

Zeitschrift für

VERGABERECHT

UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber Josef Aicher, Michael Holoubek, Karl Korinek, Johannes Schramm,
Bernt Elsner, Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak
Redaktion und Schriftleitung Johannes Schramm, Josef Aicher

Juli/August 2011

265 – 308

07
08

Vergaberecht

Der „positive“ Feststellungsbescheid als Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzklagen (Teil 2)

Kathrin Hornbanger/Georg Rihs ⌚ 271

Befugnis europäischer Bieter *Christoph Wiesinger* ⌚ 274

BVA – Interkommunale Zusammenarbeit nur zwischen
Gebietskörperschaften *Thomas Gruber* ⌚ 280

BVA – Speklatives Angebot bei unbedachter Auspreisung mit „Null“
Johann Hackl ⌚ 289

BVA – Verkehrung von Ausschreibungsfestlegungen in ihr Gegenteil
Sigmund Rosenkranz ⌚ 291

VKS Wien – Protokoll über Aufklärungsgespräche als sonstige
Auftraggeberfestlegung – einvernehmliche Verkürzung der
Angebotsfrist *Manfred Essletzbichler/Sebastian Oberzaucher* ⌚ 294

Bauvertragsrecht

Wann ist ein Bauzeitplan „über den Haufen geworfen“ *Wolfgang Oberndorfer* ⌚ 298

OGH – Zur Anwendbarkeit der Vermutungsregelung des § 924 ABGB
bei gewerkeweiser Leistungserbringung *Gerald J. Michl* ⌚ 304

MUSTER: Anmeldung von Zusatzansprüchen durch den
Auftragnehmer (aufgrund Anordnung) *Johannes Bousek* ⌚ 306

Der „positive“ Feststellungsbescheid als Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzklagen (Teil 2)

Überlegungen zum Umfang der Feststellungskompetenzen des Bundesvergabeamts und zu den Konsequenzen für die Zulässigkeit von Schadenersatzklagen vor den Zivilgerichten

Für die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen materieller Verstöße gegen das Vergaberecht müssen rechtsuchende Bieter zunächst die verfahrensrechtliche Voraussetzung eines positiven Feststellungsbescheids der Vergabekontrollbehörde schaffen. Gegenstand dieses Beitrags sind die Feststellungsbescheide der Nachprüfungsbehörden als gesetzliche Zulässigkeitsvoraussetzungen für Schadenersatzklagen nach Zuschlagserteilung in Folge materieller Vergaberechtsverstöße. Teil 2 dieses Beitrags beschäftigt sich mit den Anforderungen an den Feststellungsbescheid, insbesondere mit der Frage, ob dieser zwingend den in § 341 Abs 2 Z 1 vorgesehenen Anspruch zu enthalten hat.

Von Kathrin Hornbanger und Georg Rihs

Inhaltsübersicht:

Teil 1:

- A. Einleitung
- B. Allgemeine Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden
- C. Besondere vergaberechtliche Rechtsgrundlagen für Feststellungsbescheide
 1. Feststellungsbescheide im BVerG 1993, 1997
 2. Feststellungsbescheide im BVerG 2002
 - a) Feststellung nach Zuschlagserteilung
 - b) Umwandlung Nachprüfungs- in Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung, Feststellung nach Zuschlagserteilung und Aufhebung durch VwGH oder VfGH
 - c) Umfang der Feststellungskompetenz nach Aufhebung durch VwGH oder VfGH
 3. Feststellungsbescheide im BVerG 2006
 - a) Feststellung nach Zuschlagserteilung
 - b) Umwandlung Nachprüfungs- in Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung, Feststellung nach Zuschlagserteilung und Aufhebung durch VwGH oder VfGH

Teil 2:

- D. Feststellungsbescheid als Prozessvoraussetzung für Schadenersatzklagen
- E. Schlussfolgerungen

