



# **Ausschreibungsbedingungen Zivilrecht, Kartellrecht und UWG**

**Veranstaltung Archimedes**

**24.11.2011**

**Wien**

**Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler LL.M.**

**Universität Wien**



## Agenda

- **Vorüberlegungen: Vergaberecht und Zivilrecht**
- **Zivilrechtliche Kontrolle: Unwirksame/Sittenwidrige Vergabebedingungen/Leistungsverträge: AGB-Kontrolle**
- **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Verwendung bestimmter Vergabebedingungen**
- **Vergaberechtsverstöße als UWG-Verstoß, Geltendmachung durch Unternehmerverbände**
  - Dort allerdings teilweise Vortrag der Gedanken von Prof. Wolfgang Schuhmacher
  - S dazu *Schuhmacher/Glanzer*, ZVB 2011, 401 ff



## Art und Inhalt der Präsentation

- **Heutige Veranstaltung als „Brainstorming“**
  - Vortrag als Strukturierung und Überblick über Probleme und Lösungsansätze
    - Keine Lösung aller „Detailfragen“
    - Vielleicht auch „größere“ Fragen noch offen
  - Diskussion
    - Praxisprobleme
    - Argumente für rechtliche Lösungen gewinnen



## Vorüberlegungen

- **Vergaberecht: Öffentliches Recht und Verfahrensrecht**
- **Endet aber in einem Vertrag**
- **Leistungsverträge als „normale“ zivilrechtliche Verträge**
- **Daher grundsätzlich auch zivilrechtliche Rechtsfolgen**
  - Verhältnis Auftragnehmer/Auftraggeber
  - Verhältnis Dritte/Auftraggeber
    - Überlagerung des Zivilrechts durch die §§ 338 ff BVergG
    - Schadenersatz- und Unterlassungsklage abhängig von „positivem“ Feststellungsbescheid der Vergabekontrollbehörden



## Zivilrechtliche Kontrolle I

### ■ Das Problem

- Auftragnehmer oftmals mit stark benachteiligenden Bedingungen im Leistungsvertrag konfrontiert
  - zwei Beispiel später
- Frage nach den zivilrechtlichen Konsequenzen
- Frage danach, ob Sie im Vergaberechtsschutz geltend gemacht werden können
  - Hier Konzentration auf zivilrechtliche Konsequenzen, Abbrüviaturen zum Vergaberechtsschutz



## Zivilrechtliche Kontrolle II

- **Das Problem (Fortsetzung)**
  - Jedenfalls im Verhältnis Auftraggeber/Auftragnehmer keine Verdrängung zivilrechtlicher Ansprüche durch die §§ 338 ff BVergG
  - Insbesondere Nichtigkeit/Ungültigkeit einzelner Klauseln



## Zivilrechtliche Kontrolle III

- **Zivilrechtliche Einordnung**
  - Ausschreibung enthält auch Bestimmungen über Leistungsvertrag
    - „Checklist“ in § 99 BVergG
  - Ausschreibung zwar grundsätzlich Aufforderung zur Stellung von Angeboten, aber schon als einseitige Willenserklärung einzuordnen
  - Bieter stellt Angebot
  - Annahmen mit Zuschlagserteilung, Vertrag abgeschlossen
  - Erste zentrale Frage: Ausschreibungsbedingungen insb über den Leistungsvertrag als AGB?
    - Besondere Schutzbestimmungen für Vertragsabschluss unter AGB, auch für Unternehmer

## Zivilrechtliche Kontrolle IV

- **Ausschreibungsbedingungen als AGB?**
- Einseitig vorformulierte Vertragsbestimmungen, die einer Vielzahl von Verträgen zugrunde gelegt werden
  - Wegen typischer Ungleichgewichtslage und Kostenasymmetrie bei Informationsbeschaffung besondere Schutzbestimmungen
    - Zu diesen zugleich
- Entscheidende Frage: kommt es nur auf Vorformulierung oder auch auf Mehrfachverwendung an?
- OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i, JBl 2006, 103 mit krit Anm *Leitner* (zustimmend aber *Rummel*, JBl 2006, 268)
  - Einseitige Vorformulierung reicht aus!
  - Ebenso OGH 3 Ob 122/05w, 8 Ob 164/08p





## Zivilrechtliche Kontrolle V

- **AGB-Kontrolle: Überblick**
- Einbeziehungskontrolle
  - Sind die AGB überhaupt Vertragsbestandteil geworden
- Geltungskontrolle § 864a ABGB
  - Ungewöhnliche, nachteilige und „versteckte“ Bestimmungen werden nicht Vertragsinhalt
- Inhaltskontrolle § 879 Abs 3 ABGB
  - Gröblich benachteiligend, keine Hauptleistungspflicht betreffend
  - (relative) Nichtigkeit



