

Zeitschrift für

# VERKEHRS-**ZVR** RECHT

Sonderheft

Redaktion Karl-Heinz Danzl, Christian Huber,  
Georg Kathrein, Gerhard Pürstl

Dezember 2012

# 12a

417 – 480

## ZVR-Verkehrsrechtstag 2012

### Themen

Verwaltungsstraf- und  
Verwaltungsverfahrenrecht

Schadenersatz- und  
Versicherungsrecht

Neue Wege im Eisenbahnrecht

Straßenverkehrs- und Kraftfahrrecht



# Vergabe und Wettbewerbsrecht in Hinblick auf die Eisenbahnliberalisierung

## Aktuelles zum Primat des Vergaberechts

Leistungen des innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehrs iSd PSO-VO<sup>1)</sup> sind in Österreich nach dem BVergG 2006 zu vergeben. Damit setzten aber auch in diesem Bereich Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb die Feststellung vergabewidrigen Verhaltens nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 voraus. Der Beitrag untersucht nun die Reichweite des gesetzlich angeordneten Primats des Vergaberechts.

Von Philipp Götzl

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Primat des Vergaberechts, OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 100/11 a, *Westbahn*
- C. Primat des Vergaberechts mit Ausnahmen, OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 216/11 k, *Papierservietten*
- D. Strafrechtlich relevantes Verhalten im Vergabeverfahren, OGH 28. 8. 2012, 12 Os 38/12 y, 12 Os 39/12 w, *Fragenkatalog*
- E. Ergebnis

### A. Einleitung

Bereits das dritte Eisenbahnpaket<sup>2)</sup> betont die Bedeutung von Vergaberecht im Zuge der Eisenbahnliberalisierung. Demnach ist die Einschränkung der Marktöffnung bspw durch eine Einschränkung auf den grenzüberschreitenden Personenverkehr nur zulässig, wenn der Konzessionsvertrag in einem fairen wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren vergeben wurde. Auch die für öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schienen und Straße anzuwendende *Public Service Obligations Regulation* (PSO-VO)<sup>3)</sup> betont den Grundsatz des Vorrangs des geltenden Vergaberechts und sieht vereinfachte Vergabeverfahren öffentlicher Leistungsaufträge im Rahmen der Vergabe von Personenverkehrsdiensten, unter anderem auch vereinfachte Direktvergabemöglichkeiten mit höheren Schwellenwerten, vor.<sup>4)</sup> Zur Frage, welches Vergaberegime im Eisenbahnbereich anzuwenden ist, ist festzuhalten, dass das *Betreiben* des Eisenbahnnetzes und das *Bereitstellen* von Schienenverkehrsnetzen Sektorentätigkeit ist.<sup>5)</sup> Dabei wird das Bereitstellen als die Errichtung und Instandhaltung der Schieneninfrastruktur, das Betreiben als Erbringen von Verkehrsleistungen angesehen. Für sonstige (nicht netzbezogene) Tätigkeiten ist damit das allgemeine Vergaberegime anzuwenden. Festzuhalten ist weiters, dass Leistungsaufträge im Eisenbahnbereich dem Regime für nicht prioritäre Dienst-

leistungen nach Anhang IV BVergG unterliegen. Darunter fallen Dienstleistungsaufträge im Eisenbahn- und U-Bahn-Bereich.<sup>6)</sup> Für den Bereich der nicht prioritären Dienstleistungen sind, infolge einer Teilanwendbarkeit des BVergG, vereinfachte Vergabebestimmungen zu orten.<sup>7)</sup> Für im Eisenbahnbereich denkbare Bau- und Dienstleistungskonzessionen enthält das Gesetz weitere vereinfachte Bestimmungen. Grundsätzlich regeln die Vergaberichtlinien die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht. Das österr Vergaberecht sieht in diesem Zusammenhang aber zumindest einen gewissen Mindeststandard (Transparenz) vor.<sup>8)</sup>

