

# TE OGH 2001/2/22 6Ob323/00v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.02.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. O\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* 2. D\*\*\*\*\*GmbH & Co KG, \*\*\*\*\* 3. Dipl. Ing. Eckhart S\*\*\*\*\* , alle vertreten durch Weiss-Tessbach Rechtsanwälte OEG in Wien, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Georg Santer, Rechtsanwalt in Innsbruck, und der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei Republik Ö\*\*\*\*\*, vertreten durch die Finanzprokuratur, \*\*\*\*\* wegen 1,402.026,89 S sA, über die Revisionen der beklagten Partei und ihrer Nebenintervenientin, gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 31. August 2000, GZ 2 R 164/00k-38, womit das Zwischenurteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 25. Februar 2000, GZ 57 Cg 58/98-27, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Beiden Revisionen wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, den klagenden Parteien den Betrag von 1,402.026,89 S samt 5 % Zinsen aus 1,166.163,96 S seit 12. 2. 1997, aus 195.444,50 S seit 10. 11. 1997 und aus 40.418,43 S seit 24. 11. 1997 zu zahlen, abgewiesen wird.

Die klagenden Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der beklagten Partei die mit 353.626,20 S (darin 41.493,62 S Umsatzsteuer und 104.664,50 S Barauslagen) und der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei die mit 174.241,70 S bestimmten Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei wurde mit dem Bundesgesetz betreffend Maßnahmen im Bereich der Bundesstraßengesellschaften, BGBl Nr 826/1992, durch Verschmelzung zweier Bundesstraßenaktiengesellschaften gegründet. § 10 Abs 3 dieses Gesetzes sieht vor, dass der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten gegenüber der neu gegründeten Gesellschaft die für die technische Durchführung sowie die bei der Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen geltenden Grundsätze entsprechend den im Bereich der Wirtschaftsverwaltung des Bundes anzuwendenden Vorschriften festzulegen hat. Nach § 10 Abs 4 des Gesetzes hat der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten der neu gegründeten Gesellschaft gegenüber die erforderlichen Zielvorgaben zu setzen, eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen sowie eine Koordinierung der Tätigkeit der Gesellschaft vorzunehmen. Mit dieser Bestimmung sollte nach den Gesetzesmaterialien (820 BlgNR 18. GP, 2) ein "Durchgriffsrecht" des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten gegenüber der neu gegründeten Gesellschaft dadurch geschaffen werden, dass dem Bundesminister

sowohl die Erlassung der erforderlichen Zielvorgaben als auch ein Controlling, die begleitende Kontrolle und ein Auskunftsrecht zustehen. Die Anteile des Bundes an der beklagten Aktiengesellschaft wurden nach § 1 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997 (= Art I Infrastrukturfinanzierungsgesetz 1997, BGBl Nr 113/1997) als Sacheinlage in die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs AG eingebracht. § 2 dieses Gesetzes sieht vor, dass in einem mit dem Bundesminister für Finanzen abzuschließender Fruchtgenussvertrag die Erwerberin das Fruchtgenussrecht an den dort näher bezeichneten Bundesstraßen und Anlagen (wie zB Brücken und Tunnel) übertragen wird. Nach § 10 musste dem Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten in diesem Fruchtgenussvertrag unter anderem das Recht eingeräumt werden, die "begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen". Die beklagte Partei wurde mit dem Bundesgesetz betreffend Maßnahmen im Bereich der Bundesstraßengesellschaften, Bundesgesetzblatt Nr 826 aus 1992,, durch Verschmelzung zweier Bundesstraßenaktiengesellschaften gegründet. Paragraph 10, Absatz 3, dieses Gesetzes sieht vor, dass der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten gegenüber der neu gegründeten Gesellschaft die für die technische Durchführung sowie die bei der Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen geltenden Grundsätze entsprechend den im Bereich der Wirtschaftsverwaltung des Bundes anzuwendenden Vorschriften festzulegen hat. Nach Paragraph 10, Absatz 4, des Gesetzes hat der Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten der neu gegründeten Gesellschaft gegenüber die erforderlichen Zielvorgaben zu setzen, eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen sowie eine Koordinierung der Tätigkeit der Gesellschaft vorzunehmen. Mit dieser Bestimmung sollte nach den Gesetzesmaterialien (820 BlgNR 18. GP, 2) ein "Durchgriffsrecht" des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten gegenüber der neu gegründeten Gesellschaft dadurch geschaffen werden, dass dem Bundesminister sowohl die Erlassung der erforderlichen Zielvorgaben als auch ein Controlling, die begleitende Kontrolle und ein Auskunftsrecht zustehen. Die Anteile des Bundes an der beklagten Aktiengesellschaft wurden nach Paragraph eins, ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997 (= Art römisch eins Infrastrukturfinanzierungsgesetz 1997, Bundesgesetzblatt Nr 113 aus 1997,) als Sacheinlage in die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs AG eingebracht. Paragraph 2, dieses Gesetzes sieht vor, dass in einem mit dem Bundesminister für Finanzen abzuschließender Fruchtgenussvertrag die Erwerberin das Fruchtgenussrecht an den dort näher bezeichneten Bundesstraßen und Anlagen (wie zB Brücken und Tunnel) übertragen wird. Nach Paragraph 10, musste dem Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten in diesem Fruchtgenussvertrag unter anderem das Recht eingeräumt werden, die "begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen".

