

# TE OGH 2018/6/11 4Ob158/17i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.06.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der Klägerin R\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beklagten \*\*\*\*\* Tourismusverband \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen 141.286,10 EUR sA, über die außerordentliche Revision des Beklagten gegen das Zwischenurteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 17. Mai 2017, GZ 2 R 56/17v-22, womit das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 28. Februar 2017, GZ 1 Cg 38/16d-18, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das klageabweisende Urteil des Erstgerichts samt der Kostenentscheidung wiederhergestellt wird.

Die Klägerin ist schuldig, dem Beklagten binnen 14 Tagen die mit 14.100,84 EUR (darin 987,64 EUR USt und 8.175 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist ein Busunternehmen, das in \*\*\*\*\* Kraftfahrdienste auf Basis von Konzessionen nach dem Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Kraftfahrlineiengesetz – KfIG) erbringt.

Mit Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 9. 6. 2011 (und einer Änderung vom 27. 3. 2013) war ihr die Konzession zum Betrieb der Kraftfahrlinie \*\*\*\*\*/Bahnhof – \*\*\*\*\*/Markt (8249) bis 10. 12. 2016 erteilt worden. Diese umfasste mehrere Teilstrecken, nämlich die Bahnhofslinie, den Citybus Nord und den Busbahnhof\*\*\*\*\*, Schibus Nord. Den Betrieb der Bahnhofslinie stellte die Klägerin spätestens mit 2. 4. 2013, den Betrieb der Linie Citybus-Nord spätestens zum 29. 9. 2013 ein, mit welchen Tagen sie von der Betriebspflicht enthoben wurde. Die Konzession für die Strecke Schibus Nord blieb bis zum 10. 12. 2016 aufrecht.

Der Beklagte ist ein Tourismusverband nach § 1 Salzburger Tourismusgesetz 2003. Im August 2013 beauftragte er die \*\*\*\*\* GmbH (SVG), eine Ausschreibung betreffend Leistungen nach dem KfIG für folgende Leistungen durchzuführen:

- a) Bahnhofslinie \*\*\*\*\*, Leistungszeitraum ein Jahr;
- b) Citybus \*\*\*\*\*, Leistungszeitraum ein Jahr;
- c) Schibus \*\*\*\*\*, Leistungszeitraum Wintersaison 2013/14.

Auch die Klägerin wurde von der Ausschreibung verständigt. Für die Bahnhofslinie wurde nach der Bekanntmachung mit der Ö\*\*\*\*\* GmbH ein Vertrag über die Verkehrsdienstleistung abgeschlossen. Für die Linien Schibus \*\*\*\*\* und Citybus \*\*\*\*\* langten nach der Bekanntmachung bei der SVG keine Angebote ein, woraufhin sie den Auftrag an den beklagten Tourismusverband zurückstellte. Der Beklagte kontaktierte daraufhin die R\*\*\*\*\* GmbH und die A\*\*\*\*\* GmbH (AMG) und schloss mit Letzterer am 30. 10. 2013 einen Vertrag. Die vergebenen Ski- und Citybuslinien wurden hauptsächlich vom Beklagten (und auch von der Marktgemeinde \*\*\*\*\*) bezahlt.

Die AMG beantragte beim Amt der Salzburger Landesregierung die Erteilung einer Konzession auf der Strecke Busbahnhof/\*\*\*\*\* in \*\*\*\*\* (Linie 566). Die Marktgemeinde \*\*\*\*\* verständigte dieses Amt davon, dass mehrere Ski- und Citybusverkehre an die AMG vergeben worden seien, und ersuchte, die für eine Kraftfahrlinie notwendigen Konzessionen für drei Jahre zu gewähren. Dies betreffe folgende Linien:

Schibuslinie (561) – SVV Bezeichnung: Citybus Süd \*\*\*\*\*; Schibuslinie (566), Schibuslinie (568), Citybus \*\*\*\*\*; (Variante [559.1], Variante [559.2], Variante [557]).

Am 22. 10. 2013 teilte die AMG der Salzburger Landesregierung mit, dass die Konzessionsdauer analog der Beauftragung des Beklagten und der Marktgemeinde \*\*\*\*\* auf drei Jahre eingeschränkt werde, dass Fahrgäste, die weder einen Schülerausweis noch eine Zeitkarte des SVV besäßen, unentgeltlich befördert würden und dass außer den Beiträgen des Beklagten und der Marktgemeinde \*\*\*\*\* keine Leistungen von Dritten zufließen würden.

Am 30. 10. 2013 schloss der Beklagte mit der AMG eine Vereinbarung über die Durchführung des Citybusverkehrs in \*\*\*\*\* für die Saisonen 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 ab. Die Vereinbarung umfasste mehrere Buslinien. Die Fahrpläne für die Saison 2013/2014 waren Bestandteil der Vereinbarung und sollten die Grundlage für die Saisonen 2014/2015 und 2015/2016 bilden. Hinsichtlich der Verrechnung war je Linie und eingesetztem Bus ein Tagessatz vorgesehen. Diese Vereinbarung enthält auch folgende Bestimmungen:

„[...]“

Zweck dieser Vereinbarung ist die Durchführung des Citybusverkehrs in \*\*\*\*\*. Durch dieses für den Fahrgast unentgeltliche Busangebot wird die Attraktivität des öffentlichen Verkehrs gestärkt und somit die Schadstoffbelastung reduziert. [...]

2. Vertragsgegenstand: Der Auftragnehmer wird durch den Auftraggeber mit der Durchführung des Citybusverkehrs in \*\*\*\*\* für die Saisonen 2013/2014, 2014/2015 und 2015/2016 beauftragt. [...]

