

Vergabeverfahren und neues Lauterkeitsrecht (UWG 2007)

In einem jüngst ergangenen Urteil wirft das zivile Höchstgericht¹ interessante Fragestellungen an der Schnittfläche zwischen Vergabe-, Beihilfen- und Lauterkeitsrecht auf. Der folgende Beitrag erörtert die Konsequenzen eines Verstoßes im Vergabeverfahren im Fokus der durch die UWG-Novelle 2007² neu geschaffenen Wettbewerbsbedingungen, insbesondere als unlautere Geschäftspraktik aus lauterkeits- (3.) und vergaberechtlicher (4.) Perspektive. Ein kurzer Praxistipp rundet das Ergebnis ab.

Von Philipp Götzl/Clemens Thiele

1. Ausgangsfall – *Landesforstrevier Leonstein*³

Die spätere Beklagte war eine Holdinggesellschaft, an der lediglich das Land Oberösterreich beteiligt war. Sie war Eigentümerin des zum Verkauf stehenden Landesforstreviers Leonstein, an dessen Erwerb auch die späteren Kläger interessiert gewesen waren. Die Parteien stritten darüber, ob die von der Beklagten beabsichtigte Veräußerung des Forstreviers an eine regionale Bietergemeinschaft eine staatliche Beihilfe wäre, die unter das Durchführungsverbot des Art 108 Abs 3 AEUV fiel. Die Kläger begehrt (ua), der Beklagten die Veräußerung solange zu verbieten, bis die Europäische Kommission die Kaufpreisdifferenz zwischen dem Kaufanbot der Kläger und dem Angebot der regionalen Bietergemeinschaft für beihilferechtlich unbedenklich oder mit dem gemeinsamen Markt vereinbar erklärt hätte. Beide Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab; die Kläger erhoben das Rechtsmittel der ordentlichen Revision.

Das Höchstgericht hatte sich daher u.a. mit der Frage zu befassen, ob ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art 108 Abs 3 AEUV (vormals: Art 88 Abs 3 Satz 3 EG) lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche der Mitbewerber auslösen könnte?

2. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und verwies die Sache an das Erstgericht zurück. Ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot des Art 108

Abs 3 AEUV könnte Unterlassungsansprüche von Mitbewerbern nach § 1 UWG begründen. Das mit Art 108 Abs 3 AEUV angeordnete Verbot der Durchführung einer Beihilfengewährung wäre unmittelbar anwendbar. Den Gerichten der Mitgliedstaaten oblag es, über die Wahrung der Rechte des Einzelnen bei Verstößen gegen diese Bestimmung zu wachen. Die Ausgestaltung des Verfahrens über solche Klagen war zwar Sache der nationalen Rechtsordnungen. Nach dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz dürften aber deren Regelungen die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

Nach dem derzeitigen Verfahrensstand war zwar der beabsichtigte Verkauf eine staatliche Beihilfe iS des Art 107 Abs 1 AEUV, die geeignet wäre, den Wettbewerb zu verfälschen; ob diese Maßnahme aber auch geeignet wäre, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, könnte noch nicht beurteilt werden. Dazu hätten die Kläger – auch aufgrund unrichtiger Beurteilung durch die Unterinstanzen – noch kein Vorbringen erstattet. Zur Vermeidung einer nach § 182a ZPO unzulässigen Überraschung der Parteien mit dieser Rechtsansicht war daher mit einer Aufhebung vorzugehen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, ihr Vorbringen zu verdeutlichen und zu präzisieren. Dabei wäre auch die Fassung des Begehrens zu erörtern sein.

3. Lauterkeitsrechtliche Anmerkungen

Die öffentliche Hand unterliegt auch im Rahmen der Auftragsvergabe der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle durch die Zivilgerichte.⁴ Zwar spricht der Ausgangsfall *Landesforstrevier Leonstein* vordergründig einen beihilferechtlichen Sachverhalt an, die nachfolgend gewonne-

1 OGH 19.1.2010, 4 Ob 154/09i – *Landesforstrevier Leonstein*, ÖJZ EvBl-I S 2010/81, 520 = MR 2010, 232 = RdW 2010/440, 401.

2 Bundesgesetz mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geändert wird, BGBl I 79/2007 in Kraft seit 12.12.2007.

3 OGH 19.1.2010, 4 Ob 154/09i – *Landesforstrevier Leonstein*, ÖJZ EvBl-I S 2010/81, 520 = MR 2010, 232 = RdW 2010/440, 401.

4 Insoweit unstrittig, vgl *Holly*, Private Enforcement im Vergaberecht, *ecolex* 2006, 813, 816; *Rüffler*, Die Anwendbarkeit des UWG auf juristische Personen des öffentlichen Rechts (1994) 24 ff.

nen lauterkeitsrechtlichen Grundsätze lassen sich aber auf den vergaberechtlichen Bereich übertragen. Das vorliegende Urteil ermöglicht nun ein Zwischenresümee auf den Stand der Rsp zur Fallgruppe des Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, die nunmehr unter die sonstige unlautere Handlung nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG einzuordnen ist. Darüber hinaus lassen die Höchstrichter (bewusst) im konkreten Fall offen, ob der objektive Rechtsverstoß ohne weitere Vertretbarkeitsprüfung bereits einen Lauterkeitsverstoß begründet, wenn das beanstandete Verhalten zugleich als Verstoß gegen das Vergaberecht zu werten ist, für dessen Ahndung ohnehin ein besonderes Verfahren zur Verfügung steht. Letzteres gilt es zu beantworten.

