

# TE OGH 2003/8/28 8Ob9/03m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.08.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer, Dr. Spenling und Dr. Kuras sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Lovrek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Anton Moser, Rechtsanwalt in Traun, wider die beklagte Partei Wasserverband G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ulf Gastgeb, Rechtsanwalt in Linz, wegen EUR 105.786,05 sA, infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 18. November 2002, GZ 2 R 105/02b-68, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision der beklagten Partei wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO). Die außerordentliche Revision der beklagten Partei wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

## Text

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Ein vom Berufungsgericht verneinter Mangel des erstgerichtlichen Verfahrens kann in der Revision nicht mehr geltend gemacht werden (vgl Kodek in Rechberger ZPO2 § 503 Rz 3; RIS-Justiz RS0042963 mwN). Daher kann die Beklagte auch nicht erneut geltend machen, dass das Erstgericht noch ein weiteres "Obergutachten" einzuholen gehabt hätte. Dies wurde bereits vom Berufungsgericht verneint. Gleiches gilt hinsichtlich der Frage, ob das Erstgericht der klagenden Partei noch die Vorlage weiterer Unterlagen für die Erstellung des Sachverständigengutachtens hätte auftragen müssen. Die in diesem Zusammenhang relevierte Aktenwidrigkeit des Berufungsurteiles liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO). Die vom Berufungsgericht aus der Begründung des Erstgerichtes abgeleitete Annahme, dass das Erstgericht die zweite Gutachterin als überzeugend erachtete und sich dieser anschloss, ist der Begründung des erstgerichtlichen Urteils eindeutig zu entnehmen. Dass das Erstgericht dabei bei der Wiedergabe eines Rechtssatzes, wonach das Gericht nicht gehalten ist, ungenügende "Gutachten" ergänzen zu lassen, sondern sich dem verlässlich erscheinenden Gutachten anschließen kann, den Plural verwendete, bringt nicht zum Ausdruck, dass das Erstgericht auch das zweite Gutachten als ungenügend erachtete, sondern, dass es sich diesem - wie auch sonst ausführlich dargelegt - anschließen wollte. In der Sache geht es im Wesentlichen um Ersatzansprüche aus einer unrichtigen Auftragsvergabe. Ein vom Berufungsgericht verneinter Mangel des erstgerichtlichen Verfahrens kann in der Revision nicht mehr geltend gemacht werden vergleiche Kodek in Rechberger ZPO2 Paragraph 503, Rz 3; RIS-Justiz RS0042963

mwN). Daher kann die Beklagte auch nicht erneut geltend machen, dass das Erstgericht noch ein weiteres "Obergutachten" einzuholen gehabt hätte. Dies wurde bereits vom Berufungsgericht verneint. Gleiches gilt hinsichtlich der Frage, ob das Erstgericht der klagenden Partei noch die Vorlage weiterer Unterlagen für die Erstellung des Sachverständigengutachtens hätte auftragen müssen. Die in diesem Zusammenhang relevierte Aktenwidrigkeit des Berufungsurteiles liegt nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, Satz 3 ZPO). Die vom Berufungsgericht aus der Begründung des Erstgerichtes abgeleitete Annahme, dass das Erstgericht die zweite Gutachterin als überzeugend erachtete und sich dieser anschloss, ist der Begründung des erstgerichtlichen Urteils eindeutig zu entnehmen. Dass das Erstgericht dabei bei der Wiedergabe eines Rechtssatzes, wonach das Gericht nicht gehalten ist, ungenügende "Gutachten" ergänzen zu lassen, sondern sich dem verlässlich erscheinenden Gutachten anschließen kann, den Plural verwendete, bringt nicht zum Ausdruck, dass das Erstgericht auch das zweite Gutachten als ungenügend erachtete, sondern, dass es sich diesem - wie auch sonst ausführlich dargelegt - anschließen wollte. In der Sache geht es im Wesentlichen um Ersatzansprüche aus einer unrichtigen Auftragsvergabe.

