

Zeitschrift für

# VERGABERECHT **ZVB** UND BAUVERTRAGS- RECHT

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

April 2013

04

133 – 176

Vergaberecht

## „Hinreichend qualifizierter Verstoß“ als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche (Teil 1)

Georg Rihs/Anna-Zoe Steiner ➔ 138

**BVA – Zulässigkeit eines Wechsels von einer Los- zur Gesamtvergabe?**

Thomas Gruber ➔ 145

**BVA – Widerruf wegen Kostenüberschreitung**

Manfred Essletzichler/Wolfgang Lauchner ➔ 150

**BVA – Subunternehmer oder Zulieferer?** Andreas Gföhler ➔ 155

**BVA – Bestandskraft der Ausschreibung und Government**

Procurement Agreement Michaela Salamun ➔ 160

**VwGH – Gebührenersatz** Gunther Gruber/Christian Eisner ➔ 163

**UVS VlbG – Nullpositionen können auch nachvollziehbar sein**

Albert Oppel ➔ 166

Bauvertragsrecht

**OGH – Unter welchen Voraussetzungen erwirbt der Bauführer**

Eigentum an der fremden Liegenschaft? Michael Leitner ➔ 168

**OGH – Erfordert der Lauf der Verjährung Kenntnis aller**

Wohnungseigentümer? Martin Sonntag ➔ 171

**MUSTER: Mitteilung des Auftragnehmers über Ausführung  
der vorgeschlagenen Alternative** Johannes Bousek ➔ 174

**SERVICE: Teilnahme- und Angebotsfristen Teil 2,  
Sektorenauftraggeber** Albert Oppel ➔ 176

Neuer  
Service-Teil

# „Hinreichend qualifizierter Verstoß“ als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche (Teil 1)

## Einschränkung oder Ausweitung der Schadenersatzansprüche für Verstöße gegen das BVergG 2006 durch BVergG-Novelle 2012?

ZVB 2013/42

§ 337 BVergG 2006 idGF;  
§ 338 BVergG 2006 aF;  
RL 89/665/EWG;  
RL 92/13/EWG

EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/StragAG ua*, Slg 2010, I-8769;  
EuGH 9. 12. 2010, *Combinatie Spijker/Provincie Drenthe*, Slg 2010, I-12655

Vergaberecht;  
hinreichend qualifizierter Verstoß;  
Kosten der Angebotsstellung;  
Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren;  
Rechtswidrigkeit;  
Kausalität;  
Verschulden;  
vertretbare Rechtsansicht

Der österreichische Gesetzgeber hat die materiellen Voraussetzungen für Schadenersatzansprüche aufgrund von Verstößen gegen das Vergaberecht neu geregelt. Gem § 337 Abs 1 und 3 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 stehen dem übergangenen Bieter oder Bewerber nur bei einem „hinreichend qualifizierten Verstoß“ gegen das BVergG 2006 bzw nur bei auf Grundlage des BVergG 2006 erlassenen Verordnungen näher bestimmte Ansprüche (Ersatz der Kosten der Angebotsstellung, Ersatz der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren) zu. Im folgenden Beitrag wird untersucht, ob diese Neuregelung eine Einschränkung oder Ausweitung der möglichen Anspruchsgrundlagen bedeutet – oder ob alles beim Alten bleibt. **Teil 1** gibt eine Einleitung und widmet sich den materiellen Voraussetzungen sowie den Novellierungen.

Von Georg Rihs und Anna-Zoe Steiner

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Materielle Voraussetzungen für Schadenersatzansprüche nach dem BVergG 2006
  1. Rechtslage nach dem BVergG 2006 bis zur BVergG-Nov BGBl I 2012/10
  2. Neue Rechtslage nach dem BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10
- C. Vom Gesetzgeber zur Begründung der Novellierung zitierte Rsp des EuGH
  1. Verschuldensunabhängiger Schadenersatz (EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/StragAG ua*)
  2. Feststellung und Umfang des Schadens Sache der Mitgliedstaaten (EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker ua/Provincie Drenthe*)
  3. Kritische Würdigung

### A. Einleitung

Nach dem allgemeinen Zivilrecht haftet ein Schädiger für jenen Schaden, den er rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat. Das Schadenersatzrecht hat in erster Linie Ausgleichsfunktion, dh, der Geschädigte soll durch den Ersatzanspruch einen Ausgleich für erlittene Einbußen erhalten. Dem Schadenersatzrecht wird aber auch ein präventives Moment zugeordnet: Die Androhung einer Ersatzpflicht soll einen Anreiz darstellen, durch sorgfältiges Verhalten Schädigungen zu vermeiden.<sup>1)</sup>

