom 8. 6. 1998 wurde dem Klagevertreter der Sachverhalt schriftlich mitgeteilt. Dieser riet im Schreiben vom 16. 6. 1998, ein Schlichtungsverfahren einzuleiten. Unmittelbar davor hatte er anonym beim Bundesministerium für Landesverteidigung angefragt, ob ein Zuschlag schon erteilt worden sei. Dies war ihm gegenüber verneint worden. Am 18. 6. 1998 stellte er einen Schlichtungsantrag bei der Bundesvergabekontrollkommission. Am 19. 6. 1998 erteilte die beklagte Partei den Zuschlag der Mitbewerberin P***** Firma Dr. Hartwig S*****. Am 24. 6. 1998 ging dem Klagevertreter die Verständigung der Bundesvergabekontrollkommission zu, dass der Zuschlag bereits erteilt worden sei und dass daher ein Schlichtungsverfahren mit der vergebenden Stelle nicht mehr durchgeführt werden könne. Daraufhin stellte der Klagevertreter beim Bundesvergabeamt den Antrag, die Zuschlagserteilung und die Entscheidung des Bundesministeriums für Landesverteidigung, das Angebot der klagenden Partei auszuscheiden, für nichtig zu erklären. Hilfsweise begehrte er die Feststellung, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht der Bestbieterin erteilt worden sei. Mit dem am 6. 4. 2000 ausgefertigten Bescheid wies das Bundesvergabeamt die Anträge der klagenden Partei auf Nichtigerklärung in Ermangelung von Rechtsvorschriften, die derartige Ansprüche gestatteten, zurück. Gleichzeitig stellte es jedoch fest, dass der Zuschlag nicht der Bestbieterin erteilt worden sei. Hiezu führte es in der Begründung des Bescheides aus, dass das unerfüllbare Kriterium der optischen und akustischen Gleichwertigkeit zur Beurteilung der ansonsten technisch gleichwertigen Geräte nicht heranzuziehen und das Angebot der klagenden Partei wegen des erheblich niedrigeren Preises als Bestangebot anzusehen gewesen wäre. Dieser Bescheid des Bundesvergabeamtes wurde dem Klagevertreter am 7. 4. 2000 zugestellt. Dass der klagenden Partei von der beklagten Partei zugesagt worden sei, dass ihr sowohl die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren und der Angebotserstellung als auch der entgangene Gewinn ersetzt werde, steht nicht fest.

Die klagende Partei begehrte aus dem Titel des Schadenersatzes zuletzt 170.396,84 EUR, und zwar 160.601,66 EUR an entgangenem Gewinn und 9.795,18 EUR an Kosten der Angebotsteilnahme, hilfsweise 160.601,66 EUR an entgangenem Gewinn und weiters hilfsweise 9.795,18 EUR an Kosten der Angebotsteilnahme. Sie sei Bestbieterin im Vergabeverfahren gewesen. Ihr Angebot sei rechtswidrig und schuldhaft nicht berücksichtigt worden. Zudem stütze sich ihr Begehren auf ein Anerkenntnis der beklagten Partei.

Die beklagte Partei stellte den Anspruch der klagenden Partei aus entgangenem Gewinn mit einem Teilbetrag von 36.336,42 EUR und die Kosten des Anbots mit 1.209,28 EUR (nur) der Höhe nach außer Streit. Im Übrigen bestritt sie das Klagebegehren. Die klagende Partei habe etwas technisch Unmögliches angeboten, obwohl sie als einschlägiges Unternehmen im Gegensatz zu den Bediensteten der ausschreibenden Stelle diese Unmöglichkeit gekannt habe oder wenigstens kennen hätte müssen. Ungeachtet des Bescheides des Bundesvergabeamtes habe sie ihren Schaden daher selbst herbeigeführt. Außerdem habe sie ihrer Schadensminderungspflicht nicht entsprochen, weil sie vor Zuschlagserteilung nicht auf die Unmöglichkeit hingewiesen, keinen Schlichtungsantrag an die Bundesvergabekontrollkommission gestellt und keine einstweilige Verfügung beantragt habe. Bei entsprechendem Hinweis wären die Organe der beklagten Partei in der Lage gewesen, die ihnen nicht bekannte Unmöglichkeit der "Muss-Forderung" zu prüfen und die Ausschreibung aufzuheben bzw zu berichtigen, wodurch kein Schaden entstehen hätte können. Die Zuschlagserteilung sei vertretbar und nicht schuldhaft gewesen, weil die Vertreter der beklagten Partei die vorliegenden Anbote sorgfältig beurteilt und gegeneinander abgewogen und die angebotenen Geräte in technischer Hinsicht genauestens miteinander verglichen hätten. Ein konstitutives Anerkenntnis sei nicht erfolgt. Die Forderungen seien überhöht. Die Kosten der Teilnahme am Angebotsverfahren dürften nicht gleichzeitig neben dem Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden. Hinsichtlich des 36.336,42 EUR übersteigenden Teiles sei die Klageforderung infolge verspäteter Ausdehnung des Klagebegehrens verjährt.

Das Erstgericht verpflichtete die beklagte Partei mit Teil- und Zwischenurteil zur Zahlung des der Höhe nach außer Streit gestellten Teiles des Erfüllungsinteresses (des entgangenen Gewinns) von 36.336,42 EUR, wies das Mehrbegehren von 9.795,18 EUR an Kosten des Angebots und der Teilnahme am Vergabeverfahren ab und sprach aus, dass das Mehrbegehren an entgangenem Gewinn von 124.265,24 EUR dem Grunde nach zu Recht bestehe. Das Bundesvergabeamt habe in seinem Bescheid vom 6. 4. 2000 zutreffend dargelegt, dass ein Vergleich der Geräte hinsichtlich des nicht erfüllbaren "Muss-Kriteriums" der optischen und akustischen Gleichwertigkeit der Anzeige bei Prüfung der Angebote nicht stattzufinden gehabt hätte. Da keines der damals in Betracht kommenden Geräte dieses Kriterium erfüllt habe, das Bundesministerium für Landesverteidigung aber jedenfalls Verschüttetensuchgeräte anschaffen habe wollen, sei diese Produktanforderung bei der Zuschlagserteilung nicht zu beachten gewesen. Es bestehe daher kein Anlass für eine Überprüfung des Bescheides des Bundesvergabeamtes durch den Verwaltungsgerichtshof. Das Gericht sei somit an den Bescheid gebunden. Die Bindung bestehe auch hinsichtlich des begehrten Erfüllungsinteresses. Dieses stehe der klagenden Partei zu, weil davon auszugehen sei, dass sie Bestbieterin gewesen wäre. Ein Verschulden der ausschreibenden Organe an der Aufnahme des unerfüllbaren "Muss-Kriteriums" sei zu bejahen; es hätten schon die Ausschreibungsunterlagen klar definiert werden müssen, welche Leistungen die Bieter zu erbringen gehabt hätten. Diesem Erfordernis sei nicht entsprochen worden. Den Nachweis fehlenden Verschuldens habe die beklagte Partei nicht erbracht. Durch die unklare Formulierung habe das strittige "Muss-Kriterium" unterschiedliche Auslegungen zugelassen, sodass der klagenden Partei nicht vorgeworfen werden könne, dass sie bei Beteiligung an der Ausschreibung nicht auf dessen Unerfüllbarkeit hingewiesen habe. Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht sei zu verneinen. Die Klageausdehnung sei innerhalb der Verjährungsfrist erfolgt. Der Ersatz der Kosten für die Angebotserstellung und die Teilnahme am Vergabeverfahren stehe der klagenden Partei aber nicht zu, weil ihr diese Kosten auch dann entstanden wären, wenn sie den Zuschlag bekommen hätte. Ein konstitutives Anerkenntnis dieser Kosten sei nicht erfolgt.

