

TE OGH 2007/2/27 10Ob76/06h

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.02.2007

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schinko als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Fellinger, Dr. Hoch, Hon. Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C***** H***** GmbH, ***** vertreten durch Dr. Johannes Dörner und Dr. Alexander Singer, Rechtsanwälte in Graz, gegen die beklagte Partei S***** K***** mbH, ***** vertreten durch Dr. Georg Christian Gass und Dr. Alexander M. Sutter, Rechtsanwälte in Graz, wegen EUR 36.340,-- sA, über den Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgericht vom 13. September 2006, GZ 6 R 79/06v-16, mit dem der Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz vom 22. Februar 2006, GZ 16 Cg 120/05k-12, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges verworfen wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der Klägerin zu Handen der Klagevertreter die mit EUR 3.217,86 (darin EUR 536,31 USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Die Beklagte schrieb in einem offenen Vergabeverfahren die Lieferung von Hardware und Software für Windows NT und 2000 kompatible Personalcomputer, Peripherie und Software aus; die Ausschreibung enthielt auch die Notwendigkeit der Installation der gelieferten Software. Im Verfahren legten letztlich neun Bieter Angebote. Die Klägerin, die damals noch unter „C***** mbH“ firmierte, legte innerhalb der offenen Frist ein Hauptangebot und zwei Alternativangebote, wovon das erste Alternativangebot zurückgezogen wurde. Am 6. 3. 2002 wurde die Klägerin zur Teststellung geladen, in der Folge jedoch mit Fax vom 30. 4. 2002 dahin unterrichtet, dass ihr Angebot nicht das Bestangebot und die Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter beabsichtigt sei.

Die Klägerin leitete daraufhin ein Vorverfahren nach § 106 Abs 1 Steiermärkisches Vergabegesetz 1998 (im Folgenden: StVergG 1998) wegen (angeblicher) Rechtswidrigkeiten ein. Zur Verhinderung einer Zuschlagserteilung an eine Drittfirm wurde zu VKS C 6-2002 des Vergabekontrollsenates des Landes Steiermark ein Nachprüfungsverfahren und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erwirkt. Während des laufenden Vergabekontrollverfahrens schied die Beklagte mit Fax vom 19. 6. 2002 das Hauptangebot und die zwei Alternativangebote der Klägerin mit der Behauptung

der nicht sanierbaren Unvollständigkeit des gelegten Angebotes und der Erhebung des Vorwurfs wettbewerbswidriger Absprachen aus, woraufhin von der Klägerin neuerlich ein Vorverfahren eingeleitet und die Beklagte aufgefordert wurde, die vergaberechtswidrige Ausscheidung zu beheben; die Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach. Zwischenzeitig hatte der Vergabekontrollsenat mit dem am 12. 7. 2002 per Fax der Kanzlei des Klagsvertreters übermittelten Bescheid den Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens mangels Aktivlegitimation zurückgewiesen und die einstweilige Verfügung unter Hinweis darauf aufgehoben, dass auf Grund der Ausscheidung des Angebotes keine andere Vorgangsweise möglich sei. Daraufhin leitete die Klägerin neuerlich ein Nachprüfungsverfahren ein, um die neuerliche Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu beantragen und somit eine Zuschlagserteilung an einen Konkurrenten zu verhindern. Der Vergabekontrollsenat erließ mit Bescheid vom 17. 7. 2002, GZ VKS C 6-2002/27, erneut die beantragte einstweilige Verfügung; in der Sache selbst entschied er mit Bescheid vom 11. 9. 2002, GZ VKS C 6-2002/38, den Anträgen auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Hauptangebotes und des nach Zurückziehung verbleibenden Alternativangebotes der Klägerin sowie der Entscheidung, die Zuschlagserteilung an einen Drittwerber vorzusehen, stattzugeben. Die Klägerin leitete daraufhin ein Vorverfahren nach Paragraph 106, Absatz eins, Steiermärkisches Vergabegesetz 1998 (im Folgenden: StVergG 1998) wegen (angeblicher) Rechtswidrigkeiten ein. Zur Verhinderung einer Zuschlagserteilung an eine Drittfirm wurde zu VKS C 6-2002 des Vergabekontrollsenates des Landes Steiermark ein Nachprüfungsverfahren und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erwirkt. Während des laufenden Vergabekontrollverfahrens schied die Beklagte mit Fax vom 19. 6. 2002 das Hauptangebot und die zwei Alternativangebote der Klägerin mit der Behauptung der nicht sanierbaren Unvollständigkeit des gelegten Angebotes und der Erhebung des Vorwurfs wettbewerbswidriger Absprachen aus, woraufhin von der Klägerin neuerlich ein Vorverfahren eingeleitet und die Beklagte aufgefordert wurde, die vergaberechtswidrige Ausscheidung zu beheben; die Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach. Zwischenzeitig hatte der Vergabekontrollsenat mit dem am 12. 7. 2002 per Fax der Kanzlei des Klagsvertreters übermittelten Bescheid den Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens mangels Aktivlegitimation zurückgewiesen und die einstweilige Verfügung unter Hinweis darauf aufgehoben, dass auf Grund der Ausscheidung des Angebotes keine andere Vorgangsweise möglich sei. Daraufhin leitete die Klägerin neuerlich ein Nachprüfungsverfahren ein, um die neuerliche Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu beantragen und somit eine Zuschlagserteilung an einen Konkurrenten zu verhindern. Der Vergabekontrollsenat erließ mit Bescheid vom 17. 7. 2002, GZ VKS C 6-2002/27, erneut die beantragte einstweilige Verfügung; in der Sache selbst entschied er mit Bescheid vom 11. 9. 2002, GZ VKS C 6-2002/38, den Anträgen auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Hauptangebotes und des nach Zurückziehung verbleibenden Alternativangebotes der Klägerin sowie der Entscheidung, die Zuschlagserteilung an einen Drittwerber vorzusehen, stattzugeben.

