

# TE Verg Bescheid 2006/11/6 N/0079-BVA/11/2006-18

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.11.2006

## Norm

BVergG 2006 §99 Abs2

BVergG 2006 §169 Abs1

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §236 Abs3

BVergG 2006 §268 Abs2

1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 236 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 236 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 236 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, Dr. Helga Luczensky als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabebezugsgesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "Reaktivierung der Donauufer- und Donauländebahn; Neubau Terminal Freudenau" der Auftraggeberin ÖBB - Infrastruktur Bau AG, 1120 Wien, Vivenotgasse 10, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 25.9.2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, Dr. Helga Luczensky als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabebezugsgesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend das

Vergabeverfahren "Reaktivierung der Donauufer- und Donauländebahn; Neubau Terminal Freudenau" der Auftraggeberin ÖBB - Infrastruktur Bau AG, 1120 Wien, Vivenotgasse 10, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 25.9.2006, wie folgt entschieden:

#### Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, "die Ausschreibung für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Der Antrag, "in eventu, die Bestimmungen

-2.17.2, 2.17.3, 2.17.4, und 2.17.6 AGB, die überhöhte Vertragsstrafen zulasten der Auftragnehmer vorsehen, -2.20.5 AGB über die nicht gerechtfertigte Garantie der Mängelfreiheit der gesamten Leistung während der Gewährleistungsfristen,

-2.21.1 AGB mit überhöhten Schadenersatzansprüchen der Auftraggeberin bei leichter Fahrlässigkeit der Auftragnehmer,

-2.23.1 AGB über eine betraglich unbeschränkte Haftung der Auftragnehmer, aus den "Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB-Konzerns für Bauaufträge" der Ausschreibung für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Der Antrag, die Auftraggeberin zum Ersatz der Gebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten, wird abgewiesen.

#### Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Reaktivierung der Donauufer- und Donauländebahn; Neubau Terminal Freudenau" erfolgte am 2.8.2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung, Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger, unter der Dokumentennummer 336203. Die EU-weite Veröffentlichung erfolgte am 9.8.2006 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften (2006/S 150-162417). Aus der Ausschreibung ergibt sich, dass es sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen handelt. Die Angebotsfrist endete ursprünglich am 2.10.2006 um 10.00 Uhr, wurde jedoch aufgrund des Nachprüfungsantrages von der Auftraggeberin am 27.9.2006 auf 13.11.2006, 10.00 Uhr, verlängert. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden.

Die Antragstellerin beabsichtigt, sich an der nunmehr von ihr bekämpften Ausschreibung zu beteiligen, führt jedoch aus, dass aufgrund der in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB-Konzerns für Bauaufträge enthaltenen Vorschriften, die Teil der Ausschreibungsunterlagen seien, das Vergabeverfahren auf rechtswidrigen Bedingungen beruhe. So seien in den allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Punkten 2.17.2, 2.17.3, 2.17.4 und 2.17.6 überhöhte Vertragsstrafen vorgesehen. Pkt. 2.20.5 AGB sehe die Garantie der Mängelfreiheit der gesamten Leistung während der Gewährleistungsfrist vor. Pkt. 2.21.1 AGB sehe überhöhte Schadenersatzansprüche der Auftraggeberin bei leichter Fahrlässigkeit der Auftragnehmer und Pkt. 2.23.1 AGB sehe eine betraglich unbeschränkte Haftung der Auftragnehmer vor.

Diese Teile der Ausschreibung würden als gesondert anfechtbare Entscheidungen bekämpft, da sie unverhältnismäßig und einseitig zu Lasten der Bieter bzw. des künftigen Auftragnehmers verfasst seien. Eine wirtschaftlich sinnvolle, seriöse und fundierte Kalkulation sei aufgrund der oben genannten Bestimmungen unmöglich. Unter diesem Aspekt sei zu befürchten, dass Angebote abgegeben würden, die einer Überprüfung nicht Stand hielten und in keiner Weise vergleichbar wären. Die Auftraggeberin verletze durch die Aufnahme rechtswidriger Bestimmungen insbesondere das Fairnessgebot im Wettbewerbsverhältnis zur Antragstellerin bzw. zu den anderen Bietern. Gleichzeitig bestehe die Gefahr, dass die unkalkulierbaren Risiken der Ausschreibung zu gesetzwidrigen Angeboten und damit zu unlauterem Wettbewerb zwischen den Bietern führten. Mit der Ausschreibung in der derzeit vorliegenden Fassung könnten weder der Gleichbehandlungsgrundsatz noch die Angemessenheit der Preise gewährleistet werden. Weiters sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen zur Vergleichbarkeit der Angebote und vor allem auf Einhaltung des Verbotes der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken verletzt. Die Antragstellerin sei auch nach umfangreichen Vorarbeiten zur Risikobeurteilung, im Hinblick auf die unüberschaubare und praktisch uferlose Haftung, und zum Erkennen von Grenzen, die eine vernünftige Preisbildung

ermöglichen würden nicht, in der Lage. In der Begründung der Rechtswidrigkeit stehe die Sittenwidrigkeit im Vordergrund. Verträge, die gegen die guten Sitten verstießen, seien nach § 879 ABGB mit Nichtigkeit bedroht. Im Einzelfall sei zu prüfen, ob ein "Verbotszweck" die Ungültigkeit der Vereinbarung verlange. Dies zeige sich vor allem bei Bestimmungen, die die Freizügigkeit eines Vertragspartners beschränkten oder ihm unverhältnismäßige Risiken auferlegten. Sittenwidrigkeit werde im Allgemeinen dann angenommen, wenn ein Vertragspartner ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ausnütze und den anderen kneble. Dabei komme es insbesondere auf den Inhalt, das Motiv der Vertragspartner und den Zweck des Vertrages an. Beiderseitige schutzwürdige Interessen seien gegeneinander abzuwägen. Wenn die vertraglichen Verpflichtungen mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Vertragspartner übermäßig seien oder im auffallenden Missverhältnis zu den schutzwürdigen Interessen stünden, sei Sittenwidrigkeit anzunehmen. Diese Teile der Ausschreibung würden als gesondert anfechtbare Entscheidungen bekämpft, da sie unverhältnismäßig und einseitig zu Lasten der Bieter bzw. des künftigen Auftragnehmers verfasst seien. Eine wirtschaftlich sinnvolle, seriöse und fundierte Kalkulation sei aufgrund der oben genannten Bestimmungen unmöglich. Unter diesem Aspekt sei zu befürchten, dass Angebote abgegeben würden, die einer Überprüfung nicht Stand hielten und in keiner Weise vergleichbar wären. Die Auftraggeberin verletze durch die Aufnahme rechtswidriger Bestimmungen insbesondere das Fairnessgebot im Wettbewerbsverhältnis zur Antragstellerin bzw. zu den anderen Bietern. Gleichzeitig bestehe die Gefahr, dass die unkalkulierbaren Risiken der Ausschreibung zu gesetzwidrigen Angeboten und damit zu unlauterem Wettbewerb zwischen den Bietern führten. Mit der Ausschreibung in der derzeit vorliegenden Fassung könnten weder der Gleichbehandlungsgrundsatz noch die Angemessenheit der Preise gewährleistet werden. Weiters sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen zur Vergleichbarkeit der Angebote und vor allem auf Einhaltung des Verbotes der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken verletzt. Die Antragstellerin sei auch nach umfangreichen Vorarbeiten zur Risikobeurteilung, im Hinblick auf die unüberschaubare und praktisch uferlose Haftung, und zum Erkennen von Grenzen, die eine vernünftige Preisbildung ermöglichen würden nicht, in der Lage. In der Begründung der Rechtswidrigkeit stehe die Sittenwidrigkeit im Vordergrund. Verträge, die gegen die guten Sitten verstießen, seien nach Paragraph 879, ABGB mit Nichtigkeit bedroht. Im Einzelfall sei zu prüfen, ob ein "Verbotszweck" die Ungültigkeit der Vereinbarung verlange. Dies zeige sich vor allem bei Bestimmungen, die die Freizügigkeit eines Vertragspartners beschränkten oder ihm unverhältnismäßige Risiken auferlegten. Sittenwidrigkeit werde im Allgemeinen dann angenommen, wenn ein Vertragspartner ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ausnütze und den anderen kneble. Dabei komme es insbesondere auf den Inhalt, das Motiv der Vertragspartner und den Zweck des Vertrages an. Beiderseitige schutzwürdige Interessen seien gegeneinander abzuwägen. Wenn die vertraglichen Verpflichtungen mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Vertragspartner übermäßig seien oder im auffallenden Missverhältnis zu den schutzwürdigen Interessen stünden, sei Sittenwidrigkeit anzunehmen.

Die angefochtenen Bestimmungen wichen durchwegs und ohne sachliche Rechtfertigung von den im Zivilrecht entwickelten Grundsätzen ab. Die Abweichungen seien so gravierend, dass sich die Auftraggeberin nicht einfach auf ihre Privatautonomie als Sektorenauftraggeberin berufen könne. Dass die Regeln im Sektorenbereich wesentlich flexibler seien als für klassische öffentliche Auftraggeber, sei unbestritten. Nach dem allgemeinen Verständnis sollten die durch europarechtliche Vorgaben notwendigen Beschränkungen der Privatautonomie jedoch auf das unbedingt erforderliche Ausmaß herabgesetzt werden. Die Auftraggeberin dürfe auch insbesondere von der ÖNORM B 2110 abweichen, dies bedeute jedoch keineswegs einen Freibrief für schrankenlose Regelungen. Die Grenzen der Sittenwidrigkeit gälten auch für die Auftraggeberin, da sie von allen Wirtschaftstreibenden zu beachten seien.

Zu den einzelnen Punkten der AGB brachte die Antragstellerin Folgendes vor:

Nach Pkt. 2.17.2 AGB könne die Auftraggeberin bei Überschreitung der festgelegten Fristen und Termine eine Vertragsstrafe von bis zu 30% der Auftragssumme verlangen. Dies sei nach der Rechtsprechung schon für sich genommen sittenwidrig, da ein derartiger Schaden niemals eintreten könne. Nicht umsonst sei laut ÖNORM B 2110, die auf breitem Konsens beruhe, höchstens eine Vertragsstrafe von 5% der Auftragssumme gerechtfertigt. Ein Anspruch der Auftraggeberin auf die Vertragsstrafe solle unabhängig von einem Verschulden sogar dann fortbestehen, wenn sie die verspätete Leistung annehme. Die Auftragnehmerin habe somit keine Möglichkeit, eine überhöhte Vertragsstrafe abzuwenden. Unverschuldeter Verzug und Fälle leichtester und leichter Fahrlässigkeit hätten ruinöse Auswirkungen und die Auftragnehmerin wäre nicht berechtigt, sich auf mangelndes Verschulden zu berufen, um wenigsten den überzogenen Teil der Vertragsstrafe abzuwenden. Dies sei sittenwidrig.

Pkt. 2.17.3 AGB sehe vor, den sittenwidrigen Anspruch der Auftraggeberin auf Zahlung der Vertragsstrafe sogar dann aufrecht zu erhalten, wenn Umstände aus ihrer eigenen Sphäre oder Fälle höherer Gewalt zu einer Fristverlängerung oder Terminerstreckung führten. Die Vertragsstrafe solle die Einhaltung der so verlängerten Frist bzw. des so erstreckten Termins sichern. Die Auftragnehmerin würde unter solchen Voraussetzungen einen von der Auftraggeberin verschuldeten Verzug finanzieren.

Pkt. 2.17.4 AGB löse eine Vertragsstrafe aus, wenn die Auftraggeberin die Unterbrechung der Arbeiten anordne. Wenn eine Unterbrechung aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen erforderlich sein sollte, würde das die Vertragsstrafe im Sinne des Pkt. 2.17.3 AGB begründen.

Pkt. 2.17.6 AGB lege fest, dass Vertragsstrafen, die aus anderen Gründen, wie etwa zur Sicherstellung besonderer Eigenschaften, vereinbart worden seien, mit Ausnahme der prozentuellen Begrenzung gemäß Pkt. 2.17.2 AGB uneingeschränkt gelten sollten. Dies könne nur als Vertragsstrafenregelung verstanden werden, die keine Grenzen kenne. Die Auftraggeberin könne demnach Vertragsstrafen fordern, die mehr als 30% der Auftragssumme ausmachten. Dabei sei zu bedenken, dass die Regelung auch für Vereinbarungen relevant sei, die erst während der Bauausführung geschlossen würden.

