

Westbahn – Alles auf Schiene oder ein juristischer Eisenbahnblues?*

In einer jüngst ergangenen Entscheidung wirft das zivile Höchstgericht¹ interessante Fragestellungen an der Schnittfläche zwischen Vergabe- und Lauterkeitsrecht, aber auch im Verhältnis zur *Public Service Obligations Regulation (PSO-VO)*² auf. Der folgende Beitrag erörtert die wettbewerbs- und vergaberechtlichen Konsequenzen. Ein kurzer Praxistipp rundet das Ergebnis ab.

Von Philipp Götzl / Clemens Thiele

1. Ausgangsfall – Westbahn³

Der Ausgangsfall bildet den vorläufigen Endpunkt der vergaberechtlichen „Westbahn-Saga“.⁴ Die spätere Klägerin beabsichtigte, auf der Westbahnstrecke mit den Österreichischen Bundesbahnen in den Wettbewerb zu treten. Sie war der Auffassung, von der beklagten Partei, der Republik Österreich, bei der Vergabe von Verträgen über „gemeinwirtschaftliche Leistungen“ benachteiligt worden zu sein. Daraus leitete sie einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch ab, den sie mit einstweiliger Verfügung zu sichern trachtete. Der Beklagten wurde vorgeworfen, die Klägerin zu diskriminieren, da sie nur mit der Personenverkehrstochter der ÖBB, der ÖBB-PV, konkrete Vertragsverhandlungen führte und mit ihr möglicherweise schon einen langfristigen Vertrag abgeschlossen hätte, der weitere Interessenten vom Wettbewerb ausschloss; Verhandlungen mit der Klägerin hatte sie abgelehnt. Die Beklagte förderte durch ihr Verhalten den Wettbewerb der ÖBB-PV und – da sie mittelbar deren Alleineigentümerin war – auch ihren eigenen. Die Beklagte verstieß gegen das „Diskriminierungs- und Transparenzgebot“; sie setzte in unlauterer Weise öffentliche Machtmittel ein und beging durch die Verletzung der PSO-VO und der beihilfenrechtlichen Bestimmungen des AEUV einen unlauteren Rechtsbruch.

Die Beklagte wandte die Unzulässigkeit des Rechtswegs ein und bestritt den Anspruch der Klägerin auch dem Grunde nach. Art 5 Abs 6 PSO-VO ließe für die strittigen Leistungen ausdrücklich eine Direktvergabe zu. Die

Beklagte hatte alle Veröffentlichungsverpflichtungen erfüllt. Die Klägerin hätte keinen Anspruch auf Vertragsverhandlungen und keinen weitergehenden Informationsanspruch.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab; das Rekursgericht bestätigte, ließ aber den ordentlichen Revisionsrekurs zu, sodass das zivile Höchstgericht die Frage zu beantworten hatte, wie weit die Vergabe gemeinwirtschaftlicher Leistungen iS der PSO-VO unter das Rechtsschutzregime des BVergG 2006 fiel, und inwieweit durch die Novellierung des § 341 Abs 2 BVergG 2006 im Jahr 2009 eine Änderung der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen eingetreten wäre?

2. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH hielt zunächst fest, dass die PSO-VO für gemeinwirtschaftliche Leistungen im Eisenbahnverkehr ein von den allgemeinen Vergabe-RL abweichendes System vorsähe. Das BVergG 2006 nahm die hier strittigen gemeinwirtschaftlichen Leistungen – obwohl das unionsrechtlich an sich zulässig wäre – nicht von seinem Anwendungsbereich aus. Systematisch waren sie als „Dienstleistungen“ iSv § 6 BVergG 2006 zu qualifizieren. Damit war aber auch das Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 anwendbar. Der Klägerin standen bzw stehen daher das Nachprüfungsverfahren nach den §§ 320 ff BVergG 2006, das Sicherungsverfahren nach den §§ 328 ff BVergG 2006 und das Feststellungsverfahren nach den §§ 331 ff BVergG 2006 zur Verfügung. Mit dieser Begründung wies zuletzt der Verfassungsgerichtshof eine Staatshaftungsklage der Klägerin im Anwendungsbereich des BVergG 2006 zurück.⁵

* RA Dr. Philipp Götzl, Partner von Götzl Thiele EUROLAWYER® Rechtsanwälte, spezialisiert auf Vergabe- und Umweltrecht; Näheres unter <http://www.eurolawyer.eu>.

RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Partner von Götzl Thiele EUROLAWYER® Rechtsanwälte, spezialisiert auf Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht; Näheres unter <http://www.eurolawyer.eu>.

1 OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 100/11a – Westbahn, in diesem Heft, Seite 323.

2 Verordnung (EG) Nr 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr 1191/69 und (EWG) Nr 1107/70 des Rates, ABl L 315 vom 03. 12. 2007, 1 ff.

3 OGH 9. 8. 2011, 4 Ob 100/11a – Westbahn, in diesem Heft, Seite 323.

4 VfGH 22. 2. 2011, A 23/10; BVA 1. 6. 2011, 1/0003 BVA/14/2011-45.

5 VfGH 22. 2. 2011, A 23/10, RPA Slg; 2011/39, 166 = RPA-Slg 2011/40, 166.

Das BVergG 2006 ließe zwar in § 340 Unterlassungsansprüche, die auf anderen Rechtsvorschriften beruhen, unberührt. Unlauteres Verhalten in einem Vergabeverfahren könnte daher grundsätzlich auch Unterlassungsansprüche nach dem UWG begründen. Eine darauf gestützte Klage wäre aber nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 nur zulässig, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde zuvor eine der in dieser Bestimmung näher genannten Feststellungen getroffen hatte. Unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien⁶ begründete der OGH dies mit dem Interesse an der Vermeidung einander widersprechender Entscheidungen von Vergabebehörden und ordentlichen Gerichten. Eine Klage auf Unterlassung „vergaberechtswidrigen und zugleich auch wettbewerbswidrigen Verhaltens“ sollte daher nur zulässig sein, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde einen Verstoß gegen das BVergG 2006 festgestellt hat. Daran hätte auch die BVergG 2006-Novelle 2009 nichts geändert. Zudem war § 341 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 nicht – wie früher § 341 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 aF – auf die rechtswidrige *Wahl* eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb beschränkt, sondern erfasste ganz allgemein dessen rechtswidrige *Durchführung*. Über die Bedeutung dieser Neufassung hätten daher letztlich wiederum die Vergabekontrollbehörden zu entscheiden.

Die Höchstrichter gestehen der Klägerin zwar zu, dass sie ihr Begehren nicht ausschließlich auf einen Verstoß gegen Vergabevorschriften gestützt hatte, sondern auch auf einen Missbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung der öffentlichen Hand und eine Behinderung im Wettbewerb durch Diskriminierung und mangelnde Transparenz bei der Auftragsvergabe. Das konnte aber die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht begründen. Denn das Vergaberecht diene gerade dazu, ein solches Verhalten durch konkrete Vorschriften für die Auftragsvergabe zu verhindern. Darin lag eine abschließende Regelung, die als *lex specialis* eine parallele Beurteilung nach allgemeinem Lauterkeitsrecht ausschloss.

Schließlich würde eine Rechtsschutzlücke, die mit Art 5 Abs 7 PSO-VO unvereinbar wäre, im konkreten Fall auch bei einem engen Verständnis von § 341 Abs 2 BVergG 2006 nicht vorliegen. Materiell wäre nämlich zu beachten, dass eine Direktvergabe bei den hier strittigen Aufträgen aufgrund des in § 141 Abs 3 BVergG 2006

angeordneten „Unberührtbleibens“ von Art 5 Abs 2 und 4 bis 6 PSO-VO auch über den Schwellenwert des § 141 Abs 3 BVergG 2006 hinaus zulässig bliebe; dennoch hätte aber eine solche Vergabe nach § 141 Abs 2 BVergG 2006 (unter anderem) unter Beachtung des Diskriminierungsverbots zu erfolgen. § 141 Abs 2 BVergG 2006 würde vom Vorbehalt zugunsten der Regelungen der PSO-VO in § 141 Abs 3 BVergG 2006 nicht erfasst und war daher auch im Anlassfall anwendbar. Die zivile Rechtswidrigkeit könnte sich hier nicht aus der PSO-VO ergeben, weil diese eine Direktvergabe für die hier strittigen Fälle ausdrücklich zulässt.

Der OGH hält resümierend fest, dass „wohl eher“ die Rechtsschutzmöglichkeiten des Vergaberechts unionsrechtskonform dahin auszulegen sein werden, dass sie dem Gebot einer raschen und effizienten Überprüfung (Art 5 Abs 7 PSO-VO) entsprechen.