3.1. UWG-Novelle 2007 („Neues Lauterkeitsrecht“) – Terminologie und Prüfungsschema

Trotz der um sechs Monate verspäteten Umsetzung hat der österreichische Gesetzgeber durch die UWG-Novelle 2007⁵ die gemeinschaftsbedingte Anwendungsfrist per 12.12.2007 eingehalten. Die Novelle enthält keine Übergangsvorschriften. Daher gilt nach st Rsp⁶ in Lauterkeitssachen (bereits zum alten UWG), dass ein Verbot (oder ein Unterlassungsgebot) nur erlassen oder bestätigt werden kann, wenn das darin umschriebene Verhalten auch nach der neuen Rechtslage unlauter ist.⁷

Ein vor Inkrafttreten der Novelle gesetztes Verhalten begründet zudem nur dann die Vermutung der Wiederholungsgefahr, wenn es schon zu diesem Zeitpunkt rechtswidrig war. Im Ergebnis ist ein Unterlassungsanspruch daher nur dann zu bejahen, wenn das beanstandete Verhalten sowohl gegen das alte als auch gegen das neue Recht verstößt. Wurde auf Grund eines vor Inkrafttreten der UWG-Novelle 2007 verwirklichten Lauterkeitsverstoßes ein Unterlassungstitel geschaffen, und hat während des Rechtsmittelverfahrens eine Rechtsänderung stattgefunden, ist die Berechtigung eines solchen Gebots auch am neuen Recht zu messen.⁸

Ausgehend von der Schutzzwecktrias und dem durch die RL-UGP 2005/29/EG insoweit vollharmonisierten Rechtsbereich⁹ sind auch im österreichischen Lauterkeitsrecht folgende Schutzbereiche zu unterscheiden:

- Bereich des Verbraucherschutzes
- Bereich des Unternehmer-/Mitbewerberschutzes
- Bereich des Schutzes von Allgemeininteressen (z.B. durch Gewährung der Aktivlegitimation an bestimmte Verbände)
- Eine Unterscheidung in verbraucherschützendes und mitbewerberschützendes Lauterkeitsrecht bietet sich terminologisch an.

Demzufolge ergibt sich folgendes (neues) Prüfungsschema für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Sachverhalten nach dem UWG 2007:

1. Fällt die Geschäftspraktik unter die „schwarze Liste“ des Anhangs zum UWG?
Wenn ja: → Verbotene Geschäftspraktik
Wenn nein: → 2.
2. Ist eine Geschäftspraktik in ihrer Auswirkung völlig unerheblich?
Wenn ja: → UWG-rechtlich unbeachtlich, kein Verstoß
Wenn nein: → 3.
3. Handelt es sich um eine aggressive (iS des § 1a UWG) oder um eine irreführende (iS des § 2 UWG) Geschäftspraktik?
Wenn ja: → Verbotene Geschäftspraktik
Wenn nein: → 4.
4. Fällt sie unter die Generalklausel des § 1 UWG?
Wenn ja: → Verbotene unlautere Geschäftspraktik (hier erst ist nach den bisherigen Fallgruppen zu prüfen, soweit das Verhalten nicht schon von 1. oder 2. Erfasst/geprüft worden ist?)
Wenn nein: → Es liegt keine unlautere Geschäftspraktik vor

5 BGBl I 79/2007.

6 OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten*, wbl 2008/137, 290 = MR 2008, 114 = ecolex 2008/199, 551 (*Tomninger*) = RdW 2008/419, 460 = RZ 2008/EÜ 377, 279 = ÖBl-LS 2008/79, 128 = ÖBl 2008/48, 237 (*Mildner*); dazu *Artmann*, Die Beurteilung der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach der UWG-Novelle 2007, wbl 2008, 253; *Heidinger*, Die Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, MR 2008, 114; *Handig*, Subjektive Voraussetzungen im neuen § 1 UWG, RdW 2008/469, 503; 8. 4. 2008, 4 Ob 42/08t – *W-Klaviere*, wbl 2008/164, 344 = ecolex 2008/314, 838 (*Tomninger*) = MR 2008, 257 (*Korn*) = ÖBl-LS 2008/109/110/111, 229 = ÖBl-LS 2008/112, 230 = ÖBl 2008/56, 276 (*Gamerith*); 20.5.2008, 4 Ob 18/08p – *Lebenserwartungsprognose*, wbl 2008/220, 451 = SWK 2008, T 168 = SWK 2008, 1062 = MR 2008, 214 = ecolex 2008/405, 1128 = RZ 2009/EÜ 6/7, 13 = RZ 2009/EÜ 8/9/10, 14 = justT 2008/78, 172 (*Staudegger*);

20. 1. 2009, 4 Ob 188/08p – *MEL*, ZFR 2009/63, 108 = MR 2009, 92 (*Heidinger*) = RdW 2009/367, 407 = ecolex 2009/274, 694 (*Horak*) = ÖBl-LS 2009/151/152/153/154/155/156, 112 = ÖBl-LS 2009/157/158, 113 (*Thöni*) = RZ 2009/EÜ 249, 142 = ÖBA 2010/1594, 65.

