



OGH Beschluss vom 28.2.2012, 4 Ob 216/11k – *Papierservietten*

**Fundstellen:** EvBl-LS 2012/78 = RdW 2012/228, 219 = RPA 2012, 140 = wbl 2012/108, 292

**1. Aus lauterkeitsrechtlichen Gründen kann auch die Erfüllung eines Vertrages mit einem Dritten verboten werden. Dies insbes. bei offenkundigem Verstoß gegen das Vergaberecht. Dem wettbewerbswidrig Handelnden dürfen nämlich keine Früchte seines unlauteren Verhaltens verbleiben.**

**2. Stellt das Vergaberecht keinen geeigneten Rechtsschutz (mehr) bereit, ist § 341 Abs 2 BVergG 2006 teleologisch dahin zu reduzieren, dass das Erfordernis eines Feststellungsbescheides für die Zulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung von Lauterkeitsverstößen entfällt.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende sowie die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G \*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Martin Leitner und Dr. Ralph Trischler, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei O\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung, Beseitigung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 36.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 22. November 2011, GZ 15 R 213/11w-19, womit der Beschluss des Landes- als Handelsgericht Wiener Neustadt vom 30. September 2011, GZ 26 Cg 131/11m-11, abgeändert wurde, den

### **Beschluss**

gefasst: Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben. Die klagende Partei hat die Kosten des Revisionsrekursverfahrens einstweilen, die beklagte Partei hat sie endgültig selbst zu tragen.

### **Begründung:**

Klägerin und Beklagte stehen im Wettbewerb; beide nahmen an einer Ausschreibung des Wiener Krankenanstaltenverbundes (KAV) über die Lieferung von Papierservietten teil.

Die Ausschreibungsbestimmungen im Vergabeverfahren sahen unter anderem vor, dass auf der Unterverpackung der zu liefernden Servietten deutlich in deutscher Sprache Lieferant, Artikelnummer, Produktbezeichnung, Größe und Stückzahl anzugeben sind. Von jeder angegebenen Grundtype war ein Originalkarton mit unbedruckten Mustern zu übermitteln. Die Bemusterung war Bestandteil des Angebots, diente zur Prüfung der vorgegebenen Produktspezifikationen und musste zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung dem KAV vorliegen. Das Fehlen der Bemusterung sollte zum Ausscheiden des Angebots führen. Mit Einreichung des Angebots erklärte der Bieter, dass er die Angaben in den Angebotsunterlagen nach bestem Wissen und Gewissen wahrheitsgetreu vorgenommen habe. Die besonderen Vertragsbestimmungen enthielten die Vereinbarung einer Vertragsstrafe von 10 % des Auftragswerts bei Überschreitung der Leistungsfrist sowie den Vorbehalt des KAV, in Fällen von Qualitätsmängeln (zB offensichtlichen Abweichungen von den vorgegebenen Produktspezifikationen laut Leistungsbeschreibung), Deckungskäufe zu tätigen, wobei allfällige Mehrkosten zu Lasten des Auftragsnehmers gehen und zusätzlich die bereits

genannte Vertragsstrafe fällig würde. Schließlich war festgelegt, dass die Papierfasern der Servietten zu 100 % aus Altpapier bestehen müssten.

Zur Vorbereitung ihrer Angebotslegung fragte die Beklagte bei ihrer langjährigen Lieferantin von Servietten an, ob und zu welchem Preis Servietten mit den Spezifikationen der Ausschreibung geliefert werden können. Die Beklagte erwähnte gegenüber der Lieferantin nicht, dass es sich um Servietten aus 100 % Altpapier handeln müsse. Die angesprochene Lieferantin stellt keine Servietten aus 100 % Altpapier her. Die Beklagte führte gegenüber der Lieferantin auch nicht als erforderliche Spezifikation an, dass die Unterverpackungen mit dem Namen der Beklagten bedruckt sein müssten. Das Anbringen dieser Bezeichnung wäre grundsätzlich bei entsprechend höherem Preis möglich gewesen, jedoch nur bei einer Abnahmemenge, die bei einer voraussichtlich an den KAV zu liefernden Menge bei weitem nicht erreicht worden wäre.

Am 28. Dezember 2010 teilte die Klägerin dem KAV mit, dass die von ihr angebotenen Produkte nicht den Vorgaben hinsichtlich der im Leistungsverzeichnis geforderten Faserstoffe entsprechen. Ihr Angebot wurde daraufhin vom KAV ausgeschieden.

