

OGH: Kein direkter Anspruch des Bieters auf Durchsetzung allfälliger Ausschreibungsverpflichtungen nach dem Stellenbesetzungsgesetz/BThOG

1. Streitigkeiten im Zusammenhang mit behaupteten Verletzungen von Ausschreibungspflichten nach dem Stellenbesetzungsgesetz/BThOG sind vor den ordentlichen Gerichten im Zivilrechtsweg auszutragen.
2. Verstöße gegen Ausschreibungsverpflichtungen nach dem Stellenbesetzungsgesetz machen die direkt abgeschlossenen Verträge nicht nichtig.
3. Wird durch das Gesetz ausdrücklich kein Rechtsanspruch auf Ausschreibung normiert und besteht weiters kein Rechtsanspruch des potentiellen Bewerbers auf Vertragsabschluss und nicht einmal auf Reihung nach einem strengen Punktesystem, so hat er auch kein subjektives Recht auf Einhaltung allfälliger Ausschreibungspflichten.
4. Das zivilrechtliche Feststellungsbegehren der Verpflichtung des Beklagten, in Hinkunft die Position des Geschäftsführers öffentlich auszuschreiben, bedeutet nichts anderes als die Auflegung dieser Verpflichtung und ist damit tatsächlich ein zivilrechtliches Leistungsbegehren.

OGH 30.11.2011, 7 Ob 120/11i

„Geschäftsführer der österreichischen Bundestheater“

§ 10 Z 12 BVergG 2006, § 12 Abs 3, 28 BThOG, § 4 Stellenbesetzungsg, § 228 ZPO

Arbeitsvertrag, Ausschreibungspflicht, Rechtsanspruch auf Ausschreibung, Ausschreibung nach Sondergesetz, Geschäftsführer, subjektives Recht, Transparenz, Ausnahme von der Ausschreibungspflicht, Feststellungsbegehren, Leistungsbegehren, Zuständigkeit, Zivilgerichte.

Von Philipp Götzl

Sachverhalt

Dr. G***** S***** wurde nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens gemäß Stellenbesetzungsgesetz¹ zum Geschäftsführer der (nach Ausgliederung der österreichischen Bundestheater geschaffenen) B***** GmbH bestellt. [...] Es wurde ein entsprechender Geschäftsführervertrag abgeschlossen, wonach Dr. G***** S***** [...] ab 1. 9. 1999 endgültig die Funktion des Geschäftsführers mit fünfjähriger Vertragslaufzeit wahrnimmt. Mit „Additionale“ vom 2. 8. 2004 wurde der Geschäftsführervertrag um weitere fünf Jahre bis 31. 8. 2009, und schließlich mit „Additionale“ vom 17. 10. 2008 um weitere drei Jahre bis zum 31. 8. 2012, verlängert. Die beiden Verlängerungen des Geschäftsführervertrags fanden ohne vorherige Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens statt.

1 Bundesgesetz über Transparenz bei der Stellenbesetzung im staatsnahen Unternehmensbereich BGBl. I Nr. 26/1998.

Der Kläger ist graduiertes Kunstmanager [...] und besitzt eine ca. zehnjährige internationale Berufserfahrung als Orchestermanager. Darüber hinaus ist er promovierter Jurist. Für den Fall, dass die Stelle des Geschäftsführers der B**** GmbH bei der letzten Verlängerung des bestehenden Geschäftsführervertrags von Dr. G**** S**** ausgeschrieben worden wäre, hätte er sich im Rahmen der Ausschreibung dafür beworben und würde sich auch bei einer folgenden Ausschreibung um die Stelle bewerben. Er begehrt die beklagte Partei schuldig zu erkennen, die Position des Geschäftsführers der B**** GmbH zur Folge der Bestimmungen des Stellenbesetzungsgesetzes im Zusammenhang mit dem Bundestheaterorganisationsgesetz² nach Ablauf des Vertragsverhältnisses für eine Wiederverlängerung öffentlich auszuschreiben, sowie als Eventualbegehren, dass festgestellt werde, dass die beklagte Partei verpflichtet sei, nach Ablauf der Vertragsdauer die Position des Geschäftsführers der B**** GmbH zur Folge der Bestimmungen des Stellenbesetzungsgesetzes im Zusammenhang mit dem Bundestheaterorganisationsgesetz auszuschreiben. [...]

