

# TE OGH 2001/6/27 7Ob148/01t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.06.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Wilfried Mayer und andere Rechtsanwälte in Gmunden, gegen die beklagte Partei G\*\*\*\*\*, vertreten durch den Obmann Josef H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hansjörg Zink und andere Rechtsanwälte in Kufstein, wegen S 760.625,05 sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Zwischenurteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 7. März 2001, GZ 1 R 265/00f-23, womit das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 31. August 2000, GZ 8 Cg 11/00v-19, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Zwischenurteil wird teilweise dahin abgeändert, dass das Ersturteil hinsichtlich der Abweisung von S 395.128,45 samt 4 % Zinsen seit 15. 8. 1997 als Teilurteil wiederhergestellt wird.

Im Übrigen, also hinsichtlich des Ausspruchs, dass das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei S 365.496,60 sA zu zahlen, dem Grunde nach zu Recht besteht, wird das angefochtene Zwischenurteil bestätigt.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten aller drei Instanzen bleibt dem Endurteil vorbehalten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei, ein gewerbebehördlich konzessionierter Betrieb für Trockenbauarbeiten, beteiligte sich an der von der beklagten Partei als Bauherr des Neubaus des Bezirkskrankenhauses Kufstein nach dem Tiroler Landesvergabegesetz/Bundesvergabegesetz durchgeföhrten öffentlichen Ausschreibung der Trockenbauarbeiten des Behandlungstrakts. Bei Angebotseröffnung am 18. 3. 1997 lagen sieben Angebote von sieben Interessenten vor. Billigstbieter war die W\*\*\*\*\* GesmbH (im Folgenden kurz Firma W\*\*\*\*\*) mit einem Angebot von S 9.775.278,98; das zweitbilligste Angebot war mit S 10.497.363,60 jenes der Klägerin, das drittbilligste lautete auf S 10.548.744,18 (jeweils brutto, inklusive Skonto). Die Beklagte erteilte der Billigstbieterin am 21. 4. 1997 den Zuschlag, obwohl in deren Angebot der in der Ausschreibung geforderte Nachweis einer Haftpflichtversicherung fehlte. Über Antrag der Klägerin wurde vom Landesvergabeamt Tirol ein Nachprüfungsverfahren durchgeföhr und mit Bescheid vom 27. 5. 1997 festgestellt, dass im betreffenden Vergabeverfahren der Zuschlag wegen einer Rechtswidrigkeit nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Mangels eines Versicherungsnachweises wäre die Firma W\*\*\*\*\* nach den Ausschreibungsbedingungen auszuscheiden gewesen. Wer der beste Bieter war, wurde im Bescheid nicht ausgeführt. Inzwischen hatte die Firma W\*\*\*\*\* die betreffenden Bauarbeiten durchgeföhr.

Mit der Behauptung, dass bei gesetzeskonformer Vorgangsweise ihr der Zuschlag erteilt hätte werden müssen, begeht die Klägerin S 734.815,45 an Gewinnentgang sowie S 25.809,60 an Kosten ihrer Vertretung im Nachprüfungsverfahren, insgesamt daher den Zuspruch von S 760.625,05 (sA). Die beklagte Partei habe im Verfahren vor dem Landesvergabeamt keinen Antrag im Sinne des § 12 Abs 2 TVergG 1994 (auf Feststellung, ob einem übergegangenen Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung des TVergG 1994 der Zuschlag nicht erteilt worden wäre) gestellt. Gemäß § 14 legt sie, die Klägerin, daher jedenfalls Anspruch auf Ersatz ihrer Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, die sich aus den Kosten der Anbotsstellung von S mit der Behauptung, dass bei gesetzeskonformer Vorgangsweise ihr der Zuschlag erteilt hätte werden müssen, begeht die Klägerin S 734.815,45 an Gewinnentgang sowie S 25.809,60 an Kosten ihrer Vertretung im Nachprüfungsverfahren, insgesamt daher den Zuspruch von S 760.625,05 (sA). Die beklagte Partei habe im Verfahren vor dem Landesvergabeamt keinen Antrag im Sinne des Paragraph 12, Absatz 2, TVergG 1994 (auf Feststellung, ob einem übergegangenen Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung des TVergG 1994 der Zuschlag nicht erteilt worden wäre) gestellt. Gemäß Paragraph 14, legt sie, die Klägerin, daher jedenfalls Anspruch auf Ersatz ihrer Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, die sich aus den Kosten der Anbotsstellung von S

339.687 und den erwähnten Vertretungskosten im Nachprüfungsverfahren zusammensetzten und sich daher insgesamt auf S 365.496,60 beliefen. Die Kosten der Anbotsstellung fänden im entgangenen Gewinn Deckung.