Nachdem die Beklagte ein Anbot ihrer Lieferantin erhalten hatte, legte sie dieses ohne eigene Überprüfung, ob es sich bei den von der Lieferantin angebotenen Servietten um solche aus 100 % Altpapier handelte, und ohne Beachtung, dass die Unterverpackungen nicht die in der Ausschreibung geforderte Bezeichnung des Lieferanten aufweisen, ihrem eigenen Angebot im Ausschreibungsverfahren zugrunde. Dem Angebot waren keine Muster beigelegt. Dennoch erhielt die Beklagte im Vergabeverfahren den Zuschlag.

Es kann nicht festgestellt werden, dass es der Beklagten nicht möglich gewesen wäre, den Ausschreibungskriterien entsprechende Servietten aus 100 % Altpapier im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens anzubieten, und dass die Beklagte wissentlich Servietten anbot, die nicht den Ausschreibungskriterien entsprachen.

In der Folge bestellte der KAV bei der Beklagten die bei der Ausschreibung angebotenen Servietten; die Beklagte lieferte bis zumindest Ende August 2011 ausschließlich die von ihrer Lieferantin bezogenen und im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens dem KAV angebotenen Servietten. Sie entsprachen in Bezug auf die Beschriftung der Unterverpackung und dem Umstand, dass sie nicht zu 100 % aus Altpapier bestehen, nicht den Ausschreibungskriterien.

Am 17. Mai 2011 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass die von ihr gelieferten Servietten nicht den Ausschreibungskriterien entsprächen. Anfang Juni 2011 nahm die Beklagte mit dem KAV Kontakt auf und teilte ihm diesen Umstand mit. Der KAV bezog weiterhin Servietten von der Beklagten, hob die Vertragsstrafe von 10 % des Auftragswerts ein und behielt sich eine Entscheidung vor, ob der Liefervertrag gekündigt und die Ausschreibung neu durchgeführt werden soll.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens beantragte die Klägerin, der Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr Papierservietten an den KAV zu liefern, welche nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprächen, insbesondere nicht zu 100 % aus Altpapier hergestellt seien und auf deren Unterverpackung nicht deutlich in deutscher Sprache der Lieferant, Artikelnummer, Produktbezeichnung, Größe und Stückzahl angegeben seien. Die Beklagte habe zumindest bedingt vorsätzlich den Vertrag mit dem KAV nicht eingehalten und diesen Umstand dem KAV verschwiegen. Sie habe damit einen Vertragsbruch und eine Irreführung iSd § 1 Abs 1 Z 1 und 2 und § 2 UWG begangen. Die Verletzung der genannten Verpflichtungen wirke unmittelbar auf die Wettbewerbslage ein und verändere diese in rechtswidriger Weise, sie sei per se rechtswidrig nach § 1 UWG. Die Beklagte liefere auch weiterhin nicht vertragskonforme Servietten; die im Verfahren vorgelegten Servietten würden ebenfalls nicht den Vorgaben der Ausschreibung entsprechen. Besondere Umstände der Sittenwidrigkeit lägen darin, dass die Beklagte bereits bei der Bemusterung im Rahmen der Ausschreibung falsche Angaben zu den Produkten gemacht und sich damit das Vertragsverhältnis erschlichen habe. Die Beklagte habe den KAV bereits im

Vergabeverfahren durch Bemusterung mit nicht entsprechenden Servietten wissentlich getäuscht. Durch diese Täuschung schädige die Beklagte auch die Klägerin, indem die Möglichkeit einer Absatzchance durch Deckungskäufe durch die Auftraggeberin sowie eine außerordentliche Vertragskündigung oder eine Neuausschreibung verhindert würden. Die beanstandeten Handlungen verstießen nicht gegen das Bundesvergabegesetz, worauf sich die Klägerin auch nicht berufe, sie mache keinen Rechtsbruch in Bezug auf eine vergaberechtliche Norm geltend.

