

# TE OGH 2008/6/20 1Ob52/08s

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.06.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. E. Solé und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH Nfg GmbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH in Graz, wider die beklagte Partei Abfallwirtschaftsverband G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Candidus Cortolezis Rechtsanwalt GmbH in Graz, wegen 106.684,82 EUR sA, infolge Revision der beklagten Partei (Revisionsinteresse 91.852,75 EUR sA) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 16. Jänner 2008, GZ 2 R 190/07i-44, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 21. September 2007, GZ 20 Cg 212/05v-36, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts (Punkt 2 der Entscheidung) wird dahin abgeändert, dass es - einschließlich seines nicht in Beschwerde gezogenen abweislichen Teils - wie folgt lautet:

„Das Klagebegehren die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen 95.422,60 EUR samt 9,47 % Zinsen vom 20. 9. 2005 bis 30. 6. 2006, 9,97 % Zinsen vom 1. 7. bis 31. 12. 2006, 10,67 % Zinsen vom 1. 1. bis 24. 5. 2007 und ab 25. 5. 2007 samt einer um acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz liegenden Verzinsung zu bezahlen, wird abgewiesen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 27.793,21 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen (darin enthalten 2.931,89 EUR USt und 10.202,01 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der beklagte Abfallwirtschaftsverband schrieb in einem offenen Verfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2002 die Verwertung des vom 1. 3. 2004 bis 31. 12. 2008 anfallenden Rest- und Sperrmülls für den Bereich von sieben Gemeinden aus. Die Vergabe sollte an den Billigstbieter erfolgen. Als solcher trat das Unternehmen Containerdienst Karl B\*\*\*\*\* auf. Dieses Unternehmen wurde daher an erster Stelle gereiht, an zweiter Stelle ein weiteres Unternehmen, und an dritter Stelle die klagende Partei. Am 14. Jänner 2004 teilte die beklagte Partei einem Vertreter der klagenden Partei mit, dass der Zuschlag dem erstgereihten Unternehmen erteilt werde. Die klagende Partei bekämpfte diese Entscheidung mit Antrag vom 27. Jänner 2004 beim UVS für die Steiermark. Mit Bescheid vom 26. Jänner 2005 stellte dieser gemäß § 15 Abs 2 StVergNaG fest, dass die Entscheidung der beklagten Partei im Vergabeverfahren rechtswidrig gewesen sei. Sowohl das erstgereihte als auch das zweitgereihte Unternehmen hätten die Angebotsbedingungen nicht erfüllt, weil unter anderem jeweils keine Referenzprojekte angegeben worden seien und weswegen beide Angebote gemäß § 98 BVergG 2002 auszuscheiden gewesen wären. Der UVS führte weiters aus,

dass „ohne nähere Prüfung“ nach den Angebotsunterlagen die gleiche Problematik für die hier klagende Partei bestehe; mangels Antrags sei darüber aber nicht endgültig abzusprechen. Der Verwaltungsgerichtshof lehnte die Behandlung der gegen diesen Bescheid von der beklagten Partei erhobenen Verwaltungsgerichtshofbeschwerde mit Beschluss vom 30. November 2006 ab. Bereits zuvor hatte die beklagte Partei dem Unternehmen „Containerdienst Karl B\*\*\*\*\*“ den Zuschlag erteilt. Der beklagte Abfallwirtschaftsverband schrieb in einem offenen Verfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2002 die Verwertung des vom 1. 3. 2004 bis 31. 12. 2008 anfallenden Rest- und Sperrmülls für den Bereich von sieben Gemeinden aus. Die Vergabe sollte an den Billigstbieter erfolgen. Als solcher trat das Unternehmen Containerdienst Karl B\*\*\*\*\* auf. Dieses Unternehmen wurde daher an erster Stelle gereiht, an zweiter Stelle ein weiteres Unternehmen, und an dritter Stelle die klagende Partei. Am 14. Jänner 2004 teilte die beklagte Partei einem Vertreter der klagenden Partei mit, dass der Zuschlag dem erstgereihten Unternehmen erteilt werde. Die klagende Partei bekämpfte diese Entscheidung mit Antrag vom 27. Jänner 2004 beim UVS für die Steiermark. Mit Bescheid vom 26. Jänner 2005 stellte dieser gemäß Paragraph 15, Absatz 2, StVergNaG fest, dass die Entscheidung der beklagten Partei im Vergabeverfahren rechtswidrig gewesen sei. Sowohl das erstgereihte als auch das zweitgereihte Unternehmen hätten die Angebotsbedingungen nicht erfüllt, weil unter anderem jeweils keine Referenzprojekte angegeben worden seien und weswegen beide Angebote gemäß Paragraph 98, BVergG 2002 auszuscheiden gewesen wären. Der UVS führte weiters aus, dass „ohne nähere Prüfung“ nach den Angebotsunterlagen die gleiche Problematik für die hier klagende Partei bestehe; mangels Antrags sei darüber aber nicht endgültig abzusprechen. Der Verwaltungsgerichtshof lehnte die Behandlung der gegen diesen Bescheid von der beklagten Partei erhobenen Verwaltungsgerichtshofbeschwerde mit Beschluss vom 30. November 2006 ab. Bereits zuvor hatte die beklagte Partei dem Unternehmen „Containerdienst Karl B\*\*\*\*\*“ den Zuschlag erteilt.