(8) Folgende Linien sind Inhalt des Auftrages [...]: 1 Bus Linie 1 (561): 6. Dezember 2013 bis 21. April 2014 137 Tage (handschriftlich: „bzw. Linie [559]“) 1 Bus Linie 8 (568): 6. Dezember 2013 bis 21. April 2014 137 Tage 1 Bus Linie 6 (566): 22. Dezember 2013 bis 14. März 2014 83 Tage. 1 Citybus \*\*\*\*\*: 22. April bis 28. November 2014 185 Tage – April, Mai, Oktober, November teilweise nur von Montag bis Freitag (handschriftlich: „557 und 559“). [...]

7. Vertragsdauer: (1) Diese Vereinbarung tritt mit der Unterzeichnung in Kraft und gilt bis zum 30. 11. 2016 [...].“

Die an die AMG vergebenen Strecken Schibus Nord 566 und Citybus Nord 568 sind mit der Linie 8249 der Klägerin überwiegend ident.

Mit Bescheid vom 29. 11. 2013 wurde der AMG die Konzession zum Betrieb der Kraftfahrlinie Schibus \*\*\*\*\* Nord – 566 (\*\*\*\*\* Busbahnhof/\*\*\*\*\* – \*\*\*\*\* – \*\*\*\*\* – \*\*\*\*\* – \*\*\*\*\* – Busbahnhof/\*\*\*\*\*) mit zwei Streckenführungsvarianten bis 30. November 2016 erteilt. Der Beklagte habe mitgeteilt, dass der AMG der Zuschlag für die Leistungserbringung erteilt worden sei und der Antrag dem Vergabeverfahren entspreche.

Am 16. 12. 2013 änderte der Beklagte die Vereinbarung mit der AMG vom 30. 10. 2013 so ab, dass die Beauftragung nur für die Saison 2013/2014 und Sommer 2014 erfolgte; die Vertragsdauer wurde mit 16. 12. 2013 bis 30. 11. 2014 festgelegt. Die Kraftfahrlinie der Klägerin (Schibus Nord) startete am 21. 12. 2013 den Betrieb. Die AMG begann am 22. 12. 2013 den für die Kunden kostenlosen Betrieb. Durch die kostenfrei benützbaren Busse der AMG kam es auf der Linie Schibus Nord der Klägerin zu einem massiven Rückgang der Einnahmen.

Mit Erkenntnis vom 26. 2. 2014 stellte das Landesverwaltungsgericht fest, dass die Vergabe des Auftrags Verkehrsdienstleistungen an die AMG für die Citybus Linienverkehre \*\*\*\*\*; Linien 557, 559, 561, 566 und 568 ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Von einer Nichtigklärung oder Aufhebung des Vertrags vom 30. 10. 2013 werde jedoch abgesehen. Es stehe fest, dass sich die Klägerin an einem Vergabeverfahren durch Legen

eines Angebots beteiligt habe. Sie habe außerdem bis Herbst 2013 über zwei der in der Ausschreibung der SVG beorderten Busse verfügt und hätte jederzeit weitere Busse besorgen können. Da es sich bei der Vereinbarung vom 30. 10. 2013 um eine Vergabe von Dienstleistungen ohne Bekanntmachung für die Dauer von drei Jahren gehandelt habe, könne nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um die bei der SVG im August 2013 bekannt gemachte Direktvergabe handle. Da eine Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 41 Abs 2 Bundesvergabegesetz (BVerG) 2006 nur zulässig sei, wenn der geschätzte Auftragswert 100.000 EUR nicht erreiche, und vorliegend ein geschätzter Auftragswert von 693.126 EUR relevant sei, sei die Durchführung des Vergabeverfahrens rechtswidrig gewesen. Die gegen diese Entscheidung erhobenen Revisionen wurden vom Verwaltungsgerichtshof als unbegründet abgewiesen.

Mit Erkenntnis vom 9. 5. 2015 stellte das Landesverwaltungsgericht fest, dass die Vergabe durch die Vereinbarung vom 30. 10. 2013, geändert mit der Vereinbarung vom 16. 12. 2013, ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig war. Dieses Erkenntnis hob der VwGH auf, weil entgegen der Ansicht des Landesverwaltungsgerichts die Vertragsänderung vom 16. 12. 2013 nicht als wesentliche Vertragsänderung und damit nicht als Neuvergabe anzusehen sei.

Die Konzession der AMG wurde vom Landesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 18. 5. 2015 aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheids zurückverwiesen, weil die Behörde der Klägerin nicht die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Ausübung des Anhörungsrechts gegeben habe und darauf fußend die Prüfung der Erteilungsvoraussetzungen und Ausschließungsgründe für die beantragte Konzession unterlassen habe. Daher könne nicht beurteilt werden, ob die Antragsvoraussetzungen oder eben Ausschließungsgründe vorlägen oder nicht.

Im vorliegenden Verfahren nimmt die Klägerin den Beklagten auf Schadenersatz in Anspruch. Sie habe die konzessionierte Kraftfahrlinie 8249 seit jeher eigenwirtschaftlich, also ohne Zuzahlungen der öffentlichen Hand, betrieben. Bereits mit dem von der SVG durchgeführten Vergabeverfahren im August 2013 sei ihre Kraftfahrlinie unzulässig konkurrenziert worden. Eine Konzession im Sinne des KfVG sei ein Ausschließlichkeitsrecht. Selbst die Bestellung eines neuen Kurses durch eine dem BVerG 2006 entsprechende Ausschreibung wäre im konkreten Fall der Konkurrenzierung einer eigenwirtschaftlich betriebenen Kraftfahrlinie unzulässig gewesen. Der Beklagte habe gegen dieses Verbot verstoßen, indem er neue Kraftfahrlinien auf der Strecke der aufrecht konzessionierten und eigenwirtschaftlich betriebenen Kraftfahrlinie 8249 vergeben habe.

