

Zeitschrift für

VERGABERECHT

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

Mai 2013

05

177 – 220

Vergaberecht

Das neue Bundesverwaltungsgericht

Thomas Gruber ➔ 181

„Hinreichend qualifizierter Verstoß“ als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche (Teil 2)

Georg Rihs/Anna-Zoe Steiner ➔ 188

BVA – Mängelbehebung auch bei Eigenerklärung

Gerhard Prünster ➔ 194

BVA – Zwingende Ausscheidung des Angebots bei Nichterteilung von Auskünften

Sibyll Andrea Böck ➔ 199

VKS Wien – Weniger ist mehr? ... nicht im Vergabeverfahren

Beatrix Lehner ➔ 203

VwGH – Eingeschränkte Prüfpflicht bei der vertieften Angebotsprüfung

Philipp Pallitsch ➔ 208Bauvertragsrecht

OGH – Mitverschulden und alternative Kausalität

Gerald J. Michl ➔ 212

OGH – Erneuerung bereits erhobener Vorbehalte erforderlich?

Albert Oppel ➔ 216

MUSTER: Mitteilung des Auftragnehmers über vorläufige Baueinstellung

Johannes Bousek ➔ 218

SERVICE: Teilnahme- und Angebotsfristen Teil 3, Verteidigungs- und Sicherheitsbereich

Albert Oppel ➔ 219


Neuer
Service-Teil

„Hinreichend qualifizierter Verstoß“ als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche (Teil 2)

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

ZVB 2013/56

§ 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 2** behandelt den qualifizierten Rechtsverstoß und gibt einen Ausblick.

Von Georg Rihs und Anna-Zoe Steiner

Inhaltsübersicht:

- D. Das Erfordernis des hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes in der Rsp des EuGH
1. Ursprung des Kriteriums der hinreichend qualifizierten Rechtswidrigkeit
 2. Maßstab der Rechtswidrigkeitsprüfung
 3. Qualität der verletzten Norm
 4. Hinreichend qualifizierte Rechtsverletzung
 - a) Bewertung einer Rechtsverletzung als hinreichend qualifiziert
 - b) Kritik
 5. Normierung einer „subjektiven“ Rechtswidrigkeit?
- E. Ausblick

D. Das Erfordernis des hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes in der Rsp des EuGH³¹⁾

In der Judikatur kommt nicht eindeutig zum Ausdruck, ob die „hinreichend qualifizierte Rechtsverletzung“ als zusätzliche Voraussetzung neben die Rechtswidrigkeit tritt oder ob es sich dabei nur um eine Konkretisierung derselben handelt.³²⁾ Die Unionsgerichte verwenden bei der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen den Begriff

der Rechtswidrigkeit synonym mit jenem der hinreichend qualifizierten Rechtsverletzung.³³⁾ Daraus kann gefolgert werden, dass die Prüfung, ob eine „hinreichend qualifizierte Rechtsverletzung“ vorliegt, einen Bestandteil der Rechtswidrigkeitsprüfung darstellt, also in dieser aufgeht. Um die Rechtswidrigkeit zu bejahen, prüft der EuGH in einem ersten Schritt, ob ein Rechtsverstoß vorliegt, zweitens, ob die verletzte Norm Rechte an den Einzelnen verleiht, und drittens, ob der Rechtsverstoß als hinreichend qualifiziert anzusehen ist. Die Rechtswidrigkeit im Rahmen der Staatshaftung bzw der außervertraglichen Haftung der EU nach Art 340 Abs 2 AEUV setzt somit nach der Rsp des EuGH im Wesentlichen die Verletzung einer Rechtsnorm, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen,³⁴⁾ und ei-

31) Der Beitrag gibt wesentliche Forschungsergebnisse der Dissertation mit dem Titel „Die außervertragliche Haftung der Europäischen Union nach Art 340 Abs 2 AEUV für rechtswidriges Verhalten“ von Mag. Anna-Zoe Steiner wieder. Teil 1 s ZVB 2013/42.

32) Vgl ausführlich Vinzenz, Das Kriterium der Rechtswidrigkeit 73.

33) Vgl stellvertretend für viele EuG T-195/00, *Travellex*, Slg 2003, II-1677; EuG T-196/99, *Area Cova*, Slg 2001, II-3597; EuG T-415/03, *San Pedro de bermeo*, Slg 2005, II-4355.