Die klagende Partei begehrte den Zuspruch von 93.007 EUR sA an entgangenem Gewinn für die Zeit von März 2004 bis Dezember 2008 sowie der Vertretungskosten für die erfolgreiche Bekämpfung des Zuschlags vor dem UVS für die Steiermark in Höhe von 13.677,82 EUR. Im Vergabenachprüfungsverfahren sei festgestellt worden, dass die beklagte Partei den Zuschlag einem Unternehmen erteilt habe, dessen Angebot aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden hätte werden müssen. Ebenso sei festgestellt worden, dass auch das Anbot des zweitgereihten Bieters auszuscheiden gewesen wäre. Die klagende Partei hingegen habe alle Voraussetzungen gemäß der Ausschreibung erfüllt. Sie sei befugt gewesen, als Subunternehmerin das Unternehmen A\*\*\*\*\* heranzuziehen; dieses Unternehmen hätte 20 % der in Auftrag gegebenen Leistungen zu erbringen gehabt. Die Weitergabe des Auftrags an konzernverbundene Unternehmen sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht untersagt, weswegen sie sich zur Erfüllung der restlichen 80 % des Auftrags eines konzernverbundenen Unternehmens - der „E\*\*\*\*\*“ - hätte bedienen können. Die Durchführung des Auftrags durch das Subunternehmen und die konzernverbundene Gesellschaft sei durch bereits bestehende Lieferverträge sichergestellt gewesen. Der Schadensbetrag ergebe sich aus der Differenz zwischen der angebotenen Leistung mit 158 EUR pro Tonne und den eigenen Kosten für die Entsorgung von 143,65 EUR pro Tonne. Daraus ergebe sich eine Differenz von 14,35 EUR pro Tonne. Ziehe man die zu entsorgende Abfallmenge von 1.300 Tonnen im Jahr in Betracht, ergebe sich hochgerechnet auf ein Jahr ein Schadensbetrag von 18.655 EUR, anteilig für das Jahr 2004 ein solcher von 15.546 EUR. Diese Beträge seien - wie aus der Ausschreibung ersichtlich - jährlich mit 1,5 % zu valorisieren.

Die beklagte Partei wendete - soweit für das Revisionsverfahren noch wesentlich - ein, auch das Angebot der klagenden Partei wäre als nicht ausschreibungskonform auszuscheiden gewesen, da die klagende Partei entgegen den Ausschreibungsunterlagen beabsichtigt habe, den gesamten Auftrag an Subunternehmer weiterzugeben. Bei der „E\*\*\*\*\*“ handle es sich nämlich nicht um ein konzernverbundenes Unternehmen, sondern um ein Subunternehmen, weil weder die klagende Partei selbst noch deren Konzernmutter die Mehrheit der Stimmrechte an der „E\*\*\*\*\*“ halte. Die klagende Partei habe weder die Subunternehmerkette dargelegt, noch ausreichende Referenzen beigebracht. Bei der Auswahl des Billigstbieters und beim Zuschlag sei von einer vertretbaren Rechtsmeinung ausgegangen worden, weil der Erst- und Zweitbilligstbieter schon seit langer Zeit im Bereich der Abfallentsorgung tätig und bekannt gewesen seien.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im Umfang von 103.114,97 EUR sA statt und wies das Mehrbegehren von 3.569,85 EUR sA - unangefochten - ab.

Es stellte über den eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt hinaus fest:

Die Beklagte erstellte folgende Ausschreibung:

## „1. Ausgeschriebene Leistung - Kurzbeschreibung

Gegenstand der Vergabe ist die Verwertung ... des Hausmülls ... und des Sperrmülls, der in den Gemeinden ... ab 1. 3. 2004 bis 31. 12. 2008 anfällt.

...

## B Vorschriften über den Ablauf des Vergabeverfahrens

### 1. Vergaberechtliche Grundlagen ...

(2) In den Gemeinden, deren Restmüllverwertung vergabegegenständlich ist, fallen jährlich rund 1.300 Tonnen Restmüll an. ...

### 15. Zulässigkeit von Subunternehmen

(1) Die Heranziehung von Subunternehmen ist entsprechend den einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften (vgl § 70 Abs 1 BVergG) zugelassen. Die Weitergabe des gesamten Auftrags ist unzulässig. Ausgenommen davon ist die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Bieter, die Subunternehmer heranziehen, haben das Formblatt 4 auszufüllen. ... (1) Die Heranziehung von Subunternehmen ist entsprechend den einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften vergleiche Paragraph 70, Absatz eins, BVergG) zugelassen. Die Weitergabe des gesamten Auftrags ist unzulässig. Ausgenommen davon ist die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Bieter, die Subunternehmer heranziehen, haben das Formblatt 4 auszufüllen. ...

### 17. Ermittlung des preislich niedrigsten Angebotes

Der Zuschlag wird dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, also nach dem Billigstbieterprinzip erteilt, ... Den Zuschlag erhält derjenige Bieter, der den niedrigsten Gesamtpreis pro Jahr legt.

