

06.05.2011

## Ohne Schuld zu Schadenersatz

Vergabeverfahren

**Eine brisante Entscheidung zu einem heimischen Vergabeverfahren sorgt für Rechtsunsicherheit: In weiterer Folge könnten öffentliche Auftraggeber auch ohne eigenes Verschulden kräftig zur Kasse gebeten werden.**



Eine hochkarätig besetzte Runde an Vergabexperten diskutierte beim Round Table der Bauzeitung ein weitreichendes Rechtsurteil.  
© Hetzmanseder

**Stephan Heid:** „Die Stadt Graz hatte 1998/99 einen Lieferauftrag für Heißmischgut ausgeschrieben, an dem sich 15 Unternehmen beteiligt haben, darunter die jetzt klagende Strabag in einer Bietergemeinschaft. Sie wurde aber aufgrund des Preises im Vergabeverfahren nur zweitgereiht. Daraufhin hat die Strabag ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet mit der Behauptung, der Erstgereichte sei aus Mangel technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden. Das Siegerunternehmen hätte gar keine Heißgutmischanlage in der Steiermark.

Da hat die Strabag ins Schwarze getroffen: Denn es gab zum Angebot des Erstgereihten ein Begleitschreiben, in dem er selbst eingestand, zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns noch über keine Mischgutanlage zu verfügen. Der Baustoff muss aber regional geliefert werden, denn sonst hat das Mischgut keine Einbautemperatur. Der Vergabekontrollsenat Steiermark hat den Nachprüfungsantrag abgewiesen – mit einer rechtlich sehr schwachen und im Kern falschen Begründung. Diese Entscheidung ist bekämpft worden. Der Verwaltungsgerichtshof hat letztendlich gemeint, dass der Nachprüfungsantrag zu Unrecht abgewiesen wurde.

Es ist dann zu einem Feststellungsverfahren vor dem „neuen“ Verwaltungssenat Steiermark gekommen. Dieser hat den Feststellungsbescheid erlassen, dass die Zuschlagserteilung nicht an den Billigstbieter gegangen ist – die Voraussetzung für Schadenersatz nach damaligem und heutigem Bundesvergabegesetz. Und mit diesem Feststellungsbescheid in der Tasche ist die Strabag vor die ordentlichen Zivilgerichte gegangen, bis zum Obersten Gerichtshof. Der hat den EuGH zur Vorabentscheidung angerufen, ob die Stadt Graz gegen die Inanspruchnahme geltend machen kann, dass trotz Vorliegen eines Vergabeverstoßes deshalb keine Haftung bestünde, weil die Stadt Graz nicht schuldhaft gehandelt habe.

Sie hat sich ja auf den Bescheid des damaligen Vergabekontrollsenats verlassen, dass die Zuschlagserteilung an den Erstgereihten rechtmäßig gewesen ist. Seit 30. September letzten Jahres kennen wir die Ansicht des europäischen Gerichtshofs dazu. Nämlich, dass die

Voraussetzung für Verschulden vom Gerichtshof als richtlinienwidrig festgestellt wurde, sodass insofern EU-Recht das österreichische Schadenersatzrecht bricht und zivilgerichtlicher Schadenersatz bei Vergabeverstoß unabhängig vom Verschulden des öffentlichen Auftraggebers zuzusprechen ist. Das ist der Anlassfall, und mit den Konsequenzen haben die Zivilgerichte und die Vergabejuristen umzugehen. Wird es zu einer Fülle weiterer Schadenersatzprozesse kommen? Kann man einer Baufirma raten, Schadenersatzprozesse zu führen – auch angesichts der Dauer und der Kosten?"

