

# TE OGH 2005/3/14 4Ob262/04i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.03.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Gitschthaler als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Georg Zanger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien (bis 27. Juni 2004) 1. a\*\*\*\*\*gesmbH (FN 99625h), vertreten durch Dr. Thomas Lederer, Rechtsanwalt in Wien, 2. h\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH (FN 47951t), vertreten durch Schneider & Schneider, Rechtsanwälte OEG in Wien, (ab 28. Juni 2004:) erst- und zweitbeklagte Partei mit Vertrag vom 28. Juni 2004 verschmolzen zur bisher viertbeklagten Partei h\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH (FN 92410y), 3. A\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Johannes Patzak, Rechtsanwalt in Wien, 4. h\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch DDr. Karl Pistotnik, Rechtsanwalt in Wien, 5. Gerhard S\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Wolfgang Vinatzer, Rechtsanwalt in Wien, 6. Mag. Ferdinand P\*\*\*\*\*, vertreten durch Saxinger Chalupsky Weber & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, 7. Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokurator in Wien, wegen Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 63.000 EUR), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei sowie der dritt-, viert-, fünft- und sechsbeklagten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 6. September 2004, GZ 1 R 132/04w-60, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 26. April 2004, GZ 10 Cg 68/04m-2, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Dem Revisionsrekurs der Klägerin wird nicht Folge gegeben. Der angefochtene Beschluss wird mit der Maßgabe bestätigt, dass der Sicherungsantrag (auch) in seinem Punkt 3, soweit darin Verstöße gegen das BVergG geltend gemacht werden, hinsichtlich der h\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH sowie der dritt-, fünft- und sechsbeklagten Parteien abgewiesen wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der h\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH sowie der dritt- und fünftbeklagten Parteien die mit je 1.771,03 EUR (darin 295,18 EUR USt) und der sechsbeklagten Partei die mit 1.770,11 EUR (darin 295,02 EUR USt) und der siebentbeklagten Partei die mit 1.475,85 EUR bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

2. Aus Anlass der Revisionsrekurse der h\*\*\*\*\* Gesellschaft m.b.H. sowie der dritt-, fünft- und sechsbeklagten Parteien wird der angefochtene Beschluss in seinem stattgebenden Teil, der Verstöße gegen Bestimmungen des Wiener GebrauchsabgabeG (Verletzung von im Bewilligungsbescheid für die Werbewände erteilten Auflagen) sowie gegen § 82 StVO zum Gegenstand hat, als nichtig aufgehoben. Die Kosten des für nichtig erklärten Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben. 2. Aus Anlass der Revisionsrekurse der h\*\*\*\*\* Gesellschaft m.b.H. sowie der dritt-, fünft- und sechsbeklagten Parteien wird der angefochtene Beschluss in seinem stattgebenden Teil, der Verstöße gegen

Bestimmungen des Wiener GebrauchsabgabeG (Verletzung von im Bewilligungsbescheid für die Werbewände erteilten Auflagen) sowie gegen Paragraph 82, StVO zum Gegenstand hat, als nichtig aufgehoben. Die Kosten des für nichtig erklärten Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

3. Der am 12. 10. 2004 beim Erstgericht eingelangte (zweite) Revisionsrekurs der Klägerin (ON 68) sowie die Revisionsrekursbeantwortung der Klägerin betreffend die zweitbeklagte Partei (ON 78) werden als unzulässig zurückgewiesen.

### **Text**

Begründung:

Vorausgeschickt wird, dass erst- und zweitbeklagte Partei mit Vertrag vom 28. 6. 2004 zur viertbeklagten Partei verschmolzen wurden; aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Parteien gleich wie bisher benannt.

Die Klägerin versteht ihre Klage als "Ergänzung" der bereits beim Erstgericht anhängigen Klage zu 10 Cg 55/04z. Das dazugehörige Sicherungsverfahren ist zu 4 Ob 260/04w anhängig; hinsichtlich Sachverhalt und Vorbringen wird auf die zu dieser Geschäftszahl ergangene Entscheidung verwiesen.

Die Klägerin verband ihre Klage mit folgendem Sicherungsantrag (das vom Sicherungsbegehren im Verfahren 10 Cg 55/04z abweichende Begehren ist kursiv geschrieben):

„Zur Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung der Verletzung von Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der Bestimmung des § 1 UWG wird den Beklagten bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs nachfolgende Handlungen zu setzen:„Zur Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung der Verletzung von Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der Bestimmung des Paragraph eins, UWG wird den Beklagten bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs nachfolgende Handlungen zu setzen:

1. Der Siebentbeklagten Republik Österreich als öffentliche Auftraggeberin, handelnd durch die Parlamentsdirektion als vergebende Stelle, ohne Durchführung eines den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes entsprechenden Verfahrens den Zuschlag des Auftrags im Vergabeverfahren "Baustellenwerbung ringstraßenseitig" (Einzäunung des Parlaments in Wien 1, Dr. Karl-Renner-Ring 1, von der Vorderfront) an die dritt- und viertbeklagten Parteien zu erteilen und/oder einen Vertrag über [diese Dienstleistungskonzession] diesen Auftrag mit den dritt- und viertbeklagten Parteien abzuschließen;

2. der Dritt- und Viertbeklagten sowie der Siebentbeklagten als öffentliche Auftraggeberin, handelnd durch die Parlamentsdirektion als vergebende Stelle, Leistungen im Zusammenhang mit der Ausschreibung "Baustellenwerbung ringstraßenseitig", insbesondere Aufträge zur Errichtung von Werbeflächen rund um das Parlament in Wien 1, Dr. Karl-Renner-Ring 1, und/oder zur Anbringung von Werbemitteln und/oder Werbebotschaften auf bereits errichteten Werbeflächen zu beauftragen, nachzufragen oder anzunehmen;

3. der Dritt-bis Sechstbeklagten, jede auf die Vermarktung der und/oder den Verkauf und/oder die Vermietung der im Zusammenhang und/oder als Folge der Ausschreibung 'Baustellenwerbung ringstraßenseitig' bereits errichteten und/oder noch weiter zu errichtenden Werbeflächen rund um das Parlament in Wien 1, Dr. Karl-Renner-Ring 1, - wie auf den Fotos auf .D ersichtlich - gerichtete Tätigkeit zu entfalten; insbesondere Werbung für den Verkauf dieser Werbeflächen in welcher Art auch immer zu betreiben und/oder von Dritten Aufträge zur Nutzung dieser Werbeflächen anzunehmen; und/oder aufgrund bereits bestehender Aufträge Werbemittel anzubringen."

Die im ersten Sicherungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen das BVergG würden nunmehr auch gegen die dritt- bis sechstbeklagten Parteien sowie gegen die siebentbeklagte Partei, soweit diese an den Handlungen der dritt- bis sechstbeklagten Parteien mitgewirkt habe, geltend gemacht. Darüber hinaus verstoße die Errichtung von Werbewänden („rolling boards“) im Zuge der Baustelleneinfriedung gegen Bestimmungen des Wiener GebrauchsabgabeG sowie gegen § 82 StVO; diese Rechtsverletzung werde gegenüber den erst- bis sechstbeklagten Parteien geltend gemacht. Die im ersten Sicherungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen das BVergG würden nunmehr auch gegen die dritt- bis sechstbeklagten Parteien sowie gegen die siebentbeklagte Partei, soweit diese an den Handlungen der dritt- bis sechstbeklagten Parteien mitgewirkt habe, geltend gemacht. Darüber hinaus verstoße die Errichtung von Werbewänden („rolling boards“) im Zuge der Baustelleneinfriedung gegen Bestimmungen des

Wiener GebrauchsabgabeG sowie gegen Paragraph 82, StVO; diese Rechtsverletzung werde gegenüber den erst- bis sechstbeklagten Parteien geltend gemacht.

