

# Die vergaberechtliche Bindung an geeignete Leitlinien – Klarstellungen zu Anwendbarkeit, Umfang und Abweichung

Im Rahmen der vergaberechtlichen Normenbindung sind viele Fragen offen. Der vorliegende Beitrag untersucht, was (1.) unter den in § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006 angesprochenen „*geeigneten Leitlinien*“ zu verstehen ist. In der Folge wird die Frage diskutiert, ob (2.) diese Leitlinien auch dann gelten, wenn der Auftraggeber deren Anwendbarkeit nicht ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat. Schließlich wird untersucht, in welchem Umfang (3.) ein Auftraggeber von „*geeigneten Leitlinien*“ abweichen darf.

Von Philipp Götzl

## 1. Einführung und Problemaufriss

Die schon während der Ausarbeitung des BVergG 2006<sup>1</sup> vieldiskutierte Thematik der vergaberechtlichen Normenbindung<sup>2</sup> – also die Frage, inwieweit Auftraggeber bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen an bereits bestehende Regelwerke gebunden sind – führte auch nach Erlassung der einschlägigen Bestimmungen in den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 zu Unklarheiten und kontroversiellen Diskussionen.<sup>3</sup> Mittlerweile liegen einige, sich mit diesen Bestimmungen befassende Entscheidungen des VfGH und des BVA vor. So erkannte etwa der VfGH, dass die in den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 enthaltenen Begriffe der „*geeigneten Leitlinien*“ und der „*standardisierten Leistungsbeschreibung*“ aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu unbestimmt und daher zulässig sind.<sup>4</sup> Das BVA hielt etwa unter Bezugnahme auf *Krejci*<sup>5</sup> fest, dass die in § 99 Abs 2 BVergG 2006 vorgesehene Möglichkeit, in einzelnen Punkten von ÖNORMen abzuweichen, nicht bedeuten könne, dass der Auftraggeber in so vielen einzelnen Punkten etwas anderes anordnet, dass sich im Ergebnis ein (unzulässiges) wesentliches Abgehen von der Leitlinie ergibt. Die im Gesetz vorgesehene Ausnahme des Abgehens von vorhandenen Leitlinien lediglich in einzelnen Punkten dürfe nicht durch eine so

große Fülle an Ausnahmen durchlöchert werden, dass letztlich von der Leitlinie kaum mehr etwas übrig bleibt. Die Summe der Ausnahmen dürfe also nicht zur Regel werden.<sup>6</sup> Der Umstand, dass diese Judikate wesentliche, sich aus den komplexen Regelungen der Normenbindung im BVergG ergebende Fragen ansprechen, rechtfertigt eine neuerliche Befassung mit dieser Thematik.<sup>7</sup>

Auszugehen ist von den gesetzlich vorgesehenen Regelungen zur Normenbindung. Konkret schreibt § 97 Abs 2 BVergG 2006 für die *Erstellung eines Leistungsverzeichnisses* vor, dass bei Vorhandensein geeigneter Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen diese heranzuziehen sind.<sup>8</sup> *Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.* § 99 Abs 2 BVergG 2006 enthält eine vergleichbare Regelung für die *Vertragsbestimmungen in Leistungsverträgen*. Danach kann der Auftraggeber weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. *Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen.*<sup>9</sup> Auch hier

1 Durch die BVergG Novellen 2007 (BGBl I 86/2007) und 2010 (BGBl I 15/2010) hat sich keine Änderung der Bestimmungen zur Normenbindung ergeben.

2 Vgl. *Wiesinger/Wohlgemuth*, ÖNORMen im Leistungsvertrag – Replik auf den Artikel von *Christian Hagen* und *Manfred Essletz- bichler*, ZVB 2006, 325.

3 Vgl. zur Thematik etwa *Krejci*, Zur „Normenbindung“ gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006, ÖZW 2006, 2; *Hagen/Ess- letzbichler*, ÖNORMEN im Leistungsvertrag (Teil I), ZVB 2006, 198; *dies*, ÖNORMEN im Leistungsvertrag (Teil II), ZVB 2006, 229; *Wiesinger/Wohlgemuth*, ZVB 2006, 325; *Essletz- bichler/Feur- stein*, ÖNORMen im Leistungsvertrag – Replik auf den Artikel von *Christoph Wiesinger* und *Matthias Wohlgemuth*, ZVB 2007, 84.

4 VfGH 9. 3. 2007, G 174/06.

5 *Krejci*, ÖZW 2006, 2.

6 BVA 25. 9. 2007, N/0078-BVA/14/2007-31.

7 Auf offene Fragen iZm § 97 Abs 2 BVergG 2006 hinweisend auch *Hackl* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 97 Rz 21 und *Schmied*, Der Bezug auf technische Normen im BVergG – unbeachtete Facetten aus fachlichem Blickwinkel, ZVB 2009, 41f.

8 Vgl. dazu bereits BVA 23. 4. 2004, 17F-13/03-11: *Wenn geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen bestehen, sind diese zu verwenden.*

9 Vgl. etwa BVA 25. 9. 2007, N/0078 – BVA/14/2007: *Der AG darf von geeigneten Leitlinien, einschließlich ÖNORMEN, nur aus-*

sind die Gründe für die abweichenden Festlegungen vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.

Die Durchsicht dieser Bestimmungen zeigt eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe, die für den praktischen Anwender schwierige Problemfelder aufwerfen. So ist bereits unklar, was unter den in § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006 angesprochenen „geeigneten Leitlinien“, die bei Vorhandensein heranzuziehen sind, konkret zu verstehen ist. Nicht hinreichend geklärt scheint bislang auch die Frage, ob derartige Leitlinien durch die genannten Bestimmungen von Gesetzes wegen zur Anwendung berufen werden, oder ob sich daraus für die Auftraggeber lediglich eine gesetzliche Verpflichtung ergibt, deren Anwendbarkeit in den Ausschreibungsunterlagen vorzuschreiben. Hierbei geht es maW darum, ob die „geeigneten Leitlinien“ auch dann gelten, wenn der Auftraggeber deren Anwendbarkeit nicht ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen vorsieht. Schließlich soll in der Folge untersucht werden, in welchem Umfang ein Auftraggeber von allenfalls vorhandenen „geeigneten Leitlinien“ abweichen darf.

## 2. Der Begriff „geeignete Leitlinien“

Sowohl § 97 Abs 2 als auch § 99 Abs 2 BVergG 2006 verwenden den Begriff „geeignete Leitlinien“, ohne diesen näher zu definieren. Die Erwähnung von „ÖNORMen oder standardisierten Leistungsbeschreibungen“ in den genannten gesetzlichen Bestimmungen hilft bei der Konkretisierung des Begriffes der „geeigneten Leitlinien“ nicht weiter, da diese nur beispielhaft ist (arg „wie“) und auch eine nähere Bestimmung der „standardisierten Leistungsbeschreibungen“ fehlt<sup>10</sup>. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Definition muss der Begriff mithin durch Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen konkretisiert werden, wobei sich insbesondere die Frage stellt, ob derartige Leitlinien nur von „unparteiischen Dritten“ erstellt werden können, oder ob unter Leitlinien auch Akte des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers (zB seine AGB) zu verstehen sind.<sup>11</sup>

## 2.1. Die bisherigen Konkretisierungsversuche in Literatur und Judikatur

*Krejci* definiert „Leitlinien“ als „privatautonom geschaffene Regelwerke, die bei Vertragsabschlüssen eine Orientierungshilfe bieten“<sup>12</sup>. Dabei verstehe der Gesetzgeber unter „Leitlinien“ nicht solche, die der Auftraggeber von vornherein für sich selbst gestaltet hat, sondern solche, die von dritter Seite zur Verfügung gestellt werden. Begründet wird dies mit der „Richtigkeitsgewähr“ der Leitlinien bzw den durch diese bezweckten Interessenausgleich. *Krejci* sieht die wichtige Eigenschaft von Leitlinien, wie etwa ÖNORMen, in dem Bemühen, die gegenläufigen Interessen der potenziellen Vertragspartner möglichst ausgewogen zu berücksichtigen. Die gegenseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten wären so ausgestaltet, dass es zu einer möglichst gleichmäßigen Aufteilung der Vor- und Nachteile, vor allem der mit dem Vertrag verbundenen Lasten, auf die Vertragspartner kommt.<sup>13</sup>

*Wiesinger/Wohlgemuth* vertreten ausgehend von der Feststellung, dass „geeignete Leitlinien“ darum bemüht sind, die gegenläufigen Interessen potenzieller Vertragspartner möglichst ausgewogen zu berücksichtigen, die Auffassung, dass Leitlinien Produkte einer Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite mit dem Ziel sind, einen ausgewogenen, standardisierten Vertragsinhalt sicherzustellen.<sup>14</sup> Dabei sind „Leitlinien iSd § 99 Abs 2 BVergG [...] in erster Linie von dritter Seite zur Verfügung gestellte, also nicht vom Auftraggeber oder Auftragnehmer allein erstellte Standards“. Diesbezüglich weisen sie darauf hin, dass deren Entstehung konsensual erfolgt und darauf abziele, die gegenläufigen Interessen der Vertragspartner möglichst ausgewogen zu berücksichtigen.<sup>15</sup> Damit sehen auch *Wiesinger/Wohlgemuth* den Normzweck (zumindest) des § 99 Abs 2 BVergG 2006 im Interessenausgleich. Schließlich folgen sie den Ausführungen *Öblers*<sup>16</sup>, wonach eine am Normzweck orientierte Auslegung zum Ergebnis kommt, dass sich im Falle einer uneingeschränkten Heranziehbarkeit von durch den Auftraggeber formulierten Vertrags-

nahmsweise in einzelnen Punkten abgeben. Vgl weiters BVA 18. 12. 2007, N/0089-BVA/11/2007-28: Neben bestehenden ÖNORMEN darf der AG auch andere, vergleichbare, rechtliche oder technische Branchenstandards verwenden, soweit diese vorhanden sind.