D. Feststellungsbescheid als Prozessvoraussetzung für Schadenersatzklagen

Bereits mit dem BVerG 1993⁴⁵⁾ wurde ein einzigartiges, in der österreichischen Rechtsordnung völlig neues

Konzept des Rechtsschutzes geschaffen, das dem Rechtsschutzsuchenden neben dem Effekt der Entlastung der Gerichte auch schnelle Entscheidungen und Rechtssicherheit durch spezialisierte, der Kontrolle des VwGH unterworfenen Nachprüfungsbehörden als Vorteil bieten sollte:⁴⁶⁾ Prozessvoraussetzung für Schadenersatzklagen aufgrund von Verstößen gegen das BVerG ist grundsätzlich ein Feststellungsbescheid, wobei nach dem BVerG 2006 nach dem Gesetzeswortlaut dieser auch die Feststellung zu beinhalten hat, dass der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Das Vorliegen eines („positiven“) Feststellungsbescheids ist eine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtswegs⁴⁷⁾ („im engeren Sinn“).⁴⁸⁾ Die Tatsache des Vorliegens eines rechtskräftigen Feststellungsbescheids ist somit keine bloße Vorfrage im gerichtlichen Verfahren, sondern eine Zulässigkeitsvoraussetzung. Vor Vorliegen eines (rechtskräftigen) „positiven“ Feststellungsbescheids steht einer Entscheidung durch das Gericht die Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs entgegen. Das Gericht hat das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzung gem § 341 Abs 2 BVerG 2006 von Amts wegen zu prüfen.⁴⁹⁾ Eine

45) § 102 BVerG 1993.

46) Siehe ErläutRV 972 BlgNR 18. GP 71 sowie die ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 146.

47) Siehe Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienerl (Hrsg), Bundesvergabegesetz² (Loseblattausgabe) zu § 341 BVerG 2006 Rz 3.

48) Die Zulässigkeit des Rechtswegs im engeren Sinn bezieht sich auf die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden; vgl etwa Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁸ (2010) Rz 186 ff.

49) § 42 Abs 1 JN; Rechberger/Simotta (FN 4) Rz 512.

ZVB 2011/80

§ 312 Abs 3,
§ 331 Abs 1,
§ 341 Abs 2
BVerG 2006;
§ 175 Abs 2,
§ 184 Abs 2
BVerG 2002

VwGH
26. 11. 2010,
2007/04/0162;
OLG Wien,
27. 1. 2011,
16 R 104/07 t

Feststellungsverfahren;
Schadenersatz;
Zulässigkeit des
Rechtswegs

Schadenersatzklage ist vor Vorliegen eines rechtskräftigen Feststellungsbescheids wegen Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs zurückzuweisen. Nach der – gemeinschaftsrechtlich begründeten –⁵⁰⁾ Ansicht in der Rsp des VwGH⁵¹⁾ und der Lehre⁵²⁾ reicht ein Feststellungsbescheid im „fortgesetzten“ Verfahren gem § 331 Abs 4 Satz 1 oder Satz 2 BVergG 2006 (bzw den Vorgängerbestimmungen), also im Feststellungsverfahren nach kassatorischem Erkenntnis des VwGH oder VfGH, zur Erfüllung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung aus.⁵³⁾ Demnach reicht für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage die bloße Feststellung dem Rechtswidrigkeit aus, ohne dass dieser Feststellungsbescheid auch den Anspruch zu enthalten hat, dass „der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.“ Nach Ansicht des VwGH (vgl VwGH 26. 11. 2010 Zl 2007/04/0162) ist ein solcher Ausspruch zB im Falle der Bekämpfung von vergaberechtswidrigen Teilnahmeunterlagen als Voraussetzung für eine Schadenersatzklage nicht erforderlich.