Der abweisende Teil dieses Urteiles blieb unangefochten.

Das Berufungsgericht änderte dieses Teil- und Zwischenurteil unter Berücksichtigung des unangefochtenen abweisenden Teiles mit Endurteil im Sinn einer gänzlichen Klageabweisung ab. Auf den hier zu beurteilenden, im Lauf des Jahres 1998 durchgeführten und abgeschlossenen Vergabevorgang sei noch das Bundesvergabegesetz 1997 idF BGBl I Nr 56/1997 (im Folgenden: BVergG 1997) anzuwenden. Dieses Gesetz regle in seinem vierten Hauptstück unter anderem die Ersatzansprüche zu Unrecht übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, wobei § 122 Abs 1 ausdrücklich nur den - im vorliegenden Verfahren bereits rechtskräftig abgewiesenen - Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten vorsehe, § 124 jedoch die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden Ersatzansprüche unberührt lasse. Als derartiger Ersatzanspruch nach anderen Rechtsvorschriften komme nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses in Betracht, also jenes Gewinnes, der dem zu Unrecht übergangenen Bestbieter durch die schuldhafte und rechtswidrige Erteilung des Zuschlages an einen Mitbewerber entgehe.

Anspruchsgrundlage sei diesfalls eine Schutzgesetzverletzung iS des § 1311 ABGB, diene doch die Einhaltung von Vergabevorschriften (auch) dem Schutz der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise. Dass die beklagte Partei gegen das BVergG 1997 verstoßen habe, weil der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, sei mit Bescheid des Bundesvergabeamtes gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 rechtskräftig festgestellt worden und binde gemäß § 125 Abs 2 BVergG 1997 das Gericht. Ein schlüssiges Vorbringen dazu, warum ihre Organe bei Anlegung des Sorgfaltsmaßstabes des § 1299 ABGB kein Verschulden an der rechtswidrigen Zuschlagserteilung treffen sollte, habe die hiefür infolge der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB beweispflichtige beklagte Partei in erster Instanz nicht erstattet. Das in der Berufung wiederholte Argument, die Organe hätten sämtliche angebotenen Geräte einer praktischen Überprüfung unterzogen und seien dabei zu dem Schluss gekommen, dass das Produkt der klagenden Partei das strittige Kriterium nicht erfülle, entschuldige nicht die Zuschlagserteilung für ein erheblich teureres Produkt, welches das genannte Kriterium ebenso wenig erfüllt habe. Es sei daher durchaus von einem schuldhaften Verstoß der beklagten Partei gegen das BVergG 1997 auszugehen. Es sei jedoch weiters zu prüfen, ob dieser Verstoß auch kausal für den behaupteten Schaden gewesen sei. Da die klagende Partei die Abweisung ihres Begehrens auf Aufwandersatz nach § 122 Abs 1 BVergG 1997 unbekämpft gelassen habe, bleibe nur noch ihre Forderung nach Ersatz des Erfüllungsinteresses zu behandeln; dieser Schaden könne nur dann durch die rechtswidrige und schuldhafte Zuschlagserteilung an die Mitbewerberin verursacht worden sein, wenn der Zuschlag bei rechtmäßigem Vorgehen der klagenden Partei als Bestbieterin zu erteilen gewesen wäre. Sowohl das Bundesvergabeamt als auch das Erstgericht seien im Hinblick auf die technische Gleichwertigkeit der Geräte und die preisliche Günstigkeit des Angebotes der klagenden Partei davon ausgegangen, dass diese als Bestbieterin anzusehen gewesen wäre. Dieses Ergebnis setzte aber voraus, dass das unerfüllbare "Muss-Kriterium" bei der Vergabeentscheidung einfach außer Acht zu lassen gewesen wäre. Dies sei vom Bundesvergabeamt nur in seiner Bescheidbegründung ausgedrückt worden. Sie binde daher das Gericht nicht und biete somit keinen Anlass für die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes. Das Berufungsgericht schließe sich dieser Ansicht nicht an. Gemäß § 53 BVergG 1997 sei der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigeren Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen. Aus dieser Wortfolge sei im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung der Bekanntmachungspflicht abzuleiten, dass bei der Bestbieterermittlung nicht von den in der Ausschreibung getroffenen Festlegungen abgegangen werden dürfe und daher die Bewertung des Angebots gemäß den Zuschlagskriterien der Ausschreibung zu erfolgen habe. Stelle sich heraus, dass eines dieser Kriterien technisch unmöglich sei und von keinem der eingelangten Angebote erfüllt wurde, so sei folglich niemand - weder die tatsächliche Zuschlagsempfängerin noch die klagende Partei - als Bestbieter anzusehen, sodass auch keinem der Bieter rechtens der Zuschlag erteilt werden könne. Insofern sei der Spruch des Bundesvergabeamtes im Ergebnis durchaus zu billigen, ohne dass aber daraus die Stellung der klagenden Partei als Bestbieterin abgeleitet werden könne. Es sei vielmehr ein zwingender Grund für den Widerruf der Ausschreibung gemäß § 40 Abs 1 oder § 55 Abs 1 BVergG 1997 vorgelegen. Unter diesen Umständen hätte die klagende Partei auch bei Unterbleiben der rechtswidrigen Zuschlagserteilung nicht ihrerseits mit einem Zuschlag und dem damit verbundenen Gewinn rechnen können. Der festgestellte Verstoß gegen das BVergG 1997 sei daher für den geltend gemachten Nichterfüllungsschaden nicht kausal gewesen. Die klagende Partei könne somit lediglich den Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten gemäß § 122 Abs 1 BVergG 1997 verlangen. Dieses Begehren habe aber das Erstgericht bereits rechtskräftig abgewiesen. Auch ein Zuspruch des Aufwandersatzes im Rahmen des zweiten "Eventualbegehrens" der Klage sei nicht möglich, weil es sich dabei bloß um einen der beiden Bestandteile des insoweit unbekämpft abgewiesenen "Hauptbegehrens" handle. Nur wegen dieser besonderen Konstellation sei daher das von der beklagten Partei angestrebte Ergebnis einer gänzlichen Klageabweisung nicht zu vermeiden. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu der Frage fehle, welche schadenersatzrechtlichen Konsequenzen die Aufnahme eines unerfüllbaren Zuschlagskriteriums in eine Ausschreibung nach sich ziehe.Das Berufungsgericht änderte dieses Teil- und Zwischenurteil unter Berücksichtigung des unangefochtenen abweisenden Teiles mit Endurteil im Sinn einer gänzlichen Klageabweisung ab. Auf den hier zu beurteilenden, im Lauf des Jahres 1998 durchgeführten und abgeschlossenen Vergabevorgang sei noch das Bundesvergabegesetz 1997 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 56 aus 1997, (im Folgenden: BVergG 1997) anzuwenden. Dieses Gesetz regle in seinem vierten Hauptstück unter anderem die Ersatzansprüche zu Unrecht übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, wobei Paragraph 122, Absatz eins, ausdrücklich nur den - im vorliegenden Verfahren bereits rechtskräftig abgewiesenen - Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am

Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten vorsehe, Paragraph 124, jedoch die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden Ersatzansprüche unberührt lasse. Als derartiger Ersatzanspruch nach anderen Rechtsvorschriften komme nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses in Betracht, also jenes Gewinnes, der dem zu Unrecht übergangenen Bestbieter durch die schuldhafte und rechtswidrige Erteilung des Zuschlages an einen Mitbewerber entgehe. Anspruchsgrundlage sei diesfalls eine Schutzgesetzverletzung iS des Paragraph 1311, ABGB, diene doch die Einhaltung von Vergabevorschriften (auch) dem Schutz der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise. Dass die beklagte Partei gegen das BVergG 1997 verstoßen habe, weil der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, sei mit Bescheid des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 rechtskräftig festgestellt worden und binde gemäß Paragraph 125, Absatz 2, BVergG 1997 das Gericht. Ein schlüssiges Vorbringen dazu, warum ihre Organe bei Anlegung des Sorgfaltsmaßstabes des Paragraph 1299, ABGB kein Verschulden an der rechtswidrigen Zuschlagserteilung treffen sollte, habe die hiefür infolge der Beweislastumkehr des Paragraph 1298, ABGB beweispflichtige beklagte Partei in erster Instanz nicht erstattet. Das in der Berufung wiederholte Argument, die Organe hätten sämtliche angebotenen Geräte einer praktischen Überprüfung unterzogen und seien dabei zu dem Schluss gekommen, dass das Produkt der klagenden Partei das strittige Kriterium nicht erfülle, entschuldige nicht die Zuschlagserteilung für ein erheblich teureres Produkt, welches das genannte Kriterium ebenso wenig erfüllt habe. Es sei daher durchaus von einem schuldhaften Verstoß der beklagten Partei gegen das BVergG 1997 auszugehen. Es sei jedoch weiters zu prüfen, ob dieser Verstoß auch kausal für den behaupteten Schaden gewesen sei. Da die klagende Partei die Abweisung ihres Begehrens auf Aufwandersatz nach Paragraph 122, Absatz eins, BVergG 1997 unbekämpft gelassen habe, bleibe nur noch ihre Forderung nach Ersatz des Erfüllungsinteresses zu behandeln; dieser Schaden könne nur dann durch die rechtswidrige und schuldhafte Zuschlagserteilung an die Mitbewerberin verursacht worden sein, wenn der Zuschlag bei rechtmäßigem Vorgehen der klagenden Partei als Bestbieterin zu erteilen gewesen wäre. Sowohl das Bundesvergabeamt als auch das Erstgericht seien im Hinblick auf die technische Gleichwertigkeit der Geräte und die preisliche Günstigkeit des Angebotes der klagenden Partei davon ausgegangen, dass diese als Bestbieterin anzusehen gewesen wäre. Dieses Ergebnis setzte aber voraus, dass das unerfüllbare "Muss-Kriterium" bei der Vergabeentscheidung einfach außer Acht zu lassen gewesen wäre. Dies sei vom Bundesvergabeamt nur in seiner Bescheidbegründung ausgedrückt worden. Sie binde daher das Gericht nicht und biete somit keinen Anlass für die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes. Das Berufungsgericht schließe sich dieser Ansicht nicht an. Gemäß Paragraph 53, BVergG 1997 sei der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigeren Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen. Aus dieser Wortfolge sei im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung der Bekanntmachungspflicht abzuleiten, dass bei der Bestbieterermittlung nicht von den in der Ausschreibung getroffenen Festlegungen abgegangen werden dürfe und daher die Bewertung des Angebots gemäß den Zuschlagskriterien der Ausschreibung zu erfolgen habe. Stelle sich heraus, dass eines dieser Kriterien technisch unmöglich sei und von keinem der eingelangten Angebote erfüllt wurde, so sei folglich niemand - weder die tatsächliche Zuschlagsempfängerin noch die klagende Partei - als Bestbieter anzusehen, sodass auch keinem der Bieter rechtens der Zuschlag erteilt werden könne. Insofern sei der Spruch des Bundesvergabeamtes im Ergebnis durchaus zu billigen, ohne dass aber daraus die Stellung der klagenden Partei als Bestbieterin abgeleitet werden könne. Es sei vielmehr ein zwingender Grund für den Widerruf der Ausschreibung gemäß Paragraph 40, Absatz eins, oder Paragraph 55, Absatz eins, BVergG 1997 vorgelegen. Unter diesen Umständen hätte die klagende Partei auch bei Unterbleiben der rechtswidrigen Zuschlagserteilung nicht ihrerseits mit einem Zuschlag und dem damit verbundenen Gewinn rechnen können. Der festgestellte Verstoß gegen das BVergG 1997 sei daher für den geltend gemachten Nichterfüllungsschaden nicht kausal gewesen. Die klagende Partei könne somit lediglich den Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten gemäß Paragraph 122, Absatz eins, BVergG 1997 verlangen. Dieses Begehren habe aber das Erstgericht bereits rechtskräftig abgewiesen. Auch ein Zuspruch des Aufwandersatzes im Rahmen des zweiten "Eventualbegehrens" der Klage sei nicht möglich, weil es sich dabei bloß um einen der beiden Bestandteile des insoweit unbekämpft abgewiesenen "Hauptbegehrens" handle. Nur wegen dieser besonderen Konstellation sei daher das von der beklagten Partei angestrebte Ergebnis einer gänzlichen Klageabweisung nicht zu vermeiden. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu der Frage fehle, welche schadenersatzrechtlichen Konsequenzen die Aufnahme eines unerfüllbaren Zuschlagskriteriums in eine Ausschreibung nach sich ziehe.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der klagenden Partei ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig. Sie ist aber nicht berechtigt.