7 OGH 19.1.2010, 4 Ob 174/09f – *Berater in Versicherungsangelegenheiten III*, ecolex 2010/213, 583 (*Tomninger*) = MR 2010, 105.

8 OGH 22.1.2008, 4 Ob 177/07v – *Das beste Wachstum*, wbl 2008/110, 244 = MR 2008, 111 = ecolex 2008/163, 447 (*Tomninger*) = RZ 2008/EÜ 295/296/297/298, 235 = ÖBl-LS 2008/72/74/75, 127 = ÖBl-LS 2008/79, 138 = ÖBl 2008/58, 287 (*Gamerith*).

9 EnCII 23.4.2009, C-261/07, C-299/07 – *VTB-VAB NV/Total Belgium NV*, RZ 51, 52; OGH 14.7.2009, 4 Ob 95/09p – *Friedrich M.*, ÖBl-LS 2009/283, 250.

Diese Prüfungsreihenfolge bezieht sich nur auf Geschäftspraktiken im Sinn von § 1 Abs 4 Z 2 UWG, dh auf Handlungen und Unterlassungen, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängen.¹⁰

Wird hingegen das Begehren (ausschließlich) auf eine lauterkeitsrechtlich relevante Verletzung (anderer) genereller Normen, d.h. auf ein sonstiges unlauteres Verhalten iS von § 1 Abs 1 Z 1 Fall 2 UWG, gegründet (zB Fallgruppe Rechtsbruch), so wäre nach der Rsp¹¹ eine vorrangige Prüfung des Anhangs zum UWG und der speziellen Regelungen zu irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken weder erforderlich noch zulässig.

3.2. Fallgruppe Rechtsbruch

3.2.1. Prüfungsschema

Die eingangs dargelegte Prüfungsreihenfolge gilt nur für die Beurteilung von Geschäftspraktiken. Ein behaupteter Verstoß gegen eine sonstige Rechtsvorschrift (zB § 26 MedienG) ist unabhängig davon zu prüfen.¹² Die Besonderheit des Prüfungsschemas für die Fallgruppe Rechtsbruch besteht darin, das Begehren nach § 1 UWG sowohl auf einen Verstoß gegen eine (andere) generelle Norm als auch auf einen Wettbewerbsvorsprung durch Anwendung einer ausdrücklich missbilligten Geschäftspraktik zu stützen, so kann die einstweilige Verfügung schon dann erlassen werden, wenn der Anspruch nach einer der beiden – einander nicht ausschließenden – Rechtsgrundlagen begründet ist. Eine kumulative Prüfung ist nicht erforderlich.¹³

3.2.2. Prüfungsmaßstab

Nach der mit Spannung erwarteten¹⁴ und nunmehr wohl gefestigten Rsp¹⁵ zur Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung

durch Rechtsbruch“ nach der UWG-Nov 2007 ergeben sich Änderungen in der Begründung, weniger im Ergebnis der nunmehr als unlauter zu beurteilenden Rechtsverstößen unter Mitbewerbern. Die Rsp¹⁶ fordert nunmehr einen spürbaren, unvertretbaren Normverstoß. Demnach ist

- (1) ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm als unlautere Geschäftspraktik *oder* als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten,¹⁷
- (2) wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht, und¹⁸
- (3) das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen.¹⁹

Nicht maßgebend ist die Vertretbarkeit der Rechtsansicht jedoch für Verstöße gegen speziellere Normen des UWG, m.a.W für die Sondertatbestände, aber auch bei Anwendung einer nach dessen Anhang jedenfalls unzulässigen Geschäftspraktik.²⁰

Ein Verstoß gegen das Verbot der Durchführung einer Beihilfengewährung nach Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV (früher Art 88 Abs 3 Satz 3 EG), das dem Schutz der Mitbewerber dient, kann Unterlassungsansprüche von Mitbewerbern nach § 1 UWG begründen. Bei einem solchen Verstoß, der einen unlauteren Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch bedeutet, ist die Vertretbarkeit der Beihilfengewährung ebenfalls nicht zu prüfen.²¹

Ausdrücklich offen ließ der 4. Senat bisher die Frage, ob es auch außerhalb des UWG Normen mit spezifisch lauterkeitsrechtlichem Charakter gebe und wie deren Verletzung gegebenenfalls zu behandeln wäre.²²

10 Siehe dazu unten Pkt. 3.3.

11 OGH 8.7.2008, 4 Ob 113/08h – *Medium T*, ecolex 2008/417, 1140 (*Schumacher*) = ÖJZ-LS 2008/37, 970 = MR 2008, 261 (*Burgstaller*) = wbl 2009/19, 45 = ÖBl-LS 2009/4/6/7/8, 14 = ÖBl-LS 2009/27, 17 = ÖBl 2009/21, 116 (*Gamerith*).