Nach der Rsp des OGH ist ein Feststellungsbescheid Voraussetzung für sämtliche Schadenersatzansprüche, dh sowohl für die ausdrücklich im BVergG genannten (Kosten für die Angebotsstellung, Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren)⁵⁴⁾ als auch alle nach anderen Rechtsgrundlagen zustehenden Schadenersatzansprüchen.⁵⁵⁾ Die Darstellung der übrigen Rechtsgrundlagen und des Umfangs der Schadenersatzansprüche wegen Vergabeverstößen ist nicht Gegenstand dieses Beitrags.

E. Schlussfolgerungen

Das Regime des sekundären Rechtsschutzes im österreichischen Vergaberecht fußt auf Feststellungsbescheiden des BVA. Hauptgegenstand des Feststellungsverfahrens auf der Grundlage des BVergG 2006 ist die Prüfung der Frage, ob „*der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde*“. Das Verfahren endet mit einem Feststellungsbescheid, dessen Spruch je nach dem welcher Rechtslage das Feststellungsverfahren durch-

geführt wurde (für Feststellungsverfahren nach dem BVergG 2002 reicht jedenfalls die „bloße“ Feststellung der rechtswidrigkeit aus) eine Feststellung dieses Inhaltes vorweist. Ein „positiver“, dh die Verstöße gegen das Vergaberecht bestätigender, Bescheid bildet die Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Schadenersatzklage vor den Zivilgerichten.

Der Auftraggeber (AG) kann im Feststellungsverfahren vor dem BVA als Gegenantrag bzw Einwendung zum Hauptantrag die Feststellung begehren, dass der Bieter „keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt“ hätte, wodurch nachfolgenden Schadenersatzklagen die Anspruchsgrundlage (Kausalität!) entzogen werden kann. Diese Feststellung hat somit keine Konsequenzen für die Zulässigkeit (jedoch für die Anspruchsgrundlage) einer Schadenersatzklage. Das dargestellte Rechtsschutzsystem hat im Zuge der BVergG Novellen Änderungen erfahren, deren Konsequenzen für die Zulässigkeit von Schadenersatzklagen offenbar vom OGH zu klären sein werden.

Das Gemeinschaftsrecht, insb die Rechtsmittelrichtlinie, gebietet einen wirksamen (auch sekundären) Rechtsschutz im Fall von Verstößen gegen das Vergaberecht. Bei europarechtskonformer Auslegung muss zB im Falle der Feststellung von Rechtswidrigkeiten von Teilnehmerunterlagen oder aber bei Feststellungsbescheiden nach dem BVergG 2002 die Feststellung eines Verstoßes gegen das Vergaberecht in jedem Fall, dh auch im Fall eines Feststellungsbescheides über die „*bloße Rechtswidrigkeit*“ einer Entscheidung des AG ohne den Ausspruch, dass „*der Zuschlag wegen eines Verstoßes [...] nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde*“, für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage ausreichen.

50) Insb Art 2 lit c Rechtsmittel-RL 89/665/EWG.

51) VwGH 1. 3. 2004, 2004/04/0012; 26. 11. 2010, 2007/04/0162.

52) Vgl Thienel (FN 4); Aicher (FN 3) zu § 341 BVergG 2006 Rz 5.

53) Vgl dazu auch Geppert, Schadenersatz ohne Feststellungsbescheid des BVA? ZVB 2004/97. AA offenbar OLG Wien 27. 1. 2011, 16 R 104/07 t.

54) § 98 Abs 1 BVergG 1993 (wobei dort der Ersatz des entgangenen Gewinns ausdrücklich ausgeschlossen war); § 122 Abs 1 BVergG 1997; § 181 BVergG 2002; § 338 BVergG 2006.

55) RIS-Justiz RS0118435.

→ In Kürze

Art 2 lit c Rechtsmittelrichtlinie schreibt einen wirksamen Rechtsschutz und Schadenersatz im Fall von Verstößen gegen das Vergaberecht vor.

Im BVergG wurde diese Forderung durch die Kompetenz des BVA zur Erlassung von Feststellungsbescheiden umgesetzt. So bildet ein „positiver“ Feststellungsbescheid eine Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzansprüche von Bietern. Die Rechtsgrundlagen für die Erlassung von Feststellungsbescheiden nach dem BVergG durch das BVA wurde vom Gesetzgeber im Laufe der Zeit geändert.