Die Klägerin stellte mit Schriftsatz vom 6. 5. 2004 (ON 7) den ergänzenden Sicherungsantrag, der erst- bis sechstbeklagten Parteien zu verbieten, auf oder über öffentlichem Grund Gegenstände, die der Geschäftstätigkeit oder der Werbung dienen, beispielsweise Ankündigungen und/oder Plakate, insbesondere sogenannte „rolling boards“, entgegen einer Rechtsvorschrift oder wenn hierfür nicht alle erforderlichen Genehmigungen erteilt wurden, aufzustellen und darauf bzw darin Werbeplakate anzubringen; dies soll insbesondere gelten, wenn die „rolling boards“ größer als bewilligt sind und sogar 20 m<sup>2</sup> Werbefläche aufweisen. Mit Schriftsatz vom 2. 6. 2004 (ON 40) wurde zu diesem Teil des Sicherungsbegehrens ergänzend vorgebracht. Die zu 10 Cg 55/04z eingebrachte Klage sei zu Recht gegen die Erst- und Zweitbeklagte gerichtet worden. Bei diesen Parteien handle es sich offensichtlich um die Dachgesellschaften, an denen die Dritt- und Viertbeklagte beteiligt seien. Diese Parteien hätten maßgeblichen Einfluss auf die Dritt- und Viertbeklagte, sodass sie auch für deren Handeln verantwortlich seien. Der Sechstbeklagte sei in allen Unternehmen als Geschäftsführer tätig, sodass schon dadurch die wechselseitige Einflussnahme evident sei; der Fünftbeklagte sei Geschäftsführer der Erst-, Dritt- und Viertbeklagten. In Wettbewerbsangelegenheiten sei das Unterlassungsbegehren gegen jede Person berechtigt, die, sei es als Haupt- oder als Mittäter oder als einflussnehmendes Unternehmen, auf das wettbewerbswidrige Verhalten Einfluss nehme. Dritt- und Viertbeklagte seien als Vertragspartner gegenüber der Parlamentsdirektion "vorgeschoben" worden. Bei dem von der Siebentbeklagten zu vergebenden Auftrag handle es sich um eine Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich, auf die die Bestimmungen des ersten Teils des BVergG sowie die §§ 21 und 44 BVergG Anwendung fänden. Eine freihändige Vergabe der Dienstleistungskonzession sei jedenfalls rechtswidrig. Die Klägerin habe nur durch Zufall von der geplanten Auftragsvergabe erfahren. Damit habe die Siebentbeklagte gegen die Bekanntmachungsvorschriften sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz verstoßen. Die Gesetzeswidrigkeit des Vergabeverfahrens sei für die Erst- bis Sechstbeklagten jedenfalls offenkundig gewesen. Der Auftrag sei erst durch eine gemeinsam "inszenierte Nachbesserungsrunde" und die dadurch mögliche Herstellung von Kopien und Nachahmung der Pläne der Klägerin durch die Dritt- bzw Viertbeklagte möglich gemacht worden. Weiters hätten die Dritt- und Viertbeklagte vorgetäuscht, Bestbieter zu sein, indem sie Elemente in ihr Angebot aufgenommen hätten, die von Anfang an mangels Bewilligung durch die zuständige Magistratsabteilung nicht verwendet werden durften (Infoscreens); dadurch hätten sie gegen die §§ 99 Abs 3d iVm § 82 Abs 1 StVO und gegen das Wiener GebrauchsabgabeG 1966 verstoßen. Die Errichtung der größeren „rolling boards“ sei nicht bescheidmäßig erfolgt. Die Erst- bis Sechstbeklagten hätten aus Wettbewerbsgründen vorsätzlich das Maß der Werbeflächen aus eigenem Antrieb vergrößert. Vermutlich sei dies in der Absicht geschehen, höhere Verkaufserlöse zu erzielen. Die Nutzung der Werbeflächen zu Werbezwecken ohne entsprechende Bewilligung sei jedenfalls sittenwidrig und verstoße gegen § 1 UWG. Die Klägerin stellte mit Schriftsatz vom 6. 5. 2004 (ON 7) den ergänzenden Sicherungsantrag, der erst- bis sechstbeklagten Parteien zu verbieten, auf oder über öffentlichem Grund Gegenstände, die der Geschäftstätigkeit oder der Werbung dienen, beispielsweise Ankündigungen und/oder Plakate, insbesondere sogenannte „rolling boards“, entgegen einer Rechtsvorschrift oder wenn hierfür nicht alle erforderlichen Genehmigungen erteilt wurden, aufzustellen und darauf bzw darin Werbeplakate anzubringen; dies soll insbesondere gelten, wenn die „rolling boards“ größer als bewilligt sind und sogar 20 m<sup>2</sup> Werbefläche aufweisen. Mit Schriftsatz vom 2. 6. 2004 (ON 40) wurde zu diesem Teil des Sicherungsbegehrens ergänzend vorgebracht. Die zu 10 Cg 55/04z eingebrachte Klage sei zu Recht gegen die Erst- und Zweitbeklagte gerichtet worden. Bei diesen Parteien handle es sich offensichtlich um die Dachgesellschaften, an denen die Dritt- und Viertbeklagte beteiligt seien. Diese Parteien hätten maßgeblichen Einfluss auf die Dritt- und Viertbeklagte, sodass sie auch für deren Handeln verantwortlich seien. Der Sechstbeklagte sei in allen Unternehmen als Geschäftsführer tätig, sodass schon dadurch die wechselseitige Einflussnahme evident sei; der Fünftbeklagte sei Geschäftsführer der Erst-, Dritt- und Viertbeklagten. In Wettbewerbsangelegenheiten sei das Unterlassungsbegehren gegen jede Person berechtigt, die, sei es als Haupt- oder als Mittäter oder als einflussnehmendes Unternehmen, auf das wettbewerbswidrige Verhalten Einfluss nehme. Dritt- und Viertbeklagte seien als Vertragspartner gegenüber der Parlamentsdirektion "vorgeschoben" worden. Bei dem von der Siebentbeklagten zu vergebenden Auftrag handle es sich um eine Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich, auf die die Bestimmungen des ersten Teils des BVergG sowie die Paragraphen 21 und 44 BVergG Anwendung fänden. Eine freihändige Vergabe der Dienstleistungskonzession sei jedenfalls rechtswidrig. Die Klägerin habe nur durch Zufall von der geplanten Auftragsvergabe erfahren. Damit habe die Siebentbeklagte gegen die

Bekanntmachungsvorschriften sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz verstoßen. Die Gesetzwidrigkeit des Vergabeverfahrens sei für die Erst- bis Sechstbeklagten jedenfalls offenkundig gewesen. Der Auftrag sei erst durch eine gemeinsam "inszenierte Nachbesserungsrunde" und die dadurch mögliche Herstellung von Kopien und Nachahmung der Pläne der Klägerin durch die Dritt- bzw Viertbeklagte möglich gemacht worden. Weiters hätten die Dritt- und Viertbeklagte vorgetäuscht, Bestbieter zu sein, indem sie Elemente in ihr Angebot aufgenommen hätten, die von Anfang an mangels Bewilligung durch die zuständige Magistratsabteilung nicht verwendet werden durften (Infoscreens); dadurch hätten sie gegen die Paragraphen 99, Absatz 3 d, in Verbindung mit Paragraph 82, Absatz eins, StVO und gegen das Wiener GebrauchsabgabeG 1966 verstoßen. Die Errichtung der größeren „rolling boards“ sei nicht bescheidmäßig erfolgt. Die Erst- bis Sechstbeklagten hätten aus Wettbewerbsgründen vorsätzlich das Maß der Werbeflächen aus eigenem Antrieb vergrößert. Vermutlich sei dies in der Absicht geschehen, höhere Verkaufserlöse zu erzielen. Die Nutzung der Werbeflächen zu Werbezwecken ohne entsprechende Bewilligung sei jedenfalls sittenwidrig und verstoße gegen Paragraph eins, UWG.