Interessant ist gerade im Zusammenhang mit Vergaberecht und Eisenbahnliberalisierung die Frage, wann Vergaberecht Voraussetzung zur Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche ist und wann – in diesem Zusammenhang – Vergabefreiheit von bspw Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnbereich bestehen kann. Auf Grundlage der PSO-VO müssen *In-House-Vergaben* (auch an „interne Betreiber“, Art 5 Abs 2 PSO-VO) genauso wenig ausgeschlossen werden wie *Direktvergaben* von Dienstleistungsaufträgen mit einem geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als einer Million Euro oder einer jährlichen Personenverkehrsleistung von weniger als 300.000 km sowie Direktvergaben als Notmaßnahme drohender Unterbrechung des Verkehrsdienstes iSd Art 5 Abs 5 PSO-VO. Zur Überprüfung der Frage, ob diese Umstände tatsächlich gege-

1) VO (EG) 2007/1370 des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße („public service obligation regulation“ – PSO-VO).

2) Vgl Marktöffnungsrichtlinie, RL 2007/58/EG v 23. 10. 2007, Nutzung der Eisenbahninfrastruktur.

3) VO (EG) 2007/1370 des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der VO (EWG) 69/1191 und (EWG) 70/1107 des Rates, ABI L 2007/315, 1 ff.

4) Vgl Art 5 Abs 4 PSO-VO.

5) Dazu auch BVA 29. 4. 1998, F-26/97–22; 4. 3. 2004, 16n-8/04–14; 26. 8. 2005, 16n-74/05–41 ua.

6) Vgl CPC Nr 711 „railway“ und „urban mass transit railways (underground or elevated railway)“.

7) §§ 141, 280 BVergG 2006.

8) §§ 11 und 177 BVergG 2006.

ben sind, sind die Vergabekontrollbehörden berufen, was seit OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 100/11 a – Westbahn, klargestellt ist. Diese Entscheidung sagt aus, dass im Wesentlichen (daher: „Primat des Vergaberechts“) vor einem zivilrechtlichen Tätigwerden eines der Wettbewerbsteilnehmer gegen einen anderen, also vor der Einbringung einer Unterlassungs- oder Schadenersatzklage, ein Feststellungsbescheid<sup>9)</sup> der zuständigen Vergabekontrollbehörde eingeholt werden muss, ohne den ein zivilrechtliches Verfahren nicht zulässig ist. Es stellt sich nun aufgrund der aktuellen Judikatur die Frage, ob *in jedem Fall* eine solche Vergabefeststellung einzuholen ist oder es dazu auch Ausnahmetatbestände gibt. Diese Umstände werden im Folgenden durch einen Blick auf drei Leitentscheidungen näher beleuchtet.

## B. Primat des Vergaberechts, OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 100/11 a, Westbahn<sup>10)</sup>

Im Ausgangsfall versuchte die klagende WESTbahn Management GmbH, der Eigentümervertreterin der ÖBB Personenverkehr AG zu untersagen, sie im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe für gemeinwirtschaftliche Leistungsverträge im Eisenbahnverkehr zu diskriminieren und zu behindern. Alle drei Instanzen wiesen den Sicherungsantrag wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurück. Nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 könnten Ansprüche wegen unlauteren Wettbewerbs, die sich aus der Verletzung des BVergG 2006 oder des unmittelbar anzuwendenden Gemeinschaftsrechts ergäben, erst geltend gemacht werden, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde eine der in § 341 Abs 2 Z 1 bis 6 BVergG 2006 angeführten Feststellungen getroffen hatte, was mit der bisherigen Judikaturlinie<sup>11)</sup> begründet wurde. Für den Eisenbahnbereich wurde zusätzlich ausgeführt, dass die PSO-VO<sup>12)</sup> ein vom allgemeinen Vergaberecht<sup>13)</sup> abweichendes System bei der Vergabe von Aufträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen vorsieht. § 340 BVergG 2006 lässt zwar die Möglichkeit offen, dass unlauteres Verhalten in einem Vergabeverfahren auch Unterlassungsansprüche nach dem UWG begründen kann. Eine darauf gestützte Klage ist aber nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 nur zulässig, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde zuvor eine der in dieser Bestimmung näher genannten Feststellungen getroffen hat. Die Unzulässigkeit der Unterlassungsklage muss sich darüber hinaus auf alle Klagen erstrecken, deren Gegenstand ein *vom Vergaberecht erfasstes Verhalten* des Auftraggebers oder eines Mitbieters ist, unabhängig von der rechtlichen Begründung des konkret geltend gemachten Anspruchs. In dieser Interpretation sieht der Senat auch keine Rechtsschutzlücke, die mit dem Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes nach Art 5 Abs 7 PSO-VO unvereinbar wäre.