## Zivilrechtliche Kontrolle VI

- **AGB-Kontrolle: Überblick (Fortsetzung)**
  - **Undeutlichkeitsregel § 915 ABGB, zweite Variante**
  - **Transparenzgebot § 6 Abs 3 KSchG**
    - Analoge Anwendung? dazu später



## Zivilrechtliche Kontrolle VII

- **§ 864a und Ausschreibungen**
- Ungewöhnliche Bestimmung
  - Objektiv ungewöhnlich für diesen Vertragstyp/für diese Branche, oder
  - Subjektiv ungewöhnlich: wenn sie im konkreten Zusammenhang überraschend ist oder an anderer Stelle, als man sie erwarten würde
- Nachteilig
  - Maßstab: dispositives Recht, anders als bei § 879 Abs 3 keine „gröbliche“ Nachteiligkeit erforderlich
- „nicht mit ihnen rechnen musste“/kein deutlicher Hinweis



## Zivilrechtliche Kontrolle VIII

- **§ 864a und Ausschreibungen (Fortsetzung)**
- Problem im Vergabeverfahren: § 108 Abs 2, § 257 Abs 2 BVergG
  - „Mit der Abgabe des Angebots erklärt der Bieter, dass er die Ausschreibungsunterlagen kennt“
  - eine solche rechtsgeschäftlich abverlangte Erklärung änderte nichts an der Anwendbarkeit des § 864a
  - Zweck der gesetzlichen Bestimmung?
    - EBRV ergeben nichts
    - Herkunft aus ÖNORM 2050
    - Im Zweifel keine Verdrängung des § 864a



## Zivilrechtliche Kontrolle IX

- **§ 879 Abs 3 ABGB und Ausschreibungen**
- Praktisch wichtigste Norm der AGB-Kontrolle
  - Gröblich benachteiligend
  - nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt
- Hauptleistung“ wird eng verstanden
  - zB durchaus Kontrolle von Zinsenregelungen, Preisberechnungsbestimmungen etc
  - „nur die erstmalige, individuelle, ziffernmäßige Festlegung der Hauptleistungen“

## Zivilrechtliche Kontrolle X

- **§ 879 Abs 3 ABGB und Ausschreibungen (Fortsetzung)**
- Gröblich benachteiligend
  - Dispositives Recht als Maßstab
    - Leitbild eines ausgewogenen Interessenausgleichs
  - Umfassende, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Interessenabwägung
  - Gröblich, dh nicht jede Abweichung schon sittenwidrig
    - Allerdings Abweichung ohne sachliche Rechtfertigung sittenwidrig
  - Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen kann ebenfalls Sittenwidrigkeit ergeben
  - Machtungleichgewicht kann Berücksichtigung finden



## Zivilrechtliche Kontrolle XI

- **Transparenzgebot: § 6 Abs 3 KSchG**
- Unklare und unverständliche Bestimmungen in AGB sind unwirksam
  - Durchschnittsverbraucher kann Inhalt und Tragweite einer Klausel nicht durchschauen
- Große Bedeutung in der Judikatur
- Analoge Anwendung auch im Unternehmerbereich?
  - Von der hM zurecht bejaht

## Zivilrechtliche Kontrolle XII

- **Unklarheitenregel gem § 915 2. Variante ABGB**
  - „undeutliche“ Äußerungen werden zum Nachteil desjenigen ausgelegt, der sich ihrer bedient hat
  - Daher Auslegung zum Nachteil des AGB-Verwenders, hier des Ausschreibenden
  - Verhältnis zum Transparenzgebot?
    - geht wohl vor, es sei denn das mit § 915 ABGB erzielbare Ergebnis ist sogar günstiger als dispositives Recht





## Zivilrechtliche Kontrolle XIII

### ■ Zwei Fallbeispiele

#### ■ Wiener Stadtwerke für Bauleistungen

- 13.3. Unklarheitenregel „Im Fall von Unklarheiten oder Widersprüchen zwischen einzelnen Bestimmungen gilt die für den AG günstigere Regelung oder Auslegung“
- Nichtig und zwar „gleich doppelt“
  - Transparenzgebot zwingend, daher nichtig
  - Gröblich benachteiligend gem § 879 Abs 3 ABGB
    - Verkehrt die gesetzliche Regel in ihr Gegenteil
    - Auftraggeber muss sich gar nicht mehr „anstrengen“, Schlampigkeit und Ungenauigkeit in der Vertragsformulierung wird geradezu belohnt