Die Beklagte schied daraufhin mit Schreiben vom 19. 9. 2002 das Hauptangebot und die zwei Alternativangebote der Klägerin unter Hinweis auf § 50 Abs 1 Z 8 und 9 StVergG 1998 neuerlich aus. Die Klägerin teilte daraufhin mit Schreiben vom 24. 9. 2004 gemäß § 106 Abs 1 StVergG 1998 der Beklagten mit, dass die erfolgte Ausscheidung ihres Hauptangebotes und des Alternativangebotes nicht vergaberechtskonform sei, wettbewerbswidrige Absprachen nicht getroffen worden seien, eine Unvollständigkeit des Angebotes im Sinne des § 50 Abs 1 Z 8 StVergG 1998 nicht vorliege sowie eine allenfalls vorliegende Unvollständigkeit unbeachtlich, in jedem Fall aber sanierbar gewesen sei und Gegenstand eines Verbesserungsauftrages hätte sein müssen. Die Klägerin unterrichtete die Beklagte von der Absicht, neuerlich ein Nachprüfungsverfahren nach § 107 StVergG 1998 vor dem Vergabekontrollsenat einzuleiten. Die Beklagte teilte ihr daraufhin mit, dass sie nicht gedenke, die Rechtswidrigkeit durch Zurücknahme des Ausscheidens der Angebote zu beheben, wobei zwar der Ausscheidungstatbestand der wettbewerbswidrigen Absprache nur mehr formal aufrecht erhalten wurde, jedoch nach wie vor darauf beharrt wurde, dass das Angebot der Klägerin von Anfang an mit nicht behebbaren Unvollständigkeiten behaftet gewesen sei. Die Beklagte schied daraufhin mit Schreiben vom 19. 9. 2002 das Hauptangebot und die zwei Alternativangebote der Klägerin unter Hinweis auf Paragraph 50, Absatz eins, Ziffer 8 und 9 StVergG 1998 neuerlich aus. Die Klägerin teilte daraufhin mit Schreiben vom 24. 9. 2004 gemäß Paragraph 106, Absatz eins, StVergG 1998 der Beklagten mit, dass die erfolgte Ausscheidung ihres Hauptangebotes und des Alternativangebotes nicht vergaberechtskonform sei, wettbewerbswidrige Absprachen nicht getroffen worden seien, eine Unvollständigkeit des Angebotes im Sinne des Paragraph 50, Absatz eins, Ziffer 8, StVergG 1998 nicht vorliege sowie eine allenfalls vorliegende Unvollständigkeit unbeachtlich, in jedem Fall aber sanierbar gewesen sei und Gegenstand eines Verbesserungsauftrages hätte sein müssen. Die Klägerin unterrichtete die Beklagte von der Absicht, neuerlich ein Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 107, StVergG 1998 vor dem

Vergabekontrollsenat einzuleiten. Die Beklagte teilte ihr daraufhin mit, dass sie nicht gedenke, die Rechtswidrigkeit durch Zurücknahme des Ausscheidens der Angebote zu beheben, wobei zwar der Ausscheidungstatbestand der wettbewerbswidrigen Absprache nur mehr formal aufrecht erhalten wurde, jedoch nach wie vor darauf beharrt wurde, dass das Angebot der Klägerin von Anfang an mit nicht behebbaren Unvollständigkeiten behaftet gewesen sei.

