

Hermann Wenusch

# Rechtliche Bedeutung des faktischen Vorganges „Ausschreibung“

## Ansprüche des übergangenen Bestbieters bei privatrechtlicher Ausschreibung

Ausschreibungen sind dann keine unverbindlichen Einladungen zur Legung von Offerten, wenn mit der Ausarbeitung der Angebote kostspielige Vorarbeiten verbunden sind; es handelt sich dann vielmehr um die Bestellung von Kostenvoranschlägen, die im allgemeinen entgeltlich sind. Besteht das Entgelt nicht in barer Münze, so gebührt als Gegenleistung die „faire Chance“ als Bestbieter auch den Zuschlag zu erhalten.

*Schlagworte:* Ausschreibung; Angebot; Einladung zur Offertlegung; übergangener Bieter; Kostenvoranschlag.

Der Begriff Ausschreibung wird vor allem in Zusammenhang mit Vergaben der öffentlichen Hand untersucht.<sup>1)</sup> Dabei bleibt weitgehend unberücksichtigt, daß die bei weitem überwiegende Anzahl der Ausschreibungen im privaten Bereich zu finden sein dürfte. Wird aber dennoch das Phänomen einer privatrechtlichen Ausschreibung behandelt,<sup>2)</sup> so findet sich eine Vielzahl juristischer Interpretationen. Zumeist in apodiktischer Form, jedenfalls nicht in wirklich erschöpfender und allgemein gültiger Weise wird festgestellt, daß eine Ausschreibung eine für den Ausschreibenden gänzlich unverbindliche Einladung zur Legung (originärer)<sup>3)</sup> Angebote<sup>4)</sup>, ein einer Auslobung ähnlicher

Vorgang<sup>5)</sup> oder überhaupt eine Auslobung hinsichtlich der eigentlich nachgefragten Leistung<sup>6)</sup> ist.

Eine Untersuchung des Faktums Ausschreibung ist – abgesehen vom wissenschaftlichen Interesse – vor allem erforderlich, um die Ansprüche des übergangenen Bestbieters ermitteln zu können – tatsächlich finden sich auch alle vorgefundenen Erörterungen in diesem Zusammenhang.

Um die rechtliche Bedeutung einer Ausschreibung ermitteln zu können, ist es zunächst notwendig, die Leistung, derentwillen die Ausschreibung durchgeführt wird, näher zu betrachten. Geht es um eine Leistung, bei der es für potentielle Anbieter ein Leichtes ist, den Preis zu ermitteln, den sie dafür verlangen wollen (oder müssen), so handelt es sich dabei wohl tatsächlich lediglich um eine Einladung zur Offertlegung. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Lieferung von Handelsware ausgeschrieben wird, wo es den Anbietern relativ leicht ist, einen Preis anzubieten, weil sie auf eine (nahezu) allgemein gültige Preiskalkulation zurückgreifen können – zumindest kann dies von ihnen erwartet werden.

Geht es aber um Leistungen, die umfangreiche – und damit kostspielige – Vorarbeiten zur Preisermittlung er-

<sup>1)</sup> Vgl beispielsweise *Wilhelm*, Das schale Salz der Vergabegesetze und wie das Salz gesalzen wird, *ecolex* 1998, 381; *König*, Fehler bei der Ausschreibung und ihre Folgen für das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, *RdW* 1996, 51.

<sup>2)</sup> Vgl beispielsweise *Heid*, Vergabeverstoß und Schadensersatz, *ecolex* 1996, 7.

<sup>3)</sup> Mit originärem Angebot soll gemeint sein, daß es sich dabei nicht um ein Gegenangebot und auch nicht um einen Kostenvoranschlag handelt. Einem originären Angebot geht keine Aufforderung voran. Eine Ausschreibung wäre dementsprechend eine reine Information ohne jeden Rechtsfolgenwillen.

<sup>4)</sup> Vgl beispielsweise *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I<sup>10</sup> (1995) 204. Bezeichnenderweise wird allerdings auch dort davon gesprochen, daß die Ausschreibung eine „Aufforderung zur Stellung von Offerten“ und nicht etwa eine „Information darüber, daß Interesse an Offerten besteht“ ist.

