

Zeitschrift für

VERGABERECHT ZVB**UND BAUVERTRAGS-
RECHT**

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

November 2011

11

397 – 440

Vergaberecht

Beschränkung des Rechtsschutzes nach UWG im Fall von Vergaberechts- verstößen? *Wolfgang Schuhmacher/Jan-Günther Glanzer* ● 401

**BVA – Ausnützen kollektivvertraglicher Spielräume ist
keine Spekulation** *Johann Hackl* ● 408

**BVA – Direktvergabe eines Auftrags über die Erbringung
gemeinwirtschaftlicher Schienenpersonenverkehrsleistungen**
Gerhard Prünster ● 412

**VKS Wien – Die Mitteilung eines höchstgerichtlichen Erkenntnisses
durch VKS hat nur „Servicefunktion“** *Albert Oppel/Beatrix Lehner* ● 419

VwGH – Teilnehmerzahl im nicht offenen Verfahren
Markus Theiner ● 421

VwGH – Unzulänglichkeiten des Nachprüfungsantrags
Gunther Gruber/Lukas Marzi ● 425

VwGH – Verpflichtung zum Widerruf
Gunther Gruber/Lukas Marzi ● 427

UVS Steiermark – Korrekte Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung
Karin Schnabl ● 428

Bauvertragsrecht

**OGH – Warnpflicht des Statikers bei Änderung der Baugrubensicherung
durch das ausführende Bauunternehmen?**
Nikolaus Hiltz ● 432

**OGH – Haftung des Werkbestellers für einen von ihm beigezogenen
sachverständigen Gehilfen** *Michael Parusel* ● 435

**MUSTER: Begleitschreiben des Auftragnehmers
zu einem Zusatzangebot** *Johannes Bousek* ● 437

ZEITSCHRIFT FÜR VERGABERECHT
UND BAUVERTRAGSRECHT

12. Jahrgang 2011

Medieninhaber (Verleger) und Herausgeber: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH. Sitz der Gesellschaft: A-1014 Wien, Kohlmarkt 16, FN 124 181 w, HG Wien. Unternehmensgegenstand: Verlag von Büchern und Zeitschriften. **Verlagsadresse:** A-1015 Wien, Johannesgasse 23 (verlag@manz.at). **Geschäftsführung:** Mag. Susanne Stein (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Dr. Wolfgang Pichler (Verlagsleitung). **Herausgeber:** Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher, Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek, RA Dr. Johannes Schramm, MBL, RA Dr. Bernd Elsner, Dr. Michael Fruhmann, RA Dr. Rudolf Lessiak. **Schriftleitung:** RA Dr. Johannes Schramm, MBL, Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher. **Verlagsredaktion:** Mag. Kathrin Wohlschlägl, Tel: (01) 531 61-192, E-Mail: kathrin.wohlschlaegl@manz.at **Druck:** Ferdinand Berger & Söhne Ges. m. b. H., 3580 Horn. **Verlags- und Herstellungsort:** Wien. **Grundlegende Richtung:** Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht und die gesamte Beschaffungspraxis, im Besonderen für aktuelle Rechtsprechung und Entwicklung im Bundes-, Landes- und Europarecht, sowie für das Bauvertragsrecht. **Zitiervorschlag:** ZVB 2011/Artikelnummer (Seite). **Anzeigen:** Heidrun R. Engel, Tel: (01) 531 61-310, Fax: (01) 531 61-181, E-Mail: heidrun.engel@manz.at **Bezugsbedingungen:** Die ZVB erscheint 11 x jährlich (ein Doppelheft im Sommer). Der Bezugspreis beträgt für 2011 € 235,-. Auslandspreise auf Anfrage. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen sind schriftlich spätestens sechs Wochen vor Jahresende an den Verlag zu senden. Das Einzelheft kostet € 25,70 (zuzügl Versandkosten).

Manuskripte und Zuschriften erbitten wir an folgende Adresse: Vergaberecht und Beschaffungspraxis: RA Dr. Johannes Schramm, E-Mail: zvb@vergaberecht.at, A-1010 Wien, Bartensteingasse 2. **Bauvertragsrecht:** RA Dr. Rudolf Lessiak, E-Mail: lawyers@lessiak.at, A-1010 Wien, Börsegasse 10. Wir bitten Sie, die Formatvorlagen zu verwenden (zum Download unter www.manz.at/formatvorlagen) und sich an die im Auftrag des Österreichischen Juristentages herausgegebenen „Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)“, 6. Aufl. (Verlag MANZ, 2008), zu halten. **Urheberrechte:** Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Verlagsrecht) sowie die Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art (auch einschließlich CD-ROM), der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an den Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG), ein. Gemäß § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrags folgenden Kalenderjahres. Dies gilt für die Verwertung von Datenbanken nicht. Der Nachdruck von Entscheidungen oder Beiträgen jedweder Art ist nur mit ausdrücklicher Bewilligung des Verlags gestattet. **Haftungsausschluss:** Sämtliche Angaben in dieser Zeitschrift erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, der Herausgeber sowie des Verlags ist ausgeschlossen. **Grafisches Konzept:** Michael Fürnsinn für buero8 (www.buero8.com). **Covergestaltung:** bauer – konzept & gestaltung, erwinbauer.com **Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier.**

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser!

ZVB 2011/113

Schuhmacher/Glanzer widmen sich der Frage, ob die Voraussetzung eines Feststellungsbescheids für lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche auch für Personen gilt, die im Vergaberecht keine Parteistellung haben und kommen zu dem Ergebnis, dass von einer Ausnahmelücke auszugehen und der zu weit gefasste Normenwortlaut teleologisch zu reduzieren ist.

Der VwGH hat im Weg eines Ablehnungsbeschlusses seine Rsp zum Widerruf der Ausschreibung auf das BVergG 2006 übertragen, wonach eine Verpflichtung zum Widerruf bei erst nachträglich bekannt werdenden Fehlern des AG besteht, auch wenn ein fahrlässiges Verhalten zu diesen Fehlern geführt hat (Gruber/Marzi).

Der VwGH entschied in einer aktuellen E, dass ein Antrag der unmissverständlich auf Nichtigerklärung der AusscheidensE gerichtet ist, nicht in einen Antrag auf Nichtigerklärung der ZuschlagsE umgedeutet werden kann. Die Behörde muss diesbezüglich auch keine Ermittlungsschritte setzen oder einen Verbesserungsauftrag erteilen (Gruber/Marzi).

Theiner äußert sich kritisch zu einer E des VwGH, die besagt, dass das Fehlen von Festlegungen zur Mindestteilnehmeranzahl in den Ausschreibungsunterlagen eines nicht offenen Verfahrens rechtswidrig ist und im Widerspruch zum BVergG 2006 sowie zum Unionsrecht steht.