Das BVergG 2006 sieht Ersatzansprüche des übergangenen Bewerbers oder Bieters vor. Zum einen kommen Ansprüche auf Ersatz des Vertrauensschadens (im Vergaberecht insb Ersatz der Kosten der Angebotsstellung oder der Teilnahme am Vergabeverfahren), zum anderen (nunmehr: alternativ) Ansprüche auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (insb das „positive Vertragsinteresse“, dh der entgangene Gewinn) in Betracht. Neben den formalen gesetzlichen Hürden für die Zulässigkeit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen<sup>2)</sup> beinhaltet das BVergG 2006 auch besondere materiell-rechtliche Voraussetzungen. Durch die BVergG-Novelle 2012 gibt es Schadenersatz nur bei einem „hinreichend qualifizierten Verstoß“ gegen das österreichische Vergaberecht. Der österreichische Gesetzgeber reagierte mit dieser Novelle auf die Rsp des EuGH, die seiner Ansicht nach eine Neufassung der innerstaatlichen Schadenersatzvorschriften erforderte.

Die RechtsmittelRL für den klassischen Bereich, RL 1989/665/EWG,<sup>3)</sup> und die RechtsmittelRL für den Sektorenbereich, RL 92/13/EWG,<sup>4)</sup> verpflichten

1) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 301.

2) Dazu ausführlich *Hornbanger/Rihs*, Der „positive“ Feststellungsbescheid als Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzklagen, ZVB 2011, 229, 271.

3) RL 89/665/EWG des Rates v 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABi L 1989/395, 33 v 30. 12. 1989. Die RechtsmittelRL für den klassischen Bereich ist aufgrund der RL auch für öffentliche Dienstleistungsaufträge anwendbar.

4) RL 92/13/EWG des Rates v 25. 2. 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch AG im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABi L 1992/76, 14 v 23. 3. 1992.

die Mitgliedstaaten bloß, für die Nachprüfungsbehörden die erforderlichen Befugnisse vorzusehen, „damit denjenigen, die durch einen Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann“.<sup>5)</sup>

Die – jüngere – Sektoren-RechtsmittelRL 92/13/EWG sieht für den Sektorenbereich vor, dass eine „Schadenersatz fordernde Person“, die den Ersatz der Kosten für die Vorbereitung des Angebots oder für die Kosten der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangt, „lediglich nachzuweisen [hat], dass ein Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für die Auftragsvergabe oder gegen einzelstaatliche Vorschriften zur Umsetzung dieser Vorschriften vorliegt und dass sie eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde“.<sup>6)</sup> In den Erwägungsgründen zur Sektoren-RechtsmittelRL 92/13/EWG hat der Gemeinschaftsgesetzgeber klargestellt, dass „unter allen Umständen“ Schadenersatz geltend gemacht werden können muss.<sup>7)</sup> Zur Erfordernis des Nachweises der Kausalität erklärt der Gemeinschaftsgesetzgeber in den Erwägungsgründen der Sektoren-RechtsmittelRL, dass der Geschädigte für den Ersatz der Kosten der Vorbereitung seines Angebots oder für die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren nicht nachweisen muss, dass er den Zuschlag erhalten hätte.<sup>8)</sup> Mit anderen Worten: Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat für das (Sektoren-)Vergaberecht das Beweismaß für die Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens für bestimmte Schäden, nämlich die Kosten der Vorbereitung des Vergabeverfahrens und der Teilnahme am Vergabeverfahren, reduziert.

Aus den Rechtsmittelrichtlinien selbst ergibt sich keine Einschränkung des Schadenersatzes auf Fälle „hinreichend qualifizierter Verstöße“ gegen das unionsrechtliche Vergaberecht bzw dessen mitgliedstaatliche Umsetzung. Die jüngere Rsp des EuGH hat beim österreichischen Gesetzgeber offensichtlich Zweifel über die Kompatibilität der bisherigen Rechtslage mit den unionsrechtlichen Vorgaben für das vergaberechtliche Schadenersatzrecht geweckt und ihn zur Novellierung der Anspruchsgrundlagen veranlasst.

Der Begriff des „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ gegen vergaberechtliche Bestimmungen in § 337 Abs 1 und 3 BVerG 2006 idF BVerG-Nov 2012 bereitet allerdings Auslegungsschwierigkeiten. Der EuGH verwendet diesen Begriff nämlich regelmäßig in einem anderen Kontext (s Teil 2) zur Beschreibung der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens eines bestimmten Verhaltens.<sup>9)</sup> Die Einordnung dieses Begriffs in das traditionelle österreichische System des Schadenersatzrechts, in dem die Rechtswidrigkeit und das Verschulden zwei unterschiedliche, getrennt zu beurteilende materielle Voraussetzungen für Schadenersatzansprüche bilden, fällt schwer. In diesem Beitrag soll untersucht werden, welche Bedeutung der vom österreichischen Gesetzgeber – soweit ersichtlich – zum ersten Mal verwendete Begriff des „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ für die künftige Geltendmachung von Ansprüchen auf Ersatz der Teilnahme- oder Angebotskosten gem § 337 Abs 1 BVerG 2006 idF BVerG-Nov 2012 hat.