**Wolfgang Berger:** „Man muss sagen, dass diese Entscheidung nur im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien gilt, das heißt nur im Oberschwellenbereich. Auf den Unterschwellenbereich wird man wohl diese Entscheidung nicht übertragen können. Es sind somit nur Liefer- und Dienstleistungsaufträge ab 293.000 Euro und Bauaufträge ab rund fünf Millionen Euro von dieser Entscheidung betroffen. Hier ist schon einmal eine gewisse Einschränkung für den Anwendungsbereich der Entscheidung da. Und es wird sich vermutlich nur dann auszahlen, wenn es sich um einen einigermaßen großen Auftrag handelt. Ansonsten lohnt sich der Aufwand nicht. Dazu muss man sich auch das Verfahren einmal ansehen. Wie lange hat es denn gedauert? 1999 ist das Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden, den Schadenersatzanspruch hat man im November 2010 zugesprochen bekommen. Das ist schon bemerkenswert. Der Fokus liegt bei den Bietern auch immer darauf, den Auftrag zu bekommen, sonst hat man gar nicht das Recht, das geltend zu machen. Es sind sehr viele Voraussetzungen an diesen Schadenersatz geknüpft, die es einem Bieter nicht gerade erleichtern, diesen durchzusetzen.“

**Julia Hartlieb-Lamprechter:** „Ich glaube, Länge und Kosten des Verfahrens sind wesentliche Punkte. Gerade in Österreich gilt die Zweiteilung zwischen Nachprüfungsverfahren einerseits und Zivilverfahren andererseits, in dem dann tatsächlich der Schaden geltend gemacht wird. Das Ganze dauert sehr lang. Die Nachprüfungsverfahren sind heutzutage doch relativ schnell abgehandelt, aber das, was danach kommt, nicht. Dazu kommen Beratungskosten. Gerade diese Zweiteilung ist zu hinterfragen.“

**Bernhard Kall:** „Aus Bietersicht schafft das Urteil des OGH einen größeren Anreiz zur Einbringung von Rechtsmitteln. Bisher war dies eher die Ausnahme. Das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs hängt nicht mehr vom Verschulden des Auftraggebers ab. Sowohl gerichtlich als auch außergerichtlich wird dadurch der Weg zum Schadenersatz erleichtert. Man muss berücksichtigen, dass nicht jeder Streit vor einem Gericht endet. Sehr viel spielt sich im außergerichtlichen Bereich ab. Durch das Urteil haben Bieter meiner Meinung nach bessere Chancen, Schadenersatz auch ohne gerichtliche Hilfe zu erhalten. Zur Entscheidung des Vergabekontrollsenats möchte ich noch anmerken, dass in Hinblick auf das eindeutig vergaberechtswidrige Begleitschreiben meiner Meinung nach heute keine Nachprüfungsbehörde mehr so entscheiden würde.“

**Matthias Wohlgemuth:** „Von einer positiven Seite betrachtet, ist es eine Motivation für nicht so routinierte Auftraggeber, das Vergabeverfahren ordentlich durchzuführen. Damit es am Ende zu einem fairen, transparenten Verfahren kommt, das wir uns alle wünschen. Ich glaube,

auf keiner Seite ist Schadenersatz der erste Gedanke. Schadenersatz kann irgendwann einmal kommen, wenn es einen ganz groben Verstoß gibt. In erster Linie soll es aber darum gehen, ein rasches Verfahren abzuwickeln, bei dem der Beste gewinnt. Der Rechtsschutz funktioniert in diesem Bereich aus meiner Sicht ganz passabel. Es gibt aber noch einige andere Probleme im Vergaberecht, etwa die kurzen Fristen."

**Heid:** „Man sieht, dass das Risiko für die Auftraggeber potenziell gestiegen ist. Die Haftung ist von einer Verschuldungshaftung in eine reine Erfolgshaftung gewechselt. Und die Haftung besteht unabhängig davon, wie schwer der Vergabeverstoß ist. Der Anlassfall war eine krasse Fehlentscheidung. Die Haftung würde aber auch in einem Fall ausgelöst werden, in dem eine diffizile Rechtsfrage, etwa über einen Ausscheidensgrund, von der Vergabekontrollbehörde in der ersten Instanz falsch gelöst werden würde und dann erst vom Verwaltungsgerichtshof behoben wird. Sprich, der Auftraggeber sitzt am Ende des Tages auf einem Schadensrisiko, das er auch bei sorgfältigster Vorgehensweise mit seinen subjektiven Möglichkeiten nur schwer beherrschen kann. Was wird er in Zukunft tun? Er wird einerseits versuchen, das Risiko über Versicherungsschutz abzudecken. Bestehende Pakete decken das aber nicht ab. Ein zweiter Weg des öffentlichen Auftraggebers könnte darin bestehen, dass er sich an Berater hält, schwierige Phasen des Verfahrens auslagert. Diese Berater werden im Fall der Fälle in Haftung genommen. Die haben auch eine Haftpflichtversicherung. So wäre das Risiko wieder eingedeckt."