Die rechtlichen Ausführungen des Berufungsgerichtes bedürfen nur insoweit einer Klarstellung, als das Berufungsgericht zunächst in seiner rechtlichen Beurteilung ausführte, dass ein schuldhafter Verstoß der beklagten Partei gegen das BVergG 1997 in der Zuschlagserteilung für ein erheblich teureres Produkt, das das bezeichnete "Muss-Kriterium" ebensowenig erfüllte wie jenes der klagenden Partei, liege. Diese Ausführungen sind insofern missverständlich, als daraus entnommen werden könnte, dass das Berufungsgericht - folgend der Begründung des Bescheides des Bundesvergabeamtes - die Ansicht vertrete, der Zuschlag sei anstatt an die Mitkonkurrentin an die klagende Partei als Bestbieterin zu erteilen gewesen. Wie aber die weiteren rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichtes zeigen, teilte das Berufungsgericht diese Ansicht des Bundesvergabeamtes keineswegs. Es meinte vielmehr, dass (auch) die Zuschlagserteilung für das gleichwertige, aber billigere Produkt der klagenden Partei nicht erfolgen hätte dürfen. Denn es sei bereits die Ausschreibung infolge Unerfüllbarkeit einer wesentlichen Eigenschaft des anzubietenden Produktes fehlerhaft und daher nach Erkennen dieses Umstandes zu widerrufen gewesen. Das Berufungsgericht erblickte somit den Verstoß der beklagten Partei gegen das BVergG 1997 nicht darin, dass der Zuschlag an die klagende Partei als Bestbieterin erteilt hätte werden müssen, sondern darin, dass trotz der fehlerhaften Ausschreibung überhaupt ein Zuschlag erteilt wurde. Dieser Auffassung ist ebenso beizupflichten wie der Ansicht des Berufungsgerichtes, dass die Begründung des Bescheides des Bundesvergabeamtes keine Bindungswirkung entfalte und dass der klagenden Partei das beanspruchte Erfüllungsinteresse mangels Kausalität des Verstoßes der beklagten Partei gegen das BVergG 1997 (Zuschlagserteilung aufgrund fehlerhafter Ausschreibungsgrundlage) nicht zustehe. Insoweit ist auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu verweisen (§ 510 Abs 3 ZPO). Im Einzelnen ist den Revisionsausführungen entgegenzuhaltenDie rechtlichen Ausführungen des Berufungsgerichtes bedürfen nur insoweit einer Klarstellung, als das Berufungsgericht zunächst in seiner rechtlichen Beurteilung ausführte, dass ein schuldhafter Verstoß der beklagten Partei gegen das BVergG 1997 in der Zuschlagserteilung für ein erheblich teureres Produkt, das das bezeichnete "Muss-Kriterium" ebensowenig erfüllte wie jenes der klagenden Partei, liege. Diese Ausführungen sind insofern missverständlich, als daraus entnommen werden könnte, dass das Berufungsgericht - folgend der Begründung des Bescheides des Bundesvergabeamtes - die Ansicht vertrete, der Zuschlag sei anstatt an die Mitkonkurrentin an die klagende Partei als Bestbieterin zu erteilen gewesen. Wie aber die weiteren rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichtes zeigen, teilte das Berufungsgericht diese Ansicht des Bundesvergabeamtes keineswegs. Es meinte vielmehr, dass (auch) die Zuschlagserteilung für das gleichwertige, aber billigere Produkt der klagenden Partei nicht erfolgen hätte dürfen. Denn es sei bereits die Ausschreibung infolge Unerfüllbarkeit einer wesentlichen Eigenschaft des anzubietenden Produktes fehlerhaft und daher nach Erkennen dieses Umstandes zu widerrufen gewesen. Das Berufungsgericht erblickte somit den Verstoß der beklagten Partei gegen das BVergG 1997 nicht darin, dass der Zuschlag an die klagende Partei als Bestbieterin erteilt hätte werden müssen, sondern darin, dass trotz der fehlerhaften Ausschreibung überhaupt ein Zuschlag erteilt wurde. Dieser Auffassung ist ebenso beizupflichten wie der Ansicht des Berufungsgerichtes, dass die Begründung des Bescheides des Bundesvergabeamtes keine Bindungswirkung entfalte und dass der klagenden Partei das beanspruchte Erfüllungsinteresse mangels Kausalität des Verstoßes der beklagten Partei gegen das BVergG 1997 (Zuschlagserteilung aufgrund fehlerhafter Ausschreibungsgrundlage) nicht zustehe. Insoweit ist auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu verweisen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Im Einzelnen ist den Revisionsausführungen entgegenzuhalten:

Die klagende Partei begehrte einerseits die Kosten der Angebotsstellung und ihre sonstigen durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen Kosten, andererseits das Erfüllungsinteresse. Ersteres Begehren, das allerdings rechtskräftig abgewiesen wurde, konnte sie auf § 122 BVergG 1997 stützen. Über den Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und des Vergabeverfahrens hinaus bleiben gemäß § 124 BVergG 1997 die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden Ersatzansprüche gewahrt. Lehre und Rechtsprechung bejahen einen Anspruch des übergangenen Bieters auf Ersatz des Erfüllungsinteresses aufgrund schuldhafter Verletzung des BVergG oder der hiezu ergangenen Verordnungen unter der Voraussetzung, dass der Zuschlag ihm als Bestbieter hätte erteilt werden müssen. Zulässigkeitsvoraussetzung für die Geltendmachung eines auf die Verletzung von Vergabevorschriften gegründeten Schadenersatzanspruches ist nach § 125 Abs 1 BVergG 1997 die vorhergehende Feststellung des Bundesvergabeamtes nach § 113 Abs 3 BVergG (4 Ob 96/02z = RdW 2002, 736 mN aus der Rechtsprechung und dem Schrifttum). Ein Feststellungsbescheid des Bundesvergabeamtes ist gemäß § 113 Abs 3 BVergG 1997 prozessuale