<sup>5)</sup> Vgl beispielsweise OGH 1 Ob 539/88 (SZ 61/90), der unter Berufung auf *Krejci*, Handbuch des Bau- und Wohnungsrechtes IV-S-2, 21, „in der Ausschreibung ‚Elemente eines Auslobungsverhältnisses‘ erblickt“.

<sup>6)</sup> Die Ansicht, daß im Bereich des Zivilrechtes eine Ausschreibung mit einer Auslobung der ausgeschriebenen Leistung gleichzusetzen ist, ist vor allem in außerjuristischer Diskussion anzutreffen.

fordern, so kann das nicht rechtens sein. Bei einer Ausschreibung handelt es sich dann vielmehr um die Auslobung eines Kostenvoranschlags,<sup>7)</sup> wenn die Ausschreibung öffentlich ist, oder um die Bestellung eines Kostenvoranschlags, wenn sie beschränkt<sup>8)</sup> ist. Es ist nämlich überhaupt nicht einzusehen, wieso es einen Unterschied machen soll, wenn einmal ein Unternehmer individuell und direkt um (s)eine mehr oder weniger aufwendige Preisermittlung gefragt wird und einmal eine größere Anzahl von Unternehmer eben indirekt durch eine Ausschreibung. Die Leistung – besser: die Vorleistung –, zu der der (oder die) Unternehmer „proviziert“ worden ist (bzw sind), ist in beiden Fällen die gleiche.<sup>9)</sup>

Kostenvoranschläge sind im allgemeinen entgeltlich<sup>10)</sup> (wenn man diejenigen außer acht läßt, die vom KSchG betroffen sind). Werden die Angebote (Kostenvoranschläge) vom potentiellen Besteller bezahlt, so erwerben die Bieter keine über das Entgelt hinausgehenden Rechte – der synallagmatische Leistungsaustausch ist durch die Bezahlung abgeschlossen und der potentielle Besteller kann mit den eingelangten Angeboten machen was er will.<sup>11)</sup>

Doch auch dann, wenn der potentielle Besteller mitteilt, daß Angebote kostenlos zu legen sind,<sup>12)</sup> folgt dar-

7) Im Rahmen dieser Untersuchung wird einfach von Kostenvoranschlägen gesprochen, obwohl die rechtliche Natur der Angebote durchaus differenzierter gesehen werden kann.

8) Eine beschränkte Ausschreibung richtet sich direkt an ein bestimmte und begrenzte Anzahl potentieller Anbieter.

9) Dagegen könnte man das unjuristische Argument vorbringen, daß das nicht der Fall sein könne, weil Kostenvoranschläge (grundsätzlich) entgeltlich sind und dadurch die Ausschreibung immense und unzumutbare Kosten für den potentiellen Besteller bedeuten würde. Dieses Argument wäre nicht nur unjuristisch, sondern auch unlogisch und zeugte auch von vollkommener Unkenntnis wirtschaftlicher Vorgänge. Tatsächlich zahlt nämlich auch dann jeder Besteller für die Erstellung der einlangenden Angebote, wenn alle Angebote (zunächst) unentgeltlich erstellt werden: Die Unternehmer müssen nämlich die Kosten, die ihnen durch die Erstellung von Angeboten entstehen „irgendwie verdienen“. Dies gilt natürlich auch für die (frustrierten) Kosten von Angeboten, die nicht zu einem Vertragsabschluß führten. Alle diese Kosten müssen (als Gemeinkosten) auf die Preise für die eigentliche Leistung aufgeschlagen werden. Der Besteller zahlt also durch einen höheren Preis für die eigentliche Leistung für sämtliche zunächst kostenlos erstellten Angebote.

Tatsächlich wird in Ausschreibungen oft explizit angegeben, daß Angebote kostenlos zu legen sind. Dies ist auch wirtschaftlich sinnvoll, weil dadurch Kostenvoranschlagspiraterie vermieden wird. Darunter soll verstanden werden, daß ein Anbieter nur dadurch profitiert, daß er teure Kostenvoranschläge produziert, ohne an der eigentlichen Leistung interessiert zu sein. Auch ist es für einen potentiellen Besteller ein vom Zufall abhängiges Risiko wieviel Angebote gelegt werden.

10) Unrichtig *Oberndorfer*, Kommentar zur ÖNorm A 2050 (1993) 62: „die Unentgeltlichkeit eines Angebotes [...] ist internationaler Handelsbrauch“.