Mit der vorliegenden Entscheidung wird festgehalten, dass Leistungen des innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehrs iSd PSO-VO in Österreich nach dem BVergG zu vergeben sind. Die unmittelbar anwendbare PSO-VO sieht ein von den allgemeinen Vergaberichtlinien abweichendes System der Vergabe von Aufträgen für gemeinwirtschaftliche Leis-

tungen (bspw für den Eisenbahnverkehr) vor, etwa, „sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“, durch die erweiterte Möglichkeit einer Direktvergabe (vgl Art 5 Abs 4 PSO-VO). Das BVergG 2006 hat nun die im vorliegenden Sachverhalt strittigen gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen, weshalb diese Leistungen – wie die Entscheidung weiter ausführt – als Dienstleistungen gem § 6 BVergG 2006 (nicht-prioritäre Dienstleistungen gem Anhang IV zum BVergG) zu qualifizieren sind. Das BVergG 2006 trägt dieser Besonderheit nun in § 141 Abs 3 BVergG Rechnung, indem es bestimmt, dass wiederum „die Anwendung des Art 5 Abs 2 und 4 bis 6 der VO (EG), Nr 1370/2007 (...) unberührt“ bleibt.

Dies hat, so die Materialien,<sup>14)</sup> zur Folge, dass soweit es sich um die Vergabe von Konzessionen im Straßenbahnverkehr, Eisenbahn- und U-Bahnbereich handelt, unter Beachtung der dort maßgeblichen Schwellenwerte<sup>15)</sup> die Regelung des Art 5 Abs 2 der PSO-VO (Direktvergabe ohne Wertgrenze an „internen Betreiber“) angewandt werden kann. Soweit es sich um die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahn- und U-Bahnbereich handelt, sind die zwingend einzuhaltenen Vorschriften für nicht-prioritäre Dienstleistungen zu beachten, dabei ist wiederum die Regelung des Art 5 Abs 2 der PSO-VO anwendbar. Die für mögliche Direktvergaben zu beachtenden Schwellenwerte oder Bedingungen ergeben sich aus Art 5 Abs 4 und 5 PSO-VO. Weiters ist eine Direktvergabe gem Art 5 Abs 6 ausschließlich im Eisenbahnbereich, nicht aber im U-Bahnbereich zulässig, wobei sich die bezüglichen Transparenzregeln dann aus Art 7 PSO-VO (dh U-Bahnbereich ex ante und Eisenbahnbereich ex post) ergeben.

Dem nicht genug: Aufgrund der Anwendbarkeit des BVergG für vorliegende Sachverhalte (vgl § 141 Abs 3 BVergG 2006) ist, so das Ergebnis der vorliegenden Entscheidung, damit aber auch (wohl in allen oben genannten Fällen) das Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 anwendbar, weshalb Auftraggeberentscheidungen der nachprüfenden Kontrolle gem §§ 320 ff BVergG unterliegen, einstweilige Sicherungsverfahren nach §§ 328 ff BVergG und eben auch Feststellungsverfahren

9) Vgl §§ 331 ff u 341 Abs 2 BVergG.

10) Götzl/Thiele, Westbahn – Alles auf Schiene oder ein juristischer Eisenbahnblues? RPA 2011/6, 316.