## B. Materielle Voraussetzungen für Schadenersatzansprüche nach dem BVerG 2006

### 1. Rechtslage nach dem BVerG 2006 bis zur BVerG-Nov BGBl I 2012/10

Im BVerG 2006 waren die materiell-rechtlichen Grundlagen für Schadenersatzansprüche in § 338 Abs 1 geregelt. Laut § 338 Abs 1 BVerG 2006 Satz 1 hatte der übergangene Bewerber bzw Bieter Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren bei *schuldhafter* Verletzung des BVerG bzw einer auf dessen Grundlage ergangenen Verordnung. Die Lehre hat diese Bestimmung als explizite Anspruchsgrundlage für den Vertrauensschaden qualifiziert.<sup>10)</sup> Darüber hinausgehende Schäden, insb das Erfüllungsinteresse, standen auch nach der alten Rechtslage nur alternativ zum Vertrauensschaden zu. Das BVerG 2006 verwies in diesem Zusammenhang auf Schadenersatzansprüche nach anderen Rechtsvorschriften, womit in erster Linie das allgemeine Schadenersatzrecht nach dem ABGB bzw die von der Rsp entwickelte Haftung aufgrund der *culpa in contrahendo* gemeint war.<sup>11)</sup>

Wesentlich ist, dass für den Ersatz bestimmter, im Gesetz genannter Vertrauensschäden (Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren) die *schuldhafte* Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen durch Organe des Auftraggebers (AG) Voraussetzung war. Naheliegenderweise brachten in Anspruch genommene AG regelmäßig vor, dass sie kein Verschulden am jeweiligen Vergabeverstoß trifft. Der Gemeinschaftsgesetzgeber stellt allerdings in der Sektoren-RechtsschutzRL 92/13/EWG geringere Anforderungen an Ansprüche auf Ersatz dieser Schäden: Nach Art 2 Abs 7 RL 9/13/EWG reicht der Nachweis, dass ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen (Richtlinienbestimmungen oder entsprechende Umsetzungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten) vorliegt und dass die schadenersatzfordernde Person „eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten“.<sup>12)</sup>

Bezüglich der Erfüllungsschäden verwies § 338 Abs 1 Satz 2 BVerG 2006 auf das allgemeine Schadenersatzrecht, wodurch die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts zur Anwendung gelangten und da-

5) Siehe Art 2 Abs 1 lit c RL 89/665/EWG; Art 2 Abs 1 lit c RL 92/13/EWG.

6) Art 2 Abs 7 RL 92/13/EWG.

7) Erwägungsgrund 10 RL 92/13/EWG.

8) Erwägungsgrund 11 RL 92/13/EWG.

9) Vgl dazu Steiner, Das Kriterium der Rechtswidrigkeit im Bereich der außervertraglichen Haftung der EU nach Art 340 Abs 2 AEUV, ZfR 2012, 244 (259).

10) Vgl Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), BVerG 2006 § 338 Rz 11.

11) Aicher Rz 19 (FN 10).

12) Nach der – nach wie vor geltenden – Rechtslage im BVerG 2006 wird diese Frage im Feststellungsverfahren von den Nachprüfungsbehörden geklärt. Der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens ist demnach bereits zulässig, wenn die Nachprüfungsbehörde nicht festgestellt hat, dass der AST im Nachprüfungsverfahren „keine Chance auf Zuschlagserteilung“ hatte: s § 331 Abs 1 letzter Satz BVerG 2006; instruktiv Aicher Rz 21 (FN 10). Diese bereits im BVerG 1997 und BVerG 2002 enthaltene Regelung soll den Bieter (nur) hinsichtlich der Teilnahmekosten von dem Nachweis, dass er ohne den Verstoß den Zuschlag erhalten hätte, befreien: OGH 25. 3. 2003, 1 Ob 110/02m SZ 2003/26.

mit auch ein Verschulden auf Seiten des AG materielle Voraussetzung für die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruchs war.