Davon abgesehen sei auch die Vergabe selbst nicht gemäß den Bestimmungen des BVerG durchgeführt worden. Die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens sei durch die Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichts Salzburg rechtskräftig festgestellt worden. Der Betrieb der Verkehrsdienste der Kraftfahrlinien 566, 561, 568, 557 und 559 durch die AMG in der Wintersaison 2013/2014 sei rechtswidrig gewesen. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Beklagten habe die Klägerin einen Erlösausfall erlitten, und zwar durch entgangene Zuzahlungen der \*\*\*\*\* Bergbahnen im Zeitraum 21. 12. 2013 bis 21. 4. 2014 (netto 93.940 EUR), durch Entfall des Regelbeförderungspreises von netto 1,82 EUR pro Fahrgast im Zeitraum 21. 12. 2013 bis 21. 4. 2014 infolge der Mitbedienung der Kraftfahrlinie durch die Linien 561 (11.324,04 EUR) und 568 (37.746,80 EUR), weiters einen Schaden durch die Bekämpfung des Konzessionserteilungsverfahrens der AMG (5.575,35 EUR); unter Anrechnung der Betriebserlöse (1.079,09 EUR) sowie der Ersparnisse an Treibstoff (3.221 EUR) und Verwaltungsaufwand (3.000 EUR) errechne sich der begehrte Betrag. Der Beklagte habe im Zusammenwirken mit der Marktgemeinde \*\*\*\*\* , den \*\*\*\*\* Bergbahnen AG und der AMG der Konzessionsbehörde sogar falsche Angaben über das angeblich korrekt durchgeführte Vergabeverfahren und die bestehende Konzession gemacht. Auszuschließen sei, dass der Beklagte von der Rechtmäßigkeit der Vergabe ausgegangen sei; er habe entgegen dem BVerG eine Direktvergabe durchgeführt und sich nicht einmal eines gesetzlich zwingend einzusetzenden Publikationsmediums bedient.

Zur Klageerhebung sei keine vergaberechtliche Feststellung erforderlich, weil der Beklagte gegen das KfVG und das Öffentliche Personennah- und Regionalverkehrsgesetz (ÖPNRV-G) verstoßen habe. Zum einen hätte nach KfVG die Linie nicht vergeben werden dürfen, zum anderen hätte die SVG die Linie 566 durch Ausschreibung vergeben müssen. Aufgrund der Verstöße gegen diese Gesetze setze die Klage keine Feststellung nach § 341 Abs 1 BVerG 2006 voraus, weil die Ansprüche auf vergabefremden Verstößen beruhten. Die Konkurrenzierung der Kraftfahrlinie der Klägerin unterliege nicht dem Vergaberecht; die dadurch eingetretene Schädigung beruhe auf einem Gesetzesverstoß außerhalb des Vergaberechts. Der Beklagte habe widerrechtlich in die Konzession der Klägerin eingegriffen und damit unlauter gehandelt und sei zum Schadenersatz verpflichtet. Ohne Konzession hätte die AMG den Betrieb der Linie 566 nicht aufnehmen können, wodurch der Schaden abgewehrt worden wäre. Weil der Beklagte aber der

Konzessionsbehörde mitgeteilt habe, dass ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchgeführt worden sei, sei zunächst die Konzession ohne Beteiligung der Klägerin an die AMG erteilt worden. Erst im August 2016 habe die Klägerin erreichen können, dass der bis zuletzt offene Konzessionsantrag abgewiesen worden sei. Darüber hinaus habe der Beklagte die Fahrplanaushänge der Klägerin für den Linienbetrieb der Linien 566 ab Dezember 2013 von den Haltestellen entfernt.

Der Beklagte wendete die Unzulässigkeit der Klage ein und bestritt das Begehren auch dem Grunde nach. Seit August 2013 führe er oder die Gemeinde \*\*\*\*\* oder die SVG im Auftrag der Gemeinde oder des Beklagten Vergabeverfahren für die Vergabe von Kraftfahrlinien oder Linienbündeln im \*\*\*\*\* und \*\*\*\*\* durch. Dabei handle es sich überwiegend um gemeinwirtschaftliche Linienverkehre, die dem Vergaberecht unterlägen und auszuschreiben seien (§ 23 Abs 2 KfIG). Die Klägerin stehe als Busunternehmen, das in \*\*\*\*\* auf Basis von Konzessionen Kraftfahrdienste durchführe und Linien ohne vorangegangenes Vergabeverfahren tatsächlich betrieben habe, im unmittelbaren Wettbewerb zum jeweiligen Verkehrsunternehmen, das Bestbieter einer Ausschreibung zur Linienvergabe im \*\*\*\*\* gewesen sei, und sei zudem gesetzliches Mitglied des Beklagten. Infolge Ausschreibungspflicht der Linienverkehre in \*\*\*\*\* könnten Schadenersatzansprüche denkmöglich nur im Rahmen des § 338 BVergG bestehen. Mangels Abgabe eines zuschlagfähigen Angebots könne die Klägerin keinen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse haben.

Die Klägerin wäre auch auszuschreiben gewesen, hätte sie sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, weil sie weder die nötige Busausstattung vorweisen habe können noch Bestbieterin gewesen sei. Die Klägerin sei beweispflichtig für den Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden. Die Klage sei nicht schlüssig, wenn daraus nicht ersichtlich sei, in welchem konkreten Vergabeverfahren, für welchen ausgeschriebenen Leistungszeitraum welche konkreten Vergabewidrigkeiten festgestellt worden seien, die nun welchen konkreten Schadenersatz begründen sollten. Die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts vom 26. 2. 2014 trage keine ausreichende Feststellung einer Vergabewidrigkeit der in der Klage geltend gemachten Leistungszeiträume der Jahre 2014 und 2015, weil dortiger Verfahrensgegenstand nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts eine Vereinbarung vom 30. 10. 2013 gewesen sei, die von der Vereinbarung vom 15. 12. 2013 ersetzt worden sei. Der die konkrete Rechtswidrigkeit feststellende Bescheid der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde sei eine Prozessvoraussetzung, die die Klägerin nicht erfülle. Eine ausreichende vergaberechtliche Feststellung liege nicht vor.