Die Beklagte wendete ein, es sei unrichtig, dass Servietten aus 100 % Altpapier überhaupt nicht produziert würden. Die Lieferung von nicht zu 100 % aus Altpapier bestehenden Servietten beruhe auf einem Versehen, weil die Beklagte irrtümlich die falschen Servietten bei ihrem Lieferanten angefordert habe. Sie habe bei der Ausschreibung nicht wissentlich getäuscht. Nachdem sie Ende Mai 2011 auf die nicht gehörige Lieferung aufmerksam geworden sei, habe sie innerhalb weniger Tage den KAV informiert, für ihre nicht gehörige Lieferung die Verantwortung übernommen und eine Vertragsstrafe zu tragen. Eine irrtümliche Vertragsverletzung sei keine sittenwidrige Handlung, die zunächst irrtümlich nicht gehörige Erfüllung des Vertrags begründe Ansprüche nach (allgemeinem) Zivilrecht, nicht aber nach § 1 UWG. Sie liege auch unter der wettbewerblich relevanten Spürbarkeitsgrenze. Eine Irreführung nach § 2 UWG liege nicht vor, weil die Beklagte den KAV sogleich über die nicht gehörige Lieferung informiert und zu keinem Zeitpunkt diesem oder der Klägerin gegenüber Täuschungshandlungen gesetzt habe. Als Übergangslösung habe der KAV die Beklagte aufgefordert, die bisher gelieferten Servietten unter Abzug der Vertragsstrafe weiter zu liefern, bis er über das weitere Vorgehen entscheide.

Das *Erstgericht* wies das Sicherungsbegehren ab. Die Beklagte habe zwar vertragswidrig gehandelt, es sei aber nicht ersichtlich, inwiefern in der Vertragsverletzung ein sittenwidriges Element liege, das eine Wettbewerbswidrigkeit in Bezug auf Mitbewerber bilde. Die Beklagte habe ab Beginn jene Servietten geliefert, die sie zuvor angeboten habe. Dafür, dass diese nicht den Ausschreibungskriterien entsprechen, habe sie die vereinbarten Konsequenzen zu tragen, ohne dass dies noch in einem wettbewerbsrechtlich relevanten Zusammenhang mit den Mitbewerbern stünde. Die Verpflichtung zur Lieferung von Servietten, die dem Leistungsverzeichnis entsprechen, sei keine Vertragsverpflichtung, die sich unmittelbar auf eine Regelung des Wettbewerbs beziehe, sodass sich auch daraus keine Sittenwidrigkeit ableiten lasse. Dass dem Angebot der Beklagten der Zuschlag nicht hätte erteilt werden dürfen, könne der Beklagten nicht vorgeworfen werden. Von einer Täuschung im Rahmen des Vergabeverfahrens könne keine Rede sein, weil die Beklagte genau jene Servietten angeboten habe, die sie in der Folge auch lieferte.

Das *Rekursgericht* erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels erheblicher Rechtsfragen nach § 528 Abs 1 ZPO nicht zulässig sei. Die Beklagte habe bei ihrer Anfrage an ihre Lieferantin nicht angegeben, dass sie Servietten aus 100 % Altpapier benötige und dass die Unterverpackungen auch mit dem Namen der Beklagten bedruckt sein müssten. Ohne Überprüfung der Erfüllung des ersten und ohne Beachtung des zweiten Kriteriums habe die Beklagte ein Angebot erstattet, und weder ein Muster beigelegt noch den KAV darüber aufgeklärt, dass ihr Angebot keines der beiden genannten Kriterien erfüllt. Vielmehr habe die Beklagte bei Angebotseinreichung erklärt, dass sie die Angaben in den Angebotsunterlagen nach bestem Wissen und Gewissen wahrheitsgetreu vorgenommen habe. Sie habe die Ausführung der beschriebenen Leistung unter Berücksichtigung der Angebotsbestimmungen angeboten. Der KAV habe daher den Eindruck gewinnen müssen, dass die Beklagte mit ihrem Angebot ein Produkt zu liefern verspreche, das sämtliche Kriterien der Ausschreibung erfülle. Die Beklagte hätte gegenüber dem KAV die Pflicht zur