12 OGH 8.7.2008, 4 Ob 113/08h – *Medium T*, ecolex 2008/417, 1140 (*Schumacher*) = ÖJZ-LS 2008/37, 970 = MR 2008, 261 (*Burgstaller*) = wbl 2009/19, 45 = ÖBl-LS 2009/4/6/7/8, 14 = ÖBl-LS 2009/27, 17 = ÖBl 2009/21, 116 (*Gamerith*).

13 OGH 8.7.2008, 4 Ob 113/08h – *Medium T*, ecolex 2008/417, 1140 (*Schumacher*) = ÖJZ-LS 2008/37, 970 = MR 2008, 261 (*Burgstaller*) = wbl 2009/19, 45 = ÖBl-LS 2009/4/6/7/8, 14 = ÖBl-LS 2009/27, 17 = ÖBl 2009/21, 116 (*Gamerith*).

14 OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten*, wbl 2008/137, 290 = MR 2008, 114 = ecolex 2008/199, 551 (*Tonninger*) = RdW 2008/419, 460 = RZ 2008/EÜ 377, 279 = ÖBl-LS 2008/79, 128 = ÖBl 2008/48, 237 (*Mildner*); dazu *Artmann*, Die Beurteilung der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach der UWG-Novelle 2007, wbl 2008, 253; *Heidinger*, Die Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, MR 2008, 114; *Handig*, Subjektive Voraussetzungen im neuen § 1 UWG, RdW 2008/469, 503.

15 OGH 18.11.2008, 4 Ob 156/08g – *Stiftung Warentest*, wbl 2009/89, 206 = ecolex 2009/161, 423 (*Schumacher*) = ÖBl-LS 2009/86/87, 58; 12.5.2009, 4 Ob 55/09f – *Anstaltsordnung*, ÖBl-LS 2009/238, 217.

16 OGH 24.2.2009, 4 Ob 223/08k – *Missio-Spot*, MR 2009, 171 = wbl 2009/162, 365 = ÖBl-LS 2009/167/168, 158; 23.2.2010, 4 Ob 14/10b – *Camelbase*, nv, mwN.

17 Sog. Rechtsbruch.

18 Sog. Unvertretbarkeit.

19 Sog. Erheblichkeitsschwelle, Spürbarkeitsanfordernis oder Bagatelgrenze.

20 OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten*, wbl 2008/137, 290 = MR 2008, 114 = ecolex 2008/199, 551 (*Tonninger*) = RdW 2008/419, 460 = RZ 2008/EÜ 377, 279 = ÖBl-LS 2008/79, 128 = ÖBl 2008/48, 237 (*Mildner*).

21 OGH 19.1.2010, 4 Ob 154/09i – *Landesforstrevier Leonstein*, ÖJZ EvBl-LS 2010/81, 520 = MR 2010, 232 = RdW 2010/440, 401.

22 OGH 8.4.2008, 4 Ob 27/08m – *Zigarettenattrappe*, RdM-LS 2009/8, 21 = ÖBl-LS 2008/101/102, 228 = ÖBl-LS 2008/116, 230 = ÖBl-LS 2008/140, 234 = ÖBl 2008/66, 325 (*Schultes*).

Für Verstöße gegen das Kartellrecht haben die Höchstgerichte bereits am Vertretbarkeitsstandard festgehalten.²³ Maßgebend für die Beurteilung der Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung sind der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden.²⁴ Als unvertretbarer Rechtsbruch d.h. als unlauter, gilt daher die Verletzung jeder Norm, die geeignet ist, einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung zu verschaffen, der wiederum geeignet ist, zu einer nicht bloß unerheblichen Nachfrageverlagerung zu führen.²⁵ Die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung genügt (nach wie vor), da ein funktionierender Leistungswettbewerb nicht jeweils die strengste Auslegung verlangt.²⁶

Ein Verhalten ist dann nicht durch eine vertretbare Gesetzesauslegung gerechtfertigt, wenn es unschwer gesetzlich geregelten Tatbestandselementen unterstellt werden kann. Nur eine unrichtige Auslegung kann auch unvertretbar sein.²⁷ Die auf das Kriterium der Vertretbarkeit abstellende Rechtsprechung in Lauterkeitssachen deckt nicht den Versuch, einen offenkundigen Gesetzesverstoß nachträglich mit spitzfindigen Argumenten zu rechtfertigen.²⁸

Ein Verstoß gegen eine generelle Norm ist nach der nunmehr wohl gefestigten Rsp²⁹ grundsätzlich (nur) dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG in der Fassung 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.³⁰

3.2.3 Erleichterte Reversibilität

Im Fall eines auf § 1 UWG gestützten Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch ist die Revision zulässig, wenn ein vergleichbares Verhalten bisher weder vom OGH noch von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beurteilt wurde, und keine in jeder Hinsicht eindeutige gesetzliche Regelung vorliegt. Diesfalls ist maßgeblich, ob das beanstandete Verhalten objektiv rechtswidrig ist.³¹ Die (komplexe) Prüfung der Unlauterkeit wegen eines behaupteten Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch hat zu einer „privilegierten“ Anrufungsmöglichkeit des Höchstgerichts geführt.³² Bei der Annahme einer unvertretbaren Rechtsansicht durch das Gericht II. Instanz ist die Zulässigkeit eines Rechtsmittels an den Obersten Gerichtshof nicht bloß am Maßstab der „krassen Fehlbeurteilung“ der Vertretbarkeitsfrage zu messen, sondern auch daran, ob die (zumindest implizite) Annahme der objektiven Rechtswidrigkeit von höchstgerichtlicher Rechtsprechung oder dem eindeutigen Gesetzeswortlaut gedeckt ist.³³