Mit Schreiben vom 30. 10. 1996 lud der Vorstand der Beklagten die Klägerinnen, die sich zu einer Arbeitsgemeinschaft unter der Bezeichnung "Arbeitsgemeinschaft B\*\*\*\*\*" zusammengeschlossen hatten, ein, ein Anbot für die Leistung der "begleitenden Kontrolle" in der Detailplanungs-, Ausführungsplanungs- und Bauphase bis zur Schlussfeststellung des Projektes B 315 Reschenstraße - Tirol Südumfahrung Landeck" mit näher darin angeführten Anschlussstellen zu legen. Die Anbotseröffnung ergab, dass die ARGE der Klägerinnen Billigstbieter war. Der Zuschlag wurde schließlich an die Firma G\*\*\*\*\* GmbH erteilt. Das von den Klägerinnen im Wege eines Nachprüfungsverfahrens nach § 91 Abs 3 BVergG angerufene Bundesvergabeamt stellte fest, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz der Zuschlag nicht an den Bestbieter erteilt wurde. Es ging in seiner Begründung davon aus, dass die vergebende Stelle Dipl. Ing. P\*\*\*\*\* als zweiten Mann der Klägerinnen nicht nach von vornherein festgelegten Kriterien bewertet habe. Die Bewertung widerspreche damit dem Gleichbehandlungsprinzip des § 10 Abs 1 BVergG. Das vom Bundesvergabeamt eingeholte Sachverständigengutachten ergab, dass Dipl. Ing. P\*\*\*\*\* mit 16, der "zweite Mann" der G\*\*\*\*\* GmbH mit 23 von jeweils maximal 30 Punkten zu bewerten gewesen wären, was unter Berücksichtigung der übrigen Bewertungskriterien zur Zuschlagserteilung an die Klägerinnen als Bestbieter hätte führen müssen. Mit Schreiben vom 30. 10. 1996 lud der Vorstand der Beklagten die Klägerinnen, die sich zu einer Arbeitsgemeinschaft unter der Bezeichnung "Arbeitsgemeinschaft B\*\*\*\*\*" zusammengeschlossen hatten, ein, ein Anbot für die Leistung der "begleitenden Kontrolle" in der Detailplanungs-, Ausführungsplanungs- und Bauphase bis zur Schlussfeststellung des Projektes B 315 Reschenstraße - Tirol Südumfahrung Landeck" mit näher darin angeführten Anschlussstellen zu legen. Die Anbotseröffnung ergab, dass die ARGE der Klägerinnen Billigstbieter war. Der Zuschlag wurde schließlich an die Firma G\*\*\*\*\* GmbH erteilt. Das von den Klägerinnen im Wege eines Nachprüfungsverfahrens nach Paragraph 91, Absatz 3, BVergG angerufene Bundesvergabeamt stellte fest, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz der Zuschlag nicht an den Bestbieter erteilt wurde. Es ging in seiner Begründung davon aus, dass die vergebende Stelle Dipl. Ing. P\*\*\*\*\* als zweiten Mann der Klägerinnen nicht nach von vornherein festgelegten

Kriterien bewertet habe. Die Bewertung widerspreche damit dem Gleichbehandlungsprinzip des Paragraph 10, Absatz eins, BVergG. Das vom Bundesvergabeamt eingeholte Sachverständigengutachten ergab, dass Dipl. Ing. P\*\*\*\*\* mit 16, der "zweite Mann" der G\*\*\*\*\* GmbH mit 23 von jeweils maximal 30 Punkten zu bewerten gewesen wären, was unter Berücksichtigung der übrigen Bewertungskriterien zur Zuschlagserteilung an die Klägerinnen als Bestbieter hätte führen müssen.