In Pkt. 2.20.5 AGB garantiere der Auftragnehmer der Auftraggeberin für die Dauer der Gewährleistung ausdrücklich die Mängelfreiheit der gesamten Leistung. Die Gewährleistungsfrist für den gesamten Vertragsgegenstand betrage einheitlich fünf Jahre. Über die Gewährleistungsvorschriften hinaus solle eine für Bauvorhaben atypische und praxisfremde Garantie abgegeben werden. Die Auftraggeberin verschiebe somit insbesondere ihr Betriebsrisiko in den Verantwortungsbereich der Auftragnehmerin. Dies sei durch nichts gerechtfertigt. Demnach hätte die Auftragnehmerin z.B. auch Kosten für Betriebs- und Wartungsfehler der Auftraggeberin zu tragen. Sie müsste unter Umständen sogar für Mängel einstehen, die durch unsachgemäße Behandlung von der Auftraggeberin selbst oder von Dritten verursacht werden.

Pkt. 2.21.1 AGB umfasse Schadenersatz - und Regressansprüche einschließlich Ansprüchen nach Produkthaftungsvorschriften. Für Fälle leichter und leichtester Fahrlässigkeit werde pro Schadensfall eine Grenze gezogen, die jenseits der ÖNORM B 2110 und aller tatsächlichen Gegebenheiten liege. Die Auftraggeberin könne bis zu 40% der Auftragssumme als Schadenersatz verlangen. Offensichtlich versuche man hier eine uferlose Haftung zu begründen, in die alle theoretisch denkbaren Folgeschäden in jeder willkürlichen Höhe einbezogen werden könnten. Pkt. 5.47.1.2 Abs. 2 ÖNORM B 2110 würde in derartigen Fällen 5% der Auftragssumme und höchstens Euro 650.000,-- zuerkennen. Pkt. 2.21.1 AGB umfasse Schadenersatz - und Regressansprüche einschließlich Ansprüchen nach Produkthaftungsvorschriften. Für Fälle leichter und leichtester Fahrlässigkeit werde pro Schadensfall eine Grenze gezogen, die jenseits der ÖNORM B 2110 und aller tatsächlichen Gegebenheiten liege. Die Auftraggeberin könne bis zu 40% der Auftragssumme als Schadenersatz verlangen. Offensichtlich versuche man hier eine uferlose Haftung zu begründen, in die alle theoretisch denkbaren Folgeschäden in jeder willkürlichen Höhe einbezogen werden könnten. Pkt. 5.47.1.2 Absatz 2, ÖNORM B 2110 würde in derartigen Fällen 5% der Auftragssumme und höchstens Euro 650.000,-- zuerkennen.

Pkt. 2.23.1 AGB sehe für den Fall, dass mehrere Auftragnehmer auf der Baustelle beschäftigt seien, eine Haftung für alle während ihrer Tätigkeit entstandenen Schäden vor, deren Verursacher nicht festgestellt werden könnten. Die Haftung solle im Verhältnis ihrer Auftragssumme verteilt werden, aber betraglich unbeschränkt sein. Diese Regelung sei nach der Rechtsprechung sittenwidrig. Gemäß Pkt. 5.43 ÖNORM B 2110 wäre die Haftung für jeden Beteiligten mit 0,5% der Auftragssumme begrenzt. Auch daran sei zu erkennen, dass eine unbeschränkte Haftung jede Verhältnismäßigkeit vermissen lasse.

Die bekämpften Bestimmungen seien im Ergebnis zur Gänze sittenwidrig und daher für nichtig zu erklären. Sie verschafften der Auftraggeberin offensichtlich unbegründete Vermögensvorteile, während die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Auftragnehmerin übermäßig beeinträchtigt werde.

Die Auftraggeberin brachte mit Telefax vom 27.9.2006 vor, die angefochtenen Punkte der AGB des ÖBB-Konzerns für Bauaufträge (Ausgabe 08/1004) seien der Antragstellerin seit mehr als zwei Jahren bekannt und sie habe sich auch wiederholt an Ausschreibungen, die auf den nunmehr bekämpften "AGBs Bau" beruhten, beteiligt. Die angefochtenen Bestimmungen hätten in der Vergangenheit offenbar die Interessen der Antragstellerin nicht geschädigt. Die

nunmehrige Antragstellung im gegenständlichen Vergabeverfahren, die erst am 22.9.2006 mit kurzem Schreiben ohne weitere Erläuterungen angekündigt worden sei, könne von der Auftraggeberin als "Schadensmaximierung" angesehen werden.

In einem weiteren Schriftsatz vom 2.10.2006 trat die Auftraggeberin dem Vorbringen der Antragstellerin bezüglich der Sittenwidrigkeit einzelner Bestimmungen in den "AGBs Bau" entgegen und führte dazu begründend aus, die Neuauflage der gegenständlichen AGB Bau gelte seit August 2004 und sei bisher nie in einem Vergabekontrollverfahren bekämpft worden. Die Auftraggeberin unterliege als Sektorenauftraggeberin nicht den in § 99 Abs. 2 BVergG vorgesehenen vergaberechtlichen Beschränkungen, da § 99 Abs. 2 BVergG im Sektorenbereich keine Geltung habe. Darüber hinaus bestritt die Auftraggeberin die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung der im gegenständlichen Antrag geltend gemachten Sittenwidrigkeit von Bestimmungen in den AGBs Bau der Auftraggeberin. Es komme den Vergabekontrollbehörden keine Zuständigkeit zur Prüfung vertraglicher Regelungen auf zivilrechtliche Rechtskonformität zu. In einem weiteren Schriftsatz vom 2.10.2006 trat die Auftraggeberin dem Vorbringen der Antragstellerin bezüglich der Sittenwidrigkeit einzelner Bestimmungen in den "AGBs Bau" entgegen und führte dazu begründend aus, die Neuauflage der gegenständlichen AGB Bau gelte seit August 2004 und sei bisher nie in einem Vergabekontrollverfahren bekämpft worden. Die Auftraggeberin unterliege als Sektorenauftraggeberin nicht den in Paragraph 99, Absatz 2, BVergG vorgesehenen vergaberechtlichen Beschränkungen, da Paragraph 99, Absatz 2, BVergG im Sektorenbereich keine Geltung habe. Darüber hinaus bestritt die Auftraggeberin die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung der im gegenständlichen Antrag geltend gemachten Sittenwidrigkeit von Bestimmungen in den AGBs Bau der Auftraggeberin. Es komme den Vergabekontrollbehörden keine Zuständigkeit zur Prüfung vertraglicher Regelungen auf zivilrechtliche Rechtskonformität zu.

Des weiteren habe es die Antragstellerin unterlassen, anzugeben, worin die Unkalkulierbarkeit der gegenständlichen Bestimmungen liegen solle. Die Grundlagen für die Kalkulation würden von der Auftraggeberin neben dem Leistungsverzeichnis gerade mit den gegenständlichen AGBs Bau offen gelegt. Die Antragstellerin müsse in ihrer Kalkulation berücksichtigen, dass eine verspätete Fertigstellung Vertragsstrafen nach sich ziehe und während des angegebenen Zeitraums für Mängel einzustehen sei. Die Antragstellerin lasse auch offen, weshalb gerade eine 30% Deckelung der Vertragsstrafe zu hoch angesetzt und nicht kalkulierbar sein solle. Die Kalkulierbarkeit wäre bei einer 5% Deckelung nicht anders gelagert.

Das gegenständliche Projekt sei von der Gemeinde Wien vorfinanziert, diese übernehme vorweg die Kosten mit einem Fixbetrag und die Auftraggeberin müsse diese Vorfinanzierung in den Jahren 2011 und 2012 zurückzahlen. Neben dem Zinsendienst müsse auch die Preisgleitung berücksichtigt werden. Mit jedem Tag der Verzögerung der Baufertigstellung verteuere sich die Rückzahlung des Projektes, da bei einer verspäteten Fertigstellung des für die Auftraggeberin wirtschaftlich besonders wichtigen Terminals aufgrund verspäteter Inbetriebnahme keine Erträge abgeworfen würden. Die Bauabwicklung werde darüber hinaus auch dadurch erschwert, dass es zum einen eine Verschränkung mit der Tätigkeit des Hafens, zum anderen mit der Wiener Bundesstraße B14 gebe, die durch das Baugelände laufe. Mit beiden externen Betreibern hätten daher bereits im Vorfeld Straßensperren bzw. Absperrungen der Zufahrt zum Hafen vereinbart werden müssen. Jede Projektverzögerung bedeute sohin einen massiven finanziellen Mehraufwand für die Auftraggeberin, da eine Verschiebung von Absperrungen teils nicht möglich, teils nur gegen massive Kostenbeteiligung durchgeführt werden könne. Auch diese Umstände seien bei der Festlegung der Höhe der Pönalen zu berücksichtigen gewesen. Durch die Umlegung der Bundesstraße B14 sei darüber hinaus eine Umlegung von Einbauten (z. B. von Gas- und Wasserleitungen) erforderlich. Diese Umlegungsarbeiten würden von Dienststellen der Stadt Wien durchgeführt. Die Auftraggeberin habe bereits einen Terminablaufplan und entsprechende Fixtermine für Einlegungsarbeiten mit den Dienststellen der Gemeinde Wien vereinbart. Eine Verzögerung der Fertigstellung würde diese Vereinbarungen gefährden und zu Schadenersatzforderungen von Seiten der Gemeinde Wien an die Auftraggeberin führen.

Bei Erstellung der AGB Bau sei stets das besondere Gefahrenszenario eines Eisenbahnunternehmens zu berücksichtigen gewesen.

Die Höhe der Vertragsstrafen bei Verzug sei in der OG 00, LG 00, D 7 des LV festgelegt. Die höchsten Beträge würden dabei für die Überschreitung des Fertigstellungstermins des Tragwerkes der Donaukanalbrücke mit Euro 5.000,-- je angefangenem Kalendertag, für die Unterbauherstellung und Verschotterung im Bereich Objekt 4 mit Euro 5.000,-- je angefangenem Kalendertag und für die Verlängerung der Schifffahrtssperre im Zusammenhang mit dem

Einschwimmen der Tragwerksteile über den Donaukanal und der Hafenzufahrt der Donaukanalbrücke mit Euro 1.500,- - je angefangener Viertelstunde festgelegt. Das Problem des Projektes bestehe darin, dass sich am rechten Ufer des Donaukanals ein Industriegebiet mit mehreren Anschlussbahnunternehmen befinde, welche ausschließlich über die Donauländebahn und den Bahnhof Kleinschwechat Zugang zum Bahnnetz hätten. Die Bedienung der Anschlussbahnunternehmen im Bereich Donauländebahn müsse auch während der Bauzeit grundsätzlich durchgehend aufrecht erhalten werden. Dies werde durch die Abfolge der Bauphasen sichergestellt: Errichtung der Donaukanalbrücke (2007), Gleisanbindung der Anschlussbahnunternehmen über die Donaukanalbrücke an die Donauuferbahn (Beginn 2008) und Sperre und Umbau des Streckenabschnittes Kleinschwechat bis Kaiserebersdorf - Donauländebahn (Frühjahr 2008). Über Termine (Zeitpunkt und Dauer) für kurzzeitig erforderliche Sperren der Anschlussbahnen im Zusammenhang mit der Anbindung an den neu zu errichtende Strecke seien bereits im Vorfeld mit der ÖBB-Infrastrukturbetrieb AG und Anschlussbahnunternehmen Vereinbarungen getroffen worden. Eine Verzögerung der Fertigstellung der Donaukanalbrücke würde eine grundlegende Änderung des Bauablaufes im Abschnitt Donauländebahn mit Auswirkungen auf die mit Dritten bereits getroffenen Vereinbarungen mit entsprechenden kostenintensiven Konsequenzen nach sich ziehen. Der Donaukanal und die Hafenzufahrt seien eine öffentliche Wasserstraße, auf welcher Güter-, bei ersterer zusätzlich Personen- und Linienverkehr, erfolgen. Sperren dieses Verkehrsweges schränken die Gewerbstätigkeit Dritter erheblich ein und bedingen umfangreiche Ersatzmaßnahmen. Eine Verlängerung der im Vorfeld vereinbarten Dauer der Verkehrsunterbrechung würde daher erhebliche finanzielle Aufwendungen und Schadenersatzansprüche für die Auftraggeberin mit sich bringen. Die sachliche Rechtfertigung der Höhe bzw. Verhältnismäßigkeit der Vertragsstrafe werde bereits dadurch bewiesen, dass bei der Annahme eines geschätzten Auftragsvolumens von Euro 40 Mio. und einer Vertragsstrafe von Euro 5.000.-- pro Tag die Fertigstellung des Tragwerkes um 2400 Tage oder um 6,57 Jahre verspätet erfolgen müsse, um die maximale Höhe der Vertragsstrafe lt. AGB von 30% der Auftragssumme zu erreichen. Für die Überschreitung der Sperrzeiten wäre eine Überziehung der Schifffahrtssperre von 2000 Stunden oder ca. 83 Tagen (das wäre ein Drittel des vertraglich vorgesehenen Zeitraumes für die gesamte Tragwerksherstellung) erforderlich, um den maximalen Rahmen der Vertragsstrafe zu erreichen.