## C Allgemeine Bestimmungen des Leistungsvertrags und Beilagen ...

### 4.3. Wertsicherung

(1) Das gesamte Entgelt ist wertgesichert. Zur Berechnung der Wertsicherung dient der von der Statistik Austria verlautbarte Verbraucherpreisindex 2000 ..."

Die klagende Partei füllte das Formblatt 2 („Leistungsverzeichnis“) wie folgt aus:

1. Die Behandlungs-/Übergabestelle befindet sich in der A\*\*\*\*\*GmbH, \*\*\*\*\*.

2. Der Bieter bietet die ausgeschriebene Leistung nach den Vorschriften dieser Ausschreibung zu folgenden Preisen an: Haushalts- ... und Sperrmüll ... zu einem Einheitspreis je Tonne von 158 EUR netto.

Im Formblatt 4 („Subunternehmer“) führte die klagende Partei als Subunternehmer die A\*\*\*\*\*GmbH an, die die mechanische Vorbehandlung durchführt. Den von der Subunternehmerin zu leistenden Anteil an der Gesamtleistung schätzte die klagende Partei mit 20 % ein.

Im Formblatt 5 („wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“) führte sie ihre Jahresumsätze für die Jahre 2000, 2001 und 2002 an.

Im Formblatt 6 („technische Leistungsfähigkeit - Referenzprojekte“) ist das Projekt Abfallwirtschaftsverband-L\*\*\*\*\* zu ersehen, als (dortiger) Auftragnehmer die R\*\*\*\*\*, die ein Schwesterunternehmen der klagenden Partei ist. Als „Zeitraum der Leistungserbringung“ ist die Zeit vom 1. 1. 2000 bis 31. 12. 2013 und als „Kurzbeschreibung der Leistung“ die Übernahme und Entsorgung des Haus- und Sperrmülls des Abfallwirtschaftsverbands L\*\*\*\*\* angeführt. In einer weiteren Beilage gab die klagende Partei als „Subunternehmer“ die E\*\*\*\*\* GmbH & Co KG an. Als deren Gesellschafter nannte sie - zu je 33 Prozent - ihr Mutterunternehmen (dessen 100 %ige Tochter sie ist), eine AG und eine GmbH, sowie - zu einem Prozent - eine weitere GmbH. In dieser Beilage beschrieb sie ferner die bestehenden Lieferverträge betreffend Rest- und Sperrmüll und wies auf einen Syndikatsvertrag hin. Im Hinblick auf die gegebenen Beteiligungsverhältnisse sah die klagende Partei die E\*\*\*\*\* nicht als (außen stehendes) (Sub-)Unternehmen, sondern als konzernverbundenes Unternehmen an. Die klagende Partei verfügte über die erforderlichen Genehmigungen und war aufgrund des existierenden Entsorgungs- bzw Verwertungsnetzwerks und der vertraglich abgesicherten Kontingente technisch und wirtschaftlich in der Lage, den Auftrag laut Anbot zu erfüllen.

Das von der klagenden Partei angegebene Referenzprojekt wird von ihrem Schwesternunternehmen gemeinsam mit einem weiteren Unternehmen (einer AG) durchgeführt, wobei im Auftrag des Abfallwirtschaftsverbands L\*\*\*\*\* ca 9.200 Tonnen Restmüll und 2.350 Tonnen Sperrmüll pro Jahr zu verarbeiten sind.

Dass der genaue Entsorgungsweg aufgezeigt werden sollte, ließ die beklagte Partei in der Ausschreibung nicht erkennen.