Eine jüngere Entscheidung des OLG Wien (OLG Wien 27. 1. 2011, 16 R 104/07 t) zur Zulässigkeit von Schadenersatzansprüchen aus gem BVergG 2002 festgestellten Verstößen steht in einem Spannungsverhältnis zur Judikatur des VwGH (vgl zuletzt VwGH 26. 11. 2010, 2007/04/0162) und zieht die Zulässigkeit von Schadenersatzklagen trotz (nach früherer Rechtslage) festgestellter Verstöße gegen das Vergaberecht in Zweifel. Nach der nunmehr geltenden Rechtslage im BVergG 2006 scheinen Unklarheiten bezüglich der notwendigen Formulierung des Spruches des Feststellungsbescheids im Falle der Anfechtung zB von vergaberechtswidrigen Teilnahmeunterlagen zu bestehen.

Nach den Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie muss (auch) ein Feststellungsbescheid, mit dem Verstöße gegen das Vergaberecht („bloß“) festgestellt wurden, für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage ausreichen. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Schadenersatzklagen aufgrund von Verstößen gegen das Vergaberecht, die insb nach der alten Rechtslage (BVergG 2002) etwa beim OLG Wien jüngst Zweifel an der Zulässigkeit von Schadenersatzklagen hervorgerufen haben, sind europarechtskonform entsprechend weit zu interpretieren.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Kathrin Hornbanger ist Rechtsanwältin und Eigentümerin der Kanzlei Hornbanger Rechtsanwälte in Wien mit Schwerpunkt Vergaberecht, Wettbewerbs-, Kartell- und Europarecht.

Dr. Georg Rihs ist Rechtsanwalt in Wien. Er befasst sich schwerpunktmäßig mit Vergaberecht, Energie- und Umweltrecht.

Kontaktadresse: Hornbanger Rechtsanwälte,
Dr.-Karl-Lueger-Ring 10/5, 1010 Wien.
Tel: (01) 60 612 60, Fax: (01) 60 612 60 20,
E-Mail: kathrin.hornbanger@hornbanger.com
Internet: www.hornbanger.com

Von denselben Autoren ua erschienen (Auszug):

Hornbanger, Die klassischen Vergabeverfahren, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2003) 111;

Hornbanger, Kann man dem BVergGgeber 2006 noch vergeben? *ecolex* 2006, 95;

Hornbanger/Pesendorfer, Einvernehmliches Abweichen von der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren, *RPA* 2008, 6;

Hornbanger, Vergabe von Restaurierungsarbeiten. Formstrenge versus Flexibilität, *ZVB* 2009, 238;

Hornbanger, Abschlussprüfer und Vergaberecht – Pech und Schwefel? *RPA* 2009, 173.



„... für Praxis und Wissenschaft
ein wertvoller Begleiter.“

Susanne Kalss, GesRZ 4/2009

2011. XXII, 208 Seiten.

Geb. EUR 54,-

ISBN 978-3-214-08944-3

Dullinger · Kaindl (Hrsg)

Bank- und Kapitalmarktrecht aktuell

Jahrbuch 2010/2011

- **Vorträge zum Thema:** zB über die Haftung wegen fehlerhafter Anlageberatung, die Auswirkungen des Zahlungsdienstegesetzes (ZaDiG) auf die Giroüberweisung sowie aktuelle Fragen zum Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz (DaKRÄG)
- **Aktuelle Judikatur in Leitsätzen:** mit Anmerkungen der Autoren – vom Bankgeheimnis über Kredit- und Bankomatkarten, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zur Bankenaufsicht
- **Analyse neuer Rechtsvorschriften:** zB Die Geldwäsche-Novelle 2010

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH

TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1014 Wien www.manz.at

MANZ