10 Vgl auch *Öbler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 80 Rz 120; *Hagen/Essletzlichler*, ZVB 2006, 230; *Hackl* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 97 Rz 26; *Öbler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 99 Rz 115 ff.

11 Zur Frage etwa *Hagen/Essletzlichler*, ZVB 2006, 230; *dies*, ZVB 2006, 200; *Krejci*, ÖZW 2006, 5.

12 *Krejci*, ÖZW 2006, 5; insoweit folgend *Hagen/Essletzlichler*, ZVB 2006, 200.

13 *Krejci*, ÖZW 2006, 5; iE ebenso *Stempkowski*, Vergaberechtsmuster für Gemeinden (2006) 61; vgl. auch *Wiesinger/Wohlgemuth*, ZVB 2006, 326.

14 *Wiesinger/Wohlgemuth*, ZVB 2006, 326 mit Beispielen.

15 *Wiesinger/Wohlgemuth*, ZVB 2006, 331.

16 *Öbler*, Pflicht zur Vertragsnorm: Ende der Vertragsgestaltungsfreiheit öffentlicher Auftraggeber? in *Schramm/Aicher*, Vergaberecht und PPP II (2005) 32.

mustern, die Frage nach dem Bedeutungsinhalt der (im BVergG 2002 enthaltenen) Pflicht zur *Beschränkung von eigenen Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß* stellt. In diesem Fall hätte es der Auftraggeber nämlich in der Hand, seine eigenen *Leitlinien* zu ändern und damit „eigene Ausarbeitungen“ zu formulieren.<sup>17</sup>

Hagen/Essletzlichler betonen (hinsichtlich § 99 Abs 2 BVergG 2006) demgegenüber, dass auch einseitig erstellte Vertragswerke als *Leitlinien* qualifiziert werden können. Die einzige Voraussetzung liege in deren Standardisierung, die bereits mit der Verwendung der Vertragswerke für mehrere Ausschreibungen gegeben sei.<sup>18</sup> Dabei soll der von *Krejci* geortete Normzweck der „*ausgewogenen Vertragsbestimmung*“ – somit der dahinter liegende Interessenausgleich – nicht zwingend sein. Soweit man den Normzweck nicht in der „*Sicherstellung der Ausgewogenheit von Vertragsverhältnissen*“ sehe, sondern in der „*Vereinheitlichung und Standardisierung*“ erscheine eine Ausarbeitung von Leitlinien durch den Auftraggeber zulässig. Auch eine Beschränkung der Abweichung von den eigenen Leitlinien auf einzelne Punkte wäre nicht sinnlos. Damit soll dem so verstandenen Normzweck (Vereinheitlichung und Standardisierung) auch dann genüge getan sein, wenn vom Auftraggeber selbst erstellte Leitlinien in geeigneter Weise den interessierten Unternehmen bekannt gemacht und diese laufend verwendet werden. Auch die „*Eignung*“ der Leitlinien ergibt sich nach Auffassung von Hagen/Essletzlichler aus dem jeweiligen Gesetzeszweck. Sieht man diesen im *Interessenausgleich* (Sicherstellung eines ausgewogenen Vertragsverhältnisses), so liege nur dann eine „*geeignete*“ Leitlinie vor, wenn sie einen solchen Ausgleich gewährleistet. Sieht man den Gesetzeszweck dagegen in der *Vereinheitlichung von Ausschreibungsunterlagen bzw Leistungsverträgen und der leichteren Kalkulierbarkeit von Angeboten*, dann wären Leitlinien „*geeignet*“, die von einem oder mehreren Auftraggebern bekannt gemacht wurden und die durch diese Publikation und ihre fortlaufende Verwendung einen hohen Grad an Bestandskraft erreicht haben. Der Begriff „*geeignet*“ könne aber auch nur dahin auszulegen sein, dass vom Auftraggeber fachlich bzw inhaltlich passende Regelwerke zu verwenden sind.<sup>19</sup>

Öhler/Schramm waren zu § 80 Abs 2 BVergG 2002 (als Vorgängerbestimmung des § 99 Abs 2 BVergG 2006)

ebenfalls der Ansicht, dass „*nach der Absicht des Gesetzgebers [...] eine Standardisierung offenbar auch durch den jeweiligen AG selbst erfolgen [kann]. Nach dieser – am unbestimmten Wortlaut und der Absicht des Gesetzgebers orientierten – Auslegung können daher auch Vertragsmuster und einzelne Vertragsklauseln, die der AG intern verpflichtend vorgibt und regelmäßig seinen Ausschreibungen zugrunde legt, geeignete Leitlinien sein.*“<sup>20</sup> Zu § 99 Abs 2 BVergG 2006 vertreten Öhler/Schramm nunmehr die Auffassung, dass nur eine Standardisierung durch eine dritte Stelle gemeint sein kann, nicht eine Standardisierung durch den AG selbst. Nur dann könne der AG nämlich von diesen Leitlinien abweichen und ihn eine diesbezügliche Begründungspflicht treffen.<sup>21</sup>

Schmied führt dazu aus, dass im Begriff „*geeignete Leitlinie*“ zwei Aspekte stecken, „*nämlich die grundsätzliche formale Qualifikation sowie die konkrete sachliche Eignung (Bezug zum Ausschreibungsgegenstand, Sprache, Aktualität, Zweckmäßigkeit, Qualität, Genauigkeit, Branchenbezug etc)*“, ohne diese Begriffe näher zu erläutern.<sup>22</sup> Nach Ansicht des VfGH können unter „*geeigneten Leitlinien*“ nur „*solche verstanden werden [...], die für Lieferungen oder Dienstleistungen in einer bestimmten Branche vorhanden sind und üblicherweise in dieser Branche auch verwendet werden*“.<sup>23</sup> Damit scheint der VfGH zwar keine Definition der *Leitlinien* zu geben, aber zum Ausdruck bringen zu wollen, dass allenfalls vorhandene *Leitlinien* dann *geeignet* sind, wenn sie in der jeweiligen Branche üblicherweise verwendet werden. Jedenfalls sei der Begriff der „*geeigneten Leitlinie*“ oder der „*standardisierten Leistungsbeschreibung*“ aber nicht derart unbestimmt, „*dass öffentliche Auftraggeber, die über den nötigen Sachverstand verfügen, nicht beurteilen könnten, welche Leitlinien in ihrer Branche vorhanden sind und ob sie für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen üblich sind.*“ Als Beispiele für Standards – damit wohl für *Leitlinien* – werden ÖNORMen, ÖVE-Vorschriften und dergleichen genannt. Im Ergebnis trifft der VfGH daher keine näheren bzw weiterführenden Konkretisierungen des Begriffes der „*geeigneten Leitlinie*“, sondern geht lediglich davon aus, dass die Auftraggeber – und wohl auch die Auftragnehmer<sup>24</sup> – selbst wissen, ob und welche *Leitlinien* in ihrer Branche existieren und ob diese auch üblich sind, d.h. regelmäßig

17 Wiesinger/Wohlgemuth, ZVB 2006, 329 f.

18 Hagen/Essletzlichler, ZVB 2006, 200.

19 Hagen/Essletzlichler, ZVB 2006, 231 f.

20 Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 § 80 Rz 120.

21 Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006<sup>2</sup> § 99 Rz 116; weitergehend noch Öhler, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP II (2005) 33.