Die Klägerinnen begehren Schadenersatz im Ausmaß ihres Erfüllungsinteresses von 1,402.026,89 S sA. Die Ausschreibung habe 125 Punkte für ausgezeichnete Kenntnisse über den gesamten Aufgabenbereich der begleitenden Kontrolle vorgesehen, davon maximal 70 Punkte für den Projektleiter, 30 Punkte für den "zweiten Mann" und 25 Punkte für das Spezialistenteam. Ausschlaggebend für die Reihung der G\*\*\*\*\* GmbH als Bestbieterin und damit für die Zuschlagserteilung sei die Bewertung ihres "zweiten Mannes" mit 30 Punkten gewesen. Demgegenüber sei der "zweite Mann" im Anbot der Klägerinnen nur mit 10 Punkten bewertet worden. Auf Anfrage sei den Klägerinnen mitgeteilt worden, die Nichtnennung des "zweiten Mannes" hätte zu einer geringeren Bewertung geführt. Tatsächlich habe die Beklagte jedoch im Zuge des am 8. 1. 1997 abgehaltenen Bietergesprächs weder auf das Fehlen der namentlichen Nennung des "zweiten Mannes" hingewiesen noch eine derartige Nennung verlangt. Sie habe damit - was die Entscheidung des Vergabeamts auch bestätigte - gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, weil sie Dipl. Ing. P\*\*\*\*\* nicht nach von vornherein festgesetzten Kriterien bewertet, sondern frei über seine Bewertungen entschieden habe. Den Klägerinnen sei durch die Vorgangsweise der Beklagten ein Schade in der Höhe des Klagsbetrages entstanden.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, es könne ihr im Zusammenhang mit der Bewertung des "zweiten Mannes" der begleitenden Kontrolle kein Verschulden angelastet werden. Bei dieser Bewertung handle es sich um eine subjektive Entscheidung unter Zugrundelegung objektiver Kriterien, sie sei durch eine Kommission nach bestem Wissen und Gewissen erfolgt. Die Klägerinnen hätten den "zweiten Mann" zum Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs vom 8. 1. 1997 nicht namentlich nennen können, sodass eine konkrete Bewertung dieser Position gar nicht möglich gewesen sei. Aufgrund dieses Umstandes hätte die Vergabekommission das Anbot der Klägerinnen ausscheiden, zumindest aber den zweiten Mann mit Null Punkten bewerten können. Im Übrigen sei die Beklagte nicht passiv legitimiert, weil sie die Ausschreibung im Auftrag des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten getätigt habe. Tatsächlicher Auftraggeber sei dieses Ministerium gewesen.

Die Beklagte verkündete der Republik Österreich den Streit, worauf diese dem Verfahren als Nebenintervenientin auf Seiten der Beklagten beitrat.

Nach Einschränkung des Verfahrens auf den Grund des Anspruches erließ das Erstgericht ein Zwischenurteil, wonach das Leistungsbegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe. Es stellte noch fest, die Beklagte habe im Juni 1996 für das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten eine Interessentensuche für die begleitende Kontrolle in der Detailplanungs-, Ausführungsplanungs- und Bauphase bei der Errichtung des oben genannten Projekts durchgeführt. Mit Schreiben vom 30. 10. 1996 habe der Vorstand der Beklagten auch die Klägerinnen zur Anboterstellung eingeladen. Kriterien der Anbotsbewertung seien der Preis mit einer Gewichtung von 35 % und die Technik mit einer solchen von 65 % gewesen, wobei zum Bereich "Technik" auch die Qualifikation des Projektleiters, des "zweiten Mannes" der begleitenden Kontrolle, des Teams sowie deren einschlägige Berufsjahre, der Bürositz bzw die Erreichbarkeit, allgemeine Referenzen sowie die Zufriedenheit mit der bisherigen Zusammenarbeit zählten. 125 Punkte seien für ausgezeichnete Kenntnisse über den gesamten Aufgabenbereich der begleitenden Kontrolle vorgesehen gewesen, davon maximal 70 Punkte für den Projektleiter, 30 Punkte für den "zweiten Mann" (der während des Durchlaufbetriebs beim Tunnelvortrieb vorgesehen gewesen sei) und 25 Punkte für das Spezialistenteam. Die Beklagte habe die ARGE der Klägerinnen zu einem Bietergespräch eingeladen und sind zur detaillierten Aufklärung mehrerer Besprechungspunkte, darunter auch der Punkte "Personaleinsatz, Durchlaufbetrieb mit zwei Tunnelbaulosen, Personaleinsatzplan und Sonderfachleute (Welche Sonderfachleute kommen zum Einsatz? Wie oft werden diese durch die "begleitende Kontrolle" voraussichtlich eingesetzt?) aufgefordert. Das Bietergespräch habe am 8. 1. 1997 bei der Beklagten stattgefunden. Die endgültige Bewertung sei von zwei Vertretern des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten und einem Vertreter der Beklagten vorgenommen worden. Beim Bietergespräch seien neben diesen Personen und Vertretern der Klägerinnen noch der Geschäftsführer und eine weitere Mitarbeiterin der Beklagten anwesend gewesen. Die Klägerinnen seien dabei weder darauf hingewiesen worden, dass der für die begleitende Kontrolle beim Tunnelvortrieb erforderliche "zweite Mann" nicht namentlich genannt sei, es sei auch seine