34) Vgl EuGH C-352/98 P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, Slg 2000, I-5291 Rz 42; EuGH C-234/02 P, *Lamberts*, Slg 2004, I-2803 Rz 49.

nen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen diese Norm voraus.

Die Voraussetzung des hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes wurde nach der neuen Rechtslage direkt in § 337 Abs 1 und 3 BVergG implementiert und stellt nun das essentielle Kriterium der Rechtswidrigkeit im Schadenersatzverfahren des übergangenen Bieters im Vergabeverfahren dar. Nachfolgend soll ein Überblick über die Rsp des EuGH zu den Voraussetzungen, welche zur Erfüllung der hinreichend qualifizierten Rechtsverletzung vorliegen, gegeben werden.

1. Ursprung des Kriteriums der hinreichend qualifizierten Rechtswidrigkeit

Die Einschränkung der Haftung auf hinreichend qualifizierte Rechtsverletzungen (*sufficiently flagrant breach* oder *manifest breach*) hat ihren Ursprung in der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit.³⁵⁾ Staaten waren stets auf ihre Souveränität bedacht und legten großen Wert darauf, dass nur die Überschreitung der äußersten Grenzen des Ermessens zu einer völkerrechtlichen Haftung führt. Diese Bedeutung der staatlichen Souveränität brachte es mit sich, dass haftungseinschränkende Kriterien für die Staatenverantwortlichkeit, insb jene des hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes, etabliert wurden. Der EuGH übernahm diese aus dem Völkerrecht zu Beginn der 70er-Jahre durch die Rs *Schöppenstedt*³⁶⁾ zunächst als Haftungsvoraussetzung für die außervertragliche Haftung der EU nach Art 340 Abs 2 AEUV für Schäden aufgrund von Rechtsakten mit Ermessensspielraum. Zentrales Element bildet dabei das Maß der Überschreitung des dem Geschädigten zur Verfügung stehenden Ermessens. So führte der EuGH zur Einschränkung der Haftung der EU nach Art 340 Abs 2 AEUV auf Fälle der hinreichend qualifizierten Rechtsverletzung aus, dass „die Haftung der Gemeinschaft [...] nur ausgelöst werden [kann], wenn das handelnde Organ die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten hat.“³⁷⁾

Vice versa zur Eigenhaftung der EU legte er zu Beginn der 90er-Jahre die Haftung der Mitgliedstaaten ihrerseits für Verstöße gegen das Unionsrecht (Staatshaftung) fest.³⁸⁾ Der Staatshaftungsanspruch stellt nach Ansicht des EuGH eine „notwendige Ergänzung der unmittelbaren Wirkung dar, die den EG-Rechtsvorschriften

zukommt, auf deren Verletzung der entstandene Schaden beruht.“³⁹⁾

Den Grundstein hierfür schuf der EuGH in der Rs *Francovich*⁴⁰⁾ und baute diese Judikaturlinie in weiterer Folge durch die Urteile in den Rs *Brasserie du pecheur*⁴¹⁾ und *Factortame*⁴²⁾ aus. Insb in der Rs *Brasserie du pecheur*⁴³⁾ befasste sich der EuGH ausführlich mit dem Verhältnis von mitgliedstaatlichem Verschuldensbegriff und dem Kriterium der hinreichend qualifizierten Rechtswidrigkeit.⁴⁴⁾ Ende der 90er-Jahre glied der EuGH in der Rs *Bergaderm*⁴⁵⁾ die Voraussetzungen der Staatshaftung an jene der außervertraglichen Haftung der EU nach Art 340 Abs 2 AEUV an und formulierte deren Haftungsvoraussetzungen identisch.

2. Maßstab der Rechtswidrigkeitsprüfung

Der Schadenersatzanspruch des übergangenen Bieters im Vergabeverfahren setzt in einem ersten Schritt einen objektiven Rechtsverstoß voraus. Dies bedeutet, dass die Handlung des AG im Widerspruch zu den Anforderungen der von ihm zu beachtenden Rechtsordnung(en) steht. Dabei kann sich ein Rechtsverstoß sowohl aufgrund der Missachtung von einschlägigen nationalen Bestimmungen als auch aus dem Unionsrecht ergeben. Die betreffende Norm, gegen die verstoßen wurde, muss nach der Rsp des EuGH inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sein. Im Bereich des Unionsrechts kommen insb das Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV⁴⁶⁾ sowie die Grundfreiheiten⁴⁷⁾ als Handlungsmaßstab für die Vergabebehörde in Betracht.