Die Klägerin leitete daraufhin zum dritten Mal ein Nachprüfungsverfahren vor der Zuschlagserteilung ein, wobei vorerst mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 18. 10. 2002, VKS C 7-2002/7, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welche die Zuschlagserteilung an einen Drittbesteller verhinderte, erwirkt wurde. In der Sache selbst wurde mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 16. 12. 2002 die Entscheidung, das Hauptangebot und das Alternativangebot auszuscheiden, für nichtig erklärt. Über die gegen die letztgenannten Bescheide erhobenen Beschwerden der Beklagten sprach der Verwaltungsgerichtshof mit seinen Erkenntnissen vom 21. 12. 2004, ZI 2002/04/0177 bzw ZI 2003/04/0029, dahingehend ab, dass der erstgenannte Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben wurde, da dem Steiermärkischen Vergabegesetz nicht zu entnehmen sei, dass die Beklagte nicht zu einem von ihr gewählten Zeitpunkt zur Ausscheidung von Angeboten, soferne Gründe dafür vorlägen, berechtigt sei. Weiters wies der Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde der Beklagten in der Sache selbst als unbegründet ab, da ein Ausscheidungstatbestand niemals vorgelegen habe. Mit Schreiben vom 11. 4. 2005 teilte die Beklagte daraufhin der Klägerin mit, dass das Vergabeverfahren gemäß § 53 Abs 1 StVergG 1998 wegen zwischenzeitig eingetretenen Technologiewandels widerrufen werde. Die Klägerin leitete daraufhin zum dritten Mal ein Nachprüfungsverfahren vor der Zuschlagserteilung ein, wobei vorerst mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 18. 10. 2002, VKS C 7-2002/7, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welche die Zuschlagserteilung an einen Drittbesteller verhinderte, erwirkt wurde. In der Sache selbst wurde mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 16. 12. 2002 die Entscheidung, das Hauptangebot und das Alternativangebot auszuscheiden, für nichtig erklärt. Über die gegen die letztgenannten Bescheide erhobenen Beschwerden der Beklagten sprach der Verwaltungsgerichtshof mit seinen Erkenntnissen vom 21. 12. 2004, ZI 2002/04/0177 bzw ZI 2003/04/0029, dahingehend ab, dass der erstgenannte Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben wurde, da dem Steiermärkischen Vergabegesetz nicht zu entnehmen sei, dass die Beklagte nicht zu einem von ihr gewählten Zeitpunkt zur Ausscheidung von Angeboten, soferne Gründe dafür vorlägen, berechtigt sei. Weiters wies der Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde der Beklagten in der Sache selbst als unbegründet ab, da ein Ausscheidungstatbestand niemals vorgelegen habe. Mit Schreiben vom 11. 4. 2005 teilte die Beklagte daraufhin der Klägerin mit, dass das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 53, Absatz eins, StVergG 1998 wegen zwischenzeitig eingetretenen Technologiewandels widerrufen werde.

Die Klägerin begeht nunmehr von der Beklagten EUR 36.340,-- sA an Schadenersatz aus dem Titel des Vertrauensschadens sowie an Vertretungskosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren. Der Widerruf der Ausschreibung sei zwar rechtmäßig erfolgt, die Beklagte habe aber das Vorliegen der Widerrufsgründe schuldhaft herbeigeführt, weshalb sie schadenersatzpflichtig sei.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete insbesondere die Unzulässigkeit des Rechtsweges ein. Nach § 118 Abs 2 StVergG 1998 sei Zulässigkeitsvoraussetzung einer Schadenersatzklage die Feststellung einer Rechtsverletzung durch den Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark; eine solche liege aber nicht vor. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete insbesondere die Unzulässigkeit des Rechtsweges ein. Nach Paragraph 118, Absatz 2, StVergG 1998 sei Zulässigkeitsvoraussetzung einer Schadenersatzklage die Feststellung einer Rechtsverletzung durch den Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark; eine solche liege aber nicht vor.