22 Schmied, Der Bezug auf technische Normen im BVergG – unbeachtete Facetten aus fachlichem Blickwinkel, ZVB 2009, 42.

23 VfGH 9. 3. 2007, G 174/06.

24 Wenngleich das gegenständliche VfGH-Erkenntnis nur auf den Auftraggeber abstellt, muss es insbesondere auch darauf ankommen, dass der angesprochene Sachverstand und damit die Kenntnis über das Vorhandensein von Leitlinien in der Branche bei den Bietern und damit den (potentiellen) Auftragnehmern vorliegen.

zur privaten oder öffentlichen Leistungsbeschaffung in der Branche herangezogen werden.

## 2.2. Eigener Konkretisierungsversuch

Die Darstellung der spärlichen Judikatur und des Schrifttums zeigt, dass bei dem Versuch einer Definition der „geeigneten Leitlinien“ zwischen dem Begriff der „Leitlinie“, als abstraktes und standardisiertes Regelwerk zur *Beschreibung und Aufgliederung bestimmter Leistungen* (§ 97 Abs 2 BVergG 2006) bzw *Festlegungen für den Leistungsvertrag* (§ 99 Abs 2 BVergG 2006) einerseits und deren vergaberechtlicher „Eignung“ (arg. „geeignet“) zu unterscheiden ist. Im Folgenden ist daher zunächst zu untersuchen, welche Beschreibungen und Festlegungen als *Leitlinie* gelten können. Erst wenn dies geklärt ist, ist darauf einzugehen, wann Leitlinien im Einzelnen auch vergaberechtlich *geeignet* sind. Diesbezüglich ist mE danach zu differenzieren, ob das jeweilige Regelwerk technische Leitlinien (§ 97 BVergG 2006) oder Vertragsbestimmungen (§ 99 BVergG 2006) enthält, da der Zweck der jeweiligen Regelwerke und der darauf bezogenen gesetzlichen Bestimmungen jeweils ein unterschiedlicher ist.

### 2.2.1. Der Normzweck der Regelwerke und der §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 als Ausgangspunkt

Der vergaberechtliche Zweck der Ausarbeitung *technischer Leitlinien* iS des § 97 BVergG 2006 liegt wohl vor allem in der *Standardisierung von Leistungsmerkmalen*, um die angebotenen Leistungen und Produkte besser vergleichbar bzw untereinander austauschbar zu machen.<sup>25</sup> Gerade die Vergleichbarkeit von Dienstleistungen und Produkten ist für die Vergabe durch öffentliche Auftraggeber von großer Bedeutung und gehört zum Wesen der öffentlichen Auftragsvergabe. Vergaberegeln streben eine rationale, nicht diskriminierende und Kosten sparende Vergabe an, die ohne eine derartige Vergleichbarkeit innerhalb des öffentlichen Sektors kaum erreichbar wäre.<sup>26</sup> Die Erstellung standardisierter technischer Leistungsverzeichnisse wird daher ausschließlich oder zumindest vornehmlich den Zweck der Standardisierung und damit der besseren Vergleichbarkeit haben. Der Normzweck des Interessenausgleichs hätte in diesem Zusammenhang keinen Sinn, da es bei technischen Leis-

tungsverzeichnissen lediglich um die Beschreibung und Aufgliederung der einzelnen, vom Auftraggeber geforderten technischen Leistungspositionen geht. Widerstreitende Interessen können hier grundsätzlich nicht entstehen. Nur dort, wo es um die Standardisierung von (zivilrechtlichen) *Vertragsbestimmungen* und damit um den Regelungsbereich des § 99 BVergG 2006 geht, liegt der zivilrechtliche Zweck der Schaffung und Heranziehung von allgemein geltenden Regelwerken im *Interessenausgleich*.<sup>27</sup> In diesem Fall stehen einander typischerweise die häufig gegenläufigen Interessen des Auftraggebers und der Bieter bzw der potentiellen Auftragnehmer gegenüber. Nun sind Ausschreibungsunterlagen in ihrer zivilrechtlichen Wertung (aufgrund des Interessensvorsprungs des Auftraggebers) AGBs gleichzuhalten. Dementsprechend sprach der OGH aus, dass bei der „*Vergabe von Aufträgen mit vorformuliertem Klauselkatalog, mit dem den Bieter der Vertragsinhalt – zumindest weitgehend – vorgegeben wird, [...] jene typische Ungleichgewichtslage vor[liegt], wie sie der Verwendung von AGB zu Eigen ist*“.<sup>28</sup> Das sich daraus – wie bei AGB – ergebende Erfordernis eines Interessenausgleichs kann bei Ausschreibungen am besten in Form der Heranziehung allenfalls vorhandener „*Leitlinien*“ erfolgen, die – soweit sie *geeignet* sind – die notwendige Interessenobjektivität wahren können. Da das Ungleichgewicht bei der Verwendung einseitiger Ausschreibungsunterlagen typischerweise in der mangelnden Bereitschaft des Auftraggebers liegt, den Bieter Einfluss auf die Vertragsgestaltung nehmen zu lassen, können durch die (zwingende) Verwendung „*geeigneter Leitlinien*“ die Interessen des Bieters am besten berücksichtigt werden.<sup>29</sup> Abweichend zur bisher zum Teil vertretenen Ansicht liegt den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 bzw den darin genannten Leitlinien trotz des weitgehend ähnlichen Wortlautes der Bestimmungen *kein identer Normzweck* zu Grunde. Der Normzweck des § 97 Abs 2 BVergG 2006 ist in der *Vereinheitlichung und Standardisierung der geforderten technischen Leistungsanforderungen an den Auftragsgegenstand und damit in der besseren Vergleichbarkeit der Angebote* zu sehen. Der Normzweck des § 99 Abs 2 BVergG 2006 liegt demgegenüber in der Schaffung eines *zivilrechtlichen Interessenausgleichs* zwischen den präsumtiven Vertragspartnern. An diesen Zwecken ist mE aber *lediglich* die Frage zu messen, ob eine Leitlinie iS der gegenständlichen Bestimmungen geeignet ist.

25 Vgl auch VfGH 9. 3. 2007, G 174/06.

26 VfGH 9. 3. 2007, G 174/06.

27 Vgl auch Öhler/Schramm in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 99 Rz 114 (Sicherstellung eines eindeutigen Leis-

tungsvertrages und eines an Rechten und Pflichten ausgewogenen Vertragsverhältnisses).

28 Vgl OGH 12. 8. 2004, 1 Ob 144/04i, JBl 2006, 103.

29 Vgl *Leitner* in Anm zu OGH 12. 8. 2004, 1 Ob 144/04i, JBl 2006, 106.

### 2.2.2. Der (weite) Begriff einer *Leitlinie*

Bei der Konkretisierung des Begriffs der *Leitlinie* scheint klar, dass dieser zunächst weit zu verstehen ist. Jedes technische Verzeichnisse bzw Vertragsbestimmungen enthaltende Regelwerk, das eine über den konkreten Auftrag hinausgehende Bedeutung erlangt, kann eine *Leitlinie* darstellen.<sup>30</sup> Daraus ergibt sich für die in der nachgezeichneten Diskussion umstrittene Frage, ob unter *Leitlinien* nur solche Regelwerke zu verstehen sind, die von (objektiver) dritter Seite geschaffen werden, oder auch solche, die vom Auftraggeber selbst verfasst wurden, klar, dass nicht nur von dritter Seite verfasste Regelwerke, sondern auch solche eines Auftraggebers, die dieser (zunächst) für sich selbst schafft, als *Leitlinien* gelten. Vorauszusetzen ist nur, dass das konkrete Regelwerk dem jeweiligen vergaberechtlichen Zweck – bspw. bei technischen Leistungsanforderungen einer Standardisierung zur besseren Vergleichbarkeit – entspricht. Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht der Umstand, dass den Auftraggebern in §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 die Möglichkeit eingeräumt wird, von geeigneten *Leitlinien* in einzelnen Punkten abzuweichen. Dem denkbaren Einwand, dass die ausdrückliche Einräumung einer Möglichkeit, von allenfalls vorhandenen *Leitlinien* geringfügig (in einzelnen Punkten) abgehen zu können, gegen ein Verständnis spricht, dass auch vom Auftraggeber selbst geschaffene Regelwerke als *Leitlinien* zu verstehen sind, da in diesem Fall ein Abweichen von diesen *Leitlinien* – als ein „Weniger“ – ohnehin selbstverständlich wäre und keiner besonderen Regelung im Gesetz bedürft hätte<sup>31</sup>, ist entgegenzuhalten, dass auch die vom Auftraggeber ursprünglich selbst geschaffenen Regelwerke ihre Eigenschaft als „*Leitlinie*“ erst durch deren Verwendung in mehreren Ausschreibungen erlangen. Liegt eine solche „Verkehrsgeltung“ und damit die *Leitlinien*-eigenschaft einmal vor, sind diese *Leitlinien* heranzuziehen. Dann kann von diesen nur noch in den Grenzen der §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 abgegangen werden und nicht mehr dadurch, dass einfach ein gänzlich neues Regelwerk geschaffen wird. Tatsächlich ist der *Leitlinien*begriff daher unproblematisch bei jedem Regelwerk von über den Einzelfall hinausgehende Bedeu-

tung und Geltung anzunehmen und zwar unabhängig vom Verfasser. Erst die Frage der „*Eignung*“ der *Leitlinie* bestimmt, ob ein Regelwerk als „*geeignete Leitlinie*“ iSd §§ 97 Abs 2 bzw 99 Abs 2 BVergG 2006 gelten und damit für die jeweiligen Ausschreibungen maßgeblich sein kann.