Die Bestimmungen der RechtsmittelRL 89/665/EWG⁴⁸⁾ und jene der RechtsmittelRL für den Sektorenbereich 92/13/EWG⁴⁹⁾ selbst sind in erster Linie an den nationalen Gesetzgeber adressiert, welchen eine Umset-

39) EuGH C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, *Dillenkofer*, Slg 1996, I-4845 Rz 20.

40) EuGH C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357.

41) EuGH C-46/93, *Brasserie du pecheur*, Slg 1996, I-1029.

42) EuGH C-48/93, *Factortame*, Slg 1996, I-1029.

43) EuGH C-46/93, *Brasserie du pecheur*, Slg 1996, I-1029.

44) Siehe dazu stellvertretend *Aicher/Kraus*, Schadenersatz ohne Verschulden bei Verstößen gegen Vergaberecht (Teil II), ZVB 2011/104, 360.

45) EuGH C-352/98 P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, Slg 2000, I-5291 Rz 2: „Die Voraussetzungen für die Begründung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft für Schäden, die von ihren Organen oder ihren Bediensteten bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten verursacht werden, dürfen sich nicht ohne besonderen Grund von den Voraussetzungen unterscheiden, die für die Haftung des Staates für Schäden gelten, die dem einzelnen wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen. Der Schutz der Rechte, die der einzelne aus dem Gemeinschaftsrecht herleitet, kann nämlich nicht unterschiedlich sein, je nachdem, ob die Stelle, die den Schaden verursacht hat, nationalen oder Gemeinschaftscharakter hat.“

46) Zum Inhalt des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art 18 AEUV vgl stellvertretend für alle *Holoubek*, Art 18 AEUV Rz 5 ff, in *Schwarze*, EU-Kommentar³ (2012).

47) Hierbei kommt insb die Dienstleistungsfreiheit des Art 56 AEUV in Betracht; zur Dienstleistungsfreiheit vgl stellvertretend für alle *Holoubek*, Art 56 AEUV, in *Schwarze*, EU-Kommentar³ (2012).

48) 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.

49) 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.

35) *Van Dam*, European Tort Law 1.805–3.

36) Siehe EuGH 5/71, *Schöppenstedt*, Slg 1971, 975, und zahlreiche Folgejudikate, wie etwa EuGH 74/74, *CNTA*, Slg 1975, 533; EuGH 64/67, 113/76, 167/78 und 239/78, 27/79, 28/79 und 45/79, *Dumortier Frères*, Slg 1979, 3114; EuGH 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 und 40/77, *HNL*, Slg 1978, 1209 Rz 6.

37) Vgl EuGH 83/76 und 94/76, 4/77, 15/77 und 40/77, *HNL*, Slg 1978, 1225 Rz 6.

38) Leitentscheidung EuGH C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357. Die Literatur zur Staatshaftung füllt mittlerweile ganze Bibliotheken, stellvertretend für viele bspw *Bertelmann*, Die Europäisierung des Staatshaftungsrechts (2005); *Brocke*, Die Europäisierung des Staatshaftungsrechts (2006); *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht (2003); *Dörr*, Staatshaftung in Europa (2007); *Schoißwohl*, Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung (2007); *Schwarzenegger*, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung und ihre Auswirkung auf nationales Recht (2004); für einen Überblick vgl *Lageard*, Art 288 EGV Rz 6, in *Lenz/Borchardt*, EUV³ (2010). Zur Entwicklung des Staatshaftungsanspruchs s *Neisser/Verschraegen*, Die Europäische Union Rz 17.015. Zur deutschen, französischen und italienischen Rechtsordnung vgl *Nacimienta*, Gemeinschaftsrechtliche und nationale Staatshaftung (2006).