Das Erstgericht wies nach der in der Tagsatzung vom 26. 9. 2005 erfolgten Einschränkung des Verfahrens auf den Grund des Anspruches die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurück. Es folgte aus dem eingangs dargestellten, unstrittigen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht, dass nach dem StVergG 1998 eine Schadenersatzklage nur dann zulässig sei, wenn zuvor der Vergabekontrollsenat (nunmehr der Unabhängige Verwaltungssenat) gemäß § 109 Abs 4 StVergG 1998 eine Rechtsverletzung festgestellt habe. Das Erstgericht wies nach der in der Tagsatzung vom 26. 9. 2005 erfolgten Einschränkung des Verfahrens auf den Grund des Anspruches die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurück. Es folgte aus dem eingangs dargestellten, unstrittigen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht, dass nach dem StVergG 1998 eine Schadenersatzklage nur dann zulässig sei, wenn zuvor der Vergabekontrollsenat (nunmehr der Unabhängige Verwaltungssenat) gemäß Paragraph 109, Absatz 4, StVergG 1998 eine Rechtsverletzung festgestellt habe.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Klägerin keine Folge. Es führte im Wesentlichen aus, das Steiermärkische Landesvergabegesetz sehe in seiner im vorliegenden Verfahren anzuwendenden Fassung LGBI 1998/74 und LGBI 2000/66 in § 105 Abs 2 die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates auch zur Feststellung, ob die Ausschreibung entgegen den Vorschriften des Gesetzes widerrufen wurde, vor. Die Frage, welche Kompetenz der Vergabekontrollbehörde bei einem rechtmäßigen Widerruf der Ausschreibung zukomme, sei nicht ausdrücklich geregelt. Es komme ihr nach Auffassung des Rekursgerichtes jedoch eine Feststellungskompetenz jedenfalls in der Weise zu, dass sie festzustellen habe, dass ein nicht rechtmäßiges Verhalten des Auftraggebers zum Widerruf geführt habe, wobei ein an sich rechtmäßiger Widerruf, dem ein rechtswidriges, zum Widerruf führendes Verhalten des Auftraggebers vorangegangen sei, selbst mit Rechtswidrigkeit behaftet sei. Demnach besitze jeder durch einen rechtswidrig veranlassten Widerruf geschädigte Bieter - die Klägerin behauptete selbst, ein solcher zu sein - einen Ersatzanspruch nach § 115 StVergG 1998 nur dann, wenn er zuvor einen Feststellungsbescheid erwirkt habe, in dem die Rechtswidrigkeit der zum Widerruf führenden Entscheidung festgestellt und weiters festgehalten werde, dass er bei gesetzmäßiger Vorgangsweise eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte (§ 109 Abs 4 StVergG 1998). Die Klägerin wäre daher auch beim rechtmäßigen, aber vom Auftraggeber verschuldeten Widerruf der Ausschreibung verpflichtet gewesen, als Voraussetzung für die Zulässigkeit ihrer Schadenersatzklage einen Feststellungsbescheid zu erwirken. Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Klägerin keine Folge. Es führte im Wesentlichen aus, das Steiermärkische Landesvergabegesetz sehe in seiner im vorliegenden Verfahren anzuwendenden Fassung LGBI 1998/74 und LGBI 2000/66 in Paragraph 105, Absatz 2, die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates auch zur Feststellung, ob die Ausschreibung entgegen den Vorschriften des Gesetzes widerrufen wurde, vor. Die Frage, welche Kompetenz der Vergabekontrollbehörde bei einem rechtmäßigen Widerruf der Ausschreibung zukomme, sei nicht ausdrücklich geregelt. Es komme ihr nach Auffassung des Rekursgerichtes jedoch eine Feststellungskompetenz jedenfalls in der Weise zu, dass sie festzustellen habe, dass ein nicht rechtmäßiges Verhalten des Auftraggebers zum Widerruf geführt habe, wobei ein an sich rechtmäßiger Widerruf, dem ein rechtswidriges, zum Widerruf führendes Verhalten des Auftraggebers vorangegangen sei, selbst mit Rechtswidrigkeit behaftet sei. Demnach besitze jeder durch einen rechtswidrig veranlassten Widerruf geschädigte Bieter - die Klägerin behauptete selbst, ein solcher zu sein - einen Ersatzanspruch nach Paragraph 115, StVergG 1998 nur dann, wenn er zuvor einen Feststellungsbescheid erwirkt habe, in dem die Rechtswidrigkeit der zum Widerruf führenden Entscheidung festgestellt und weiters festgehalten werde, dass er bei gesetzmäßiger Vorgangsweise eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte (Paragraph 109, Absatz 4, StVergG 1998). Die Klägerin wäre daher auch beim rechtmäßigen, aber vom Auftraggeber verschuldeten Widerruf der Ausschreibung verpflichtet gewesen, als Voraussetzung für die Zulässigkeit ihrer Schadenersatzklage einen Feststellungsbescheid zu erwirken.

Das Rekursgericht sprach weiters aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs im Hinblick auf die uneinheitliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu den Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage bei Widerruf eines Vergabeverfahrens zulässig sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahin abzuändern, dass die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges verworfen werde.

Die Beklagte beantragt in ihrer Revisionsrekursbeantwortung, das Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen bzw ihm keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil die Entscheidung des Rekursgerichtes zu der erst jüngst ergangenen und ebenfalls die Auslegung der für die Zulässigkeit des Rechtsweges maßgebenden Bestimmungen des StVergG 1998 betreffenden Entscheidung 6 Ob 85/06b vom 14. 9. 2006 im Widerspruch steht. Der Hinweis der Beklagten, das Rekursgericht habe den Beschluss des Erstgerichtes vollinhaltlich bestätigt, ändert daran nichts. Nach § 528 Abs 2 Z 2 ZPO gilt der Grundsatz der Unanfechtbarkeit von Konformatsbeschlüssen nämlich dann nicht, wenn die Klage - wie hier - ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen zurückgewiesen wurde. Der Revisionsrekurs ist auch berechtigt. Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil die Entscheidung des Rekursgerichtes zu der erst jüngst ergangenen und ebenfalls die Auslegung der für die Zulässigkeit des Rechtsweges maßgebenden Bestimmungen des StVergG 1998 betreffenden Entscheidung 6 Ob 85/06b vom 14. 9. 2006 im Widerspruch steht. Der Hinweis der Beklagten, das Rekursgericht habe den Beschluss des Erstgerichtes vollinhaltlich bestätigt, ändert daran nichts. Nach Paragraph 528,

Absatz 2, Ziffer 2, ZPO gilt der Grundsatz der Unanfechtbarkeit von Konformatsbeschlüssen nämlich dann nicht, wenn die Klage - wie hier - ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen zurückgewiesen wurde. Der Revisionsrekurs ist auch berechtigt.