Über das Erfordernis eines Verschuldens seitens des AG zur Begründung von Schadenersatzansprüchen schweigen die Sektoren-Rechtsmittelrichtlinien. Damit stellt sich die Frage, ob die Einschränkung des Anspruchs auf Ersatz der im Gesetz genannten Vertrauensschäden auf schuldhaftes Verletzungen vergaberechtlicher Bestimmungen durch den AG bzw der Verweis auf das allgemeine Schadenersatzrecht den Anforderungen des Unionsrechts entspricht. Der EuGH hat dies in Bezug auf Erfüllungsschäden verneint.<sup>13)</sup>

## 2. Neue Rechtslage nach dem BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10

Mit der BVergG-Nov BGBl I 2012/10 hat der Gesetzgeber die materiellen Voraussetzung für Schadenersatzansprüche geändert: Voraussetzung ist nun sowohl für die im Gesetz genannten Vertrauensschäden (Kosten der Angebotsstellung, Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren)<sup>14)</sup> als auch für den Erfüllungsschaden<sup>15)</sup> ein „hinreichend qualifizierter Verstoß durch Organe des AG oder der vergebenden Stelle“ gegen vergaberechtliche Bestimmungen. Der Begriff der schuldhaften Verletzung als Voraussetzung für bestimmte Vertrauensschäden und der Verweis auf das allgemeine Schadenersatzrecht für alternativ geltend zu machende, darüber hinausgehende Schäden wurden aus dem Gesetz eliminiert.

Als Motiv führt der Gesetzgeber die Vorabentscheidung des EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/Strabag ua*, an. Er bezieht sich dabei insb auf die Passage, in der der EuGH ausspricht, dass die Rechtsschutzrichtlinien so auszulegen sind, „dass sie einer nationalen Regelung, die den Schadenersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen AG von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, auch dann entgegensteht, wenn bei der Anwendung dieser Regelung ein Verschulden des öffentlichen AG vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit mangelnde Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann“.<sup>16)</sup> In einer späteren Vorabentscheidung EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker/Provincie Drenthe*, hat der EuGH festgehalten, dass er bislang „im Bereich des öffentlichen Auftragswesens keine genauen Kriterien benannt hat, auf deren Grundlage Schäden festzustellen und zu bemessen sind“.<sup>17)</sup> Daraus folgert der Gesetzgeber, dass es ihm freisteht, das Schadenersatzregime im österreichischen Vergaberecht davon abhängig zu machen, dass

- die vergaberechtliche Regelung, gegen die verstoßen worden ist, die Verleihung von Rechten an Dritte oder Bieter bezweckt,
- der Verstoß gegen diese Norm hinreichend qualifiziert ist und
- zwischen diesem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.

Zum Verständnis des Begriffs „hinreichend qualifiziert“ verweist der Gesetzgeber auf die Rsp des EuGH zur Staatshaftung.<sup>18)</sup>

Fraglich und zu untersuchen ist, ob der Gesetzgeber mit dieser Neuformulierung der schadenersatzrechtli-

chen Anspruchsgrundlagen im BVergG 2006 entsprechend der in den ErläutRV geäußerten Intention der Forderung des EuGH nach einem verschuldensunabhängigen Schadenersatz bei Vergaberechtsverstößen entsprochen hat. Im folgenden Kapitel werden die beiden Entscheidungen, mit denen der Gesetzgeber die Novellierung begründet, analysiert und die neuen Anspruchsgrundlagen auf ihre Konformität mit der Rsp des EuGH geprüft.

## C. Vom Gesetzgeber zur Begründung der Novellierung zitierte Rsp des EuGH

### 1. Verschuldensunabhängiger Schadenersatz (EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/Strabag ua*)<sup>19)</sup>

In der Vorabentscheidung des EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/Strabag ua*, stand das österreichische Schadenersatzregime im Vergaberecht auf dem Prüfstand. In dem dem Ausgangsrechtsstreit vorangegangenen offenen Vergabeverfahren hatte die Stadt Graz die Herstellung und Lieferung von bituminösem Heißmischgut ausgeschrieben. Die Bestbieterin und Zuschlagsempfängerin hatte ein – wie sich erst später im Zuge des an das Nachprüfungsverfahren anschließenden Verfahrens vor dem VwGH herausstellte – ausschreibungswidriges Angebot abgegeben. Die zweitgeordnete Bietergruppe *Strabag ua* forderte von der Stadt Graz das (pauschalierte) Erfüllungsinteresse. Das Erstgericht erblickte ein schuldhaftes Handeln der Stadt Graz im Zuschlag an einen Bieter, dessen Angebot trotz eines erkennbaren Angebotsmangels nicht ausgeschieden worden war. Das Berufungsgericht bestätigte das dem Grunde nach klagsstattgebende Feststellungsurteil. Die Entscheidung des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark, der den Nachprüfungsantrag der Bietergruppe *Strabag ua* abgewiesen hatte, exkulpierte die Stadt Graz nicht. Da es allerdings keine höchstgerichtliche Rsp zur Frage, ob eine den AG bestätigende Entscheidung einer Nachprüfungsbehörde ein Verschulden des AG ausschliesse, fehlt, ließ das Berufungsgericht die ordentliche Revision an den OGH zu. Dieser stellte schließlich den Vorlagenantrag an den EuGH.