zungsverpflichtung trifft.⁵⁰⁾ Bei Nicht- oder Fehlmsetzung kann der Geschädigte Staatshaftungsansprüche aus legislativem Unrecht vor dem VfGH nach Art 137 B-VG geltend machen. In einem Schadenersatzverfahren eines übergangenen Bieters nach § 337 BVergG können Verstöße gegen Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie nur insoweit direkt als Anspruchsgrundlage dienen, als die Voraussetzungen der vertikalen unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen nach der Rsp des EuGH vorliegen.⁵¹⁾ Die Direktwirkung von Richtlinienbestimmungen setzt nach der Rsp voraus: 1. Die Umsetzungsfrist der betreffenden Richtlinie muss abgelaufen sein, ohne dass der Mitgliedstaat die Richtlinie hinreichend umgesetzt hat. 2. Die verletzte Richtlinienbestimmung muss einer natürlichen oder juristischen Person hinreichend klar und bestimmt festgelegte Rechte zuerkennen. 3. Die Inanspruchnahme dieses Rechts darf an keine Bedingungen oder Auflagen geknüpft sein. 4. Dem nationalen Gesetzgeber darf bei der inhaltlichen Gestaltung dieses Rechts kein Ermessensspielraum zukommen.⁵²⁾

3. Qualität der verletzten Norm

Als Voraussetzung zur Erfüllung der Rechtswidrigkeit verlangt die Judikatur in ständiger Rsp die Verletzung einer Norm, die dem Einzelnen Rechte verleiht. Mit anderen Worten muss es sich um eine Rechtsnorm handeln, die dem Betroffenen individualisierbare und konkret bestimmbare subjektive Rechte gewährt. Das EuG führte hierzu in der Rs *San Pedro de Bermeo*⁵³⁾ aus: „Eine Rechtsnorm bezweckt, einem Einzelnen Rechte zu verleihen, wenn eine Vorschrift verletzt wird, die für den Einzelnen Rechte begründet, die die nationalen Gerichte zu wahren haben, sodass sie unmittelbare Wirkung hat, die dem Einzelnen einen Vorteil verschafft, der als wohlverworbenes Recht einzustufen ist.“ Dem Einzelnen muss durch die verletzte Norm ein wohlverworbenes subjektives Recht zugestanden werden. Durch die verletzte Norm muss ihm also ein Vorteil verschafft worden sein.

Welche unionsrechtlichen Normen Schutznormcharakter entfalten, muss der Judikatur der Unionsgerichte entnommen werden. Diese legt das Erfordernis einer dem Einzelnen Rechte verleihenden Norm grundsätzlich weit aus. So wurde der Schutznormcharakter einer verletzten Norm des Unionsrechts in älteren Entscheidungen bereits dann bejaht, wenn diese nur mittelbar individuelle Interessen wahrte.⁵⁴⁾ In der Rs *Kampffmeyer*⁵⁵⁾ führte der EuGH dazu aus, dass „diese Interessen allgemeiner Art sind, schließt nicht aus, dass sie auch die Interessen einzelner Unternehmer [...] umfassen, die [...] am innergemeinschaftlichen Handel teilnehmen.“⁵⁶⁾ In letzter Zeit ist jedoch eine restriktivere Tendenz bei Anerkennung der individualrechtsschützenden Funktion einer verletzten Unionsrechtsnorm zu erkennen, und die Judikatur ist dazu übergegangen, in der neueren Rsp für jede verletzte Norm konkret zu prüfen, ob die Wirkungen auf den Einzelnen als ausreichend angesehen werden können.⁵⁷⁾

4. Hinreichend qualifizierte Rechtsverletzung

Wann eine hinreichend qualifizierte Rechtsverletzung vorliegt, ist nicht einfach zu beantworten. Die Judikatur

ist uneinheitlich und befasst sich mit unterschiedlichsten Aspekten.⁵⁸⁾ Dabei ist zu bedenken, dass die Unionsrichter das Kriterium der hinreichend qualifizierten Rechtsverletzung im Rahmen von Ersatzansprüchen eines Hoheitsträgers (eines Mitgliedstaats oder der EU) für Schäden, welche ihre Organe in Ausübung der Amtstätigkeit verursachen, entwickelt hat. In diesen Bereichen kommen als Querschnittsmaterie sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Überlegungen zum Tragen. Der Schadenersatzanspruch des übergangenen Bieters im Vergabeverfahren ist dagegen in einem größeren Ausmaß „privatrechtlich“ geprägt, knüpft er doch in erster Linie an den Abschluss eines Vertrags zwischen dem AG und dem AN an.