Dies gilt allerdings nur dann uneingeschränkt, wenn das Gericht zweiter Instanz eine vertretbare Rechtsansicht angenommen hat. Denn in diesem Fall ist die „richtige“ Auslegung der angeblich übertretenen Norm unerheblich; entscheidend ist allein, ob das Gericht zweiter Instanz die Vertretbarkeitsfrage in vertretbarer Weise beurteilt hatte.³⁴

Gibt es eine mit guten Gründen vertretbare Auslegung der strittigen Normen, die dem Verhalten des Beklagten nicht entgegensteht, besteht kein Anlass zur Klärung der weiteren Frage, ob diese Auslegung bei einer vertieften Prüfung auch tatsächlich zutrifft.³⁵

23 OGH 14.7.2009, 4 Ob 60/09s – *Rechtsanwaltssoftware*, jusIT 2009/88, 181 (Staudegger) = wbl 2009/247, 567 = ecolex 2009/420, 1071 (Tonninger) = RdW 2009/728, 719 = ÖBl-LS 2009/268/269, 248; 14.7.2009, 4 Ob 101/09w – *Telefon-Preselektion*, jusIT 2009/112, 225 (Staudegger).

24 OGH 9.6.2009, 4 Ob 40/09z – *Lademulden*, ecolex 2009/341, 881 (Tonninger) = ÖBl-LS 2009/239, 217 (Mildner) = wbl 2009/248, 572.

25 OGH 20.4.2010, 4 Ob 137/09i – *Schwarzrauchen – eine miese Nummer*; vgl. auch 23.2.2010, 4 Ob 14/10b – *Camelbase*.

26 OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten*, wbl 2008/137, 290 = MR 2008, 114 = ecolex 2008/199, 551 (Tonninger) = RdW 2008/419, 460 = RZ 2008/EÜ 377, 279 = ÖBl-LS 2008/79, 128 = ÖBl 2008/48, 237 (Mildner); dazu Artmann, Die Beurteilung der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach der UWG-Novelle 2007, wbl 2008, 253; Heidinger, Die Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, MR 2008, 114; Handig, Subjektive Voraussetzungen im neuen § 1 UWG, RdW 2008/469, 503.

27 OGH 11.3.2010, 4 Ob 17/10v – *Elektronische Lotterie*, MR 2010, 164.

28 OGH 24.2.2009, 4 Ob 223/08k – *Missio-Spots*, MR 2009, 171 = wbl 2009/162, 365 = ÖBl-LS 2009/167/168, 158; 23.2.2010, 4 Ob 14/10b – *Camelbase*, wbl 2010/160, 422.

29 OGH 11.3.2008, 4 Ob 225/07b – *Stadtrundfahrten*, wbl 2008/137, 290 = MR 2008, 114 = ecolex 2008/199, 551 (Tonninger) = RdW 2008/419, 460 = RZ 2008/EÜ 377, 279 = ÖBl-LS 2008/79, 128 = ÖBl 2008/48, 237 (Mildner); dazu Artmann, Die Beurteilung der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach der UWG-Novelle 2007, wbl 2008, 253; Heidinger, Die Fallgruppe Rechtsbruch nach der UWG-Novelle 2007, MR 2008, 114; Handig, Subjektive Voraussetzungen im neuen § 1 UWG, RdW 2008/469, 503.

30 OGH 19. 1. 2010, 4 Ob 154/09i – *Landesforstrevier Leonstein*, ÖJZ EvBl-LS 2010/81, 520.

31 OGH 11.3.2010, 4 Ob 17/10v – *Elektronische Lotterie*, MR 2010, 164.

32 OGH 9.6.2009, 4 Ob 40/09z – *Lademulden*, ecolex 2009/341, 881 (Tonninger) = ÖBl-LS 2009/239, 217 (Mildner) = wbl 2009/248, 572.

33 OGH 9.6.2009, 4 Ob 40/09z – *Lademulden*, ecolex 2009/341, 881 (Tonninger) = ÖBl-LS 2009/239, 217 (Mildner) = wbl 2009/248, 572.

34 Vgl. OGH 24.3.2009, 4 Ob 15/09y – *Blockhütte*, ÖBl-LS 2009/172, 159; 29.9.2009, 4 Ob 152/09w – *Nichtraucherschutz*, nv; 4 Ob 152/09w; 19.11.2009, 4 Ob 70/09m – *Schüleraustausch-Programme*, wbl 2010/81, 202.

35 OGH 20.4.2010, 4 Ob 55/10g – *Implenon III*, nv; OGH 14.10.2008, 4 Ob 161/08r – *Alarmanlagen*, wbl 2009/45, 103 = ÖBl-LS 2009/1, 14.