Die Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Das Anbot der Firma W\*\*\*\*\* sei nicht auszuscheiden gewesen, weil dieser Anbieter schon im vorhergehenden Bauabschnitt als Bestbieter zum Zug gekommen sei und dort den entsprechenden Versicherungsnachweis bereits erbracht habe. An die gegenteilige Bescheidfeststellung des Landesvergabeamts sei das Gericht nicht gebunden. Im Übrigen wäre die Klägerin auch im Falle des Ausscheidens der Firma W\*\*\*\*\* nicht als Bestbieter zum Zug gekommen, weil sie damals kein geeigneter Bieter gewesen sei. Die ausschreibenden und prüfenden Architekten hätten sie, die Beklagte, ausdrücklich vor einer Vergabe an die Klägerin gewarnt, da sie bereits schlechte Erfahrungen in Bezug auf Qualität und Termintreue mit der Klägerin gemacht hätten. Auch seien Bonitätsauskünfte des Kreditschutzverbandes vorgelegen, wonach die Klägerin in den letzten Jahren Liquiditätsprobleme gehabt und Ende November 1995 einen außergerichtlichen Ausgleich angeboten habe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Über den bereits eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus stellte es im Wesentlichen noch fest:

Es ist nicht erwiesen, dass die Klägerin, falls die Firma W\*\*\*\*\* in der Vergabesitzung der beklagten Partei am 21. 4. 1997 ausgeschieden worden wäre, den Zuschlag erhalten hätte. Bei der Vergabesitzung wurde zwar nicht darüber diskutiert, ob die Klägerin ein geeigneter Bieter sei. Wäre dies aber besprochen worden, so hätten sich ernstliche Bedenken ergeben; jedenfalls hätte man Referenzen über die Klägerin eingeholt. Diese hat einen außergerichtlichen Ausgleich mit einer Quote von 25 % hinter sich, der Ende November 1995 angenommen und im Jänner 1996 erfüllt worden war. Im Zusammenhang mit dem Ausgleich war der Personalstand der Klägerin wesentlich reduziert worden. Beim Bau des Bezirkskrankenhauses S\*\*\*\*\* im Zeitraum 1995 bis 1997 hatte die Klägerin terminliche und qualitative Probleme; es kam auf der Baustelle zu einer Ersatzvornahme im Werte von S 600.000. Terminprobleme hatte die Klägerin auch schon bei zwei weiteren Projekten in K\*\*\*\*\* im Jahre 1992 und W\*\*\*\*\* 1994 gehabt, was bei Recherchen 1997 wohl (Diktion des Erstgerichts: "es ist gut möglich") hervorgekommen wäre, weshalb für den Fall der Ausscheidung der Firma W\*\*\*\*\* wohl (neuerlich: "es ist gut möglich") ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten hätte.

Rechtlich urteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahin, es könne dahingestellt bleiben, ob das Zivilgericht an die Feststellung des Landesvergabeamts im Bescheid vom 27. 5. 1997, wonach der Zuschlag für die Trockenbuarbeiten nicht dem Bestbieter erteilt wurde, gebunden sei, weil die Klägerin nicht den Nachweis erbracht habe, dass sie diesfalls als Bestbieter zum Zug gekommen wäre.

Das Berufungsgericht änderte mit dem angefochtenen Zwischenurteil die Entscheidung des Erstgerichts dahin ab, dass es das Klagebegehren auf Zuspruch von S 760.625,05 dem Grunde nach zu Recht bestehend erkannte, wobei es aussprach, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Unstrittig sei, dass für den verfahrensgegenständlichen Vergabevorgang das Tiroler Vergabegesetz (TVergG, LGBI 1994/87) und gemäß § 4 TVergG 1994 der erste, zweite und dritte Teil des Bundesvergabegesetzes (BGBl 1993/462) zur Anwendung kämen. Gemäß § 14 Abs 7 TVergG, der im Wesentlichen § 102 Abs 2 BVergG entsprochen habe, sei eine Schadenersatzklage nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung des Landesvergabeamtes nach § 12 Abs 2 TVergG (bzw § 91 Abs 3 BVergG) erfolgt sei. Wenn der Zuschlag