### 2.2.3. Vergaberechtlich „*geeignet*“ als Einschränkung des Begriffs „*Leitlinie*“

Eingeschränkt wird der Begriff der *Leitlinie* durch die Frage, ob das jeweilige Regelwerk vergaberechtlich *geeignet* ist. Da weder die gesetzlichen Bestimmungen, noch die Materialien zu den §§ 97 und 99 BVergG 2006 nähere Konkretisierungen zum Begriff der „*geeigneten Leitlinie*“ enthalten, fehlt auch eine Definition der notwendigen *Eignungsmerkmale*.<sup>32</sup> In der Literatur wird zu § 99 Abs 2 BVergG 2006 die Ansicht vertreten, dass *Leitlinien* dann geeignet sind, wenn sie den Anforderungen an einen eindeutigen Leistungsvertrag Rechnung tragen.<sup>33</sup> Der hier vertretenen Ansicht nach ist mit dem Normzweck der §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 zwischen den in § 97 Abs 2 BVergG 2006 angesprochenen technischen *Leitlinien* und den dem § 99 Abs 2 BVergG 2006 gegenständlichen Vertragsbestimmungen zu unterscheiden. Der Normzweck des § 97 Abs 2 BVergG 2006 liegt in der *Standardisierung der technischen Leistungsanforderungen an den Auftragsgegenstand*. Die „*Eignung*“ von *Leitlinien* ist im Anwendungsbereich des § 97 Abs 2 BVergG 2006 daher dann gegeben, wenn das jeweilige Regelwerk geeignet ist, die Beschreibungen und Aufgliederungen bestimmter technischer Leistungen zu vereinheitlichen und besser vergleichbar zu machen. Der Maßstab für die Standardisierung liegt dabei in der jeweiligen Branche der potentiellen Bieter für den gesuchten Auftragsgegenstand.<sup>34</sup> Von „*geeigneten Vertragsnormen*“ iSd § 99 Abs 2 BVergG 2006 kann man dann sprechen, wenn die gegenständlichen Regelwerke dem Zweck des Interessenausgleichs (Sicherstellung eines ausgewogenen Vertragsverhältnisses) genüge tun.<sup>35</sup> Dies ist bei von objektiver dritter Seite geschaffenen *Leitlinien* in der Regel anzunehmen.<sup>36</sup> Von einer „*geeigneten Leitlinie*“ wird man daher regelmäßig

30 Zur Bestimmung des *Leitlinien*begriffs helfen in diesem Zusammenhang die eingeschränkten Legaldefinitionen der „*Normen*“ in § 2 Z 23 BVergG und der „*technischen Spezifikationen*“ in § 2 Z 35 BVergG nicht weiter.

31 Vgl hierzu etwa *Krejci*, ÖZW 2006, 6; siehe auch *Hagen/Essletzbichler*, ZVB 2006, 230.

32 Vgl für den Bereich des § 99 Abs 2 BVergG 2006 bereits *Hagen/Essletzbichler*, ZVB 2006, 232.

33 *Öbler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 99 Rz 118.

34 Einzuschränken ist dies dahingehend, dass nur die Branchen solcher Bieter Maßstab sein können, die ihrerseits für die Erbringung des Auftrages geeignet – also insbesondere befugt – sind. Die Branchen nicht geeigneter Bieter können denklogisch nicht zur Qualifikation der *Eignung* von *Leitlinien* herangezogen werden, da ansonsten alle denkbaren Branchen maßgeblich wären.

35 Vgl bereits *Hagen/Essletzbichler*, ZVB 2006, 231.

36 Die Annahme eines Interessenausgleichs ergibt sich bei ÖNORMen mit vornormierten Vertragsinhalten (bspw. ÖNORM A 2060 – Allgemeine Werkvertragsnorm, oder ÖNORM B 2110 – Allgemeine

sprechen können, wenn es sich um in einer Branche allgemein geltende Regelwerke (Mustervertragsbestimmungen) handelt, die von **dritter – also neutraler – Seite aus der Branche für die allgemeine Verwendung** im Geschäftsverkehr geschaffen wurden und die von Branchenvertretern (z.B. Kammern, Gremien in Vertretungsorganen, österreichisches Normungsinstitut, etc.) anerkannt, empfohlen und/oder publiziert werden.<sup>37</sup> Bei ausschließlich vom Auftraggeber für sich selbst geschaffenen Leitlinien, die aufgrund ihrer Verwendung eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung erlangt haben, ist die Gewähr des Interessenausgleichs dagegen im Einzelfall zu überprüfen. Sind diese Vertragsnormen einseitig ohne Interessenausgleich verfasst, sind sie also für den (potentiellen) Auftragnehmer im Rahmen einer Interessenabwägung nachteilig (im Sinne der §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB), so ist deren „Eignung“ als Leitlinie iSd § 99 Abs 2 BVergG 2006 wohl nicht gegeben.

### 3. Anwendbarkeit von geeigneten Leitlinien ex lege?

Nach den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 sind die allenfalls vorhandenen geeigneten Leitlinien „heranzuziehen“. Unklar ist, ob sich daraus bereits eine unmittelbare gesetzliche Geltung im Sinne einer ex lege Anwendbarkeit aller im konkreten Zusammenhang (der konkreten Ausschreibung) denkbaren „geeigneten Leitlinien“ ergibt, oder ob der Gesetzgeber die Auftraggeber damit lediglich verpflichtet diese Leitlinien in die Ausschreibung aufzunehmen.

*Krejci* geht davon aus, dass Leitlinien durch den öffentlichen Auftraggeber in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen bzw den Ausschreibungsbedingungen zugrunde zu legen sind. Leitlinien gelten daher nicht schon per se und haben keine „unmittelbare Normwirkung“. Die Verpflichtung des Auftraggebers die Leitlinien seinen Ausschreibungsbedingungen zugrunde zu legen kommt einer solchen Wirkung nach Ansicht von *Krejci* jedoch recht nahe.<sup>38</sup> *Öhler/Schramm* gehen ebenfalls davon aus, dass geeignete Leitlinien als Vertragsbestimmung festgelegt werden müssen, um verbindlicher Teil des Leistungsvertrages werden zu können.<sup>39</sup> Somit sollen die Leitlinien nicht automatisch gelten.

Einschlägige vergaberechtliche Rechtsprechung ist zu dieser Frage bislang – soweit ersichtlich – noch nicht ergangen.<sup>40</sup> Aus zivilrechtlicher Sicht urteilte der OGH<sup>41</sup>, dass der bloß allgemeine Verweis auf geltende ÖNORMen zur konkreten vertraglichen Vereinbarung des gewährleistungsrechtlich umschriebenen Leistungsgegenstandes (dort: Anbringung einer Wärmedämmung) nicht ausreicht. Somit sind für die Vereinbarung von bestimmten ÖNORMen, die den Leistungsgegenstand erweitern, die konkreten ÖNORMen genau zu bezeichnen. In anderen Entscheidungen führte der OGH zur Verbindlichkeit von ÖNORMen aus, dass, soweit ÖNORMen nicht durch Rechtsvorschriften für verbindlich erklärt werden, ihnen nur der Charakter einer Richtlinie zukommt (ähnlich AGBs), die als Bestandteile von Einzelverträgen gelten sollen.<sup>42</sup> Die ÖNORMen gelten dann nur kraft Vereinbarung (allenfalls auch konkludent) oder wenn sie durch tatsächliche Übung der beteiligten Verkehrskreise zum Handelsbrauch oder zur Verkehrssitte erstarken und damit zur ergänzenden Auslegung heranzuziehen sind.<sup>43</sup> Diese Judikatur spricht grundsätzlich dafür, dass bei fehlender Bezeichnung der anwendbaren Leitlinien in der konkreten Ausschreibung, diese – mangels Vereinbarung infolge nicht ausreichender Konkretisierung – nicht automatisch gelten.