Zulässigkeitsvoraussetzung für die klageweise Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen (7 Ob 200/00p = RPA 2001, 148 [Pock] = ZVB 2002, 10 [Öhler/Schramm] = ecolex 2001, 902 = JBl 2002, 117 [Rummel] = SZ 74/115; 4 Ob 96/02z; 1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130 [611]), wobei aber fraglich ist, ob die Befassung des Bundesvergabeamtes zwingend bei allen Schadenersatzansprüchen zu verlangen ist oder ob dies nur bei den in § 122 Abs 1 BVergG 1997 angeführten Kostenersatzansprüchen gilt, bei den übrigen Schadenersatzansprüchen (§ 124 BVergG 1997), wie insbesondere beim Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, aber überhaupt entbehrlich ist (6 Ob 110/03z). Wäre bei den übrigen Schadenersatzansprüchen von einer Entbehrlichkeit der Erwirkung eines Feststellungsbescheides auszugehen, dann wäre bei solchen Ansprüchen auch die Bindungswirkung eines dennoch ergangenen Feststellungsbescheides hinsichtlich anderer als der in § 122 BVergG 1997 geregelten Schadenersatzansprüche überhaupt in Frage zu stellen. Dies muss hier aber nicht abschließend geprüft werden. Denn § 125 Abs 2 letzter Satz BVergG 1997 ordnet eine Bindung der Zivilgerichte nur für "Feststellungen des Bundesvergabeamts gemäß § 113 Abs 3", somit für die Feststellung an, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei (und dass ein übergangener Bewerber oder Bieter keine echte Chancen auf Erteilung des Zuschlags gehabt habe). Nach dieser Formulierung bleibt zu prüfen, ob eine vom Bundesvergabeamt in den Entscheidungsgründen getroffene Feststellung, der Zuschlag sei deshalb nicht dem Bestbieter erteilt worden, weil der nunmehrige (Schadenersatz)Kläger Bestbieter gewesen sei, das Gericht binde. Dies hat der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 4 Ob 96/02z mit folgender Begründung verneint:Die klagende Partei begehrte einerseits die Kosten der Angebotsstellung und ihre sonstigen durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen Kosten, andererseits das Erfüllungsinteresse. Ersteres Begehren, das allerdings rechtskräftig abgewiesen wurde, konnte sie auf Paragraph 122, BVergG 1997 stützen. Über den Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und des Vergabeverfahrens hinaus bleiben gemäß Paragraph 124, BVergG 1997 die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden Ersatzansprüche gewahrt. Lehre und Rechtsprechung bejahen einen Anspruch des übergangenen Bieters auf Ersatz des Erfüllungsinteresses aufgrund schuldhafter Verletzung des BVergG oder der hiezu ergangenen Verordnungen unter der Voraussetzung, dass der Zuschlag ihm als Bestbieter hätte erteilt werden müssen. Zulässigkeitsvoraussetzung für die Geltendmachung eines auf die Verletzung von Vergabevorschriften gegründeten Schadenersatzanspruches ist nach Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 1997 die vorhergehende Feststellung des Bundesvergabeamtes nach Paragraph 113, Absatz 3, BVergG (4 Ob 96/02z = RdW 2002, 736 mN aus der Rechtsprechung und dem Schrifttum). Ein Feststellungsbescheid des Bundesvergabeamtes ist gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzung für die klageweise Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen (7 Ob 200/00p = RPA 2001, 148 [Pock] = ZVB 2002, 10 [Öhler/Schramm] = ecolex 2001, 902 = JBl 2002, 117 [Rummel] = SZ 74/115; 4 Ob 96/02z; 1 Ob 110/02m = EvBl 2003/130 [611]), wobei aber fraglich ist, ob die Befassung des Bundesvergabeamtes zwingend bei allen Schadenersatzansprüchen zu verlangen ist oder ob dies nur bei den in Paragraph 122, Absatz eins, BVergG 1997 angeführten Kostenersatzansprüchen gilt, bei den übrigen Schadenersatzansprüchen (Paragraph 124, BVergG 1997), wie insbesondere beim Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, aber überhaupt entbehrlich ist (6 Ob 110/03z). Wäre bei den übrigen Schadenersatzansprüchen von einer Entbehrlichkeit der Erwirkung eines Feststellungsbescheides auszugehen, dann wäre bei solchen Ansprüchen auch die Bindungswirkung eines dennoch ergangenen Feststellungsbescheides hinsichtlich anderer als der in Paragraph 122, BVergG 1997 geregelten Schadenersatzansprüche überhaupt in Frage zu stellen. Dies muss hier aber nicht abschließend geprüft werden. Denn Paragraph 125, Absatz 2, letzter Satz BVergG 1997 ordnet eine Bindung der Zivilgerichte nur für "Feststellungen des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 113, Absatz 3 ",, somit für die Feststellung an, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei (und dass ein übergangener Bewerber oder Bieter keine echte Chancen auf Erteilung des Zuschlags gehabt habe). Nach dieser Formulierung bleibt zu prüfen, ob eine vom Bundesvergabeamt in den Entscheidungsgründen getroffene Feststellung, der Zuschlag sei deshalb nicht dem Bestbieter erteilt worden, weil der nunmehrige (Schadenersatz)Kläger Bestbieter gewesen sei, das Gericht binde. Dies hat der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 4 Ob 96/02z mit folgender Begründung verneint:

"Angesichts der in den Gesetzesmaterialien angestrebten Entlastung der Gerichte wäre eine derartige Ausweitung der Bindungswirkung zwar durchaus nicht unvernünftig, stünde allerdings zu den in Lehre und Rechtsprechung zur Bindungswirkung verwaltungsbehördlicher Bescheide vertretenen Grundsätzen in Widerspruch. Diese Grundsätze werden zwar für das Vergabeverfahren durch § 125 Abs 2 letzter Satz iVm den in § 113 Abs 3 BVergG angeführten Feststellungen des Bundesvergabeamts durchbrochen, eine weitergehende Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesvergabeamts ordnet das Gesetz hingegen nicht an. Es sieht insbesondere auch nicht vor, dass das