bereits erfolgt sei, habe das Landesvergabeamt gemäß § 12 Abs 2 TVergG festzustellen, ob wegen einer Rechtswidrigkeit der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Wie in den genannten Bestimmungen ausdrücklich angeführt, sei das Gericht an eine solche Feststellung gebunden. Demnach sei im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der Zuschlag an die Firma W\*\*\*\*\* rechtswidrig war und deren Anbot daher gemäß § 39 BVergG iVm § 4 TVergG auszuscheiden gewesen wäre. Ob die Klägerin eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags im Falle des Ausscheidens der Firma W\*\*\*\*\* gehabt hätte oder nicht, sei vom Landesvergabeamt nicht festgestellt worden. Da feststehe, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig war und gleichzeitig ein Verstoß gegen das Diskriminierungs- und Gleichbehandlungsgebot erwiesen sei und somit die Beklagte einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu vertreten habe und die Klägerin nach der auszuscheidenden Firma der nächstbilligste Bieter gewesen wäre, hätte - wie nach der Rechtsprechung zu Amtshaftungsansprüchen - diesfalls die Beklagte zu beweisen gehabt, dass die Klägerin wegen mangelnder technischer, finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit oder wegen fehlender Zuverlässigkeit den Zuschlag nicht erhalten hätte. Dieser Beweis des rechtmäßigen Alternativverhaltens sei der Beklagten jedoch nicht gelungen, weil die maßgeblichen erstgerichtlichen Feststellungen nur dahin zu verstehen seien, dass die Klägerin möglicherweise bei Ausscheidung der Firma W\*\*\*\*\* den Zuschlag als Bestbieter nicht erhalten hätte, dass aber genauso auch die Möglichkeit des Zuschlags an die Klägerin bestanden habe. Dass die Klägerin demnach bei der Vergabe chancenlos gewesen wäre, könne somit nicht gesagt werden. Damit sei aber das auf den Titel des Schadenersatzes wegen Verstoßes gegen das Vergabegesetz als auch den Gleichbehandlungsgrundsatz gestützte Schadenersatzbegehren der Klägerin berechtigt, die nach der nunmehr herrschenden Rechtsprechung Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (den entgangenen Gewinn) habe. Da der geltend gemachte Schadenersatzanspruch daher dem Grunde nach zu Recht bestehe, habe ein Zwischenurteil gefällt werden können. Die Höhe des betreffenden Anspruchs werde das Erstgericht zu ermitteln haben. Das Berufungsgericht änderte mit dem angefochtenen Zwischenurteil die Entscheidung des Erstgerichts dahin ab, dass es das Klagebegehren auf Zuspruch von S 760.625,05 dem Grunde nach zu Recht bestehend erkannte, wobei es aussprach, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Unstrittig sei, dass für den verfahrensgegenständlichen Vergabevorgang das Tiroler Vergabegesetz (TVergG, LGBl 1994/87) und gemäß Paragraph 4, TVergG 1994 der erste, zweite und dritte Teil des Bundesvergabegesetzes (BGBl 1993/462) zur Anwendung kämen. Gemäß Paragraph 14, Absatz 7, TVergG, der im Wesentlichen Paragraph 102, Absatz 2, BVergG entsprochen habe, sei eine Schadenersatzklage nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung des Landesvergabeamtes nach Paragraph 12, Absatz 2, TVergG (bzw Paragraph 91, Absatz 3, BVergG) erfolgt sei. Wenn der Zuschlag bereits erfolgt sei, habe das Landesvergabeamt gemäß Paragraph 12, Absatz 2, TVergG festzustellen, ob wegen einer Rechtswidrigkeit der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Wie in den genannten Bestimmungen ausdrücklich angeführt, sei das Gericht an eine solche Feststellung gebunden. Demnach sei im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der Zuschlag an die Firma W\*\*\*\*\* rechtswidrig war und deren Anbot daher gemäß Paragraph 39, BVergG in Verbindung mit Paragraph 4, TVergG auszuscheiden gewesen wäre. Ob die Klägerin eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags im Falle des Ausscheidens der Firma W\*\*\*\*\* gehabt hätte oder nicht, sei vom Landesvergabeamt nicht festgestellt worden. Da feststehe, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig war und gleichzeitig ein Verstoß gegen das Diskriminierungs- und Gleichbehandlungsgebot erwiesen sei und somit die Beklagte einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz iSd Paragraph 1311, ABGB zu vertreten habe und die Klägerin nach der auszuscheidenden Firma der nächstbilligste Bieter gewesen wäre, hätte - wie nach der Rechtsprechung zu Amtshaftungsansprüchen - diesfalls die Beklagte zu beweisen gehabt, dass die Klägerin wegen mangelnder technischer, finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit oder wegen fehlender Zuverlässigkeit den Zuschlag nicht erhalten hätte. Dieser Beweis des rechtmäßigen Alternativverhaltens sei der Beklagten jedoch nicht gelungen, weil die maßgeblichen erstgerichtlichen Feststellungen nur dahin zu verstehen seien, dass die Klägerin möglicherweise bei Ausscheidung der Firma W\*\*\*\*\* den Zuschlag als Bestbieter nicht erhalten hätte, dass aber genauso auch die Möglichkeit des Zuschlags an die Klägerin bestanden habe. Dass die Klägerin demnach bei der Vergabe chancenlos gewesen wäre, könne somit nicht gesagt werden. Damit sei aber das auf den Titel des Schadenersatzes wegen Verstoßes gegen das Vergabegesetz als auch den Gleichbehandlungsgrundsatz gestützte Schadenersatzbegehren der Klägerin berechtigt, die nach der nunmehr herrschenden Rechtsprechung Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (den entgangenen Gewinn) habe. Da der geltend gemachte Schadenersatzanspruch daher dem Grunde nach zu Recht bestehe, habe ein Zwischenurteil gefällt werden können. Die Höhe des betreffenden Anspruchs werde das Erstgericht zu ermitteln haben.