**Berger:** „Berater sind ja in vielen Fällen Ingenieurbüros und dergleichen. Grundsätzlich gilt der Beratungsvertrag im Verhältnis Auftraggeber/Berater, in welcher Form auch immer. Die Verschuldensunabhängigkeit kann nicht an den Berater durchgereicht werden."

**Heid:** „Da kämpfen wir, insbesondere Anwälte, mit dem Problem der Beweislastumkehr. Wir müssen uns frei beweisen, das ist in jedem Vertrag jetzt schon so. Darüber hinaus wurde unser Sorgfaltsmaßstab über § 1299 ABGB von der Judikatur auch in anderen Bereichen der anwaltlichen Tätigkeit, ähnlich wie in der Arzthaftung, so hochgeschraubt, dass es immer schwieriger wird, sich zu entlasten. Ich glaube, dass wir de facto nahe an einer Erfolgshaftung auch als rechtsberatende Berufe sind."

**Berger:** „Man kann als Auftraggeber wirklich alles richtig gemacht haben und trotzdem zum „Handkuss“ kommen. Man kann eine richtige Vergabeentscheidung getroffen haben, einen Zuschlag an das Unternehmen XY. Der Zweite bekämpft das. Die Entscheidung wird aufgehoben und dann vom Gerichtshof umgedreht. Mittlerweile ist der Auftrag vergeben, schließlich muss ja das Tagesgeschäft weitergeführt werden. Dann steht man vor der Tatsache, alles richtig gemacht zu haben und trotzdem zu haften."

**Heid:** „Interessant ist auch die Risikoabwälzung auf die fehlerhafte Entscheidung der Vergabekontrollbehörde. Im Zuge der Amtshaftung wird diese nicht möglich sein, weil es ja keine Bindung an die Entscheidung der Vergabekontrollbehörde gibt. In unserem Anlassfall sagt der Vergabekontrollsenat Steiermark, die Zuschlagserteilung an den Erstgereiten ist rechtmäßig. Das war falsch. Theoretisch hätte die Stadt Graz sagen können: Dieser Bescheid

ist eine Rechtsmeinung, aber für mich nicht verbindlich. Ich entscheide mich doch für den Zweitgereihten. Und diese Nichtbindung an ein Erkenntnis der Vergabekontrollbehörde führt dazu, dass man an die Fehlentscheidung, wenn man sich ihr unterwirft, im Zuge der Amtshaftung keinen Regress anknüpfen kann, weil sich der Auftraggeber anders verhalten hätte können."

**Berger:** „De facto wird der öffentliche Auftraggeber oft nicht anders können, als diese Entscheidung umzusetzen. Schon aus zeitlichen Gründen. Der Schaden, der ihm entsteht, wenn er abwartet bis er endlich Rechtssicherheit hat, kann wesentlich höher sein. Das ist eine faktische Bindung an den Spruch einer Kontrollbehörde."

**Hartlieb-Lamprechter:** „Ich kenne kaum Entscheidungen von öffentlichen Auftraggebern, wo man sich gegen die Entscheidung der Kontrollbehörde gerichtet hat. Da sehe ich in der Praxis die gelebte Bindung an die Erkenntnisse."