Das Rechtsmittel an den OGH ist daher nicht schon bei Fehlen von höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur „richtigen“ Auslegung der angeblich übertretenen Norm zulässig, sondern nur dann, wenn das Gericht zweiter Instanz seinen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Vertretbarkeitsfrage überschritten hat. Anders ist die Rechtslage, wenn das Gericht zweiter Instanz eine unvertretbare Rechtsansicht des Beklagten angenommen hat. Denn dies setzt zwingend voraus, dass der Beklagte objektiv gegen eine im konkreten Fall anwendbare Norm verstoßen hat; nur eine unrichtige Auslegung kann auch unvertretbar sein.³⁶

3.3. Verstoß im Vergabeverfahren und Rechtsbruch

Soweit ersichtlich liegen abgesehen vom Ausgangsfall lediglich zwei weitere Entscheidungen von Zivilgerichten vor, die sich mit dem *private enforcement* von Vergaberechtsverstößen nach dem UWG 2007 befassen.

Ein knappes halbes Jahr nach In-Kraft-treten des europäisierten Lauterkeitsrechts gelangt das OLG Wien³⁷ zur Auffassung, dass eine Klage auf Unterlassung vergaberechtswidrigen und wettbewerbswidrigen Verhaltens nur zulässig ist, wenn die zuständige Vergabekontrollbehörde einen Verstoß gegen das BVergG festgestellt hat, wobei diese Prozessvoraussetzung auch für Personen gilt, denen die Legitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens oder Feststellungsverfahrens fehlt oder gefehlt hat. In der *Hygienepapier*-Entscheidung³⁸ zeigt das Höchstgericht auf, dass eine Weisung an die Bundesbeschaffungs-GmbH zwar nicht gegen das Vergaberecht verstoßen darf. Auf eine bestimmt genannte Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften – etwa eine unzulässige Direktvergabe – hat sich die Klägerin aber im konkreten Fall nicht gestützt. Zudem sei die Weisung selbst ein rein interner Akt.³⁹ Lauterkeitsrechtlich relevant könnte daher erst die Außenwirkung einer solchen Weisung werden, also ein damit angeordnetes vergaberechtswidriges Verhalten. Das allein auf die Weisung abzielende Begehren im konkreten Fall ist daher jedenfalls verfehlt gewesen.

Ausdrücklich „nur zur Klarstellung“ hat der OGH dabei festgehalten, dass eine auf das UWG gestützte Klage wegen eines Vergaberechtsverstößes nach § 341 Abs 2 BVergG 2006 die Feststellung der Rechtswidrigkeit durch die zuständige Vergabekontrollbehörde voraussetzt. Damit knüpfen die Höchstrichter an die vor der UWG-Novelle 2007 gefestigte Rsp⁴⁰ an: Wurde im Oberschwellenbereich ein öffentlicher Auftrag mittels (unzulässiger) Direktvergabe vergeben, war dies ein offenkundiger Verstoß gegen das Vergaberecht und begründete so einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG aF.⁴¹ Dabei kommt es maßgeblich auf die Offenkundigkeit des Vergaberechtsverstößes an, sohin darauf, dass dieser auf unvertretbarer Gesetzesauslegung beruht.⁴² In diesem Sinne wird auch dem im Vergabeverfahren unterlegenen Bieter ein durch einstweilige Verfügung zu sichernder Anspruch auf Unterlassung nach § 1 UWG zugestanden, wenn dieser als Störer im wettbewerbsrechtlichen Sinne den Auftraggeber dadurch zum Gesetzesbruch verleitet hat, dass er ein offenkundig auszuscheidendes Angebot gelegt hat, das aber nicht ausgeschrieben wurde.⁴³

3.4. Lauterkeitsrechtliches Ergebnis

Der in Lauterkeitssachen nach wie vor zuständige 4. Senat sieht sich auf dieser Grundlage demzufolge nicht veranlasst, von seiner Rechtsprechung abzugehen, sondern wahrt auch unter dem Eindruck des UWG 2007 Kontinuität. Dabei ist klar zustellen, dass nicht nur solche Vergaberechtsverstöße einen lauterkeitsrechtlichen Anspruch begründen, die in erster Linie der Sphäre des belangten Bieters zuzurechnen sind. Auch das Ausnutzen eines offenkundigen Vergaberechtsverstößes des Auftraggebers reicht aus. Der Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch wiegt umso schwerer; da hier nicht nur gegen die Interessen eines anderen Vertragspartners verstoßen wird, sondern auch gegen jene der Allgemeinheit, die sich im Gesetz manifestieren.⁴⁴ Daher muss in diesem Fall die Unlauterkeit schon dann bejaht werden, wenn

36 Vgl. OGH 24.3.2009, 4 Ob 15/09y – *Blockhütte*, ÖBl-LS 2009/172, 159; 29.9.2009, 4 Ob 152/09w – *Nichtraucherchutz*, nv; 4 Ob 152/09w; 19.11.2009, 4 Ob 70/09m – *Schüleraustausch-Programme*, wbl 2010/81, 202.