Der Beklagte sei als \*\*\*\*\* Tourismusverband bis zum Vorliegen der Entscheidung vom 26. 2. 2014 berechtigt davon ausgegangen, dass er nicht öffentlicher Auftraggeber sei, weil er überwiegend durch die Kurtaxe (einen reinen „Durchläufer“) finanziert werde, die keine Finanzierung der öffentlichen Hand im Sinne des BVergG sei. Erstmals mit der Entscheidung vom 26. 2. 2014 habe die Judikatur eine andere Ansicht vertreten, woraufhin der Beklagte umgehend die SVG ersucht und beauftragt habe, auch den Citybus \*\*\*\*\* gemeinsam mit ihren eigenen SVV-Linien auszuschreiben. Die Kraftfahrlinie 8249 stehe in keinem Zusammenhang mit den SVV-Linien 556, 568, 561, es gebe nur einen ähnlichen Streckenverlauf, der aber nicht völlig deckungsgleich sei. Die SVV-Linien seien solche, die gemeinwirtschaftlich auf Grundlage des KfIG und des ÖPNRV-G abgewickelt und vergeben werden müssten. Allenfalls sei ausschließlich die SVG passiv klagslegitimiert, nicht aber der Beklagte, der nach Vorliegen der Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichts Salzburg selbst keine weiteren Ausschreibungen mehr für Verkehrsdienstleistungen durchgeführt habe. Die SVG trete als Auftraggeberin, nicht als vergebende Stelle auf. Die Klägerin habe einen Antrag auf dauernde Betriebspflichtenthebung für die Teilstrecke Citybus Nord eingebracht, womit die Konzession erloschen sei. Soweit ein rechtswidriges Verhalten der AMG im Rahmen des konzessionsrechtlichen Antrags behauptet werde, sei dies dem Beklagten nicht zurechenbar. Auch hinsichtlich der verbleibenden Linie sei um Enthebung von der Betriebspflicht zum 28. 12. 2013 beantragt worden. Nach dem 1. 1. 2014 könne daher kein Schaden entstanden sein.

Das Erstgericht verwarf die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs (insoweit unangefochten) und wies die Klage ab. Es legte seiner Entscheidung den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt zugrunde und führte rechtlich aus, für den Schadenersatzanspruch nach § 337 BVergG 2006 bedürfe es eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens des Auftraggebers. Inhaltlich richte sich der Anspruch des § 337 Abs 1 BVergG 2006 zunächst nur auf den Vertrauensschaden, also die Kosten der Anbotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren. Ein übergangener Bieter könne aber auch nach Abs 3 leg cit den Ersatz des Erfüllungsinteresses für einen hinreichend qualifizierten Verstoß geltend machen, wenn ohne Pflichtverletzung der Vertrag bei korrekter Vorgehensweise mit ihm zustande gekommen wäre. Der Zuspruch des Erfüllungsinteresses setze voraus, dass der Kläger bei korrekter Vorgehensweise

den Auftrag tatsächlich erhalten hätte, wobei der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen rechtswidrigem Verhalten und eingetretenem Schaden dem Geschädigten obliege. Dem Vorbringen der Klägerin und den vorgelegten Urkunden sei nicht zu entnehmen, dass sie sich an einem korrekten Vergabeverfahren betreffend die in der Vereinbarung vom 30. 10. 2013/16. 12. 2013 festgelegten Leistungen überhaupt beteiligt habe oder eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte. Somit wäre der Vertrag auch bei korrekter Vorgehensweise nicht mit ihr zustande gekommen. Schadenersatz nach § 337 BVergG 2006 stehe demnach nicht zu. Die Angaben im Antrag auf Konzessionserteilung unter Hinweis auf ein durchgeführtes Ausschreibungsverfahren seien der AMG zuzurechnen, der allein es oblegen sei, eine Konzession zu erwirken. Auch die Verständigung der Marktgemeinde \*\*\*\*\*, dass der Ski- und Citybus-Verkehr an die AMG vergeben worden sei und ersucht werde, die notwendigen Konzessionen für drei Jahre zu erteilen, treffe nicht den Beklagten. Nicht hervorgekommen sei, dass der Beklagte der AMG oder der zuständigen Behörde falsche Angaben übermittelt oder erklärt hätte, es sei ein Verfahren nach dem Bundesvergabegesetz durchgeführt worden, vielmehr habe die Beklagte am 27. 11. 2013 gegenüber der Behörde erklärt, dass ihrer Ansicht nach Tourismusverbände nicht dem BVergG unterlägen. Rechtlich relevant für die Konzessionserteilung und einer der Gründe, warum die Konzession schließlich aufgehoben worden sei, sei jedoch das Bestehen oder Nichtbestehen anderer Kraftfahrlinien im relevanten Verkehrsbereich (§ 7 KfIG). Dass es dazu vom Beklagten falsche Angaben gegeben hätte, habe die Klägerin nicht einmal vorgebracht. Nahe liege, dass nicht nur der Beklagte, sondern auch die Behörde davon ausgegangen seien, dass Tourismusverbände nicht unter das BVergG fielen. Es könne daher dem Beklagten nicht vorgeworfen werden, die Konzession rechtswidrig erwirkt zu haben. Allenfalls könnte der AMG vorgeworfen werden, dass sie die Genehmigung mit falschen Angaben erwirkt habe, weil die Buslinien der Klägerin dort nicht explizit angeführt worden seien. Die Auftragsvergabe des Beklagten an die AMG unter Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen mache ihr Verhalten noch nicht unlauter, denn auch wenn die vergaberechtlichen Bestimmungen eingehalten worden wären, sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin den Zuschlag erhalten hätte. Die Beauftragung selbst sei keine Wettbewerbshandlung, weil nicht ersichtlich sei, dass sie an sachwidrigen Kriterien orientiert gewesen sei; der Beklagte selbst habe gegen keine Verwaltungsvorschriften verstoßen.