Das Erstgericht gab dem Hauptbegehren statt. Aus einem Umkehrschluss aus § 12 Abs 3 BThOG ergebe sich, dass die Wiederbesetzung ebenfalls der Ausschreibungspflicht des Stellenbesetzungsgesetzes unterliege. Dem Kläger sei sein subjektives Recht genommen worden, an einer Bewerbung teilzunehmen, weil der Geschäftsführervertrag mit Dr. G**** S**** nunmehr bereits zum zweiten Mal ohne Ausschreibung verlängert worden sei. Das Berufungsgericht änderte das angefochtene Urteil dahin ab, dass es das Hauptbegehren abwies, aber dem Eventualbegehren stattgab. Die Anwendbarkeit des Ausschreibungsgesetzes auf Neubestellungen von Geschäftsführern nach dem BThOG sei nunmehr unstrittig. Die absolute Nichtigkeit von Stellenbesetzungen ohne vorangehende Ausschreibung gebe dem Kläger zwar das Recht, sich auf diese Nichtigkeit zu berufen und Schadenersatzansprüche geltend zu machen, verschaffe ihm aber keinen Rechtsanspruch, die unverzügliche Durchführung des Ausschreibungsverfahrens gegen die Beklagte mit einem Leistungsbegehren gerichtlich durchzusetzen. Das Eventualfeststellungsbegehren sei hingegen für den Fall der Missachtung der Ausschreibungspflicht berechtigt. [...]

Der Oberste Gerichtshof wies sowohl das Haupt- als auch das Eventualbegehren mit folgender Begründung ab:

Aus der Begründung

[...] Der Oberste Gerichtshof hat in seiner in diesem Verfahren ergangenen Entscheidung vom 30. 9. 2009, 7 Ob 119/09i, ausgesprochen, dass mangels angeordne-

ter verwaltungsbehördlicher Sonderkompetenz Streitigkeiten im Zusammenhang mit behaupteten Verletzungen von Ausschreibungspflichten nach dem Stellenbesetzungsgesetz/BThOG vor den ordentlichen Gerichten im Zivilrechtsweg auszutragen sind. [...] Mit seiner Entscheidung 8 ObA 1/11x entschied der Oberste Gerichtshof weiter, dass [...] allfällige Verstöße gegen die Ausschreibungsverpflichtung nach dem Stellenbesetzungsgesetz die direkt abgeschlossenen Verträge nicht nichtig machten. Selbst wenn eine Verletzung der Ausschreibungsverpflichtung vorläge, so wäre die offene Position dennoch wirksam besetzt worden und es bestünde weder eine Verpflichtung zur Ausschreibung noch käme dem Feststellungsbegehren Berechtigung zu. Inwieweit Schadenersatzansprüche „potentieller“ Stellenbewerber denkbar wären, sei nicht zu klären.

Im vorliegenden Fall beziehen sich die Begehren des Klägers auf die Verpflichtung der Beklagten zur Ausschreibung erst nach Ablauf des bereits mit einem Dritten abgeschlossenen (verlängerten) Vertrags vor einer neuerlichen Verlängerung. Im Gegensatz zur Ansicht des Klägers stellt sich damit die, im Übrigen ohnehin schon von der Entscheidung 8 ObA 1/11x geklärte, Frage der Nichtigkeit des bestehenden Vertragsverhältnisses mit dem Dritten nicht.