In seiner Entscheidung stellte der EuGH klar, dass die österreichische Rechtslage mit dem unionsrechtlichen Rechtsschutzregime der RechtsschutzRL 89/665/EWG unvereinbar ist. Es widerspreche dem Effektivitätsgrundsatz, wenn ein Schadenersatzanspruch davon abhängig sei, dass das Gericht ein Verschulden des öffentlichen AG festgestellt habe.<sup>20)</sup> Der EuGH wies weiter darauf hin, dass eine Prüfung, ob ein Verschulden des AG vorliege, im Zivilprozess die Gefahr birgt, dass der Bieter erst sehr spät Schadenersatz erhält.<sup>21)</sup> Jeden-

13) EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Graz/Strabag ua*, Rz 45.

14) Nunmehr § 337 Abs 1 BVergG 2006 idgF.

15) § 337 Abs 3 BVergG 2006 idgF.

16) EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/Strabag ua*, Rz 45.

17) EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker/Provincie Drenthe*, Rz 88.

18) So die ErläutRV 1513 BlgNR 24. GP 138.

19) EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/StragAG ua*, Slg 2010, I-8769.

20) EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/Strabag ua*, Rz 39.

21) EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/Strabag ua*, Rz 42.



falls stünde die RL 89/665/EWG einer nationalen Bestimmung entgegen, die den Schadenersatzanspruch wegen eines Verstoßes eines öffentlichen AG gegen das Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit<sup>22)</sup> des Verstoßes abhängig macht. Das gilt auch, wenn – wie laut Vorlageantrag nach der österreichischen Rechtslage – ein Verschulden des öffentlichen AG vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann.<sup>23)</sup>

Das haftungsbegründende Moment lag im objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten des AG, der einem zweifellos ausschreibungswidrigen Angebot den Zuschlag erteilt hatte und das Fehlen der Kenntnisse und Fähigkeiten eines Sachverständigen gem § 1299 ABGB vertreten musste. Der AG konnte die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde nicht als Entschuldigungsgrund („vertretbare Rechtsansicht“) einwenden, weil diese die (offenkundige) Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung gar nicht gesehen hatte.<sup>24)</sup>

Als Ergebnis der Entscheidung iS *Stadt Graz/Strabag ua* ist zu konstatieren, dass ein AG im Schadenersatzverfahren aufgrund von Vergabeverstößen kein mangelndes Verschulden einwenden kann. Der EuGH hat so eine verschuldensunabhängige Haftung des AG für Vergaberechtsverstöße begründet. Vor diesem Hintergrund ist es schwer verständlich, dass der Gesetzgeber die Voraussetzung eines „schuldhaften“ Verstoßes gegen das Vergaberecht nicht gänzlich eliminiert, sondern – äußerst unbestimmt – von einem „hinreichend qualifizierten Verstoß“ gegen vergaberechtliche Bestimmungen abhängig gemacht hat. Die neue Rechtslage steht in einem Spannungsverhältnis zum Tenor des EuGH in *Stadt Graz/Strabag ua*. Es bleibt daher zu untersuchen, ob die zweite, vom Gesetzgeber zur Begründung herangezogene Vorabentscheidung des EuGH, *Combinatie Spijker*, eine ausreichende Begründung für die Einschränkung des Schadenersatzes auf „hinreichend qualifizierte Verstöße“ gegen innerstaatliche vergaberechtliche Bestimmungen bietet.

## 2. Feststellung und Umfang des Schadens Sache der Mitgliedstaaten (EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker ua/Provincie Drenthe*)<sup>25)</sup>

Der Ausgangsrechtsstreit zur Vorabentscheidung *Combinatie Spijker* ist einigermaßen komplex. Zugrunde lag die Ausschreibung der Renovierung zweier Brücken in den Niederlanden. Der Zuschlag sollte an den Billigstbieter erfolgen. Von vier Bietern waren *Combinatie Spijker ua* zweitgereiht. Sie forchten die Zuschlagsentscheidung zugunsten des erstgereihten Bieters vor dem zuständigen Zivilgericht, der *Rechtbank Assen*, im Rahmen eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes an. Zwischenzeitig widerrief der AG das Vergabeverfahren. Daraufhin trat der erstgereichte Bieter dem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bei, und *Combinatie Spijker ua* adaptierten ihre Anträge in diesem Verfahren. Das Zivilgericht untersagte dem AG in der Folge, den Zuschlag einem anderen Bieter als dem erstgereihten zu erteilen. Der AG erteilte daraufhin dem erstgereihten Bieter unter Berufung auf

