

# TE OGH 2002/1/29 4Ob20/02y

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.01.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Gräß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* 2. D\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* 3. K\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* 4. Ö\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* 5. S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* 6. T\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* alle vertreten durch Schramm & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Hauptverband der Sozialversicherungsträger,\*\*\*\*\* vertreten durch Lansky & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 500.000 S), infolge Revisionsrekurses der Klägerinnen gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 29. Oktober 2001, GZ 4 R 153/01a-15, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 29. Mai 2001, GZ 19 Cg 71/01i-10, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Die Revisionsrekursbeantwortung wird als verspätet zurückgewiesen.
2. Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

Die Klägerinnen haben die Kosten ihres unzulässigen Rechtsmittels selbst zu tragen.

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

1. Zur Revisionsrekursbeantwortung des Beklagten

Die Frist für den Revisionsrekurs und die Revisionsrekursbeantwortung beträgt im Provisorialverfahren 14 Tage § 402 Abs 3 EO; die Gerichtsferien haben auf das Exekutionsverfahren und damit auch auf das Provisorialverfahren keinen Einfluss (§ 223 Abs 2 ZPO). Die Frist für den Revisionsrekurs und die Revisionsrekursbeantwortung beträgt im Provisorialverfahren 14 Tage (Paragraph 402, Absatz 3, EO); die Gerichtsferien haben auf das Exekutionsverfahren und damit auch auf das Provisorialverfahren keinen Einfluss (Paragraph 223, Absatz 2, ZPO).

Der Revisionsrekurs wurde dem Beklagten am 21. 12. 2001 zugestellt; die Revisionsrekursbeantwortung wurde am 15. 1. 2002, und damit nach Ablauf der 14-tägigen Frist, zur Post gegeben.

Die Revisionsrekursbeantwortung war daher als verspätet zurückzuweisen.

2. Zum Revisionsrekurs der Klägerinnen

Entgegen dem - den Obersten Gerichtshof nicht bindenden § 526 Abs 2 ZPO) - Ausspruch des Rekursgerichts ist der Revisionsrekurs mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO nicht

zulässig: Entgegen dem - den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (Paragraph 526, Absatz 2, ZPO) - Ausspruch des Rekursgerichts ist der Revisionsrekurs mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO nicht zulässig:

Das Rekursgericht hat den Revisionsrekurs mit der Begründung für zulässig erklärt, dass die Rechtsfrage, "ob die Zuschlagserteilung unter Missachtung einer Entscheidung des Bundesvergabeamts per se auf die Absicht der Förderung fremden Wettbewerbs schließen lässt bzw den übrigen Bieter unter diesen Umständen ein unmittelbarer Unterlassungsanspruch zukommt", die in § 528 Abs 1 ZPO umschriebene Qualität habe. Die Klägerinnen machen geltend, dass auch darüber hinaus Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung zu entscheiden seien. So stelle sich die Rechtsfrage nach der Wettbewerbswidrigkeit der Durchführung eines vergaberechtswidrigen und daher wettbewerbswidrigen Vertrags bzw der Verpflichtung des Auftraggebers, der den Zuschlag entgegen einer verbindlichen Entscheidung des Bundesvergabeamts erteilt hat, vom vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrag zurückzutreten. Weiters stelle sich die Frage, ob eine sittenwidrige, kollusive Vorgangsweise zwischen jenem Bieter, der den (rechtswidrigen) Zuschlag erhalten hat und dem Auftraggeber zur Schädigung eines Mitbieters vorliegt und bejahendenfalls, ob diese wettbewerbswidrig sei, sowie die Frage der Sittenwidrigkeit und damit Wettbewerbswidrigkeit eines Verhaltens des Auftraggebers durch Verletzung von "Selbstbindungsnormen" sowie durch Missachtung des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebots. Das Rekursgericht hat den Revisionsrekurs mit der Begründung für zulässig erklärt, dass die Rechtsfrage, "ob die Zuschlagserteilung unter Missachtung einer Entscheidung des Bundesvergabeamts per se auf die Absicht der Förderung fremden Wettbewerbs schließen lässt bzw den übrigen Bieter unter diesen Umständen ein unmittelbarer Unterlassungsanspruch zukommt", die in Paragraph 528, Absatz eins, ZPO umschriebene Qualität habe. Die Klägerinnen machen geltend, dass auch darüber hinaus Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung zu entscheiden seien. So stelle sich die Rechtsfrage nach der Wettbewerbswidrigkeit der Durchführung eines vergaberechtswidrigen und daher wettbewerbswidrigen Vertrags bzw der Verpflichtung des Auftraggebers, der den Zuschlag entgegen einer verbindlichen Entscheidung des Bundesvergabeamts erteilt hat, vom vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrag zurückzutreten. Weiters stelle sich die Frage, ob eine sittenwidrige, kollusive Vorgangsweise zwischen jenem Bieter, der den (rechtswidrigen) Zuschlag erhalten hat und dem Auftraggeber zur Schädigung eines Mitbieters vorliegt und bejahendenfalls, ob diese wettbewerbswidrig sei, sowie die Frage der Sittenwidrigkeit und damit Wettbewerbswidrigkeit eines Verhaltens des Auftraggebers durch Verletzung von "Selbstbindungsnormen" sowie durch Missachtung des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebots.