Das Hauptbegehren ist ein Leistungsbegehren, das auf eine zukünftige, erst nach Schluss der Verhandlung erster Instanz fällige Leistung gerichtet ist. Die Fragen, ob unter Anerkennung der besonderen Interessenlage in diesem Fall allenfalls eine vorbeugende Leistungsklage zulässig wäre (zu sukzessiven Lieferungen [RIS-Justiz RS0106147]; zu Dauerschuldverhältnissen [RIS-Justiz RS0001275]; bei besonderem Rechtsschutzbedürfnis RIS-Justiz RS0037617 insbes [T1 und T2], 1 Ob 663/89) und ob der Beklagten eine Verletzung einer Ausschreibungspflicht konkret bei der Wiederbestellung der Position des Geschäftsführers der B**** GmbH vorzuwerfen ist, können dahingestellt bleiben, weil ein direkter Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Durchsetzung ihrer allfälligen Ausschreibungsverpflichtung zu verneinen ist: Der Abschluss von Arbeitsverträgen ist von vornherein nach § 10 Z 12 BVergG 2006 von seinem Geltungsbereich ausgenommen (vgl auch *Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006², § 10 Rz 296 ff). Die Ausschreibungsverpflichtung kann sich nur aus dem BThOG iVm dem Stellenbesetzungsgesetz ergeben, wie dies der Kläger auch geltend macht. [...] Ausdrücklich werden den Bewerbern

2 Bundesgesetz über die Neuorganisation der Bundestheater (Bundestheaterorganisationsgesetz – BThOG), BGBl. I Nr. 108/1998.

[im Stellenbesetzungsgesetz] keine subjektiven Rechte eingeräumt und es werden auch keine Rechtsfolgen für den Fall angeordnet, dass rechtswidrig eine öffentliche Ausschreibung nach § 2 leg cit unterbleibt.

Nach der ständigen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts besteht in der Regel weder ein Anspruch auf Ernennung zur Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses, noch kommt dem Bewerber im Ernennungsverfahren Parteistellung zu. Anderes gilt nur in jenen Fällen, in denen die Auslegung der für die Ernennung maßgebenden Vorschriften zum Ergebnis führt, dass im Ernennungsverfahren subjektive Rechte der Bewerber unmittelbar berührt werden (VfGH Erk v. 25. 9. 2006 B 948/05; VfSlg 14.732 mwN). Es besteht auch kein Anspruch auf ein Verfahren über einen darauf abzielenden Antrag. Diese Rechtsprechung ist auf die Aufnahme in ein privatrechtliches Dienstverhältnis zu übertragen (VfGH Erk v. 25. 9. 1996 B 88/96). Insoweit vergleichbar wird auch ein Anspruch des sich bewerbenden Arztes auf Abschluss eines Einzelvertrags mit dem zuständigen Träger der Krankenversicherung verneint (7 Ob 297/00x mwN). Da sich weder aus dem BThOG noch aus dem Stellenbesetzungsgesetz ein Hinweis darauf ergibt, dass einem Bewerber ein subjektives Recht auf Vertragsabschluss zustehen soll, ist von diesen Grundsätzen nicht abzugehen.

Der Zweck des Stellenbesetzungsgesetzes ist es, dass die Leitungsfunktionen jener Unternehmen, die ihm unterliegen, mit den geeignetsten Personen besetzt werden sollen (vgl. *Zouplna/Wildmoser*, Öffentliche Ausschreibung bei der Wiederbestellung von Organmitgliedern? in GeS 2009, 353 [354]). Die Ausschreibung hat jene besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten zu enthalten, die im Hinblick auf die Erfüllung der mit der ausgeschriebenen Stelle verbundenen Aufgaben von den Bewerbern erwartet werden und sie hat darüber hinaus über die Aufgaben des Inhabers der ausgeschriebenen Stelle Aufschluss zu geben (§ 2 Abs 3 Stellenbesetzungsgesetz). Durch §§ 2 und 4 BThOG erfolgt allerdings eine grundsätzliche Darlegung des kulturpolitischen Auftrags und der Aufgaben der dem Gesetz unterliegenden Gesellschaften. Auch wenn durch die Ausschreibung die konkret vom potentiellen Bewerber für die Stelle gewünschte Qualifikation präzisiert wird, ist nicht zu übersehen, dass das entscheidende Organ schon im