Zunächst muss der Frage nachgegangen werden, ob der EuGH einen Rechtsverstoß bereits dann als hinreichend qualifiziert wertet, wenn schlicht „im ausreichend starken Maße“ gegen die verletzte Norm verstoßen wurde, oder ob noch weitere, den subjektiven Unrechtsgehalt der Schädigungshandlung betreffende und damit als besonders schuldhaft qualifizierende Elemente auf Seiten des Schädigers erfüllt sein müssen, um von einem hinreichend qualifizierten Rechtsverstoß zu sprechen.

a) Bewertung einer Rechtsverletzung als hinreichend qualifiziert

Bei der Beurteilung eines Rechtsverstoßes als hinreichend qualifiziert berücksichtigt der EuGH auf Seiten des Schädigers eine Reihe von objektiven sowie subjektiven Merkmalen. Dazu gehören das dem handelnden Organ zur Verfügung stehende Ermessen, die Auswirkungen der Rechtsverletzung, die Schwere bzw. Erheblichkeit des Rechtsverstoßes sowie das konkrete Verhalten des Schädigers selbst. In der Rs *Brasserie du pecheur*⁵⁹⁾ führte der EuGH dazu aus, dass die nationalen Gerichte bei der Bewertung eines Rechtsverstoßes als hinreichend qualifiziert „das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, den Umfang des Ermessensspielraumes, den die verletzte Vorschrift den nationalen oder Gemeinschaftsbehörden belässt, [...]“

50) Vgl Art 288 Abs 3 AEUV: „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

51) EuGH 41/74, *Van Duyn*, Slg 1974, 1337; EuGH 8/81, *Becker*, Slg 1982; *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁴ (2010) Rz 527f.

52) EuGH C-236/92, *Regione Lombardia*, Slg 1994, I-483; EuGH 152/84, *Marshall*, Slg 1986, 773; *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁴ (2010) Rz 528.

53) EuGH C-352/98 P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, Slg 2000, I-5291.

54) *Ban*, Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté, CDE 1977, 428f. Sofern diese subjektiven Rechte individualisierbar und konkreter (nicht bloß abstrakter) Natur sind.

55) EuGH 5/66, 7/66 und 13/66 bis 24/66, *Kampffmeyer*, Slg 1976, 335; *Pechstein*, EU-Prozessrecht⁴ (2011) Rz 717.

56) EuGH 5/66, 7/66 und 13/66 bis 24/66, *Kampffmeyer*, Slg 1976, 335 Rz 1f.

57) EuGH C-222/02, *Paul*, Slg 2004, I-9425 Rz 49f.

58) *Ruffert*, Art 340 AEUV Rz 19, in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV⁴ (2011); *Schockweiler*, Le régime de la responsabilité extra-contractuelle, RTDE 1990, 61; *Vinzenz*, Das Kriterium der Rechtswidrigkeit im Bereich der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft (2007) 72; *Van Dam*, European Tort Law (2007) 1.805–1.

59) EuGH C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pecheur*, Slg 1996, I-1029 Rz 56.

die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums“ berücksichtigen müssen.

Der EuGH bezieht sich zumeist auf drei Kriterien,⁶⁰ deren Ausprägung jedoch stark variieren kann: *Erstens* die besondere Bedeutung der verletzten Norm,⁶¹ *zweitens* der unentschuldbare und erhebliche Normverstoß und *drittens* die Betroffenheit einer klar umrissenen Gruppe.⁶² Die ersten beiden Kriterien hängen mit der Schwere der Rechtsverletzung zusammen, während sich das letzte Kriterium auf die Art des entstandenen Schadens bezieht.⁶³

Berücksichtigung der verletzten Norm selbst

Die verletzte Norm selbst findet bei der Beurteilung eines Rechtsverstoßes als „hinreichend qualifiziert“ Berücksichtigung. So stellt die Verletzung besonders zentraler Vorschriften (im vorliegenden Fall des Vergabeverfahrens) bereits ohne Hinzutreten weiterer Elemente auf Seiten des Schädigers eine hinreichend qualifizierte Rechtsverletzung dar. Bei der Missachtung bloßer Zuständigkeits- oder unwesentlicher Formvorschriften ist im Gegensatz dazu davon auszugehen, dass es noch weiterer (dem subjektiven Bereich des Schädigers zurechenbare) Unrechtselemente bedarf, um die hinreichend qualifizierte Rechtsverletzung zu bejahen.