## Zivilrechtliche Kontrolle XIV

- **Zwei Fallbeispiele (Fortsetzung)**
- Brenner Basistunnel (Klausel zu lange für wörtliche Wiedergabe)
  - 1) Änderung der Reihenfolge der Leistungserbringung aus Gründen der besseren Abstimmung mit Leistungen anderer Unternehmer, dafür keine Entgelt, Kostenersatz etc
  - 2) In Teil-/Schlussrechnung (auch irrtümlich) nicht aufgenommene Ansprüche können nicht mehr geltend gemacht werden
  - 3) Mit Einheit- bzw Pauschalpreises sind auch alle Aufwendungen und Kosten für die Einhaltung rechtlicher Vorgaben abgegolten

## Zivilrechtliche Kontrolle XV

### ■ Zwei Fallbeispiele (Fortsetzung Brenner Basistunnel)

#### ■ Beurteilung

- 1) kaum determiniertes Leistungsänderungsrecht, kann erhebliche Mehrkosten verursachen, Risikoabschätzung für AN kaum möglich
  - Gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3
- 2) OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i, JBI 2006, 103
  - Klausel ist „jedenfalls“ nichtig iSd § 879 Abs 3, falls sie auch für den AG erkennbar irrtümlich nicht aufgenommene Ansprüche ausschließt
- 3) Problem; hoch komplexe Rechtslage, UVP-Bescheid über tausende Seiten
  - Überwälzung des Risikos? Pflicht zur näheren Spezifizierung durch den AG?

## Zivilrechtliche Kontrolle XVI

- **Geltendmachung**
- Einschlägige gesetzwidrige Bestimmungen werden entweder nicht Vertragsbestandteil (§ 864a) oder sind nichtig (§ 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3)
  - Relative Nichtigkeit, dh geltend zu machen
  - Dh AN kann sich gegebenenfalls im Prozess gegen AG „wehren“
- Geltendmachung im Vergabeverfahren
  - Soweit untersucht: strittig, bedürfte nähere Untersuchung
    - Anfechtung der Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren
    - Anfechtungsbefugnis: § 320 Abs 1 BVergG
    - Kognitionsbefugnis der Vergabekontrollbehörden nur, wenn Zivilrechtswidrigkeit zugleich einen Verstoß gegen das BVergG darstellt



## Kartellrechtliche Kontrolle I

- **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung**
  - Allgemeines**
    - § 5 KartG und Art 102 AEUV: Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung
    - Marktbeherrschung
      - Keine Definition im Unionsrecht
        - Fähigkeit zur Mitbewerberbehinderung, Fähigkeit zur Ausbeutung der Marktgegenseite
        - Marktanteile in der Praxis entscheidend
  - § 4 KartG: genauere Umschreibung
    - Vermutung bei bestimmten Marktanteilen gem Abs 2



## Kartellrechtliche Kontrolle II

- **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung  
Allgemeines (Fortsetzung)**
- Missbrauch
  - Art 102 AEUV und § 5 KartG im Wesentlichen gleich
  - Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch
  - Unangemessene Geschäftsbedingungen ausdrücklich genannt
  - Auch nachfrageseitige Marktbeherrschung erfasst
- Zweck des Verbots
  - Erhaltung des Leistungswettbewerbs
  - Schutz der Marktgegenseite



## Kartellrechtliche Kontrolle III

- **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Auftragsvergabe**
- Unternehmereigenschaft erforderlich
  - Nicht bei hoheitlicher, nicht bei sozialer (sozialversicherungsrechtlicher) Tätigkeit
  - Reine Nachfragetätigkeit ohne (unternehmerische) Angebotstätigkeit reicht nicht aus
  - Aber zB bejaht bei ASFINAG: OGH als KOG 16.12.2002, 16 Ok 14/02, wbl 2003, 346



## Kartellrechtliche Kontrolle IV

- **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Auftragsvergabe (Fortsetzung I)**
- Vorrang des Vergaberechts?
  - OGH aaO: nein
    - Keine dies anordnende Bestimmung des BVergG
    - Unterschiedliche Zwecke
      - Schutz des Wettbewerbs und der Marktgegenseite einerseits
      - Sicherstellung einer fairen und die Bieter gleich behandelnden Vergabeverfahrens andererseits



## Kartellrechtliche Kontrolle V

- **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Auftragsvergabe (Fortsetzung II)**
- Die Mühen der Ebene
  - Marktbeherrschende Stellung: örtlich und sachlich relevanter Markt
    - Vgl die ASFINAG-E
  - Konkretisierung des Missbrauchsverbots
    - Kaum Entscheidungsmaterial
    - Marktbeherrscher grundsätzlich strenger zu behandeln
      - Strenger als § 879 Abs 3 ABGB?
    - Interessenabwägung
    - zB Risikoverschiebungen, Unkalkulierbarkeit von Kosten und Risiken