Die klagende Partei und die E\*\*\*\*\* sind gemeinsam im Jahresabschluss des Mutterunternehmens konsolidiert.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass bei schuldhafter Verletzung der Vorschriften des BVergG 2002 durch Organe einer vergebenden Stelle ein übergangener Bestbieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten dieser Organe zuzurechnen sei, nicht nur Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren habe, sondern auch weiter gehende Schadenersatzansprüche nach anderen Rechtsvorschriften (§ 181 Abs 1 BVergG 2002). Der übergangene Bestbieter habe somit Anspruch auf entgangenen Gewinn im Rahmen des Erfüllungsinteresses. Seine Schadenersatzklage sei aber nur zulässig, wenn zuvor die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt habe, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz der Zuschlag rechtswidrig erteilt worden sei. An eine derartige Feststellung seien das Gericht und die Parteien gebunden (§ 184 Abs 2 BVergG 2002). Zu klären sei daher nur mehr, ob die klagende Partei ausschreibungskonform angeboten habe und demnach als Billigstbieterin den Zuschlag erhalten hätte müssen. Dies sei zu bejahen. Eine gänzliche Weitergabe des Auftrags an Subunternehmer liege nicht vor, da die E\*\*\*\*\* infolge des konsolidierten Jahresabschlusses als konzernverbundenes Unternehmen iSd § 20 Z 34 BVergG 2002 anzusehen sei. Dass die Entsorgungswege nicht im Detail dargelegt worden seien, sei nicht maßgeblich, weil die beklagte Partei in den Ausschreibungsunterlagen nicht habe erkennen lassen, dass sie dies verlange. Die sonstigen von der beklagten Partei beanstandeten Formmängel wären mittels Verbesserungsauftrags behebbar gewesen. Aufgrund des von der klagenden Partei erstellten Anbots hätte ihr als Bestbieterin der Zuschlag erteilt werden müssen. Sie sei nur deshalb nicht zum Zuge gekommen, weil Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 verletzt worden seien und diese Verletzung den Organen der beklagten Partei als Auftraggeber zuzurechnen sei. Bei rechtskonformem Verhalten wären die Anbote des erst- und zweitgereichten Bieters auszuscheiden und der klagenden Partei der Zuschlag zu erteilen gewesen. Das Erfüllungsinteresse errechne sich unter Berücksichtigung der Wertsicherung mit 91.852,75 EUR; zuzusprechen seien weiters die der klagenden Partei entstandenen Verfahrenskosten vor dem UVS in Höhe von 11.262,22 EUR. Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, dass bei schuldhafter Verletzung der Vorschriften des BVergG 2002 durch Organe einer vergebenden Stelle ein übergangener Bestbieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten dieser Organe zuzurechnen sei, nicht nur Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren habe, sondern auch weiter gehende Schadenersatzansprüche nach anderen Rechtsvorschriften (Paragraph 181, Absatz eins, BVergG 2002). Der übergangene Bestbieter habe somit Anspruch auf entgangenen Gewinn im Rahmen des Erfüllungsinteresses. Seine Schadenersatzklage sei aber nur zulässig, wenn zuvor die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt habe, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz der Zuschlag rechtswidrig erteilt worden sei. An eine derartige Feststellung seien das Gericht und die Parteien gebunden (Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002). Zu klären sei daher nur mehr, ob die klagende Partei ausschreibungskonform angeboten habe und demnach als Billigstbieterin den Zuschlag erhalten hätte müssen. Dies sei zu bejahen. Eine gänzliche Weitergabe des Auftrags an Subunternehmer liege nicht vor, da die E\*\*\*\*\* infolge des konsolidierten Jahresabschlusses als konzernverbundenes Unternehmen iSd Paragraph 20, Ziffer 34, BVergG 2002 anzusehen sei. Dass die Entsorgungswege nicht im Detail dargelegt worden seien, sei nicht maßgeblich, weil die beklagte Partei in den Ausschreibungsunterlagen nicht habe erkennen lassen, dass sie dies verlange. Die sonstigen von der beklagten Partei beanstandeten Formmängel wären mittels Verbesserungsauftrags behebbar gewesen. Aufgrund des von der klagenden Partei erstellten Anbots hätte ihr als Bestbieterin der Zuschlag erteilt werden müssen. Sie sei nur deshalb nicht zum Zuge gekommen, weil Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 verletzt worden seien und diese Verletzung den Organen der beklagten Partei als Auftraggeber zuzurechnen sei. Bei rechtskonformem Verhalten wären die Anbote des erst- und zweitgereichten Bieters auszuscheiden und der klagenden Partei der Zuschlag zu erteilen gewesen. Das Erfüllungsinteresse errechne sich unter Berücksichtigung der Wertsicherung mit 91.852,75 EUR; zuzusprechen seien weiters die der klagenden Partei entstandenen Verfahrenskosten vor dem UVS in Höhe von 11.262,22 EUR.

Das Berufungsgericht erklärte aus Anlass der Berufung der beklagten Partei das Verfahren in Ansehung der