Die dargestellten Zahlenbeispiele zeigten, dass die konkret festgelegte Höhe des Pönals zum einen in einem sachlichen Zusammenhang mit der gegenständlichen "Querschnittsbaustelle" (Sperren für den Hafen und für die durch das Baugelände führende B14) liege und dass nur eine immense Überschreitung der Fertigstellungsfrist um 6,57 Jahr dazu führen könne, dass die maximale Höhe der Vertragsstrafe in Höhe von 30% der Auftragssumme erreicht werde. Eine Vertragsstrafe verstoße grundsätzlich nur dann gegen die guten Sitten, wenn die Zahlung der Konventionalstrafe das wirtschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführen oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könnte oder wenn sie unverhältnismäßig hoch wäre. Im vorliegenden Fall entstünde der Auftraggeberin durch eine Verzögerung der Baufertigstellung bzw. der Zwischentermine ein maßgeblicher Schaden dadurch, dass bereits mit dem Wiener Hafen bzw. mit der Bundesstraßenverwaltung vereinbarte Sperren nicht aufrecht erhalten werden könnten und von diesen Schadenersatzansprüche an die Auftraggeberin herangetragen würden. Die Auftraggeberin müsse damit rechnen, dass eine Bauverzögerung zu massiven Schadenersatzforderungen von Seiten des Wiener Hafens führen würden. Eine verspätete Fertigstellung bedeute überdies, dass Einnahmen aus der gegenständlichen Güterverkehrsanlage erst verspätet einlangen und die Rückzahlung der Stadt Wien gegenüber ohne Einnahmen aus der Verwendung des Terminals erfolgen müsste. Auch ein Entgang der Einnahmen durch den Betrieb des Terminals wäre bei der Rechtfertigung der Höhe des Pönals zu berücksichtigen. Die Antragstellerin lasse zudem außer Acht, dass die Auftraggeberin die Vertragsstrafen inhaltlich begrenzt habe. Die Vertragsstrafe komme nur zur Anwendung, wenn die Arbeiten unterhalb der in Pkt. 16.13.03010 Z des geschlossenen Leistungsverzeichnisses angeführten Höchstwasserstände durchgeführt werden könne. Überschreite der Wasserpegel die in Pkt. 16.13.03010 Z angeführten Wasserstände, werde die Leistungsfrist erstreckt.

Unverständlich sei auch die Kritik der Antragstellerin daran, dass der Anspruch der Auftraggeberin auf die Vertragsstrafe auch dann fortbestehen solle, wenn die Auftraggeberin die verspätete Leistung annehme. Durch eine verspätete Leistungsannahme werde ein bereits eingetretener Verspätungsschaden nicht gemindert. Unwichtig sei auch, dass der Auftragnehmer auch bei Behinderungen aus der Sphäre des Auftraggebers und der neutralen Sphäre zur Bezahlung des Pönals verpflichtet sei und keine Möglichkeit haben solle, eine überhöhte Vertragsstrafe abzuwenden. Der Auftragnehmer könne vielmehr, wenn er seiner gesetzlichen Warnpflicht unverzüglich nachkomme, die Zahlung des Pönals abwehren.

Sowohl für Pkt. 2.17.3 als auch für Pkt. 2.17.4 der AGB Bau gelte, dass der Auftragnehmer das Eintreten der Vertragsstrafe durch eine rechtzeitige Wahrnehmung seiner Warnpflicht abwenden könne. Die Auftraggeberin möchte mit der gegenständlichen Vertragsbestimmung lediglich die Auftragnehmer dazu motivieren, ihrer Warnpflicht rechtzeitig nachzukommen, um selbst an einer Schadensminderung mitwirken zu können.

Pkt. 2.17.6 der AGB werde im gegenständlichen Fall nicht schlagend, da die Auftraggeberin gar keine weiteren Vertragsstrafen (etwa zur Sicherstellung besonderer Eigenschaften wie z. B. Sichtbetonqualität) in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt habe. Eine Unkalkulierbarkeit oder Sittenwidrigkeit könne somit nicht bestehen.

Die Verlängerung der Gewährleistungsfrist sei gegenüber der Antragstellerin (einem Unternehmen im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes) zulässig. Gemäß § 933 Abs. 1 letzter Satz AGB seien die Gewährleistungsfristen dispositiv. Gewährleistungsfristen könnten von vornherein verkürzt oder verlängert werden. Die vereinbarte und vorauszusetzende Güte der Werkleistung müsse nicht nur bei Übergabe der Ware vorhanden sein, sondern während der gesamten Garantiefrist erhalten bleiben. Unklar sei, wie die Antragstellerin zu dem Schluss komme, dass sie auch Kosten für Betriebs- und Wartungsfehler oder einer unsachgemäßen Behandlung durch die Auftraggeberin zu tragen hätte. Der einzige Unterschied der gegenständlichen Bestimmung zur ÖNORM B 2110 sei die Umkehr der Beweislast. Die Verlängerung der Gewährleistungsfrist sei gegenüber der Antragstellerin (einem Unternehmen im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes) zulässig. Gemäß Paragraph 933, Absatz eins, letzter Satz AGB seien die Gewährleistungsfristen dispositiv. Gewährleistungsfristen könnten von vornherein verkürzt oder verlängert werden. Die vereinbarte und vorauszusetzende Güte der Werkleistung müsse nicht nur bei Übergabe der Ware vorhanden sein, sondern während der gesamten Garantiefrist erhalten bleiben. Unklar sei, wie die Antragstellerin zu dem Schluss komme, dass sie auch Kosten für Betriebs- und Wartungsfehler oder einer unsachgemäßen Behandlung durch die Auftraggeberin zu tragen hätte. Der einzige Unterschied der gegenständlichen Bestimmung zur ÖNORM B 2110 sei die Umkehr der Beweislast.

Die Auftraggeberin habe unter Pkt. 2.21.1 durch die Begrenzung der Höhe des Schadenersatzes bei leichter Fahrlässigkeit eine Besserstellung der Auftragnehmer im Vergleich zur Rechtslage nach ABGB aufgenommen. Eine weichere Regelung in den AGB Bau, als es das strengere ABGB vorsehe, sei nicht gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs. 3 ABGB. Die Auftraggeberin habe unter Pkt. 2.21.1 durch die Begrenzung der Höhe des Schadenersatzes bei leichter Fahrlässigkeit eine Besserstellung der Auftragnehmer im Vergleich zur Rechtslage nach ABGB aufgenommen. Eine weichere Regelung in den AGB Bau, als es das strengere ABGB vorsehe, sei nicht gröblich benachteiligend iSv Paragraph 879, Absatz 3, ABGB.

Unter Pkt. 2.23.1 der AGB Bau sei eine Haftung der Auftragnehmer nur für Schäden während der dort erbrachten Tätigkeit vorgesehen. Sittenwidrig wäre nach der Judikatur des OGH eine Regelung nur dann, wenn der Auftragnehmer im Verursachungszeitraum nicht mehr auf der Baustelle tätig wäre, den Schaden daher gar nicht hätte verursachen können, und ihm überdies der Gegenbeweis mangelnder Kausalität abgeschnitten bleibe. Aus den genannten Gründen stelle die Auftraggeberin daher den Antrag, die Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen.

In der Replik zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 13.10.2006 brachte die Antragstellerin vor, der entscheidende Grund für die Sittenwidrigkeit liege darin, dass die angefochtenen Bestimmungen eine Kalkulation unmöglich machten, da die Risiken nicht überschaubar seien. Dass der Gesetzgeber den Sektorenauftraggebern größere Ermessensspielräume als den klassischen öffentlichen Auftraggebern zugestehen, begründe keinen "Freibrief" für schrankenlose Regelungen. Die Grenzen der Freiheit ergäben sich regelmäßig aus den fundamentalen vergaberechtlichen Grundsätzen wie etwa die Gebote des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Zuschlagserteilung an geeignete Bieter zu angemessenen Preisen ohne unverhältnismäßige Benachteiligung. Daraus folge, dass es immer zulässig und geboten sei, Gesetzes- und Sittenwidrigkeiten im Rahmen einer Ausschreibung vor den Vergabekontrollbehörden zu bekämpfen.

Bei der Frage der Angemessenheit der Vertragsstrafe gehe es um das Verhältnis zwischen Auftragssumme und Rahmenbedingungen. Die Deckelung mit 5% gemäß Pkt. 5.36.1 ÖNORM B 2110 beruhe auf Erfahrungswerten und einem breiten Konsens zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern. Es sei theoretisch denkbar, dass der Auftraggeberin ein Schaden in Höhe von 5% der Auftragssumme entstehe, es sei jedoch praktisch ausgeschlossen, dass der Schaden 30% der Auftragssumme ausmachen könnte. Eine Vertragsstrafe in derartige Höhe stehe im auffallenden Missverhältnis zu den schutzwürdigen Interessen und erreiche einen Betrag, der sich nicht einmal

annähernd als Schaden niederschlagen könne. Dies sei sittenwidrig im Sinne der Judikatur des Obersten Gerichtshofes. Die Auftraggeberin wolle ihr eigenes Risiko auf den Auftragnehmer überwälzen, für die Frage der Vorfinanzierung könne der Auftragnehmer billiger Weise niemals verantwortlich gemacht werden. Die Elemente der Vorfinanzierung seien darüber hinaus unüberschaubar und selbst wenn sie sich in einer Vertragsstrafe von 30% der Auftragssumme niederschlagen sollten, unkalkulierbar. Die konkrete Anwendung der Vertragsstrafen im Einzelfall und ihre kumulierbaren Fälle führten zu unverhältnismäßigen und unzumutbaren Ergebnissen. Dass die Vertragsstrafen nicht zur Anwendung kommen sollen, wenn die Arbeiten unterhalb der Vertragswasserspiegellagen durchgeführt werden könnten, sei der Ausschreibung nicht zu entnehmen. Die Vertragswasserspiegellagen würden unter Pkt. 13.13.03 Z, auf Seite 252, und unter Pkt. 16 13.03010 Z, auf Seite 413 des Leistungsverzeichnisses festgelegt. Es gebe auch sonst keinen eindeutigen Ausschluss der Vertragsstrafenregelung, wie er von der Auftraggeberin behauptet werde. Im Leistungsverzeichnis finde sich lediglich die Pos. 13 13.02 04 0 für zeitgebundene Kosten, die sich aus einer von der Auftraggeberin angeordneten Stillliegezeit ergäben (Seite 252). Die Position sei mit der Notiz versehen "bei Überschreiten des Vertragswasserstandes". Daraus folge jedoch nicht zwingend, dass keine Vertragsstrafe zu zahlen wäre. Es wäre zwar die logische Folge, wenn die Auftraggeberin bei Anerkennung zeitgebundener Kosten keine Vertragsstrafen beanspruchen würde, eine Aufrechnung der zeitgebundenen Kosten mit der Vertragsstrafe wäre jedoch nicht angebracht. Die Ausschreibung sei in diesem Punkt unklar und auslegungsbedürftig. Darüber hinaus solle der Anspruch der Auftraggeberin auf die Vertragsstrafe auch dann fortbestehen, wenn sie die verspätete Leistung annehme. Die Pönalfrist ende jedenfalls mit der Übernahme der Leistung. Die Übernahme sei die Anerkennung des Werks. Danach könne kein Anspruch auf Zahlung einer weiteren Vertragsstrafe bestehen.

Im ersten Satz des 2.17.3 AGB werde ausdrücklich festgehalten, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe bzw. darüber hinausgehender Schadenersatzbeträge auch dann aufrecht bleibe, wenn der Auftragnehmer durch höhere Gewalt oder durch Umstände in der Sphäre der Auftraggeberin behindert werde. Die weiteren Rechtsfolgen seien so subtil gefasst, dass der Auftragnehmer keine Möglichkeit habe, die Vertragsstrafe abzuwenden.

2.17.4 AGB berechne die Auftraggeberin, aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen die Unterbrechung der Arbeiten anzuordnen. Die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe bleibe im Sinne des 2.17.3 AGB jedoch auch dann aufrecht. Die Unanwendbarkeit der Vertragsstrafe für den Fall, dass der Auftragnehmer seiner Warnpflicht nachkomme, lasse sich der Bestimmung nicht entnehmen. Gemäß 2.17.3 AGB bleibe die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe für die Zeit der Unterbrechung aufrecht und der Auftragnehmer habe ausschließlich die Möglichkeit, Unzumutbarkeit einzuwenden. Wenn die Auftraggeberin meine, dass 2.17.6 AGB nicht anzuwenden wäre, sei ihr entgegen zu halten, dass genau diese Bestimmung Grundlage für Vereinbarungen bei der Bauausführung schaffe. Der Zusammenhang zwischen 2.17.6 AGB und einzelnen Bestimmungen des Leistungsvertrages, der auf dieser Grundlage abgeschlossen werden könnte, schlage sich in unkalkulierbaren Risiken nieder. Dies gelte umso mehr, als 2.9.5 AGB dem Auftragnehmer eine funktional bedingte Haftung auferlege. Demnach seien auch nicht ausdrücklich genannte Leistungen Gegenstand des Vertrages. Die Auftraggeberin könne Leistungen anordnen, soweit sie zur Fertigstellung des Bauwerks und dessen Funktionstauglichkeit erforderlich seien. Dafür könne der Auftragnehmer kein gesondertes oder zusätzliches Entgelt verlangen. Er habe aber das unkalkulierbare Risiko, dass ihm vertragsmäßig unbeschränkte und unverhältnismäßige Vertragsstrafen auferlegt würden. Dies sei unzumutbar und sittenwidrig.