Zur Begründung seines Zulassungsausspruchs führte das Berufungsgericht aus, der hier zu lösenden Frage der

Beweislast komme eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu, ob nämlich der Kläger den erforderlichen Kausalitätsbeweis für den Nichterfüllungsschaden schon dann erbracht habe, wenn ihm der Nachweis gelinge, dass der Ausschreiber objektiv gegen das Vergabegesetz verstoßen habe und er bei Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen der Billigstbieter gewesen wäre, sodass der Ausschreiber den Nachweis erbringen müsse, dass der Kläger trotzdem nicht als Bestbieter zum Zug gekommen wäre.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der Beklagten ist zulässig, weil das Berufungsgericht die Rechtslage hinsichtlich der Beweislast verkannt hat; das Rechtsmittel ist deshalb auch teilweise berechtigt.

Vorweg ist mit den Vorinstanzen die Anwendung des TVergG 1994 (LGBI

1994/87) auf den vorliegenden Fall zu bejahen. Dies gilt allerdings

nur in materiellrechtlicher Hinsicht, da das TVergG 1998 (LGBI

1998/17) in seinem § 29 seine Anwendung auf zum Zeitpunkt seines

Inkrafttretens mit 1. 3. 1998 bereits anhängige Verfahren

ausdrücklich nur in materiellrechtlicher Hinsicht verneint (vgl 8 Ob

268/99s). Dass auf den vorliegenden Fall in prozessualer Hinsicht

also bereits die Bestimmungen des TVergG 1998 anzuwenden sind, hat

insoferne keine entscheidungswesentliche Bedeutung, als sowohl § 14

Abs 7 TVergG 1994 als auch § 25 Abs 7 TVergG 1998 (vgl auch § 125 Abs

2 BVerG 1997) vorsehen, dass eine Schadenersatzklage nur zulässig

ist, wenn zuvor eine Feststellung des Landesvergabeamtes nach § 12

Abs 2 TVergG 1994 bzw § 20 TVergG 1998 erfolgt ist (nämlich dass

wegen einer Rechtswidrigkeit der Zuschlag nicht dem Bestbieter

erteilt wurde [TVergG 1994] bzw dass er in Widerspruch zu den

Bestimmungen dieses Gesetzes oder der hiezu erlassenen Verordnungen

steht und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem

Einfluss ist [§ 19 Abs 1 TVergG 1998]). In beiden Gesetzen wird auch

ausdrücklich normiert, dass das Gericht und die Parteien des

Verfahrens vor dem Landesvergabeamt an eine solche Feststellung

gebunden sind. Auf diese Bindung hat der Oberste Gerichtshof auch

bereits wiederholt ausdrücklich hingewiesen (7 Ob 92/99a = wBI 2000,

316 = ecolex 2000, 205; 8 Ob 268/99s). Der von der Beklagten auch in

der Revision aufrecht erhaltene Einwand, wonach eine Bindung der

Zivilgerichte an verwaltungsbehördliche Entscheidungen grundsätzlich

nicht bestehe, geht daher ins Leere. Nach übereinstimmender

Rechtsprechung und Lehre liegt die Einhaltung von Vergabevorschriften

nicht nur im Interesse des Ausschreibenden und der öffentlichen Hand,

die die Mittel zur Verfügung stellt, sondern dient auch dem Schutz

der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise (vgl dazu allgemein Korinek,

Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer

effizienten Auftragsvergabe ecolex 1999, 523 uva). Die Verletzung der

Vergabevorschriften kann zu Schadenersatzverpflichtungen des Vergebers führen (vgl umfassend 7 Ob 92/99a = wbl 2000/316 = ecolex 2000/205 mwN; 4 Ob 406/87 = ÖBI 1989, 77 = WBI 1988, 433 = SZ 61/134; 1 Ob 539/88 = WBI 1988, 342 = SZ 61/90; 1 Ob 663/89 = JBI 1990, 520 = ecolex 1990, 144, 4 Ob 535/89 = RdW 1990/2; 6 Ob 564/91 = WBI 1991,

338 = ecolex 1991, 769 auch unter Hinweis auf die Zusammenstellung von Wilhelm im ecolex report [1999]; Bestbieters Sieg im Vergaberecht, 31 ff).