namentliche Nennung nicht verlangt worden. Die Nennung wäre den Klägerinnen leicht möglich gewesen, zumal der für diese Position vorgesehene Dipl. Ing. P\*\*\*\*\* beim Bietergespräch anwesend gewesen sei. Auch in den von der Beklagten zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen befinde sich keine Aufforderung, mit dem Angebot eine Beschreibung des "zweiten Mannes" vorzulegen. Die Klägerinnen seien den diesbezüglichen Anforderungen der Ausschreibung nachgekommen.

Rechtlich bejahte das Erstgericht die Passivlegitimation der Beklagten. Sie habe die Arbeitsgemeinschaft der Klägerinnen nicht nur im eigenen Namen und ohne Hinweis auf einen Auftraggeber zur Anbotslegung eingeladen, das Anbot der Klägerinnen sei auch an sie gerichtet worden; sie sei auch als Partei des vom Bundesvergabeamt im Nachpüfungsverfahren erlassenen Bescheids genannt. Unabhängig davon, welche Gesetze Grundlage für die Tätigkeit der Beklagten gewesen seien, sei sie Ansprech- und Vertragspartnerin der Klägerinnen im Ausschreibungsverfahren gewesen, ohne dass sie jemals darauf hingewiesen hätte, lediglich in Vertretung des Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten zu agieren. Das Leistungsbegehren der Klägerinnen bestehe dem Grunde nach zu Recht. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergebe sich, dass die Klägerinnen, deren Anbot den Ausschreibungsunterlagen entsprochen habe, Bestbieter gewesen seien und den Zuschlag hätten erhalten müssen. Die Beklagte hafte aufgrund eines rechtswidrigen und schuldhaften Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Bundesvergabegesetzes für den daraus resultierenden Schaden, insbesondere für den entgangenen Gewinn der Klägerinnen.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Frage, ob und inwieweit im Rahmen eines Vergabeverfahrens Ergänzungen und Aufklärungen zur Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes noch möglich oder notwendig seien und ob das Unterlassen derartiger Aufklärungen eine Verletzung von Vergabebestimmungen darstelle, welche den Ausschreibenden schadenersatzpflichtig machen können, Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes fehle. Wie schon das Erstgericht bejahte auch das Berufungsgericht die Passivlegitimation der Beklagten. Diese habe eine allfällige Bevollmächtigung durch das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten nicht offengelegt. Ein derartiger Hinweis befinde sich weder im Schreiben, mit dem die Klägerinnen zur Anbotslegung aufgefordert worden seien, noch hätten die Angebotsvordrucke der Beklagten einen derartigen Hinweis enthalten. Sie sei damit den Klägerinnen gegenüber als unmittelbarer Vertragspartner aufgetreten und hafte ihnen daher unmittelbar. Gemäß § 125 Abs 2 zweiter Satz BVergG 1997 sei das Zivilgericht an den Spruch des Feststellungsbescheids des Bundesvergabeamtes gebunden. Die Bindungswirkung erstrecke sich auf den Ausspruch der rechtswidrigen Vorgangsweise der Beklagten bei Erteilung des Zuschlags. Ob die Gesetzesverletzung schuldhaft erfolgt sei, unterliege der selbständigen Beurteilung durch die Gerichte, wobei von den Ausschreibungsunterlagen auszugehen sei, die den Begriff des "zweiten Mannes" nie explizit erwähnten. Aus diesem Ausschreibungstext könne nicht zwingend die Notwendigkeit seiner Nominierung abgeleitet werden. Wenn nun die Beklagte trotz des insoweit unklaren Ausschreibungstextes Wert auf die Namhaftmachung eines "zweiten Mannes" gelegt habe, wäre sie verpflichtet gewesen, auf diese Notwendigkeit im Rahmen des Bietergespräches hinzuweisen. Leite sie nämlich ein derartiges Bietergespräch in die Wege, so sei sie auch verpflichtet, die hier notwendig erscheinenden Informationen und Aufklärungen einzufordern, umso mehr wenn es sich um einen Umstand handle, der aus dem Ausschreibungstext nicht klar und eindeutig hervorgehe, aber insofern von wesentlicher Bedeutung sei, als die Beklagte diesen "zweiten Mann" in ihr Bewertungsschema einbezogen und eigens punktemäßig bewertet habe. Dass die Nichtbeachtung des Gleichbehandlungsgebots nach den Grundsätzen der Haftung für culpa in contrahendo zur Schadenersatzverpflichtung führen könne, entspreche ständiger Rechtsprechung. Die Verletzung der vorvertraglichen Verpflichtung auf Gleichbehandlung der Bieter führe zur Beweislastumkehr, es wäre daher an der Beklagten gelegen, zu behaupten und zu beweisen, dass auch dann, wenn Dipl. Ing. P\*\*\*\*\* als "zweiter Mann" bekanntgegeben worden wäre, seine Bewertung mit 10 Punkten objektiv gerechtfertigt und sachlich vertretbar gewesen wäre. Derartiges habe die Beklagte weder behauptet noch unter Beweis gestellt; von einer schuldhaften Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sei somit auszugehen. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Frage, ob und inwieweit im Rahmen eines Vergabeverfahrens Ergänzungen und Aufklärungen zur Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes noch möglich oder notwendig seien und ob das Unterlassen derartiger Aufklärungen eine Verletzung von Vergabebestimmungen darstelle, welche den Ausschreibenden schadenersatzpflichtig machen können, Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes fehle. Wie schon das Erstgericht bejahte auch das Berufungsgericht die Passivlegitimation der Beklagten. Diese habe eine allfällige Bevollmächtigung durch das Bundesministerium für