11) Zuletzt etwa OGH 19. 1. 2010, 4 Ob 154/09i, *Landesforstrevier Leonstein*, ÖJZ EvBl-LS 2010/81, 520 = MR 2010, 232 = RdW 2010/440, 401 = RPA 2010, 273 (*Reisner*).

12) Auf Grundlage der VO (EG) 2007/1370 des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der VO (EWG) 69/1191 und (EWG) 70/1107 des Rates, ABl L 2007/315, 1; vgl dazu *Kahl/Kreuzmair*, Verkehrspolitik, in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg), *Europarecht Jahrbuch 2011 (2011)* 475 mwN.

13) RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 31. 3. 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl L 2007/134, 1, und RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 2004/134, 114.

14) Erläut 327 BlgNR 24. GP zu § 141 Abs 3 BVergG 2006.

15) Gem Art 5 Abs 4 bis 6 der PSO-VO wird als Schwellenwert ein Jahresdurchschnittswert von weniger als 1 Mio Euro oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300.000 km angesprochen; vgl überdies die weiteren KMU-Ausnahmen dieser Bestimmung.

nach §§ 331 ff BVergG 2006 zur Verfügung stehen. Letztere sind Zulässigkeitsvoraussetzungen für den zivilrechtlichen Schadenersatz und die lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüche.

Nicht neu ist die Aussage dieser Entscheidung dahingehend, dass unlauteres Verhalten in einem Vergabeverfahren auch Unterlassungsansprüche nach dem UWG begründen kann und eine darauf gestützte Klage nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 nur zulässig ist, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde zuvor eine der in dieser Bestimmung näher genannten Feststellungen getroffen hat.<sup>16)</sup> Weitgehend neu ist allerdings der Befund, dass die Beschränkung der Zulässigkeit des Rechtswegs in § 341 Abs 2 BVergG 2006 unabhängig von der rechtlichen Begründung des Anspruchs alle (zB auf UWG gestützten) Klagen betrifft, deren *Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten* des Auftraggebers oder eines Mitbieters ist. Unklar ist aber, was unter einem vom Vergaberecht umfassten Verhalten nun konkret zu verstehen ist; dem Tenor der Entscheidung ist aber zu entnehmen, dass es ausreichen soll, dass das BVergG auf dieses Verhalten *Bezug* nimmt. Davon ist nach Ansicht der Lehre<sup>17)</sup> ein Verhalten jedenfalls nicht umfasst, das (vgl § 10 BVergG) vom Anwendungsbereich des BVergG ausgeschlossen ist, obwohl das BVergG darauf – streng genommen – doch Bezug nimmt.

### C. Primat des Vergaberechts mit Ausnahmen, OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 216/11 k, *Papierservietten*<sup>18)</sup>

Im Ausgangsfall nahmen die späteren Streitparteien an einer Ausschreibung des Wiener Krankenanstaltenverbands (KAV) über die Lieferung von Papierservietten teil. Die Ausschreibungsbestimmungen sahen als Musskriterium vor, dass auf der Unterverpackung der zu liefernden Servietten deutlich eine bestimmte Beschriftung angegeben sein sollte und Papierfasern der Servietten zu 100% aus Altpapier bestehen mussten. Die Beklagte erhielt den Zuschlag und belieferte einige Monate lang den KAV mit den angebotenen Servietten, die im Bezug auf die Beschriftung der Unterverpackung und den Umstand, dass sie nicht zu 100% aus Altpapier bestanden, nicht den Ausschreibungskriterien entsprachen. In der Folge teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass die von ihr gelieferten Servietten nicht den Ausschreibungskriterien entsprächen, was auch der KAV erfuhr. Dieser bezog aber weiterhin Servietten von der Beklagten, hob allerdings die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Vertragsstrafe von 10% des Auftragswerts ein und behielt sich eine Entscheidung vor, ob der Liefervertrag gekündigt und die Ausschreibung neu durchgeführt werden sollte. Die klägerische Unternehmerin, verlangte daraufhin von der beklagten Konkurrentin es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Papierservietten an den KAV zu liefern, welche nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprachen. Die Beklagte hätte zumindest bedingt vorsätzlich den Vertrag mit dem KAV nicht eingehalten und diesen Umstand über Monate hinweg dem KAV verschwiegen. Insoweit

bestünde eine Verletzung des § 1 Abs 1 Z 1 und 2 UWG sowie eine Irreführung nach § 2 UWG.