die Entscheidung der *Rechtbank Assen* im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes den Zuschlag. *Combinatie Spijker ua* erhob Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Zivilgerichts im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (und beehrten wohl die Nichtigerklärung des Vertrags). Dieses Rechtsmittel war nicht zielführend. Der zuständige niederländische Gerichtshof verwies die *Combinatie Spijker ua* auf den zivilrechtlichen Schadenersatz. *Combinatie Spijker ua* brachten daraufhin eine Klage auf Schadenersatz bei zuständigen Zivilgericht, wieder der *Rechtbank Assen*, ein. In diesem Verfahren gelangte das Zivilgericht zu der Ansicht, dass der AG das Vergabeverfahren zu Recht widerrufen habe. Im Endurteil werde es die Entscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (Verbot der Zuschlagserteilung an den präsidenten Bestbieter) aufzuheben sein. Fraglich war nun (ua), ob der Zuschlag an das erstgereichte Unternehmen nach dem vorangegangenen Widerruf des Vergabeverfahrens, der aufgrund der ursprünglichen Entscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erteilt worden war, dem AG als rechtswidriges Handeln angelastet werden könne bzw wie ein etwaiger Schaden festzustellen und zu bemessen wäre.

Der EuGH hielt fest, dass der AG durch die Entscheidung des Gerichts im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht gebunden war, den Zuschlag zu erteilen; vielmehr sei es ihm vom Gericht nur untersagt worden, den Zuschlag an einen anderen als den erstgereihten Bieter zu erteilen.<sup>26)</sup> Die Vorlagefragen, die sich auf das niederländische Verfahrensrecht bezogen, waren damit nach Ansicht des EuGH abstrakt und im Anlassfall gar nicht einschlägig, sodass sich ihre Beantwortung erübrigte.

Nach Ansicht des EuGH ergibt sich aus Art 2 Abs 1 lit c RechtsmittelRL 90/665/EWG nicht, unter welchen Voraussetzungen eine ausschreibende Behörde im Fall eines Verstoßes gegen das Unionsrecht haftbar gemacht werden kann und wie der Schadenersatz zu ermitteln ist.<sup>27)</sup> Voraussetzung der Haftung eines Mitgliedstaats bei Verstößen gegen das Unionsrecht seien die in der bisherigen Rsp genannten: Die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen wird, bezweckt die Verleihung von Rechten an den Einzelnen, der Verstoß gegen die Norm ist „hinreichend qualifiziert“, und zwischen dem Verstoß und dem Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang. Die Bestimmung der Kriterien der Feststellung und der Bemessung allfälliger Schadener-

22) Kritisch *Wilhelm*, Wie es zum verschuldensfreien Schadenersatz bei Vergabeverstoß kam, *ecolex* 2011, 773. *Wilhelm* deutet an, dass die vom OGH im Vorlagenantrag zitierte Sachverständigenhaftung gem § 1299 ABGB bloß auf objektive Sorgfaltswidrigkeit und damit auf Rechtswidrigkeit, nicht aber notwendigerweise auf ein Verschulden des AG abstelle. Die Entscheidung des EuGH impliziert in diesem Sinn, dass ein AG sich bei einem Verstoß wie dem im Vorlageverfahren gegenständlichen nicht auf mangelnde *Rechtswidrigkeit* berufen kann.

23) EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/Strabag ua*, Rn 45.

24) So *Aicher*, Schadenersatz ohne Verschulden bei Verstößen gegen Vergaberecht (Teil I), *ZVB* 2011, 315 (318); *Wilhelm*, *ecolex* 2011, 773.

25) EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker/Provincie Drenthe*, Slg 2010, I-12655.

26) EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker/Provincie Drenthe*, Rn 69 ff.

27) EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker/Provincie Drenthe*, Rn 87.

satzansprüche im Bereich des öffentlichen Auftragswesens wegen Verstößen gegen das Unionsrecht sei Sache jedes Mitgliedstaats.<sup>28)</sup> Bei der Ausgestaltung der Verfahrensmodalitäten von Rechtsbehelfen seien die Grundsätze der Effektivität und der Adäquanz zu berücksichtigen.<sup>29)</sup>

### 3. Kritische Würdigung

Auf den ersten Blick weist der dem Fall *Combinatie Spijker* zugrunde liegende Rechtsstreit Parallelen zu jenem in *Stadt Graz/Strabag* auf: Der AG stützt seinen Zuschlag (vorgeblich) auf eine seine (rechtswidrige) Zuschlagsentscheidung *scheinbar* bestätigende Entscheidung einer Nachprüfungsinstanz. Der AG hält dem Geschädigten in beiden Fällen die seine (rechtswidrige) Entscheidung *scheinbar* bestätigende Entscheidung einer Nachprüfungsinstanz entgegen. Hier enden aber auch die Gemeinsamkeiten: Im der Vorabentscheidung *Combinatie Spijker* zugrunde liegenden Rechtsstreit stützten die Geschädigten ihre Schadenersatzansprüche offenkundig auf eine Verletzung des Unionsrechts, nämlich der RL 89/665/EWG, dh, sie machten einen Staatshaftungsanspruch geltend. In *Stadt Graz/Strabag ua* gründeten die Kläger ihren Schadenersatzanspruch hingegen auf einen Verstoß gegen das innerstaatliche Vergaberecht.