Das Erstgericht erließ - ohne Anhörung der Beklagten - die einstweilige Verfügung antragsgemäß. Die Erst- und die Zweitbeklagte seien passiv legitimiert. Die Passivlegitimation der Dritt- und Viertbeklagten sei dadurch bescheinigt, dass die Erst- und die Zweitbeklagte deren Parteistellung im Verfahren 10 Cg 55/04z ausdrücklich behauptet hätten. Darüber hinaus sei die Firma der Dritt- und der Viertbeklagten auf Beil./G als Anbotsleger und somit als Vertragspartner der Siebentbeklagten genannt. Die Passivlegitimation des Fünft- und des Sechstbeklagten ergebe sich daraus, dass diese als Geschäftsführer der Dritt- und der Viertbeklagten an den Verstößen gegen das Vergaberecht und das UWG teilgenommen hätten. Wenn eine staatliche Stelle einem Unternehmen durch Vertrag das Recht einräume, auf öffentlichem Grund großflächige Werbeanlagen aufzustellen und diese zu vermarkten, wobei diese Werbeanlagen das Unternehmen auf eigene Kosten betreibe, sie in seinem Eigentum verblieben und insofern das Unternehmen auch das Risiko der Vermarktung trage, dann seien solche Verträge als Dienstleistungskonzessionen zu beurteilen. Insoweit sich Erst- und Zweitbeklagte im Verfahren 10 Cg 55/04z darauf beriefen, es liege keine Dienstleistungskonzession vor, werde allenfalls noch in einem Vorabentscheidungsverfahren zu klären sein, dass die genannten Verträge als Dienstleistungskonzessionen zu beurteilen seien. Gemäß § 16 Abs 2 BVergG kämen für die Vergabe von Verträgen über Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich durch öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen des ersten Teils sowie die §§ 21 und 44 BVergG zur Anwendung. Neben den Ausschreibungs- und Bekanntmachungspflichten müsse der Auftraggeber jedenfalls die Grundsätze des Diskriminierungsverbots, des freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter, der Transparenz, der gegenseitigen Anerkennung und der Verhältnismäßigkeit beachten. Die Republik Österreich wäre daher verpflichtet gewesen, den Auftrag zur Einfriedung des Parlaments auszuschreiben und die Ausschreibung samt den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu machen. Eine freihändige Vergabe der Dienstleistungskonzession sei rechtswidrig. Die Klägerin habe nur durch Zufall von der geplanten Auftragsvergabe erfahren. Damit habe die Auftraggeberin gegen die Bekanntmachungsvorschriften des BVergG und die im Vergaberecht herrschenden Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz verstoßen. Neben der Verletzung des BVergG hätten Dritt- und Viertbeklagte, handelnd durch den Fünft- und den Sechstbeklagten, auch gegen § 1 UWG verstoßen, indem die Pläne der Klägerin aus ihrem Angebot im nachgebesserten Angebot offensichtlich nachgeahmt worden seien. Die Klägerin sei Urheberin der ihrem ersten Angebot zugrunde liegenden Pläne; jede Verwendung dieser Unterlagen durch Dritt- bis Sechstbeklagte, um sich im Wettbewerb einen Vorteil gegenüber dem Mitbewerber zu verschaffen, sei sittenwidrig. Fünft- und Sechstbeklagter könnten jeweils als Geschäftsführer der Dritt- und der Viertbeklagten in Anspruch genommen werden, weil diese Parteien den Wettbewerbsverstoß begangen hätten. Das Erstgericht erließ - ohne Anhörung der Beklagten - die einstweilige Verfügung antragsgemäß. Die Erst- und die Zweitbeklagte seien passiv legitimiert. Die Passivlegitimation der Dritt- und Viertbeklagten sei dadurch bescheinigt, dass die Erst- und die Zweitbeklagte deren Parteistellung im Verfahren 10 Cg 55/04z ausdrücklich behauptet hätten. Darüber hinaus sei die Firma der Dritt- und der Viertbeklagten auf Beil./G als Anbotsleger und somit als Vertragspartner der Siebentbeklagten genannt. Die Passivlegitimation des Fünft- und des Sechstbeklagten ergebe sich daraus, dass diese als Geschäftsführer der Dritt- und der Viertbeklagten an den Verstößen gegen das Vergaberecht und das UWG teilgenommen hätten. Wenn eine staatliche Stelle einem Unternehmen durch Vertrag das Recht einräume, auf öffentlichem Grund großflächige Werbeanlagen aufzustellen und diese zu vermarkten, wobei diese Werbeanlagen das Unternehmen auf eigene Kosten betreibe, sie in seinem Eigentum verblieben und insofern das Unternehmen auch das Risiko der Vermarktung trage, dann seien solche Verträge als Dienstleistungskonzessionen zu beurteilen. Insoweit sich Erst- und Zweitbeklagte im Verfahren 10 Cg 55/04z darauf

beriefen, es liege keine Dienstleistungskonzession vor, werde allenfalls noch in einem Vorabentscheidungsverfahren zu klären sein, dass die genannten Verträge als Dienstleistungskonzessionen zu beurteilen seien. Gemäß Paragraph 16, Absatz 2, BVergG kämen für die Vergabe von Verträgen über Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich durch öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen des ersten Teils sowie die Paragraphen 21 und 44 BVergG zur Anwendung. Neben den Ausschreibungs- und Bekanntmachungspflichten müsse der Auftraggeber jedenfalls die Grundsätze des Diskriminierungsverbots, des freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter, der Transparenz, der gegenseitigen Anerkennung und der Verhältnismäßigkeit beachten. Die Republik Österreich wäre daher verpflichtet gewesen, den Auftrag zur Einfriedung des Parlaments auszuschreiben und die Ausschreibung samt den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu machen. Eine freihändige Vergabe der Dienstleistungskonzession sei rechtswidrig. Die Klägerin habe nur durch Zufall von der geplanten Auftragsvergabe erfahren. Damit habe die Auftraggeberin gegen die Bekanntmachungsvorschriften des BVergG und die im Vergaberecht herrschenden Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz verstoßen. Neben der Verletzung des BVergG hätten Dritt- und Viertbeklagte, handelnd durch den Fünft- und den Sechstbeklagten, auch gegen Paragraph eins, UWG verstoßen, indem die Pläne der Klägerin aus ihrem Angebot im nachgebesserten Angebot offensichtlich nachgeahmt worden seien. Die Klägerin sei Urheberin der ihrem ersten Angebot zugrunde liegenden Pläne; jede Verwendung dieser Unterlagen durch Dritt- bis Sechstbeklagte, um sich im Wettbewerb einen Vorteil gegenüber dem Mitbewerber zu verschaffen, sei sittenwidrig. Fünft- und Sechstbeklagter könnten jeweils als Geschäftsführer der Dritt- und der Viertbeklagten in Anspruch genommen werden, weil diese Parteien den Wettbewerbsverstoß begangen hätten.