Prünster bespricht eine E des BVA, welche dem AST die Antragslegitimation mangels Interesse am Abschluss des Vertrags, entstandenem Schaden und technischer Leistungsfähigkeit abspricht. Zudem wird festgehalten, dass bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistung im Sektorenbereich jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des AG (im gegenständlichen Fall die Vorinformation) als gesondert anfechtbare E gilt.

Hackl erläutert eine E des BVA näher, nach der (unter anderem) das Ausnutzen kollektivvertraglicher Spielräume bei der Kalkulation des Angebotspreises zulässig ist, solange einschlägige arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften eingehalten werden.

Nach einer aktuellen E des UVS Steiermark stellt die Ermittlung des Bestbieters unter anderem anhand kürzerer Entfernungen zu Servicenerlassungen oder Vertragswerkstätten der ausgeschriebenen Fahrzeuge – weil im Einzelfall wirtschaftlich und verkehrstechnisch sachlich begründet – keine unzulässige Lokalpräferenzklausel dar (Schnabl).

Oppel/Lehner besprechen eine E des VKS Wien, wonach fristauslösendes Ereignis zur Stellung eines sekundären Feststellungsantrags stets die Zustellung des Erk durch das Höchstgericht ist.

In der ersten E des bauvertraglichen Teils befasst sich der OGH mit dem Mitverschulden eines Statikers bei Änderungen der Baugrubensicherung durch das ausführende Bauunternehmen (Hiltz). Die zweite E behandelt die Haftung des Werkbestellers für ein Mitverschulden eines von ihm beigezogenen Gehilfen (Parusel).

Von Bousek stammt ein Musterbrief für ein Begleitschreiben des AN zu einem Zusatzangebot aufgrund einer Leistungsänderung infolge eines Wunsches des AG.

Johannes Schramm

Josef Aicher

nach dem BVergG 2006 zu vergeben sind. Damit ist auch das Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 und somit § 341 Abs 2 BVergG 2006 anwendbar. Das Vorbringen der Klägerin über unmittelbare Vergaberechtsverstöße wurde deshalb mangels Vorliegens eines Feststellungsbescheids einer Vergabekontrollbehörde zurückgewiesen.

Zur Unzulässigkeit des Rechtswegs bei vergaberechtsnahen Lauterkeitsrechtsverstößen: Die Klägerin hat auch vorgebracht, die Beklagte hätte die wirtschaftliche Machtstellung der öffentlichen Hand missbraucht und durch Diskriminierung und mangelnde Transparenz bei der Auftragsvergabe den Wettbewerb behindert. Nach dem OGH kann aber auch das die Zulässigkeit des Rechtswegs ohne Feststellungen der Vergabekontrollbehörde nicht begründen: „Denn das Vergaberecht dient gerade dazu, ein solches Verhalten durch konkrete Vorschriften für die Auftragsvergabe zu verhindern. Darin liegt eine abschließende Regelung, die als *lex specialis* eine parallele Beurteilung nach allgemeinem Lauterkeitsrecht ausschließt. Sähe man die Rechtslage anders, würde das Lauterkeitsrecht zu einem Vergaberecht höherer Ordnung: Mitbewerber könnten geltend machen, dass der Auftraggeber durch eine intransparente oder diskriminierende Vergabe seine Marktmacht zugunsten eines bestimmten Marktteilnehmers missbraucht

und andere dadurch behindert habe. Auf die Feststellung einer konkreten Vergaberechtswidrigkeit durch die Vergabekontrollbehörden käme es dabei nicht an; vielmehr wäre es Sache der ordentlichen Gerichte, Kriterien für eine unsachliche Differenzierung oder die Intransparenz des Verfahrens herauszuarbeiten. Dies liefe der Zielsetzung von § 341 Abs 2 BVergG 2006 diametral zuwider. Auch wenn daher der Gesetzgeber wohl nur die Fallgruppe ‚Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch‘ im Auge hatte (EB zur RV, 1171 BlgNR 22. GP, zu § 341), muss sich die Unzulässigkeit der Unterlassungsklage darüber hinaus auf alle Klagen erstrecken, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbieters ist, dies unabhängig von der rechtlichen Begründung des konkret geltend gemachten Anspruchs. Dazu gehören insbesondere die Wahl des Vergabeverfahrens, die Auswahl der einbezogenen Unternehmen und die Erteilung des Zuschlags. Anders zu beurteilen wäre nur ein anlässlich eines Vergabeverfahrens gesetztes Verhalten, das aus ganz anderen Gründen – etwa wegen einer unzulässigen Übernahme fremder Leistungen (Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 341 Rz 9 FN 31) – gegen das Lauterkeitsrecht verstößt.“

Johannes Schramm/Karlheinz Moick

Beschränkung des Rechtsschutzes nach UWG im Fall von Vergaberechtsverstößen?¹⁾

Mit Neugestaltung des Rechtsschutzsystems des BVergG 2006 wurden die privatrechtlichen Rechtsschutzinstrumentarien weiter eingeschränkt, sodass nun für die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche ein Feststellungsbescheid erforderlich ist. Durch den Wortlaut der Regelung würden jedoch Rechtspersonen vom Rechtsschutz abgeschnitten, denen andererseits das UWG eine explizite Klagelegitimation einräumt.

Von Wolfgang Schuhmacher und Jan-Günther Glanzer

Inhaltsübersicht:

- A. Fragestellung: Das Problem
- B. Entwicklung der Rechtslage nach dem BVergG
 - 1. Alte Rechtslage nach dem BVergG 2002
 - 2. Neue Rechtslage nach dem BVergG 2006
- C. Rechtslage nach UWG
 - 1. Einschlägige Bestimmung zur Geltendmachung von Verstößen gegen das Vergabegesetz
 - 2. Kreis der Rechtsschutzberechtigten nach UWG
- D. Mängel der neuen Rechtslage nach dem BVergG 2006 (überschießende Reaktion)
- E. Möglichkeit einer teleologischen Korrektur des zu weit geratenen Normwortlauts

A. Fragestellung: Das Problem

Der folgende Beitrag widmet sich der Bestimmung des § 341 Abs 2 BVergG 2006²⁾, die durch ihre Neugestaltung zu einer Schnittstelle zwischen dem durch das BVergG gewährten Rechtsschutz und den durch das UWG eingeräumten Klagebefugnissen geworden ist. Die Verknüpfung der beiden Rechtsbereiche erfolgt dadurch, dass für die gerichtliche Geltendmachung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche (vor allem der Unterlassungsansprüche) das Erfordernis eines vergaberechtlichen Feststellungsbescheids verlangt wird. →

1) Der Beitrag beruht auf einer Anfrage aus der Praxis.
2) IdF BVergG-Novelle 2009 BGBl I 2010/15.