Des Weiteren verwechsle die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme Gewährleistung und Garantie. Im gegenständlichen Fall sei entscheidend, dass die Mängelfreiheit abstrakt garantiert werden müsse. Garantie der Sachqualität bedeute die Zusage, dass die Güte nicht nur bei Ablieferung vorhanden sein müsse, sondern darüber hinaus anhalte. Hätte die Auftraggeberin nur die Gewährleistungsvorschriften im Anwendungsbereich der Gewährleistung verändern wollen, hätte sie wohl keine Garantie verlangt. Sowohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, als auch nach dem Vertragssinn wolle die Auftraggeberin eben eine Garantie dafür, dass während der gesamten Gewährleistungsfrist keine Mängel auftreten. Es sei völlig undenkbar, bei einem Eisenbahnvorhaben eine Garantie zu übernehmen, die in keiner Weise eingeschränkt sei, dabei handle es sich um ein unkalkulierbares Risiko.

2.21.1 AGB umfasse alle Arten von Schadenersatzansprüchen bis zu einer Höhe von 40% der Auftragssumme. In einer derartigen Höhe könne jedoch niemals ein Schaden entstehen, für den ein Auftragnehmer zu haften hätte. Positiver Schaden und entgangener Gewinn könnten nach allen Grundsätzen keinesfalls 40% der Auftragssumme erreichen.

Äquivalenz bzw. die äußerste Grenze der Zurechenbarkeit, Adäquanz, also der Schutzzweck der Norm, Rechtswidrigkeit und Verschulden würden im AGBG zu anderen Ergebnissen führen.

2.23.1 AGB entspreche keinesfalls der Rechtsprechung. Mehrere Auftragnehmer sollten für die während ihrer Tätigkeit entstandenen Schäden, deren Verursacher nicht festgestellt werden könnte, im Verhältnis ihrer Auftragssummen und vertraglich unbeschränkt haften. Dies sei sittenwidrig.

Mit weiterem Schriftsatz vom 23.10.2006 führt die Auftraggeberin in Ergänzung ihres bisherigen Vorbringens sinngemäß aus, die Sittenwidrigkeit wäre Voraussetzung für eine behauptete Unkalkulierbarkeit. Nur wenn eine Bestimmung der AGB Bau der Antragsgegnerin sittenwidrig wäre - was ausdrücklich bestritten werde - könnte dies zur Unkalkulierbarkeit führen. Der Auftraggeber habe die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sei und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung erfolge - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden könnten (§ 236 Abs 3 BVergG 2006). "Voraussetzung" für einen Verstoß gegen § 236 Abs 3 BVergG sei somit, dass eine Ausschreibungsbestimmung dem Bieter in sittenwidriger Art und Weise ein nicht kalkulierbares Risiko überwälze. Dies sei im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht der Fall. Die Ausführungen der Antragstellerin zur Nichtkalkulierbarkeit sei insgesamt nicht nachvollziehbar, da durch die Bekanntgabe der genauen Beträge bei Festlegung der Vertragsstrafen die Kalkulationsgrundlagen deutlich offen gelegt worden seien. Aus dem gesamten Vorbringen der Antragstellerin sei ersichtlich, dass diese versuche, nicht bestehende Kalkulationsrisiken zu konstruieren. Sowohl Vorfinanzierung, Termindruck, schwieriges Bauumfeld und die besondere Haftungssituation eines Eisenbahnunternehmens für die Ausführung eines Bauwerkes seien übliche Bedingungen für ein derartiges Großbauvorhaben. Die Antragstellerin negiere, dass sie mit Auftragserteilung grundsätzlich jedenfalls zur fristgerechten und mangelfreien Erbringung des Werkes verpflichtet sei. Lediglich für den Fall der nicht ordnungsgemäßen Erbringung der Leistung, würden die gegenständlichen Vertragsstrafen greifen. Die Antragstellerin überwälze somit weder unübliche, noch ausufernde Risiken. Der Inhalt der mit Dritten geschlossenen Vereinbarungen stelle einen wesentlichen Teil der Basisdaten für den Bauablaufplan dar. Dieser sei Teil der Ausschreibung und des künftigen Vertrages. Änderungen des Bauablaufes wirkten somit unmittelbar auf die mit Dritten getroffenen Vereinbarungen. Mit weiterem Schriftsatz vom 23.10.2006 führt die Auftraggeberin in Ergänzung ihres bisherigen Vorbringens sinngemäß aus, die Sittenwidrigkeit wäre Voraussetzung für eine behauptete Unkalkulierbarkeit. Nur wenn eine Bestimmung der AGB Bau der Antragsgegnerin sittenwidrig wäre - was ausdrücklich bestritten werde - könnte dies zur Unkalkulierbarkeit führen. Der Auftraggeber habe die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sei und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung erfolge - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden könnten (Paragraph 236, Absatz 3, BVergG 2006). "Voraussetzung" für einen Verstoß gegen Paragraph 236, Absatz 3, BVergG sei somit, dass eine Ausschreibungsbestimmung dem Bieter in sittenwidriger Art und Weise ein nicht kalkulierbares Risiko überwälze. Dies sei im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht der Fall. Die Ausführungen der Antragstellerin zur Nichtkalkulierbarkeit sei insgesamt nicht nachvollziehbar, da durch die Bekanntgabe der genauen Beträge bei Festlegung der Vertragsstrafen die Kalkulationsgrundlagen deutlich offen gelegt worden seien. Aus dem gesamten Vorbringen der Antragstellerin sei ersichtlich, dass diese versuche, nicht bestehende Kalkulationsrisiken zu konstruieren. Sowohl Vorfinanzierung, Termindruck, schwieriges Bauumfeld und die besondere Haftungssituation eines Eisenbahnunternehmens für die Ausführung eines Bauwerkes seien übliche Bedingungen für ein derartiges Großbauvorhaben. Die Antragstellerin negiere, dass sie mit Auftragserteilung grundsätzlich jedenfalls zur fristgerechten und mangelfreien Erbringung des Werkes verpflichtet sei. Lediglich für den Fall der nicht ordnungsgemäßen Erbringung der Leistung, würden die gegenständlichen Vertragsstrafen greifen. Die Antragstellerin überwälze somit weder unübliche, noch ausufernde Risiken. Der Inhalt der mit Dritten geschlossenen Vereinbarungen stelle einen wesentlichen Teil der Basisdaten für den Bauablaufplan dar. Dieser sei Teil der Ausschreibung und des künftigen Vertrages. Änderungen des Bauablaufes wirkten somit unmittelbar auf die mit Dritten getroffenen Vereinbarungen.

Allenfalls durch einen Auftragnehmer im Zuge der Bauherstellung verursachte Abweichungen seien für die Auftraggeberin vorweg weder in Art noch Auswirkung bekannt. Unbekanntes in Vereinbarungen mit Dritten zu berücksichtigen, beziehungsweise dafür Haftungen abzuschließen, sei unmöglich. Maßstab für eine allfällige Sittenwidrigkeit seien allein die gesetzlichen Bestimmungen (allen voran das ABGB). Ein Festlegen einer 5% Schwelle

für eine Haftungsbeschränkung in der (von einem privaten Verein herausgegebenen) ÖNORM B 2110 könne niemals - wie von der Antragstellerin behauptet - als "Richtwert" für die Sittenwidrigkeit herangezogen werden. Gänzlich offen lasse die Antragstellerin zudem eine Begründung, weshalb eine in der ÖNORM B 2110 festgelegte 5% Schwelle kalkulierbar sein würde, eine 30% Schwelle jedoch plötzlich mit Unkalkulierbarkeit auf Auftragnehmerseite behaftet wäre.

Einen Nachweis für die Behauptung, weshalb von einem "Richtwert" in einer ÖNORM lediglich innerhalb einer "Bandbreite" (so die Antragstellerin) abgewichen werden dürfe, bliebe die Antragstellerin schuldig.

Zu Pkt 2.17.6 der AGB Bau führte die Auftraggeberin aus, wie die Antragstellerin richtig dargelegt habe, habe bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eine Einzelfallbetrachtung zu erfolgen. Die Auftraggeberin habe bereits in ihrer Stellungnahme vom 02.10.2006 ausführlich dargelegt, dass neben der Pönalisierung von Fertigstellungsfristen keine weiteren Vertragsstrafen vereinbart worden seien. Es bestehe sohin eine absolute Obergrenze von 30% des Auftragswertes für Vertragsstrafen.

Da die Ausschreibungsunterlagen keine Vertragsstrafen ohne betragsmäßige Begrenzung enthielten, scheide naturgemäß auch eine einseitige "Anordnung" von zusätzlichen Vertragsstrafen durch die Antragsgegnerin aus.

Gemäß AGB Punkt 2.17.3 würden bei Verhinderung der Fertigstellung durch höhere Gewalt bzw durch der Auftraggebersphäre zuzuordnende Umstände, bei rechtzeitiger Anzeige gegenüber dem Auftraggeber, die Fertigstellungsfristen erstreckt. Die Vertragsstrafe sichere sodann die verlängerte Frist.

Zu Pkt 2.17.3 AGB Bau brachte die Auftraggeberin vor, bereits der Wortlaut der zitierten Bestimmung lege unmissverständlich dar, dass der Auftragnehmer, falls er den Eintritt höherer Gewalt bzw von Umständen in der Sphäre des Auftraggebers diesem unverzüglich anzeige und (der Antragsteller) hiefür auch den entsprechenden Nachweis erbringe, die Fertigstellungsfristen bzw Termine um die Dauer der Einwirkung der höheren Gewalt bzw der vorher genannten Umstände erstreckt würden. Die vereinbarte Vertragsstrafe sichere allein "die Einhaltung der so verlängerten Frist oder des so erstreckten Termins" (vgl letzter Satz Punkt 2.17.3 der AGB Bau). Zu Pkt 2.17.3 AGB Bau brachte die Auftraggeberin vor, bereits der Wortlaut der zitierten Bestimmung lege unmissverständlich dar, dass der Auftragnehmer, falls er den Eintritt höherer Gewalt bzw von Umständen in der Sphäre des Auftraggebers diesem unverzüglich anzeige und (der Antragsteller) hiefür auch den entsprechenden Nachweis erbringe, die Fertigstellungsfristen bzw Termine um die Dauer der Einwirkung der höheren Gewalt bzw der vorher genannten Umstände erstreckt würden. Die vereinbarte Vertragsstrafe sichere allein "die Einhaltung der so verlängerten Frist oder des so erstreckten Termins" vergleiche letzter Satz Punkt 2.17.3 der AGB Bau).

Für Punkt 2.17.4 der AGB Bau gelte ausdrücklich die in Punkt

2.17.3 dargelegte Möglichkeit, dass der Auftragnehmer das Eintreten der Vertragsstrafe durch eine rechtzeitige ("unverzügliche") Wahrnehmung seiner Warnpflicht abwenden könne. Zeige der Werkunternehmer unverzüglich an, dass die angeordnete Unterbrechung die Fertigstellungstermine gefährde, und weise er nach, dass die Unterbrechung aus Umständen in der Sphäre des Auftraggebers resultiere, komme die Vertragsstrafe nicht zur Anwendung bzw werde der Fertigstellungstermin um die Dauer der Einwirkung der Unterbrechung erstreckt bzw entfiere die vereinbarte Vertragsstrafe bei Unzumutbarkeit. Die von der Antragstellerin vorgenommene "Interpretation" negiere den eindeutigen Wortlaut der AGB Bau.

Bei Punkt 2.20.5 der AGB Bau handle es sich um die typischste aller Garantieabreden, die im Wesentlichen gegenüber der gesetzlichen Gewährleistung lediglich eine Änderung der Beweislast bewirke.