37 Urteil vom 15.5.2008, 2 R 227/07b, ZVB-LSK 2008/95, 266 = ZVB 2008/73, 280 (*FinklFrösch*).

38 OGH 21.4.2009, 4 Ob 10/09p, RPA-Slg 2009/40, 342 = ÖBl-LS 2009/235/236, 216 = bbl 2009/159, 200 = ZVB 2009/72, 264.

39 Unter Zitierung von Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkommentar⁴ (2007) Art 20 Anm II.1; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 612 jeweils mwN.

40 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 (*Sehrschön*) = RdW 2007/31, 27 = ÖGZ 2006 H 10, 74 = SZ 2006/77 = HS 37.270 = HS 37.523 = HS 37.525 = HS 37.271 = HS 37.524 = HS 37.522.

41 Zustimmend *Sehrschön*, Vergaberecht und UWG, RPA 2006, 234.

42 OGH 24.10.2000, 4 Ob 232/00x – *cook&chill*; 13.11.2001, 4 Ob 261/01p – *Chipcard I*, ZVB 2002, 177 (*Schranm/Fössl*) = RPA 2002, 40 (*Stempkowski*); 23.5.2006, 4 Ob 23/06w – *LKH-Universitätsklinikum Graz; Breitenfeld* in FS ÖGEBAU 381.

43 OGH 19.9.1999, 4 Ob 155/99 – *Wasserweld Amadé*, ecolex 2000, 297 (*Casati*); 24.10.2000, 4 Ob 232/00x – *cook&chill; Aicher* in *Schranm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (2009) Rz 15 zu § 340.

44 OGH 14. 3. 2006, 4 Ob 225/05z – *Tiroler Abfallwirtschaftsgesetz*, nv.

der fremde Rechtsbruch zur Förderung des eigenen Wettbewerbs ausgenutzt wird, und ist der eingangs dargelegten Judikatur unvertretbar und spürbar nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG erscheint.

Es mag zwar zutreffen, dass sich das Vergaberecht in erster Linie an die Auftraggeber richtet. Eines seiner wesentlichen Ziele war und ist es jedoch, einen freien und lautereren Wettbewerb zu gewährleisten (vgl § 21 Abs 1 BVergG 2002; § 19 Abs 1 BVergG 2006). Dieses Ziel würde unterlaufen, wenn die Teilnahme an einem offenkundig vergaberechtswidrigen Verfahren lauterkeitsrechtlich irrelevant wäre. Ein anderes Ergebnis würde auch der Schutzzwecktrias des UWG 2007 zuwider laufen.

Es ist daher zusammenfassend zu prüfen, ob zB eine unzulässige Direktvergabe oder das Nichtausscheiden eines auszuschließenden Angebots im konkreten Fall offenkundig, dh in unvertretbarer Weise, gegen das BVergG 2006 verstoßen hat, und es dadurch zu einer spürbaren Beeinflussung gekommen ist.

4. Vergaberechtliche Anmerkungen

Die Grundsätze der vorliegenden Entscheidung *Landesforstrevier Leonstein* laden zu einer vergaberechtlichen Analyse ein. Zu den *Unterlassungsansprüchen nach anderen Rechtsgrundlagen* im Sinne des § 340 BVergG 2006 zählen ja vor allem Unterlassungsansprüche aus unlauterem Wettbewerb, die auf Grundlage des § 1 UWG sowohl gegen den Auftraggeber als auch gegen den „besten“ Bieter gerichtet sein können.⁴⁵ Vor Zuschlagserteilung können solche Ansprüche denkbar auf Unterlassung der Zuschlagserteilung bzw des Vertragsabschlusses gerichtet sein⁴⁶, nach Zuschlagserteilung auf Unterlassung der Leistungsabnahme.⁴⁷ Tatsächlich sind Verletzungen von Vergaberecht (idR als Förderung fremden Wettbewerbs) auf Grundlage des UWG aber nur nach Zuschlagserteilung durchzusetzen: Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb verlangen zur gerichtlichen Geltendmachung notwendig einen Feststellungsbescheid der Vergabekontrollbehörden gem § 341 Abs 2 BVergG 2006.⁴⁸ Damit sind aber Unterlassungsansprüche vor

Zuschlagserteilung, die auf der Verletzung von Vergaberecht fußen, (faktisch) ausgeschlossen, setzt der Feststellungsantrag nach § 332 leg.cit. doch voraus, dass der Zuschlag im Verfahren bereits erteilt wurde. Festzuhalten ist, dass der Feststellungsbescheid nicht nur bei Unterlassungsklagen gegen den Auftraggeber, sondern auch solchen gegen erfolgreiche Mitbewerber notwendig ist.⁴⁹ Ergänzend ist auch anzumerken, dass das Prozesshinderinis des fehlenden Feststellungsbescheides auch für Unterlassungsklagen jener Unternehmer besteht, die einen derartigen Feststellungsbescheid mangels Antragslegitimation gar nicht erlangen können.⁵⁰

Nur dann, wenn ein im Zuge eines Vergabeverfahrens vorgefallener Verstoß gegen das UWG nicht auf einer Vergaberechtsverletzung beruht, ist für die Unterlassungsklage kein vergaberechtlicher Feststellungsbescheid erforderlich. Wurde zB ein von einem anderen Bieter erwirktes Prüfzeugnis vom unlauter handelnden Bieter verwendet, um die Eignung des selbst angebotenen Produktes im Angebot nachzuweisen, ist eine gegen § 1 UWG verstoßende Übernahme fremder Leistungen anzunehmen, für die kein Feststellungsbescheid notwendig ist.⁵¹ Derartige Ansprüche können daher (ausnahmsweise) ohne Vorliegen eines vergaberechtlichen Feststellungsbescheides, damit auch zB vor Zuschlagserteilung mittels Unterlassungsklage geltend gemacht werden.