Das Berufungsgericht gab der Klage mit Zwischenurteil dem Grunde nach statt. Die Klägerin mache einen Schaden aus der Konkurrenzierung durch die Bestellung des Betriebs der gemeinwirtschaftlich betriebenen Linie nach § 23 Abs 2 ff KfIG und damit einen Schaden außerhalb des Vergabeverfahrens geltend. Sie stütze ihr Begehren weder ausschließlich noch primär auf Verstöße gegen das Bundesvergabegesetz, sondern zunächst auf eine unlautere, weil unzulässige Konkurrenzierung ihrer konzessionierten, eigenwirtschaftlich betriebenen Kraftfahrlinie durch (mehrere) gemeinwirtschaftlich geführte Linien, die der beklagte Tourismusverband beauftragt habe und finanziere. Die öffentliche Hand unterliege in Bezug auf ihre privatwirtschaftlichen Tätigkeiten den gleichen Pflichten und Rechten wie private Mitbewerber. Es sei ihr grundsätzlich gestattet, unternehmerisch tätig zu werden, wettbewerbsrechtliche Beschränkungen seien nur insoweit zulässig, als eine nicht gebotene Betätigung der öffentlichen Hand den Bestand des Leistungswettbewerbs gefährde. Der Marktzutritt der öffentlichen Hand sei aber nicht schon dann verboten, wenn die Versorgung durch andere Anbieter sichergestellt sei, sondern erst bei einer Gefährdung des Leistungswettbewerbs. Sei dies nicht der Fall, so unterliege (nur) die Art und Weise, wie die öffentliche Hand am Wettbewerb teilnehme, der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung.

Der Bereich der Subventionsgewährung falle in der Regel unter die Privatwirtschaftsverwaltung und unterliege daher jedenfalls der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle, wobei die öffentliche Hand gerade bei Subventionsvergabe unter weitgehenden Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes stehe. Der Beklagte sei als ein nach § 1 Abs 1 STG errichteter Tourismusverband eine Körperschaft öffentlichen Rechts, der gesetzlich Aufgaben übertragen worden seien (§ 1 Abs 4 STG). In diesem Rahmen habe er einen Kraftfahrlinienverkehr bestellt, indem er mit einem entsprechenden Busunternehmer Verträge über einen für die Fahrgäste unentgeltlichen Citybus- und Schibusservice auf Linien abgeschlossen habe, die zum Teil mit den von der Klägerin aufgrund einer Konzession betriebenen Linien ident seien. Durch die kostenfrei benutzbaren Busse des Auftragnehmers käme es auf der Linie Schibus Nord der Klägerin zu einem massiven Einnahmenrückgang. Nach § 1 Abs 3 KfIG bedürfe (auch) der innerstaatliche Kraftfahrlinienverkehr einer Konzession. Ein Gratistarif könne im Rahmen des § 31 Abs 5 KfIG angewendet werden und setze damit eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde voraus, die auch die Angemessenheit unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zu prüfen habe. Nach ständiger verwaltungsgerichtlicher Judikatur dürfe ein konkurrenziertes Unternehmen des öffentlichen Verkehrs durch die Neuverleihung oder Erweiterung einer Konzession in der Führung

seiner bestehenden Linie nicht so einschneidend beeinträchtigt werden, dass es hierdurch einen die wirtschaftliche Betriebsführung sichtlich in Frage stellenden Einnahmehausfall erleide. Dies richte sich nicht bloß an den Busunternehmer, sondern auch an den Besteller von Strecken (Kursen). Dass die Konkurrenzierung einer eigenwirtschaftlich geführten Linie durch eine solche, die die Beförderung der Personen kostenlos anbieten könne, weil sie durch öffentliche Gelder finanziert werde, den Leistungswettbewerb gefährde, liege auf der Hand. Damit komme es aus lauterkeitsrechtlicher Sicht gar nicht darauf an, ob und gegebenenfalls welche Bestimmungen des BVergG für eine (zulässige) Beauftragung eines Kraftfahrliendienstes einzuhalten gewesen wären und eingehalten wurden, weil bereits die Konkurrenzierung einer bestehenden Linie durch Gratisbeförderung, die sich über öffentliche Gelder finanziere, ein unlauteres Unterbieten privater Mitbewerber bedeute, das ausschließlich der öffentlichen Hand über ihren Zugriff auf öffentliche Mittel möglich sei und damit einen Missbrauch der Sonderstellung im Sinne des § 1 UWG darstelle.