Das Rekursgericht änderte diesen Beschluss dahin ab, dass es den Sicherungsantrag gegen die erst-, zweit- und siebentbeklagte Partei abwies; gegen die dritt- bis sechstbeklagten Parteien erließ es folgende einstweilige Verfügung: "Zur Sicherung des Anspruchs der klagenden Partei wider die dritt- bis sechstbeklagten Parteien auf Unterlassung der Verletzung der Bestimmung des § 1 UWG wird den dritt- bis sechstbeklagten Parteien verboten, jede auf die Vermarktung der und/oder den Verkauf und/oder die Vermietung der im Zusammenhang und/oder als Folge der Ausschreibung 'Baustellenwerbung ringstraßenseitig' bereits errichteten und/oder noch weiter zu errichtenden Werbeflächen rund um das Parlament in Wien 1, Dr. Karl Renner-Ring 1, - wie auf den Fotos auf ./D ersichtlich - gerichtete Tätigkeit zu entfalten; insbesondere Werbung für den Verkauf dieser Werbeflächen in welcher Art auch immer zu betreiben und/oder von Dritten Aufträge zur Nutzung dieser Werbeflächen anzunehmen; und/oder aufgrund bereits bestehender Aufträge Werbemittel anzubringen, sofern dadurch gegen Rechtsvorschriften oder behördlich erteilte Aufträge oder Auflagen verstoßen wird." Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil sich der Oberste Gerichtshof noch nicht mit einem vergleichbaren Fall eines (behaupteten) Wettbewerbsverstoßes durch Verletzung von Bestimmungen des BVergG befasst habe. Das Rekursgericht änderte diesen Beschluss dahin ab, dass es den Sicherungsantrag gegen die erst-, zweit- und siebentbeklagte Partei abwies; gegen die dritt- bis sechstbeklagten Parteien erließ es folgende einstweilige Verfügung: "Zur Sicherung des Anspruchs der klagenden Partei wider die dritt- bis sechstbeklagten Parteien auf Unterlassung der Verletzung der Bestimmung des Paragraph eins, UWG wird den dritt- bis sechstbeklagten Parteien verboten, jede auf die Vermarktung der und/oder den Verkauf und/oder die Vermietung der im Zusammenhang und/oder als Folge der Ausschreibung 'Baustellenwerbung ringstraßenseitig' bereits errichteten und/oder noch weiter zu errichtenden Werbeflächen rund um das Parlament in Wien 1, Dr. Karl Renner-Ring 1, - wie auf den Fotos auf ./D ersichtlich - gerichtete Tätigkeit zu entfalten; insbesondere Werbung für den Verkauf dieser Werbeflächen in welcher Art auch immer zu betreiben und/oder von Dritten Aufträge zur Nutzung dieser Werbeflächen anzunehmen; und/oder aufgrund bereits bestehender Aufträge Werbemittel anzubringen, sofern dadurch gegen Rechtsvorschriften oder behördlich erteilte Aufträge oder Auflagen verstoßen wird." Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil sich der Oberste Gerichtshof noch nicht mit einem vergleichbaren Fall eines (behaupteten) Wettbewerbsverstoßes durch Verletzung von Bestimmungen des BVergG befasst habe.

Das Rekursgericht würdigte im Rahmen der Beweisrüge die vorgelegten Urkunden und hielt - teilweise abweichend vom Erstgericht - nicht für bescheinigt, dass Erst- bis Viertbeklagte als unternehmerische Einheit unter Verwendung der Bezeichnung "Heimatwerbung" im Geschäftsleben aufgetreten seien. Es konnte nicht feststellen, ob Dritt- oder Viertbeklagte entsprechend ihrer Ankündigung der Parlamentsdirektion einen Vertragsentwurf übermittelt haben, ob ein solcher Vertrag und bejahendenfalls mit welchem Inhalt der Vertrag zustande gekommen ist. Bescheinigt sei, dass

aufgrund der Baulinie, der Bauvorschriften und der gestalterischen Architektenwünsche bei einem Vergleich der Angebote der Klägerin (Beilage ./L) mit dem nachgebesserten Anbot der Dritt- bzw Viertbeklagten (Beilage ./G) jeweils samt Plänen unvermeidliche Übereinstimmungen (betreffend die örtliche Positionierung der Baustelleneinfriedung sowie die Standorte der Plakatwechslers) vorhanden seien. Davon abgesehen bestünden erhebliche Unterschiede in der Gestaltung, und zwar in der Anzahl der Sichtfenster aus Acrylglas, in der Gesamthöhe der Zwischenräume aus Alulochplatten, in der Aufstellung eines Werbeturms, eines LED-Boards und der Nachbildung des Pallas Athene-Denkmal. Der von der Dritt- bzw Viertbeklagten vorgeschlagene Bauzaun unterscheidet sich in Art und Zahl der verwendeten Werbeträger, der Platzierung der Werbeträger und dem Material deutlich vom Angebot der Klägerin, die - im Gegensatz zur Dritt- und Viertbeklagten - die Errichtung einer Fotowand angeboten habe. Die Baustelleneinfriedung sei „vermutlich“ von Dritt- und Viertbeklagter oder von von ihnen beauftragten Unternehmen errichtet worden, wobei entgegen den behördlich bewilligten „rolling boards“ im Ausmaß von 8 m<sup>2</sup> solche im Ausmaß von 12 m<sup>2</sup> errichtet worden seien.

In rechtlicher Hinsicht ging das Rekursgericht - wie schon im Verfahren über den ersten Sicherungsantrag - von der mangelnden Passivlegitimation der Erst- und Zweitbeklagten aus. Das BVergG gelte (dem Wortlaut seines § 1 entsprechend) nur für Verfahren zur Beschaffung von Leistungen; nur eine "Einkaufssituation", in der die öffentliche Hand am Markt als Nachfrager von Leistungen auftrete, unterliege dem Vergabegesetz. Eine "Verkaufssituation", in der die öffentliche Hand ihrerseits Leistungen anbiete, unterliege hingegen nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen. Gleiches gelte für Verfahren, in denen die öffentliche Hand "Rechte" oder "Lizenzen" an den Meistbietenden versteigere, oder nach einem bestimmten Anforderungsprofil an einen ausgewählten Kreis von Unternehmen verbe. Gegenstand des BVergG seien Beschaffungsvorgänge; Veräußerungsgeschäfte, durch die sich der Staat eine weitere Einnahmequelle eröffne, seien grundsätzlich nicht erfasst. Mangels zu dieser Frage bestehender höchstgerichtlicher Judikatur habe daher mit gutem Grund die Auffassung vertreten werden dürfen, dass der Auftrag betreffend die Baustellenwerbung an der Ringstraßenfront des Parlamentsgebäudes nicht dem BVergG unterliege. Damit liege insoweit auch keine sittenwidrige Wettbewerbshandlung vor. Eine sklavische Nachahmung von Plänen der Klägerin sei nicht bescheinigt. Anderes gelte jedoch für den Verstoß der dritt- bis sechsbeklagten Parteien gegen § 1 UWG durch Nichtbeachtung der von der zuständigen Magistratsabteilung erteilten Auflagen über die Größe der aufzustellenden „rolling boards“. Bewilligt worden sei ein Ausmaß von