ZVB 2011/115

§ 341 Abs 2
BVergG 2006;
§§ 1 und 14 UWG

vergaberechtlicher
Feststellungs-
bescheid;
Prozess-
voraussetzung;
Unterlassungs-
ansprüche
nach UWG;
Rechtsbruch;
Aktivlegitimation;
Lücke im
Rechtsschutz;
teleologische
Reduktion

Nach dem Wortlaut der Norm scheint es so zu sein, dass die Zulässigkeitsvoraussetzung eines Feststellungsbescheids gleichermaßen für die nach UWG individualrechtsschutzberechtigten Personen wie auch für jene klagslegitimierten Verbände gelten soll, denen durch § 14 UWG im Allgemeininteresse explizit ein eigenständiges Klagerecht eingeräumt wird. Diese Interpretation würde jedoch dazu führen, dass durch den Wortlaut einer Bestimmung des BVerG 2006 Personen gänzlich vom Rechtsschutz ausgeschlossen würden, die in einem vergaberechtlichen Verfahren keine Möglichkeit haben, einen derartigen Feststellungsbescheid zu erwirken, welche jedoch das UWG im Gegenzug ausdrücklich mit einer Aktivlegitimation ausstattet. Die Diskrepanz ergibt sich daraus, dass der Kreis der rechtsschutzberechtigten Personen, den das UWG vor Augen hat, ein anderer ist als jener des BVerG.

Daher soll der Frage nachgegangen werden, ob der Gesetzgeber im Zuge der Neugestaltung des BVerG bewusst den Rechtsschutz bestimmter Personen beseitigen wollte oder ob nicht der Wortlaut der Regelung des § 341 Abs 2 BVerG über das vom Gesetzgeber eigentlich verfolgte Ziel hinauschießt und zu einem ungewollten Ausschluss vom Rechtsschutz im Fall von Vergaberechtsverstößen sowie zu einer unbeabsichtigten Konterkarierung der durch das UWG verfolgten Ziele führt.

B. Entwicklung der Rechtslage nach dem BVerG

1. Alte Rechtslage nach dem BVerG 2002

Verfolgt man die Entwicklung des Vergaberechts, so kann man feststellen, dass schon vor Erlassung des BVerG 2006 eine schrittweise Zurückdrängung der privatrechtlichen Rechtsschutzinstrumente gegenüber dem Primärrechtsschutz des Vergaberechts erfolgte.³⁾ So sah bereits die Bestimmung des § 184 Abs 2 BVerG 2002 vor, dass zivilrechtliche Schadenersatzklagen nur dann zulässig waren, wenn zuvor die zuständige Vergabekontrollbehörde bestimmte Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens festgestellt hatte. Die Vorschaltung der zwingenden Durchführung eines Feststellungsverfahrens vor der Vergabekontrollbehörde sollte einer übermäßigen Arbeitsbelastung der Gerichte vorbeugen.⁴⁾

Andere mögliche Ansprüche, wie etwa wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche, wurden von dieser Bestimmung nicht erfasst, weswegen ein vergaberechtlicher Feststellungsbescheid für auf das UWG gestützte Unterlassungsklagen nicht erforderlich war. Aufgrund dieser Rechtslage war daher die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen vor Zivilgerichten auf Grundlage des UWG, unabhängig von einer allfälligen (gleichzeitigen) Durchführung eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens vor den Vergabekontrollbehörden, möglich.

Im Fall *Wasserwelt Amadé*⁵⁾ trat eine Vereinigung zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern als Klägerin (Kl) auf. Der Prokurist der Beklagten (Bekl) hatte an der Ausschreibung der Holz-

meisterarbeiten durch den planenden Architekten (welcher im Auftrag der vergebenden Stelle tätig wurde) mitgearbeitet und die Bekl im Anschluss dennoch ein Anbot gelegt. Insgesamt legten zehn Unternehmen Anbot, darunter auch ein Unternehmen, das Mitglied der Kl war. Der OGH qualifizierte die Anbotslegung durch die Bekl als Aufforderung an die den Auftrag vergebende Stelle, sich über die Vorschriften des BVerG und der vereinbarten ÖNORM hinwegzusetzen und damit als Aufforderung, einen Gesetzesverstoß zu begehen. Der OGH hielt fest, dass der vergaberechtliche Rechtsschutz nicht abschließend ist. Die Vergabegesetze enthalten keine Bestimmungen, die dem einzelnen Bieter gegen einen Mitbieter gerichtete Ansprüche wegen Verletzung von Vergabebestimmungen einräumen, weshalb die auf diese Frage anwendbaren Bestimmungen des Wettbewerbsrechts durch die Vergabegesetze unberührt bleiben.

2. Neue Rechtslage nach dem BVerG 2006

Da das BVerG 2002 keine geschlossene Systematik aufwies, sollte mit der Erlassung des BVerG 2006⁶⁾ unter anderem ein systematisch sinnvoll geordnetes und strukturiertes BVerG geschaffen werden.⁷⁾ Dabei wurde auch das Rechtsschutzsystem neu geordnet, welches sich nun im 4. und 5. Teil des Gesetzes in den §§ 291 – 343 BVerG 2006 findet. Im Zuge der Neufassung des § 341 Abs 2 BVerG 2006⁸⁾ hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, die Möglichkeiten des privatrechtlichen Rechtsschutzes weiter einzuschränken.

Beibehalten wurde zunächst das Erfordernis der vorherigen Erwirkung eines positiven Feststellungsbescheids für zivilrechtliche Schadenersatzansprüche. Darüber hinaus regelt § 341 Abs 2 BVerG 2006 nunmehr in einem neuen Unterabsatz die Prozessvoraussetzung eines positiven Feststellungsbescheids auch für die Geltendmachung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche. Durch die Neugestaltung des § 341 Abs 2 BVerG 2006 erfolgte somit eine Verknüpfung der vor einem Zivilgericht geltend zu machenden Schadenersatzansprüche und der Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb, also vor allem der auf § 1 UWG gestützten Unterlassungsklagen, mit der verwaltungsbehördlichen Feststellungskompetenz.⁹⁾ Die Änderung der Regeln für die lauterkeitsrechtliche Anspruchsdurchsetzung stellt eine wesentliche Neuerung dar. Fraglich ist jedoch, ob der Gesetzgeber damit auch gleichzeitig eine Verringerung des Kreises der Rechtsschutzberechtigten nach UWG bezwecken und die Verfolgung unlauterer Begehungshandlungen durch Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern – wie im Fall *Wasserwelt Amadé* – ausschließen wollte.