Zwischen den Parteien ist zu Recht nicht strittig, dass auf den vorliegenden Sachverhalt noch das Steiermärkische Vergabegesetz 1998 (StVergG), LGBI 1998/74 idF der Novelle LGBI 2000/66 (einschließlich der Bestimmungen über den Rechtsschutz) anzuwenden ist. Zwischen den Parteien ist zu Recht nicht strittig, dass auf den vorliegenden Sachverhalt noch das Steiermärkische Vergabegesetz 1998 (StVergG), LGBI 1998/74 in der Fassung der Novelle LGBI 2000/66 (einschließlich der Bestimmungen über den Rechtsschutz) anzuwenden ist.

Die für den vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen des StVergG 1998 in der hier anwendbaren Fassung lauten wie folgt:

„§ 53

Widerruf der Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist

(1) Nach Ablauf der Angebotsfrist ist die Ausschreibung zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen.

...

§ 54Paragraph 54,

Abschluss des Vergabeverfahrens

(1) Das Vergabeverfahren endet mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung.

...

§ 105Paragraph 105,

Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates

...

(2) Nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist der Vergabekontrollenat zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Gesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde oder ob die Ausschreibung entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes widerrufen wurde. In einem solchen Verfahren ist der Vergabekontrollenat ferner zuständig, auf Antrag des Auftraggebers festzustellen, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

...

§ 109Paragraph 109,

Nichtigerklärung und Feststellung der Rechtswidrigkeit von Entscheidungen des Auftraggebers

...

(4) Entscheidet der Vergabekontrollenat nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens, kommt eine Nichtigerklärung nicht mehr in Betracht. Er hat jedoch festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Gesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Der Vergabekontrollenat hat auf Antrag des Auftraggebers überdies festzustellen, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

§ 115Paragraph 115,

Schadenersatzpflichten des Auftraggebers

(1) Bei schuldhafter Verletzung dieses Gesetzes oder der hiezu ergangenen Verordnungen durch Organe der vergebenden Stelle hat ein übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch

die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen Kosten. Schadenersatzansprüche einschließlich des Ersatzes eines allenfalls entgangenen Gewinnes sind durch Klage vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

(2) Kein Anspruch auf Schadenersatz besteht, wenn gemäß § 104 Abs 4 festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.(2) Kein Anspruch auf Schadenersatz besteht, wenn gemäß Paragraph 104, Absatz 4, festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

...

§ 118Paragraph 118,

Zuständigkeit

....

(2) Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn zuvor der Vergabekontrollsenat gemäß § 109 Abs 4 eine Rechtsverletzung festgestellt hat. Unbeschadet des Abs 3 sind das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Vergabekontrollsenat an eine solche Feststellung gebunden.(2) Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn zuvor der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 109, Absatz 4, eine Rechtsverletzung festgestellt hat. Unbeschadet des Absatz 3, sind das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Vergabekontrollsenat an eine solche Feststellung gebunden.

..."