11) Dies gilt natürlich nur dann, wenn die Bezahlung von Anfang an versprochen wird; ohne Zustimmung des Bestbieters kann sich der Ausschreibende nicht durch (nachträgliche) Bezahlung der Kosten der Angebotserstellung befreien.

aus nicht, daß der Unternehmer nicht erwarten darf, dafür einen entsprechenden „Gegenwert“ zu erhalten, auch wenn dieser eben nicht in „barer Münze“ besteht. Der Unternehmer erwartet sich die (faire) Chance, daß der Vertrag mit ihm geschlossen wird, wenn er nach den Bedingungen der Ausschreibung als der Bestbieter (im allgemeinen wohl Billigstbieter) anzusehen ist.<sup>13)</sup> Diese Erwartung des Unternehmers bezüglich der Gegenleistung ist schützenswert, weil er sich auf die Redlichkeit seines Vertragspartners verlassen können muß.

Die Konsequenz daraus ist, daß sich der potentielle Besteller und die potentiellen Unternehmer vor Abschluß des eigentlichen Vertrages nicht in einem Stadium befinden, in dem man lediglich Ansprüche aufgrund culpa in contrahendo geltend machen kann.<sup>14)</sup> Die Vergabe an den Bestbieter wird diesem als Gegenleistung für dessen Angebot geschuldet – vorausgesetzt mit der Erstellung des Angebotes sind nicht nur unerhebliche Anstrengungen verbunden und für die Angebote wurde keine Bezahlung versprochen. Mit der Legung eines Angebotes wird also ein Vorhandvertrag<sup>15)</sup> (oder vielleicht noch besser: ein bedingter Vorvertrag) abgeschlossen, dessen Abschluß der Besteller mit seiner Ausschreibung anbot (auslobte)!

Die weitere Konsequenz daraus ist, daß bei kostenlos abverlangten Angeboten der übergangene Bestbieter (und nur dieser) vom Besteller das Erfüllungsinteresse bezüglich der ausgeschriebenen Leistung – und nicht nur den Vertrauensschaden für die frustrierte Ausschreibung – begehren kann.<sup>16)</sup> Ein vollkommen logisches (und vor allem gerecht erscheinendes) Ergebnis, das allerdings bisher gar nicht oder nur äußerst kompliziert zu erreichen versucht wird.<sup>17)</sup>

**Korrespondenz:** Ing. Mag. Dr. Hermann Wenusch, Mariahilfer Straße 88a/I/11, A-1070 Wien.

<sup>12)</sup> Vgl dazu beispielsweise ÖNorm A 2050 P 3.4.1 und § 44 (1) BVergG.

<sup>13)</sup> Im Ansatz vollkommen richtig, ohne daraus allerdings die klare Konsequenz zu ziehen OGH 7 Ob 568/94 unter Berufung auf *Krejci*, Zum vergaberechtlichen Verhandlungsverbot, WBl 1991, 342: „Von demjenigen, der öffentlich Interessenten sucht bzw zur Zeit und Mittel kostenden Anbotstellung einlädt, ist zu erwarten, daß er seinen Aufruf ernst meint und auch bereit ist, die bei ihm einlangenden Angebote nach sachlichen Grundsätzen [...] zu prüfen und die Bewerber dabei grundsätzlich fair und somit auch gleich zu behandeln.“

<sup>14)</sup> Nur am Rande sei hier erwähnt, daß dann, wenn sich die Partner tatsächlich nur im vorvertraglichen Bereich befinden würden, bereicherungsrechtliche Ansprüche des übergangenen Bieters denkbar sind – ein Aspekt, der bisher in der Literatur noch überhaupt nicht aufgegriffen wurde; vgl dazu aber 8 Ob 518/80.

<sup>15)</sup> OGH 1 Ob 539/88 unter Berufung auf *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> (1984) 75f: Unter dem Vorhandvertrag wird ein Vertrag verstanden, „durch den ein Kontrahent dem anderen, wenn er sich zu einem weiteren Vertrag bestimmten Inhalts entschließen sollte, irgendein Vorrecht vor anderen Vertragsinteressen einräumt“.

<sup>16)</sup> Unrichtig dementsprechend beispielsweise *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB<sup>2</sup> (1997) Rz 14 zu § 1295.

<sup>17)</sup> Vgl dazu beispielsweise 7 Ob 568/94.