3) Vgl. *Holly*, Private Enforcement im Vergaberecht, *ecolex* 2006, 813.

4) *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar zum BVerG 2006² (2009) § 341 Rz 2 mwN; *Elsner*, BVerG – Das österreichische Vergaberecht idF der BVerG-Novelle 2009 BGBl I 2010/15³ (2010) § 341 Rz 903.

5) OGH 13. 9. 1999, 4 Ob 155/99v wbl 2000/29.

6) BGBl I 2006/17.

7) Vgl. *Aicher/Holoubek*, Überlegungen zu einer Neustrukturierung des Bundesvergabegesetzes, ZVB 2004/32.

8) Nachfolgebestimmung des § 184 Abs 2 BVerG 2002.

9) *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVerG² § 341 Rz 2.

Ein Blick in die Materialien zeigt, dass die Zulässigkeitsvoraussetzung eines vorgängigen Feststellungsbescheids für die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen nach UWG der Rechtssicherheit dienen und die Gefahr divergierender Beurteilungen durch Vergabekontrollbehörde(n) und Zivilgerichte hintanhaltend soll.¹⁰⁾ Diese Gefahr wird darin gesehen, dass Unterlassungsansprüche nach § 1 UWG oft parallel zu den vor den Vergabekontrollbehörden ergriffenen Rechtsbehelfen geltend gemacht wurden. Eindeutiges Ziel ist daher die Vermeidung der doppelten Beurteilung, ob einer der in § 341 Abs 2 Z 1–6 BVergG 2006 aufgezählten Vergaberechtsverstöße vorliegt, sodass nicht Vergabekontrollbehörde(n) und Gerichte zu einander widersprechenden Ergebnissen gelangen können. Aus diesem Grund wird die – ua zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nach UWG – notwendig zu beurteilende Vorfrage nach dem Vorliegen eines Vergaberechtsverstosses in die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde(n) gelegt.

C. Rechtslage nach UWG

1. Einschlägige Bestimmung zur Geltendmachung von Verstößen gegen das Vergabegesetz

Betrachtet man die Tatbestände des UWG, stellt sich zunächst die Frage, auf welche Norm Unterlassungsansprüche zur Geltendmachung vergaberechtlicher Rechtsverstöße überhaupt gestützt werden können. Hier ist auf die anerkannte Fallgruppe *Rechtsbruch* der Generalklausel des § 1 UWG zu verweisen.¹¹⁾

Da die Entwicklung der Judikatur zu dieser Fallgruppe für den systematischen Zusammenhang der durch das BVergG und das UWG verfolgten Ziele von zentraler Bedeutung ist, soll diese im Folgenden zusammenfassend dargestellt werden.

Noch zur alten Rechtslage des § 1 UWG¹²⁾ wurde zunächst von der älteren Rsp danach unterschieden, ob Vorschriften einen wettbewerbsregelnden Charakter oder einen wettbewerbsrechtlich neutralen Charakter haben.¹³⁾ Entsprechend dieser Differenzierung wurde bei wettbewerbsregelnden Normen bereits der einmalige Verstoß als Wettbewerbswidrigkeit und daher als Sittenwidrigkeit iSd § 1 UWG aF qualifiziert, wogegen der Verstoß gegen wettbewerbsrechtlich neutrale Normen nur dann als sittenwidrig qualifiziert wurde, wenn er fortgesetzt und planmäßig erfolgte.¹⁴⁾

Diese Judikatur wurde jedoch nicht aufrechterhalten, sodass es auf diese Differenzierung nach neuerer Rsp nicht mehr ankam. Ob die übertretene Norm an sich wettbewerbsregelnden Charakter hat, war nach stRsp nicht maßgebend.¹⁵⁾ Ebenso wenig kam es darauf an, welche Rechtsfolgen die Übertretung der Norm an sich hat und ob und in welcher Weise sie saniert werden konnte.¹⁶⁾

Gegen diese Judikatur wurde eingewandt, dass es nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts sein könne, alle nur denkbaren Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit Wettbewerbshandlungen auch wettbewerbsrechtlich zu sanktionieren, und dass sie zu einer ausufernden Anwendung des UWG auf Verstöße gegen Gesetze beliebiger Zielrichtung führen würde.¹⁷⁾

Anlässlich der Novellierung des § 1 UWG¹⁸⁾ im Jahr 2007 setzte sich der OGH neuerlich mit der Frage auseinander, ob eine Differenzierung zwischen Normen mit einer Wettbewerbszielrichtung und neutralen Normen nach neuer Rechtslage geboten ist oder nicht. Das Ergebnis war, dass auch nach neuer Rechtslage Verstöße gegen generelle Normen, die nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnen sind, unlautere Handlungen iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG¹⁹⁾ darstellen können, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer solchen Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht und ferner das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen.²⁰⁾

Damit wurde die Judikatur, welche schon zur alten Rechtslage des UWG bestanden hatte, beibehalten und auf Grundlage der neuen Rechtslage fortgeführt. Die Frage, ob eine derartige Differenzierung geboten ist oder nicht, ist zwar für Rechtsverstöße gegen das Vergaberecht unerheblich, da das Vergaberecht ohne Zweifel einen eindeutig wettbewerbsregelnden Charakter aufweist²¹⁾ und somit Vergaberechtsverletzungen ohnehin auch nach alter Rsp in den Anwendungsbereich des § 1 Abs 1 Z 1 UWG fallen würden. Dennoch kann der Stand der Judikatur zum UWG im Zusammenhang mit den nun durch § 341 Abs 2 BVergG 2006 deutlich eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten nicht ausgeblendet werden.

Festzuhalten ist, dass nach der Judikatur zur Fallgruppe *Rechtsbruch* den Klagelegitimierten ein sehr weiter Anwendungsbereich zur Verfügung steht, welcher nicht nur Rechtsverstöße gegen Gesetze umfasst, die dem Kernbereich des Wettbewerbsrechts – wie das Vergaberecht – zuzurechnen sind, sondern auch jene Rechtsverstöße gegen Gesetze, die nicht dem Wettbewerbsrecht im engeren Sinn zuzuordnen sind. Angesichts dieser weiten Interpretation liegt der Schluss nahe, dass eine durch den Gesetzgeber veranlasste

10) Vgl ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 146.

11) OGH 13. 9. 1999, 4 Ob 155/99v, *Wasserwelt Amadé*, wbl 2000/29; OGH 24. 10. 2000, 4 Ob 232/00x, *cook and chill*, ÖBI 2001, 109; OGH 23. 5. 2006, 4 Ob 23/06w RPA 2006, 234; zuletzt OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 100/11a; *Rummel/Lux*, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des europäischen Vergaberechts, in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/3 Vergaberecht (2003) 110ff.