Die Beklagte hat, nachdem vorweg mit einem Zwischenurteil die Berechtigung der Schadenersatzansprüche dem Grund nach festgestellt wurde und die Vorinstanzen bereits über das Leistungsbegehren entschieden hatten, eine Wiederaufnahmsklage eingebracht. Bereits mit dieser hat sie geltend gemacht, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Anbotslegung entgegen ihrem Vorbringen noch keine Angebote von Subunternehmern eingeholt gehabt habe. Andererseits hätte die Klägerin gar nicht die erforderliche Gewerbeberechtigung gehabt, um die von den Subunternehmern anzubietenden Leistungen selbst zu erbringen. Der fehlende Subunternehmer hätte zum Ausschluss vom Vergabeverfahren nach Punkt 1. 3. 1. der ÖNORM A 2050 mangels der erforderlichen Berechtigung des Bieters geführt. Diese Wiederaufnahmsklage wurde rechtskräftig bereits im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens nach § 538 Abs 1 ZPO zurückgewiesen, da diese Umstände der Wiederaufnahmsklägerin bereits früher bekannt hätten sein müssen. Nunmehr wurde darüber hinaus auch festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin - so wie im Übrigen auch jener teureren Baufirma, der sie dann tatsächlich den Zuschlag erteilte - die teilweise Weitergabe des Auftrages an Subunternehmer gestattet hätte. Soweit die Beklagte nun mit ihrer außerordentlichen Revision erneut Fragen releviert, die den Grund des Anspruches betreffen (Ausschluss des Bieters wegen des Fehlens der notwendigen Berechtigungen, mangelnde Zulässigkeit von späteren Alternativangeboten, oder fehlender Nachweis, dass die Klägerin Bestbieter gewesen sei) ist sie darauf zu verweisen, dass diese Fragen bereits mit dem rechtskräftigen Zwischenurteil abschließend geklärt wurden und der Versuch der Beklagten, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu erreichen - wie dargestellt - scheiterte. Einwendungen gegen den Grund des Anspruches können im Verfahren über die Höhe nun nicht mehr geltend gemacht werden (vgl etwa Rechberger in Rechberger ZPO2 § 393 Rz 9; RIS-Justiz RS0040864 und RIS-Justiz RS0040736 jeweils mwN etwa zuletzt OGH9 Ob 254/02x). Die Beklagte hat, nachdem vorweg mit einem Zwischenurteil die Berechtigung der Schadenersatzansprüche dem Grund nach festgestellt wurde und die Vorinstanzen bereits über das Leistungsbegehren entschieden hatten, eine Wiederaufnahmsklage eingebracht. Bereits mit dieser hat sie geltend gemacht, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Anbotslegung entgegen ihrem Vorbringen noch keine Angebote von Subunternehmern eingeholt gehabt habe. Andererseits hätte die Klägerin gar nicht die erforderliche Gewerbeberechtigung gehabt, um die von den Subunternehmern anzubietenden Leistungen selbst zu erbringen. Der fehlende Subunternehmer hätte zum Ausschluss vom Vergabeverfahren nach Punkt 1. 3. 1. der ÖNORM A 2050 mangels der erforderlichen Berechtigung des Bieters geführt. Diese Wiederaufnahmsklage wurde rechtskräftig bereits im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens nach Paragraph 538, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen, da diese Umstände der Wiederaufnahmsklägerin bereits früher bekannt hätten sein müssen. Nunmehr wurde darüber hinaus auch festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin - so wie im Übrigen auch jener teureren Baufirma, der sie dann tatsächlich den Zuschlag erteilte - die teilweise Weitergabe des Auftrages an Subunternehmer gestattet hätte. Soweit die Beklagte nun mit ihrer außerordentlichen Revision erneut Fragen releviert, die den Grund des Anspruches betreffen (Ausschluss des Bieters wegen des Fehlens der notwendigen Berechtigungen, mangelnde Zulässigkeit von späteren Alternativangeboten, oder fehlender Nachweis, dass die Klägerin Bestbieter gewesen sei) ist sie darauf zu verweisen, dass diese Fragen bereits mit dem rechtskräftigen Zwischenurteil abschließend geklärt wurden und der Versuch der Beklagten, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu erreichen - wie dargestellt - scheiterte. Einwendungen gegen den Grund des Anspruches können im Verfahren über die Höhe nun nicht mehr geltend gemacht werden vergleiche etwa Rechberger in Rechberger ZPO2 Paragraph 393, Rz 9; RIS-Justiz RS0040864 und RIS-Justiz RS0040736 jeweils mwN etwa zuletzt OGH 9 Ob 254/02x).