Die Argumentation, die Unzulässigkeit der Konkurrenzierung betreffe nur das beteiligte Autobusunternehmen, nicht aber den beklagten Tourismusverband als Besteller der Leistung, übersehe nicht nur, dass gerade der gemeinwirtschaftliche Betrieb der Linie vom Beklagten intendiert und dem Busunternehmen angeboten worden sei und sich § 23 KfVG ausdrücklich an den Besteller richte. Sie könne auch deshalb nicht überzeugen, weil zum Schadenersatz auch Mittäter, Anstifter und Gehilfen (§ 1301 ABGB analog) verpflichtet seien. Die (mögliche) Annahme, man unterliege nicht dem Vergabegesetz, bedeute weder die Behauptung einer vertretbaren Rechtsansicht über die Zulässigkeit der Konkurrenzierung der bestehenden Linie noch beseitige sie die Vorwerfbarkeit der Handlung. Darüber hinaus lege § 23 KfVG ohnedies offen, dass die Auffassung, bei Bestellung einer gemeinwirtschaftlichen Linie sei das Vergaberecht nicht anzuwenden, nicht vertretbar erscheine. Nicht erst der Nachweis falscher Angaben im konzessionsrechtlichen Verfahren begründe daher die Unlauterkeit, sondern bereits die Bestellung einer gemeinwirtschaftlichen Linie im Verkehrsbereich einer eigenwirtschaftlich betriebenen Linie. Über die daraus resultierenden Schäden seien noch keine Feststellungen getroffen worden. Ob darüber hinaus zur Begründung von Schadenersatzansprüchen, die allenfalls nicht vom dargestellten Lauterkeitsverstoß verursacht worden seien, Feststellungen über das weitere Vorbringen der Klägerin zur Entfernung von Fahrplänen sowie zu den behaupteten falschen Angaben im Konzessionserteilungsverfahren erforderlich seien, werde danach zu beurteilen sein, ob die geltend gemachten Ansprüche (nur) auf solche Lauterkeitsverstöße rückführbar seien. Es stehe bereits fest, dass der Lauterkeitsverstoß eine taugliche Grundlage für den Schadenersatzanspruch sei und dass die Klägerin durch die Konkurrenzierung einen Schaden in Form einer Einnahmehinbuße erlitten habe, weshalb nach § 393 Abs 1 ZPO ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs ergehen könne.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision des Beklagten mit dem Antrag, die Klage abzuweisen; überdies regte der Beklagte die Einholung einer Vorabentscheidung zu Fragen des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs der RL-UGP beim EuGH an.

Die Klägerin beantragte in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen bzw ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

Die Klägerin begehrt den Ersatz reiner Vermögensschäden. Bloße (reine oder primäre) Vermögensschäden sind nachteilige Veränderungen im Vermögen des Geschädigten, die ohne Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts eintreten (Kärner in KBB4 § 1295 ABGB Rz 2). Im deliktischen Bereich genießen derartige Vermögensschäden keinen umfassenden Schutz, sie sind vielmehr nur unter besonderen Voraussetzungen auszugleichen (vgl 4 Ob 258/16v). Ein derartiger Schadenersatzanspruch ist – abgesehen vom Anwendungsbereich spezieller Bestimmungen (insbesondere dem UWG [vgl 4 Ob 192/15m; Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek, UWG<sup>2</sup> § 16 Rz 4]) – etwa dann denkbar, wenn ein Schutzgesetz verletzt wurde, das auch den Schutz des bloßen Vermögens bezweckt (RIS-Justiz RS0022813; RS0022462 [T1, T5]), wenn der Vermögensschaden die Folge der Verletzung eines absolut geschützten Guts ist (RIS-Justiz RS0022571) oder wenn eine sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 1295 Abs 2 ABGB vorliegt (RIS-Justiz RS0016754; RS0023122 [T2]).

1. Rechtsbruch nach dem UWG:

1.1. Die Klägerin macht geltend, der Beklagte habe gegen § 23 Abs 2 KfVG verstoßen und damit die Buslinien der

Klägerin unzulässig konkurrenziert; dies begründe – als Rechtsbruch – Schadenersatzansprüche nach dem UWG.

1.2. In der kürzlich ergangenen Entscheidung<sup>4</sup> Ob 267/16t – die eine im Zuge desselben Beschaffungsvorgangs vergebene Buslinie (558; „Bahnhofslinie“) des Salzburger Verkehrsverbundes betraf, wobei der klagende Unternehmer (ua) Schadenersatz aufgrund unzulässiger Konkurrenzierung wegen Verstößen gegen das KfIG bei der Tarifbildung, das BVergG, Bestimmungen des KartG und weiterer Anspruchsgrundlagen verlangte, weil er seinen Shuttle-Service infolge der gemeinwirtschaftlichen Kraftfahrlinien des Beklagten nicht mehr gewinnbringend habe betreiben können – hat der Senat ausgeführt, dass die Tarifgestaltung bei im öffentlichen Interesse geführten Kraftfahrlinien keine marktbezogene wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und damit einer lauterkeitsrechtlichen Verhaltenskontrolle entzogen ist.

1.3. Im Unterschied zum genannten Vorverfahren ist die Klägerin dieses Verfahrens selbst als KonzessionsinhaberIn am Verkehrsverbund beteiligt. Ob bei dieser Sachverhaltskonstellation die Bestellung der gemeinwirtschaftlichen Kraftfahrlinie (zum Nulltarif) durch den Beklagten als Handeln im geschäftlichen Verkehr im Sinne von § 1 UWG zu beurteilen ist, kann jedoch dahingestellt bleiben (weshalb es auch nicht der vom Beklagten angeregten Einholung einer Vorabentscheidung durch den EuGH bedarf), weil – wie zu zeigen sein wird – die von der Klägerin geltend gemachte Anspruchsgrundlage nicht geeignet ist, den behaupteten Rechtsbruch zu begründen.

1.4. Die Klägerin macht einen Verstoß des Beklagten gegen § 23 KfIG (idF BGBl I Nr 32/2013; iwF aF) geltend, wonach die Bestellung einer nicht-kommerziellen bzw gemeinwirtschaftlichen (dh durch öffentliche Mittel finanzierten; § 3 Abs 2 ÖPNRV-G) Kraftfahrlinie jedenfalls unzulässig gewesen sei, wenn in dem selben Verkehrsbereich (§ 14 KfIG) bereits eine kommerzielle bzw eigenwirtschaftlich betriebene Kraftfahrlinie (§ 3 Abs 2 ÖPNRV-G) existiert.