3. Lauterkeitsrechtliche Anmerkungen

„*An der Westbahn Nichts Neues*“ – die lauterkeitsrechtlichen Ausführungen des zivilen Höchstgerichts bleiben auf der – auch nach der UWG-Novelle 2007 unveränderten – Judikaturlinie⁷ zum Rechtsbruch.

3.1. Primat des Vergaberechts

Im Anlassfall scheiterte die klagende WESTbahn Management GmbH daran, der Eigentümervertreterin der ÖBB Personenverkehr AG, dh der privatwirtschaftlich handelnden Republik Österreich, zusammengefasst zu untersagen, sie im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe für gemeinwirtschaftliche Leistungsverträge im Eisenbahnverkehr zu diskriminieren und/oder 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. Dies war bis dato nicht erfolgt. Die Begründung des OGH lässt sich leitsatzartig, wie folgt, zusammenfassen:

⁶ EB zur RV, 1171 BlgNR 22. GP, zu § 341 BVergG 2006.

⁷ OGH 15. 2. 2011, 4 Ob 5/11f – *Kassenplanstelle*, RdM-LS 2011/44, 102; 19. 1. 2010, 4 Ob 154/09i – *Landesforstrevier L*, RdW 2010/440, 401 = RPA 2010, 273 (*Reisner*) = MR 2010, 232

ÖBl-LS 2010/91/92/93 (*Wasserer*); dazu *Götzl/Thiele*, Vergabeverfahren und neues Lauterkeitsrecht (UWG 2007), RPA 2010, 253, 255 mwN; vgl nun auch BGH 10. 2. 2011, I ZR 136/09 – *Flughafen Frankfurt Hahn*, EuZW 2011, 440 = GRUR 2011, 444.

- Die PSO-VO⁸ sieht ein von den allgemeinen Vergabe-RL⁹ abweichendes System bei der Vergabe von Aufträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen vor.
- § 340 BVergG 2006 lässt zwar Unterlassungsansprüche, die auf anderen Rechtsvorschriften beruhen, unberührt. Unlauteres Verhalten in einem Vergabeverfahren kann daher grundsätzlich auch Unterlassungsansprüche nach dem UWG begründen. 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. Dabei handelt es sich um eine Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges. Eine Klage auf Unterlassung „vergaberechtswidrigen und zugleich auch wettbewerbswidrigen Verhaltens“ ist daher nur zulässig, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde einen Verstoß gegen das Vergaberecht bereits festgestellt 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, dies unabhängig von der rechtlichen Begründung des konkret geltend gemachten Anspruchs.
- Eine Rechtsschutzlücke, die mit Art 5 Abs 7 PSO-VO unvereinbar wäre, liegt im konkreten Fall auch bei diesem Verständnis von § 341 Abs 2 BVergG 2006 nicht vor. Während bei der Direktvergabe im Allgemeinen nur die Wahl des Vergabeverfahrens gesondert anfechtbar ist,¹⁰ ordnet § 141 Abs 5 Satz 1 BVergG 2006 für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im nicht prioritären Bereich an, dass „jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers“ als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt. Darunter fällt bei der (beabsichtigten) Direktvergabe von Aufträgen iS von Art 5 Abs 6 PSO-VO nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens, sondern auch die mangelhafte Erfüllung des Transparenzgebots nach Art 7 Abs 2 PSO-VO und die (be-

hauptete) Ablehnung von Verhandlungen mit Unternehmen, die an solchen Aufträgen interessiert sind. Nach Ansicht der zivilen Höchststrichter muss erst die Rechtswidrigkeit im Vergabeverfahren feststehen; erst dann könne das auf einen Verstoß gegen die Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ gestützte Lauterkeitsrecht eingreifen.

3.2. Haftung der öffentlichen Hand

Dass die öffentliche Hand fremden Wettbewerb durchaus fördern kann, und so selbst zum lauterkeitsrechtlichen Störer iS des § 14 UWG wird, hat das zivile Höchstgericht erst jüngst wieder bestätigt:¹¹ Eine lauterkeitsrechtlich relevante Förderung fremden Wettbewerbs setzt daher jedenfalls voraus, dass das Verhalten objektiv geeignet ist, diese Wirkung zu entfalten. Aber auch bei Zutreffen dieser Voraussetzung greift das Lauterkeitsrecht nicht ein, wenn bei objektiver Betrachtung eine andere Zielsetzung eindeutig überwiegt. Das wird insbesondere bei der Erfüllung typischer Aufgaben der öffentlichen Hand zutreffen, etwa im Bereich der Daseinsvorsorge oder der Schaffung von Infrastruktur. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass einzelne Unternehmen aus solchen Maßnahmen (mittelbar) einen Vorteil ziehen. Dennoch wird meist das öffentliche Interesse an der Durchführung solcher Maßnahmen so eindeutig im Vordergrund stehen, dass eine lauterkeitsrechtlich relevante Förderung fremden Wettbewerbs nicht gegeben ist.