In Fortschreibung und Verfeinerung der bisherigen Rsp zur lauterkeitsrechtlichen Fallgruppe des „Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch“ hielt der OGH in der vorliegenden Entscheidung fest, dass sich die Ausschlusswirkung des § 341 Abs 2 BVergG 2006 auf alle Klagen erstreckt, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbewerbers ist, unabhängig von der rechtlichen Begründung des konkret geltend gemachten Anspruchs. Gleichwohl räumten die Höchstrichter ein, dass ein anlässlich eines Vergabeverfahrens gesetztes Verhalten, welches aus ganz anderen Gründen – etwa wegen einer unzulässigen Übernahme fremder Leistungen – gegen das Lauterkeitsrecht verstößt, sehr wohl einer eigenständigen Prüfung nach dem UWG vorbehalten bliebe. Gerade ein solcher anderer Lauterkeitsverstoß lag im gegenständlichen Fall vor. Die irreführende Geschäftspraktik des beklagten Mitbewerbers bestand im „Unterjubeln“ eines nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Anbots als ausschreibungskonform. Einen ausdrücklichen Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts machte die Klägerin im Übrigen nicht geltend. Ergänzend betonte der OGH, dass das Angebot der Klägerin, da sie selbst ausschreibungskonforme Servietten nicht liefern konnte, bereits rechtskräftig ausgeschieden worden war. Sie war daher nicht mehr Beteiligte des Vergabeverfahrens und gem § 131 BVergG weder von der Zuschlagserteilung zu verständigen noch legitimiert, gegen den Zuschlag Rechtsmittel zu ergreifen oder sonst Rechtsbehelfe des Vergaberechts zu nutzen. Für sie stellte daher das Vergaberecht *keinen geeigneten Rechtsschutz* mehr bereit, sodass § 341 Abs 2 BVergG 2006 nicht anzuwenden wäre.

Bereits an anderer Stelle hat ein Teil der Lehre<sup>19)</sup> vertreten, dass der Anwendungsvorrang des Vergaberechts nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 dann teleologisch zu reduzieren ist, wenn das Vergaberecht aus lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten keinen geeigneten Rechtsschutz bereitstellt. Das bedeutet, dass das Erfordernis eines vergaberechtlichen Feststellungsbescheides für die Zulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung von Lauterkeitsverstößen sachlich auf jene Rechtswidrigkeiten zu beschränken ist, die bloß „anlässlich eines Vergabeverfahrens“ gesetzt werden.<sup>20)</sup> Das Höchstgericht schließt sich in der vorliegenden Entscheidung ähnlichen Überlegungen eines Teils der Lehre<sup>21)</sup> an und gelangt zu einer teleologischen Reduktion des § 341 Abs 2 BVergG 2006. Stellt das Vergaberecht keinen geeigneten Rechtsschutz bereit, etwa, weil der Anspruchsberechtigte zu Recht ausgeschieden wurde und daher seine Antragslegitimation zur Nachprüfung und auch

16) Vgl zuletzt etwa *Götzl/Thiele*, Vergabeverfahren und neues Lauterkeitsrecht (UWG 2007), RPA 2010, 253.

17) *Götzl/Thiele*, RPA 2011/6, 316 ff.

18) *Götzl/Thiele*, Primat des Vergaberechts mit Ausnahmen? – Zur teleologischen Reduktion des § 341 Abs 2 BVergG 2006, RPA 2012, 140 ff.

19) *Schuhmacher/Glanzer*, Beschränkungen des Rechtsschutzes nach UWG im Fall von Vergabeverstößen? ZVB 2011, 401, 404; *Götzl/Thiele*, RPA 2011, 316, 319, 321.