12) IdF BGBl 1991/74.

13) *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht⁹ (1997) § 33 Rz 91 und 100 mwN.

14) OGH 7. 9. 1976, 4 Ob 357, 358/76 ÖBI 1977, 167; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 33 Rz 93 und 100 mwN.

15) OGH 30. 5. 1990, 4 Ob 79/90, *Bankfeiertag*, ÖBI 1991, 67 = *ecolex* 1990, 625 = MR 1990, 196; OGH 9. 7. 1991, 4 Ob 69/91, *Parkplatzzerweiterung*, ÖBI 1991, 229 = wbl 1991, 364 = MR 1991, 229.

16) OGH 13. 7. 1999, 4 Ob 179/99z; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 33 Rz 93.

17) *Schuhmacher*, wbl 2007, 95 in Anm zu OGH 9. 8. 2006, 4 Ob 86/06k, *Einkaufszentrum in F; ders.*, Die UWG-Novelle 2007, wbl 2007, 557 (561) mwH; ferner *Koppensteiner*, Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, wbl 2006, 553 (556).

18) BGBl I 2007/79.

19) IdF der UWG-Novelle 2007.

20) Grundlegend dazu OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 225/07b, *Stadtrundfahrten*, wbl 2008, 290 = RdW 2008/419 = *ecolex* 2008/199 = ÖBI 2008/48 = JusGuide 2008/23/5743, entgegen *Schuhmacher*, wbl 2007, 557 (561).

21) OGH 13. 9. 1999, 4 Ob 155/99v wbl 2000/29; vgl § 21 Abs 1 BVergG 2002 und § 19 Abs 1 BVergG 2006.

Einschränkung des Rechtsschutzes restriktiv zu interpretieren ist.

2. Kreis der Rechtsschutzberechtigten nach UWG

Als Zweites gilt es zu klären, welchen Personen auf Grundlage von § 1 UWG die Geltendmachung von Rechtsverstößen zukommt. Die meisten Tatbestände des UWG sehen als Rechtsfolgen einen (verschuldens-unabhängigen) Unterlassungsanspruch und bei Verschulden einen Schadenersatzanspruch vor. Eine ausdrückliche Regelung des Kreises der Aktivlegitimierten findet sich hingegen in den jeweiligen Tatbeständen nicht. Daher leitet sich nach hM der Anspruch einer Person auf Unterlassung bereits unmittelbar aus der verletzten Norm und deren Schutzbereich ab. Demnach hat jede Person, die durch ein tatbestandsmäßiges Verhalten unmittelbar konkret betroffen ist, einen Unterlassungsanspruch.²²⁾

Zusätzlich dazu enthält § 14 UWG eine Umschreibung jener Gruppen von Anspruchsberechtigten, welche – in den gesetzlich aufgezählten Fällen – bereits bei abstrakter Gefährdung aktivlegitimiert sind.²³⁾ Dazu zählen neben Mitbewerbern²⁴⁾ – welche ohne individuelle Betroffenheit bei bloß abstrakter Gefährdung im öffentlichen Interesse einschreiten können sollen²⁵⁾ – auch Verbände zur Wahrung der von ihnen vertretenen Interessen.²⁶⁾ Die Funktion des § 14 UWG besteht also darin, den Kreis der Aktivlegitimierten um jene Personen zu erweitern, die im öffentlichen Interesse zur Abwehr unlauterer Wettbewerbshandlungen, welche nicht bloß ein einzelnes Unternehmen beeinträchtigen, sondern sogleich die Interessen aller im Wettbewerbsverhältnis stehenden Unternehmen bedrohen, einschreiten können sollen.²⁷⁾

Eine praktisch wichtige Untergruppe der Verbände bilden die Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern, welche in den Fällen der §§ 1, 1a, 2, 2a, 3, 9a, 9c, 10 UWG und über den Verweis des § 34 Abs 3 UWG auch in den Fällen der §§ 27 ff UWG Unterlassungsansprüche geltend machen können.²⁸⁾ Hierzu sei angemerkt, dass den jeweiligen Vereinigungen nach § 14 UWG ein eigenes Klagerecht zukommt, welches sich nicht etwa vom allfälligen Klagerecht eines ihrer Mitglieder ableitet. Nach hA²⁹⁾ macht der Verband sohin einen eigenen materiellrechtlichen Anspruch geltend. Daher ist es auch möglich, dass der Bekl wegen derselben Wettbewerbshandlung von mehreren Kl in Anspruch genommen wird.³⁰⁾

D. Mängel der neuen Rechtslage nach dem BVergG 2006 (überschießende Reaktion)

Betrachtet man die Vorschrift des § 341 Abs 2 BVergG 2006 näher, so erkennt man, dass nach dem Wortlaut der Norm die Prozessvoraussetzung eines Feststellungsbescheids von allen zivilrechtlich Klagelegitimierten für die Geltendmachung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche gefordert wird. Dies mag auf den ersten Blick nicht problematisch erscheinen, wollte doch der Gesetzgeber, aus den angeführten Gründen der Rechts-

sicherheit und der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, verhindern, dass Zivilgerichte und Vergabekontrollbehörde dieselbe Frage, nämlich ob ein Vergaberechtsverstoß iSd § 341 Abs 2 Z 1–5 BVergG 2006 vorliegt, doppelt prüfen und (unterschiedlich) beurteilen.

Vor dem Hintergrund des Kreises der durch das UWG Rechtsschutzberechtigten wird jedoch deutlich, dass durch den Wortlaut der Bestimmung des § 341 Abs 2 BVergG 2006 wesentliche Gruppen dieser Rechtsschutzberechtigten gänzlich vom Rechtssystem ausgenommen werden. Dass der Kreis der nach § 14 UWG Anspruchsberechtigten weiter gezogen ist als der Kreis jener, die vergaberechtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können, wurde schon zur Rechtslage des BVergG 2002 aufgezeigt.³¹⁾

Zu den Gruppen von Anspruchsberechtigten nach UWG gehören ua die schon erwähnten Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern. Da diese im Vergaberecht keine Parteistellung haben, ist es ihnen nicht möglich, einen Feststellungsbescheid zu erwirken,³²⁾ welcher jedoch nach dem Wortlaut des § 341 Abs 2 BVergG 2006 Grundlage für lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche ist. Legt man daher diese Bestimmung so aus, dass die Voraussetzung eines obligatorischen Feststellungsbescheids auch für Personen gilt, denen die Legitimation zur Einleitung eines Feststellungsverfahrens (§ 331 BVergG 2006) oder Nachprüfungsverfahrens (§ 332 Abs 4 BVergG 2006) fehlt, so ergibt sich für diese Personen eine Rechtsschutzlücke. Würde man eine solche Rechtsschutzlücke akzeptieren, so hieße das aber auch, dass diese Personen ihre ihnen nach UWG zugeordnete Aufgabe für einen Kernbereich des Wettbewerbsrechts nicht mehr wahrnehmen könnten.³³⁾

22) *Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek*, Kommentar zum UWG (2009) § 14 Rz 54 mwN; *Duursma-Kepplinger in M. Gumpoldsberger/Baumann*, Kommentar zum UWG (2006) § 14 Rz 114 mwN; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 34 Rz 28.