Aufklärung getroffen, dass ihr Angebot den beiden Kriterien nicht entspreche. Im Zusammenhang mit § 2 UWG werde ein Verschweigen von Tatsachen unter anderem dann als sittenwidrig und irreführend erachtet, wenn eine Aufklärungspflicht bestehe, die sich etwa aus einem vorangegangenen Tun ergebe, und wenn die Nichterwähnung der verschwiegenen Tatsache geeignet sei, das Publikum in relevanter Weise irrezuführen, sodass ein falscher Gesamteindruck hervorgerufen werde. Das Verhalten der Beklagten sei irreführend iSd § 2 Abs 1 UWG gewesen, weil der potenzielle Vertragspartner dadurch über wesentliche Merkmale des von der Beklagten angebotenen Produkts derart getäuscht worden sei, dass er mit der Zuschlagserteilung an die Beklagte eine geschäftliche Entscheidung getroffen habe, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dass das Handeln der Beklagten geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zum Nachteil ihrer Mitbewerber, darunter die Klägerin, nicht nur unerheblich zu beeinflussen, könne nicht zweifelhaft sein, habe es doch zur Zuschlagserteilung an die Beklagte geführt, während ihr Angebot bei Offenlegung der beiden nicht erfüllten Kriterien ebenso hätte ausgeschieden werden müssen, wie jenes der Klägerin. Ob die Unterlassung der gebotenen Aufklärung den für die Beklagte handelnden Personen subjektiv vorwerfbar gewesen sei, sei unerheblich. Ob eine wettbewerbswidrige Handlung auch in der Lieferung der nicht den Ausschreibungskriterien entsprechenden Produkte gelegen sei, könne dahingestellt bleiben. Bereits die Ausnützung des im aufgezeigten Sinn unlauteren Verhaltens der Beklagten im Vergabeverfahren sei sittenwidrig und verstoße gegen § 1 UWG, sodass die - allenfalls mangelhafte - Erfüllung des Vertrags mit dem KAV verboten werden könne.

Der *Revisionsrekurs* der Beklagten, mit dem sie die Wiederherstellung der erstgerichtlichen Antragsabweisung anstrebt, ist *zulässig*, aber *nicht berechtigt*.

1. Die Beklagte macht zunächst geltend, für den von der Klägerin erhobenen Unterlassungsanspruch sei der Rechtsweg unzulässig, weil die Beschränkung der Zulässigkeit des Rechtswegs in § 341 Abs 2 BVergG 2006 unabhängig von der rechtlichen Begründung des Anspruchs alle auf das UWG gestützten Klagen erfasse, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbewerbers sei.

Der erkennende Senat hielt zu 4 Ob 100/11a - Westbahn fest, dass sich die Unzulässigkeit der Unterlassungsklage (Unzulässigkeit des Rechtswegs im Hinblick auf § 341 Abs 2 BVergG 2006) über die Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ hinaus auf alle Klagen erstreckt, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbewerbers ist, dies unabhängig von der rechtlichen Begründung des konkret geltend gemachten Anspruchs. Dazu gehören 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. Gerade einen solchen anderen Lauterkeitsverstoß legte das Rekursgericht seiner Entscheidung zugrunde, nämlich eine irreführende Geschäftspraktik des beklagten Mitbewerbers durch Legung eines Anbots, das dem ausschreibenden Krankenanstaltenverbund als ausschreibungskonform erscheinen musste, tatsächlich jedoch nicht der Ausschreibung entsprechende Leistungen zum Gegenstand hatte (nicht zur Gänze Recyclingmaterial, nicht der Anforderung entsprechende Unterverpackung). Einen Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechts macht die Klägerin ausdrücklich nicht geltend.

Überdies war das Angebot der Klägerin nach Aufklärung darüber, dass sie ausschreibungskonforme Servietten nicht liefern könnte, rechtskräftig ausgeschieden worden. Sie war danach nicht mehr Beteiligte des Vergabeverfahrens und daher gemäß § 131 BVergG weder von der Zuschlagserteilung zu verständigen noch legitimiert, gegen den Zuschlag

Rechtsmittel zu ergreifen oder sonst Rechtsbehelfe des Vergaberechts zu nutzen (Feststellungsverfahren; *J. Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* BVergG 2006 § 131 Rz 15 f; *M. Möslinger-Gehmayr* aaO § 333 Rz 6 f). Da das Vergaberecht für die Klägerin somit keinen geeigneten Rechtsschutz bereitstellt, ist § 341 Abs 2 BVergG 2006 teleologisch zu reduzieren, das heißt das Erfordernis eines Feststellungsbescheids für die Zulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung von Lauterkeitsverstößen auf jene zu beschränken, die zur Einleitung vergaberechtlicher Feststellungs- oder Nachprüfungsverfahren legitimiert sind (*W. Schuhmacher*, Beschränkungen des Rechtsschutzes nach UWG im Fall von Vergabeverstößen? ZVB 2011, 401 ff).