**Heid:** „Man muss differenzieren. Es gibt zwei Arten von Schadenersatzansprüchen. Wirklich bedeutend für das einzelne Unternehmen ist das sogenannte Erfüllungsinteresse. Also jener Schaden, der darin entsteht, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger den Auftrag nicht bekommen hat. Sprich, der entgangene unternehmerische Gewinn. Was hätte er lukriert, hätte er den Auftrag abgewickelt? Und das kann in die Hunderttausende oder in die Millionen gehen. Die Strabag hat im konkreten Anlassfall 300.000 Euro unter dem Titel Erfüllungsinteresse eingeklagt. Hier ist es natürlich für den Kläger schon eine Erleichterung, wenn das Verschulden wegfällt. Nichtsdestotrotz muss noch immer nachgewiesen werden, dass er im Falle des sorgfältigen Vorgehens des Auftraggebers den Zuschlag bekommen hätte. Das ist beim Bestbieterprinzip ein sehr steiniger Weg."

**Berger:** „Bei der Asfinag erheben wir intern, ob wir nicht einen Haftungsausschluss in die Ausschreibung hineinnehmen. Inwieweit das gesetzeskonform ist, das müsste man sich noch genauer ansehen. Die Rechtsprechung ist hier noch im Fluss."

**Heid:** „Ich kenne bereits eine Entscheidung vom VKS Salzburg: Das ist eine unzulässige Einschränkung der EuGH-Entscheidung und wird für nichtig erklärt. Daher werden sich auch die Zivilgerichte nicht an einen solchen Haftungsausschluss halten."

**Kall:** „Ich sehe keine Möglichkeit, dass Auftraggeber mit generellen Haftungsbeschränkungen den Kopf aus der Schlinge ziehen können. Die Frage, die sich meiner Meinung nach stellt, ist: Um wie viel erhöht sich die Anzahl der Bieter, die nun den Rechtsweg beschreiten werden? Grundsätzlich ist die Mentalität der Unternehmer eher die, dass sie sagen, gut da ist es dieses Mal nichts mit dem Auftrag geworden, beim nächsten Mal dann."

**Hartlieb-Lamprechter:** „Wenn man es auf die Jahre umrechnet, hat es sich für die Strabag wahrscheinlich nicht ausgezahlt, aber in Hinblick auf die Bedeutung des Verfahrens schon. Weil es eben sozusagen etwas ins Rollen gebracht hat, damit die Auftraggeber verstärkt sorgfältigere Ausschreibungen abwickeln. Man muss nun jeden einzelnen Fall weiterhin prüfen: Möchte ich eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers anfechten, ja oder nein. Und in weiterer Folge stelle ich mir natürlich auch die Frage, wie es mit allfälligen Schadenersatzansprüchen aussieht? Es gilt aber abzuwägen, ob es ein eklatanter Verstoß ist und ein wichtiges Bauvorhaben. Ich glaube, hier kann man nicht allgemein den Schluss ziehen, dass wir gegen jede Auftraggeberentscheidung in den Kampf ziehen.“

**Kall:** „Es gibt immer Projekte, wo man viel Arbeit in die Angebotslegung steckt. Das wirkliche Geld liegt aber am Ende des Tages im kalkulierten Gewinn. Je geringer die Auftragssumme, umso geringer der entgangene Gewinn, und umso weniger zahlt sich ein aufwändiges Schadenersatzverfahren aus. Beim Anlassfall geht es doch um 300.000 Euro samt Verzugszinsen für elf Jahre. Da lässt es sich schon prozessieren, wenn man den Atem hat. Aber bei 5.000 Euro kann ich keinem Mandanten empfehlen, ein Schadenersatzverfahren durchzuführen, denn das ist einfach unwirtschaftlich.“