In rechtlicher Hinsicht ging das Rekursgericht - wie schon im Verfahren über den ersten Sicherungsantrag - von der mangelnden Passivlegitimation der Erst- und Zweitbeklagten aus. Das BVergG gelte (dem Wortlaut seines Paragraph eins, entsprechend) nur für Verfahren zur Beschaffung von Leistungen; nur eine "Einkaufssituation", in der die öffentliche Hand am Markt als Nachfrager von Leistungen auftrete, unterliege dem Vergabegesetz. Eine "Verkaufssituation", in der die öffentliche Hand ihrerseits Leistungen anbiete, unterliege hingegen nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen. Gleiches gelte für Verfahren, in denen die öffentliche Hand "Rechte" oder "Lizenzen" an den Meistbietenden versteigere, oder nach einem bestimmten Anforderungsprofil an einen ausgewählten Kreis von Unternehmen verbe. Gegenstand des BVergG seien Beschaffungsvorgänge; Veräußerungsgeschäfte, durch die sich der Staat eine weitere Einnahmequelle eröffne, seien grundsätzlich nicht erfasst. Mangels zu dieser Frage bestehender höchstgerichtlicher Judikatur habe daher mit gutem Grund die Auffassung vertreten werden dürfen, dass der Auftrag betreffend die Baustellenwerbung an der Ringstraßenfront des Parlamentsgebäudes nicht dem BVergG unterliege. Damit liege insoweit auch keine sittenwidrige Wettbewerbshandlung vor. Eine sklavische Nachahmung von Plänen der Klägerin sei nicht bescheinigt. Anderes gelte jedoch für den Verstoß der dritt- bis sechsbeklagten Parteien gegen Paragraph eins, UWG durch Nichtbeachtung der von der zuständigen Magistratsabteilung erteilten Auflagen über die Größe der aufzustellenden „rolling boards“. Bewilligt worden sei ein Ausmaß von

16 Bogen (= 8 m<sup>2</sup>), aufgestellt worden seien Anlagen mit einer Größe von 24 Bogen (= 12 m<sup>2</sup>). Durch diese sittenwidrige Vorgangsweise

hätten sich Dritt- und Viertbeklagte einen Wettbewerbsvorteil gegenüber gesetzestreuem Mitbewerbern verschafft; Fünft- und Sechsbeklagter seien dafür als Geschäftsführer verantwortlich. Punkt 3 des Sicherungsantrags sei insoweit zu weit gefasst, weil er ganz allgemein jede Vermarktung der betroffenen Werbeflächen untersage. Das Unterlassungsgebot sei auf das verbotswidrige Verhalten (Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder behördliche Auflagen) einzuschränken gewesen.

Gegen diese Entscheidung richteten sich zwei Revisionsrekurse der Klägerin und Revisionsrekurse der dritt- bis

sechstbeklagten Parteien; nur die Rechtsmittel der Beklagten sind im Ergebnis berechtigt.

## **Rechtliche Beurteilung**

### 1. Zu den Revisionsrekursen der Klägerin

Die Klägerin hat zwei inhaltsgleiche Rechtsmittel eingebracht (ON 62, überreicht am 29. 9. 2004; ON 68, zur Post gegeben am 7. 10. 2004). Nach dem Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels (vgl Gitschthaler in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> § 85 Rz 21; RIS-Justiz RS0036673) war der zweite Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen. Die Klägerin bekämpft die Abweisung ihres Sicherungsantrags mit im Wesentlichen den gleichen Argumenten, die Gegenstand ihres Revisionsrekurses im Verfahren 10 Cg 55/04z sind. Sie macht geltend, dass die Rechtsauffassung, der Auftrag über die Baustellenwerbung sei keine Dienstleistungskonzession nicht mit guten Gründen vertretbar sei. Die Klägerin hat zwei inhaltsgleiche Rechtsmittel eingebracht (ON 62, überreicht am 29. 9. 2004; ON 68, zur Post gegeben am 7. 10. 2004). Nach dem Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels vergleiche Gitschthaler in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> Paragraph 85, Rz 21; RIS-Justiz RS0036673) war der zweite Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen. Die Klägerin bekämpft die Abweisung ihres Sicherungsantrags mit im Wesentlichen den gleichen Argumenten, die Gegenstand ihres Revisionsrekurses im Verfahren 10 Cg 55/04z sind. Sie macht geltend, dass die Rechtsauffassung, der Auftrag über die Baustellenwerbung sei keine Dienstleistungskonzession nicht mit guten Gründen vertretbar sei.

Der erkennende Senat hat dazu, soweit es um die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung durch den Bund (= Siebentbeklagter) geht, in der Entscheidung 4 Ob 260/04w wie folgt Stellung genommen:

„Ein Gesetzesverstoß begründet nur dann sittenwidriges Handeln im

Sinne des § 1 UWG, wenn er subjektiv vorwerfbar und geeignet ist, dem

Verletzer einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor

gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Maßgebend ist daher, ob

die Auffassung des Beklagten über die Auslegung der angeblich

verletzten Norm durch das Gesetz so weit gedeckt ist, dass sie mit

gutem Grund vertreten kann (stRsp 4 Ob 331/82 = ÖBl 1983, 40 - Metro

Post I; 4 Ob 178, 179/89 = ecolex 1990, 426 [Kucsko] - Semmeln am

Sonntag; zuletzt etwa 4 Ob 99/03t = ÖBl 2004, 57 -

Veranstaltungshinweise uva). Im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang

ist damit allein zu prüfen, ob die Auffassung der Drittbeklagten, der

Vertrag über die Einfriedung der Baustelle ringstraßenseitig sei

keine ausschreibungspflichtige Dienstleistungskonzession iSd § 4 Abs

2 BVergG und sein Abschluss daher kein dem BVergG unterliegender

Beschaffungsvorgang, mit guten Gründen vertretbar ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung bei

Großunternehmen strengere Anforderungen an die Vertretbarkeit einer

Gesetzesauslegung stellt, weil diese in der Lage sind, sich mit Hilfe

von Fachleuten selbst über schwierige Rechtsmaterien umfassende

Kenntnisse zu verschaffen (4 Ob 99/03t = MR 2003, 263 -

Veranstaltungshinweise; 4 Ob 209/03v; vgl auch 4 Ob 114/91 = SZ 65/23

= ÖBl 1992, 21 - Bausparer-Werbung). Das muss erst recht für den Bund

gelten, an dessen guten Glauben bei der Rechtsanwendung daher besonders hohe Anforderungen zu stellen sind.

Die Klägerin hält die Rechtsmeinung für unvertretbar, die öffentliche Hand müsse, wenn sie einem Dritten vertraglich das Recht einräume, auf öffentlichem Grund Werbeanlagen aufzustellen und gegenüber Dritten auf eigene Kosten und

eigenes Risiko zu vermarkten, einen solchen Vertrag nicht nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVerG) ausschreiben. Es liege nämlich ein Dienstleistungskonzessionsvertrag iSd § 4 Abs 2 BVerG vor. Nach § 1 BVerG 2002, BGBl I 2002/99, gilt das BVerG nunmehr auch für Dienstleistungskonzessionsverträge. Die Klägerin hält die Rechtsmeinung für unvertretbar, die öffentliche Hand müsse, wenn sie einem Dritten vertraglich das Recht einräume, auf öffentlichem Grund Werbeanlagen aufzustellen und gegenüber Dritten auf eigene Kosten und eigenes Risiko zu vermarkten, einen solchen Vertrag nicht nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVerG) ausschreiben. Es liege nämlich ein Dienstleistungskonzessionsvertrag iSd Paragraph 4, Absatz 2, BVerG vor. Nach Paragraph eins, BVerG 2002, BGBl römisch eins 2002/99, gilt das BVerG nunmehr auch für Dienstleistungskonzessionsverträge.