2. Das Revisionsrekursvorbringen der Beklagten, sie habe sehr wohl ausschreibungskonforme Servietten angeboten und hätte diese auch liefern können, widerspricht dem von den Vorinstanzen als bescheinigt angenommenen Sachverhalt. Danach unterließ die Beklagte vielmehr die Aufklärung des KAV, entgegen den Ausschreibungsbedingungen in Wahrheit nicht zu 100 % aus Altpapier bestehende und in geforderter Weise verpackte Servietten anzubieten und in der Folge auch zu liefern. Diese Unterlassung veranlasste den KAV zu einer geschäftlichen Entscheidung, die er andernfalls unterlassen hätte (§ 2 Abs 1 UWG).

3. Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass nach dem UWG auch die Erfüllung eines Vertrags mit einem Dritten verboten werden kann (RIS-Justiz RS0078475), dies auch im vergaberechtlichen Zusammenhang, (4 Ob 261/01p - Chipcard I) und daran auch nach Kritik festgehalten (4 Ob 23/06w - FDG-Arzneimittellieferung). Darüber hinaus entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass dem wettbewerbswidrig Handelnden keine Früchte seines unlauteren Verhaltens verbleiben dürfen (RIS-Justiz RS0116233, RS0077809, RS0109850).

4. Das Argument der Beklagten, das Verhalten der Beklagten im Vergabeverfahren habe sich tatsächlich nicht auf den Markt ausgewirkt und erfülle daher nicht die Voraussetzung für die Unlauterkeit des beanstandeten Verhaltens, wonach es geeignet sein müsse, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, steht im Widerspruch zum als bescheinigt angenommenen Sachverhalt. Die Klägerin wurde infolge eines ausschreibungswidrigen Anbots vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Hätte die Beklagte gleichfalls die Ausschreibungswidrigkeit ihres Anbots offengelegt, hätte gleiches geschehen müssen. Statt dessen erlangte sie den Zuschlag. Ihr unlauteres Verhalten war daher nicht nur geeignet, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinflussen, sondern hat sich sogar effektiv zum Nachteil der Mitbewerberin ausgewirkt.

5. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung widerspricht das rekursgerichtliche Unterlassungsgebot auch nicht den Grundsätzen der Rechtsprechung zur Bestimmtheit und zulässigen Weite des Unterlassungsbegehrens. Das Verbot, Papierservietten zu liefern, welche nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprechen, ist im Hinblick auf den Zusammenhang mit der Begründung (vgl RIS-Justiz RS0000300) ausreichend bestimmt, ergibt sich doch eindeutig, dass mit den vertraglichen Vereinbarungen die konkreten Ausschreibungsbedingungen gemeint sind. Dass im Fall unlauter erlangter Vertragsabschlüsse auch die Erfüllung der Verträge untersagt werden kann, um die verpönte Fruchtziehung zu verhindern, wurde bereits ausgeführt.

6. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens beruht auf §§ 40, 50 ZPO iVm § 393 Abs 1 EO.

# **Anmerkung\***

## **I. Das Problem**

Die späteren Streitparteien nahmen an einer Ausschreibung des Wiener Krankenanstaltenverbundes (KAV) über die Lieferung von Papierservietten teil. Die Ausschreibungsbestimmungen sahen unter anderem vor, dass auf der Unterverpackung der zu liefernden Servietten deutlich in deutscher Sprache Lieferant, Artikelnummer, Produktbezeichnung, Größe und Stückzahl angegeben sein mussten. Darüber hinaus war u.a. festgelegt, dass die Papierfasern der Servietten zu 100% aus Altpapier bestehen mussten. Zur Vorbereitung ihrer Angebotslegung fragte die spätere Beklagte bei ihrer langjährigen Lieferantin von Servietten an, ob und zu welchem Preis geliefert werden könnte. Die Beklagte erwähnte aber nicht, dass es sich um Servietten aus 100% Altpapier handeln müsste. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes stellte die angesprochene Lieferantin gar keine Servietten aus 100% Altpapier her. Die Beklagte legte aber das Anbot ihrer Lieferantin ungeprüft dem KAV vor und erhielt im Vergabeverfahren den Zuschlag. Tatsächlich belieferte dann auch die Beklagte einige Monate lang den KAV mit den angebotenen Servietten. Sie entsprachen im Bezug auf die Beschriftung der Unterverpackung und den Umstand, dass sie nicht zu 100% aus Altpapier bestanden, nicht den Ausschreibungskriterien.