Bundesvergabeamt über die Frage, wer Bestbieter ist, eine Entscheidung zu treffen hätte. Auch das Bundesvergabeamt vertritt selbst die Auffassung, die Bestbietereigenschaft sei nach Zuschlagserteilung nur mehr als eine für die Klärung von Schadenersatzansprüchen relevante Tatsache anzusehen, zu deren bescheidmäßiger Feststellung es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage mangle. Das Bundesvergabeamt sei daher zur bescheidmäßigen Feststellung des Bestbieters nach Abschluss des Vergabeverfahrens nicht zuständig.""Angesichts der in den Gesetzesmaterialien angestrebten Entlastung der Gerichte wäre eine derartige Ausweitung der Bindungswirkung zwar durchaus nicht unvernünftig, stünde allerdings zu den in Lehre und Rechtsprechung zur Bindungswirkung verwaltungsbehördlicher Bescheide vertretenen Grundsätzen in Widerspruch. Diese Grundsätze werden zwar für das Vergabeverfahren durch Paragraph 125, Absatz 2, letzter Satz in Verbindung mit den in Paragraph 113, Absatz 3, BVergG angeführten Feststellungen des Bundesvergabeamts durchbrochen, eine weitergehende Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesvergabeamts ordnet das Gesetz hingegen nicht an. Es sieht insbesondere auch nicht vor, dass das Bundesvergabeamt über die Frage, wer Bestbieter ist, eine Entscheidung zu treffen hätte. Auch das Bundesvergabeamt vertritt selbst die Auffassung, die Bestbietereigenschaft sei nach Zuschlagserteilung nur mehr als eine für die Klärung von Schadenersatzansprüchen relevante Tatsache anzusehen, zu deren bescheidmäßiger Feststellung es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage mangle. Das Bundesvergabeamt sei daher zur bescheidmäßigen Feststellung des Bestbieters nach Abschluss des Vergabeverfahrens nicht zuständig."

Bereits in der Entscheidung 7 Ob 200/00p (SZ 74/115) hat der Oberste Gerichtshof im Zusammenhang mit der Prüfung der Voraussetzungen des Nichterfüllungsschadens im Vergaberecht erkannt, dass aus der nach § 113 Abs 3 BVergG 1997 getroffenen Feststellung keine inhaltliche Bindung zur Frage abgeleitet werden kann, wer "positiv" als Bestbieter anzusehen ist. An dieser Auffassung wird aus den in der Entscheidung 4 Ob 96/02z dargelegten Gründen festgehalten.Bereits in der Entscheidung 7 Ob 200/00p (SZ 74/115) hat der Oberste Gerichtshof im Zusammenhang mit der Prüfung der Voraussetzungen des Nichterfüllungsschadens im Vergaberecht erkannt, dass aus der nach Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 getroffenen Feststellung keine inhaltliche Bindung zur Frage abgeleitet werden kann, wer "positiv" als Bestbieter anzusehen ist. An dieser Auffassung wird aus den in der Entscheidung 4 Ob 96/02z dargelegten Gründen festgehalten.

Da weder das angebotene Produkt der Mitbewerberin, der der Zuschlag erteilt wurde, noch das von der klagenden Partei angebotene Produkt eine der wesentlichen technischen Anforderungen gemäß der Ausschreibung erfüllte, hätte der Zuschlag weder der Mitbewerberin noch der klagenden Partei, auch wenn deren Angebot preislich wesentlich günstiger war, erteilt werden dürfen. Das von keinem der Bewerber erfüllte und damals aus technischer Sicht unerfüllbare Kriterium der Gleichwertigkeit der optischen mit der akustischen Anzeige wäre im Gegensatz zur (nicht bindenden) Ansicht des Bundesvergabeamtes bei Prüfung der Anbote und Ermittlung des Bestbieters nicht einfach auszuscheiden gewesen. Gemäß §§ 40 und 55 Abs 1 BVergG 1997 ist die Ausschreibung zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen, insbesondere wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Ob ein Widerrufsgrund vorliegt, ist nur nach objektiven Kriterien zu lösen und nicht davon abhängig, ob der Auftraggeber den Widerruf verschuldete. Die Zuschlagserteilung trotz Vorliegens von Widerrufsgründen stellt einen Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter und damit einen Verstoß gegen das Kernanliegen des Vergaberechts dar. Die von einem Mitbewerber infolge eines vom Auftraggeber zu vertretenden Ausschreibungsmangels erlangte Position als "Bestbieter" rechtfertigt nämlich 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 beteiligt hätten (1 Ob 110/02m). Der Auftraggeber darf die Reihung der Bieter deshalb auch nicht durch nachträgliche Streichung einzelner Positionen verändern (1 Ob 284/01y = RPA 2002, 111 [Pock] = ecolex 2002, 349/133 = JBl 2002, 385 = RdW 2002, 590). Diese Erwägungen machen die Unhaltbarkeit der Begründung des Feststellungsbescheides des Bundesvergabeamtes, das unerfüllbare Ausschreibungskriterium sei einfach wegzudenken und sodann die klagende Partei als Bestbieter zu ermitteln gewesen, deutlich. Auch im vorliegenden Fall ist nicht auszuschließen, dass sich bei Entfall jener Produktanforderung, die überhaupt unerfüllbar oder doch mit vertretenem Kostenaufwand unerfüllbar war, infolge einer wesentlichen Änderung des Leistungsgegenstandes weitere Mitarbeiter am Angebotsverfahren beteiligt hätten oder auch, dass die als zu teuer ausgeschiedenen Mitbewerber und nicht zuletzt jene Mitbewerberin, die den Zuschlag tatsächlich erhielt, preislich entscheidend günstigere Angebote