Berücksichtigung des Fehlverhaltens des handelnden Organwalters

Bei der Beurteilung eines Rechtsverstoßes als hinreichend qualifiziert werden in der Rsp sowohl die Verletzungshandlung selbst als auch Umstände auf Seiten des Schädigers berücksichtigt. So führte der EuGH in der Rs *Brasserie du pecheur*⁶⁴ aus, dass „bestimmte objektive und subjektive Gesichtspunkte, die im Rahmen einer nationalen Rechtsordnung mit dem Begriff des Verschuldens in Verbindung gebracht werden können, für die Beurteilung der Frage von Bedeutung (sind), ob ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht qualifiziert ist“. Insb die Berücksichtigung von Umständen auf Seiten des Schädigers führt zu einem Einfluss der nach nationalem Verständnis subjektiven Sorgfaltswidrigkeit auf die Beurteilung eines Rechtsverstoßes als hinreichend qualifiziert.

Bei der Prüfung des konkreten Fehlverhaltens stellen die Unionsgerichte häufig auf den Vergleich mit einem „ordnungsgemäß handelnden Bediensteten“ oder einer „durchschnittlich umsichtigen Verwaltung“ ab.⁶⁵

Berücksichtigung von Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründen

Die Anknüpfung an das konkrete Fehlverhalten des handelnden Amtswalters macht es überdies möglich, die hinreichend qualifizierte Rechtswidrigkeit bei Vorliegen von Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründen entfallen zu lassen. Allerdings ist das System der Entschuldigungs- und Schuldausschließungsgründe im Unionsrecht nicht so klar definiert wie im nationalen Recht, und es lässt sich in der Rsp keine einheitliche Linie erkennen.⁶⁶

Insb iZm der Entschuldbarkeit von Rechtsirrtümern befasste sich die Judikatur bislang mit der Frage der Beachtlichkeit dieser im Rahmen der Prüfung des hinreichend qualifizierten Verstoßes. In der Rs *Mulder*⁶⁷ führte GA *Van Gerven* zur Beachtlichkeit eines Rechts-

irrtums als Entschuldigungsgrund im Rahmen der Beurteilung eines Rechtsverstoßes als hinreichend qualifiziert aus, dass der Irrtum nur dann nicht entschuldigend ist, wenn er dem Unionsorgan „vernünftigerweise nicht hätte unterlaufen“ sollen. Daneben berücksichtigt die Rsp in manchen Urteilen Elemente aus der „Wollenseite“ des handelnden Organs für die Prüfung der Beachtlichkeit eines unterlaufenen Irrtums iRd Prüfung der hinreichend qualifizierten Rechtsverletzung.⁶⁸ So wird miteinbezogen, ob das handelnde Organ seine Rechtsmeinung im guten Glauben aufgrund von Erwägungen, „die nicht völlig von der Hand zu weisen sind“ getroffen hat, welches die hinreichend qualifizierte Rechtswidrigkeit ausschließen würde.⁶⁹

Betroffenheit einer klar umrissenen Gruppe

Zur Erfüllung des Kriteriums der Betroffenheit einer klar umrissenen Gruppe führte der EuGH in der Rs *Mulder*⁷⁰ aus, dass dadurch „eine höherrangige Rechtsnorm hinreichend qualifiziert verletzt [wurde], dass [...] ohne sich auf ein höheres öffentliches Interesse zu berufen, die besondere Lage einer klar abgrenzbaren Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern völlig unberücksichtigt gelassen“ wurde.⁷¹ Bei Schadenersatzansprüchen des übergangenen Bieters aufgrund von Vergaberechtsverstößen erscheint die Erfüllung dieses Kriteriums insoweit unproblematisch, als bereits nur der oder die Bestbieter (somit eine klar abgrenzbare Gruppe bzw in den allermeisten Fällen nur ein Bieter im vorangegangenen Ausschreibungsverfahren) die Prozessvoraussetzung des positiven Feststellungsbescheids des Vergabekontrollsenats wird erwirken können. Diese Voraussetzung ist daher durch das Schadenersatzverfahren des übergangenen Bieters im Vergabeverfahren stets erfüllt.