Dienstleistungskonzessionsverträge sind Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (§ 4 Abs 2 BVerG); Dienstleistungsaufträge sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III und IV sind (§ 4 Abs 1 BVerG). Anhang III nennt als prioritäre Dienstleistung (ua) „Werbung“. Durch § 4 Abs 1 BVerG wird Art 1 lit a DienstleistungsRL 92/50/EWG umgesetzt. Dienstleistungskonzessionsverträge werden von der Richtlinie nicht erfasst. Der Gesetzgeber hat die Bestimmung über Dienstleistungskonzessionsverträge zur Klarstellung in das Gesetz aufgenommen. In den EB (1087 BlgNR 21. GP 10) wird auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen, wonach bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen die Grundsätze des EGV und insbesondere das Transparenzgebot eingehalten werden müssen. Der Auftraggeber müsse zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Dienstleistungsmarkt öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt werden. Aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben resultiere ein gewisser Mindeststandard für Regelungen über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen. Diese grundsätzlichen Transparenzregelungen seien im BVerG selbst zu treffen, um den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun (s auch AB 1118 BlgNR 21. GP 12). Dienstleistungskonzessionsverträge sind Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (Paragraph 4, Absatz 2, BVerG); Dienstleistungsaufträge sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge römisch III und römisch IV sind (Paragraph 4, Absatz eins, BVerG). Anhang römisch III nennt als prioritäre Dienstleistung (ua) „Werbung“. Durch Paragraph 4, Absatz eins, BVerG wird Artikel eins, Litera a, DienstleistungsRL 92/50/EWG umgesetzt. Dienstleistungskonzessionsverträge werden von der Richtlinie nicht erfasst. Der Gesetzgeber hat die Bestimmung über Dienstleistungskonzessionsverträge zur Klarstellung in das Gesetz aufgenommen. In den EB (1087 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 10) wird auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen, wonach bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen die Grundsätze des EGV und insbesondere das Transparenzgebot eingehalten werden müssen. Der Auftraggeber müsse zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Dienstleistungsmarkt öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt werden. Aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben resultiere ein gewisser Mindeststandard für Regelungen über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen. Diese grundsätzlichen Transparenzregelungen seien im BVerG selbst zu treffen, um den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun (s auch Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 12).

§ 4 Abs 2 BVerG nennt die wesentlichen Elemente eines Dienstleistungskonzessionsvertrags: Dem Konzessionsnehmer wird ein Nutzungsrecht eingeräumt; er erhält durch dieses Recht sein Entgelt nicht direkt vom Auftraggeber, sondern mittelbar aufgrund der Nutzung der Dienstleistung durch andere. Seine Gegenleistung besteht in der Dienstleistung; dazu kann auch ein Preis kommen, den er dem Auftraggeber zahlt. Weitere Merkmale eines Dienstleistungskonzessionsvertrags nennt § 4 Abs 2 BVerG nicht (s Hahnl, BVerG Bundesvergabegesetz 2002 § 4 K 3). Paragraph 4, Absatz 2, BVerG nennt die wesentlichen Elemente eines Dienstleistungskonzessionsvertrags: Dem Konzessionsnehmer wird ein Nutzungsrecht eingeräumt; er erhält durch dieses Recht sein Entgelt nicht direkt vom Auftraggeber, sondern mittelbar aufgrund der Nutzung der Dienstleistung durch andere. Seine Gegenleistung besteht in der Dienstleistung; dazu kann auch ein Preis kommen, den er dem Auftraggeber zahlt. Weitere Merkmale eines Dienstleistungskonzessionsvertrags nennt Paragraph 4, Absatz 2, BVerG nicht (s Hahnl, BVerG Bundesvergabegesetz 2002 Paragraph 4, K 3).



Vertragsinhalt eines Dienstleistungskonzessionsvertrags ist nach allgemeiner Ansicht, dass a) die Dienstleistung am Vertrag nicht beteiligten Dritten erbracht wird, also die Allgemeinheit/Öffentlichkeit unmittelbar Begünstigte der Dienstleistung ist, b) der Konzessionsnehmer an Stelle eines Entgelts vom Konzessionsgeber das Recht zur Ausübung der Dienstleistung eingeräumt erhält und c) der Konzessionär (zumindest im Wesentlichen) das mit der Dienstleistung verbundene wirtschaftliche Risiko trägt (Dullinger/Gruber, Dienstleistungskonzessionen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, JBl 2002, 19 ff, 23 f mwN).

Nach dem vom Rekursgericht ergänzend festgestellten Sachverhalt war es Ziel des von der Parlamentsdirektion erteilten Auftrags, durch Baustellenwerbung Einnahmen zu erzielen. Der Auftragnehmer sollte berechtigt sein, Werbeflächen an der Baustelleneinfriedung zu vermarkten. Seine Gegenleistung sollte einerseits in der Errichtung der Baustelleneinfriedung und der für die Werbung verwendeten Einrichtungen, andererseits in der Zahlung eines Geldbetrags bestehen. Ein Teil der Werbeflächen sollte dem Parlament für Eigenwerbung zur Verfügung stehen.

Die Drittbeklagte macht geltend, dass kein Dienstleistungskonzessionsvertrag vorliege, weil sie nicht verpflichtet sei, interessierten Unternehmen Werbeflächen gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Sie beruft sich damit auf die Auffassung, wonach Dienstleistungskonzessionen nur Tätigkeiten zum Gegenstand haben können, die im allgemeinen Interesse liegen und zu deren Erbringung der Auftraggeber auch verpflichtet ist. Ob dieses Erfordernis tatsächlich besteht, ist strittig (zum Meinungsstand s Dullinger/Gruber aaO JBl 2000, 21). Gegen die Beschränkung von Dienstleistungskonzessionsverträgen auf im allgemeinen Interesse liegende Dienstleistungen spricht, dass § 4 Abs 2 BVergG ein derartiges Erfordernis nicht nennt. Auch der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 7. 12. 2000, C-324/98 - Telaustria (wbl 2001/44, 79) ein allfälliges Allgemeininteresse an den Dienstleistungen nicht geprüft. Der Auftraggeber wird aber ohnehin nur dann an der Erbringung von Leistungen durch den Konzessionsnehmer interessiert sein, wenn er diese Leistungen entweder selbst erbringen müsste oder jedenfalls berechtigt ist, sie zu erbringen. Ein Teil der Lehre will daher genügen lassen, dass öffentliche Auftraggeber in den Wettbewerb eingreifen (s Dullinger/Gruber aaO JBl 2000, 23; s auch Hahl aaO § 4 K 4). Im vorliegenden Fall werden die Werbeflächen zum Teil für die Öffentlichkeits- und Informationsarbeit des Parlaments und damit für einen im Allgemeininteresse liegenden Zweck genutzt, wobei aber offen ist, welche Leistungen der Auftragnehmer im Zusammenhang damit erbringt. Die Drittbeklagte macht geltend, dass kein Dienstleistungskonzessionsvertrag vorliege, weil sie nicht verpflichtet sei, interessierten Unternehmen Werbeflächen gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen. Sie beruft sich damit auf die Auffassung, wonach Dienstleistungskonzessionen nur Tätigkeiten zum Gegenstand haben können, die im allgemeinen Interesse liegen und zu deren Erbringung der Auftraggeber auch verpflichtet ist. Ob dieses Erfordernis tatsächlich besteht, ist strittig (zum Meinungsstand s Dullinger/Gruber aaO JBl 2000, 21). Gegen die Beschränkung von Dienstleistungskonzessionsverträgen auf im allgemeinen Interesse liegende Dienstleistungen spricht, dass Paragraph 4, Absatz 2, BVergG ein derartiges Erfordernis nicht nennt. Auch der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 7. 12. 2000, C-324/98 - Telaustria (wbl 2001/44, 79) ein allfälliges Allgemeininteresse an den Dienstleistungen nicht geprüft. Der Auftraggeber wird aber ohnehin nur dann an der Erbringung von Leistungen durch den Konzessionsnehmer interessiert sein, wenn er diese Leistungen entweder selbst erbringen müsste oder jedenfalls berechtigt ist, sie zu erbringen. Ein Teil der Lehre will daher genügen lassen, dass öffentliche Auftraggeber in den Wettbewerb eingreifen (s Dullinger/Gruber aaO JBl 2000, 23; s auch Hahl aaO Paragraph 4, K 4). Im vorliegenden Fall werden die Werbeflächen zum Teil für die Öffentlichkeits- und Informationsarbeit des Parlaments und damit für einen im Allgemeininteresse liegenden Zweck genutzt, wobei aber offen ist, welche Leistungen der Auftragnehmer im Zusammenhang damit erbringt.