In der Literatur wurde auf einen – nach Ansicht der Autoren dieses Beitrags nicht zwingend vorliegenden – Widerspruch zwischen den beiden Vorabentscheidungen des EuGH hingewiesen. Diesen erblickten die Kritiker darin, dass der EuGH im Fall *Stadt Graz/Strabag* eine verschuldensunabhängige Haftung des AG gefordert hatte; im Fall *Combinatie Spijker* habe er eine Haftung nur im Fall eines „hinreichend qualifizierten Verstoß“ des AG bejaht und Art 2 Abs 1 lit c RechtsmittelRL 89/665/EWG als „Ausprägung der Staatshaftung des Unionsrechts“ interpretiert.<sup>30)</sup>

Bei genauer Analyse der beiden Entscheidungen stehen diese nicht zwingend in einem Widerspruch. Zu bedenken ist, dass die Schadenersatzansprüche, die in den beiden jeweils zugrunde liegenden Ausgangsrechtsstreitigkeiten geltend gemacht wurden, offenkundig auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen gestützt wurden. Dies ergibt sich aus den infolgedessen ebenfalls ganz unterschiedlichen Vorlagefragen an den EuGH. Der OGH stellte explizit die Vorlagefrage, ob Art 2 Abs 1 lit c RechtsmittelRL 89/665/EWG einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach Schadenersatzansprüche aufgrund von Verstößen des AG gegen Unionsvergaberecht vom Verschulden abhängig gemacht werden. Fraglich war damit die Unionsrechtskonformität der österreichischen Rechtslage in diesem Punkt (und damit letztlich die Anwendbarkeit des entgegenstehenden nationalen Rechts), die der EuGH im Ergebnis verneinte. Der Rechtsverstoß des AG war allerdings nicht in einem Verstoß gegen Unionsrecht, sondern in einem Verstoß gegen das österreichische BVergG 2006 begründet. Im Ausgangsrechtsstreit zu *Combinatie Spijker* wurde augenscheinlich ein Staatshaftungsanspruch auf Grundlage eines Verstoßes gegen das Unionsrecht geltend gemacht, wohingegen im der Vorabentscheidung *Stadt Graz/Strabag* vorangegangenen Zivilverfahren weder Amts- noch Staatshaftung,

sondern eine Haftung des AG aufgrund eines Verstoßes des AG gegen innerstaatliches Recht geltend gemacht worden war. Dies erklärt nach Ansicht der Autoren dieses Beitrags, weshalb der EuGH in seiner Entscheidung *Stadt Graz/Strabag* nicht auf seine Rsp zur Staatshaftung und umgekehrt in seiner Entscheidung *Combinatie Spijker* nicht auf die in *Stadt Graz/Strabag* aufgestellten Grundsätze der verschuldensunabhängigen Haftung rekurrierte. Zudem war die Vorlagefrage in *Combinatie Spijker* auf die Feststellung und Bemessung des Schadens und nicht auf die Voraussetzungen für eine Haftung des AG gerichtet. Entsprechend äußerte sich der EuGH nur zur Frage der Feststellung und Bemessung von Schadenersatzansprüchen (und nicht zu den Haftungsvoraussetzungen). Nur zur Frage der Feststellung und Bemessung von Schadenersatzansprüchen gab er in der Begründung an, dass es bisher keine Rsp des EuGH zu den genauen Kriterien gibt. Dieses Resümee bezog sich allerdings nicht auf die Frage der Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs wegen Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen.

In *Combinatie Spijker* hat der EuGH ausdrücklich betont, dass die mitgliedstaatlichen Verfahrensmodalitäten zur Durchsetzung der Schadenersatzansprüche dem Grundsatz der Effektivität entsprechen müssen, der auch im Urteil *Stadt Graz/Strabag* tragendes Argument der Begründung war. Die in *Combinatie Spijker* getroffene Aussage, dass die Richtlinienbestimmung zum Schadenersatzanspruch eine „Konkretisierung des Grundsatzes der Haftung des Staates für Verstöße gegen das Unionsrecht“ darstellt (Rn 87), ist als dogmatische Herleitung, als teleologische Anmerkung möglicherweise nicht mehr als eine Fußnote, der kein normativer Gehalt zu entnehmen ist. Nach Ansicht der Autoren ist diese Aussage nicht geeignet, die Haftung der Mitgliedstaaten für Vergabeverstöße auf „hinreichend qualifizierte Verstöße“ gegen das Vergaberecht einzuschränken und damit letztlich die Effektivität der Durchsetzung des unionsrechtlich präformierten Vergaberechts zu schmälern.