b) Kritik

Durch die Statuierung immer weiterer zusätzlicher Tatbestandsmerkmale im Rahmen des hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes kommt es zu einer schwer überblickbaren Kumulation. Problematisch erscheint der stark einzelfallbezogene Ansatz der Judikatur. Dies macht es für den Betroffenen nahezu unmöglich, die Erfolgsaussichten einer Klage vorab zu beurteilen und somit das Prozess(kosten)risiko abzuschätzen. Es ist hier mE geboten, allgemein gültige Beurteilungskriterien aufzustellen, zumal die Unionsgerichte (und in

60) Schlussanträge GA *Van Gerven*, C-104/89 und C-37/90, *Mulder*, Slg 1992, I-3061 Rz 16; *Ruffert*, Art 340 AEUV Rz 19, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁴; *Van Dam*, European Tort Law 1.805–1.

61) EuGH C-152/88, *Sofrimport*, Slg 1990, 2477 Rz 27.

62) EuGH C-104/89 und C-37/90, *Mulder*, Slg 1992, I-3061 Rz 16; EuGH C-238/78, *Ireks-Arkady*, Slg 1979, 2955 Rz 12.

63) *Ruffert*, Art 340 AEUV Rz 19, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁴ (2011).

64) EuGH C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pecheur*, Slg 1996, I-1029 Rz 78; *Vinzenz*, Das Kriterium der Rechtswidrigkeit (2007) 79.

65) EuG T-285/03, *Agraz SA*, Slg 2005, II-1063 Rz 42; *Vinzenz*, Das Kriterium der Rechtswidrigkeit (2007) 98.

66) *Wurmnest*, Europäisches Haftungsrecht (2002) 138; *Vinzenz*, Das Kriterium der Rechtswidrigkeit (2007) 99.

67) EuGH C-104/89 und C-37/90, *Mulder*, Slg 1992, I-3103.

68) EuGH C-392/93, *The Queen*, Slg 1996, I-1631 Rz 43; *Wurmnest*, Europäisches Haftungsrecht (2002) 137; *Vinzenz*, Das Kriterium der Rechtswidrigkeit (2007) 100.

69) EuGH C-392/93, *The Queen*, Slg 1996, I-1631 Rz 43.

70) EuGH C-104/89 und C-37/90, *Mulder*, Slg 1992, I-3061.

71) EuGH C-104/89 und C-37/90, *Mulder*, Slg 1992, I-3061 Rz 16.

weiterer Folge auch die nationalen Gerichte) das Tatbestandsmerkmal des hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes eng auslegen.

5. Normierung einer „subjektiven“ Rechtswidrigkeit?

Die Beurteilung eines Rechtsverstoßes als „hinreichend qualifiziert“ beinhaltet die Anknüpfung an subjektive Merkmale auf Seiten des Schädigers. Die Unionsgerichte trennen nicht dogmatisch sauber zwischen der objektiven Rechtswidrigkeit einerseits und dem subjektiv zu beurteilenden Verschulden andererseits. So findet bei Prüfung, ob ein Rechtsverstoß als hinreichend qualifiziert anzusehen ist, auch Berücksichtigung, ob der Rechtsfehler „vorsätzlich begangen wurde oder entschuldigbar ist“.⁷²⁾ Im Endeffekt wird das objektiv zu bestimmende Kriterium der Rechtswidrigkeit auch auf subjektive Elemente, wie etwa Vorsatz, zurückgeführt. Diese Vermengung ist der Rechtssicherheit nicht zuträglich, jedoch ein Faktum.

Letztlich wird davon auszugehen sein, dass die Haftungsvoraussetzung des hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes zwar als verschuldensunabhängig einzustufen ist, da keine eigene Verschuldensprüfung stattfindet.⁷³⁾ Allerdings kommt dem Verschulden in der Bewertung einer Rechtsverletzung als hinreichend qualifiziert Relevanz zu. Dies bestätigt die Rsp zur Haftung der Mitgliedstaaten im Rahmen der Staatshaftung, die ebenfalls verschuldensunabhängig gesehen wird.