Verfahrenskosten vor dem UVS in Höhe von 11.262,22 EUR sa für nichtig, wies die Klage insoweit zurück und hob die auf diesen Teil des Klagebegehrens entfallenden Prozesskosten erster und zweiter Instanz gegeneinander auf (Punkt 1 der Berufungsentscheidung). Im Übrigen (Punkt 2) gab es der Berufung nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Bei den für das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren vor der Verwaltungsbehörde aufgelaufenen Verfahrenskosten handle es sich um solche zur Vorbereitung der nachfolgenden Prozessführung, welche den Kostenersatzregeln der §§ 40 ff ZPO unterworfen seien. Für diese stehe der ordentliche Rechtsweg nicht offen, sodass von Amts wegen das Verfahren infolge Unzulässigkeit des Rechtswegs in diesem Umfang für nichtig zu erklären und insoweit die Klage zurückzuweisen sei. Eine gänzliche Weitergabe des Auftrags an Subunternehmen sei nicht erfolgt, weil unbekämpft feststehe, dass sowohl die klagende Partei als auch deren Schwesternunternehmen E\*\*\*\*\* gemeinsam im Jahresabschluss des Mutterunternehmens konsolidiert seien. Die E\*\*\*\*\* sei daher als verbundenes Unternehmen im Sinne des § 20 Z 34 BVergG 2002 anzusehen, ohne dass auf die Frage des beherrschenden Einflusses einzugehen sei. Aufgrund des vom Erstgericht eingeholten Gutachtens eines Sachverständigen stehe fest, dass die klagende Partei zufolge der aufrechten Lieferverträge und des Referenzprojekts eines weiteren Schwesternunternehmens (R\*\*\*\*\*) wirtschaftlich und technisch in der Lage gewesen wäre, den Auftrag durchzuführen. Dass die klagende Partei im Formblatt 6 kein eigenes Referenzprojekt angeführt habe, sondern das eines Schwesternunternehmens schade nicht. Da das Schwesternunternehmen - ebenso wie die klagende Partei - eine 100 %ige Tochter der Muttergesellschaft sei, handle es sich ebenfalls um ein konzernverbundenes Unternehmen im Sinne des § 20 Z 34 BVergG 2002, weswegen dieses Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der klagenden Partei herangezogen habe werden können. Das Berufungsgericht erklärte aus Anlass der Berufung der beklagten Partei das Verfahren in Ansehung der Verfahrenskosten vor dem UVS in Höhe von 11.262,22 EUR sa für nichtig, wies die Klage insoweit zurück und hob die auf diesen Teil des Klagebegehrens entfallenden Prozesskosten erster und zweiter Instanz gegeneinander auf (Punkt 1 der Berufungsentscheidung). Im Übrigen (Punkt 2) gab es der Berufung nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Bei den für das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren vor der Verwaltungsbehörde aufgelaufenen Verfahrenskosten handle es sich um solche zur Vorbereitung der nachfolgenden Prozessführung, welche den Kostenersatzregeln der Paragraphen 40, ff ZPO unterworfen seien. Für diese stehe der ordentliche Rechtsweg nicht offen, sodass von Amts wegen das Verfahren infolge Unzulässigkeit des Rechtswegs in diesem Umfang für nichtig zu erklären und insoweit die Klage zurückzuweisen sei. Eine gänzliche Weitergabe des Auftrags an Subunternehmen sei nicht erfolgt, weil unbekämpft feststehe, dass sowohl die klagende Partei als auch deren Schwesternunternehmen E\*\*\*\*\* gemeinsam im Jahresabschluss des Mutterunternehmens konsolidiert seien. Die E\*\*\*\*\* sei daher als verbundenes Unternehmen im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 34, BVergG 2002 anzusehen, ohne dass auf die Frage des beherrschenden Einflusses einzugehen sei. Aufgrund des vom Erstgericht eingeholten Gutachtens eines Sachverständigen stehe fest, dass die klagende Partei zufolge der aufrechten Lieferverträge und des Referenzprojekts eines weiteren Schwesternunternehmens (R\*\*\*\*\*) wirtschaftlich und technisch in der Lage gewesen wäre, den Auftrag durchzuführen. Dass die klagende Partei im Formblatt 6 kein eigenes Referenzprojekt angeführt habe, sondern das eines Schwesternunternehmens schade nicht. Da das Schwesternunternehmen - ebenso wie die klagende Partei - eine 100 %ige Tochter der Muttergesellschaft sei, handle es sich ebenfalls um ein konzernverbundenes Unternehmen im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 34, BVergG 2002, weswegen dieses Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der klagenden Partei herangezogen habe werden können.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der beklagten Partei ist zulässig und berechtigt.

§ 21 Abs 1 BVergG 2002 (im Folgenden nur „BVergG“) normiert, dass Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu vergeben sind. Dem entsprechend sind gemäß § 98 Z 1 BVergG Angebote von BieterInnen, bei welchen eine dieser Voraussetzungen nicht vorliegt, auszuscheiden. Eingehende Ausführungen über die Eignungsprüfung sowie die dafür heranziehenden Nachweise enthalten die §§ 52 bis 57 BVergG. Im Einzelnen sind die Befugnis, die Zuverlässigkeit sowie die wirtschaftliche (finanzielle) und die technische Leistungsfähigkeit zu prüfen. Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 (im Folgenden nur „BVergG“) normiert, dass Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu vergeben sind. Dem entsprechend sind gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG Angebote von BieterInnen, bei welchen eine dieser Voraussetzungen nicht vorliegt, auszuscheiden.

Eingehende Ausführungen über die Eignungsprüfung sowie die dafür heranziehenden Nachweise enthalten die Paragraphen 52 bis 57 BVerG. Im Einzelnen sind die Befugnis, die Zuverlässigkeit sowie die wirtschaftliche (finanzielle) und die technische Leistungsfähigkeit zu prüfen.

Im Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass die klagende Partei den Nachweis ihrer Befugnis und ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erbracht hat.

Zur technischen Leistungsfähigkeit:

Wie sich schon aus dem Firmenwortlaut der klagenden Partei ergibt, ist ihr Unternehmensgegenstand die Abfalldisposition und -logistik. Anhaltspunkte dafür, dass sie die Abfallbehandlung (das Sortieren und Verwerten des Abfalls) selbst vornehmen kann und die dazu nötigen Einrichtungen und Anlagen selbst besitzt, haben sich im Verfahren nicht ergeben.