wirtschaftliche Angelegenheiten nicht offengelegt. Ein derartiger Hinweis befinde sich weder im Schreiben, mit dem die Klägerinnen zur Anbotslegung aufgefordert worden seien, noch hätten die Angebotsvordrucke der Beklagten einen derartigen Hinweis enthalten. Sie sei damit den Klägerinnen gegenüber als unmittelbarer Vertragspartner aufgetreten und hafte ihnen daher unmittelbar. Gemäß Paragraph 125, Absatz 2, zweiter Satz BVergG 1997 sei das Zivilgericht an den Spruch des Feststellungsbescheids des Bundesvergabeamtes gebunden. Die Bindungswirkung erstreckte sich auf den Ausspruch der rechtswidrigen Vorgangsweise der Beklagten bei Erteilung des Zuschlags. Ob die Gesetzesverletzung schuldhaft erfolgt sei, unterliege der selbständigen Beurteilung durch die Gerichte, wobei von den Ausschreibungsunterlagen auszugehen sei, die den Begriff des "zweiten Mannes" nie explizit erwähnten. Aus diesem Ausschreibungstext könne nicht zwingend die Notwendigkeit seiner Nominierung abgeleitet werden. Wenn nun die Beklagte trotz des insoweit unklaren Ausschreibungstextes Wert auf die Namhaftmachung eines "zweiten Mannes" gelegt habe, wäre sie verpflichtet gewesen, auf diese Notwendigkeit im Rahmen des Bietergespräches hinzuweisen. Leite sie nämlich ein derartiges Bietergespräch in die Wege, so sei sie auch verpflichtet, die hier notwendig erscheinenden Informationen und Aufklärungen einzufordern, umso mehr wenn es sich um einen Umstand handle, der aus dem Ausschreibungstext nicht klar und eindeutig hervorgehe, aber insofern von wesentlicher Bedeutung sei, als die Beklagte diesen "zweiten Mann" in ihr Bewertungsschema einbezogen und eigens punktemäßig bewertet habe. Dass die Nichtbeachtung des Gleichbehandlungsgebots nach den Grundsätzen der Haftung für culpa in contrahendo zur Schadenersatzverpflichtung führen könne, entspreche ständiger Rechtsprechung. Die Verletzung der vorvertraglichen Verpflichtung auf Gleichbehandlung der Bieter führe zur Beweislastumkehr, es wäre daher an der Beklagten gelegen, zu behaupten und zu beweisen, dass auch dann, wenn Dipl. Ing. P\*\*\*\*\* als "zweiter Mann" bekanntgegeben worden wäre, seine Bewertung mit 10 Punkten objektiv gerechtfertigt und sachlich vertretbar gewesen wäre. Derartiges habe die Beklagte weder behauptet noch unter Beweis gestellt; von einer schuldhaften Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sei somit auszugehen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revisionen der Beklagten und ihrer Nebenintervenientin sind zulässig, weil das Berufungsgericht die Passivlegitimation der Beklagten unrichtig beurteilt hat; sie sind auch berechtigt.