E. Ausblick

Der nationale Gesetzgeber hat durch die Einführung des Kriteriums des „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ gegen vergaberechtliche Bestimmungen einen unionsrechtlichen Begriff in die österreichische Rechtsordnung übertragen, dessen Konturen in der Rsp des EuGH noch nicht gänzlich gefestigt erscheinen. Bei der Auslegung dieses Begriffs sind die Grundsätze zu beachten, die der EuGH im Urteil *Stadt Graz/Strabag*⁷⁴⁾ statuiert hat. Der EuGH hat die Unionsrechtswidrigkeit eines Verschuldensfordernisses auch durch das nachfolgende Urteil *Combinatie Spijker*⁷⁵⁾ nicht zurückgenommen. Bei der Interpretation des „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ ist diese Rsp des EuGH zu beachten.

In der allgemeinen, dh nicht auf das unionsrechtliche Vergaberecht bezogenen, Rsp zur Staatshaftung prüft der EuGH im Rahmen der Beurteilung eines hinreichend qualifizierten Verstoßes objektive Rechtsverstoße und subjektive Verschuldenselemente in einem. Er berücksichtigt nämlich im Fall der Unions- oder Staatshaftung auch Entschuldigungsgründe wie jenen des „entschuldbaren Rechtsirrtums“, den er für den AG bei Schadenersatzansprüchen in Folge eines Verstoßes gegen das Vergaberecht für unbeachtlich erklärt hat. Daher ist der Begriff des hinreichend qualifizierten Verstoßes in § 337 BVergG 2006 idF Vergaberechtsnovelle 2012 BGBl I 2012/10 einschränkend und im Einklang mit der einschlägigen vergaberechtlichen Rsp des EuGH zu interpretieren. Eine Interpretation anhand der allgemeinen, unions- und staatshaftungsrechtlichen Rsp des EuGH würde eine unzulässige Einschränkung des Effektivitätsgrundsatzes bedeuten.

In die klassische österreichische Terminologie im Schadenersatzrecht passt der Begriff des „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ nicht. Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit kann ein Verhalten nur rechtswidrig oder rechtskonform sein. Soweit ersichtlich, gibt es nur diese beiden Alternativen. Ein Verhalten kann nicht als „ein bisschen rechtswidrig“ qualifiziert werden. Der Verstoß eines AG gegen vergaberechtliche Bestimmungen muss daher immer rechtswidrig und als solcher zu beurteilen sein. Der EuGH hat in *Stadt Graz/Strabag* ausgesprochen, dass es bei Verstößen gegen vergaberechtliche Bestimmungen auf ein Verschulden nicht ankommt. Das bedeutet, dass jeder Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen bereits hinreichend qualifiziert ist und die Schadenersatzansprüche des § 337 Abs 1 und 3 BVergG 2006 begründet bzw begründen müsste.

72) Siehe zB EuG T-364/03, *Medici Grimm*, Slg 2006, II-79.

73) Ebenso *Borchardt*, Die rechtliche Grundlage der Europäischen Union⁴ Rz 703; *Vesting*, Die vertragliche und außervertragliche Haftung der EG 100; *Czaja*, Die außervertragliche Haftung (1992) 41; *Pechstein*, EU-Prozessrecht⁴ Rz 729; aA *Schockweiler*, Le régime de la responsabilité extra-contractuelle, RTDE 1990, 56.

74) EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz/StragAG ua*.

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

→ 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 Schadenersatz (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 Verstoß gegen Unionsrecht. Sowohl bei der Staatshaftung als auch bei der Haftung der EU entfällt nach der Rsp des EuGH die hinreichende Qualifiziertheit des Rechtsverstoßes, wenn Entschuldigungs- oder Schuldaußschließungsgründe vorliegen. Der EuGH hat jedoch in der Rs

Strabag/Stadt Graz ausgesprochen, dass es bei Verstößen gegen vergaberechtliche Bestimmungen auf ein Verschulden nicht ankommen darf. Dies legt es nahe, bereits den einfachen Verstoß gegen Vergaberecht zur Erfüllung der Voraussetzung des hinreichend qualifizierten Verstoßes genügen zu lassen.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Georg Rihs ist Rechtsanwalt in Wien.
Kontaktadresse: 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: 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 2012/6, 244 ff;

Steiner, Die vertragliche und außervertragliche Haftung der Union nach Art 340 Abs 1 und 2 AEUV, ÖJZ 2012/17, 745 ff.

Links:

www.curia.eu