1.5. Richtig ist, dass die öffentliche Hand (auch wenn sie über eine juristische Person handelt [vgl4 Ob 41/08w, Wiener Zeitung; RIS-Justiz RS0116560]) zwar bei der Subventionierung bestimmter Unternehmer weitgehend an den Gleichheitsgrundsatz gebunden ist und nicht einzelne Unternehmer unbegründet bevorzugen darf (vgl 4 Ob 71/02y). Ein derartiger Vorwurf trifft den Beklagten hier jedoch nicht, sind doch die Ausgleichszahlungen an den Betreiber der gemeinwirtschaftlichen Linie insoweit nicht unbegründet, als sie für die kostenlose Zugänglichkeit eben jener Linien gewährt werden.

1.6. Das Vorbringen der Klägerin zielt konkret auf einen Verstoß des Beklagten gegen § 23 Abs 2 KfIG aF, wonach die Bestellung einer nicht-kommerziellen bzw gemeinwirtschaftlichen Kraftfahrlinie jedenfalls unzulässig gewesen sei, wenn in dem selben Verkehrsbereich (§ 14 KfIG) bereits eine kommerzielle bzw eigenwirtschaftlich betriebene Kraftfahrlinie (§ 3 Abs 2 ÖPNRV-G) bestanden habe.

§ 23 KfIG aF lautete wie folgt:

(Abs 1): Werden über das vorgesehene Fahrplanangebot einer Kraftfahrlinie hinaus Kurse bestellt, so hat der Besteller oder für diesen die Verkehrsverbundorganisations- gesellschaft die anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechtes zu berücksichtigen. Wird ein anderer Personenkraftverkehrsunternehmer als der Konzessionsinhaber mit der Durchführung der bestellten Kurse betraut, so ist er vom Konzessionsinhaber mit der Durchführung dieser Kurse zu beauftragen (§ 22 Abs 3).

(Abs 2): Wird die Bedienung von Strecken bestellt, die bisher mangels Eigenwirtschaftlichkeit (§ 3 Abs 2 ÖPNRV-G 1999) von einer Kraftfahrlinie nicht bedient wurden oder zum Zeitpunkt der Bestellung nicht mehr eigenwirtschaftlich bedient werden können, so hat der Besteller selbst oder für diesen die Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft unter Berücksichtigung der anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechtes einen geeigneten Personenkraftverkehrsunternehmer zu ermitteln. Von dieser Verpflichtung ausgenommen sind Strecken, die weiterhin eigenwirtschaftlich bedient werden können.

(Abs 3): Dem nach Abs 2 ermittelten Personenkraftverkehrsunternehmer ist vor Betriebsaufnahme über Antrag eine Kraftfahrlinienkonzession zum gemeinwirtschaftlichen Betrieb (§ 3 Abs 3 ÖPNRV-G 1999) zu erteilen, sofern die Voraussetzungen des § 7 Abs 1 Z 1 und 2 gegeben sind, und der Ausschlussgrund des § 7 Abs 1 Z 4 lit. a nicht vorliegt.

[...]

1.7. Im vorliegenden Fall ist der Beklagte „Besteller“ der neuen Kurse, mag auch die (Salzburger) Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft für ihn gehandelt haben. Die Verkehrsverbundorganisation übernimmt ja nur die Abwicklung des Ausschreibungsverfahrens und vermittelt den Vertrag zwischen Besteller und Auftragnehmer

(vgl Grubmann/Punz/Vladar, Personenbeförderungsrecht, § 23 KfLG Anm 1). Die Verhaltensvorgaben des § 23 Abs 1 und Abs 2 KfLG richten sich (auch) an den Besteller („so hat der Besteller“).

Zu prüfen ist daher im Folgenden, ob sich aus der zitierten Norm ein Verbot der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Kraftfahrlinien ableiten lässt, wenn dort bereits eine eigenwirtschaftliche Kraftfahrlinie betrieben wird.

1.8. Für ein derartiges Verbot sprechen die Erläuterung RV 510 BlgNR 25. GP 4 zur Novelle des § 23 KfLG durch BGBl I Nr 58/2015. Danach soll durch die Novelle klargestellt werden, dass die Bestellung von nicht-kommerziellen Kraftfahrlinien (§ 3 Abs 3 ÖPNRV-G 1999) in einem Vergabeverfahren nur dann zulässig ist, wenn die zu bestellenden Kraftfahrlinien nicht schon durch kommerzielle Verkehrsdienste (§ 3 Abs 2 ÖPNRV-G 1999) abgedeckt sind.

Die Textierung des § 23 Abs 2 KfLG aF – auf den sich die Klägerin stützt – ist allerdings nicht eindeutig und lässt auch eine andere Deutung zu, wonach sich – bei Wegfall der eigenwirtschaftlichen Bedienbarkeit einer Strecke – die Ausnahmeregelung des Abs 2 Satz 2 *leg cit* nicht auf die Verpflichtung in Satz 1 zur „Ermittlung“ eines geeigneten (anderen) Personenkraftverkehrsunternehmers, sondern auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens bezieht.

Ob das von der Klägerin § 23 Abs 2 KfLG unterstellte Verbot dem Gesetzestext zu entnehmen ist, kann letztlich aber dahinstehen, weil die gegenteilige Auslegung durch den Beklagten jedenfalls nicht mit der für einen Rechtsbruch im Sinne von § 1 UWG erforderlichen Eindeutigkeit unverträglich ist (vgl RIS-JustizRS0123239; RS0077771).