## Lauterkeitsrechtliche Kontrolle I

- **Probleme**
- Vergaberechtsverstoß ieS als unlauterer Rechtsbruch
  - des AG
  - Mitbieter handelt unlauter, wenn Vergaberechtsverstoß offenkundig ist
    - OGH 24.10.2000, 4 Ob 232/00c, ÖBI 2001, 109 – cook & chill-Produktion; 13.11.2001, 4 Ob 261/01p, RPA 2002, 40 mit Anm *Stempkowski* – Chipcard I
- Verwendung sittenwidriger AGB als unlauterer Rechtsbruch
  - OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a, wbl 2010, 366 – Zero intern
  - Voraussetzungen: Rechtsbruch, Vorsprungseignung, nicht mit guten Gründen vertretbare Rechtsauffassung



## Lauterkeitsrechtliche Kontrolle II

- **Praktisch entscheidende Vorfrage**
- § 341 Abs 2 BVergG
  - Schadenersatz UND Unterlassungsklage nach UWG setzt Feststellung der Rechtswidrigkeit durch Vergabekontrollbehörden voraus
- 2 Facetten
  - Nur bei Verstoß gegen Vergabevorschriften, gilt das auch für Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB?
  - Setzt auch Klagslegitimation der Unternehmervereinigungen gem § 14 UWG Feststellungsbescheid voraus?
    - Ihnen fehlt ja im Vergabekontrollverfahren die Parteistellung

## Lauterkeitsrechtliche Kontrolle III

- **Feststellungsbescheid auch bei Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und darauf gestützter Unterlassungsklage?**
- Zur Reichweite des § 341 Abs 2 nunmehr OGH 9.8.2011, 4 Ob 100/11a, Leitsatz RdW 2011, 597
  - Klage der „Westbahn“ gegen Republik
  - Unzulässigkeit des Rechtswegs bei Fehlen des Bescheids auch soweit Missbrauch hoheitlicher Machtmittel und Behinderung durch Diskriminierung und mangelnder Transparenz geltend gemacht wird
    - Begründung: Vergaberecht abschließende Regelung zur Verhinderung solcher Verhaltensweisen



## Lauterkeitsrechtliche Kontrolle IV

- **Feststellungsbescheid auch bei Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und darauf gestützter Unterlassungsklage? (Fortsetzung)**
  - Trifft das auch auf AGB-Kontrolle zu?
    - Beachte Zusammenhang mit der Frage des Aufgriffs zB der Sittenwidrigkeit gem § 879 Abs 3 ABGB im Vergabeverfahren
      - Je eher man das bejaht, desto eher wird Feststellungsbescheid erforderlich sein



## Lauterkeitsrechtliche Kontrolle V

- **Klagslegitimation der Unternehmervereinigung gem § 14 UWG und Feststellungsbescheid?**
- © *Schuhmacher/Glanzer*, ZVB 2011, 401 ff
  - § 341 Abs 2 UWG soll divergierende E der Gerichte und Vergabekontrollbehörden verhindern
  - Unternehmervereinigung kommt gem § 14 UWG eigenes Klagerecht zu, gerade auch bei Rechtsbrüchen
  - Unternehmensvereinigungen kommt aber keine Antragslegitimation für Feststellungsbescheid zu
  - Daher: Teleologische Reduktion des § 341 Abs 2 BVergG



## Lauterkeitsrechtliche Kontrolle VI

- **AGB-Verstoß als unlauterer Rechtsbruch?**
- Problem: AG fördert eigenen Wettbewerb, alle potentielle AN werden gleich (schlecht) behandelt
  - AG fördert eigenen Wettbewerb zu Lasten anderer Mitbewerber
  - Unterlassungsklage von Mitbewerbern des AG bzw deren Vereinigungen
  - Unterlassungsklage der AN bzw von deren Vereinigungen?
    - Förderung fremden Wettbewerbs?
      - Bevorzugung einzelner AN?
    - Reicht (gleicher) Nachteil aller für Klagebefugnis aus?



## Danke für die Aufmerksamkeit

Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler, LL.M.  
Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht  
Universität Wien  
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Juridicum  
Schottenbastei 10-16, 1010 Wien

T: +43 1 4277 35244

F: +43 1 4277 9352

E: [friedrich.rueffler@univie.ac.at](mailto:friedrich.rueffler@univie.ac.at)

<http://unternehmensrecht.univie.ac.at/rueffler/>