Die von den Klägerinnen im Anschluss an die vom Rekursgericht formulierte Rechtsfrage geltend gemachten Rechtsfragen betreffen die Beurteilung von Tatbeständen nach § 1 UWG. Ein Verstoß gegen § 1 UWG setzt ein Handeln des Beklagten zu Zwecken des Wettbewerbs voraus. Die beanstandete Handlung muss also nicht nur objektiv geeignet sein, den Absatz eines - meist des eigenen - Unternehmens auf Kosten der Mitbewerber zu fördern, sondern darüber hinaus auch subjektiv von der entsprechenden Wettbewerbsabsicht getragen sein. Eine Wettbewerbshandlung erfordert somit in objektiver Hinsicht das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses, will doch das Wettbewerbsrecht nur dasjenige geschäftliche Tun eines Gewerbetreibenden erfassen, das geeignet ist, die Wettbewerbslage irgendwie zu beeinflussen, also den oder die Mitbewerber in irgendeiner Weise berührt (stRsp ua 4 Ob 130/93 = ÖBI 1994, 22 - System der Besten). Auf die von den Klägerinnen geltend gemachten weiteren Rechtsfragen wäre daher nur einzugehen, wenn die vom Rekursgericht formulierte Rechtsfrage im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO erheblich wäre. Das trifft jedoch nicht zu: Die von den Klägerinnen im Anschluss an die vom Rekursgericht formulierte Rechtsfrage geltend gemachten Rechtsfragen betreffen die Beurteilung von Tatbeständen nach Paragraph eins, UWG. Ein Verstoß gegen Paragraph eins, UWG setzt ein Handeln des Beklagten zu Zwecken des Wettbewerbs voraus. Die beanstandete Handlung muss also nicht nur objektiv geeignet sein, den Absatz eines - meist des eigenen - Unternehmens auf Kosten der Mitbewerber zu fördern, sondern darüber hinaus auch subjektiv von der entsprechenden Wettbewerbsabsicht getragen sein. Eine Wettbewerbshandlung erfordert somit in objektiver Hinsicht das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses, will doch das Wettbewerbsrecht nur dasjenige geschäftliche Tun eines Gewerbetreibenden erfassen, das geeignet ist, die Wettbewerbslage irgendwie zu beeinflussen, also den oder die Mitbewerber in irgendeiner Weise berührt (stRsp ua 4 Ob 130/93 = ÖBI 1994, 22 - System der Besten). Auf die von den Klägerinnen geltend gemachten weiteren Rechtsfragen wäre daher nur einzugehen, wenn die vom Rekursgericht formulierte Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO erheblich wäre. Das trifft jedoch nicht zu:

Zwar ist es - wie die Klägerinnen darlegen - richtig, dass keine Rechtsprechung zur Frage besteht, ob im Vergabeverfahren zwischen dem Auftraggeber und einem Bieter ein Wettbewerbsverhältnis besteht, und der Oberste Gerichtshof auch nicht darüber abgesprochen hat, ob bei der Zuschlagserteilung in Kenntnis einer Vergaberechtswidrigkeit von der Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, auszugehen ist. Eine erhebliche Rechtsfrage wird dadurch jedoch nicht begründet, weil diese Fragen schon durch die bisherige Rechtsprechung beantwortet sind:

Ein Wettbewerbsverhältnis besteht, wenn zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Maßnahme für sein Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselbeziehung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann. Das ist dann der Fall, wenn Gewerbetreibende - mittelbar oder unmittelbar - den gleichen Abnehmerkreis (Lieferantenkreis) haben (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht22 EinldUWG Rz 216 ff mwN; 4 Ob 38/94 = ÖBI 1994, 217 - Satellitenprogramm ua). Ob ein Wettbewerbsverhältnis besteht, hängt demnach von tatsächlichen Umständen ab. Ein wettbewerbsregelnder Charakter von Vergabevorschriften vermag ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter nicht zu begründen.

Die Klägerinnen als Anbieterinnen eines "chipkartenbasierten EDV-Systems" haben mit dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger als Auftraggeber den Kundenkreis weder unmittelbar noch - anders als die Vertragspartner eines Franchisesystems, die sich, wie in der von den Klägerinnen zitierten Entscheidung 4 Ob 63/90 = RdW 1990, 312 ausdrücklich ausgesprochen, an einen im Wesentlichen gleichartigen Abnehmerkreis wenden - mittelbar gemeinsam. Ihre Beziehung besteht allein darin, dass sich die Klägerinnen an der vom Beklagten veranstalteten Ausschreibung beteiligt haben und nicht zum Zug gekommen sind.

Dadurch könnte, wenn überhaupt, nur ein Ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis begründet werden. Ein Ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis setzt jedoch voraus, dass durch eine konkrete Wettbewerbshandlung in den Wettbewerb um den umworbenen Kunden eingetreten wird (Baumbach/Hefermehl, aaO Rz 229 mwN; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> § 23 Rz 14 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). In diesem Sinn wurde ein Ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis angenommen, wenn sich der Verletzer durch die konkrete Wettbewerbshandlung in irgendeiner Weise zu einem Betroffenen in Wettbewerb stellt, so dass eine gegenseitige Behinderung im Absatz eintritt oder indem der gute Ruf eines fremden Kennzeichens ausgebeutet wird (4 Ob 2/97s = ÖBI 1998, 226 - Entec 2500; 4 Ob 105/97p = ÖBI 1997, 225 - BOSS-Energydrink, jeweils mwN). Dadurch könnte, wenn überhaupt, nur ein Ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis begründet werden. Ein Ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis setzt jedoch voraus, dass durch eine konkrete Wettbewerbshandlung in den Wettbewerb um den umworbenen Kunden eingetreten wird (Baumbach/Hefermehl, aaO Rz 229 mwN; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> Paragraph 23, Rz 14 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). In diesem Sinn wurde ein Ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis angenommen, wenn sich der Verletzer durch die konkrete Wettbewerbshandlung in irgendeiner Weise zu einem Betroffenen in Wettbewerb stellt, so dass eine gegenseitige Behinderung im Absatz eintritt oder indem der gute Ruf eines fremden Kennzeichens ausgebeutet wird (4 Ob 2/97s = ÖBI 1998, 226 - Entec 2500; 4 Ob 105/97p = ÖBI 1997, 225 - BOSS-Energydrink, jeweils mwN).

Die Erteilung eines Auftrags oder eines Zuschlags erfüllt in der Regel weder den einen noch den anderen Tatbestand. Ein Auftrag oder Zuschlag wird erteilt, weil der Auftraggeber bestimmte Leistungen oder Waren erhalten will. Die Auftragserteilung ist demnach regelmäßig keine Wettbewerbshandlung. Nur unter besonderen Umständen, wie etwa bei einer an sachwidrigen Kriterien, insbesondere in Bezug auf die Preisgestaltung, orientierten Auftragsvergabe, kann mit der Erteilung eines Auftrags zu Zwecken des Wettbewerbs gehandelt werden (s Roth, Die öffentliche Hand im Wettbewerb, ecolex 1990, 99).