Der bereits erwähnten Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 14. 9. 2006, 6 Ob 85/06b, lag zugrunde, dass ein ebenfalls nach der soeben dargestellten Rechtslage zu beurteilendes Vergabeverfahren im Stadium nach Anbotseröffnung und vor Zuschlagserteilung durch Widerruf der Ausschreibung beendet worden war. Die damalige Klägerin vertrat allerdings die Auffassung, der Widerruf der Ausschreibung sei rechtswidrig erfolgt. Strittig war ebenfalls die Frage, ob eine Feststellung des Vergabekontrollsenates im Sinn des § 105 Abs 2 StVergG 1998, ob die Ausschreibung entgegen den Vorschriften des Gesetzes widerrufen wurde, entsprechend § 118 Abs 2 StVergG 1998 Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Schadenersatzklage sei. Der Oberste Gerichtshof verwies in seiner Begründung auf seine im Zusammenhang mit dem Steiermärkischen Gesetz über die Nachprüfung von Entscheidung im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (LGBI 2003/43) erst jüngst ergangene Rechtsprechung (4 Ob 23/06w), wonach im Hinblick auf § 341 Abs 2 BVergG 2006 eine zivilrechtliche Schadenersatzklage - wie grundsätzlich schon bisher - nur zulässig sei, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde bestimmte Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens festgestellt habe; die Zuständigkeit für eine solche Feststellung liege nach Art 14b Abs 1 und 5 B-VG iVm § 2 des erwähnten Landesgesetzes beim Unabhängigen Verwaltungssenat für das Bundesland Steiermark. Ohne eine solche Feststellung sei der Rechtsweg unzulässig. Nach § 341 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 habe die zuständige Vergabekontrollbehörde unter anderem festzustellen, ob die Erklärung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens rechtswidrig sei. Auch nach § 105 Abs 2 des im vorliegenden Verfahren noch maßgeblichen StVergG 1998 idF LGBI 2000/66 sei der Vergabekontrollsenat zwar unter anderem zuständig festzustellen, ob die Ausschreibung entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes widerrufen worden sei. § 118 Abs 2 iVm § 109 Abs 4 StVergG 1998 mache die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage aber nur von einer Feststellung des Vergabekontrollsenates abhängig, wenn der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das StVergG 1998 oder die hiezu ergangenen Verordnungen nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Eine dem § 341 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 vergleichbare Zulässigkeitsvoraussetzung bei Widerruf einer Ausschreibung enthalte das StVergG 1998 jedoch nicht. So seien durch die Novelle LGBI 2000/66 - im Gegensatz zu § 105 Abs 2 - weder § 109 Abs 4 noch § 54 Abs 1 StVergG 1998 geändert worden. Auch die Materialien zu § 105 Abs 2 führten lediglich aus, hier solle - der Rechtsprechung des Vergabekontrollsenates folgend - im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass ein rechtswidriger Widerruf der Ausschreibung einen Verstoß gegen das Gesetz bilde, der vom Vergabekontrollsenat festgestellt werden könne. Damit lasse sich aber weder dem Gesetzestext noch den Materialien hiezu entnehmen, dass eine derartige Feststellung nunmehr auch Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Schadenersatzklage sein sollte.Der bereits erwähnten Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 14. 9. 2006, 6 Ob 85/06b, lag zugrunde, dass ein ebenfalls nach der soeben dargestellten Rechtslage zu beurteilendes Vergabeverfahren im Stadium nach Anbotseröffnung und vor

Zuschlagserteilung durch Widerruf der Ausschreibung beendet worden war. Die damalige Klägerin vertrat allerdings die Auffassung, der Widerruf der Ausschreibung sei rechtswidrig erfolgt. Strittig war ebenfalls die Frage, ob eine Feststellung des Vergabekontrollsenates im Sinn des Paragraph 105, Absatz 2, StVergG 1998, ob die Ausschreibung entgegen den Vorschriften des Gesetzes widerrufen wurde, entsprechend Paragraph 118, Absatz 2, StVergG 1998 Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Schadenersatzklage sei. Der Oberste Gerichtshof verwies in seiner Begründung auf seine im Zusammenhang mit dem Steiermärkischen Gesetz über die Nachprüfung von Entscheidung im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (LGBI 2003/43) erst jüngst ergangene Rechtsprechung (4 Ob 23/06w), wonach im Hinblick auf Paragraph 341, Absatz 2, BVergG 2006 eine zivilrechtliche Schadenersatzklage - wie grundsätzlich schon bisher - nur zulässig sei, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde bestimmte Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens festgestellt habe; die Zuständigkeit für eine solche Feststellung liege nach Artikel 14 b, Absatz eins und 5 B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, des erwähnten Landesgesetzes beim Unabhängigen Verwaltungssenat für das Bundesland Steiermark. Ohne eine solche Feststellung sei der Rechtsweg unzulässig. Nach Paragraph 341, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 habe die zuständige Vergabekontrollbehörde unter anderem festzustellen, ob die Erklärung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens rechtswidrig sei. Auch nach Paragraph 105, Absatz 2, des im vorliegenden Verfahren noch maßgeblichen StVergG 1998 in der Fassung LGBI 2000/66 sei der Vergabekontrollsenat zwar unter anderem zuständig festzustellen, ob die Ausschreibung entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes widerrufen worden sei. Paragraph 118, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 4, StVergG 1998 mache die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage aber nur von einer Feststellung des Vergabekontrollsenates abhängig, wenn der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das StVergG 1998 oder die hiezu ergangenen Verordnungen nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Eine dem Paragraph 341, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 vergleichbare Zulässigkeitsvoraussetzung bei Widerruf einer Ausschreibung enthalte das StVergG 1998 jedoch nicht. So seien durch die Novelle LGBI 2000/66 - im Gegensatz zu Paragraph 105, Absatz 2, - weder Paragraph 109, Absatz 4, noch Paragraph 54, Absatz eins, StVergG 1998 geändert worden. Auch die Materialien zu Paragraph 105, Absatz 2, führten lediglich aus, hier solle - der Rechtsprechung des Vergabekontrollsenates folgend - im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass ein rechtswidriger Widerruf der Ausschreibung einen Verstoß gegen das Gesetz bilde, der vom Vergabekontrollsenat festgestellt werden könne. Damit lasse sich aber weder dem Gesetzesstext noch den Materialien hiezu entnehmen, dass eine derartige Feststellung nunmehr auch Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Schadenersatzklage sein sollte.