In der Rechtssache C-176/98 (Holst Italia/Cagliari) hat der EuGH allgemein zum Ausdruck gebracht, dass ein Unternehmen im Fall seiner fehlenden oder unzureichenden (technischen) Leistungsfähigkeit seine fachliche Eignung dadurch nachweisen kann, dass es auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen verweist, sofern es beweisen kann, dass es während des Auftragszeitraums tatsächlich über die Mittel dieser Unternehmen, die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (RdNr 29, 31; weiters EuGH Ballast Nedam Groep I Rs C-389/92; EuGH Ballast Nedam Groep II Rs C-5/97). Erfüllt also ein Bieter die für die Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen nicht selbst, steht es ihm frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, sollte ihm der Auftrag erteilt werden (VwGH vom 29. 5. 2002, GZ 2002/04/0023). Hinsichtlich konzernverbundener Unternehmen stellte der EuGH in der Entscheidung C-176/98 (Holst Italia/Cagliari) weiters klar, dass es sich bei der bietenden Gesellschaft nicht um das beherrschende Unternehmen handeln muss, vielmehr kann auch ein beherrschtes Unternehmen auf die Ressourcen der Muttergesellschaft zurückgreifen (RdNr 22). Die klagende Partei durfte sich zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit also nicht nur auf die A\*\*\*\*\* als Subunternehmer, sondern auch auf das mit ihr verbundene Unternehmen E\*\*\*\*\* unter der Voraussetzung erfolgreich berufen, dass sie den Nachweis der Verfügbarkeit der Kapazitäten bzw der Mittel dieser Unternehmen erbrachte. Wenn die Vorinstanzen davon ausgingen, die klagende Partei hätte durch ihre Angaben in den Ausschreibungsunterlagen den Nachweis erbracht, sie sei aufgrund des zur Verfügung stehenden Entsorgungs- bzw Verwertungsnetzwerks und der vertraglich abgesicherten Kontingente technisch grundsätzlich in der Lage gewesen, unter Heranziehung dieser Unternehmen den Auftrag laut Anbot zu erfüllen, begegnet dies keinen Bedenken, wurde doch die Richtigkeit dieser Angaben durch ein gerichtliches Sachverständigengutachten nachgewiesen. In der Rechtssache C-176/98 (Holst Italia/Cagliari) hat der EuGH allgemein zum Ausdruck gebracht, dass ein Unternehmen im Fall seiner fehlenden oder unzureichenden (technischen) Leistungsfähigkeit seine fachliche Eignung dadurch nachweisen kann, dass es auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen verweist, sofern es beweisen kann, dass es während des Auftragszeitraums tatsächlich über die Mittel dieser Unternehmen, die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (RdNr 29, 31; weiters EuGH Ballast Nedam Groep römisch eins Rs C-389/92; EuGH Ballast Nedam Groep römisch II Rs C-5/97). Erfüllt also ein Bieter die für die Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen nicht selbst, steht es ihm frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, sollte ihm der Auftrag erteilt werden (VwGH vom 29. 5. 2002, GZ 2002/04/0023). Hinsichtlich konzernverbundener Unternehmen stellte der EuGH in der Entscheidung C-176/98 (Holst Italia/Cagliari) weiters klar, dass es sich bei der bietenden Gesellschaft nicht um das beherrschende Unternehmen handeln muss, vielmehr kann auch ein beherrschtes Unternehmen auf die Ressourcen der Muttergesellschaft zurückgreifen (RdNr 22). Die klagende Partei durfte sich zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit also nicht nur auf die A\*\*\*\*\* als Subunternehmer, sondern auch auf das mit ihr verbundene Unternehmen E\*\*\*\*\* unter der Voraussetzung erfolgreich berufen, dass sie den Nachweis der Verfügbarkeit der Kapazitäten bzw der Mittel dieser Unternehmen erbrachte. Wenn die Vorinstanzen davon ausgingen, die klagende Partei hätte durch ihre Angaben in den Ausschreibungsunterlagen den Nachweis erbracht, sie sei aufgrund des zur Verfügung stehenden Entsorgungs- bzw Verwertungsnetzwerks und der vertraglich abgesicherten Kontingente technisch grundsätzlich in der Lage gewesen, unter Heranziehung dieser Unternehmen den Auftrag laut Anbot zu erfüllen, begegnet dies keinen Bedenken, wurde doch die Richtigkeit dieser Angaben durch ein gerichtliches Sachverständigengutachten nachgewiesen.

Zu prüfen ist aber weiters, ob das von der klagenden Partei genannte und von der beklagten Partei geforderte

Referenzprojekt den Vergaberichtlinien entspricht.