Bei der Gewährleistung müsse der Übernehmer beweisen, dass der Mangel schon bei der Übernahme vorhanden war, was nach § 924 ABGB in der Regel sogar für die ersten sechs Monate vermutet werde (vgl auch 5.45.3.4 der ÖNORM B 2110), wogegen der Garantieberechtigte nur beweisen müsse, dass der Mangel in der "Garantiezeit" (im vorliegenden Fall mit der Gewährleistungsfrist identisch!) aufgetreten ist (EvBl 1990/7; Reidinger, Garantieabrede 44ff). Gelingen dem Auftraggeber (= Garantieberechtigter) dieser (einfache) Beweis, so könne der Auftragnehmer (= Garantieverpflichteter) den Garantieanspruch nur abwehren, wenn er beweise, dass der Übernehmer (= Auftraggeber) die Leistung (Sache) unsachgemäß gebraucht habe (der Mangel also auf einen in dessen Sphäre gelegenen Gebrauchs-, Bedienungs-, Wartungs- oder Verwahrungsfehler zurückzuführen ist) oder die Leistung (Sache) durch höhere Gewalt oder durch einen Dritten (zB bei einem Unfall) zerstört oder beschädigt worden sei (SZ 54/81; EvBl 1990/7; Reidinger aaO). Bei der

Gewährleistung müsse der Übernehmer beweisen, dass der Mangel schon bei der Übernahme vorhanden war, was nach Paragraph 924, ABGB in der Regel sogar für die ersten sechs Monate vermutet werde (vergleiche auch 5.45.3.4 der ÖNORM B 2110), wogegen der Garantieberechtigte nur beweisen müsse, dass der Mangel in der "Garantiezeit" (im vorliegenden Fall mit der Gewährleistungsfrist identisch!) aufgetreten ist (EvBl 1990/7; Reidinger, Garantieabrede 44ff). Gelingen dem Auftraggeber (= Garantieberechtigter) dieser (einfache) Beweis, so könne der Auftragnehmer (= Garantieverpflichteter) den Garantieanspruch nur abwehren, wenn er beweise, dass der Übernehmer (= Auftraggeber) die Leistung (Sache) unsachgemäß gebraucht habe (der Mangel also auf einen in dessen Sphäre gelegenen Gebrauchs-, Bedienungs-, Wartungs- oder Verwahrungsfehler zurückzuführen ist) oder die Leistung (Sache) durch höhere Gewalt oder durch einen Dritten (zB bei einem Unfall) zerstört oder beschädigt worden sei (SZ 54/81; EvBl 1990/7; Reidinger aaO).

Zusammenfassend vertritt die Auftraggeberin die Meinung, das Bundesvergabeamt sei zur Prüfung von AGB nur insoweit berufen, als sittenwidrige Klauseln zur Unkalkulierbarkeit der Preise infolge Risikoverschiebung führten. Einen solchen Zusammenhang habe die Antragstellerin trotz umfangreichen Vorbringens nicht nachvollziehbar dargelegt, und sei im Übrigen auch bei Beurteilung der beanstandeten Bestimmungen nicht feststellbar. Die beanstandeten Klauseln seien allesamt im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB nicht sittenwidrig. Daher könne auch keine "Unkalkulierbarkeit" - für die die Antragstellerin im Übrigen jegliche Begründung schuldig bleibe - vorliegen. Zusammenfassend vertritt die Auftraggeberin die Meinung, das Bundesvergabeamt sei zur Prüfung von AGB nur insoweit berufen, als sittenwidrige Klauseln zur Unkalkulierbarkeit der Preise infolge Risikoverschiebung führten. Einen solchen Zusammenhang habe die Antragstellerin trotz umfangreichen Vorbringens nicht nachvollziehbar dargelegt, und sei im Übrigen auch bei Beurteilung der beanstandeten Bestimmungen nicht feststellbar. Die beanstandeten Klauseln seien allesamt im Sinne des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB nicht sittenwidrig. Daher könne auch keine "Unkalkulierbarkeit" - für die die Antragstellerin im Übrigen jegliche Begründung schuldig bleibe - vorliegen.

In der mündlichen Verhandlung vom 25.10.2006 führte Mag. M\*\*\* auf die Frage, was in Pkt. 2.17.2 AGB unter "sofern im Einzelfall vereinbart" angesprochen werden soll, aus, dass damit die Liste im Leistungsverzeichnis auf Seite 31 gemeint sei, wobei sie betonte, dass nur Fertigstellungstermine pönalisiert seien. Andere Pönalien seien nicht vorgesehen.

Bezüglich des Vorgehens bei der Erstellung der Kalkulation des Angebotes, gab der informierte Vertreter der Antragstellerin, DI O\*\*\*, an, dass grundsätzlich bei der Kalkulation die Machbarkeit der Durchführung der ausgeschriebenen Arbeiten als Grundlage herangezogen werde. Im Falle eines Pönales in Höhe von 30% wäre aus wirtschaftlicher sowie aus wettbewerblicher Sicht die Legung eines Angebotes uninteressant. Der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin, Dr. P\*\*\*, führte dazu ergänzend aus, die Unkalkulierbarkeit werde besonders dadurch ersichtlich, dass im gegenständlichen Fall unter anderem die Errichtung einer Brücke geplant sei, bei welcher sich sehr schnell eine Verzögerung von einigen Tagen ergeben könne. Durch den Auftragnehmer müsste ein Subunternehmer herangezogen werden, der im Falle des Durchschlagens der Vertragsstrafe sofort in Konkurs gehen müsste. Unter solchen Bedingungen könnte man keinen Subunternehmer finden.

DI O\*\*\* führte weiters aus, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintretens von Pönalien begründenden sowie haftungsbegründenden Tatbeständen bei Erstellung der Kalkulationen einbezogen werden müsste. Im konkreten Fall gebe es 17 Einzelpönalien, was aus Sicht des Unternehmens ein nicht mehr überschaubares wirtschaftliches Risiko darstelle.

Wie in der mündlichen Verhandlung von Auftraggeber - und Antragstellerseite bestätigt wurde, wurden die im Leistungsverzeichnis auf Seite 13/14 erwähnten Bauphasenpläne den Bietern übermittelt. Es handle sich dabei um detaillierte, nach Ansicht der Antragstellerin sehr enge Terminplanungen, die dem Bieter keinen Spielraum einräumten, wann die einzelnen Bauphasen abgeschlossen werden müssen. Beim Bauphasenplan handle es sich nach übereinstimmender Meinung der Parteien um einen Teil der Ausschreibung.

Zu Pkt. 2.17.6 AGB geben sowohl Auftraggeberin als auch Antragstellerin an, dass es derzeit keinerlei Vereinbarungen gäbe.

Dr. P\*\*\* führt dazu aus, diese Bestimmung der AGB eröffne die Tür zu unbilligen Vereinbarungen, die im Rahmen des laufenden Bauvorhabens an den Auftragnehmer herangetragen werden und von diesem nicht abgelehnt werden könnten. Solche unbillige Vereinbarungen könnten dann über diese Regelung pönalisiert sein.

Hinsichtlich der durch den Antragsteller relevierten Überschreitungen des Vertragswasserstandes sagt die Vertreterin der Auftraggeberin zu, durch eine Nachsendung eine Klarstellung dahingehend vorzunehmen, dass im Falle des Überschreitens des Vertragswasserstandes eine Pönalisierung der Terminüberschreitung nicht stattfindet.

Dr. P\*\*\* führte aus, dass bei Montage der Brücke der Bauzeitenplan extrem kritisch, da sehr knapp, sei, jedoch grundsätzlich machbar sei. Es könnten jedoch speziell am Donaukanal, konkret Einfahrt zum Freudenauer Hafen, sehr schnell Situationen entstehen, die zu Verzögerungen führen könnten. Dann würde das Pönale voll auf den Antragsteller durchschlagen, sofern er sich nicht freibeweisen könnte. Ein solcher Freibeweis könnte einen längeren Zeitraum erfordern, während dem jedoch das Pönale gezogen werden könnte.

Die Auftraggeberseite vertrat hingegen die Meinung, dass gerade der Donaukanal vor solchen Hochwasserereignissen in diesem Bereich geschützt sei. Überdies könne die Montage und Verschweißung der Brücke auf verschiedene Arten erfolgen. Durch eine geeignete Wahl der Montage könne man diese sehr schnell unabhängig vom Stand des Wasserspiegels durchführen. Der informierte Vertreter der Antragstellerin, DI O\*\*\*, stimmte diesen Aussagen aus fachlicher Sicht zu.

I: Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Bei der ÖBB Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 7 BVergG. Die Aktien der ÖBB Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§ 2 Bundesbahngesetz). Da die ÖBB Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich bei der Auftraggeberin um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Bei der ÖBB Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 7, BVergG. Die Aktien der ÖBB Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraph 2, Bundesbahngesetz). Da die ÖBB Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich bei der Auftraggeberin um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen.

Laut Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG 2006 eingebracht und erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG 2006. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG 2006 eingebracht und erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG 2006.

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung der Anträge zuständig.

Gemäß § 2 Z 16 lit aa BVergG 2006 handelt es sich im offenen Verfahren bei der Ausschreibung um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Im gegenständlichen Fall, bilden die von der Antragstellerin bekämpften AGB Bau der Auftraggeberin gemäß Pkt.00 00.D1 21 0 Z der Ausschreibungsunterlagen einen Teil der Ausschreibung und sind daher im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens einer Überprüfung durch das Bundesvergabeamt zugänglich. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, lit aa BVergG 2006 handelt es sich im offenen Verfahren bei der Ausschreibung um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Im gegenständlichen Fall, bilden die von der Antragstellerin bekämpften AGB Bau der Auftraggeberin gemäß Pkt.00 00.D1 21 0 Z der Ausschreibungsunterlagen einen Teil der Ausschreibung und sind daher im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens einer Überprüfung durch das Bundesvergabeamt zugänglich.

II. Anzuwendende gesetzliche Bestimmungen:römisch zwei. Anzuwendende gesetzliche Bestimmungen:

Da es sich bei der Auftraggeberin - auch von der Antragstellerin unbestritten - um eine Sektorenauftraggeberin im Sinne von § 169 Abs 1 BVergG 2006 handelt, gelangt Teil 3 des Bundesvergabegesetzes, der der erstmals neu in diesem Bundesvergabegesetz geschaffen wurde und nunmehr ausdrücklich ein eigenes Vergaberechtsregime für Sektorenauftraggeber vorsieht, zur Anwendung. Da es sich bei der Auftraggeberin - auch von der Antragstellerin unbestritten - um eine Sektorenauftraggeberin im Sinne von Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 handelt, gelangt Teil 3 des Bundesvergabegesetzes, der der erstmals neu in diesem Bundesvergabegesetz geschaffen wurde und nunmehr ausdrücklich ein eigenes Vergaberechtsregime für Sektorenauftraggeber vorsieht, zur Anwendung.

§ 99 Abs 2 leg.cit., der festlegt, dass im Falle des Bestehens von ÖNORMEN oder standardisierten

Leistungsbeschreibungen diese für den Leistungsvertrag heranzuziehen und die Gründe für abweichende Festlegungen vom Auftraggeber festzuhalten und dem Unternehmer auf Anfrage bekannt zu geben sind, hat im Sektorenbereich keine Geltung. Eine dieser Bestimmung vergleichbare Regelung gibt es in Teil 3 des Gesetzes nicht. Paragraph 99, Absatz 2, leg.cit., der festlegt, dass im Falle des Bestehens von ÖNORMEN oder standardisierten Leistungsbeschreibungen diese für den Leistungsvertrag heranzuziehen und die Gründe für abweichende Festlegungen vom Auftraggeber festzuhalten und dem Unternehmer auf Anfrage bekannt zu geben sind, hat im Sektorenbereich keine Geltung. Eine dieser Bestimmung vergleichbare Regelung gibt es in Teil 3 des Gesetzes nicht.

III: Zum Antragsvorbringen im Einzelnen:

Vorauszuschicken ist, dass der vom Bundesvergabeamt anzulegende Prüfmaßstab für die angefochtenen Klauseln der AGB Bau der Auftraggeberin einzig die allgemeinen Regelungen einerseits des § 187 BVergG 2006 sowie andererseits des § 236 Abs 3 leg.cit bilden. § 187 BVergG 2006 regelt die Grundsätze des Vergabeverfahrens im Sektorenbereich. Die bekämpften allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Ausschreibung sind danach durch das Bundesvergabeamt daraufhin zu prüfen, ob sie die Durchführung eines Vergabeverfahrens unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gewährleisten. Andererseits soll nach § 236 Abs 3 BVergG 2006 die Ausschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote und die Ermittlung der Preise durch die Bieter sicherstellen. Vorauszuschicken ist, dass der vom Bundesvergabeamt anzulegende Prüfmaßstab für die angefochtenen Klauseln der AGB Bau der Auftraggeberin einzig die allgemeinen Regelungen einerseits des Paragraph 187, BVergG 2006 sowie andererseits des Paragraph 236, Absatz 3, leg.cit bilden. Paragraph 187, BVergG 2006 regelt die Grundsätze des Vergabeverfahrens im Sektorenbereich. Die bekämpften allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Ausschreibung sind danach durch das Bundesvergabeamt daraufhin zu prüfen, ob sie die Durchführung eines Vergabeverfahrens unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gewährleisten. Andererseits soll nach Paragraph 236, Absatz 3, BVergG 2006 die Ausschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote und die Ermittlung der Preise durch die Bieter sicherstellen.