Zur Höhe des Schadens ist festzuhalten, dass auch für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen

Vergabeverstößen der Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden grundsätzlich dem Geschädigten obliegt (vgl OGH 10. 4. 2003 8 Ob 183/02y mwN = OGH 7 Ob 148/01t = JBl 2002; 115; allgemein Schwimann/Harrer ABGB<sup>2</sup> VII § 1295 Rz 37). Durch die Rechtsprechung ist bereits ausreichend geklärt, dass grundsätzlich dem übergangenen Bestbieter auch der "entgangene Gewinn" im Sinne des Erfüllungsinteresses zusteht (vgl RIS-Justiz RS0113629 mwN etwa SZ 73/62 zuletzt 8 Ob 183/02; RIS-JustizRS0030354 mwN). Konkrete Rechtsfragen im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO führt die Beklagte hier nicht aus. Vielmehr argumentiert sie nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles dahin, dass es ja gar nicht zulässig gewesen wäre, den Auftrag teilweise an Subauftragnehmer weiterzugeben. Sie übergeht dabei aber die Feststellung, dass die Beklagte dem - wie auch bei dem Konkurrenten, der dann den Auftrag erhielt - zugestimmt hätte. Inwieweit allgemein im Rahmen der Berechnung des Erfüllungsinteresses auf die Weitergabe des Auftrages an Subauftragnehmer abgestellt werden kann, wird nicht behandelt, sondern erneut im Wesentlichen ausgeführt, dass das Anbot auszuschneiden gewesen wäre. Soweit in diesem Zusammenhang auch wieder auf die unterschiedlichen Sachverständigengutachten eingegangen wird, werden die Rechtsfragen dazu nicht gesondert behandelt. Im Übrigen hat die Beklagte dazu auch keine konkrete Rechtsrüge in der Berufung ausgeführt (vgl Kodek aaO § 503 Rz 5). Zur Höhe des Schadens ist festzuhalten, dass auch für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Vergabeverstößen der Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden grundsätzlich dem Geschädigten obliegt vergleiche OGH 10. 4. 2003 8 Ob 183/02y mwN = OGH 7 Ob 148/01t = JBl 2002; 115; allgemein Schwimann/Harrer ABGB<sup>2</sup> römisch VII Paragraph 1295, Rz 37). Durch die Rechtsprechung ist bereits ausreichend geklärt, dass grundsätzlich dem übergangenen Bestbieter auch der "entgangene Gewinn" im Sinne des Erfüllungsinteresses zusteht vergleiche RIS-Justiz RS0113629 mwN etwa SZ 73/62 zuletzt 8 Ob 183/02; RIS-Justiz RS0030354 mwN). Konkrete Rechtsfragen im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO führt die Beklagte hier nicht aus. Vielmehr argumentiert sie nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles dahin, dass es ja gar nicht zulässig gewesen wäre, den Auftrag teilweise an Subauftragnehmer weiterzugeben. Sie übergeht dabei aber die Feststellung, dass die Beklagte dem - wie auch bei dem Konkurrenten, der dann den Auftrag erhielt - zugestimmt hätte. Inwieweit allgemein im Rahmen der Berechnung des Erfüllungsinteresses auf die Weitergabe des Auftrages an Subauftragnehmer abgestellt werden kann, wird nicht behandelt, sondern erneut im Wesentlichen ausgeführt, dass das Anbot auszuschneiden gewesen wäre. Soweit in diesem Zusammenhang auch wieder auf die unterschiedlichen Sachverständigengutachten eingegangen wird, werden die Rechtsfragen dazu nicht gesondert behandelt. Im Übrigen hat die Beklagte dazu auch keine konkrete Rechtsrüge in der Berufung ausgeführt vergleiche Kodek aaO Paragraph 503, Rz 5).

Im Ergebnis zeigt die Revision jedenfalls keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO auf. Im Ergebnis zeigt die Revision jedenfalls keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO auf.

#### **Anmerkung**

E70602 8Ob9.03m

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:0080OB00009.03M.0828.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20030828\_OGH0002\_0080OB00009\_03M0000\_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)