Grundsätzlich ist es ein gerechtfertigtes Anliegen künftiger Auftraggeber, aus den Erfahrungen anderer (öffentlicher) Auftraggeber in der Vergangenheit Rückschlüsse auf die Qualität der zukünftigen Leistungserbringung eines bestimmten Unternehmens ziehen zu können (Estermann in Heid/Preslmayr<sup>2</sup> Handbuch Vergaberecht, 297). Die von den Bieter im Sinne des § 57 Abs 3 Z 2 BVerG genannten Referenzen spielen daher als „Spiegel der Erfahrungen“ in der Vergabapraxis eine zentrale Rolle. Im vorliegenden Fall kam den Referenzen besondere Wichtigkeit zu, weil die beklagte Partei zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit neben der Angabe eines Referenzprojekts nur einige wenige der in § 57 Abs 3 BVerG aufgezählten Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit verlangt hatte. Da die Vergabe ausschließlich aufgrund des Inhalts der Angebote zu erfolgen hat (7 Ob 259/04w), ist auch nicht maßgeblich, ob das Unternehmen der klagenden Partei der beklagten Partei ohnehin bekannt gewesen sein sollte. Der in der Ausschreibung geforderte Nachweis der spezifischen Erfahrung mittels Angabe eines Referenzprojekts kann ferner nicht durch den Hinweis der Revisionswerberin überflüssig werden, aufgrund der Ergebnisse des vorliegenden Gerichtsverfahrens stehe fest, die klagende Partei wäre technisch (grundsätzlich) in der Lage gewesen, den Auftrag laut Ausschreibung zu erfüllen. Grundsätzlich ist es ein gerechtfertigtes Anliegen künftiger Auftraggeber, aus den Erfahrungen anderer (öffentlicher) Auftraggeber in der Vergangenheit Rückschlüsse auf die Qualität der zukünftigen Leistungserbringung eines bestimmten Unternehmens ziehen zu können (Estermann in Heid/Preslmayr<sup>2</sup> Handbuch Vergaberecht, 297). Die von den Bieter im Sinne des Paragraph 57, Absatz 3, Ziffer 2, BVerG genannten Referenzen spielen daher als „Spiegel der Erfahrungen“ in der Vergabapraxis eine zentrale Rolle. Im vorliegenden Fall kam den Referenzen besondere Wichtigkeit zu, weil die beklagte Partei zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit neben der Angabe eines Referenzprojekts nur einige wenige der in Paragraph 57, Absatz 3, BVerG aufgezählten Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit verlangt hatte. Da die Vergabe ausschließlich aufgrund des Inhalts der Angebote zu erfolgen hat (7 Ob 259/04w), ist auch nicht maßgeblich, ob das Unternehmen der klagenden Partei der beklagten Partei ohnehin bekannt gewesen sein sollte. Der in der Ausschreibung geforderte Nachweis der spezifischen Erfahrung mittels Angabe eines Referenzprojekts kann ferner nicht durch den Hinweis der Revisionswerberin überflüssig werden, aufgrund der Ergebnisse des vorliegenden Gerichtsverfahrens stehe fest, die klagende Partei wäre technisch (grundsätzlich) in der Lage gewesen, den Auftrag laut Ausschreibung zu erfüllen.

Jede erfolgreiche Berufung auf ein Referenzprojekt setzt unzweifelhaft voraus, dass dieses dem Bieter zurechenbar ist. Wie bereits das Berufungsgericht ausgeführt hat, ist diese Frage eine Rechtsfrage, die allein der Beurteilung des Gerichts obliegt. Aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-176/98 (Holst Italia/Cagliari) ergibt sich dazu, dass Referenzen verbundener Unternehmen zur technischen Leistungsfähigkeit wie eigene Nachweise des Bewerbers oder Bieters ausschließlich unter der Voraussetzung anzuerkennen sind, dass dieser tatsächlich über die technischen Ressourcen verfügen kann, auf die sich die Nachweise beziehen (siehe auch Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, § 57 Rz 27 f). Auch die Anrechnung von Referenzen im Konzernverbund hat also eine tatsächliche Verfügbarkeit für den Bieter zur Voraussetzung. Allein die Berufung auf die Tatsache, dass zwei Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören, reicht zum Nachweis der Verfügbarkeit nicht aus (EuGH C-176/98, RdNr 30). Im Formblatt 6 hat sich die klagende Partei aber ausschließlich darauf gestützt, dass von ihr angegebene Referenzprojekt werde von ihrem Schwesterunternehmen durchgeführt, ohne Angaben zur tatsächlichen Verfügbarkeit dessen Ressourcen zu machen. Jede erfolgreiche Berufung auf ein Referenzprojekt setzt unzweifelhaft voraus, dass dieses dem Bieter zurechenbar ist. Wie bereits das Berufungsgericht ausgeführt hat, ist diese Frage eine Rechtsfrage, die allein der Beurteilung des Gerichts obliegt. Aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-176/98 (Holst Italia/Cagliari) ergibt sich dazu, dass Referenzen verbundener Unternehmen zur technischen Leistungsfähigkeit wie eigene Nachweise des Bewerbers oder Bieters ausschließlich unter der Voraussetzung anzuerkennen sind, dass dieser tatsächlich über die technischen Ressourcen verfügen kann, auf die sich die Nachweise beziehen (siehe auch Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Paragraph 57, Rz 27 f). Auch die Anrechnung von Referenzen im Konzernverbund hat also eine tatsächliche Verfügbarkeit für den Bieter zur Voraussetzung. Allein die Berufung auf die Tatsache, dass zwei Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören, reicht zum Nachweis der Verfügbarkeit nicht aus (EuGH C-176/98, RdNr 30). Im Formblatt 6 hat sich die klagende Partei aber ausschließlich darauf gestützt, dass von ihr angegebene Referenzprojekt werde von ihrem Schwesterunternehmen durchgeführt, ohne Angaben zur tatsächlichen Verfügbarkeit dessen Ressourcen zu machen.