Der im gegenständlichen Fall zur Entscheidung berufene Senat schließt sich dieser Rechtsansicht des 6. Senates jedenfalls für den hier zu beurteilenden Fall eines rechtmäßigen, nach den Behauptungen der Klägerin von der Beklagten als Auftraggeberin aber verschuldeten Widerrufes einer Ausschreibung an. Denn selbst wenn man entgegen der vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 6 Ob 85/06b vertretenen Rechtsansicht auch für die im vorliegenden Verfahren noch maßgebliche Rechtslage nach dem StVergG 1998 davon ausgeinge, dass - vergleichbar etwa der nunmehrigen Bestimmung des § 341 Abs 2 Z 3 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 - eine Schadenersatzklage nur zulässig wäre, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, dass die Ausschreibung entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes widerrufen wurde (vgl § 105 Abs 2 erster Satz StVergG 1998), so wäre zu berücksichtigen, dass der Widerruf der Ausschreibung durch die Beklagte im vorliegenden Fall unbestritten nicht rechtswidrig, sondern aus einem zwingenden Grund und daher gemäß § 53 Abs 1 StVergG 1998 zu Recht erfolgt ist. Nach dieser Gesetzesstelle ist die Ausschreibung bei Vorliegen zwingender Gründe verpflichtend zu widerrufen und es kann nach der herrschenden Rechtsprechung (vgl JBl 2002, 385) auch dann ein zwingender Grund für den Widerruf einer Ausschreibung vorliegen, wenn dieser Grund vom öffentlichen Auftraggeber schuldhaft herbeigeführt worden ist, was den Widerruf aber zweifellos nicht rechtswidrig im Sinn des § 105 Abs 2 erster Satz StVergG 1998 macht. In einem solchen Fall müsste die benötigte Feststellung also eigentlich dahin gehen, dass der Widerrufsgrund vom Auftraggeber verschuldet ist. Dafür fehlt aber jedenfalls eine geschriebene Kompetenz der Vergabekontrollbehörde nach dem StVergG 1998 (vgl UVS Steiermark 44.20-11/2003-3 = ZVB 2004/54 [Auprich]; Rummel, Feststellungsverfahren und zivilgerichtlicher Bieterschutz in Griller/Holoubek [Hrsg], Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 462; Geppert, Schadenersatz ohne Feststellungsbescheid des BVA?, ZVB 2004/97 mwN). In diesem Sinne hat auch der Gesetzgeber des BVergG 2006 in § 341 Abs 3 eine entsprechende Ausnahmebestimmung geschaffen, wonach abweichend von Abs 2 eine Schadenersatzklage zulässig ist, wenn die Erklärung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens nicht gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen verstößen hat, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde. Der Grund für diese

Ausnahmebestimmung besteht nach den Gesetzesmaterialien (abgedruckt in Elsner, Bundesvergabegesetz 2006 Rz 621) darin, dass die Vergabekontrollbehörden nur über Verstöße gegen das BVergG sowie die dazu ergangenen Verordnungen absprechen, nicht aber darüber, ob ein Verhalten des Auftraggebers - wenn auch vergaberechtlich gesehen rechtmäßig - so doch aus anderen Gründen schuldhaft war. Diese Entscheidung obliegt damit den ordentlichen Gerichten. Der im gegenständlichen Fall zur Entscheidung berufene Senat schließt sich dieser Rechtsansicht des 6. Senates jedenfalls für den hier zu beurteilenden Fall eines rechtmäßigen, nach den Behauptungen der Klägerin von der Beklagten als Auftraggeberin aber verschuldeten Widerrufes einer Ausschreibung an. Denn selbst wenn man entgegen der vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung 6 Ob 85/06b vertretenen Rechtsansicht auch für die im vorliegenden Verfahren noch maßgebliche Rechtslage nach dem StVergG 1998 davon ausgeht, dass - vergleichbar etwa der nunmehrigen Bestimmung des Paragraph 341, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 - eine Schadenersatzklage nur zulässig wäre, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, dass die Ausschreibung entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes widerrufen wurde (vergleiche Paragraph 105, Absatz 2, erster Satz StVergG 1998), so wäre zu berücksichtigen, dass der Widerruf der Ausschreibung durch die Beklagte im vorliegenden Fall unbestritten nicht rechtswidrig, sondern aus einem zwingenden Grund und daher gemäß Paragraph 53, Absatz eins, StVergG 1998 zu Recht erfolgt ist. Nach dieser Gesetzesstelle ist die Ausschreibung bei Vorliegen zwingender Gründe verpflichtend zu widerrufen und es kann nach der herrschenden Rechtsprechung (vergleiche JBl 2002, 385) auch dann ein zwingender Grund für den Widerruf einer Ausschreibung vorliegen, wenn dieser Grund vom öffentlichen Auftraggeber schuldhaft herbei geführt worden ist, was den Widerruf aber zweifellos nicht rechtswidrig im Sinn des Paragraph 105, Absatz 2, erster Satz StVergG 1998 macht. In einem solchen Fall müsste die benötigte Feststellung also eigentlich dahin gehen, dass der Widerrufsgrund vom Auftraggeber verschuldet ist. Dafür fehlt aber jedenfalls eine geschriebene Kompetenz der Vergabekontrollbehörde nach dem StVergG 1998 (vergleiche UVS Steiermark 44.20-11/2003-3 = ZVB 2004/54 [Auprich]; Rummel, Feststellungsverfahren und zivilgerichtlicher Bieterschutz in Griller/Holoubek [Hrsg], Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 462; Geppert, Schadenersatz ohne Feststellungsbescheid des BVA?, ZVB 2004/97 mwN). In diesem Sinne hat auch der Gesetzgeber des BVergG 2006 in Paragraph 341, Absatz 3, eine entsprechende Ausnahmebestimmung geschaffen, wonach abweichend von Absatz 2, eine Schadenersatzklage zulässig ist, wenn die Erklärung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens nicht gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen verstößen hat, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde. Der Grund für diese Ausnahmebestimmung besteht nach den Gesetzesmaterialien (abgedruckt in Elsner, Bundesvergabegesetz 2006 Rz 621) darin, dass die Vergabekontrollbehörden nur über Verstöße gegen das BVergG sowie die dazu ergangenen Verordnungen absprechen, nicht aber darüber, ob ein Verhalten des Auftraggebers - wenn auch vergaberechtlich gesehen rechtmäßig - so doch aus anderen Gründen schuldhaft war. Diese Entscheidung obliegt damit den ordentlichen Gerichten.