Durch das Erfordernis des Feststellungsbescheides wird die Klagslegitimation nach UWG erheblich eingeschränkt. Nicht verfahrensbeteiligte Unternehmen haben nur unter der Voraussetzung des § 331 Abs 1 BVergG 2006 bei gesetzwidriger Wahl einer intransparenten Vergabeart (§ 331 Abs 1 Z 2 und 3) Antragslegitimation, da nur bei diesen die Geltendmachung des Verstoßes in einem Nachprüfungsverfahren nicht hätte erfolgen können (§ 332 Abs 5 leg.cit.). Verfahrensbeteiligte Unternehmen müssen de facto alle erforderlichen Rechtsmittel ausgeschöpft haben, insbesondere in einem Vergabenachprüfungsverfahren, die Rechtsverstöße geltend gemacht (§ 332 Abs 5 leg.cit.) und auch eine einstweilige Verfügung⁵² beantragt haben. Der Anwendungsbereich einer Klage nach UWG ist also (positiv umschrieben) insbesondere dann gegeben, wenn der Zuschlag während

45 Aicher in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (2009) Rz 14 f zu § 340 u Rz 9 zu § 341.

46 Vgl. *Holly*, Private Enforcement im Vergaberecht, *ecolex* 2006, 816 f.

47 *Rummel/Lux*, Zivilrechtliche Konsequenzen des europäischen Vergaberechts, in: *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsprivatrecht 8/3 (2003) 136 ff.

48 Siehe dazu Aicher in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (2009) Rz 9 zu § 341 BVergG 2006; *Holly*, Private Enforcement im Vergaberecht, *ecolex* 2006, 817.

49 Aicher in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (2009) Rz 10 zu § 341.

50 OLG Wien, 25.2.2008, 2 R 227/07b; Aicher in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (2009), Rz 10 zu § 341 mwN in Fn 41.

51 OGH 21.12.2004, 4 Ob 2007/04a; Aicher in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006² (2009) Rz 9 zu § 341 mwN Fn 31.

52 In diesem Zusammenhang vergleichbar *Götzl*, Die Einstweilige Verfügung im Vergaberecht, RPA 2004, 285 f.

eines Nachprüfungsverfahrens oder unter Missachtung eines Bescheides der Vergabekontrollbehörden (zB Bescheid auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung oder Nichtigerklärungsbescheid im Nachprüfungsverfahren) erteilt wird oder der Auftrag unter Umgehung von Vergaberecht ohne Vergabeverfahren oder mit einem verga-

bewidrig intransparenten Verfahren (zB unzulässige Direktvergabe) abgeführt wird.⁵³

⁵³ Dazu bereits *Holly*, Private Enforcement im Vergaberecht, *ecolex* 2006, 817.

Zusammenfassung der Ergebnisse und Praxistipp

Im Ergebnis unterliegt sowohl die öffentliche Hand als auch ein rechtswidrig handelnder Bieter im Rahmen der Auftragsvergabe der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle durch die Zivilgerichte. Soweit sich die Wettbewerbswidrigkeit aus der Verletzung von Vergaberecht ergibt, ist ein vergaberechtlicher Feststellungsbescheid erforderlich, der nur nach Zuschlagserteilung eingeholt werden kann. Soweit sich die wettbewerbswidrige Handlung nicht direkt aus einer Verletzung von Vergaberecht ableiten lässt (zB bei unlauterer Übernahme fremder Leistungen zum Nachweis der Eignung) ist auch ohne Feststellungsbescheid eine Unterlassungsklage zulässig, diese daher auch vor Zuschlagserteilung möglich. Vor Zuschlagserteilung können solche

Ansprüche auf Unterlassung der Zuschlagserteilung gerichtet sein, nach Zuschlagserteilung auf Unterlassung der Leistungsabnahme. Unlauterkeit ist bereits zu bejahen, wenn fremder Rechtsbruch zur Förderung des eigenen Wettbewerbs ausgenutzt wird. Es ist daher im vergaberechtlichen Kontext zu prüfen, ob zB eine unzulässige Direktvergabe oder das Nichtausscheiden eines auszuscheidenden Angebots im konkreten Fall offenkundig, dh in unvertretbarer Weise, gegen das BVergG 2006 verstoßen hat, und es dadurch zu einer spürbaren Beeinflussung gekommen ist. Für die materielle Lauterkeitsprüfung wird auf das im Beitrag abgedruckte neue Prüfungsschema für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Sachverhalten nach dem UWG 2007 verwiesen.