Hinblick auf die vom Geschäftsführer zu erbringenden Leistungen letztlich nicht nur nach einem streng gebundenen Punktesystem den geeignetsten Bewerber im Sinn des § 4 Stellenbesetzungsgesetzes auswählen kann, sondern auch Abwägungen von Fähigkeiten vornehmen muss.

Auch zum Vergaberecht, das sich grundsätzlich auf Verträge mit vergleichbaren (Werk)Leistungen bezieht, wird (ohne dass in dieser Entscheidung weiter darauf einzugehen ist) vertreten, dass der Bieter keinen Anspruch auf Ausschreibung hat (*Rummel/Lux*, Die zivilrechtlichen Konsequenzen des Vergaberechts, in *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/3, Vergaberecht, 67; *Holly*, Private Enforcement im Vergaberecht, in *ecolex* 2006, 813 [816]).

Wird durch das Gesetz ausdrücklich kein Rechtsanspruch auf Ausschreibung normiert und besteht weiters kein Rechtsanspruch des potentiellen Bewerbers auf Vertragsabschluss und nicht einmal auf Reihung nach einem strengen Punktesystem, so hat er auch kein subjektives Recht auf Einhaltung allfälliger Ausschreibungspflichten (aA offenbar *Wilhelm*, Beiläufige zivilistische Bemerkungen zum Stellenbesetzungsgesetz in *ecolex* 1998, 826 [827 f]). Das Klagebegehren ist ausschließlich auf die Einhaltung einer allfälligen Ausschreibungspflicht der Beklagten gerichtet. [...] Es kommt aber auch dem Eventualfeststellungsbegehren im Gegensatz zur Rechtsmeinung des Berufungsgerichts keine Berechtigung zu. Ob ein Klagebegehren als Leistungsbegehren oder als Feststellungsbegehren anzusehen ist, richtet sich nicht nach der wörtlichen Fassung, sondern nach dem Inhalt des Begehrens (RIS-Justiz RS0039913). Auch wenn der Kläger sein Eventualbegehren in der Form eines Feststellungsbegehrens gestellt hat, so bleibt es inhaltlich dennoch ein Leistungsbegehren und ist ident mit dem Hauptbegehren. Die „Feststellung“ der Verpflichtung der Beklagten, (in Hinkunft) die Position des Geschäftsführers öffentlich auszuschreiben, bedeutet nichts anderes als die Auflegung dieser Verpflichtung. Dieses Begehren besteht, wie oben dargelegt, nicht zu Recht. Im Gegensatz zu den Ausführungen in der Revisionsbeantwortung des Klägers bezieht sich das Feststellungsbegehren seinem Wortlaut und seiner Intention nach eindeutig nicht auf die Feststellung der Haftung der Beklagten aus dem vorgeworfenen rechtswidrigen Verhalten. [...]

Hinweis für die Praxis:

Klar ist, dass der Abschluss von Arbeitsverträgen nach § 10 Z 12 BVergG 2006 vom Geltungsbereich des BVergG 2006 ausgenommen ist. Eine diesbezügliche Ausschreibungs-

pflcht muss sich sohin aus einer besonderen gesetzlichen Regelung ergeben, wie hier nach dem BThOG iVm dem Stellenbesetzungsgesetz. Der veröffentlichte Sachverhalt differen-