## 2. Schutzgesetzverletzung:

2.1. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung begründet der Verstoß gegen ein Schutzgesetz eine Haftung nur für jene Schäden, welche die Schutznorm verhindern sollte. Es ist daher zu prüfen, ob das Gesetz überhaupt den Schutz Einzelner bezweckt, ob es gerade den entstandenen Schaden verhindern wollte und jene Interessen verletzt werden, deren Schutz im Zweckbereich der Norm liegt (Wagner in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 1311 Rz 10 mwN).

2.2. Dem von der Klägerin als Haftungsnorm herangezogenen § 23 Abs 2 KfLG lässt sich nicht entnehmen, dass diese Bestimmung Schutzwirkungen zugunsten des Vermögens der Konkurrenten entfalten solle. So wird in den oben zitierten Gesetzesmaterialien ausgeführt, die Klarstellung solle sicherstellen, dass „der Einsatz von öffentlichen Mitteln sparsam und zweckmäßig erfolgt, das heißt nur für die teilweise oder gänzliche Finanzierung von Kraftfahrlinien unter Vermeidung von Parallelverkehren (nicht nur in räumlicher sondern auch in zeitlicher Hinsicht), die ohne diese Ausgleichszahlungen nicht betrieben werden könnten“. Das Schutzobjekt der Bestimmung ist demnach das Vermögen der öffentlichen Hand. Die bezogene Gesetzesbestimmung ist daher kein Schutzgesetz iSv § 1311 ABGB im hier gegebenen Zusammenhang.

## 3. Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen:

3.1. Die Klägerin stützt ihren Anspruch auch auf die Rechtswidrigkeit der Direktvergabe, welche mit Erkenntnis des LVwG Salzburg (LVwG-5/2/18-2014) festgestellt worden sei.

3.2. Nach § 337 Abs 1 BVergG hat ein übergangener Bewerber oder Bieter bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen das BVergG Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Alternativ zu Abs 1 hat er Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (§ 337 Abs 3 BVergG).

3.3. Die Klägerin ist nicht übergangene Bewerberin oder Bieterin und somit nicht anspruchsberechtigt im Sinne der zitierten Gesetzesbestimmung.

3.4. Abgesehen davon steht der von der Klägerin begehrte Umsatzrückgang, den sie mit ihrer eigenwirtschaftlich geführten Kraftfahrlinie erlitten habe, in keinem schlüssig dargestellten Kausalzusammenhang zu dem nach § 337 Abs 3 BVergG zu ersetzenden Interesse, das den Verlust des rechtswidrig vergebenen Auftrags betrifft. Die Klägerin hätte ihre eigenwirtschaftliche Kraftfahrlinie nämlich auch dann nicht weiter gewinnbringend betreiben können, wenn ihr – hätte sie an der Ausschreibung teilgenommen – der Auftrag erteilt worden wäre.

3.5. Ferner begehrt die Klägerin den Ersatz ihrer Kosten im Konzessionsverfahren. Damit kann sie sich aber ebenfalls nicht auf die – insoweit abschließende (vgl RIS-Justiz RS0128318) – Anspruchsgrundlage des § 337 Abs 1 BVergG stützen. Das Konzessionsverfahren ist nicht mehr Teil des Vergabeverfahrens, sondern diesem nachgeschaltet (vgl § 23 Abs 3 KfLG idF BGBl I 2013/32). Insoweit liegt daher auch diese Anspruchsgrundlage nicht vor.

## 4. Sonstige Anspruchsgrundlagen:



4.1. Erstmals in der Berufung behauptete die Klägerin, die Zuzahlungen der Beklagten zum Betrieb der gemeinwirtschaftlichen Kraftfahrlinien seien eine unzulässige Beihilfe. Darauf ist wegen des Verstoßes gegen das Neuerungsverbot nicht weiter einzugehen.

4.2. Die Klägerin stützt ihre Ansprüche weiters auf die Behauptung, der Beklagte habe im Konzessionsverfahren falsche Angaben gemacht; er habe die Buslinie der Klägerin verschwiegen und sie dadurch von der Möglichkeit abgeschnitten, Einwendungen zu erstatten. Das Erstgericht traf dazu eine Negativfeststellung, die das Berufungsgericht aufgrund einer Aktenwidrigkeit jedoch nicht übernahm, ohne Ersatzfeststellungen zu treffen.

Selbst wenn entsprechende Feststellungen getroffen worden wären, ist jedoch daraus für die Klägerin nichts zu gewinnen. Festgestellt ist nämlich, dass die Klägerin die Konzessionserteilung bekämpft und eine Aufhebung des Bescheids erreicht hat. Ob ihre Einwendungen zutreffen, ist aber Gegenstand des fortgesetzten Verwaltungsverfahrens.

4.3. Schließlich brachte die Klägerin ganz allgemein vor, der Beklagte habe ihre Fahrpläne von den Haltestellen entfernt bzw diese nicht verhindert. Dieses Vorbringen ist jedoch unsubstanziert. So legt die Klägerin nicht konkret dar, wann und von wem welche Fahrpläne entfernt oder welche Haltestellen wie blockiert worden sein sollen. Sie legt ferner nicht dar, in welchem Ausmaß sich dieses behauptete Verhalten auf ihren Umsatzrückgang ausgewirkt haben soll. Dieses Vorbringen ist daher ebenfalls nicht geeignet, den begehrten Anspruch auf Schadenersatz zu begründen.

5. Der Revision des Beklagten ist somit Folge zu geben und die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass das klageabweisende Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

6. Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 50, 41 ZPO.

**Schlagworte**

Citybus BH,

**Textnummer**

E121867

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0040OB00158.171.0611.000

**Im RIS seit**

04.07.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

07.12.2021

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

© 2024 JUSLINE

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

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