3.3. Umfang des vergaberechtlichen Vorrangs

Nunmehr liegt mit der Entscheidung im Ausgangsfall eine gefestigte Rsp¹² der Zivilgerichte zum *private enforcement* von Vergaberechtsverstößen nach dem UWG 2007 vor. Damit knüpfen die Höchststrichter an die vor der UWG-Novelle 2007 gefestigte Rsp¹³ an: Wurde im Oberschwellenbereich ein öffentlicher Auftrag mittels Direktvergabe vergeben, so war dies ein offenkundiger

8 Verordnung (EG) Nr 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr 1191/69 und (EWG) Nr 1107/70 des Rates, ABl L 315 vom 3. 12. 2007, 1; vgl. dazu *Kabl/Kreuzmair*, Verkehrspolitik in *Filmansberger/Herzig* (Hg), Europarecht Jahrbuch 2011 (2011), 475 mwN.

9 Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl L 134 vom 30. 4. 2004, 1, und Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134 vom 30. 4. 2004, 114.

10 Vgl § 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG 2006.

11 OGH 21. 6. 2011, 4 Ob 40/11b – *Shopping City Murpark*, nv.

12 OGH 15. 2. 2011, 4 Ob 5/11f – *Kassenplanstelle*, RdM-LS 2011/44, 102 = JusGuide 2011/11/8557 (OGH); 21. 4. 2009, 4 Ob 10/09p – *Hygienepapier*, RPA-Slg 2009/40, 342 = ÖBl-LS 2009/235/236, 216 = bbl 2009/159, 200 = ZVB 2009/72, 264 = JusGuide 2009/27/6717 (OGH); OLG Wien 15. 5. 2008, 2 R 227/07b, ZVB-LSK 2008/95, 266 = ZVB 2008/73, 280 (*Fink/Frösch*).

13 OGH 23. 5. 2006, 4 Ob 23/06w – *Arzneimittel-Direktvergabe*, wbl 2006/230, 487 = ZVB 2006/66, 228 = ZVB 2006/88, 316 = ZVB-LSK 2006/85, 303 (*Werschitz*) = RZ 2006, 253 = RPA 2006, 238 (*Sebrschön*) = RdW 2007/31, 27 = ÖGZ 2006 II 10, 74 = SZ 2006/77 = HS 37.270 = HS 37.523 = HS 37.525 = HS 37.271 = HS 37.524 = HS 37.522.

Verstoß gegen das Vergaberecht und begründete so einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG aF.¹⁴

Nach den Gesetzesmaterialien¹⁵ zur Neufassung des § 341 Abs 2 BVergG 2006 meint die Wortfolge „sowie für Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb“ primär den Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch,¹⁶ wengleich der Wortlaut alle Unterlassungs-, Beseitigungs-, Veröffentlichungs-, Schadenersatz- und Rechnungslegungsansprüche nach dem UWG umschließt. Eine kritische Ergänzung sei daher abschließend gestattet: Da der Gesetzgeber wohl nur die Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ im Auge hatte, muss sich die Unzulässigkeit der Unterlassungsklage darüber hinaus mE nicht zwingend auf alle Klagen erstrecken, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbieters ist, dies unabhängig von der rechtlichen Begründung des konkret geltend gemachten Anspruchs. Dazu gehören nach Ansicht des OGH insbesondere die Wahl des Vergabeverfahrens, die Auswahl der einbezogenen Unternehmen und die Erteilung des Zuschlags; anders zu beurteilen wäre nur ein anlässlich eines Vergabeverfahrens gesetztes Verhalten, das aus ganz anderen Gründen – etwa wegen einer unzulässigen Übernahme fremder Leistungen – gegen das Lauterkeitsrecht verstößt.