*Summa summarum:* Der in *Stadt Graz/Strabag* gebildete Rechtssatz, dass Schadenersatz wegen Verstößen des AG gegen innerstaatliches (in Umsetzung des unionsrechtlichen Sekundärrechts erlassenes) Vergaberecht verschuldensunabhängig zustehen muss, gilt nach wie vor. Nur wenn ein Kläger seine Schadenersatzansprüche nicht auf einen Verstoß gegen innerstaatliches, in Umsetzung des Sekundärrechts erlassenes Vergaberecht, sondern unmittelbar auf den Titel der Staatshaftung wegen Verstoß gegen Unionsrecht stützt, kommen die Grundsätze des EuGH zur Staatshaftung zum Tragen. Es bleibt daher zweifelhaft, ob die vom österreichischen Gesetzgeber neu eingeführte Voraussetzung eines „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ für die Haftung des AG für den Vertrauensschadens (Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren) und den Erfüllungsschaden zurecht mit der Entschei-

28) EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker/Provincie Drenthe*, Rn 90.

29) EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker/Provincie Drenthe*, Rn 91.

30) Vgl *Aicher*, Schadenersatz ohne Verschulden bei Verstößen gegen Vergaberecht (Teil II), ZVB 2011, 358 (360f).

derung des EuGH in *Combinatie Spijker* begründet werden kann. Möglicherweise wurde dadurch eine unionsrechtswidrige Rechtslage geschaffen, die Schadenersatz-

ansprüche von Bietern bzw Bewerbern aufgrund von Verstößen gegen das Vergaberecht in unzulässiger Weise beschränkt.

### → In Kürze

Dem übergangenen Bieter im Vergabeverfahren steht nach der Vergaberechtsnovelle 2012 gem § 337 Abs 1 und 3 BVergG 2006 (idF BGBl I 2012/10) nur bei einem „hinreichend qualifizierten Verstoß“ gegen das BVergG ein Schadenersatzanspruch (Ersatz der Kosten der Angebotsstellung, Ersatz der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren) zu. Das Erfordernis des hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes hat seinen Ursprung in der Haftung der EU nach Art 340 Abs 2 AEUV und der Staatshaftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen das Unionsrecht. Sowohl bei der Staatshaftung als auch bei der Haftung der EU gilt nach der Rsp des EuGH ein Rechtsverstoß nicht als hinreichend qualifiziert, wenn Entschuldigungs- oder Schuldtausschließungsgründe vorliegen. Der EuGH hat jedoch in *Strabag/Stadt Graz* ausgesprochen, dass es bei Verstößen gegen vergaberechtliche Bestimmungen auf ein Verschulden nicht ankommen darf. Die Neuformulierung der Anspruchsvoraussetzungen für Schadenersatzansprüche ist daher missverständlich, weil Schadenersatz nach dem Wortlaut nur im Fall eines „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ zustehen soll.

### → Zum Thema

#### Über die Autoren:

Dr. Georg Rihs ist Rechtsanwalt in Wien.  
 Kontaktadresse: Dr. Georg Rihs, Schottenring 16/2/246,  
 1010 Wien. Tel: +43(0)1 532 11 38  
 Fax: +43(0)1 532 11 90  
 E-Mail: office@rihs-rechtsanwalt.at  
 Internet www.rihs-rechtsanwalt.at

Mag. Anna-Zoe Steiner ist Assistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien.  
 Kontaktadresse: Mag. Anna-Zoe Steiner,  
 Schottenbastei 10–16, 1010 Wien.  
 Tel: +43(0)1 4277 35912, Fax: +43(0)1 4277 9359  
 E-Mail: anna-zoe.steiner@univie.ac.at

#### Literatur:

*Hornbanger/Rihs*, Der „positive“ Feststellungsbescheid als Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzklagen, ZVB 2011, 229, 271;  
*Rihs*, Vergaberecht in der Praxis, in *Kropiunik/Sabadello* (Hrsg), Praxishandbuch Bau & Recht (2012, Loseblattausgabe);  
*Steiner*, Das Kriterium der Rechtswidrigkeit im Bereich der außervertraglichen Haftung der EU nach Art 340 Abs 2 AEUV, ZfRV 2012, 244 ff;  
*Steiner*, Die vertragliche und außervertragliche Haftung der Union nach Art 340 Abs 1 und 2 AEUV, ÖJZ 2012, 745 ff.

#### Links:

www.curia.eu