ziert nicht ausreichend, ob der bezügliche Geschäftsführer künstlerischer oder kaufmännischer Geschäftsführer ist, es wird sich dabei aber wohl um die Stelle des kaufmännischen Geschäftsführers der entsprechenden Theaterholding handeln, sodass die Ausnahmebestimmung zur Bestellung des künstlerischen Geschäftsführers ohne Ausschreibung nach § 12 Abs 3 BThOG aus diesem Grund nicht heranzuziehen war. Maßgeblich bleiben daher die Bestimmungen des Stellenbesetzungsgesetzes, welches aber keinen genauen Ablauf der Vergabe regelt, sondern lediglich vorsieht, dass eine ihm unterliegende Stellenbesetzung mit öffentlicher Ausschreibung innerhalb der genannten zeitlichen Grenzen zu erfolgen hat (§ 2 Abs 1 u Abs 2 Stellenbesetzungsgesetz). Weiters hat die bezügliche Besetzung durch das zuständige Organ ausschließlich aufgrund der Eignung der Bewerber zu erfolgen (§ 4 Abs 1 leg cit). *Wilhelm*³ weist zutreffend auf die besondere Problematik einer Ausschreibung mit derart rudimentären Vorgaben hin, die Wertungen enthält, die sich nicht objektivieren lassen. So lässt es die Ausschreibung auch genügen, dass sie lediglich „besondere Kenntnisse und Fähigkeiten“ fordert, die vom Bewerber „in Hinblick auf die Erfüllung der mit der ausgeschriebenen Stelle verbundenen Aufgaben“ zu erwarten sind (§ 2 Abs 3 leg cit). Derartige Bestimmungen entsprechen den Vorgaben an eine moderne, transparente und nachvollziehbare Vergabe nicht mehr. So fehlt etwa auch ein Maßstab für die persönliche Zuverlässigkeit und ermöglichen es diese Vorgaben, das Anforderungsprofil ausschließlich auf einen Kandidaten zuzuschneiden.⁴ Schließlich sieht das Stellenbesetzungsgesetz spezielle Vertragsschablonen für den dann abzuschließenden Geschäftsführervertrag vor. Sanktionen für den Fall, dass eine Ausschreibung nicht nach dem Gesetz erfolgt, insbesondere Nichtigkeitssanktionen, sind nicht enthalten. Mangels der Anwendbarkeit des BVergG

2006 auf den vorliegenden Sachverhalt kann auch die nunmehr im BVergG 2006 vorgesehene Nichtigkeitssanktion für unzulässige Direktvergaben nicht (mangels echter Lücke auch nicht analog) angewandt werden. Eine vorbeugende Leistungsklage scheitert indes daran, dass der Bieter im gegenständlichen Zusammenhang kein Recht auf Ausschreibung hat (so bereits mit OGH 8 ObA 1/11x). Auch ein Begehren auf Aufhebung des abgeschlossenen Vertrages wäre ohne Erfolg geblieben, da eine Nichtigkeitssanktion für rechtswidrig abgeschlossene Verträge nach dem BThOG bzw dem Stellenbesetzungsgesetz abgelehnt wird (so ebenfalls OGH 8 ObA 1/11x). *Wilhelm*⁵ schlägt in diesem Zusammenhang eine Lösung über die zivilrechtlichen Vollmachtsregelungen (§ 1029 ABGB), einen allfälligen Kontrahierungszwang mit dem wahren Bestbieter oder das Aktienrecht (§ 99 iVm § 84 AktG) für den Fall vor, dass der bestellte Geschäftsführer nicht ausreichend geeignet ist.⁶ Dafür ergeben sich aus dem vorliegenden Sachverhalt aber keine Hinweise.