Die Klägerin begeht (in erster Linie) den Ersatz ihres Erfüllungsinteresses, also den Ersatz des ihr durch ihre Nichtberücksichtigung bei der gegenständlichen Vergabe entgangenen Gewinns. Dass im Hinblick auf den bei der Auftragsvergabe der öffentlichen Hand zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatz (RIS-Justiz RS0030349; vgl etwa Gölls, Das neue Bundesvergabegesetz - Grundsätze des Vergabeverfahrens, WBI 1997, 456) die Möglichkeit auch (neben bzw statt der Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren) des Zuspruchs des Erfüllungsinteresses besteht, kann als hL (eingehend Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1 [11 f]; Heid, Vergabeverstoß und Schadenersatz, ecolex 1996, 7; Diregger, Gibt es nach Bundesvergaberecht eine "echte Chance" auf Schadenersatz? WBI 2000, 442) und seit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 7 Ob 568/94 (= SZ 67/182 = ecolex 1995, 95 ((Heid)) auch als stRsp (RIS-Justiz RS0030354; RS0013936) bezeichnet werden. Entgegenstehende landesgesetzliche Bestimmungen (hier der im vorliegenden Fall anzuwendende § 14 Abs 1 TVergG 1994, zweiter Satz ("Der Ersatz eines entgangenen Gewinnes kann nicht geltend gemacht werden")) sind unbeachtlich, da der gänzliche Ausschluss des Erfüllungsinteresses als ersatzfähiger Schaden des übergangenen Bieters nach der Judikatur des EuGH (EuGH Rs C-104/89 und C-37/90, EuGH Rs C-46/93 ((Brasserie du Pecheur)); EuGH C-48/93 ((Factortame III)) unzulässig wäre. Unter dem Eindruck dieser EuGH-Rechtsprechung wie auch der Entscheidung 7 Ob 568/94 ist daher inzwischen die in den Vergabegesetzen auf Bundes- und Landesebene zunächst enthaltene Einschränkung der Zuerkennung nur des "positiven Schadens" gefallen (vgl Rummel aaO 10; vgl etwa auch Brinker/Punz/Roniger/Vock, Österreichisches Vergaberecht 126 Rz 583. Zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht eingehend zuletzt etwa 7 Ob 87/01x). Die Klägerin begeht (in erster Linie) den Ersatz ihres Erfüllungsinteresses, also den Ersatz des ihr durch ihre Nichtberücksichtigung bei der gegenständlichen Vergabe entgangenen Gewinns. Dass im Hinblick auf den bei der Auftragsvergabe der öffentlichen Hand zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatz (RIS-Justiz RS0030349; vergleiche etwa Gölls, Das neue Bundesvergabegesetz - Grundsätze des Vergabeverfahrens, WBI 1997, 456) die Möglichkeit auch (neben bzw statt der Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren) des Zuspruchs des Erfüllungsinteresses besteht, kann als hL (eingehend Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1 [11 f]; Heid, Vergabeverstoß und Schadenersatz, ecolex 1996, 7; Diregger, Gibt es nach Bundesvergaberecht eine "echte Chance" auf Schadenersatz? WBI 2000, 442) und seit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 7 Ob 568/94 (= SZ 67/182 = ecolex 1995, 95 ((Heid)) auch als stRsp (RIS-Justiz RS0030354; RS0013936) bezeichnet werden. Entgegenstehende landesgesetzliche Bestimmungen (hier der im vorliegenden Fall anzuwendende Paragraph 14, Absatz eins, TVergG 1994, zweiter Satz ("Der Ersatz eines entgangenen Gewinnes kann nicht geltend gemacht werden")) sind unbeachtlich, da der gänzliche Ausschluss des Erfüllungsinteresses als ersatzfähiger Schaden des übergangenen Bieters nach der Judikatur des EuGH (EuGH Rs C-104/89 und C-37/90, EuGH Rs C-46/93 ((Brasserie du Pecheur)); EuGH C-48/93 ((Factortame römisch III)) unzulässig wäre. Unter dem Eindruck dieser EuGH-Rechtsprechung wie auch der Entscheidung 7 Ob 568/94 ist daher inzwischen die in den Vergabegesetzen auf Bundes- und Landesebene zunächst enthaltene Einschränkung der Zuerkennung nur des "positiven Schadens" gefallen vergleiche Rummel aaO 10; vergleiche etwa auch Brinker/Punz/Roniger/Vock, Österreichisches Vergaberecht 126 Rz 583. Zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht eingehend zuletzt etwa 7 Ob 87/01x).