Zu Spruchpunkt 1:

Die Antragstellerin beantragte, wie unter Spruchpunkt 1 ersichtlich, die Ausschreibung für nichtig zu erklären. Ein Vorbringen, wodurch sie sich durch die Ausschreibung insgesamt als beschwert erachtet, erstattete die Antragstellerin jedoch nicht. Die Begründung des Antrages richtet sich vielmehr gegen einzelne Bestimmungen der einen Teil der Ausschreibung bildenden AGB Bau der Auftraggeberin und wird auch folgerichtig im Eventualantrag konkret die Nichtigklärung einzelner Punkte dieser AGB Bau begehrt. Da weder ein substantiiertes Vorbringen bezüglich der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit erstattet wurde, noch dem Senat bei Prüfung der vorgelegten Unterlagen dahingehend Bedenken entstanden sind, war der Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung abzuweisen.

Zu Spruchpunkt 2:

Zu den von der Antragstellerin bekämpften Klauseln der AGB Bau im Einzelnen:

AGB 2.17.2 lautet:

"Bei Überschreitung der in 2.17.1 genannten Fertigstellungsfristen bzw. -termine kann der Auftraggeber - sofern im Einzelfall vereinbart - neben der unverzüglichen Fertigstellung der bedungenen Arbeiten auch eine Vertragsstrafe, deren Gesamthöhe 30% der Auftragssumme jedoch nicht übersteigt, verlangen. Die Einforderung einer solchen Vertragsstrafe sowie eines über diese hinausgehenden Schadens bleibt dem Auftraggeber ungeachtet der Höhe der Auftragssumme und selbst dann vorbehalten, wenn er die verspätete Leistung annimmt. § 1336 Absatz 2 ABGB (über das richterliche Mäßigungsrecht) ist abweichend von 5.36.1 der ÖNORM B 2110 nicht anzuwenden. Diese Rechte stehen dem Auftraggeber selbst dann zu, wenn den Auftragnehmer an der Überschreitung der Fertigstellungsfristen bzw. -termine kein Verschulden trifft." "Bei Überschreitung der in 2.17.1 genannten Fertigstellungsfristen bzw. -termine kann der Auftraggeber - sofern im Einzelfall vereinbart - neben der unverzüglichen Fertigstellung der bedungenen Arbeiten auch eine Vertragsstrafe, deren Gesamthöhe 30% der Auftragssumme jedoch nicht übersteigt, verlangen. Die Einforderung einer solchen Vertragsstrafe sowie eines über diese hinausgehenden Schadens bleibt dem Auftraggeber ungeachtet der Höhe der Auftragssumme und selbst dann vorbehalten, wenn er die verspätete Leistung annimmt.

Paragraph 1336, Absatz 2 ABGB (über das richterliche Mäßigungsrecht) ist abweichend von 5.36.1 der ÖNORM B 2110 nicht anzuwenden. Diese Rechte stehen dem Auftraggeber selbst dann zu, wenn den Auftragnehmer an der Überschreitung der Fertigstellungsfristen bzw. -termine kein Verschulden trifft."

Die Antragstellerin vertritt zu dieser Klausel die Meinung, dass zwar theoretisch denkbar sei, dass der Auftraggeberin ein Schaden in Höhe von 5% der Auftragssumme entstehen könnte, es aber praktisch ausgeschlossen sei, dass der Schaden 30% der Auftragssumme ausmachen könnte. Eine Vertragsstrafe in dieser Höhe stehe daher in einem auffallenden Missverhältnis zu den schutzwürdigen Interessen und erreiche einen Betrag, der sich nicht einmal annähernd als Schaden niederschlagen könnte, was allein deshalb Sittenwidrigkeit der Klausel bedeute. Zum Beweis dafür zitiert die Antragstellerin die Entscheidung des OGH vom 29.1.2001, 3 Ob 87/99m. In dieser Entscheidung führt der OGH unter anderem aus, dass als sittenwidrig nicht schon die Höhe des Pönales angesehen werden könne, sondern das mit dem Verlust des gesamten Entgeltanspruches verbundene Missverhältnis zwischen dem Vermögensvorteil des Pönalegläubigers und dem Vermögensnachteil des Pönaleschuldners, wenn nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge - bezogen auf den konkreten Fall - ein derart hoher Schaden nicht annähernd entstehen konnte, weshalb eine solche Vereinbarung dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechen könne. Eine Vereinbarung bezüglich einer Konventionalstrafe sei daher dann als sittenwidrig gemäß § 879 Abs. 1 ABGB anzusehen, wenn ein derart hoher Schaden nicht annähernd entstehen könnte. Weiters führt der OGH aus, eine gröbliche Benachteiligung sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen stehe (Sz 56/62). Die Antragstellerin vertritt zu dieser Klausel die Meinung, dass zwar theoretisch denkbar sei, dass der Auftraggeberin ein Schaden in Höhe von 5% der Auftragssumme entstehen könnte, es aber praktisch ausgeschlossen sei, dass der Schaden 30% der Auftragssumme ausmachen könnte. Eine Vertragsstrafe in dieser Höhe stehe daher in einem auffallenden Missverhältnis zu den schutzwürdigen Interessen und erreiche einen Betrag, der sich nicht einmal annähernd als Schaden niederschlagen könnte, was allein deshalb Sittenwidrigkeit der Klausel bedeute. Zum Beweis dafür zitiert die Antragstellerin die Entscheidung des OGH vom 29.1.2001, 3 Ob 87/99m. In dieser Entscheidung führt der OGH unter anderem aus, dass als sittenwidrig nicht schon die Höhe des Pönales angesehen werden könne, sondern das mit dem Verlust des gesamten Entgeltanspruches verbundene Missverhältnis zwischen dem Vermögensvorteil des Pönalegläubigers und dem Vermögensnachteil des Pönaleschuldners, wenn nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge - bezogen auf den konkreten Fall - ein derart hoher Schaden nicht annähernd entstehen konnte, weshalb eine solche Vereinbarung dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprechen könne. Eine Vereinbarung bezüglich einer Konventionalstrafe sei daher dann als sittenwidrig gemäß Paragraph 879, Absatz eins, ABGB anzusehen, wenn ein derart hoher Schaden nicht annähernd entstehen könnte. Weiters führt der OGH aus, eine gröbliche Benachteiligung sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen stehe (Sz 56/62).

Wie die Auftraggeberin in ihren Schriftsätzen ausführte, ist die Höhe der in den AGB festgelegten Pönalien darin begründet, dass in Koordination mit Wiener Hafen und Bundesstraßenverwaltung Sperren sowohl für den Hafen als auch für die durch das Baugelände führende B14 durchzuführen seien und jede Projektverzögerung einen massiven finanziellen Mehraufwand für die Auftraggeberin bedeuten würde. Eine Verlängerung der im Vorfeld vereinbarten Dauer der Verkehrsunterbrechung würde erhebliche finanzielle Aufwendungen und Schadenersatzansprüche an die Auftraggeberin mit sich bringen. Gemäß diesem glaubwürdigen Vorbringen, das auch durch die Antragstellerin unbestritten blieb, ist die Höhe der Vertragsstrafe, bei welcher es sich um einen pauschalierten Schadenersatz handelt, als durchaus angemessen zu sehen, da auch die Auftraggeberin selbst in der vorliegenden Fallkonstellation unter massivem Erfüllungsdruck steht.

In dem von der Antragstellerin angeführten Urteil des OGH wird letztlich die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben und für das fortgesetzte Verfahren im Sinne der Grundsätze der Entscheidung Sz 56/62 der Auftrag erteilt, zu klären, ob der pauschalierte Schadensbetrag vom durchschnittlichen, auf objektiver Grundlage zu erwartenden Schaden, abweicht. Führe diese Beweisaufnahme zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen für eine Nichtigkeit nach § 879 Abs. 1 ABGB gegeben seien, bedeute dies jedoch nicht den gänzlichen Wegfall der vereinbarten Konventionalstrafe. Diese sei dann vielmehr vom Gericht in jener Höhe festzusetzen, in der ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 879 Abs. 1 ABGB noch nicht zu erblicken sei. In dem von der Antragstellerin angeführten Urteil des OGH wird letztlich die Entscheidung

der Vorinstanz aufgehoben und für das fortgesetzte Verfahren im Sinne der Grundsätze der Entscheidung Sz 56/62 der Auftrag erteilt, zu klären, ob der pauschalierte Schadensbetrag vom durchschnittlichen, auf objektiver Grundlage zu erwartenden Schaden, abweicht. Führe diese Beweisaufnahme zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen für eine Nichtigkeit nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB gegeben seien, bedeute dies jedoch nicht den gänzlichen Wegfall der vereinbarten Konventionalstrafe. Diese sei dann vielmehr vom Gericht in jener Höhe festzusetzen, in der ein Verstoß gegen die Vorschrift des Paragraph 879, Absatz eins, ABGB noch nicht zu erblicken sei.

Wie sich aus diesen Aussagen des OGH ergibt, obliegt es den Zivilgerichten im Fall des Eintretens einer Konventionalstrafe diese danach zu beurteilen, ob zwischen dem Vermögensvorteil des Pönalegläubigers und dem Vermögensnachteil des Pönaleschuldners ein grobes Missverhältnis vorliegt. Diese Beurteilung ist jedoch am konkreten Schadensfall vorzunehmen und kann durch das Bundesvergabeamt keinesfalls notwendigerweise abstrakt und losgelöst von einem konkreten Schadensfall im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Anfechtung einer Ausschreibung vorgenommen werden. Auf Grund der oben erläuterten Judikatur des OGH kann sohin weder ein Verstoß gegen § 187 BVergG 2006 noch ein Verstoß gegen § 236 Abs 3 leg.cit. erblickt werden. Dass die Klausel 2.17.2 dem Gleichbehandlungsprinzip oder dem Prinzip des freien und lauterer Wettbewerbes widersprechen könnte, ist nicht hervorgekommen. Wie sich aus diesen Aussagen des OGH ergibt, obliegt es den Zivilgerichten im Fall des Eintretens einer Konventionalstrafe diese danach zu beurteilen, ob zwischen dem Vermögensvorteil des Pönalegläubigers und dem Vermögensnachteil des Pönaleschuldners ein grobes Missverhältnis vorliegt. Diese Beurteilung ist jedoch am konkreten Schadensfall vorzunehmen und kann durch das Bundesvergabeamt keinesfalls notwendigerweise abstrakt und losgelöst von einem konkreten Schadensfall im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Anfechtung einer Ausschreibung vorgenommen werden. Auf Grund der oben erläuterten Judikatur des OGH kann sohin weder ein Verstoß gegen Paragraph 187, BVergG 2006 noch ein Verstoß gegen Paragraph 236, Absatz 3, leg.cit. erblickt werden. Dass die Klausel 2.17.2 dem Gleichbehandlungsprinzip oder dem Prinzip des freien und lauterer Wettbewerbes widersprechen könnte, ist nicht hervorgekommen.

Zur Frage der Kalkulierbarkeit der konkreten Klausel stellt sich die Frage, wieso eine Pauschalierung des Schadenersatzes in der Höhe von 5%, nicht aber eine solche von 30% bei der Preiskalkulation berücksichtigt werden könnte. Dazu führte der informierte Vertreter der Antragstellerin, DI O\*\*\* in der mündlichen Verhandlung vom 25.10.2006 aus, dass ein Pönale in Höhe von 30% aus wirtschaftlicher sowie aus wettbewerblicher Sicht die Legung eines Angebotes uninteressant mache. Dass die rechnerische Kalkulierbarkeit nicht gegeben wäre, wurde von der Antragstellerin in keiner Lage des Verfahrens behauptet.

AGB Pkt. 2.17.3 lautet:

"Ist der Auftragnehmer an der Fertigstellung der von ihm übernommenen Arbeiten durch höhere Gewalt bzw. durch Umstände in der Sphäre des Auftraggebers gehindert, so bleibt seine Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe bzw. zur Leistung des über diese hinausgehenden Schadenersatzes dessen ungeachtet aufrecht. Zeigt der Auftragnehmer allerdings den Eintritt höherer Gewalt bzw. von Umständen in der Sphäre des Auftraggebers diesem unverzüglich an und erbringt er hierfür auch den entsprechenden Nachweis, so werden die Fertigstellungsfristen bzw. -termine um die Dauer der Einwirkung der höheren Gewalt bzw. der vorher genannten Umstände erstreckt; die vereinbarte Vertragsstrafe sichert sodann, außer bei Unzumutbarkeit, die Einhaltung der so verlängerten Frist oder des so erstreckten Termins."

AGB Pkt. 2.17.4 lautet:

"Der Auftraggeber kann die Unterbrechung der Arbeiten des Auftragnehmers anordnen, sofern dies aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen erforderlich ist; für eine vereinbarte Vertragsstrafe gilt bei solchen Unterbrechungen

2.17.3 entsprechend."