Anders wäre die Sache allenfalls bei einem Begehren auf Schadenersatz zu bewerten gewesen (ein rechtswidriges Vorgehen des Auftraggebers und die erforderliche Kausalität vorausgesetzt). Voraussetzung für einen solchen Schadenersatz wäre im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung, dass man in der vorliegenden Bestimmung (Ausschreibungspflicht nach dem BThOG / dem Stellenbesetzungsgesetz) ein Schutzgesetz zugunsten des übergangenen Bewerbers sehen möchte. Vordergründig scheinen diese Bestimmungen als Schutzzweck vor allem die Transparenz und die ordnungsgemäße Verwendung öffentlicher Gelder zu haben⁷, da insbesondere entsprechende Vertragsschablonen vorgesehen werden und bestimmt wird, dass eine Besetzung ausschließlich nach Eignung erfolgen soll. Dies spricht gegen einen solchen Schutzgesetzcharakter zugunsten des übergangenen Be-

3 *Wilhelm*, Beiläufige zivilistische Bemerkungen zum Stellenbesetzungsgesetz, *ecolex* 1998, 826.

4 *Wilhelm* aaO. 836.

5 *Wilhelm* aaO. 827f.

6 Bloß unglückliche Bestellungsentscheidungen werden hier aber noch nicht pflichtwidrig sein, vgl *Schopper/Kapsch*, OGH: Zum Ermessenspielraum des Aufsichtsrates beim Abschluss von Abfindungsvereinbarungen („golden handshakes“) mit ausscheidenden

Vorstandsmitgliedern, Anm zu OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t, GeS 1008, 358f; *Kapsch/Grama*, Business Judgement Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglückliche Geschäftsentscheidung?, *ecolex* 2003, 524.

7 Geht es beim Stellenbesetzungsgesetz doch um die *Regelung der Bestellung von Mitgliedern des Leitungsorgans solcher Gesellschaften, die vom Rechnungshof kontrolliert werden*, worauf *Wilhelm*, aaO. 826 zutreffend hinweist.

werbers. Dieser Befund wird durch die Analyse *Wilhelms*⁸ bestätigt, der den Schutzgesetzcharakter dieser Bestimmungen lediglich gegenüber dem Bund oder einer Gebietskörperschaft zulässt, die eine iS des Art 126b Abs 2 B-VG qualifizierte Beteiligung (mindestens 50%) an der Unternehmung hält (oder diese tatsächlich beherrscht), deren Führungsposten gerade ausgeschrieben wird. Jedenfalls scheidet ein solcher Anspruch bei der Ausschreibung eines *künstlerischen* Geschäftsführers, sieht § 12 Abs 3 BThOG doch ausdrücklich vor, dass das Stellenbesetzungsgesetz lediglich mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass mit dieser Funktion auch Personen betraut werden können, die sich nicht im Rahmen der Ausschreibung um diese Funktion beworben haben. In diesem Zusammenhang ist die Rechtswidrigkeit der Verletzung von Aus-

schreibungsbestimmungen gar nicht möglich. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Streitigkeiten im Zusammenhang mit behaupteten Verletzungen von Ausschreibungspflichten nach dem Stellenbesetzungsgesetz/BThOG vor den ordentlichen Gerichten im Zivilrechtsweg auszutragen sind. Inhaltlich besteht kein direkter Anspruch des Bieters gegen den Auftraggeber auf Durchsetzung einer allenfalls bestehenden Ausschreibungsverpflichtung nach dem Stellenbesetzungsgesetz/BThOG. Auch können Verstöße gegen diese Ausschreibungsverpflichtungen die direkt abgeschlossenen Verträge nicht nichtig machen. Schließlich ist der Schutzgesetzcharakter (§ 1311 ABGB) der bezüglichen Ausschreibungsbestimmungen nach dem Stellenbesetzungsgesetz/BThOG zu Gunsten des Bewerbers abzulehnen.

8 *Wilhelm* aaO. 827, auch seine Ausführungen zum Kontrahierungszwang (aaO. 828) führen zu keinem anderen Ergebnis, da diese die mangelnde Eignung

des Bestbieters voraussetzen und das Interesse der Gesellschaft, mit dem wahren Bestbieter zu kontrahieren, als Schutzzweck betonen.