Die Frage des Anspruchs des übergangenen Bieters auf das Erfüllungsinteresse muss aber hier nicht weiter behandelt werden, weil der von der Klägerin begehrte Zuspruch des entgangenen Gewinns jedenfalls voraussetzte, dass die Klägerin nach Ausscheiden der Firma W\*\*\*\*\* als Bestbieter tatsächlich zum Zuge gekommen wäre. Das Berufungsgericht meint, dass davon auszugehen sei, weil die beklagte Partei nicht bewiesen habe, dass die klagende Partei zwar Billigst-, aber nicht Bestbieter gewesen sei. Dieser Beweis wäre von der Beklagten zu erbringen gewesen, weil auf Grund des Bescheids des Landesvergabearmtes vom 27. 5. 1997 ein Verstoß der Beklagten gegen das Vergabegesetz und somit eine Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 1311 ABGB) vorliege, weshalb die Beklagte ein

rechtmäßiges Alternativverhalten nachzuweisen gehabt hätte. Die Frage des Anspruchs des übergangenen Bieters auf das Erfüllungsinteresse muss aber hier nicht weiter behandelt werden, weil der von der Klägerin begehrte Zuspruch des entgangenen Gewinns jedenfalls voraussetzte, dass die Klägerin nach Ausscheiden der Firma W\*\*\*\*\* als Bestbieter tatsächlich zum Zuge gekommen wäre. Das Berufungsgericht meint, dass davon auszugehen sei, weil die beklagte Partei nicht bewiesen habe, dass die klagende Partei zwar Billigst-, aber nicht Bestbieter gewesen sei. Dieser Beweis wäre von der Beklagten zu erbringen gewesen, weil auf Grund des Bescheids des Landesvergabeamts vom 27. 5. 1997 ein Verstoß der Beklagten gegen das Vergabegesetz und somit eine Verletzung eines Schutzgesetzes (Paragraph 1311, ABGB) vorliege, weshalb die Beklagte ein rechtmäßiges Alternativverhalten nachzuweisen gehabt hätte.

Dabei wird übersehen, dass der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden (auch in den Fällen der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB) Dabei wird übersehen, dass der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden (auch in den Fällen der Beweislastumkehr nach Paragraph 1298, ABGB)

grundätzlich dem Geschädigten obliegt (1 Ob 518/86 = NZ 1987, 42; 2

Ob 538/92 = JBI 1993, 316; 4 Ob 76/97y = JBI 1997, 587;

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht 11 II 291 ua; nur bei ärztlichen Behandlungsfehlern - wegen der sich dabei naturgemäß ergebenden Beweisschwierigkeiten - abweichend SZ 63/90; JBI 1992, 522). Selbst wenn man der Revisionsgegnerin dahin folgen könnte, dass, weil die Klägerin bei Ausscheiden der Firma W\*\*\*\*\* Billigstbieter gewesen wäre, prima facie auch ihre Bestbieterereigenschaft angenommen werden könnte, wäre für sie nichts gewonnen: Erscheint doch dieser Beweis durch die erstgerichtlichen Feststellungen, wonach ernstliche Bedenken dagegen bestanden hätten, dass die klagende Partei die weiteren Zuschlagskriterien laut Ausschreibung erfüllte, erschüttert. Demnach läge es an der Klägerin, den Vollbeweis zu erbringen, dass sie bei Ausscheidung der Firma W\*\*\*\*\* tatsächlich Bestbieterin gewesen wäre. Davon, dass sie - wie die Revisionsgegnerin meint - diesen Beweis ohnehin erbracht hat, kann nicht gesprochen werden. Es steht fest, dass, nachdem die Klägerin im November 1995 einen außergerichtlichen Ausgleich mit einer Quote von 25 % erfüllt hatte, es auf mehreren Baustellen zu terminlichen und qualitativen Problemen gekommen war, weshalb das Erstgericht resümierend ausdrücklich festgestellt hat, dass nicht erwiesen ist, dass die Klägerin bei Ausscheidung der Firma W\*\*\*\*\* in der Vergabesitzung am 21. 4. 1997 den Zuschlag bekommen hätte. Nur unter dieser Voraussetzung könnte aber dem Begehrten der Klägerin auf Ersatz des ihr dadurch, dass sie bei der gegenständlichen Vergabe nicht zum Zuge kam, entgangenen Gewinns Berechtigung zukommen. Zutreffend hat das Erstgericht daher das Begehrten auf Ersatz des Erfüllungsinteresses abgewiesen. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht 11 römisch II 291 ua; nur bei ärztlichen Behandlungsfehlern - wegen der sich dabei naturgemäß ergebenden Beweisschwierigkeiten - abweichend SZ 63/90; JBI 1992, 522). Selbst wenn man der Revisionsgegnerin dahin folgen könnte, dass, weil die Klägerin bei Ausscheiden der Firma W\*\*\*\*\* Billigstbieter gewesen wäre, prima facie auch ihre Bestbieterereigenschaft angenommen werden könnte, wäre für sie nichts gewonnen: Erscheint doch dieser Beweis durch die erstgerichtlichen Feststellungen, wonach ernstliche Bedenken dagegen bestanden hätten, dass die klagende Partei die weiteren Zuschlagskriterien laut Ausschreibung erfüllte, erschüttert. Demnach läge es an der Klägerin, den Vollbeweis zu erbringen, dass sie bei Ausscheidung der Firma W\*\*\*\*\* tatsächlich Bestbieterin gewesen wäre. Davon, dass sie - wie die Revisionsgegnerin meint - diesen Beweis ohnehin erbracht hat, kann nicht gesprochen werden. Es steht fest, dass, nachdem die Klägerin im November 1995 einen außergerichtlichen Ausgleich mit einer Quote von 25 % erfüllt hatte, es auf mehreren Baustellen zu terminlichen und qualitativen Problemen gekommen war, weshalb das Erstgericht resümierend ausdrücklich festgestellt hat, dass nicht erwiesen ist, dass die Klägerin bei Ausscheidung der Firma W\*\*\*\*\* in der Vergabesitzung am 21. 4. 1997 den Zuschlag bekommen hätte. Nur unter dieser Voraussetzung könnte aber dem Begehrten der Klägerin auf Ersatz des ihr dadurch, dass sie bei der gegenständlichen Vergabe nicht zum Zuge kam, entgangenen Gewinns Berechtigung zukommen. Zutreffend hat das Erstgericht daher das Begehrten auf Ersatz des Erfüllungsinteresses abgewiesen.