gestellt hätten.Da weder das angebotene Produkt der Mitbewerberin, der der Zuschlag erteilt wurde, noch das von der klagenden Partei angebotene Produkt eine der wesentlichen technischen Anforderungen gemäß der Ausschreibung erfüllte, hätte der Zuschlag weder der Mitbewerberin noch der klagenden Partei, auch wenn deren Angebot preislich wesentlich günstiger war, erteilt werden dürfen. Das von keinem der Bewerber erfüllte und damals aus technischer Sicht unerfüllbare Kriterium der Gleichwertigkeit der optischen mit der akustischen Anzeige wäre im Gegensatz zur (nicht bindenden) Ansicht des Bundesvergabeamtes bei Prüfung der Anbote und Ermittlung des Bestbieters nicht einfach auszuscheiden gewesen. Gemäß Paragraphen 40 und 55 Absatz eins, BVergG 1997 ist die Ausschreibung zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen, insbesondere wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Ob ein Widerrufsgrund vorliegt, ist nur nach objektiven Kriterien zu lösen und nicht davon abhängig, ob der Auftraggeber den Widerruf verschuldete. Die Zuschlagserteilung trotz Vorliegens von Widerrufsgründen stellt einen Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung aller Bieter und damit einen Verstoß gegen das Kernanliegen des Vergaberechts dar. Die von einem Mitbewerber infolge eines vom Auftraggeber zu vertretenden Ausschreibungsmangels erlangte Position als "Bestbieter" rechtfertigt nämlich 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 beteiligt hätten (1 Ob 110/02m). Der Auftraggeber darf die Reihung der Bieter deshalb auch nicht durch nachträgliche Streichung einzelner Positionen verändern (1 Ob 284/01y = RPA 2002, 111 [Pock] = ecolex 2002, 349/133 = JBl 2002, 385 = RdW 2002, 590). Diese Erwägungen machen die Unhaltbarkeit der Begründung des Feststellungsbescheides des Bundesvergabeamtes, das unerfüllbare Ausschreibungskriterium sei einfach wegzudenken und sodann die klagende Partei als Bestbieter zu ermitteln gewesen, deutlich. Auch im vorliegenden Fall ist nicht auszuschließen, dass sich bei Entfall jener Produktanforderung, die überhaupt unerfüllbar oder doch mit vertretenem Kostenaufwand unerfüllbar war, infolge einer wesentlichen Änderung des Leistungsgegenstandes weitere Mitarbeiter am Angebotsverfahren beteiligt hätten oder auch, dass die als zu teuer ausgeschiedenen Mitbewerber und nicht zuletzt jene Mitbewerberin, die den Zuschlag tatsächlich erhielt, preislich entscheidend günstigere Angebote gestellt hätten.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der Verstoß der beklagten Partei gegen Ausschreibungsgrundsätze, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz, darin zu erblicken ist, dass sie ein unzulässiges Erfordernis in die Ausschreibung aufnahm und dennoch auf dieser Grundlage den Zuschlag erteilte. Eine Neuausschreibung wäre geboten gewesen, weil jeder der sich nunmehr am Angebotswettbewerb beteiligenden Unternehmen die Chance erhalten hätte, die Position des Bestbieters zu erlangen und zudem, weil sich durch den erneuten Angebotswettbewerb eine für die sparsame Verwendung öffentlicher Mittel günstigere Änderung des Preis- und Leistungsverhältnisses ergeben hätte können (1 Ob 284/01y). Andererseits folgt aus obigen Erwägungen, dass das dargestellte Verhalten der beklagten Partei nur dann allenfalls für das begehrte Erfüllungsinteresse der klagenden Partei kausal wäre, wenn diese bei von vorneherein korrekter Ausschreibung oder Neuausschreibung (je ohne das technisch unerfüllbare Erfordernis oder mit dessen Modifikation) nach Widerruf Bestbieterin gewesen wäre und daher ihr und keinem sonstigen Mitbewerber der Zuschlag erteilt hätte werden müssen. Selbst das in einer Nachlässigkeit bestehende Verschulden des Auftraggebers an einem wesentlichen Mangel der Ausschreibung ist nicht geeignet, einem der Bieter - zu Lasten eines schutzwürdigen Interesses des Auftraggebers, insbesondere aber zu Lasten der Interessen aller anderen in Betracht kommenden Bieter - eine gesicherte Rechtsposition als Bestbieter zu verschaffen. Der klagenden Partei steht nicht ohne weiteres das Erfüllungsinteresse an einem Auftrag zu, der ihr aus einem zwingenden Grund für den Widerruf der Ausschreibung nicht erteilt werden durfte. Ob ihr das Erfüllungsinteresse - in Anklang an die deutsche Rechtsprechung (BGH NJW 1998, 3636; BGHZ 120) - etwa deshalb zustehen könnte, weil sie bei einer von vornherein fehlerfreien Ausschreibung (oder bei einem Widerruf und fehlerfreier Neuausschreibung) Bestbieterin gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben, weil die klagende Partei ein solche Tatsache gar nicht behauptet hat. Es handelt sich hiebei um eine Frage des Kausalzusammenhanges zwischen dem rechtswidrigen Verhalten der beklagten Partei (Zuschlagerteilung aufgrund fehlerhafter Ausschreibungsunterlagen) und dem behaupteten Schaden des entgangenen Gewinns infolge des nicht zustande gekommenen Geschäfts. Die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich der Kausalität obliegt (auch in Fällen der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB) grundsätzlich dem Geschädigten. Eine Beweislastverschiebung zu seinen Gunsten 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 (SZ 63/90 ua). Im Gegensatz dazu ist hier dem Geschädigten der Nachweis der Kausalität des Verhaltens des Schädigers für den eingetretenen Schaden durchaus zumutbar. Der jeweilige Bieter ist im Allgemeinen fachkundig. Er hat selbst die Kalkulationsunterlagen erstellt und kennt gewöhnlich auch die Angebote der Mitbewerber. Selbst wenn im konkreten Fall die Beweisführung, dass die klagende Partei bei korrekter Ausschreibung sich gegen alle potentiellen Mitbewerber durchgesetzt hätte und Bestbieterin gewesen wäre, besonders schwierig ist, rechtfertigt dies nicht die Umkehrung der Beweislast, weil nicht die Beweisschwierigkeiten im einzelnen Fall, sondern lediglich strukturelle Beweislagen, die es aus typischen Haftungsgrundlagen dem Geschädigten ganz allgemein verwehren, Ersatzansprüche durchzusetzen, eine solche Beweislastverschiebung rechtfertigen können (1 Ob 110/02m).Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der Verstoß der beklagten Partei gegen Ausschreibungsgrundsätze, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz, darin zu erblicken ist, dass sie ein unzulässiges Erfordernis in die Ausschreibung aufnahm und dennoch auf dieser Grundlage den Zuschlag erteilte. Eine Neuausschreibung wäre geboten gewesen, weil jeder der sich nunmehr am Angebotswettbewerb beteiligenden Unternehmen die Chance erhalten hätte, die Position des Bestbieters zu erlangen und zudem, weil sich durch den erneuten Angebotswettbewerb eine für die sparsame Verwendung öffentlicher Mittel günstigere Änderung des Preis- und Leistungsverhältnisses ergeben hätte können (1 Ob 284/01y). Andererseits folgt aus obigen Erwägungen, dass das dargestellte Verhalten der beklagten Partei nur dann allenfalls für das begehrte Erfüllungsinteresse der klagenden Partei kausal wäre, wenn diese bei von vorneherein korrekter Ausschreibung oder Neuausschreibung (je ohne das technisch unerfüllbare Erfordernis oder mit dessen Modifikation) nach Widerruf Bestbieterin gewesen wäre und daher ihr und keinem sonstigen Mitbewerber der Zuschlag erteilt hätte werden müssen. Selbst das in einer Nachlässigkeit bestehende Verschulden des Auftraggebers an einem wesentlichen Mangel der Ausschreibung ist nicht geeignet, einem der Bieter - zu Lasten eines schutzwürdigen Interesses des Auftraggebers, insbesondere aber zu Lasten der Interessen aller anderen in Betracht kommenden Bieter - eine gesicherte Rechtsposition als Bestbieter zu verschaffen. Der klagenden Partei steht nicht ohne weiteres das Erfüllungsinteresse an einem Auftrag zu, der ihr aus einem zwingenden Grund für den Widerruf der Ausschreibung nicht erteilt werden durfte. Ob ihr das Erfüllungsinteresse - in Anklang an die deutsche Rechtsprechung (BGH NJW 1998, 3636; BGHZ 120) - etwa deshalb zustehen könnte, weil sie bei einer von vornherein fehlerfreien Ausschreibung (oder bei einem Widerruf und fehlerfreier Neuausschreibung) Bestbieterin gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben, weil die klagende Partei ein solche Tatsache gar nicht behauptet hat. Es handelt sich hiebei um eine Frage des Kausalzusammenhanges zwischen dem rechtswidrigen Verhalten der beklagten Partei (Zuschlagerteilung aufgrund fehlerhafter Ausschreibungsunterlagen) und dem behaupteten Schaden des entgangenen Gewinns infolge des nicht zustande gekommenen Geschäfts. Die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich der Kausalität obliegt (auch in Fällen der Beweislastumkehr nach Paragraph 1298, ABGB) grundsätzlich dem Geschädigten. Eine Beweislastverschiebung zu seinen Gunsten 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 (SZ 63/90 ua). Im Gegensatz dazu ist hier dem Geschädigten der Nachweis der Kausalität des Verhaltens des Schädigers für den eingetretenen Schaden durchaus zumutbar. Der jeweilige Bieter ist im Allgemeinen fachkundig. Er hat selbst die Kalkulationsunterlagen erstellt und kennt gewöhnlich auch die Angebote der Mitbewerber. Selbst wenn im konkreten Fall die Beweisführung, dass die klagende Partei bei korrekter Ausschreibung sich gegen alle potentiellen Mitbewerber durchgesetzt hätte und Bestbieterin gewesen wäre, besonders schwierig ist, rechtfertigt dies nicht die Umkehrung der Beweislast, weil nicht die Beweisschwierigkeiten im einzelnen Fall, sondern lediglich strukturelle Beweislagen, die es aus typischen Haftungsgrundlagen dem Geschädigten ganz allgemein verwehren, Ersatzansprüche durchzusetzen, eine solche Beweislastverschiebung rechtfertigen können (1 Ob 110/02m).