Wird ein öffentlicher Auftrag oberhalb der Schwellenwerte entgegen den Vorschriften des BVergG 2006 ohne öffentliche Ausschreibung vergeben, so liegt mE hierin zugleich eine wettbewerbsrechtlich unlautere Handlung nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG.¹⁷ Ein öffentlicher Auftraggeber begeht in diesem Fall mE einen Wettbewerbsverstoß iS des UWG. Bei Kenntnis des ohne Ausschreibung beauftragten Unternehmens von der Rechtswidrigkeit der Vergabe kommt für dieses eine Haftung als Teilnehmer am Wettbewerbsverstoß in Betracht.¹⁸ Im entschiedenen Fall¹⁹ war das ohne Ausschreibung beauftragte Unternehmen im Vorfeld der Vergabe beratend für den öffentlichen Auftraggeber tätig. Dabei hatte es fälschlicherweise behauptet, es bestehe keine Ausschreibungspflicht für die geplante Vergabe. Damit hatte „es eine Beratungskompetenz in Anspruch genommen, sich auf die Autorität eines Gutachters ... bezogen und Zweifel an seiner

Rechtsauffassung nicht zu erkennen gegeben“, weshalb das deutsche Höchstgericht den Tatbestand der (psychischen) Beihilfe am Wettbewerbsverstoß als erfüllt ansah. Erfolgt dabei die Förderung des Wettbewerbsverstoßes des öffentlichen Auftraggebers – zumindest bedingt – vorsätzlich, kann ein Wettbewerber zudem einen Unterlassungsanspruch gegen den Auftragnehmer geltend machen.²⁰

Fazit: Möglicherweise doch etwas Neues?

4. Vergaberechtliche Anmerkungen

„*An der Westbahn doch Neues*“? Die vergaberechtlichen Schlussfolgerungen des zivilen Höchstgerichts gründen auf der bisherigen Judikaturlinie²¹, werfen aber doch neue (vergaberechtliche) Fragen auf.

4.1. Neues zur vergaberechtlichen Feststellung als Zulässigkeitsvoraussetzung?

Nicht neu ist freilich der Befund, 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.²² Neu ist allerdings, dass die Beschränkung der Zulässigkeit des Rechtsweges in § 341 Abs 2 BVergG 2006 unabhängig von der rechtlichen Begründung des Anspruches all diejenigen (zB auf UWG gestützten) Klagen betrifft, deren *Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten* des Auftraggebers oder eines Mitbieters ist. Offen bleibt, 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 2006 auf dieses Verhalten *Bezug* nimmt. Davon ist mE aber ein Verhalten nicht umfasst, das (vgl § 10 BVergG 2006) vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 ausgeschlossen ist, auch wenn das BVergG 2006 darauf – streng genommen – doch Bezug nimmt. Neu ist sohin die beson-

14 Zustimmend *Seherschön*, Vergaberecht und UWG, RPA 2006, 234.

15 EB 1171 BlgNR 22. GP: „... Im Interesse der Rechtssicherheit wird daher das System des BVergG 2006 auch auf Unterlassungsklagen wegen unlauteren Wettbewerbs erstreckt ...“.

16 Unter ausdrücklicher Zitierung von OGH 14. 3. 2005, 4 Ob 260/04w – *Baustellenwerbung*, ÖGZ 2005 H 8, 70 = ÖBL-LS 2005/118, 166 = ÖBL 2005/46, 212 (*Gamerith*) und 24. 5. 2005, 4 Ob 86/05h, JUS Z/4015 = EvBl 2005/183 = ÖJZ-LSK 2005/206 = RPA-Slg 2006/13, 58 = ÖGZ 2005 H 11, 70.

17 Vgl auch BGH 3. 7. 2008, I ZR 145/05 – *Kommunalversicherer*, BGHZ 177, 150 = GRUR 2008, 810.

18 Vgl zur ähnlichen Problematik instruktiv *Griss*, Schnittstellen zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht, wbl 2010, 1 mwN.

19 BGH 3. 7. 2008, I ZR 145/05 – *Kommunalversicherer*, BGHZ 177, 150 = GRUR 2008, 810.

20 BGH 3. 7. 2008, I ZR 145/05 – *Kommunalversicherer*, BGHZ 177, 150 = GRUR 2008, 810.

21 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*).

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

dere Vorsicht, die man in Hinkunft im gegenständlichen Zusammenhang walten lassen muss: Immer dann, wenn ein auch bloß abstrakter Regelungsbezug zum BVergG 2006 besteht, sollte vor der Geltendmachung von Schadenersatz oder einem lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch ein Feststellungsantrag bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht werden.