Zusätzlich (hinsichtlich des Anspruchs auf Ersatz der Kosten des Nachprüfungsverfahrens) bzw. eventualiter (hinsichtlich der Kosten der Angebotsstellung) hat die Klägerin allerdings auch den Ersatz der Kosten ihrer Beteiligung am Vergabeverfahren begehrt. Auch noch in der Revisionsbeantwortung vertritt sie die Auffassung, in Anbetracht der Bestimmung des § 14 TVergG 1994 und im Hinblick auf die nicht erfolgte Antragstellung (der beklagten Partei) im Sinne des § 12 Abs 2 TVergG 1994 jedenfalls Anspruch auf Ersatz der Kosten ihrer Teilnahme am Vergabeverfahren zu

haben. Zusätzlich (hinsichtlich des Anspruchs auf Ersatz der Kosten des Nachprüfungsverfahrens) bzw. eventualiter (hinsichtlich der Kosten der Angebotsstellung) hat die Klägerin allerdings auch den Ersatz der Kosten ihrer Beteiligung am Vergabeverfahren begehr. Auch noch in der Revisionsbeantwortung vertritt sie die Auffassung, in Anbetracht der Bestimmung des Paragraph 14, TVergG 1994 und im Hinblick auf die nicht erfolgte Antragstellung (der beklagten Partei) im Sinne des Paragraph 12, Absatz 2, TVergG 1994 jedenfalls Anspruch auf Ersatz der Kosten ihrer Teilnahme am Vergabeverfahren zu haben.

Dieser Ansicht ist beizupflichten. Sie kann sich auf den klaren Wortlaut des § 14 Abs 1 letzter Satz TVergG 1994 (vgl § 25 Abs 2 TVergG 1998; vgl auch § 122 Abs 2 BVergG 1997) stützen: Danach besteht der im ersten Satz dieser Gesetzesstelle normierte Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten (nur dann) nicht, wenn nach § 12 Abs 2 zweiter Satz TVergG 1994 festgestellt worden ist, dass dem übergegangenen Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung des Vergabegesetzes oder einer Verordnung auf Grund des Gesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre. Vergleiche dazu die Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABI L 076 vom 23. 3. 1992, 14 ff), die in Art 2 Abs 7 ausdrücklich festlegt, dass die Kosten der Vorbereitung eines Anbotes schon dann erlangt werden können, wenn nachgewiesen wird, dass ein Verstoß gegen die Vergabevorschriften vorliegt und der Bieter eine "echte Chance" gehabt hätte. Dies soll den Bieter - nur - hinsichtlich der Kosten von dem Nachweis, dass er ohne den Verstoß den Zuschlag erhalten hätte, befreien (vgl auch die Begründungserwägungen der RL). Dieser Ansicht ist beizupflichten. Sie kann sich auf den klaren Wortlaut des Paragraph 14, Absatz eins, letzter Satz TVergG 1994 vergleichen Paragraph 25, Absatz 2, TVergG 1998; vergleiche auch Paragraph 122, Absatz 2, BVergG 1997) stützen: Danach besteht der im ersten Satz dieser Gesetzesstelle normierte Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten (nur dann) nicht, wenn nach Paragraph 12, Absatz 2, zweiter Satz TVergG 1994 festgestellt worden ist, dass dem übergegangenen Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung des Vergabegesetzes oder einer Verordnung auf Grund des Gesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre. Vergleiche dazu die Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABI L 076 vom 23. 3. 1992, 14 ff), die in Artikel 2, Absatz 7, ausdrücklich festlegt, dass die Kosten der Vorbereitung eines Anbotes schon dann erlangt werden können, wenn nachgewiesen wird, dass ein Verstoß gegen die Vergabevorschriften vorliegt und der Bieter eine "echte Chance" gehabt hätte. Dies soll den Bieter - nur - hinsichtlich der Kosten von dem Nachweis, dass er ohne den Verstoß den Zuschlag erhalten hätte, befreien vergleiche auch die Begründungserwägungen der RL;