23) *Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek*, UWG § 14 Rz 55 und 83.

24) § 14 Abs 1 Satz 1 HS 1.

25) *Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek*, UWG § 14 Rz 71.

26) *Duursma-Kepplinger in M. Gumpoldsberger/Baumann*, UWG § 14 Rz 143.

27) *Duursma-Kepplinger in M. Gumpoldsberger/Baumann*, UWG § 14 Rz 128 und 141; *Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek*, UWG § 14 Rz 55; vgl auch *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 3 Rz 30.

28) § 14 Abs 1 Satz 1 HS 2.

29) *Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek*, UWG § 14 Rz 57.

30) *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 34 Rz 34 mwN.

31) *Rummel/Lux*, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des europäischen Vergaberechts, in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/3 Vergaberecht (2003) 110ff (112); vgl auch OLG Wien 25. 2. 2008, 2 R 227/07 b.

32) *Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thiener*, BVergG² § 341 Rz 10; da es sich bei der Frage nach dem Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes nicht um die Feststellung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses handelt, nützt das Argument, dass die Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes für derartige Vereinigungen ein notwendiges Mittel zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung ist, nichts und können diese sohin keinen Feststellungsbescheid erwirken, vgl dazu *Antonilili/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 548; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 903 (906).

33) Aus rechtspolitischer Sicht sei angemerkt, dass die Bestimmung des § 341 Abs 2 BVergG 2006 äußerst unglücklich aufgebaut ist. Zunächst wird im Einleitungssatz die Zulässigkeit von Schadenersatzklagen geregelt und eine taxative Auflistung von Rechtswidrigkeiten vorgenommen, nach deren Feststellung eine Schadenersatzklage zulässig ist. In einem Unterabsatz wird dann in einem Nebensatz geregelt, dass dies auch für Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb gilt. Weiter ist die Norm bloß auf den Rechtsschutz der Mitbieter aus-

Wie der OGH in anderem Zusammenhang ausgesprochen hat, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis eines Klageberechtigten nicht allein schon deswegen, weil bereits andere Mitbewerber oder Verbände einen Exekutionstitel auf Unterlassung der in Rede stehenden Wettbewerbshandlung erwirkt haben.³⁴⁾ Das muss auch in diesem Zusammenhang gelten. Dass den „Bewerbern“ im Vergaberecht eine Parteistellung zukommt und sie daher über einen selbständigen vergabespezifischen Rechtsschutz verfügen, ändert nichts daran, dass den Verbänden durch § 14 UWG ein eigenständiger materiellrechtlicher Anspruch eingeräumt wird, welcher zur Wahrung der von ihnen vertretenen Interessen und als erwünschter Nebeneffekt auch dem allgemeinen öffentlichen Interesse an einer Reinhaltung des Wettbewerbs dient.³⁵⁾ Das Rechtsschutzbedürfnis könnte vielmehr nur dann verneint werden, wenn im Einzelfall zwischen verschiedenen Klageberechtigten solche tatsächlichen oder rechtlichen Bindungen bestehen, dass nach der Lebenserfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass das schutzwürdige Interesse eines Klageberechtigten durch eine andere Person vollwertig gewahrt werde.³⁶⁾

E. Möglichkeit einer teleologischen Korrektur des zu weit geratenen Normwortlauts

Ob sich der Gesetzgeber über den Umstand und die Tragweite im Klaren war, dass er durch die Neufassung von § 341 Abs 2 BVergG 2006 jene Personen vom Rechtsschutz ausschließt, die zwar nach § 14 UWG klagerechtigt sind, aber im Vergaberecht keine Parteistellung haben, lässt sich nicht ermitteln. Den ErläutRV (1171 BlgNR 22. GP 146) lässt sich jedenfalls keine Begründung für die Schaffung dieser Rechtsschutzlücke entnehmen.

Wie erwähnt besteht das Ziel der nunmehr vorgesehenen Zulässigkeitsvoraussetzung eines Feststellungsbescheids (auch) für Ansprüche nach UWG darin, zu vermeiden, dass dieselbe Rechtsfrage – nämlich das Vorliegen eines Vergaberechtsverstößes – von unterschiedlichen Behörden geprüft und unterschiedlich beurteilt wird. Aus diesem Grund wird der Vorrang des spezifisch vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems für jene Bereiche und jene Rechtsfragen angeordnet, in denen bereits ein geeigneter vergabespezifischer Rechtsschutz besteht.³⁷⁾ Wenn jedoch einer Partei, wie etwa einer Vereinigung zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern, nach dem BVergG keine Parteistellung zukommt, sie also gar keinen zulässigen Antrag auf Feststellung eines Verstoßes stellen kann, besteht auch die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen nicht. MaW: Wenn die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung einer Rechtsfrage durch zwei verschiedene Behörden gegenüber einer Partei gar nicht besteht, so können sich auch keine Entscheidungsdivergenzen ergeben.³⁸⁾ In diesem Fall stellt sich daher die Frage, warum Personen, denen durch § 14 UWG eine Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Rechtsverstößen nach UWG eingeräumt wird, diese Möglichkeit ge-

rade in einem praktisch sehr bedeutenden Bereich des Wettbewerbsrechts – wie dem Vergaberecht – nicht zukommen soll.

Vor allem vor dem Hintergrund der dargestellten Rsp³⁹⁾ des OGH zur Fallgruppe *Rechtsbruch*, wonach grundsätzlich auch Verstöße gegen generelle Normen, die nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnen sind, unlautere Handlungen iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG⁴⁰⁾ darstellen können und diese Verstöße ebenfalls von den in § 14 UWG genannten Anspruchsberechtigten geltend gemacht werden können, müsste ein solches Ergebnis als unstimmg erscheinen. Im Ergebnis hieße das, dass die nach § 14 UWG Rechtsschutzberechtigten zwar aufgrund der ihnen (durch die Rsp zu § 1 UWG) weitgehend eingeräumten Klagebefugnis „relativ“ unbedeutende Verstöße verfolgen könnten, für die Auswirkung auf den Wettbewerb jedoch wesentlich schwerwiegendere und daher bedeutendere Rechtsverstöße nach dem BVergG hingegen nicht. In Zusammenhang mit der Judikatur zur Fallgruppe *Rechtsbruch* müsste daher die Zulässigkeit einer Wettbewerbsklage erst recht in jenen Bereichen gelten, in denen das öffentliche Recht keinen Rechtsschutz vorsieht.