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Zuschlag aufgrund des fehlerhaften Ausschreibungsverfahrens (auch) der klagenden Partei nicht erteilt hätte werden dürfen. Sie kann ihr Erfüllungsinteresse daher nicht darauf stützen, dass ihr und nicht ihrer Mitbewerberin aufgrund der mangelhaften Ausschreibung der Zuschlag erteilt worden wäre. Abgesehen davon, dass die Geräte der klagenden Partei wegen der Mängel der optischen Anzeige, die sich insbesondere im Praxistest zeigten, vom Auftraggeber als nicht entsprechend geeignet angesehen und ihr Angebot insbesondere deshalb ausgeschieden wurde, wäre ein Zuschlag an sie (ebenfalls) rechtswidrig gewesen. Die Ansicht der klagenden Partei, ihr stehe, weil sie als Billigst- und damit als Bestbieterin den Zuschlag erhalten hätte sollen,

würde dazu führen, dass der Auftraggeber von mehreren Bietern auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch genommen werden könnte, waren doch von der fehlerhaften Ausschreibung alle Angebote betroffen (vgl 1 Ob 110/02m). Der Zuspruch des Erfüllungsinteresses setzte vielmehr voraus, dass der klagenden Partei der Zuschlag erteilt hätte werden müssen (vgl 4 Ob 96/02z). Die klagende Partei ist daher auf den Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt. Abgesehen davon, dass die Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse und auf den Vertrauensschaden, wie sie hier begründet wurden, einander ausschließen (ein entgangener Gewinn als Vertrauensschaden, etwa infolge versäumter Abschlussgelegenheit, wurde hier nicht geltend gemacht - vgl 1 Ob 110/02m), wurde der Klageanspruch, soweit er den Vertrauensschaden umfasste, bereits rechtskräftig abgewiesen. Das Hauptbegehren wurde nicht etwa primär auf den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse und hilfsweise auf den Anspruch auf den Vertrauensschaden gestützt, wie nunmehr in der Revision behauptet wird. Zuletzt (in der Tagsatzung vom 21. 1. 2002 vor Schluss der Verhandlung erster Instanz) hat die klagende Partei insoweit klargestellt, dass ihr Hauptbegehren zwei Teile, nämlich den mit 9.795,18 EUR bezifferten Vertrauensschaden und das mit 160.601,66 EUR bezifferte Erfüllungsinteresse umfasse. Da mit dem zweiten Eventualbegehren nichts anderes als der betreffende Teil des Hauptbegehrens geltend gemacht wurde, steht die Rechtskraft des abweisenden Teils des Ersturteiles einer Stattgebung des Eventualbegehrens im Rechtsmittelverfahren entgegen, wie schon das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat.Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Zuschlag aufgrund des fehlerhaften Ausschreibungsverfahrens (auch) der klagenden Partei nicht erteilt hätte werden dürfen. Sie kann ihr Erfüllungsinteresse daher nicht darauf stützen, dass ihr und nicht ihrer Mitbewerberin aufgrund der mangelhaften Ausschreibung der Zuschlag erteilt worden wäre. Abgesehen davon, dass die Geräte der klagenden Partei wegen der Mängel der optischen Anzeige, die sich insbesondere im Praxistest zeigten, vom Auftraggeber als nicht entsprechend geeignet angesehen und ihr Angebot insbesondere deshalb ausgeschieden wurde, wäre ein Zuschlag an sie (ebenfalls) rechtswidrig gewesen. Die Ansicht der klagenden Partei, ihr stehe, weil sie als Billigst- und damit als Bestbieterin den Zuschlag erhalten hätte sollen, würde dazu führen, dass der Auftraggeber von mehreren Bietern auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch genommen werden könnte, waren doch von der fehlerhaften Ausschreibung alle Angebote betroffen vergleiche 1 Ob 110/02m). Der Zuspruch des Erfüllungsinteresses setzte vielmehr voraus, dass der klagenden Partei der Zuschlag erteilt hätte werden müssen vergleiche 4 Ob 96/02z). Die klagende Partei ist daher auf den Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt. Abgesehen davon, dass die Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse und auf den Vertrauensschaden, wie sie hier begründet wurden, einander ausschließen (ein entgangener Gewinn als Vertrauensschaden, etwa infolge versäumter Abschlussgelegenheit, wurde hier nicht geltend gemacht - vergleiche 1 Ob 110/02m), wurde der Klageanspruch, soweit er den Vertrauensschaden umfasste, bereits rechtskräftig abgewiesen. Das Hauptbegehren wurde nicht etwa primär auf den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse und hilfsweise auf de

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