20) *Götzl/Thiele*, RPA 2011, 316, 319.

21) Unter dem Gesichtspunkt der im Vergabeverfahren fehlenden Legalparteien iSd § 14 UWG: *Schuhmacher/Glanzer*, ZVB 2011, 401.



zur Feststellung fehlt, ist § 341 Abs 2 BVergG 2006 teleologisch zu reduzieren. Im Ergebnis scheint dies zu bedeuten, dass das Erfordernis eines Feststellungsbescheids für die Zulässigkeit der zivilgerichtlichen Verfolgung von Lauterkeitsverstößen nur für diejenigen gilt, die zur Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Feststellungsverfahrens legitimiert (gewesen) sind.<sup>22)</sup>

Zu bejahen ist die in der Entscheidung angesprochene teleologische Reduktion von § 341 Abs 2 BVergG zunächst dort, wo zu Unrecht ausgeschieden wurde. Das heißt, dass eine teleologische Reduktion dieser Bestimmung und damit eine Unterlassungsklage nach UWG auch ohne vorangegangene vergaberechtliche Feststellung immer dann zulässig sein wird, wenn die Bestätigung der Ausscheidensentscheidung und damit der fehlenden Antragslegitimation (durch Zurück- oder Abweisung des entsprechenden Nachprüfungsantrags) mittels Beschwerde vor dem VwGH/VfGH bekämpft wurde. Wird nun eine Entscheidung der Vergabekontrollbehörde, die ein solches Ausscheiden des Bieters bestätigt, durch die verwaltungsrechtlichen Höchstgerichte aufgehoben, ist eine Feststellung der Vergabewidrigkeit gerade wieder möglich (vgl § 331 Abs 4 BVergG) und wird daher (nachträglich) wieder Voraussetzung zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 werden.<sup>23)</sup>

Daneben ist die angesprochene teleologische Reduktion sicherlich auch in Fällen zielführend, in denen die Antragslegitimation des Bieters zwar gegeben ist, aber eine Entscheidung zur Feststellung der Vergabewidrigkeit noch nicht vorliegt, das Abwarten dieser Entscheidung aber Schaden erzeugen oder Umstände schaffen würde, die einen Rechtsschutz erschweren können. Auch hier handelt es sich um besonders *krasse* oder *offensichtliche* Fälle, in denen ggf einstweiliger lauterkeitsrechtlicher Rechtsschutz zu gewähren ist.<sup>24)</sup>

#### D. Strafrechtlich relevantes Verhalten im Vergabeverfahren, OGH 28. 8. 2012, 12 Os 38/12 y, 12 Os 39/12 w, Fragenkatalog

Im Ausgangsfall<sup>25)</sup> führte die spätere Privatanklägerin für den Neubau einer Schnellstraße im Jahr 2009 ein Vergabeverfahren durch. Dabei hatten sich die teilnehmenden Bieter einem mündlichen Hearing zu stellen. Für dieses wurde ein streng vertraulicher Fragenkatalog samt „Musterlösungen“ erarbeitet.

Der spätere Erstangeklagte, ein Mitarbeiter der Privatanklägerin, übermittelte im Dezember 2009 unter Bruch seiner Geheimhaltungsverpflichtung den Fragenkatalog samt Musterlösungen zur Durchsicht und Rückmeldung an den Zweitangeklagten, der GF eines im Rahmen einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmens war. Er überarbeitete und retournierte den Fragen- und Musterantwortenkatalog, der tatsächlich beim Bieterhearing zum Einsatz kam, an den Erstangeklagten. Wegen unlauterer Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen erhob die Auftraggeberin Privatanklage wegen des Vergehens nach § 11 Abs 1 und 2 UWG gegen