Da auch dem Gesetzgeber nicht die Absicht unterstellt werden kann, dass er bei der Ausgestaltung des § 341 Abs 2 BVergG 2006 gleichzeitig eine Korrektur bzw Einschränkung des Kreises der nach § 14 UWG Rechtsschutzberechtigten vornehmen und diese Anspruchsberechtigten im Bereich des Vergaberechts überhaupt vom Rechtsschutzsystem ausnehmen wollte, ist von einer Ausnahmelücke auszugehen und der Wortlaut der Norm als überschießend zu qualifizieren.

Weist nun der (vordergründig) klare Wortlaut einer Norm einen, verglichen mit der Teleologie des Geset-

gerichtet; andere rechtsschutzberechtigte Personen sind von der Konzeption der Norm gar nicht erfasst. Der Aufbau der Norm und der Umstand, dass bei wörtlicher Interpretation Personen vom Rechtsschutz ausgenommen würden, welchen das UWG eine eigenständige Anspruchsberechtigung einräumt, weisen darauf hin, dass die Bestimmung nicht in letzter Konsequenz durchdacht ist. Zumal sich auch aus den Erläuternden Bemerkungen nichts ergibt, was diese Rechtsschutzlücke bewusst billigen würde.

34) OGH 8. 6. 1993, 4 Ob 56/93, *Singer Werbung*, wbl 1994, 34.

35) Vgl *Duursma-Kepplinger* in *M. Gumpoldberger/Baumann*, UWG § 14 Rz 143.

36) OGH 8. 6. 1993, 4 Ob 56/93, *Singer Werbung*, wbl 1994, 34.

37) Vgl OGH 23. 5. 2006, 4 Ob 23/06w RPA 2006, 234; unter Pkt 2.3 weist der OGH auf den nun bestehenden Vorrang des spezifisch vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems im Zusammenhang mit einem grundsätzlich bestehenden zweiseitigen Rechtsschutz hin; undifferenziert *Holly*, *Private Enforcement* im Vergaberecht, *ecolex* 2006, 817.

38) Freilich kann sich die Konstellation ergeben, dass Mitbieter im Vergaberechtsverfahren einschreiten und die Vergabekontrollbehörde das Vorliegen eines Vergaberechtsverstößes bereits beurteilt. Ein Feststellungsbescheid, welcher von Mitbietern im Vergaberechtsverfahren erwirkt wird, erwächst jedoch nur gegenüber den Parteien des Vergaberechtsverfahrens in Rechtskraft. Gegenüber Verbänden iSd § 14 UWG entsteht hingegen keine Rechtskraft und daher auch keine Bindungswirkung. Dass in diesem Fall einander widersprechende Entscheidungen entstehen könnten, kann nicht gelehrt werden. Wesentlich ist jedoch, dass diese Entscheidungen nicht gegenüber derselben Partei, sondern gegenüber verschiedenen Parteien in Rechtskraft erwachsen. Diese können für sich auch keine Rechte aus den wechselseitigen Entscheidungen ableiten.

39) OGH 11. 3. 2008, 4 Ob 225/07 b wbl 2008, 290 = RdW 2008/419 = *ecolex* 2008/199 = ÖBl 2008/48 = *JusGuide* 2008/23/5743; zuletzt OGH 15. 12. 2010, 4 Ob 164/10m wbl 2011, 224.

40) IdF der UWG-Novelle 2007.

zes, zu weit gefassten, somit undifferenzierten Wortsinn auf, so ist dieser auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der ratio legis entspricht.⁴¹⁾ Der überschießend weit gefasste Normwortlaut des § 341 Abs 2 BVergG 2006 ist uE daher teleologisch zu reduzieren.⁴²⁾ In jenen Bereichen, in denen das BVergG keinen geeigneten Rechtsschutz bereitstellt, erfordern einerseits die ratio legis des UWG und andererseits jene der Novellierung des BVergG eine Ausnahmeregel zu § 341 Abs 2 BVergG 2006.⁴³⁾ Aus den angeführten Gründen kann das Prozesshindernis eines Feststellungsbescheids für jene, denen die Legitimation zur

Einleitung eines Feststellungsverfahrens oder Nachprüfungsverfahrens fehlt, nicht gelten.⁴⁴⁾

41) Kramer, Juristische Methodenlehre⁹ (2010) 213; Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff⁹ (1991) 480.

42) AA OLG Wien 25. 2. 2008, 2 R 227/07 b ZVB 2008/73; Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG § 341 Rz 10.

43) Vgl Breitenfeld, Vergaberecht und unlauterer Wettbewerb, in FS ÖGEBAU 2008, 375 (384).

44) AA OLG Wien 25. 2. 2008, 2 R 227/07 b; Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG § 341 Rz 10, vgl auch die Aussagen in OGH 8. 10. 2008, 16 Ok 8/08 unter Pkt 5.12 und OGH 21. 4. 2009, 4 Ob 10/09 p unter Pkt 3.1, in denen jedoch auf die Problematik des fehlenden Rechtsschutzes nicht eingegangen und diese Konstellation nicht näher beurteilt wurde. Auch in der jüngst ergangenen E OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 100/11a ließ der OGH unter Pkt 5.3 die Frage offen, wie eine Lücke im Rechtsschutz des Vergaberechts zu schließen wäre. Dem Argument, dass nach der hier vertretenen Ansicht die Mitbieter zuerst einen Feststellungsbescheid vor der Vergabebehörde erwirken müssten, wohingegen etwa Verbände ihr nach UWG eingeräumtes Klagerecht ohne dieses Erfordernis ausüben könnten, und dies so vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann, ist zu entgegnen, dass der Ausschluss dieser Verbände vom Rechtsschutz noch viel weniger gewollt sein kann und in letzter Konsequenz unsachlich wäre. Dass die hier vertretene Meinung zu einem nicht optimalen Ergebnis führt, ergibt sich aus den Mängeln der gesetzlichen Regelung. Dies könnte nur vom Gesetzgeber korrigiert werden, in dem dieser allen nach UWG Anspruchsberechtigten die Möglichkeit zur Erwirkung eines Feststellungsbescheids im Vergabeverfahren einräumt; vgl dazu FN 32.