Überlegenswert ist hier in besonders gelagerten Fällen eine Ausnahme zu machen, dort nämlich wo gravierende Rechtsschutzlücken zu orten sind oder das Gesetz (insb im Zuge der Novelle 2011) neue Wege eröffnet (durch die nachstehenden Gedanken soll die bezügliche Diskussion eröffnet sein): Eine gravierende Rechtsschutzlücke im Zusammenhang mit der notwendigen vergaberechtlichen Feststellung als Zulässigkeitsvoraussetzung für den lauterkeitsrechtlichen Anspruch ergibt sich mE dann, wenn *krass* gegen Vergaberecht verstoßen wird, gleichzeitig dieser krasse Rechtsverstoß aber einen effektiven Rechtsschutz zur Verhinderung oder Unterbindung eben dieses Vergabeverstoßes – ggf auch nur kurzfristig – nicht (mehr) ermöglicht. Dies ist bspw bei einer unzulässigen Direktvergabe der Fall, also dann, wenn ohne notwendigerweise durchzuführendes Vergabeverfahren ein Zuschlag bereits erteilt wurde. Dann ist ja eine vergaberechtliche einstweilige Verfügung („nach Zuschlagserteilung“) nicht mehr möglich. Um gerade dieses krass rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers aber auch des bevorzugten Unternehmers möglichst rasch zu unterbinden, wäre hier rascher provisorischer Rechtsschutz (bspw durch eine einstweilige Verfügung aus dem Titel des Lauterkeitsrechts) wünschenswert. Da in diesem Fall nun auf Grundlage der vorliegenden Entscheidung dieses provisorische lauterkeitsrechtliche Vorgehen nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 eine vergaberechtliche Feststellung voraussetzt, wird damit das notwendige Sicherungsmittel tatsächlich unterbunden oder so lange aufgeschoben, dass den krass rechtswidrig handelnden Parteien ermöglicht wird, ihr rechtswidriges Verhalten unnötig lange Zeit fortzusetzen oder allenfalls sogar Handlungen zu setzen, um dieses zu verschleiern. Um diese Rechtsschutzlücke zu schließen, wäre es meines Erachtens notwendig, hier eben in besonders krassen Fällen, einstweilen lauterkeitsrechtliche Ansprüche zuzulassen, zumindest solange, bis eine Entscheidung des zuständigen Vergabekontrollsenats über die vergaberechtliche Feststellung vorliegt. Des Weiteren könnte man eine Ausnahme von dem zwingenden

Erfordernis der vergaberechtlichen Feststellung für den lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch ggf. auch im Zusammenhang mit den Neuregelungen der BVergG 2006 Novelle 2011²³ sehen. So ist bspw im neuen § 341 Abs 3 BVergG 2006 idF Novelle 2011, erster Satz, vorgesehen, dass abweichend von § 341 Abs 2 BVergG 2006 „eine Schadenersatzklage zulässig [ist], wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens zulässig war, aber vom Auftraggeber durch einen *hinreichend qualifizierten Verstoß*²⁴ gegen andere Bestimmungen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verursacht wurde.“ Hier sieht das Gesetz (ausnahmsweise) bei einem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Vergaberecht eine Ausnahme von der Feststellungspflicht vor und lässt das allenfalls vorangegangene Nachprüfungsverfahren genügen (§ 341 Abs 3 letzter Satz BVergG 2006, der von der Novelle 2011 nicht berührt wird). Andererseits wird infolge der aktuellen EuGH Judikatur²⁵, wonach ein vergaberechtlicher Schadenersatzanspruch nicht mehr an Verschulden geknüpft werden darf, mit § 337 BVergG 2006 idF Novelle 2011 eine neue Anspruchsgrundlage für den vergaberechtlichen Schadenersatz begründet. Demnach hat ein (übergangener) Bieter bei „hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen dieses Bundesgesetz oder die auf Grund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen [...] gegen den Auftraggeber [...] Anspruch auf Schadenersatz“, ohne dass der Nachweis eines Verschuldens erforderlich wäre. Sonstige Ersatzansprüche, insb solche aus Verschuldenshaftung, bleibt gemäß § 340 BVergG 2006 unberührt. Aufgrund dieser klaren Trennung des vergaberechtlichen Schadenersatzes ohne Verschulden von der allgemeiner Verschuldenshaftung ist mE auch die Frage der vergaberechtlichen Feststellung als Voraussetzung für den Schadenersatz neu zu überdenken. In Anbetracht der vorliegenden Entscheidung ist aber auch bei der Verschuldenshaftung nach allgemeinen Regeln vom Feststellungserfordernis dann auszugehen, wenn die Rechtswidrigkeit des haftungsauslösenden Verhaltens *ausschließlich* auf Vergaberecht gestützt wird.