Die Revisionswerber weisen zutreffend darauf hin, dass nach § 10 Abs 4 des Bundesgesetzes betreffend Maßnahmen im Bereich der Bundesstraßengesellschaften, BGBl Nr 826/1992, iVm § 10 des ASFINAG-Ermächtigungsgesetzes 1997 die begleitende Kontrolle von Bauvorhaben der in diesen Gesetzen genannten Straßenbaugesellschaften in den Aufgabenbereich des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten (BMWA) fällt und die Beklagte das Ausschreibungsverfahren im Auftrag des BMWa und mit seiner Bevollmächtigung durchführte. Anders kann auch die von den Vorinstanzen getroffene Feststellung, wonach die Beklagte für das BMWa tätig wurde, nicht verstanden werden. Die Revisionswerber weisen zutreffend darauf hin, dass nach Paragraph 10, Absatz 4, des Bundesgesetzes betreffend Maßnahmen im Bereich der Bundesstraßengesellschaften, Bundesgesetzblatt Nr 826 aus 1992,, in Verbindung mit Paragraph 10, des ASFINAG-Ermächtigungsgesetzes 1997 die begleitende Kontrolle von Bauvorhaben der in diesen Gesetzen genannten Straßenbaugesellschaften in den Aufgabenbereich des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten (BMWA) fällt und die Beklagte das Ausschreibungsverfahren im Auftrag des BMWa und mit seiner Bevollmächtigung durchführte. Anders kann auch die von den Vorinstanzen getroffene Feststellung, wonach die Beklagte für das BMWa tätig wurde, nicht verstanden werden.

Die Klägerinnen meinen nun, es komme auf die gesetzliche Regelung sowie darauf, ob die Beklagte als Bevollmächtigte des BMWa tätig wurde, nicht an, weil sie ihnen gegenüber ein Vollmachtsverhältnis nicht offengelegt habe und daher als mittelbarer Stellvertreter persönlich hafte. Das Handeln eines Bevollmächtigten, dem Auftrag und Vollmacht erteilt wurden, der dies aber nicht offenlegt, ist nicht zwingend als indirekte Stellvertretung zu deuten (Strasser in Rummel, ABGB3 Rz 8 zu § 1002). Ob sein Handeln auf eigene Rechnung erfolgte, hängt von den konkreten Umständen des zu beurteilenden Falles ab. Die von den Vorinstanzen zur Begründung der Passivlegitimation der Beklagten als mittelbarer Stellvertreterin herangezogenen Erwägungen reichen dafür jedoch nicht aus: Die Klägerinnen meinen nun, es komme auf die gesetzliche Regelung sowie darauf, ob die Beklagte als Bevollmächtigte des BMWa tätig wurde, nicht an, weil sie ihnen gegenüber ein Vollmachtsverhältnis nicht offengelegt habe und daher als mittelbarer Stellvertreter persönlich hafte. Das Handeln eines Bevollmächtigten, dem Auftrag und Vollmacht erteilt wurden, der dies aber nicht offenlegt, ist nicht zwingend als indirekte Stellvertretung zu deuten (Strasser in Rummel, ABGB3 Rz 8 zu Paragraph

1002,). Ob sein Handeln auf eigene Rechnung erfolgte, hängt von den konkreten Umständen des zu beurteilenden Falles ab. Die von den Vorinstanzen zur Begründung der Passivlegitimation der Beklagten als mittelbarer Stellvertreterin herangezogenen Erwägungen reichen dafür jedoch nicht aus:

Dass die Beklagte zur Anbotslegung aufgefordert hatte und die Klägerinnen ihr Anbot an die Beklagte richteten, kann für sich allein schon deshalb nicht zur Beurteilung des (unzweifelhaft öffentlichen) Auftraggebers beitragen, weil es angesichts der dargestellten gesetzlichen Regelung (die Leistungen der begleitenden Kontrolle derartiger Straßenbauvorhaben eindeutig der Kompetenz des BMwA zuweist) einer besonderen Aufklärung von Anbietern nicht bedurfte. Auch die Anführung der Beklagten als "Bauherrin" im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben kann an ihrer Stellung als Beauftragte des BMwA bei Durchführung der dieses Bauvorhaben begleitenden Kontrolle nichts ändern. Dass es auch den Klägerinnen nicht verborgen geblieben ist, wer tatsächlich Auftraggeber der begleitenden Kontrolle ist, lässt sich schon ihrem Vorbringen entnehmen. So führen sie aus, die Beklagte habe die Interessentensuche für die begleitende Kontrolle für das BMwA vorgenommen. Nach ihren eigenen Angaben haben die Klägerinnen auch das Ersuchen um Aufklärung der Auftragserteilung vom 14. 2. 1997 an das BMwA (und nicht an die Beklagte) gerichtet. Dieses hat den Klägerinnen daraufhin mitgeteilt, dass ihr Anbot nicht das wirtschaftlich und technisch günstigste gewesen sei, worauf sie einen Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens beim Bundesvergabeamt gestellt hatten. Zum Beweis dafür bezogen sich die Klägerinnen auf den Akt des Bundesvergabeamtes F 3/97 und die von ihnen vorgelegten Urkunden, aus denen sich unzweifelhaft ergibt, dass sie Kenntnis des tatsächlichen Auftraggebers haben mussten. Sie haben ihr Schreiben mit der Bitte um Aufklärung vom 14. 2. 1997 an das BMwA gerichtet und auch anlässlich ihres Nachprüfungsantrages das BMwA als Auftraggeber genannt. Ihr subjektives Wissen und ihr Kenntnisstand entsprach somit der gesetzlichen Regelung, deren Kenntnis vorauszusetzen ist. Dementsprechend räumen die Klägerinnen in ihrer Revisionsbeantwortung auch ein, die Passivlegitimation ergebe sich im Wesentlichen aus der Zusammenschau von Vergabeverfahren und dem Maßnahmengesetz BGBl 826/1992, wenden jedoch ein, dass die Gesetzesmaterialien eine Vertretung des BMwA durch die Beklagte nicht regelten. Richtig ist, dass dem Maßnahmengesetz nicht entnommen werden kann, dass die hier beklagte Partei als Auftragnehmerin des BMwA bei Durchführung der begleitenden Kontrolle einzuschreiten hat. Dieser Umstand vermag aber zur Beurteilung der vorliegenden Rechtssache nichts beizutragen, musste doch der Gesetzgeber nicht zwingend schon damals eine Vertretung des für die begleitende Kontrolle zuständigen Rechtsträgers vorsehen. Er wies die begleitende Kontrolle dem Aufgabenbereich des BMwA zu, das diese Aufgaben entweder selbst wahrnehmen oder einem bevollmächtigten Vertreter übertragen kann. Dass die Beklagte zur Anbotslegung aufgefordert hatte und die Klägerinnen ihr Anbot an die Beklagte richteten, kann für sich allein schon deshalb nicht zur Beurteilung des (unzweifelhaft öffentlichen) Auftraggebers beitragen, weil es angesichts der dargestellten gesetzlichen Regelung (die Leistungen der begleitenden Kontrolle derartiger Straßenbauvorhaben eindeutig der Kompetenz des BMwA zuweist) einer besonderen Aufklärung von Anbietern nicht bedurfte. Auch die Anführung der Beklagten als "Bauherrin" im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben kann an ihrer Stellung als Beauftragte des BMwA bei Durchführung der dieses Bauvorhaben begleitenden Kontrolle nichts ändern. Dass es auch den Klägerinnen nicht verborgen geblieben ist, wer tatsächlich Auftraggeber der begleitenden Kontrolle ist, lässt sich schon ihrem Vorbringen entnehmen. So führen sie aus, die Beklagte habe die Interessentensuche für die begleitende Kontrolle für das BMwA vorgenommen. Nach ihren eigenen Angaben haben die Klägerinnen auch das Ersuchen um Aufklärung der Auftragserteilung vom 14. 2. 1997 an das BMwA (und nicht an die Beklagte) gerichtet. Dieses hat den Klägerinnen daraufhin mitgeteilt, dass ihr Anbot nicht das wirtschaftlich und technisch günstigste gewesen sei, worauf sie einen Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens beim Bundesvergabeamt gestellt hatten. Zum Beweis dafür bezogen sich die Klägerinnen auf den Akt des Bundesvergabeamtes F 3/97 und die von ihnen vorgelegten Urkunden, aus denen sich unzweifelhaft ergibt, dass sie Kenntnis des tatsächlichen Auftraggebers haben mussten. Sie haben ihr Schreiben mit der Bitte um Aufklärung vom 14. 2. 1997 an das BMwA gerichtet und auch anlässlich ihres Nachprüfungsantrages das BMwA als Auftraggeber genannt. Ihr subjektives Wissen und ihr Kenntnisstand entsprach somit der gesetzlichen Regelung, deren Kenntnis vorauszusetzen ist. Dementsprechend räumen die Klägerinnen in ihrer Revisionsbeantwortung auch ein, die Passivlegitimation ergebe sich im Wesentlichen aus der Zusammenschau von Vergabeverfahren und dem Maßnahmengesetz Bundesgesetzblatt 826 aus 1992,, wenden jedoch ein, dass die Gesetzesmaterialien eine Vertretung des BMwA durch die Beklagte nicht regelten. Richtig ist, dass dem Maßnahmengesetz nicht entnommen werden kann, dass die hier beklagte Partei als Auftragnehmerin des BMwA bei Durchführung der begleitenden Kontrolle einzuschreiten hat. Dieser Umstand vermag aber zur Beurteilung der vorliegenden Rechtssache nichts