→ In Kürze

Der Gesetzgeber hat sich bei der Neugestaltung des § 341 Abs 2 BVergG aus Gründen der Rechtsicherheit dazu entschlossen, die privatrechtlichen Rechtsschutzinstrumentarien weiter einzuschränken. Jedoch ergibt sich aus den Materialien zu § 341 BVergG nicht, dass der Gesetzgeber auch die Klagelegitimation jener Rechtspersonen ausschließen wollte, denen das UWG einen eigenständigen Anspruch zur Wahrung der von ihnen vertretenen Interessen und dem allgemeinen öffentlichen Interesse an der Reinhaltung des Wettbewerbs einräumt, die aber nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in einem vergaberechtlichen Verfahren keine Parteistellung haben und daher keinen – für eine Klage vor Gericht erforderlichen – Feststellungsbescheid erwirken können. Da sich aus dem Wortlaut des § 341 Abs 2 BVergG unbeabsichtigte Konsequenzen ergeben würden, ist dieser überschießend und daher teleologisch zu reduzieren.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Wolfgang Schuhmacher ist ordentlicher Universitätsprofessor, Mag. Jan-Günther Glanzer ist Universitäts-Assistent am Institut für Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Salzburg.
Kontaktadresse: Churfürststraße 1, 5020 Salzburg.
E-Mail: wolfgang.schuhmacher@sbg.ac.at;
Jan-Guenther.Glanzer@sbg.ac.at
Internet: www.uni-salzburg.at/HWR

Von Wolfgang Schumacher erschienen:

Verschiedene Publikationen im Unternehmens- und Wettbewerbsrecht. Insb zuletzt zum Wettbewerbsrecht: Zur Umsetzung der RL über unlautere Geschäftspraktiken, in Gruber/Rüffler (Hrsg), Gesellschaftsrecht – Wettbewerbsrecht – Europarecht. Symposium zum 70. Geburtstag von H.-G. Koppensteiner (2007) 137–156; Die UWG-Novelle 2007, wbl 2007, 557–566; Das Ende der österreichischen per-se-Verbote von „Geschäftspraktiken“ gegenüber Verbrauchern, Anmerkungen zu EuGH 9. 11. 2010, Rs C-540/08 (Mediaprint/Österreich), wbl 2010, 612–617.

[LEITSATZKARTEI]

ZVB-Leitsatzkartei

Nr 47 – 50

→ Bundesvergaberecht

§ 83 BVergG 2006

ZVB-LSK 2011/47

Ein Gesellschafter-Geschäftsführer kann als Selbständiger und damit als Subunternehmer zu werten sein

Ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der Mehrheitseigentümer der Gesellschaft ist und einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft hat, ist sowohl im Sinne des Arbeitsrechts als auch des Steuerrechts als Selbständiger zu werten. Es hätte daher – wie von der Ausschreibung gefordert – ein solcher Selbständiger als

Subunternehmer im Angebot genannt werden müssen, andernfalls das Angebot auszuschneiden ist.

BVA 1. 8. 2011, N/0053-BVA/11/2011–31

§ 69 BVergG 2006

ZVB-LSK 2011/48

Die Eignung muss auch zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung gegeben sein

Die Eignung, die gem § 69 BVergG zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzuliegen hat, darf nicht mehr verloren gehen und muss selbstverständlich auch zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ge-

geben sein. Ein Bieter, der zum Zeitpunkt des Beginns der Leistungserbringung nicht über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügen wird, kann nicht als geeignet angesehen werden. Der nachträgliche Wegfall eines Eignungskriteriums ist in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen und ein Bieter infolgedessen auszuschneiden.

BVA 6. 7. 2011, N/0038-BVA/12/2011-42

§ 25 Abs 10 BVerG 2006 (§ 41 BVerG 2006)

ZVB-LSK 2011/49

Mitteilung an Anbotsteller über dessen Beauftragung

In der Mitteilung des Auftraggebers an den Anbotsteller, dass er mit dem Auftrag (im Wege der Direktvergabe) beauftragt werde, kann kein Zuschlag erblickt werden, da sowohl die Informationsabfrage des Auftraggebers als auch das Anbot unverbindlich waren. Der Vertrag würde erst mit Zugang der An-

nahmeerklärung des Anbotstellers beim Auftraggeber zustande kommen.

UVS Vorarlberg 18. 8. 2011, UVS-314-001/11

§ 13 BVerG 2006 (§ 141 Abs 1 BVerG 2006)

ZVB-LSK 2011/50

Dokumentation des geschätzten Auftragswerts

Der geschätzte Auftragswert muss für die Zwecke der Überprüfung in einem allfälligen Vergabekontrollverfahren dokumentiert werden. Aus dem vom Auftraggeber vorgelegten Vergabeakt lässt sich eine solche nachvollziehbare Dokumentation nicht entnehmen. Aus den in einem Aktenvermerk festgehaltenen Gesamtkosten ergibt sich nicht, aus welchen Beträgen sich die Gesamtsumme zusammensetzt (hier: Vergabe von Rechtsberatungsleistungen im Wege der Direktvergabe).

UVS Vorarlberg 18. 8. 2011, UVS-314-001/11

Archimedes

Archimedes ist eine überregional tätige Vereinigung zur Förderung der Forschung im Bereich des nationalen, internationalen und europäischen Ausschreibungswesens und Umsetzung der Ergebnisse

Zu den Themen

Fragen der Sittenwidrigkeit und des Kartellrechts in Ausschreibungen veranstaltet Archimedes **am Donnerstag, 24.11.2011** ein **Expertengespräch**

im Tagungszentrum Schloss Schönbrunn, Wien

10.30 Uhr bis 12.30 Uhr mit anssl. Flying Lunch (Ende ca. 13.30 h / 14.00 h)

Praxisorientierte Statements für eine weiterführende Diskussion werden abgegeben von

o.Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Jelinek, Universität Graz (Moderation)

o.Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler, Institut Unternehmens- & Wirtschaftsrecht, Universität Wien

o.Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Schnhmacher, Fachbereich Wirtschafts- & Enoparecht, Universität Salzburg

Interessiert? Nähere Infos und Anmeldeunterlagen zur Teilnahme am Expertengespräch erhalten Sie bei



austria Hotel Service - Durchführung und Organisation des Expertengesprächs
monika.ramsauer@austriahotelservice.at

Fax 0662 625758-2

Archimedes

Eine Vereinigung zur Förderung der Lauterkeit im Ausschreibungswesen (VFLA), ZVR-Zahl 509141184
Wollzeile 29, 1010 Wien, - c/o Präsidium W. Berger, 5020 Salzburg, Sterneckstraße 55