4.2. Für gemeinwirtschaftliche Leistungen ist das BVergG 2006 anwendbar

Mit der vorliegenden Entscheidung wird festgehalten, dass Leistungen des innerstaatlichen und grenzüber-

23 Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG 2006-Novelle 2011), 301/ME XXIV. GP.

24 Zum Verständnis des Begriffes „hinreichend qualifiziert“ verweisen die Materialien (EB Zu Z 62 §§ 337 und 338) auf die Judikatur des EuGH (vgl. u.a. Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur*). Allerdings hat die (bisherige) Rechtsprechung des Gerichtshofs für

Rechtsbehelfe im Bereich des öffentlichen Auftragswesens bisher keine genaueren Kriterien benannt, auf deren Grundlage der Schaden festzustellen und zu bemessen ist (so EuGH Rs C-568/08, *Combinatie Spijker*).

25 Dies würde der RechtsmittelRL widersprechen, EuGH 30. 9. 2010, C-314/09, *Stadt Graz*; EuGH 9. 12. 2010, C-568/08, *Combinatie Spijker*.

schreitenden Personenverkehrs im Sinne der PSO-VO²⁶ in Österreich nach dem BVergG 2006 zu vergeben sind. Die unmittelbar anwendbare PSO-VO sieht ein von den allgemeinen Vergaberichtlinien abweichendes System der Vergabe von Aufträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen (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 aber die im vorliegenden Sachverhalt strittigen gemeinwirtschaftlichen Leistungen – obwohl dies eigentlich unionsrechtlich zulässig wäre – nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen, weshalb diese Leistungen – wie die Entscheidung weiter ausführt – als Dienstleistungen gemäß § 6 BVergG 2006 (nicht-prioritäre Dienstleistungen nach Anhang IV zum BVergG 2006) zu qualifizieren sind. Das BVergG 2006 trägt dieser Besonderheit nun in § 141 Abs 3 BVergG 2006 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. Hier lässt sich ein logischer Zirkel vermuten, verweisen doch die Regelungen der PSO-VO in diesem Punkt auf nationale Bestimmungen, das BVergG 2006 hingegen wieder auf die maßgeblichen Normen der PSO-VO. Zur notwendigen Analyse des Verhältnisses der Bestimmungen der PSO-VO und des BVergG 2006 sind die erläuternden Bemerkungen zum BVergG 2006 nützlich: EB 327 BlgNR 24. GP haltet zu § 141 Abs 3 BVergG 2006²⁷ fest, dass die PSO-VO selbst auf ihr Verhältnis zu den Vergaberichtlinien hinweist. So enthält Art 5 Abs 1 PSO-VO die Klarstellung, dass die Vergaberichtlinien grundsätzlich Vorrang genießen. Im Anwendungsbereich der Verordnung könnte daher der nationale Gesetzgeber strengere Regelungen als jene der Verordnung erlassen bzw beibehalten. Der Gesetzgeber hat nun die restriktiveren Regelungen des BVergG 2006, insbesondere für die gegenständlichen nicht-prioritären Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs, beibehalten. Gleichzeitig untersagen die nationalen Vorschriften (§ 141 Abs 3 BVergG 2006) die Anwendung des Art 5 Abs 2, 4 und 6 der PSO-VO nicht. Die Materialien differenzieren weiter: Nach Anhang III BVergG 2006 unterliegen Dienstleistungen im Bereich des Landverkehrs als prioritäre Dienstleistungen dem Regime des BVergG 2006 und den Vergaberichtlinien (zB Bus- und Straßenbahnverkehr). Hingegen unterliegen Dienstleistungsauf-

träge im Eisenbahnbereich gemäß Anhang IV BVergG 2006 lediglich dem Regime für nicht-prioritäre Dienstleistungen (zB Eisenbahn- und U-Bahnbereich). Die für mögliche Direktvergaben zu beachtenden Schwellenwerte oder Bedingungen ergeben sich aus Art 5 Abs 4 und 5 PSO-VO. Weiters ist eine Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO ausschließlich im Eisenbahnbereich nicht aber im U-Bahnbereich zulässig. Wobei sich die bezüglichen Transparenzregeln dann aus Art 7 PSO-VO ergeben. Aufgrund der Anwendbarkeit des BVergG 2006 für vorliegende Sachverhalte (vgl § 141 Abs 3 BVergG 2006) ist, so das Ergebnis der vorliegenden Entscheidung, damit aber auch in allen oben genannten Fällen das *Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 anwendbar*, weshalb Auftraggeberentscheidungen der nachprüfenden Kontrolle gem. §§ 320 ff BVergG 2006 unterliegen, einstweilige Sicherungsverfahren nach §§ 328 ff BVergG 2006 und eben auch Feststellungsverfahren nach §§ 331 ff BVergG 2006 zur Verfügung stehen. Letztere sind Zulässigkeitsvoraussetzungen für den zivilrechtlichen Schadenersatz und die lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüche unter Maßgabe der gerade oben (4.1.) dargestellten Grundsätze.