**Heid:** „Auswirkungen wird es vor allem auf große Infrastrukturvorhaben der öffentlichen Hand haben. Stellen Sie sich vor, wenn das Verfahren Koralmtunnel beeinträchtigt worden wäre und eine ähnliche Chronologie gehabt hätte, wie jetzt der Anlassfall. Da kann man sich vorstellen, dass der unternehmerische Gewinn im Rahmen des Erfüllungsinteresses in den zweistelligen Millionenbereich hineingeht, und dann werden die Unternehmen schon anfangen, in den Rechtsabteilungen ganz verschärft über dieses Instrument nachzudenken. Wir haben unsere Berufshaftpflichtversicherung dahingehend sehr eingehend untersucht, ob die allgemeinen Vertragsbedingungen auch die Beratung von Vergaberecht abdeckt. Das tut sie nicht. Dieses Risiko muss man in bilateralen Verhandlungen mit der Versicherung eindecken. Und so wird es auch anderen Berufen ergehen. Angesprochen: die Ziviltechniker, die Unternehmensberater. Die sind aufgerufen, infolge des Urteils ganz genau die eigene Polizza zu prüfen.“

**Wohlgemuth:** „Prinzipiell geht es ums Bauen. Der Rechtsschutz sollte rasch und effizient funktionieren, und der Schadenersatz an sich ist eher sekundär im Denken der Unternehmen. Die konkrete Entscheidung wird nicht die große Auswirkung, hoffentlich aber eine motivierende Funktion für Auftraggeber haben, sorgfältig auszuschreiben, dass in Zukunft die Verfahren besser werden und wir dadurch insgesamt die Kosten senken.“

**Heid:** „Schadenersatz bei einem Vergabeverstoß erfordert kein Verschulden. Das haben wir zur Kenntnis zu nehmen. Die Effizienzen und Verbesserungen im Rechtsschutzsystem liegen aber nicht im Schadenersatz, sondern im Primärrechtsschutz. Das heißt, bei der unmittelbaren Überprüfung der Entscheidungen des Auftraggebers. Dort wären meine Anregungen an den Gesetzgeber, über eine Antragslegitimation für die gesetzlichen Interessenvertretungen zur Überprüfung von Ausschreibungsunterlagen und einen Kostenersatzanspruch für die

Rechtsanwaltskosten, wie vor den Zivilgerichten, nachzudenken. Im Falle des Obsiegens sollte man nicht nur die Pauschalgebühr erhalten, sondern auch die Rechtsanwaltskosten."

**Kall:** „Ich halte die Entscheidung für positiv und sehe diese insbesondere als Anreiz für Bieter, sich nicht mit erstinstanzlichen Entscheidungen zufriedenzugeben. Ich stehe daher zu dem Schlagwort: Geld ohne Auftrag! Das Urteil bietet für Bieter die Möglichkeit, sich besser und effizienter gegen weitgehend unrichtige Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber zur Wehr zu setzen, was ich nur befürworten kann."

**Berger:** „Verschuldensunabhängiger Einsatz ist aus Auftraggebersicht nicht unbedingt erfreulich. Schadenersatz ist bislang Gott sei Dank von subsidiärer Bedeutung. Es geht in erster Linie darum, den Auftrag zu lukrieren. Für den Auftraggeber geht es darum, einen Auftragnehmer zu finden, nicht einen Kläger. Insofern hoffe ich, dass dieses Urteil nicht zum Anlass genommen wird, exzessiv Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Zum Sorgfaltspflichtmaßstab der öffentlichen Auftraggeber: Er ist schon sehr hoch, ist noch weiter zu erhöhen. Es gibt sicherlich Fälle, wo man auch bei sorgfältigstem Handeln dennoch mit Schadenersatzansprüchen konfrontiert wird. Das ist eben, was ich schade finde bei dieser Entscheidung."

**Hartlieb-Lamprechter:** „Ich hoffe, dass durch das EuGH-Erkenntnis der öffentliche Auftraggeber verstärkt motiviert wird, das Vergabegesetz einzuhalten. Ich bin da guter Hoffnung. Für die Strabag hat das EuGH-Erkenntnis natürlich positive Auswirkungen, weil es unser Verfahren betrifft. Hier bleibt jetzt nur in der konkreten Sache abzuwarten, wie das Verfahren endgültig ausgeht. Es ist ja noch im Laufen."

**Helmut Melzer**

Autor:  
Redaktion Bauzeitung