Nach einiger Zeit der Belieferung teilte daraufhin die Klägerin der Beklagten mit, dass die von ihr gelieferten Servietten nicht den Ausschreibungskriterien entsprächen. Die Beklagte nahm daraufhin mit dem KAV Kontakt auf und teilte ihm diesen Umstand mit. Der KAV bezog weiterhin Servietten von der Beklagten, hob allerdings die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Vertragsstrafe von 10% des Auftragswertes ein und behielt sich eine Entscheidung vor, ob der Liefervertrag gekündigt und die Ausschreibung neu durchgeführt werden sollte.

Die klägerische GmbH 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. Die Beklagte wandte demgegenüber ein, für den von der Klägerin erhobenen Unterlassungsanspruch wäre der Rechtsweg unzulässig, weil die Beschränkung in § 341 Abs 2 BVergG 2006 unabhängig von der rechtlichen Begründung des Anspruches alle auf das UWG gestützten Klagen erfasste, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbewerbers wäre.

Das Erstgericht wies das auf Unterlassung lautende Sicherungsbegehren ab; die Beklagte hätte zwar vertragswidrig gehandelt, es wäre aber nicht ersichtlich, inwiefern in der Vertragsverletzung ein „sittenwidriges Element“ liegen würde, das eine Wettbewerbswidrigkeit für Mitbewerber bildete. Das Rekursgericht erlies demgegenüber die beantragte einstweilige Verfügung, da die Beklagte ihrer Aufklärungsverpflichtung gegenüber dem KAV, da sie angebotene Ausschreibungskriterien nicht entsprach, vorsätzlich verletzt hätte. Das unlautere Verhalten im Vergabeverfahren musste dazu führen, dass die in irreführender Weise erlangte Belieferung zu stoppen wäre.

Aufgrund des außerordentlichen Revisionsrekurses der Beklagten musste sich das Höchstgericht einmal mehr mit dem Verhältnis zwischen Vergabe- und Lauterkeitsrecht auseinandersetzen.

---

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

## II. Die Entscheidung des Gerichtes

Das Höchstgericht hielt das Rechtsmittel aus Gründen der Rechtssicherheit für zulässig, aber letztlich aber inhaltlich für nicht berechtigt. In Fortschreibung und Verfeinerung der bisherigen Rechtsprechung zur lauterkeitsrechtlichen Fallgruppe des „Wettbewerbsvorsprunges durch Rechtsbruch“ hielt der OGH fest, dass sich die Ausschlusswirkung des § 341 Abs 2 BVergG 2006 auf alle Klagen erstreckte, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbewerbers ist, unabhängig von der rechtlichen Begründung des konkret geltend gemachten Anspruches. Gleichwohl räumten die Höchststrichter 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 Vergaberechtes 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 gemäß § 131 BVergG 2006 weder von der Zuschlagserteilung zu verständigen noch legitimiert, gegen den Zuschlag Rechtsmittel zu ergreifen oder sonst Rechtsbehelfe des Vergaberechtes zu nutzen. Für sie stellte daher das Vergaberecht keinen geeigneten Rechtsschutz mehr bereit, sodass § 341 Abs 2 BVergG 2006 nach seinem Telos nicht anzuwenden wäre. Es hatte beim allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Instrumentarium zu verbleiben. Die irreführende Geschäftspraktik der Beklagten hatte sich auch im Sinne einer Spürbarkeit auf den Markt ausgewirkt, da die Klägerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde und gleiches geschehen hätte müssen, hätte die Beklagte gleichfalls die Ausschreibungswidrigkeit ihres Anbots offen gelegt. Ihr unlauteres Verschweigen war daher nicht nur geeignet den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinflussen, sondern hatte sich sogar effektiv zum Nachteil der Klägerin ausgewirkt.

## III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung lässt aus **lauterkeitsrechtlicher Sicht** aufhorchen. Das zivile Höchstgericht bereichert das ohnehin am Schnittpunkt zweier komplexer Rechtsmaterien liegende Systemproblem des § 341 Abs 2 BVergG 2006 um eine weitere Facette.