Auch von der deutschen Rechtsprechung wurde der Rückgriff auf eine Referenz eines Schwesternunternehmens (nur) unter der Voraussetzung für unbedenklich erachtet, dass das bietende Unternehmen den Nachweis erbringt, es sei mit dem Schwesternunternehmen personell weitgehend ident, die Unternehmen einer Gruppe also als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden könnten. Dahinter steht die Überlegung, dass im Zusammenhang mit Referenzen die Erfahrung sowohl des Führungspersonals wie auch jene des ausführenden Personals eine wesentliche Rolle spielen kann (siehe Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel aaO § 57 Rz 31 mwN und 18). Wenn die Vorinstanzen im vorliegenden Fall ohne derartige Nachweise davon ausgingen, für die Zurechenbarkeit des Referenzprojekts genüge die Berufung darauf, dass dieses von einem Schwesternunternehmen durchgeführt wurde bzw wird, steht dies im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Daraus resultiert eine Fehlbeurteilung, die vom Obersten Gerichtshof aufzugreifen ist. Hatte die klagende Partei kein ihr zurechenbares Referenzprojekt angegeben, hatte sie die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt. Es stellt somit kein rechtswidrig schulhaftes Verhalten der beklagten Partei oder deren Organe dar, wenn der klagenden Partei der Zuschlag nicht erteilt wurde. Eine (unrichtige) Zurechnung des von der klagenden Partei genannten Referenzprojekts würde vielmehr den auf Gleichbehandlung ausgerichteten Vergabegrundsätzen zuwiderlaufen (siehe RIS-Justiz RS0110586), ist doch vom UVS für die Steiermark bindend festgestellt, dass (auch) die Anbote des erst- und zweitgereihten Unternehmens (auch) deshalb auszuscheiden waren, weil sie jeweils keine ausreichenden Angaben zum Referenzprojekt enthielten. Auch von der deutschen Rechtsprechung wurde der Rückgriff auf eine Referenz eines Schwesternunternehmens (nur) unter der Voraussetzung für unbedenklich erachtet, dass das bietende Unternehmen den Nachweis erbringt, es sei mit dem Schwesternunternehmen personell weitgehend ident, die Unternehmen einer Gruppe also als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden könnten. Dahinter steht die Überlegung, dass im Zusammenhang mit Referenzen die Erfahrung sowohl des Führungspersonals wie auch jene des ausführenden Personals eine wesentliche Rolle spielen kann (siehe Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel aaO Paragraph 57, Rz 31 mwN und 18). Wenn die Vorinstanzen im vorliegenden Fall ohne derartige Nachweise davon ausgingen, für die Zurechenbarkeit des Referenzprojekts genüge die Berufung darauf, dass dieses von einem Schwesternunternehmen durchgeführt wurde bzw wird, steht dies im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Daraus resultiert eine Fehlbeurteilung, die vom Obersten Gerichtshof aufzugreifen ist. Hatte die klagende Partei kein ihr zurechenbares Referenzprojekt angegeben, hatte sie die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt. Es stellt somit kein rechtswidrig schulhaftes Verhalten der beklagten Partei oder deren Organe dar, wenn der klagenden Partei der Zuschlag nicht erteilt wurde. Eine (unrichtige) Zurechnung des von der klagenden Partei genannten Referenzprojekts würde vielmehr den auf Gleichbehandlung ausgerichteten Vergabegrundsätzen zuwiderlaufen (siehe RIS-Justiz RS0110586), ist doch vom UVS für die Steiermark bindend festgestellt, dass (auch) die Anbote des erst- und zweitgereihten Unternehmens (auch) deshalb auszuscheiden waren, weil sie jeweils keine ausreichenden Angaben zum Referenzprojekt enthielten.

Kommt der klagenden Partei nicht die Rolle eines zu Unrecht übergangenen Bieters zu, ist ihre Schadenersatzklage in Stattgebung der Revision abzuweisen.

Der Kostenzuspruch beruht auf den §§ 41, 50 ZPO. Der Kostenzuspruch beruht auf den Paragraphen 41., 50 ZPO.

Das Berufungsgericht hat gemäß § 51 ZPO jene Kosten, die im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren auf den aufgehobenen Teil des Verfahrens entfallen, gegeneinander aufgehoben, weil die klagende Partei diesen Teil des Klagebegehrens trotz erkennbarer Unzulässigkeit des Rechtsweges geltend gemacht und die beklagte Partei, obwohl die Unzulässigkeit des Rechtswegs erkennbar gewesen wäre, dieses Prozesshindernis nicht eingewendet hat (siehe Bydlinski in Fasching/Konecny2 II/1 § 51 ZPO Rz 5). Dies führt zu einer 11 %igen Kürzung der der beklagten Partei für diese Verfahrensabschnitte sonst zuzuerkennenden Kosten. Das Berufungsgericht hat gemäß Paragraph 51, ZPO jene Kosten, die im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren auf den aufgehobenen Teil des Verfahrens entfallen, gegeneinander aufgehoben, weil die klagende Partei diesen Teil des Klagebegehrens trotz erkennbarer Unzulässigkeit des Rechtsweges geltend gemacht und die beklagte Partei, obwohl die Unzulässigkeit des Rechtswegs erkennbar gewesen wäre, dieses Prozesshindernis nicht eingewendet hat (siehe Bydlinski in Fasching/Konecny2 II/1 Paragraph 51, ZPO Rz 5). Dies führt zu einer 11 %igen Kürzung der der beklagten Partei für diese Verfahrensabschnitte sonst zuzuerkennenden Kosten.

#### **Textnummer**

E87979

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:0010OB00052.08S.0620.000

**Im RIS seit**

20.07.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

07.05.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

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