Fruhmann/Pachner Bundesvergabegesetz 2007; Öhler Rechtsschutz bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in der Europäischen Union, 206;

erst heute 7 Ob 200/00p). Im Falle einer Feststellung des Landesvergabeamts iSd § 12 Abs 2 erster Satz TVergG 1994 sind einem übergegangenen Bewerber daher die Kosten seiner Beteiligung am Vergabeverfahren zu ersetzen, falls der Auftraggeber einen Antrag nach dem zweiten Satz dieser Gesetzesstelle unterlässt. Ob man dabei im Falle eines tatsächlich chancenlosen Bewerbers (vgl § 25 Abs 2 TVergG 1998 bzw § 113 Abs 3 letzter Satz BVergG), dessen Kosten der Angebotsstellung ja jedenfalls frustriert gewesen wären, an eine "Sanktion" dachte oder ob es sich dabei, wie Wilhelm, Bestbieters Sieg im Vergabestreit 69 f, nachzuweisen versucht, um "echten" Schadenersatz handelt, kann dahingestellt bleiben. erst heute 7 Ob 200/00p). Im Falle einer Feststellung des Landesvergabeamts iSd Paragraph 12, Absatz 2, erster Satz TVergG 1994 sind einem übergegangenen Bewerber daher die Kosten seiner Beteiligung am Vergabeverfahren zu ersetzen, falls der Auftraggeber einen Antrag nach dem zweiten Satz dieser Gesetzesstelle unterlässt. Ob man dabei im Falle eines tatsächlich chancenlosen Bewerbers vergleiche Paragraph 25, Absatz 2, TVergG 1998 bzw Paragraph 113, Absatz 3, letzter Satz BVergG), dessen Kosten der Angebotsstellung ja jedenfalls frustriert gewesen wären, an eine "Sanktion" dachte oder ob es sich dabei, wie Wilhelm, Bestbieters Sieg im Vergabestreit 69 f, nachzuweisen versucht, um "echten" Schadenersatz handelt, kann dahingestellt bleiben.

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die beklagte Partei einen Ausspruch des Landesvergabeamts iSd § 14 Abs 1 letzter Satz TVergG 1994 nicht erwirkt hat. Dies hat, da auf Grund des gemäß § 12 Abs 2 erster Satz leg cit ergangenen Bescheides feststeht, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren der Zuschlag wegen einer Rechtswidrigkeit nicht

dem Bestbieter erteilt wurde, zur Konsequenz, dass die Beklagte der Klägerin deren Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren zu ersetzen hat. Im Umfang dieses Anspruchs ist das angefochtene Zwischenurteil daher - im Ergebnis - zu bestätigen. Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die beklagte Partei einen Ausspruch des Landesvergabeamts iSd Paragraph 14, Absatz eins, letzter Satz TVergG 1994 nicht erwirkt hat. Dies hat, da auf Grund des gemäß Paragraph 12, Absatz 2, erster Satz legit ergangenen Bescheides feststeht, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren der Zuschlag wegen einer Rechtswidrigkeit nicht dem Bestbieter erteilt wurde, zur Konsequenz, dass die Beklagte der Klägerin deren Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren zu ersetzen hat. Im Umfang dieses Anspruchs ist das angefochtene Zwischenurteil daher - im Ergebnis - zu bestätigen.

Die Klägerin hat ihre betreffende Forderung mit insgesamt € 365.496,60 beziffert. Feststellungen dazu wurden von den Vorinstanzen, ausgehend von deren vom Obersten Gerichtshof nicht gebilligten Rechtsmeinungen, noch nicht getroffen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 393 Abs 4 und § 52 Abs 2 ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 393, Absatz 4 und Paragraph 52, Absatz 2, ZPO.

#### **Anmerkung**

E62374 07A01481

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2001:0070OB00148\_01T.0627.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20010627\_OGH0002\_0070OB00148\_01T0000\_000

**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)