die Angeklagten. Der OGH hatte durch eine Wahrungsbeschwerde nach § 23 StPO letztlich darüber zu entscheiden, ob auch die Förderung fremden Wettbewerbs nach § 11 UWG strafbar wäre, gab der Nichtigkeitsbeschwerde Folge und stellte eine Gesetzesverletzung fest. Das von § 11 UWG vorausgesetzte „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“ ließ genügen, dass der Störer (Täter) mit der Intention handelte, nicht eigenen, sondern fremden Wettbewerb zu fördern. Der Straftatbestand hätte vielmehr auch typische Fälle der Förderung fremden Wettbewerbs im Blick und war schon nach seinem Wortlaut nicht geeignet, ein Wettbewerbsverhältnis vorauszusetzen, weil es genügte, dass die Geheimnisse an irgendwelche andere Personen zu Zwecken des Wettbewerbs – und nicht bloß an Mitbewerber – mitgeteilt würden.

Beim vorliegenden Vergabeverfahren, in dem die Täter auf die Wettbewerbssituation eines im Wettbewerbsverhältnis stehenden Mitbieters durch die Verschaffung eines Informationsvorteils Einfluss nahmen, wurde die Marktsituation (zumindest) potenziell beeinflusst und damit in den objektiven Leistungswettbewerb eingegriffen. Für ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs iSd § 11 UWG genügt demnach die Förderung der Wettbewerbsposition eines von mehreren Mitbieter in einem Vergabeverfahren, dem unter Bruch der Geheimhaltung ein Fragenkatalog samt Musterlösungen für das Bieterhearing übermittelt wird. Eine Verurteilung kann erhebliche Schadenersatzforderungen nach § 13 UWG zur Folge haben, bei deren Durchsetzung aber wiederum § 341 Abs 2 BVergG zu beachten ist. Weiters kann eine Verurteilung nach § 11 UWG zur vergaberechtlichen Unzuverlässigkeit des betroffenen Bieters führen. So kann damit *va* eine schwere Verfehlung gem § 68 Abs 1 Z 5 BVergG vorliegen. Die Frage, wann von einer schweren Verfehlung iSd § 68 Abs 1 Z 5 BVergG auszugehen ist, ist gerade vor dem Hintergrund der Gesamtregelung des § 68 BVergG zu beurteilen.<sup>26)</sup> Dabei ist davon auszugehen, dass schwere Verfehlungen ein ähnliches Gewicht haben müssen und damit die Zuverlässigkeit in ähnlich schwerem Umfang in Frage stellen wie ein rechtskräftiges Urteil. Nach Z 5 leg cit sind aber auch Verfehlungen als schwer zu beurteilen, die nicht zwingend gerichtlich zu ahnden sind. Maßgeblich bleibt lediglich ein gewisser Konnex zur beruflichen Tätigkeit. Soweit nun nachgewiesenerweise Ausschreibungsunterlagen weitergegeben wurden und damit Betriebsgeheimnisse verletzt sind, kann so bereits Unzuverlässigkeit nach § 68 Abs 1 Z 5 BVergG vor einer rechtskräftigen Verurteilung anzunehmen sein. Vergaberechtlich stellt sich weiters die Frage der Konsequenz einer rechtskräftigen Verurteilung nach § 11 UWG und, ob auch in diesem Fall der vergaberechtliche Primat nach § 341 Abs 2 BVergG maßgeblich sein soll.

22) *Schuhmacher/Glanzer*, ZVB 2011, 401, 404; *Götzl/Thiele*, RPA 2011, 316, 319, 321.

23) Vgl OGH 21. 12. 2011, 7 Ob 129/11 p noch zur Rechtslage nach dem BVergG 2002. *Götzl/Thiele*, RPA 2012, 140 ff.

24) Dazu *Götzl/Thiele*, RPA 2011, 319 f.

25) OGH 30. 8. 2012, 12 Os 38/12 y, 12 Os 39/12 w; *Götzl/Thiele*, Strafbarkeit wegen unlauterer Weitergabe von Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren – Anmerkung zu OGH 28. 8. 2012, 12 Os 38/12 y, 12 Os 39/12 w, *Fragenkatalog*, RPA 2012 in Druck.