Die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, wird, sofern nicht eine typisch auf die Förderung fremden Wettbewerbs gerichtete Handlung vorliegt, nicht vermutet, sondern ist vom Kläger zu behaupten und zu beweisen (4 Ob 67/95 = ÖBI 1996, 122 - Gratisflugreisen II). Die Klägerinnen haben sich darauf berufen, dass die Absicht des Beklagten, den Wettbewerb des Auftragnehmers zu fördern, offenkundig wäre. Ihr Hinweis auf Tahedl (Anm zu 4 Ob 68/97x = ecolex 1997, 513 - SN-Presseförderung) vermag ihre Auffassung aber nicht zu stützen. Tahedl befasst sich in der zitierten Entscheidungsbesprechung mit der Presseförderung und meint, dass die Vergabe von öffentlichen Förderungsmitteln schon ihrem Wesen nach darauf ausgerichtet sei, fremden Wettbewerb zu fördern. Das trifft für eine Zuschlagserteilung nicht nur im Allgemeinen, sondern auch dann nicht zu, wenn sie unter Missachtung einer

Entscheidung des Bundesvergabeamts erfolgt, mit der die Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, für nichtig erklärt wird, weil die in den Ausschreibungsbedingungen enthaltene Beschränkung der Beziehung von Subunternehmern dem Gemeinschaftsrecht widerspreche. Es wäre daher Sache der Klägerinnen gewesen wäre, Umstände zu behaupten und zu bescheinigen, aus denen sich die Absicht des Beklagten ergibt, den Wettbewerb des Auftragnehmers zu fördern. Die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, wird, sofern nicht eine typisch auf die Förderung fremden Wettbewerbs gerichtete Handlung vorliegt, nicht vermutet, sondern ist vom Kläger zu behaupten und zu beweisen (4 Ob 67/95 = ÖBI 1996, 122 - Gratisflugreisen römisch II). Die Klägerinnen haben sich darauf berufen, dass die Absicht des Beklagten, den Wettbewerb des Auftragnehmers zu fördern, offenkundig wäre. Ihr Hinweis auf Tahedl Anmerkung zu 4 Ob 68/97x = ecolex 1997, 513 - SN-Presseförderung) vermag ihre Auffassung aber nicht zu stützen. Tahedl befasst sich in der zitierten Entscheidungsbesprechung mit der Presseförderung und meint, dass die Vergabe von öffentlichen Förderungsmitteln schon ihrem Wesen nach darauf ausgerichtet sei, fremden Wettbewerb zu fördern. Das trifft für eine Zuschlagserteilung nicht nur im Allgemeinen, sondern auch dann nicht zu, wenn sie unter Missachtung einer Entscheidung des Bundesvergabeamts erfolgt, mit der die Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung nicht zu widerrufen, für nichtig erklärt wird, weil die in den Ausschreibungsbedingungen enthaltene Beschränkung der Beziehung von Subunternehmern dem Gemeinschaftsrecht widerspreche. Es wäre daher Sache der Klägerinnen gewesen wäre, Umstände zu behaupten und zu bescheinigen, aus denen sich die Absicht des Beklagten ergibt, den Wettbewerb des Auftragnehmers zu fördern.

Dieser Behauptungs- und Bescheinigungslast sind die Klägerinnen nicht nachgekommen; der von ihnen behauptete Verstoß gegen § 1 UWG muss schon aus diesem Grund entfallen. Auf die von ihnen im Zusammenhang mit dem behaupteten sittenwidrigen Handeln des Beklagten durch die Auftragsvergabe geltend gemachten Rechtsfragen ist nicht weiter einzugehen. Dieser Behauptungs- und Bescheinigungslast sind die Klägerinnen nicht nachgekommen; der von ihnen behauptete Verstoß gegen Paragraph eins, UWG muss schon aus diesem Grund entfallen. Auf die von ihnen im Zusammenhang mit dem behaupteten sittenwidrigen Handeln des Beklagten durch die Auftragsvergabe geltend gemachten Rechtsfragen ist nicht weiter einzugehen.

Der Revisionsrekurs war zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 40, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 40., 50 ZPO.

**Textnummer**

E64775

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0040OB00020.02Y.0129.000

**Im RIS seit**

28.02.2002

**Zuletzt aktualisiert am**

14.11.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)