Eine Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, dass der von der Drittbeklagten angestrebte Vertrag nicht ausschließlich die zuvor beschriebenen Elemente einer Dienstleistungskonzession, sondern daneben - soweit er nämlich die Errichtung der Baustelleneinfriedung und der für die Werbung notwendigen Einrichtungen betrifft - auch einen „Lieferanteil“ enthält. Es liegt demnach ein gemischter Vertrag vor, bei dem - nach dem offensichtlichen Parteiwillen der Drittbeklagten - von der Unteilbarkeit der Leistung auszugehen sein wird. Der Vertrag kann demnach unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nur einheitlich beurteilt werden. Für die Einordnung ist gem § 5 BVergG darauf abzustellen, welches Element den höheren wirtschaftlichen Wert besitzt. Eine Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, dass der von der Drittbeklagten angestrebte Vertrag nicht ausschließlich die zuvor beschriebenen Elemente einer Dienstleistungskonzession, sondern daneben - soweit er nämlich die Errichtung der Baustelleneinfriedung und der für die Werbung notwendigen Einrichtungen betrifft - auch einen „Lieferanteil“ enthält.

Es liegt demnach ein gemischter Vertrag vor, bei dem - nach dem offensichtlichen Parteiwillen der Drittbeklagten - von der Unteilbarkeit der Leistung auszugehen sein wird. Der Vertrag kann demnach unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nur einheitlich beurteilt werden. Für die Einordnung ist gem Paragraph 5, BVergG darauf abzustellen, welches Element den höheren wirtschaftlichen Wert besitzt.

Die Vorinstanzen haben dazu keine Feststellungen getroffen. Angesichts der vorgesehenen Dauer der Nutzung der Einfriedung für Werbezwecke für mindestens 18 und höchstens 24 Monate (abhängig vom Baufortschritt), spricht viel dafür, dass der Wert der vom Vertrag umfassten Dienstleistungen höher sein wird als der Gesamtwert der Baustelleneinfriedung und der Werbeeinrichtungen.

Wesentlicher Teil der Dienstleistungen ist kommerzielle Werbung für Dritte. Kommerzielle Werbung für Dritte gehört regelmäßig nicht zu den Dienstleistungen, die die öffentliche Hand erbringt. Insoweit kann daher auch nicht davon gesprochen werden, dass ein Beschaffungsvorgang und damit eine „Einkaufssituation“ vorliege, in der die öffentliche Hand als Nachfrager auftritt. Die Anwendung des BVergG setzt aber nach einhelliger Auffassung eine solche „Einkaufssituation“ voraus (Heid/Hauck/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts 33 f; Heid/Schiefer, Das neue Vergaberecht 3/1; Hahnl, BVergG § 1 K.4; Brinker/Punz/Roniger/Vock, Österreichisches Vergaberecht Rz 197). Das gilt auch für Dienstleistungskonzessionen, weil die öffentliche Hand in diesem Fall ihr obliegende Dienstleistungen (oder jedenfalls Dienstleistungen, die sie zu erbringen beabsichtigt) von einem Dritten erbringen lässt und damit „einkauft“. Kein Beschaffungsvorgang und keine „Einkaufssituation“ in diesem Sinn kann aber angenommen werden, wenn das Schwergewicht eines Vertrags auf der Erzielung von Einnahmen für den Bund liegt. Wesentlicher Teil der Dienstleistungen ist kommerzielle Werbung für Dritte. Kommerzielle Werbung für Dritte gehört regelmäßig nicht zu den Dienstleistungen, die die öffentliche Hand erbringt. Insoweit kann daher auch nicht davon gesprochen werden, dass ein Beschaffungsvorgang und damit eine „Einkaufssituation“ vorliege, in der die öffentliche Hand als Nachfrager auftritt. Die Anwendung des BVergG setzt aber nach einhelliger Auffassung eine solche „Einkaufssituation“ voraus (Heid/Hauck/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts 33 f; Heid/Schiefer, Das neue Vergaberecht 3/1; Hahnl, BVergG Paragraph eins, K.4; Brinker/Punz/Roniger/Vock, Österreichisches Vergaberecht Rz 197). Das gilt auch für Dienstleistungskonzessionen, weil die öffentliche Hand in diesem Fall ihr obliegende Dienstleistungen (oder jedenfalls Dienstleistungen, die sie zu erbringen beabsichtigt) von einem Dritten erbringen lässt und damit „einkauft“. Kein Beschaffungsvorgang und keine „Einkaufssituation“ in diesem Sinn kann aber angenommen werden, wenn das Schwergewicht eines Vertrags auf der Erzielung von Einnahmen für den Bund liegt.

Die Klägerin kann ihre Auffassung, dass dennoch eine dem BVergG unterliegende Dienstleistungskonzession vorliege, weder auf Rechtsprechung noch auf eindeutige Lehrmeinungen stützen. Ihre Anregung, ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH zur Auslegung der Vergaberichtlinie einzuleiten, zeigt, dass die Rechtslage auch ihrer Auffassung nach keineswegs eindeutig ist. Ist aber die Bedeutung der angeblich verletzten Norm nicht klar und bedarf ihre Auslegung einer Vorabentscheidung durch den EuGH, so kann auch dem Bund nicht vorgeworfen werden, dass er im Zeitpunkt der Vergabe seine Rechtsauffassung, den Auftrag „freihändig“ vergeben zu dürfen, nicht mit guten Gründen hätte vertreten dürfen. Das schließt - wie oben dargelegt - einen Verstoß gegen § 1 UWG aus.“ Die Klägerin kann ihre Auffassung, dass dennoch eine dem BVergG unterliegende Dienstleistungskonzession vorliege, weder auf Rechtsprechung noch auf eindeutige Lehrmeinungen stützen. Ihre Anregung, ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH zur Auslegung der Vergaberichtlinie einzuleiten, zeigt, dass die Rechtslage auch ihrer Auffassung nach keineswegs eindeutig ist. Ist aber die Bedeutung der angeblich verletzten Norm nicht klar und bedarf ihre Auslegung einer Vorabentscheidung durch den EuGH, so kann auch dem Bund nicht vorgeworfen werden, dass er im Zeitpunkt der Vergabe seine Rechtsauffassung, den Auftrag „freihändig“ vergeben zu dürfen, nicht mit guten Gründen hätte vertreten dürfen. Das schließt - wie oben dargelegt - einen Verstoß gegen Paragraph eins, UWG aus.“