26) *Mayr in Schramm*, BVergG 2006 § 68 Rz 45.

Die strafrechtliche Verfolgung auf Grundlage des UWG stellt sicherlich keinen „Anspruch“ einer Partei aus unlauterem Wettbewerb dar (hat diese Bestimmung doch vor allem Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche vor Augen), sodass § 341 Abs 2 BVergG zur Verfolgung strafrechtlicher Ansprüche nicht heranzuziehen ist; der vergaberechtliche Primat hat dort seine Grenze.

### E. Ergebnis

Ist Gegenstand der Klage ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbieters, ist § 341 Abs 2 BVergG 2006 über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu beachten, die nur dann gegeben ist, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde zuvor eine der in dieser Bestimmung näher genannten Feststellungen getroffen hat. Der *Gegenstand eines vom Vergaberecht erfassten Verhaltens des Auftraggebers* oder eines Mitbieters betrifft auch die Vergabe von gemeinwirtschaftlichen Leistungen nach der VO (EG) 2007/1370 des Europäischen Parlaments und des Rates v

23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (PSO-VO), die in Österreich nach dem BVergG zu vergeben sind.

Stellt das Vergaberecht keinen geeigneten Rechtsschutz bereit, ist § 341 Abs 2 BVergG 2006 dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass das Erfordernis eines Feststellungsbescheids für die Zulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung von Lauterkeitsverstößen auf diejenigen zu beschränken ist, die zur Einleitung vergaberechtlicher Feststellungs- und Nachprüfungsverfahren legitimiert sind.

### Praxistipp

Als Praxistipp lässt sich festhalten, dass immer dann, wenn ein – auch bloß abstrakter – Regelungsbezug zum Vergaberecht besteht, vor der Geltendmachung von Schadenersatz oder einem lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch ein Feststellungsantrag bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht werden sollte.

### → In Kürze

Ist Gegenstand einer zivilrechtlichen Klage ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbieters, so ist § 341 Abs 2 BVergG 2006 über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu beachten, die nur gegeben ist, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde zuvor eine der in dieser Bestimmung näher genannten Feststellungen getroffen hat.

Der Gegenstand eines vom Vergaberecht erfassten Verhaltens des Auftraggebers oder eines Mitbieters betrifft auch die Vergabe von gemeinwirtschaftlichen Leistungen nach der VO (EG) 2007/1370 des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (PSO-VO), die in Österreich nach dem BVergG zu vergeben sind.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Philipp Götzl ist Rechtsanwalt Partner der Kanzlei Götzl Thiele Eurolawyer® in Salzburg mit Tätigkeitsschwerpunkt im

Öffentlichen Wirtschaftsrecht.

Kontaktadresse: Imbergstraße 19, 5020 Salzburg.

Tel: +43 (0)662 628 037, Fax: -22,

E-Mail: philipp.goetzl@vergabekanzlei.at,

Internet: www.vergabekanzlei.at

#### Vom selben Autor erschienen:

Die Vergabe von Medizinprodukten – Anforderungen an die Ausschreibung und sonstige Auftraggeberentscheidungen, RdM 2012/4, 138; Westbahn – Alles auf Schiene oder ein juristischer Eisenbahnblues? RPA 2011/6, 316 (gem mit Thiele); Vergabeverfahren und neues Lauterkeitsrecht (UWG 2007), RPA 2010/5, 253 (gem mit Thiele); Die vergaberechtliche Bindung an geeignete Leitlinien – Klarstellungen zu Anwendbarkeit, Umfang und Abweichung, RPA 2010/3, 123.

#### Literatur:

Schuhmacher/Glanzer, Beschränkungen des Rechtsschutzes nach UWG im Fall von Vergabeverstößen? ZVB 2011, 401; Kahl/Kreuzmair, Verkehrspolitik, in Eilmansberger/Herzig (Hrsg), Europarecht Jahrbuch 2011 (2011) 475.

#### Link:

www.vergabekanzlei.at/referenzen