Im Einzelnen verbietet sich allerdings eine generelle Aussage, da die gegenständliche Frage nur mit Blick auf die Normkraft der jeweils *konkreten* „geeigneten Leitlinien“ geklärt werden kann. Für ÖNORMen kann sich eine verbindliche Anwendbarkeit – auch wenn eine solche nicht in der Ausschreibung vorgesehen ist – etwa aus dem Normengesetz ergeben. Gemäß § 5 NormG können ÖNORMen durch Gesetze oder Verordnungen zur Gänze oder teilweise für verbindlich erklärt werden. In einem solchen Fall ist jedenfalls von einer „automatischen“ Geltung der ÖNORM auszugehen. Dies aber nicht aufgrund vergaberechtlicher Regelungen, sondern aufgrund der Verbindlicherklärung durch den jeweiligen Rechtsakt. In anderen Fällen kommt ÖNORMen nur der – vom OGH angesprochene – Charakter einer Richtlinie (ähnlich AGBs) zu, die als Bestandteil von Einzelverträgen gelten soll.

Bauvertragsnorm) daraus, dass diese in den Fachnormenausschüssen des Österreichischen Normungsinstituts ausgearbeitet und dort im Konsensprinzip verabschiedet werden. Die Zusammensetzung der Ausschüsse aus Auftraggebern und Auftragnehmern garantiert prinzipiell eine ausgewogene Vertragsordnung (*Öhler in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP II 32 mwN; auch Wiesinger/Woblgemuth, ZVB 2006, 330*).

37 Vgl für den eingeschränkten Anwendungsbereich der technischen Spezifikationen durch ein anerkanntes Normungsgremium die Normendefinition des § 2 Z 23 BVergG.

38 *Krejci*, ÖZW 2006, 5.

39 *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 99 Rz 124; idS auch schon zur Vorgängerbestimmung § 80 Abs 2 BVergG 2002 (siehe *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2002 § 80 Rz 124 ff).

40 Vgl allerdings EuGH 26. 9. 2000, Rs C-225/98.

41 OGH 10. 7. 2003, 2 Ob 152/03x.

42 OGH 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98w; 23. 1. 2001, 7 Ob 265/00x; 27. 3. 2001, 1 Ob 262/00m.

43 OGH 23. 1. 2001, 7 Ob 265/00x; 27. 3. 2001, 1 Ob 262/00m; siehe auch OGH 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98w.

Damit ist die gegenständliche Frage allerdings noch nicht beantwortet. Zum einen stellen ÖNORMEN nämlich nur ein Beispiel für die in den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 genannten „geeigneten Leitlinien“ dar und zum anderen ist damit nicht geklärt, ob eine ex lege Anwendbarkeit allenfalls bestehender Leitlinien unmittelbar aus den §§ 97 und 99 BVergG 2006 selbst resultiert. Diesbezüglich ist auf die Materialien zu den §§ 97 und 99 BVergG 2006 zu verweisen, die jeweils davon sprechen, dass den Unternehmen mitzuteilen ist, welche Leitlinien relevant sind. Wenngleich der angesprochene Klammerausdruck nur iZm mit den ermöglichten Abweichungen von den Leitlinien angeführt ist, kann diese Anmerkung mE generell dahin verstanden werden, dass mangels Mitteilung die jeweiligen Richtlinien grundsätzlich nicht gelten. Die Anwendbarkeit der im konkreten Fall vorhandenen geeigneten Leitlinien ergibt sich daher nicht schon automatisch aus der in den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 enthaltenden Anordnung, diese heranzuziehen, vielmehr ist davon auszugehen, dass damit nur eine gesetzliche Verpflichtung geschaffen wird, dass die Auftraggeber die vorhandenen Leitlinien ausforschen und ihrer Ausschreibung zugrundelegen müssen.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass mE geeignete Leitlinien grundsätzlich nicht von Gesetzes wegen gelten und die §§ 97 und 99 Abs 2 BVergG 2006 dem Auftraggeber lediglich vorschreiben, diese in der Ausschreibung heranzuziehen und dieser zugrunde zu legen. Ohne gesonderte Bezugnahme gelten nur Bestimmungen die von sich aus Normcharakter haben (bspw. ÖNORMen gemäß § 5 NormG). Ansonsten können geeignete Leitlinien nur kraft Vereinbarung (auf Grundlage der Ausschreibung) gelten, oder wenn sie durch tatsächliche Übung der beteiligten Verkehrskreise zum Handelsbrauch oder zur Verkehrssitte erstarken und damit zur ergänzenden Auslegung der Bestimmungen in der Ausschreibung heranzuziehen sind.<sup>44</sup> Dies ist im Einzelfall zu prüfen. Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass die letztgenannte zivilrechtliche Geltung von Leitlinien wohl nur Fälle betreffen kann, in denen der öffentliche Auftraggeber entgegen der gesetzlichen Verpflichtung die bestehenden geeigneten Leitlinien – sei es aus Unkenntnis über deren Existenz, oder bewusst – nicht seiner Ausschreibung zugrunde gelegt hat.

#### 4. Zur Abweichung von vorhandenen geeigneten Leitlinien

Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen „in einzelnen Punkten“ von den anwendbaren geeigneten Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für diese abweichenden Festlegungen sind von ihm festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben (§§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006). Dazu ergeben sich zwei Fragenkomplexe, nämlich, ob (4.1.) eine *quantitative Grenze* für die Abweichungen konkretisiert werden kann und ob es (4.2.) eine *qualitative Beschränkung* der Abweichung dergestalt gibt, dass Auftraggeber nicht völlig frei von vorhandenen geeigneten Leitlinien abweichen können, sondern sie dafür einen sachlich gerechtfertigten Grund benötigen.

##### 4.1. Abweichende Festlegungen „in einzelnen Punkten“ als quantitative Grenze

Das gesetzlich eingeräumte Recht der Auftraggeber von anwendbaren Leitlinien „in einzelnen Punkten“ abweichende Festlegungen zu treffen bedarf zu seiner praktischen Anwendung einer näheren Konkretisierung hinsichtlich des Umfangs der erlaubten Abweichungen. Es muss dabei die Frage geklärt werden, welches Ausmaß an Abweichungen (noch) als abweichende Festlegungen „in einzelnen Punkten“ gewertet werden kann. Ein Blick auf die Materialien hilft bei der Beantwortung der gegenständlichen Frage nur unwesentlich. Der Ausschussbericht zu den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 führt nur an, dass der Auftraggeber lediglich in einzelnen Punkten „und somit nicht pauschal“ abweichende Festlegungen zu den Leitlinien treffen kann.<sup>45</sup> Die EBRV zu §§ 97 und 99 BVergG 2006 erwähnen, dass der Auftraggeber, im Gegensatz zur bisherigen Regelung des BVergG 2002 *in einzelnen Punkten* von den Leitlinien *abweichende Festlegungen treffen kann* ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre. Lediglich als *inhaltliche Grenze* für die Abweichungsmöglichkeit wird auf das *Missbrauchsverbot* hingewiesen. Klar scheint auf Grundlage des Gesetzeswortlautes und der Erläuterungen im Ausschussbericht daher nur, dass ein *gänzlich Abgehen* von den Leitlinien *nicht zulässig ist*.<sup>46</sup>

44 Vgl für ÖNORMen etwa OGH 23.1.2001, 7 Ob 265/00x; 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98k. Aufgrund des Gesetzeswortlautes und der Judikatur des VfGH, wonach es dem öffentlichen Auftraggeber jedenfalls zumutbar ist, zu erforschen, ob Standards vorhanden sind (VfGH 9. 3. 2007, G 174/06), ist den Auftraggebern anzuraten, vor Erstellung ihrer Ausschreibungsunterlagen Recherchen über das Vorliegen derartiger Leitlinien für das konkrete Beschaffungsvorhaben anzustellen. *Standardisierte Leistungsbeschreibungen*

gen sind zT etwa auf der Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit abzurufen (idS bereits *Stempkouski*, Vergaberechtsmuster für Gemeinden 62).