Der erkennende Senat gelangt daher zu dem Ergebnis, dass auch nach der im vorliegenden Verfahren noch maßgeblichen Rechtslage nach dem StVergG 1998 idF LGBI 2000/66 bei einem rechtmäßigen Widerruf einer Ausschreibung ein Feststellungsbescheid des Vergabekontrollsenates nicht Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Schadenersatzklage vor den ordentlichen Gerichten sein kann. Im Fall eines rechtmäßigen Widerrufes kann nämlich ein Antragsteller nicht gehalten sein, gegen den Widerruf selbst vorzugehen und ein von vornherein aussichtsloses Verfahren vor der Vergabekontrollbehörde zu führen. Damit haben die Vorinstanzen zu Unrecht die Zulässigkeit des Rechtsweges von einem Feststellungsbescheid abhängig gemacht. In Abänderung ihrer Entscheidungen war die diesbezügliche Einrede der Beklagten zu verwerfen. Der erkennende Senat gelangt daher zu dem Ergebnis, dass auch nach der im vorliegenden Verfahren noch maßgeblichen Rechtslage nach dem StVergG 1998 in der Fassung LGBI 2000/66 bei einem rechtmäßigen Widerruf einer Ausschreibung ein Feststellungsbescheid des Vergabekontrollsenates nicht Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Schadenersatzklage vor den ordentlichen Gerichten sein kann. Im Fall eines rechtmäßigen Widerrufes kann nämlich ein Antragsteller nicht gehalten sein, gegen den Widerruf selbst vorzugehen und ein von vornherein aussichtsloses Verfahren vor der Vergabekontrollbehörde zu führen. Damit haben die Vorinstanzen zu Unrecht die Zulässigkeit des Rechtsweges von einem Feststellungsbescheid abhängig gemacht. In Abänderung ihrer Entscheidungen war die diesbezügliche Einrede der Beklagten zu verwerfen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 und 52 Abs 1 ZPO. Die Klägerin hat in einem Zwischenstreit über die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges obsiegt und demnach einen vom Ausgang in der Hauptsache unabhängigen Anspruch auf Ersatz der vom Zwischenstreit verursachten Kosten (das sind die Kosten des Rekursverfahrens und des

Revisionsrekursverfahrens). Im Verfahren erster Instanz wurde die Verhandlung in der Tagsatzung vom 26. 9. 2005 auf den Grund des Anspruches eingeschränkt und daher nicht nur über die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges geführt. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 41., 50 und 52 Absatz eins, ZPO. Die Klägerin hat in einem Zwischenstreit über die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges obsiegt und demnach einen vom Ausgang in der Hauptsache unabhängigen Anspruch auf Ersatz der vom Zwischenstreit verursachten Kosten (das sind die Kosten des Rekursverfahrens und des Revisionsrekursverfahrens). Im Verfahren erster Instanz wurde die Verhandlung in der Tagsatzung vom 26. 9. 2005 auf den Grund des Anspruches eingeschränkt und daher nicht nur über die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges geführt.

Textnummer

E83523

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2007:0100OB00076.06H.0227.000

Im RIS seit

29.03.2007

Zuletzt aktualisiert am

05.05.2017

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