Soweit sich das Rechtsmittel der Klägerin gegen die Abweisung ihres Sicherungsantrags gegen die dritt- bis sechstbeklagten Parteien richtet, kommt noch hinzu, dass es sich bei diesen Parteien nicht um Auftraggeber, sondern um (potenzielle) Bieter handelt. Die vergaberechtlichen Vorschriften, die vor allem dem Schutz der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise bei der Vergabe dienen, richten sich jedoch an den Auftraggeber und legen diesem Verhaltenspflichten auf (RIS-Justiz RS0112490). Die Bieter dürfen daher regelmäßig darauf vertrauen, dass der (öffentliche) Auftraggeber die Vergabebestimmungen beachtet (1 Ob 201/99m = SZ 73/55; 4 Ob 232/00x = ÖBl 2001, 109 - cook & chill-Produktion; RIS-Justiz RS0112490). Bloße Zweifel an der Zulässigkeit seines Angebots verpflichten

einen Bieter noch nicht zur Selbstbeschränkung. Nicht jede Beteiligung an einem Vergabeverfahren mit einem Angebot, das gegen vergaberechtliche Vorschriften verstößt und aus diesem Grund als unzulässig auszuschneiden wäre, erfüllt demnach per se den Tatbestand des § 1 UWG. Wenn jedoch die Vergaberechtswidrigkeit eines Angebots so offensichtlich ist, dass die Abgabe eines solchen Angebots nicht mit guten Gründen vertreten werden kann, muss sie als Aufforderung an den Auftraggeber verstanden werden, durch Berücksichtigung dieses Angebots einen Gesetzesverstoß zu begehen (4 Ob 232/00x = ÖBI 2001, 109 - cook & chill-Produktion). Soweit sich das Rechtsmittel der Klägerin gegen die Abweisung ihres Sicherungsantrags gegen die dritt- bis sechstbeklagten Parteien richtet, kommt noch hinzu, dass es sich bei diesen Parteien nicht um Auftraggeber, sondern um (potenzielle) Bieter handelt. Die vergaberechtlichen Vorschriften, die vor allem dem Schutz der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise bei der Vergabe dienen, richten sich jedoch an den Auftraggeber und legen diesem Verhaltenspflichten auf (RIS-Justiz RS0112490). Die Bieter dürfen daher regelmäßig darauf vertrauen, dass der (öffentliche) Auftraggeber die Vergabebestimmungen beachtet (1 Ob 201/99m = SZ 73/55; 4 Ob 232/00x = ÖBI 2001, 109 - cook & chill-Produktion; RIS-Justiz RS0112490). Bloße Zweifel an der Zulässigkeit seines Angebots verpflichten einen Bieter noch nicht zur Selbstbeschränkung. Nicht jede Beteiligung an einem Vergabeverfahren mit einem Angebot, das gegen vergaberechtliche Vorschriften verstößt und aus diesem Grund als unzulässig auszuschneiden wäre, erfüllt demnach per se den Tatbestand des Paragraph eins, UWG. Wenn jedoch die Vergaberechtswidrigkeit eines Angebots so offensichtlich ist, dass die Abgabe eines solchen Angebots nicht mit guten Gründen vertreten werden kann, muss sie als Aufforderung an den Auftraggeber verstanden werden, durch Berücksichtigung dieses Angebots einen Gesetzesverstoß zu begehen (4 Ob 232/00x = ÖBI 2001, 109 - cook & chill-Produktion).

Im vorliegenden Fall muss sogar - wie oben dargelegt - dem Bund zugebilligt werden, mit guten Gründen die Auffassung vertreten zu haben, kein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Das muss um so mehr für die Bieter gelten, die sich darüber hinaus darauf verlassen durften, dass der öffentliche Auftraggeber die Einhaltung der Vergabevorschriften geprüft habe.

Dem Revisionsrekurs der Klägerin war daher nicht Folge zu geben. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Dem Revisionsrekurs der Klägerin war daher nicht Folge zu geben. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf Paragraphen 78,, 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZPO.

## 2. Zu den Revisionsrekursen der dritt- bis sechstbeklagten Parteien

Das Rekursgericht hat jenen Teil des Sicherungsbegehrens für berechtigt erachtet, der sich auf eine Verletzung behördlicher Auflagen und gesetzlicher Bestimmungen betreffend die Werbewände stützt. Es hat dabei übersehen, dass das Erstgericht über diesen - erst nach der erstgerichtlichen Entscheidung über den ursprünglichen Sicherungsantrag gestellten - Teil des Begehrens noch gar nicht entschieden hat. Ein Gericht zweiter Instanz darf aber die Zuständigkeit zur Entscheidung über einen Sicherungsantrag nicht für sich in Anspruch nehmen, solange sie nach funktionellen Kriterien (noch) beim Erstgericht liegt. Deshalb ist eine in Überschreitung der funktionellen Zuständigkeit ergangene Entscheidung nichtig (RIS-Justiz RS0042059).

Soweit der angefochtene Beschluss daher Verstöße gegen Bestimmungen des Wiener GebrauchsabgabeG (Verletzung von im Bewilligungsbescheid für die Werbewände erteilten Auflagen) sowie gegen § 82 StVO zum Gegenstand hat, war der Beschluss aus Anlass des Revisionsrekurses der dritt- bis sechstbeklagten Parteien als nichtig aufzuheben. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 51 Abs 3 ZPO. Die Klägerin hat zwei getrennte Revisionsrekursbeantwortungen betreffend Erst- und Zweitbeklagte eingebracht, obwohl die genannten Parteien nach Fusion nur ein Rechtsmittel erhoben haben. Nach dem Grundsatz der Einmaligkeit des Schriftsatzwechsels im Rechtsmittelverfahren war die zweite Revisionsrekursbeantwortung daher unzulässig. Soweit der angefochtene Beschluss daher Verstöße gegen Bestimmungen des Wiener GebrauchsabgabeG (Verletzung von im Bewilligungsbescheid für die Werbewände erteilten Auflagen) sowie gegen Paragraph 82, StVO zum Gegenstand hat, war der Beschluss aus Anlass des Revisionsrekurses der dritt- bis sechstbeklagten Parteien als nichtig aufzuheben. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 51, Absatz 3, ZPO. Die Klägerin hat zwei getrennte Revisionsrekursbeantwortungen betreffend Erst- und Zweitbeklagte eingebracht, obwohl die genannten Parteien nach Fusion nur ein Rechtsmittel erhoben haben. Nach dem Grundsatz der Einmaligkeit des Schriftsatzwechsels im Rechtsmittelverfahren war die zweite Revisionsrekursbeantwortung daher unzulässig.

**Anmerkung**

E76596 4Ob262.04i

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0040OB00262.04I.0314.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20050314\_OGH0002\_0040OB00262\_04I0000\_000

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

© 2025 JUSLINE

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

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