45 AB 1245 BlgNR 22. GP – abgedruckt bspw. bei *Elsner*, BVergG 2006<sup>2</sup> (2008) Rz 620, 625.

46 Bereits *Krejci*, ÖZW 2006, 6; vgl. auch *Hagen/Essletzlichler*, ZVB 2006, 232.

Der VfGH führte zur Frage der gesetzlich eingeräumten Möglichkeit abweichende Festlegungen von geeigneten Leitlinien zu treffen, unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien zum BVerfG 2006<sup>47</sup> aus, dass das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber „eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit [eröffnet], die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen“.<sup>48</sup> Das BVA gelangte in einer Fallgestaltung, in welcher der Auftraggeber an die Stelle der ÖNORM B 2110 – mithin einer „geeigneten Leitlinie“ iSd § 99 Abs 2 BVerfG 2006 – grundsätzlich seine eigenen Bedingungen treten ließ, sodass die Vertragsbestimmungen der ÖNORM überwiegend nicht zur Anwendung kamen und nur noch vereinzelt „in Randbereichen“ gelten sollten, zum Ergebnis, dass in diesem Fall nicht mehr von einer Abweichung „in einzelnen Punkten“ gesprochen werden könne. Das BVA sah die Intention des Gesetzgebers darin, dass Auftraggeber ihre eigenen Bedingungen grundsätzlich nur *ausnahmsweise* an die Stelle geeigneter Leitlinien setzen dürfen. Soweit die Leitlinie (dort: ÖNORM) nur noch in Randbereichen gelten sollte, könne von einer Abweichung in einzelnen Punkten nicht gesprochen werden.<sup>49</sup> Eine nähere Bestimmung des quantitativ zulässigen Umfangs der Abweichung traf damit auch das BVA nicht. Es zeigt sich aber, wie bereits von *Arztmann* zutreffend dargestellt, dass damit der vom VfGH eingeräumte sehr weite Gestaltungsspielraum für die Abweichung von Leitlinien, nicht schrankenlos ist. Die Abweichungen dürfen nicht dazu führen, dass abweichende Festlegungen den Regelfall darstellen und die heranzuziehende Leitlinie nur noch in vereinzelt Randbereichen gilt.<sup>50</sup> Aus der Literatur sind *Hagen/Essletzlichler* zu nennen, nach deren Ansicht es dem Auftraggeber verwehrt ist, *gänzlich* oder auch nur *großflächig* von den Leitlinien abzugehen. Eine Faustregel, ab wann ein „großflächiges Abweichen“ von geeigneten Leitlinien vorliegt, könne aber weder aus dem Gesetzestext noch aus den Materia-

lien abgeleitet werden. Von einem Abweichen über „*einzelne Punkte*“ hinaus sei jedoch spätestens dann auszugehen, wenn sich die Zahl der übernommenen Bestimmungen und die Zahl der Abweichungen beginnen „*die Waage zu halten*“ oder die in einer geeigneten Leitlinie ausgedrückten Wertungen des Verfassers ins Gegenteil verkehrt werden. Jedenfalls werde mit der Möglichkeit „*in einzelnen Punkten*“ von Leitlinien abzuweichen aber nur ein *quantitativer* Prüfungsmaßstab festgelegt.<sup>51</sup> *Öhler/Schramm* weisen darauf hin, dass der AG die geeigneten Leitlinien „grundsätzlich“ heranzuziehen hat und nur in Ansehung „*einzelner Regelungsthemen*“ abweichen darf. Insbesondere dürfe eine herangezogene Leitlinie nicht durch eine Vielzahl an Abweichungen gleichsam ausgehöhlt werden.<sup>52</sup> *Krejci* geht – gestützt auf den Wortlaut der Bestimmungen („*in einzelnen Punkten [...] abweichende Festlegungen treffen*“) – davon aus, dass Auftraggeber Ausschreibungen nicht völlig losgelöst von den „*Leitlinien*“ vornehmen dürfen, sondern sie sich vielmehr „*im Wesentlichen*“ bzw. „*prinzipiell*“ an diesen Leitlinien zu orientieren haben und eben nur in einzelnen Punkten davon abweichen dürfen.<sup>53</sup> Der Auftraggeber könne ein derartiges Regelwerk nicht schlicht und einfach beiseiteschieben und die Ausschreibung völlig losgelöst davon vornehmen. Man dürfe diese *Ausnahmeregelung* auch nicht durch eine so große Fülle an Ausnahmen durchlöchern, dass von der Leitlinie kaum noch etwas übrig bleibt. *Krejci* betont allerdings zutreffend, dass sich der Stellenwert oder das Gewicht einer einzelnen Regelung kaum quantifizieren lasse. Selbst wenn es daher eine konkrete Grenze (bspw. dass maximal 20 % der Leitlinie abgedungen werden dürfen) für die zulässige Abweichung gäbe, bliebe immer noch offen, welches Gewicht einer einzelnen ausgeklammerten Regelung zukommt. Zu Recht weist er darauf hin, dass es diesbezüglich wohl nicht auf die Anzahl der gestrichenen Zeilen im Verhältnis zum Gesamttext ankommen kann. Zudem seien die

47 Konkret wurde auf die RV 1171 BIGNR, 22 GP und den AB 1245 BlgNR, 22. GP verwiesen.

48 VfGH 9. 3. 2007, G 174/06.

49 BVA 25. 9. 2007, N/0078-BVA/14/2007-31, RPA, 2007, 283.

50 *Arztmann*, Anm. zu BVA 25. 9. 2007, N/0078-BVA/14/2007-31, RPA, 2007, 283 (285). Die „quantitative“ Prüfung der Abweichungen ergibt sich an Ansicht von *Arztmann* (aaO) nicht nur aus dem ausdrücklichen Wortlaut des § 99 Abs 2 BVerfG 2006, sondern auch in dem vom VfGH postulierten Normzweck der Standardisierung und Vereinheitlichung von Ausschreibungen, welcher bei einer Billigung umfangreicher und weitreichender Abweichungen unberücksichtigt bliebe. Dieser Gedanke ist grundsätzlich überzeugend. Es ist an dieser Stelle allerdings darauf hinzuweisen, dass nach der hier vertretenen Auffassung der Standardisierungszweck nur dem § 97 BVerfG 2006 zugrunde liegt. Nur für die Abwei-

chung von geeigneten *technischen* Leitlinien iSd § 97 Abs 2 BVerfG kann der Standardisierungszweck daher als Argument gegen – aufgrund des Gesetzeswortlautes ohnehin klar unzulässige – zu umfangreiche Abweichungen von den Leitlinien herangezogen werden. Der Interessenausgleichszweck des die Vertragsbestimmungen regelnden § 99 Abs 2 BVerfG 2006 würde dagegen nicht per se gegen – uU auch weitreichende – Abweichungen durch den Auftraggeber sprechen, soweit diese die Interessen der Bieter bzw Auftragnehmer hinreichend berücksichtigten. Wegen des ohnehin klaren Gesetzeswortlautes muss darauf aber nicht näher eingegangen werden.

51 *Hagen/Essletzlichler*, ZVB 2006, 232.

52 *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, BVerfG 2006<sup>2</sup> § 99 Rz 121.

53 Dazu und zum Folgenden *Krejci*, ÖZW 2006, 6.



einzelnen Regelungen häufig nicht von vergleichbarer ökonomischer bzw risikomäßiger Wertigkeit. Soweit es aber eine solche quantitative Grenze gäbe, so müssten nach einer solchen jedenfalls erheblich mehr als 50 % der „Leitlinie“ erhalten bleiben. Angesichts der mangelnden Wägbarkeit der „*einzelnen Punkte*“ sei ein solches quantitatives Denken aber ohnehin obsolet. Schließlich weist *Krejci* darauf hin, dass ein Abweichen nur „*in einzelnen Punkten*“ umso eher vorliegen wird, je weniger Bestimmungen abbedungen werden. Je größer der Umfang der ausgegrenzten Bestimmungen ist, desto größere Skepsis sei angebracht.

Ein allenfalls möglicher Lösungsansatz könnte mE der folgender sein: Bei jeder Leitlinie ist – gemessen am Normzweck der §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 – von einem „*Kernbereich*“ auszugehen, der die Mindeststandards gewährleistet. Damit sind bei *Vertragsnormen* (§ 99 Abs 2 BVergG 2006) die Mindestbestimmungen umfasst, die den *zivilrechtlichen Interessen* gerade noch gewährleisten. Zur Ermittlung dieses Kernbereichs ist eine Interessenabwägung im Einzelfall notwendig. Bei *technischen Normen* (§ 97 Abs 2 BVergG 2006) werden vom Kernbereich die Bestimmungen der Leitlinie umfasst, welche die einfache *Vergleichbarkeit der Angebote* als Mindeststandard gerade noch garantieren. Dieser misst sich daran, dass die auf Grundlage der verbliebenen Bestimmungen abgegebenen Angebote ausreichend einfach vergleichbar sind. Der hier angesprochene Kernbereich kann aber nicht abstrakt und daher für alle denkbaren Fälle gültig oder eindeutig definiert werden. Es bleibt eine Beurteilung im Einzelfall.

Im Übrigen ist mit der bisherigen vergaberechtlichen Judikatur gesichert festzuhalten, dass eine unzulässige Abweichung von einer Leitlinie jedenfalls dann vorliegt, wenn von ihr soweit abgewichen wird, dass sie nur noch in ihren Randbereichen anwendbar bliebe. Auf Grundlage des Gesetzeswortlauts („*Abgehen in einzelnen Punkten*“) überzeugen zusätzlich die Ausführungen *Krejcis*, wonach unter Annahme einer quantitativen Grenze jedenfalls mehr als 50 % der „Leitlinie“ erhalten bleiben müssen.<sup>54</sup>

#### 4.2. Qualitative Grenze – Missbrauchsverbot oder sachliche Rechtfertigung?

Neben der quantitativen Grenze stellt sich die Frage, ob weitere, rein inhaltliche, also *qualitative* Beschränkungen der Abweichung von einer Leitlinie existieren, sodass ein Auftraggeber nur bei Vorliegen bestimmter, sachlich gerechtfertigter Gründe von Leitlinien abweichen darf, oder ob ein solches Abweichen auch völlig grundlos und willkürlich erfolgen kann.