Sinngemäß bringt die Antragstellerin zu diesen beiden Klauseln vor, die Auftraggeberin wolle die Zahlung der Vertragsstrafe sogar dann Aufrecht erhalten, wenn Umstände aus ihrer eigenen Sphäre oder Fälle höherer Gewalt zu einer Fristverlängerung oder Terminerstreckung führten. Dies würde bedeuten, dass die Auftraggeberin sich durch die Auftragnehmerin einen von ihr verschuldeten Verzug finanzieren ließe. Dasselbe gelte für die Klausel Pkt. 2.17.4 AGB, wo eine Unterbrechung aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen eine Vertragsstrafe iSd Pkt. 2.17.3 AGB begründe.

Wie eine Durchsicht der oben wiedergegebenen Bestimmungen ergibt, legt Pkt. 2.17.3 nichts anderes fest, als dass der Auftragnehmer auch dann zur Zahlung der Vertragsstrafe bzw. zur Leistung des über diese hinausgehenden Schadenersatzes verpflichtet bleibt, wenn er an der Fertigstellung der von ihm übernommenen Arbeit durch höhere Gewalt bzw. durch Umstände in der Sphäre des Auftraggebers gehindert werde. Allerdings räumen die AGB Bau dem Auftragnehmer im nächsten Satz die Möglichkeit ein, den Eintritt der höheren Gewalt bzw. der Umstände die in der Sphäre des Auftraggebers begründet sind, aufzuzeigen und entsprechende Nachweise darüber zu erbringen, was eine Erstreckung der Fertigstellungsfristen bzw. -termine um die Dauer der Einwirkung der höheren Gewalt bewirke. Die vereinbarte Vertragsstrafe sichert dann nur, außer bei Unzumutbarkeit, die Einhaltung der auf diese Weise verlängerten Frist oder des auf diese Weise erstreckten Termins. Diese Grundsätze, erstreckt auf Fälle höherer Gewalt, finden in der Entscheidung des OGH vom 23.2.1999, 1 Ob 58/90f Deckung. Gemäß dieser Entscheidung werden die vertraglich festgelegten Fertigstellungsfristen im gleichen Ausmaß verlängert, wenn es in Folge in der Sphäre des Bestellers liegender Umstände zu kurzfristigen, überschaubaren Verzögerungen kommt. Dabei ist es gleichgültig, ob solche Verzögerungen auf vom Besteller angeordnete Leistungsänderungen oder zusätzliche Leistungen oder auf zögerliche oder mangelhafte Mitwirkung des Bestellers zurückzuführen sind. Überschreiten solche Hindernisse oder Leistungsänderungen das zeitliche Maß des Üblichen, auf das sich jeder Werkunternehmer einstellen muss, wird also der Zeitplan "über den Haufen geworfen", so gibt es keine verbindliche Fertigstellungsfrist mehr und die Strafabrede geht ins Leere. Dies selbst dann, wenn der Unternehmer zur Leistung in angemessener Frist verhalten bleibt und insofern auch in Verzug geraten kann. An die Stelle der vereinbarten ursprünglichen Fertigstellungsfrist tritt die neu vereinbarte und in Ermangelung einer solchen, eine angemessene Frist. Die in Pkt. 2.17.3 festgelegte Verständigungspflicht, die sich auch auf Fälle höhere Gewalt erstreckt, ist sachangemessen, da der Werkunternehmer in der Regel näher zur Sache ist, als der Auftraggeber und entspricht der im ABGB festgelegten Schadensminderungspflicht.

Nichts anderes kann für die Klausel unter Pkt. 2.17.4 gelten, welche ausdrücklich auf Pkt. 2.17.3 Bezug nimmt.

AGB Pkt. 2.17.6 lautet:

"Mit Ausnahme der prozentuellen Begrenzung in 2.17.2 gilt die vorstehende Regelung uneingeschränkt auch für Vertragsstrafen, die aus anderen Gründen (etwa zur Sicherstellung besonderer Eigenschaften) vereinbart wurden."

Zu Pkt. 2.17.6 AGB brachte die Antragstellerin vor, dass mit dieser Regelung eine grenzenlose Vertragsstrafenregelung vorliege. Demnach könnte die Auftraggeberin Vertragsstrafen fordern, die mehr als 30% der Auftragssumme ausmachten.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 25.10.2006 stimmten sowohl die Auftraggeberin als auch die Antragstellerin darin überein, dass es derzeit keinerlei Vereinbarungen iSv Pkt. 2.17.6 gebe. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin führte jedoch dazu aus, dass durch diese Bestimmung die Tür zu unbilligen Vereinbarungen, die im Rahmen des laufenden Bauvorhabens an den Auftragnehmer herangetragen werden und von diesem nicht abgelehnt werden könnten, eröffnet würde. Solche unbillige Vereinbarungen könnten dann über diese Regelung pönalisiert sein. Da diese Regelung derzeit in keiner Weise schlagend werden kann, weil es derzeit keine für die Geltung dieser Klausel notwendigen Vereinbarungen gibt, kann von einer Unkalkulierbarkeit oder einem Verstoß gegen § 187 BVergG 2006 oder § 236 Abs 3 leg.cit. nicht ausgegangen werden. Die von Seiten der Antragstellerin vorgebrachten Befürchtungen hinsichtlich rein hypothetischer zukünftiger, durch die Auftraggeberin nach Vertragsabschluss an sie herangetragener, unbilliger zusätzlicher Vereinbarungen im Rahmen des laufenden Bauvorhabens, können keine Grundlage für eine Nichtigkeitsklärung der bekämpften Klausel bilden. Im übrigen wäre eine solche Vereinbarung auch von der Zustimmung des Auftragnehmers abhängig. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 25.10.2006 stimmten sowohl die Auftraggeberin als auch die Antragstellerin darin überein, dass es derzeit keinerlei Vereinbarungen iSv Pkt. 2.17.6 gebe. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin führte jedoch dazu aus, dass durch diese Bestimmung die Tür zu unbilligen Vereinbarungen, die im Rahmen des laufenden Bauvorhabens an den Auftragnehmer herangetragen werden und von diesem nicht abgelehnt werden könnten, eröffnet würde. Solche unbillige Vereinbarungen könnten dann über diese Regelung pönalisiert sein. Da diese Regelung derzeit in keiner Weise schlagend werden kann, weil es derzeit keine für die Geltung dieser Klausel notwendigen Vereinbarungen gibt, kann von einer Unkalkulierbarkeit oder einem Verstoß gegen Paragraph 187, BVergG 2006 oder Paragraph 236, Absatz 3, leg.cit. nicht ausgegangen werden. Die von Seiten der Antragstellerin vorgebrachten Befürchtungen hinsichtlich rein hypothetischer zukünftiger, durch die Auftraggeberin nach

Vertragsabschluss an sie herangetragener, unbilliger zusätzlicher Vereinbarungen im Rahmen des laufenden Bauvorhabens, können keine Grundlage für eine Nichtigkeitsklärung der bekämpften Klausel bilden. Im übrigen wäre eine solche Vereinbarung auch von der Zustimmung des Auftragnehmers abhängig.

AGB Pkt. 2.20.5 lautet:

"Der Auftragnehmer garantiert dem Auftraggeber ausdrücklich die Mängelfreiheit der gesamten Leistung während der Gewährleistungsfrist (2.20.3)."

Gemäß § 924 ABGB ist nur für die bei der Übergabe der Sache vorhandenen Mängel Gewähr zu leisten. Für Mängel, die erst nach der Ablieferung auftreten und nicht schon bei der Übergabe vorhanden sind, haftet der Übergeber nicht. § 924 leg. cit. knüpft an die Vermutung an, dass ein Mangel schon bei der Übergabe vorhanden war, wenn er innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Diese Vermutung greift auch, wenn der Mangel erst nach Ablauf der sechs Monate, aber innerhalb der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend gemacht wird und bewiesen werden kann, dass der Mangel in den sechs Monaten nach der Übergabe aufgetreten ist (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II [2001], Seite 76). Gemäß Paragraph 924, ABGB ist nur für die bei der Übergabe der Sache vorhandenen Mängel Gewähr zu leisten. Für Mängel, die erst nach der Ablieferung auftreten und nicht schon bei der Übergabe vorhanden sind, haftet der Übergeber nicht. Paragraph 924, leg. cit. knüpft an die Vermutung an, dass ein Mangel schon bei der Übergabe vorhanden war, wenn er innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Diese Vermutung greift auch, wenn der Mangel erst nach Ablauf der sechs Monate, aber innerhalb der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend gemacht wird und bewiesen werden kann, dass der Mangel in den sechs Monaten nach der Übergabe aufgetreten ist (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> römisch zwei [2001], Seite 76).

Im vorliegenden Fall wurde eine Beweislastumkehr, wie sie unter Kaufleuten zulässig und auch üblich ist, statuiert. Es handelt sich im gegenständlichen Fall um eine so genannte unechte Garantie, mit welcher der Unternehmer auch inhaltlich über die Gewährleistung hinausgehende Pflichten übernimmt, z.B. wenn er dafür einsteht, dass innerhalb des Garantiezeitraumes keine Mängel auftreten. Ein solcher Inhalt der Garantie wird aufgrund der Verkehrsüblichkeit im Zweifel anzunehmen sein (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II [2001] Seite 91). Im vorliegenden Fall wurde eine Beweislastumkehr, wie sie unter Kaufleuten zulässig und auch üblich ist, statuiert. Es handelt sich im gegenständlichen Fall um eine so genannte unechte Garantie, mit welcher der Unternehmer auch inhaltlich über die Gewährleistung hinausgehende Pflichten übernimmt, z.B. wenn er dafür einsteht, dass innerhalb des Garantiezeitraumes keine Mängel auftreten. Ein solcher Inhalt der Garantie wird aufgrund der Verkehrsüblichkeit im Zweifel anzunehmen sein (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> römisch zwei [2001] Seite 91).

Derartige Vertragsbestimmungen sind zwischen Kaufleuten durchaus üblich und widersprechen auch nicht den Bestimmungen des ABGB.

AGB Pkt. 2.21.1 lautet:

"Schadenersatz- und Regressansprüche einschließlich aller Ansprüche nach den österreichischen Produkthaftungsvorschriften stehen dem Auftraggeber grundsätzlich ungeschmälert zu. Es bleibt dem Ermessen des Auftraggebers vorbehalten, ob er wegen des Mangels selbst zunächst entweder Verbesserung oder den Austausch der Sache oder aber sogleich Geldersatz begehrt. Verlangt er Verbesserung, so hat der Auftragnehmer die Mängel auf seine Gefahr und Kosten unverzüglich zu beheben. Der Auftragnehmer hat über Verlangen des Auftraggebers mangelhafte Teile der Leistung auf seine Gefahr und Kosten unverzüglich gegen mängelfreie Teile auszutauschen. Bei jeder Art von Schaden trifft den Auftragnehmer während der gesamten Dauer der Verjährungsfrist die Beweislast dafür, dass ihn daran kein Verschulden trifft. Kann der Auftragnehmer jedoch nachweisen, dass ihm an einem dem Auftraggeber nicht am Vertragsgegenstand, selbst erwachsenen Sach- oder Vermögensschaden weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so ist seine Haftung -bei einer Auftragssumme, das ist bei Rahmenverträgen die Auftragssumme des vom Schaden betroffenen Abrufs, bis 12,5 Mio EUR mit 5 Mio EUR,

-bei einer höheren Auftragssumme, das ist bei Rahmenverträgen die höhere Auftragssumme des vom Schaden betroffenen Abrufs, mit 40% der Auftragssumme je Schadensfall begrenzt.

Diese Haftungsbegrenzungen gelten sinngemäß auch für Schadenersatz- und Regressansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber. Sonstige Einschränkungen und Ausschlüsse der Haftung des Auftragnehmers jedweder Art bzw. die Verpflichtung zur Überbindung von Haftungsausschüssen an Abnehmer sind nicht vereinbart. 5.47.1.2, 5.47.3

und 5.47.4 der ÖNORM B 2110 sind nicht anzuwenden."