Schließlich weist die vorliegende Entscheidung zutreffend darauf hin, dass die angesprochene verschiedene Behandlung gleicher Sachverhalte durch die Doppelanwendung des Regimes der PSO-VO und des BVergG 2006 (vgl bspw die Direktvergabe und den oben angeführten „Zirkelschluss“) dem Gleichheitssatz des nationalen Rechts widersprechen könnte²⁸ oder dass sich die Unzulässigkeit der Direktvergabe im konkreten Fall aus § 141 Abs 3 BVergG 2006 ergeben könnte. Dazu bleibt – wie so oft – vieles offen. Scheinbar geklärt wird mit dieser Entscheidung im Zusammenhang lediglich, dass die erwähnte Rechtsschutzlücke im Vergaberecht nicht durch eine unbeschränkte Anwendung des UWG geschlossen werden soll, da dem der vom Gesetzgeber in § 341 Abs 2 BVergG 2006 angeordnete Primat des Vergaberechts entgegensteht. Dem steht mE aber eine Anwendung des UWG im vorliegenden Zusammenhang in krass rechtswidrigen Fällen (siehe oben unter 4.1.) nicht entgegen, bspw bei einer Vergabe im Oberschwellenbereich ohne öffentliche Ausschreibung oder einer Förderung des Wettbewerbsverstoßes des öffentlichen Auftraggebers in – zumindest bedingt – vorsätzlicher Weise. Dort wäre zu überlegen (ausnahmsweise) Rechtsschutzlücken auch

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

27 Diese Bestimmung wird durch die BVergG 2006 Novelle 2011 nicht berührt.

28 Unter Verweis auf Rindler, BVergG 2006-Novelle 2009 – Ein Überblick, RPA 2010, 59 [62f].

durch eine direkte Zulässigkeit bspw einer Unterlassungsklage gestützt auf UWG und insbesondere provisorischen Rechtsschutz zuzulassen, zumindest solange, bis eine vergaberechtliche Feststellung vorliegt.

Auch ist in besonders krass vergabewidrigen Fällen gerade von keiner (möglichen) Divergenz der vergaberechtlichen und der zivilrechtlichen Spruchkörper auszugehen.

Zusammenfassung der Ergebnisse und Praxistipp

Die Ergebnisse der vorliegenden Entscheidungen lassen sich in Leitsatzform zusammenfassen:

1. Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht *ieS* zuzuordnende generelle Norm ist (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung im Sinne von § 1 Abs 1 Z 1 UWG *idF* der UWG-Novelle 2007 zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht. Der Unterlassungsanspruch setzt ferner voraus, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechts-treuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen.
2. Ist Gegenstand der Unterlassungs- oder Schadenersatzklage ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbieters, ist eine Feststellung der Vergabewidrigkeit gemäß § 341 Abs 2 BVergG 2006 Zulässigkeitsvoraussetzung. Die Autoren vertreten aber die Ansicht, dass in krass vergabewidrigen Fällen ein-

weiliger Rechtsschutz aus dem Titel des Lauterkeitsrechts auch ohne Feststellung der Vergabewidrigkeit möglich ist, dies allerdings nur bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Feststellung der Vergabewidrigkeit durch die Vergabekontrollbehörde.

3. Der Gegenstand eines vom Vergaberecht erfassten Verhaltens des Auftraggebers oder eines Mitbieters betrifft auch die Vergabe von gemeinwirtschaftlichen Leistungen nach der Verordnung (EG) Nr 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, die in Österreich nach dem BVergG 2006 zu vergeben sind. Als *Praxistipp* lässt sich festhalten, dass immer dann, wenn ein (auch bloß abstrakter) Regelungsbezug zum BVergG 2006 besteht, vor der Geltendmachung von Schadenersatz oder einem lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch sicherheitshalber ein Feststellungsantrag bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht werden sollte.