Gegen ein völlig willkürliches Abgehen von Leitlinien spricht bereits der Gesetzestext, wonach „*die Gründe für die abweichenden Festlegungen [...] vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben*“ sind. Dies lässt darauf schließen, dass bestimmte Gründe für das Abweichen vorliegen müssen und im Einzelnen genannt werden können, da diese Regelung sonst ins Leere ginge.<sup>55</sup> Zu Recht wurde aber darauf hingewiesen, dass die Anordnung eines Festhaltens von Gründen noch nicht bedeutet, dass ein Abweichen *nur aus ganz bestimmten Gründen* zulässig ist.<sup>56</sup> Fraglich ist daher *welche Gründe* zu einem solchen Abweichen berechtigen und ob es diesbezügliche Schranken gibt.

##### 4.2.1. Überblick über den Judikatur- und Meinungsstand

Die ältere vergaberechtliche Spruchpraxis zu den vergleichbaren Regelungen des BVergG 2002 sah die Zulässigkeit und Grenze der Abweichung von geeigneten Leitlinien (noch) in der *sachlichen Rechtfertigung*.<sup>57</sup> Der in § 80 Abs 2 BVergG 2002 enthaltene *Grundsatz der Beschränkung der eigenen Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß* wurde allerdings weder in § 99 Abs 2 noch in § 97 Abs 2 BVergG 2006 übernommen. Daher sprechen die Materialien zu den gegenständlichen Bestimmungen des BVergG 2006 ausdrücklich davon, dass in einzelnen Punkten von den Leitlinien abweichende Festlegungen getroffen werden können, „*ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre*“.<sup>58</sup> Als *inhaltliche* Grenze wird lediglich auf das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit verwiesen.<sup>59</sup> Die Begründungspflicht dient

54 Dazu und zum Folgenden *Krejci*, ÖZW 2006, 6.

55 Vgl *Stempkowski*, Vergaberechtsmuster für Gemeinden 61, der daraus das Erfordernis einer „gewissen“ sachlichen Rechtfertigung ableitet; siehe auch *Hagen/Essletzbichler*, ZVB 2006, 232 f.

56 *Hagen/Essletzbichler*, RPA 2006, 233.

57 BVA 23.04.2004, 17F-13/03-11. Im konkreten Fall war die Abweichung von der Leistungsbeschreibung Siedlungswasserbau durch die im Angebotsschreiben angeordnete „*Geltung der ÖNORM B 2110 mitsamt der darin verwiesenen ÖNORMen*“ nicht dadurch sachlich gerechtfertigt gewesen, dass die Leistung in der Leistungs-

beschreibung Siedlungswasserbau „*in zu viele einzelne Positionen*“ zergliedert war.

58 EBRV zu § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006; siehe auch AB zu § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006.

59 EBRV und AB zu § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006; *Kurbos*, ÖNORMen und BVergG 2006 – Begründungspflicht und Zulässigkeit von Abweichungen, ZVB 2006, 17 betont, dass die Neufassung um BVergG 2006 strenger sei, da nun lediglich in „*einzelnen Punkten*“ von Leitlinien abgewichen werden darf, ohne hierauf aber näher einzugehen.

in diesem Zusammenhang dem Nachweis, dass der Auftraggeber durch die abweichenden Festlegungen nicht die Grenze zum Missbrauch bzw die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten hat.<sup>60</sup>

Unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien geht der VfGH davon aus, dass das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, *nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit* eröffnet, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrages anzupassen.<sup>61</sup>

Im Schrifttum finden sich demgegenüber zahlreiche Stimmen, die für die Abweichung von Leitlinien nicht nur das Vorliegen bestimmter Gründe, sondern sogar eine sachliche Rechtfertigung verlangen. So betont etwa *Krejci* zum Sachlichkeitsgebot für Abweichungsgründe, dass Abweichungen von Leitlinien ihren Grund haben müssen, um „*konsequenterweise nicht als Oasen der reinen Willkür verstanden*“ zu werden. Die Begründungspflicht habe ihren Grund darin, schlichte Willkür zu verhindern. Gleichzeitig würde auch eine bloße Vorteilsverschaffung keine ausreichende Begründung liefern, da Abweichungen von Leitlinien „*mit dem grundsätzlichen Ziel, interessengerechte Verträge auszuschreiben, vereinbar*“ sein müssten. Auch dürfe eine solche Abweichung nicht zu einer gesetzeswidrigen oder gegen die guten Sitten verstoßenden Vertragsregel führen. Schließlich gelangt *Krejci* zu dem Ergebnis, dass eine *sachliche Rechtfertigung* der Abweichung – entgegen den Materialien – zu fordern ist, da Leitlinien die gleiche Funktion aufweisen wie dispositives Recht. Ein Abweichen von dispositivem Recht ohne sachliche Rechtfertigung würde aber § 879 Abs 3 ABGB widersprechen.<sup>62</sup>

*Wiesinger/Wohlgemuth* verlangen ebenfalls einen Grund für Abweichungen, wobei sie hinsichtlich der „Qualität“ der Begründung davon ausgehen, dass eine Abweichung dann zulässig ist, wenn dem Normzweck der Errichtung eines ausgewogenen Vertragsverhältnisses durch eine Abweichung von den geeigneten Leitlinien besser entsprochen werden kann als durch die Anwendung derselben. Sie fordern im Ergebnis eine sachliche Rechtfertigung für die Abweichung von Leitlinien.<sup>63</sup>

Auch *Stempkowski* geht mit Verweis auf das gesetzliche Erfordernis, dass die Gründe für abweichende Festlegungen vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben sind – entgegen den EBRV zum BVergG 2006 – vom Erfordernis einer „*gewissen*“ sachlichen Rechtfertigung aus.

Demnach impliziere die Begründungspflicht, dass ein willkürliches Abgehen von vorhandenen Leitlinien nicht statthaft ist, weil sie andernfalls obsolet wäre.<sup>64</sup>

*Hagen/Essletzlichler* betonen, dass reine Willkür, also das „bloße Wollen“, keinen ausreichenden bzw zulässigen Grund für Abweichungen darstellt und die Verpflichtung zum Festhalten der Gründe diesfalls entbehrlich wäre.<sup>65</sup> Aus dem Wortlaut des § 99 Abs 2 BVergG 2006, der keine Beschränkungen der denkbaren Begründung für ein Abweichen bzw keine Anforderungen an solche Gründe enthält, sowie den Materialien, die weder eine „*sachliche Rechtfertigung*“ noch „*eine sachliche Notwendigkeit für die Abweichung*“ verlangen, schließen sie, dass *keine Beschränkung auf bestimmte Gründe* gegeben sei. Die Begründungspflicht solle nur sicherstellen dass die interessierten Unternehmer von der Tatsache und den Beweggründen des Abweichens informiert werden und die damit verbundenen wirtschaftlichen, rechtlichen oder technischen Änderungen einschätzen können. Ablehnend stehen *Hagen/Essletzlichler* auch der Forderung nach einer *sachlichen Rechtfertigung* für Abweichungen gegenüber und begründen dies damit, dass der Gesetzestext keine Einschränkung hinsichtlich der Gründe für Abweichungen enthält und sich die Materialien klar gegen das Erfordernis einer „sachlichen Rechtfertigung“ aussprechen.<sup>66</sup>

#### 4.2.2. Bewertung der bisherigen Ansätze und eigene Auffassung

Die §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 sehen keinerlei qualitative Einschränkung oder Rechtfertigungserfordernisse vor. Es wird lediglich angeordnet, dass die Gründe des Abweichens – welche dies auch sein mögen – festzuhalten und auf Anfrage bekannt zu geben sind. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber ein Erfordernis einer *sachlichen Rechtfertigung für abweichende Festlegungen* in den Materialien ausdrücklich abgelehnt. Als inhaltliche Schranke werden einzig das *Missbrauchsverbot* bzw die *Sittenwidrigkeit* genannt. Damit stehen jene Auffassungen, die dennoch eine sachliche Rechtfertigung für ein Abweichen von geeigneten Leitlinien fordern, gegen den Gesetzeswortlaut und die unmissverständlichen Äußerungen des Gesetzgebers in den Materialien. Zwar sind die in den Gesetzesmaterialien getätigten Äußerungen zugestandenermaßen nicht zum Gesetz geworden und sie stellen daher im Wesentlichen nur Auslegungs-

60 EBRV zu § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006.

61 VfGH 9. 3. 2007, G 174/06.

62 *Krejci*, Muss ein Abweichen von ÖNORMen bei Ausschreibungen nach dem BVergG 2006 sachlich gerechtfertigt sein? RPA 2006, 71 ff; *ders.*, ÖZW 2006, 7 ff.