beizutragen, musste doch der Gesetzgeber nicht zwingend schon damals eine Vertretung des für die begleitende Kontrolle zuständigen Rechtsträgers vorsehen. Er wies die begleitende Kontrolle dem Aufgabenbereich des BMWA zu, das diese Aufgaben entweder selbst wahrnehmen oder einem bevollmächtigten Vertreter übertragen kann.

Im Übrigen hat der Oberste Gerichtshof bereits im Zusammenhang mit der Verletzung von Vergaberegeln durch einen mit der Durchführung beauftragten Dritten, der die Ausschreibung im eigenen Namen ohne Hinweis auf den öffentlichen Auftraggeber vorgenommen hatte, erkannt, dass der öffentliche Auftraggeber, der die Durchführung eines Bauvorhabens, mit welchem eine im allgemeinen Interesse wahrzunehmenden Aufgabe nicht gewerblicher Art erfüllt werden sollte, einem Dritten überträgt, selbst dann einem zu Unrecht übergangenen Bieter haftet, wenn die Ausschreibung (und damit die Verletzung der Vergabevorschriften) durch den Beauftragten vorgenommen wurde (JBl 2000, 519 = ecolex 2000, 646 [Heid 640] = EvBl 2000/166 = RdW 2000, 603). Auch im damals zu beurteilenden Fall erfolgte die Einladung zur Anboterstellung ausdrücklich vom Beauftragten des Bundes persönlich; weder Einladung noch Angebotsunterlagen enthielten einen Hinweis auf eine Beteiligung des Bundes. Unter Zugrundelegung dieser Überlegungen des Obersten Gerichtshofes muss daher auch bei dem vorliegenden Sachverhalt in seinem Gesamtzusammenhang davon ausgegangen werden, dass die Beklagte lediglich als Erfüllungsgehilfe des öffentlichen Auftraggebers tätig wurde. Sie haftet damit nicht persönlich für eine schuldhafte Verletzung der dem Vertrag zugrundeliegenden Vergabevorschriften, sodass es dahingestellt bleiben kann, ob die vom Vergabeamt festgestellte (rechtswidrige) Nichtberücksichtigung des Bestbieters schuldhaft erfolgte.

Der Revision der Beklagten und ihrer Nebenintervenientin wird daher Folge gegeben und das Klagebegehren abgewiesen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 und 50 Abs 2 ZPO. Die Kosten der Nebenintervenientin waren dabei gegenüber ihrem Kostenverzeichnis um 39.770 S zu kürzen: Erheben die Partei und der auf ihrer Seite beigetretene Nebenintervenient Berufung (wie hier), ist die Pauschalgebühr bei identischem Streitgegenstand nur einmal zu entrichten (8 Ob 321/98h mwN - RIS-JustizRS0111757). Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 41 und 50 Absatz 2, ZPO. Die Kosten der Nebenintervenientin waren dabei gegenüber ihrem Kostenverzeichnis um 39.770 S zu kürzen: Erheben die Partei und der auf ihrer Seite beigetretene Nebenintervenient Berufung (wie hier), ist die Pauschalgebühr bei identischem Streitgegenstand nur einmal zu entrichten (8 Ob 321/98h mwN - RIS-Justiz RS0111757).

#### **Anmerkung**

E60950 06A03230

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

ECLI:AT:OGH0002:2001:0060OB00323.00V.0222.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20010222\_OGH0002\_0060OB00323\_00V0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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