Bereits an anderer Stelle hat ein Teil der Lehre<sup>1</sup> vertreten, dass der Anwendungsvorrang des Vergaberechtes 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 für die gerichtliche Verfolgung von Lauterkeitsverstößen ist sachlich auf jene zu beschränken, die nicht bloß „anlässlich eines Vergabeverfahrens“ gesetzt werden.<sup>2</sup> Das Höchstgericht schließt sich in der vorliegenden Entscheidung ähnlichen Überlegungen eines Teils der Lehre<sup>3</sup> an und gelangt zu einer

---

<sup>1</sup> *Schuhmacher/Glanzer*, Beschränkungen des Rechtsschutzes nach UWG im Fall von Vergabeverstößen? ZVB 2011, 401, 404; *Götzl/Thiele*, Westbahn – alles auf Schiene oder ein juristischer Eisenbahnblues? RPA 2011, 316, 319, 321.

<sup>2</sup> Deutlich *Götzl/Thiele*, RPA 2011, 316, 319 ISp.

<sup>3</sup> Unter dem Gesichtspunkt der im Vergabeverfahren fehlenden Legalparteien iS des § 14 UWG: *Schuhmacher/Glanzer*, ZVB 2011, 401.

teleologischen Reduktion des § 341 Abs 2 BVergG 2006. Damit erhebt sich im Einzelfall die Frage einer Abwägung, den (theoretisch möglichen) Rechtsschutz nach dem Vergaberecht<sup>4</sup> zu wählen, oder die Rechtsdurchsetzung nach dem UWG anzustreben.

Abschließend verdienen die Ausführungen des Höchstgerichtes zum Unterlassungsgebot durchaus praxisnahe Würdigung. Das Verbot, Papierservietten zu liefern, welche nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprechen, ist zwar weit gefasst, aber nach Ansicht des OGH ausreichend bestimmt. Dies aufgrund der konkreten Ausschreibungsbedingungen. Lauterkeitsrechtliche Unterlassungsgebote müssen das verbotene Verhalten so deutlich umschreiben, dass sie dem Beklagten als Richtschnur für sein zukünftiges Verhalten dienen können.<sup>5</sup>

Dass mit dem Unterlassungsbegehren auch erreicht werden kann, die verpönte Fruchtziehung zu verhindern, d.h. die nach wie vor bestehende Belieferung des KAV durch die Beklagte zu untersagen, entspricht st Rsp,<sup>6</sup> wonach dem unlauter Handelnden keine Früchte seines unlauteren Verhaltens verbleiben dürfen.

Ausblick: § 341 Abs 2 BVergG 2006 beschränkt unabhängig von der rechtlichen Begründung des Anspruches alle auf das UWG gestützten Klagen, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht verfasstes Verhalten des Auftraggebers oder eines Mitbewerbers betrifft. Nach Auffassung der österreichischen Gerichte und herrschenden Lehre sind aber jene Fälle anders zu beurteilen, die lediglich anlässlich eines Vergabeverfahrens gesetztes Verhalten, dass aus anderen Gründen zB wegen einer unzulässigen Übernahme fremder Leistungen oder einer sonst irreführenden Geschäftspraktik des Mitbewerbers zB durch Legung eines nicht den Ausschreibungsbedingungen konformen Anbots, gegen das Lauterkeitsrecht verstoßen. In derartigen Fällen ist die vorgenannte Bestimmung teleologisch zu reduzieren, da das Vergaberecht für den betroffenen Unternehmer keinen geeigneten Rechtsschutz (mehr) bereit stellt.

#### **IV. Zusammenfassung**

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

---

<sup>4</sup> Dazu bereits *Götzl/Thiele*, RPA 2011, 316, 321 mwN.

<sup>5</sup> Vgl OGH 31.8.2010, 4 Ob 93/10w – *Sternzeichen*, *ecolex* 2011/2012, 39 (*Tonninger*) = ÖBl 2011/52, 221 = RdW 2010/780, 777 = wbl 2010/246, 649.

<sup>6</sup> Jüngst OGH 21.6.2011, 4 Ob 45/11p – *Branchenregister-Werbeformular*, MR 2011, 283 = ÖBl 2011/50, 214 (*Gamerith*) = RdW 2011/573, 536 = wbl 2011/211, 568: Nichtigkeit der Kundenverträge für kostenpflichtige Eintragungen in ein „Online-Branchenregister“.