63 *Wiesinger/Wohlgemuth*, ZVB 2006, 325, 330.

64 *Stempkowski*, Vergaberechtmuster für Gemeinden, 61.

65 *Hagen/Essletzlichler*, ZVB 2006, 232, unter Verweis auf *Krejci*, ÖZW 2006, 7.

66 *Hagen/Essletzlichler*, ZVB 2006, 233 ff.

helfen dar, es müssten aber gewichtige Gründe gefunden werden, von dem in den Materialien zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Willen abzugehen und eine sachliche Rechtfertigung für das Abweichen von Leitlinien zu fordern.

*Krejcis* Ansatz ist aus (rein) zivilrechtlicher Sicht richtig. Allenfalls könnte im vergaberechtlichen Kontext noch ergänzt werden, dass das Abweichen von (technischen) Leitlinien<sup>67</sup> im Vergaberecht gerade nicht zwingend sachlich gerechtfertigt sein muss, geht es doch dort (vergaberechtlich) um die Vergleichbarkeit der Angebote. Der bezüglichen Argumentation kann überdies entgegnet werden, dass sie voraussetzt, dass die Leitlinien selbst als *dispositives Recht* anzusehen bzw diesem gleichzusetzen und die Abweichungen daran zu messen sind. Eine solche Gleichsetzung der Leitlinien mit dispositivem Recht (samt direkter Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB) ist aber uU nicht gerechtfertigt: Wenngleich ihre Funktion im Ergebnis ähnlich sein mag, können als *dispositive Normen* mE lediglich die die Normenbindung anordnenden §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 angesehen werden, nicht aber die durch diese zur Anwendung berufenen *Leitlinien* selbst, da diese nicht die von § 879 Abs 3 geforderte dispositive Rechtsqualität haben.<sup>68</sup> Auch die gegenständlichen Gesetzesbestimmungen und die diesen zugrundeliegenden Gesetzesmaterialien fordern eine sachliche Rechtfertigung der Abweichung nicht mehr.

Soweit – wie etwa durch *Stempkowski* – versucht wird über die vorgesehene Begründungspflicht das Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung zu implementieren, ist zu entgegnen, dass der Zweck der Begründungspflicht der §§ 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006 mE einzig darin liegt, das (zulässige) Abgehen des Auftraggebers von der vergaberechtlichen Normenbindung nachvollziehbar zu machen (Transparenz). Mit *Hagen/Essletz- bichler* ist davon auszugehen, dass damit den Bietern die Möglichkeit eingeräumt werden soll, die mit den Abweichungen verbundenen wirtschaftlichen, rechtlichen oder technischen Änderungen einzuschätzen.<sup>69</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Abweichungsmöglichkeit, auch wenn keine sachliche Rechtfertigung dafür zu fordern ist, keineswegs völlig frei ist. Nach dem klaren Wortlaut der Materialien darf ein solches Abweichen nämlich nicht *missbräuchlich* oder in *Überschreitung der Grenze zur Sittenwidrigkeit* erfolgen.<sup>70</sup> Die Begründungspflicht dient daher – in Entsprechung des Transparenzgebotes - der Überprüfbarkeit, ob der Auftraggeber durch die abweichenden Festlegungen nicht die Grenze zum Missbrauch bzw zur Sittenwidrigkeit überschritten hat. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach dem Wortlaut der Materialien die Grenze der Abweichungsmöglichkeiten jedenfalls auch im missbräuchlichen Verhalten und der Sittenwidrigkeit liegt, ohne dass auf eine sachliche Rechtfertigung rekuriert werden müsste.

67 Technische Leitlinien haben ja nach der hier vertretenen Ansicht einen anderen als den zivilrechtlichen/ vertraglichen Normzweck des Interessenausgleichs.

68 Das ist insb. bei Vertragsnormen der Fall. Ausnahmen können allenfalls durch das Normengesetz verbindlich erklärte technische Normen sein.

69 *Hagen/Essletz- bichler*, ZVB 2006, 233.

70 EBRV zu § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006.

## Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Der für die Normenbindung notwendige Leitlinienbegriff ist unproblematisch bei jedem Regelwerk von über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung und Geltung anzunehmen, dies unabhängig vom Verfasser. Von einer „geeigneten“ Leitlinie ist hingegen erst auszugehen, wenn es sich um ein in der Branche allgemein geltendes Regelwerk (bspw Mustervertragsbestimmung) handelt. Ein solches liegt jedenfalls vor, wenn es von dritter – also neutraler – Seite aus der Branche für die allgemeine Verwendung im Geschäftsverkehr ge-

schaffen wurde und es von Branchenvertretern (z.B. Kammern, Gremien in Vertretungsorganen, österreichisches Normungsinstitut, etc.) anerkannt, empfohlen und/oder publiziert wird. Bei ausschließlich vom Auftraggeber für sich selbst geschaffenen Leitlinien, die aufgrund ihrer Verwendung eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung erlangt haben, ist allenfalls durch eine Interessenabwägung zu ermitteln, ob sie konkret geeignet sind. Geeignete Leitlinien gelten grundsätzlich nicht von Gesetzes wegen. Ohne gesonderte Bezug-

nahme gelten nur Bestimmungen, die von sich aus Normcharakter haben (bspw. verbindlich erklärte ÖNORMEN gemäß § 5 NormG). Ansonsten können geeignete Leitlinien nur kraft Vereinbarung (auf Grundlage der Ausschreibung) gelten, oder wenn sie durch tatsächliche Übung der beteiligten Verkehrskreise zum Handelsbrauch oder zur Verkehrssitte erstarken und damit zur ergänzenden Auslegung heranzuziehen sind.

Die Frage, inwieweit von Leitlinien abgewichen werden darf, richtet sich danach, ob mit dem Abweichen von der Leitlinie der Normzweck der §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 noch eingehalten werden kann. Soweit der verbliebene Rest der Leitlinie ausreicht die

geforderten technischen Leistungsanforderungen an den Auftragsgegenstand zu vereinheitlichen und damit die einfache Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten (§ 97 Abs 2 BVergG 2006) oder bei Vertragsbestimmungen den konkret notwendigen zivilrechtlichen Interessenausgleich (§ 99 Abs 2 BVergG 2006) zu schaffen, wird man in der Regel noch von einem „Abgehen in einzelnen Punkten“ sprechen können. Qualitativ liegt die Grenze der Abweichungsmöglichkeiten im missbräuchlichen Verhalten und der Sittenwidrigkeit. Eine Pflicht zur sachlichen Begründung bzw Rechtfertigung, warum abgewichen wird, ist dagegen nicht anzunehmen.

## Europäische Kommission: Nationale Regelung, wonach Schadenersatzansprüche aufgrund von Verstößen des Auftraggebers gegen Gemeinschaftsvergaberecht von der Voraussetzung des Verschuldens abhängig gemacht werden, ist richtlinienwidrig.

Von Werner Mecenovic

Die Europäische Kommission hat im Vorabentscheidungsverfahren des EuGH (RS C-314/09\*) die Auffassung vertreten, dass Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge einer nationalen Regelung entgegenstehe, wonach Schadenersatzansprüche aufgrund von Verstößen des Auftraggebers gegen Gemeinschaftsvergaberecht von der Voraussetzung des Verschuldens abhängig gemacht werden. Dies gelte auch dann, wenn diese Regelung dahingehend angewendet werde, dass grundsätzlich Organverschulden des Auftraggebers zu vermuten und seine Berufung auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit insofern mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit ausgeschlossen sei.<sup>1</sup>

Zur Frage, inwieweit ein Auftraggeber an die Entscheidung der Vergabekontrollbehörde gebunden sei, hat die Kommission hilfsweise ausgeführt, dass es je nach Ausgestaltung des Rechtsschutzes auf nationaler Ebene vorkommen könne, dass sich im Nachhinein die Rechtswidrigkeit formell rechtskräftiger Entscheidungen herausstellt und dass als Konsequenz Schadenersatzansprüche möglich werden. Dies sei aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich nicht unzulässig. Der effektiven Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Ansprüche könne eine solche Ausgestaltung jedoch nicht entgegenstehen. Die Kommission nimmt damit wohl nur die Bindungswirkung formell und materiell rechtskräf-

\* Das Vorabentscheidungsersuchen des OGH (6 Ob 268/08 t vom 02.07. bzw. 18.08.2009) ist in RPA 2009, 302 (Reisner) veröffentlicht.

1 Ähnlich bereits Egger, Europäisches Vergaberecht (2008) Rz 1594, der ausführt, dass das objektive Fehlverhalten des Auftraggebers ausreiche.