Die Antragstellerin bringt zu dieser Klausel vor, sie umfasse Schadenersatz und Regressansprüche einschließlich aller Ansprüche nach Produkthaftungsvorschriften. Für Fälle leichter Fahrlässigkeit werde pro Schadensfall eine Grenze gezogen, die jenseits der ÖNORM B 2110 und aller tatsächlichen Gegebenheiten liege. Die Auftraggeberin könne bis zu 40% der Auftragssumme als Schadenersatz verlangen, womit offensichtlich versucht werde, eine uferlose Haftung zu begründen. Da im vorliegenden Fall - wie bereits unter Punkt II erörtert - die ÖNORM B 2110 keinesfalls zur Anwendung gelangt, kann die Auftraggeberin ausschließlich auf die Regelung des ABGB abstellen. Die Bestimmung folgt § 1293f ABGB und regelt, dass dem Auftraggeber Ersatzansprüche ungeschmälert zustehen. Schäden, die vom Auftragnehmer nur leicht fahrlässig verursacht wurden, sind durch diese Klausel mit 40% der Auftragssumme je Schadensfall begrenzt. In Abwandlung zur Rechtslage nach ABGB wurde durch die Begrenzung des Schadenersatzes bei leichter Fahrlässigkeit eine Besserstellung der Auftragnehmer geregelt. Die Antragstellerin bringt zu dieser Klausel vor, sie umfasse Schadenersatz und Regressansprüche einschließlich aller Ansprüche nach Produkthaftungsvorschriften. Für Fälle leichter Fahrlässigkeit werde pro Schadensfall eine Grenze gezogen, die jenseits der ÖNORM B 2110 und aller tatsächlichen Gegebenheiten liege. Die Auftraggeberin könne bis zu 40% der Auftragssumme als Schadenersatz verlangen, womit offensichtlich versucht werde, eine uferlose Haftung zu begründen. Da im vorliegenden Fall - wie bereits unter Punkt römisch zwei erörtert - die ÖNORM B 2110 keinesfalls zur Anwendung gelangt, kann die Auftraggeberin ausschließlich auf die Regelung des ABGB abstellen. Die Bestimmung folgt Paragraph 1293 f, ABGB und regelt, dass dem Auftraggeber Ersatzansprüche ungeschmälert zustehen. Schäden, die vom Auftragnehmer nur leicht fahrlässig verursacht wurden, sind durch diese Klausel mit 40% der Auftragssumme je Schadensfall begrenzt. In Abwandlung zur Rechtslage nach ABGB wurde durch die Begrenzung des Schadenersatzes bei leichter Fahrlässigkeit eine Besserstellung der Auftragnehmer geregelt.

AGB Pkt. 2.23.1 lautet:

"Sind mehrere Auftragnehmer am Ort der Leistungserbringung beschäftigt, so haften sie für alle während ihrer dort erbrachten Tätigkeit entstandenen Gebäude-, Flur- und sonstigen Schäden, sofern Urheber dieser Beschädigungen nicht feststellbar sind, anteilmäßig im Verhältnis ihrer ursprünglichen Auftragssummen, betraglich jedoch unbeschränkt."

Die Antragstellerin bringt vor, die oben wieder gegebene Regelung entspreche keineswegs der Rechtssprechung, da mehrere Auftragnehmer für die während ihrer Tätigkeit entstandenen Schäden, deren Verursacher nicht festgestellt werden könnten, im Verhältnis ihrer Auftragssummen und betraglich unbeschränkt haften sollten. Zum Beleg dafür führt die Antragstellerin die Entscheidung des OGH vom 25.2.1999, 6 Ob 320/98x an. Dieser Entscheidung liegt jedoch ein gänzlich anderer Sachverhalt zugrunde, nämlich, dass nach der dort zu beurteilenden Klausel alle Auftragnehmer in den Kreis der Haftpflichtigen einbezogen wurden, egal, ob ihre Leistung im Zeitpunkt der Schädigung bereits abgenommen war oder nicht. Im vorliegenden Fall hingegen wird die anteilmäßige Haftung nur schlagend, wenn der Urheber des Schadens nicht feststellbar ist, wobei jedoch jene Auftragnehmer, die nicht mehr am Ort der Leistungserbringung beschäftigt waren, als es zum Schaden kam, von dieser Haftung nicht erfasst werden. Darüber hinaus wird unter Pkt. 2.23.3 Pkt.5.43 der ÖNORM B 2110 ausdrücklich in Kraft gesetzt, was bedeutet, dass dem Auftragnehmer die Möglichkeit eingeräumt ist, zu beweisen, dass die Beschädigung weder durch ihn noch durch seine Erfüllungsgehilfen verursacht werden konnte. Im Sinne der oberstgerichtlichen Judikatur liegt somit kein Verstoß vor.

Die Prüfung der oben angeführten, von der Antragstellerin bekämpften Klauseln der AGB Bau, hat weder einen Verstoß gegen die Bestimmungen des ABGB noch einen Verstoß gegen die in § 187 BVergG 2006 festgelegten Grundprinzipien für die Durchführung eines Vergabeverfahrens sowie gegen § 236 Abs 3 leg.cit. ergeben. Die Prüfung der oben angeführten, von der Antragstellerin bekämpften Klauseln der AGB Bau, hat weder einen Verstoß gegen die Bestimmungen des ABGB noch einen Verstoß gegen die in Paragraph 187, BVergG 2006 festgelegten Grundprinzipien für die Durchführung eines Vergabeverfahrens sowie gegen Paragraph 236, Absatz 3, leg.cit. ergeben.

Kalkulation:

Zum Vorbringen, dass aufgrund der bekämpften AGB eine Kalkulation für den Auftragnehmer unmöglich gewesen sei, ist der Antragstellerin entgegen zu halten, dass sie zur bekämpften mangelnden Kalkulierbarkeit kein substantiiertes Vorbringen zu den einzelnen Punkten erstattet hat. Die Antragstellerin beschränkte sich vielmehr darauf, jeweils allgemein zu behaupten, die AGB machten eine Preiskalkulation zur Legung eines Angebotes unmöglich. Wie jedoch

auf ausdrückliches Befragen in der mündlichen Verhandlung vom 25.10.2006 durch den informierten Vertreter der Antragstellerin, DI O\*\*\*, ausgeführt wurde, sieht sich die Antragstellerin ausschließlich aus wirtschaftlicher und wettbewerblicher Sicht nicht in der Lage, unter den Bedingungen der bekämpften ABG ein Anbot zu legen. Dass eine Kalkulation rein rechnerisch nicht erstellt werden konnte, wurde hingegen nicht behauptet. Vielmehr kam im Rahmen der mündlichen Verhandlung zutage, dass es offensichtlich für die Antragstellerin bislang nicht möglich war, den für die Errichtung einer Brücke notwendigen Subunternehmer zu finden. Nach Ansicht von DI O\*\*\* sei bei 17 Einzelpönanlagen aus der Sicht des Unternehmens ein nicht mehr überschaubares wirtschaftliches Risiko gegeben.

Richtschnur für den Bieter ist es, die Preise sachkundig, nach den Regeln der Betriebswirtschaft zu ermitteln. Ob der Bieter tatsächlich zu betriebswirtschaftlich sachgerecht ermittelten Preisen anbietet, bleibt allerdings im Rahmen seiner Angebotsstrategie ihm überlassen (Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 60 Rz 79). Dem Bundesvergabebeamten obliegt ausschließlich die Prüfung, ob die hier bekämpfte Ausschreibung eine ausreichende Grundlage für eine nachvollziehbare und auch den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechende Preiskalkulation eines Bieters sein kann. Allein anhand dieser allgemeinen Grundsätze darf das Bundesvergabeamt prüfen, ob die Ausschreibung die entsprechenden konkreten Vorgaben für eine rechnerisch korrekte Kalkulation bietet und die auf dieser Basis vorgenommene Kalkulation rechnerisch nachvollziehbar und mit den Kalkulationen der übrigen Bieter vergleichbar ist. Die Nachprüfungsbehörde hat dabei einen objektiven Maßstab anzulegen. Von der Möglichkeit der rechnerischen Erstellung einer Preiskalkulation grundsätzlich unabhängig ist die Frage zu sehen, inwieweit ein Unternehmen es für wirtschaftlich als sinnvoll erachtet, sich dann tatsächlich an einem konkreten Vergabeverfahren zu beteiligen. Dabei handelt es sich um einen rein subjektiven, in der Bietersphäre liegenden Aspekt, der die betriebswirtschaftliche Seite einer Angebotslegung durch das einzelne Unternehmen betrifft. Die Prüfung der Ausschreibung oder einzelner Punkte der Ausschreibung unter Bezug auf Komponenten und allenfalls auch subjektive betriebswirtschaftliche Probleme des die Ausschreibung bekämpfenden einzelnen Bewerbers, die mit einer Angebotslegung für das einzelne Unternehmen verbunden sind, können, mangels Grundlagen hierfür im Bundesvergabegesetz, niemals Gegenstand einer Nachprüfung der Ausschreibung durch das Bundesvergabeamt sein. Richtschnur für den Bieter ist es, die Preise sachkundig, nach den Regeln der Betriebswirtschaft zu ermitteln. Ob der Bieter tatsächlich zu betriebswirtschaftlich sachgerecht ermittelten Preisen anbietet, bleibt allerdings im Rahmen seiner Angebotsstrategie ihm überlassen (Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 60, Rz 79). Dem Bundesvergabebeamten obliegt ausschließlich die Prüfung, ob die hier bekämpfte Ausschreibung eine ausreichende Grundlage für eine nachvollziehbare und auch den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechende Preiskalkulation eines Bieters sein kann. Allein anhand dieser allgemeinen Grundsätze darf das Bundesvergabeamt prüfen, ob die Ausschreibung die entsprechenden konkreten Vorgaben für eine rechnerisch korrekte Kalkulation bietet und die auf dieser Basis vorgenommene Kalkulation rechnerisch nachvollziehbar und mit den Kalkulationen der übrigen Bieter vergleichbar ist. Die Nachprüfungsbehörde hat dabei einen objektiven Maßstab anzulegen. Von der Möglichkeit der rechnerischen Erstellung einer Preiskalkulation grundsätzlich unabhängig ist die Frage zu sehen, inwieweit ein Unternehmen es für wirtschaftlich als sinnvoll erachtet, sich dann tatsächlich an einem konkreten Vergabeverfahren zu beteiligen. Dabei handelt es sich um einen rein subjektiven, in der Bietersphäre liegenden Aspekt, der die betriebswirtschaftliche Seite einer Angebotslegung durch das einzelne Unternehmen betrifft. Die Prüfung der Ausschreibung oder einzelner Punkte der Ausschreibung unter Bezug auf Komponenten und allenfalls auch subjektive betriebswirtschaftliche Probleme des die Ausschreibung bekämpfenden einzelnen Bewerbers, die mit einer Angebotslegung für das einzelne Unternehmen verbunden sind, können, mangels Grundlagen hierfür im Bundesvergabegesetz, niemals Gegenstand einer Nachprüfung der Ausschreibung durch das Bundesvergabeamt sein.

Im gegenständlichen Fall ist im Rahmen der mündlichen Verhandlung eindeutig hervorgekommen (Gegenteiliges wurde auch im schriftlichen Vorbringen nicht behauptet), dass zwar der Antragstellerin offensichtlich eine rechnerische Kalkulation durchaus möglich war, sie jedoch auf Grund dieser rechnerischen Kalkulation zu dem Schluss kam, dass ihre Beteiligung am verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren unter den durch die AGB vorgegebenen Bedingungen, für ihr Unternehmen unwirtschaftlich und daher insgesamt uninteressant wäre. Eine Prüfung der Kalkulation dahingehend, ob die Erstellung einer Preiskalkulation für ein konkretes Unternehmen wirtschaftlich sinnvoll ist, kann jedoch durch das Bundesvergabeamt nicht vorgenommen werden. Dabei handelt es sich nämlich um eine Prüfung, bei welcher ein subjektiver und kein -wie aus den allgemeinen Grundsätzen ableitbar - objektiver Prüfmaßstab bei der Ausschreibung angelegt werden müsste. Dem Bundesvergabeamt ist es zudem verwehrt, im Rahmen eines die Ausschreibung betreffenden Nachprüfungsverfahrens Bestimmungen der Ausschreibung allein aus

dem Grund für nichtig zu erklären, da sich ein Bieter aufgrund der ausschließlich im Bereich seines Unternehmens liegenden wirtschaftlichen Situation nicht dazu in der Lage sieht, sich unter den durch die Ausschreibung vorgegebenen Bedingungen am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Gerade eine solche allein auf das betriebswirtschaftliche Umfeld des Nachprüfungswerbers abgestellte Prüfung der Ausschreibung durch das Bundesvergabeamt würde den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes sowie dem Gleichbehandlungsprinzip widersprechen.

Im gesamten Antragsvorbringen wurde auch kein Verstoß gegen die fundamentalen Grundsätze des Vergabeverfahrens aufgezeigt, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

Zu Spruchpunkt 3:

Mit Schriftsatz vom 2.10.2006 zog die Antragstellerin ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück.

Mit dem gegenständlichen Bescheid weist das Bundesvergabeamt die Nachprüfungsanträge ab.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren, wenn sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren, wenn sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 10.000,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem verfahrenseinleitenden Anträgen auf Nichtigklärung sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung, rechtzeitig gestellt. Da die Antragstellerin weder obsiegt hat noch klaglos gestellt wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag nach § 319 Abs 1 BVergG 2006 entrichteten Pauschalgebühren. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 10.000,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem verfahrenseinleitenden Anträgen auf Nichtigklärung sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung, rechtzeitig gestellt. Da die Antragstellerin weder obsiegt hat noch klaglos gestellt wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag nach Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 entrichteten Pauschalgebühren.

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20061106\_N\_0079\_BVA\_11\_2006\_18\_00

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

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