

Es besteht keine ÖNORM-Bindung öffentlicher Besteller

Einer sachlichen Begründung, Notwendigkeit oder Rechtfertigung bedürfen Abweichungen der Ausschreibungsbedingungen von den in § 99 Abs 2 BVergG genannten Leitlinien nicht.

OGH 24.10.2013, 6 Ob 70/13g

Deskriptoren: Normenbindung, Preisleitung, Baukostenindex;
§ 99 Abs 2 BVergG.

Sachverhalt

Die Klägerin hat für die dem BVergG unterliegende Beklagte Trockenbauarbeiten für ein Krankenhaus erbracht. Der Vertrag enthielt eine Valorisierung, wonach die im Angebot ausgerechneten Einheitspreise Festpreise bis zwölf Monate nach Ende der Angebotsfrist seien – danach erfolge eine Valorisierung entsprechend dem „Baukostenindex Wohnhaus- und Siedlungsbau, Gesamtbaukosten insgesamt“.

Die Klägerin hält

- die Festpreisregelung für missbräuchlich beziehungsweise sittenwidrig, weil Motiv dafür „die Schaffung eines erheblichen wirtschaftlichen Vorteils zugunsten des Bestellers“ gewesen sei.
- die Wahl des Index für missbräuchlich beziehungsweise sittenwidrig, weil konkret jener für Stuckkateure und Gipser anzuwenden gewesen wäre; es sei ein Krankenhaus, also ein Objektbau, zu errichten gewesen, bei welchem Trockenbauarbeiten eine große Rolle spielten, diese Arbeiten im Wohnungs- und Siedlungsbau jedoch nur von untergeordneter Bedeutung und deshalb in einem allgemeinen Index praktisch nicht abgebildet seien.
- die getroffenen Vereinbarungen aufgrund ihres Zusammenwirkens insgesamt für missbräuchlich beziehungsweise sittenwidrig; infolge Festpreisphase und sodann (lediglich) allgemeinem Index sei es gegenüber einer sofortigen Anwendung des Index für Stuckkateure und Gipser zu einem wirtschaftlichen Nachteil für sie in Höhe des Klagsbetrags gekommen.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erst- und das Berufungsgericht wiesen die Klage ab. Die ordentliche Revision wurde zugelassen, weil die zu beurteilende Frage angesichts der großen Zahl vergleichbarer Fälle im Bauwesen in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinaus gehe.

Aus den Entscheidungsgründen:

Entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1 ZPO) – Ausspruch des Berufungsgerichts ist die ordentliche Revision nicht zulässig:

[...] Bei der zu beurteilenden Frage geht es um die Berechtigung eines ausschreibungspflichtigen Auftraggebers nach § 99 Abs 2 BVergG 2006 zur Abweichung von „geeigneten Leitlinien“ wie etwa ÖNORMEN in den Ausschreibungsbedingungen.

1. Nach § 99 Abs 2 BVergG kann der Auftraggeber Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Der Verfassungsausschuss (1245 BlgNR XXII. GP, 9) hat dazu festgehalten, dass „die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit, von Leitlinien abzuweichen, das Missbrauchsverbot beziehungsweise die Sittenwidrigkeit“ bilden sollen.

Dies entspricht auch der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. So hat der Verfassungsgerichtshof (G 174/06 RPA 2007, 173 [Gölles]) entschieden, dass die Heranziehung von geeigneten Leitlinien durch das Bundesvergabegesetz 2006 nicht zwingend vorgesehen werde, vielmehr räume das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber einen Spielraum für Abweichungen ein; das Gesetz eröffne dem öffentlichen Auftraggeber eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen Auftrags anzupassen. Auch der Verwaltungsgerichtshof (Zl 2008/04/0077) hat auf die vom Verfassungsausschuss vorgegebene inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit des Abweichens von Leitlinien verwiesen; diese bestehe im Missbrauch beziehungsweise in der Sittenwidrigkeit.

Der Oberste Gerichtshof schließt sich – insbesondere im Hinblick auf den aus der Entstehungsgeschichte des Bundesvergabegesetzes 2006 (vgl dazu auch Götzl, Die vergaberechtliche Bindung an geeignete Leitlinien – Klarstellungen zu Anwendbarkeit, Umfang und Abwei-

chung, RPA 2010, 123) erkennbaren Willen des historischen Gesetzgebers – dieser Meinung an, die im Übrigen von den Parteien im Revisionsverfahren auch nicht in Zweifel gezogen wird. Einer sachlichen Begründung, Notwendigkeit oder Rechtfertigung bedürfen die Abweichungen der Ausschreibungsbedingungen von den Leitlinien daher nicht (Verfassungsausschuss aaO; VwGH ZI 2008/04/0077; BVA 17F-13/03-11; *Hagen/Essletzbichler*, ÖNORMEN im Leistungsvertrag [Teil II], ZVB 2006, 229; *Götzl* aaO; aA *Krejci*, Zur „Normenbindung“ gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006, ÖZW 2006, 2; *Wiesinger/Wohlgemuth*, ÖNORMEN im Leistungsvertrag, ZVB 2006, 325; *Stempkovski*, Vergaberechtmuster für Gemeinden [2006] 61).

2. Die Klägerin wendet sich in der Revision gegen die Berechnung veränderlicher Preise in den Ausschreibungsunterlagen der Beklagten.

2.1. Nach Punkt 4.1.3. der ÖNORM B 2111 ist eine Festlegung, dass für Leistungen eine gewisse Zeit Festpreise gelten, welche in der Folge zu veränderlichen Preisen werden, unzulässig. Demgegenüber vereinbarten die Parteien aufgrund der Ausschreibungsunterlagen, dass die im Angebot und/oder Auftrag ausgepreisten Einheitspreise Festpreise bis 12 Monate nach Ende der Angebotsfrist seien; danach erfolge eine Valorisierung.

[...]

Eine Aufteilung der Preisrisikotragung in der Weise, dass Änderungen des allgemeinen Preisgefüges bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (zu Lasten des Unternehmers) für die Entgeltbestimmung unbeachtlich seien, Preisänderungen nach diesem Zeitpunkt aber (zu Lasten des Bestellers) bei der Entgeltbestimmung berücksichtigt werden sollen, stellt jedoch ein gedankliches Zwischenmodell zwischen Festpreisvereinbarungen und Preisgleitklauseln dar, das als solches weder im Verdacht schwerwiegender inhaltlicher Unausgewogenheit noch auch bei Aufnahme in Formularerklärungen im Verdacht der Unüblichkeit steht; der Vereinbarung längerer Festpreisfristen ist dabei im Zweifel eine bewusste Risikoaufteilung zu unterstellen (6 Ob 662/86 WBl 1987, 38).

Die Auffassung der Vorinstanzen, die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung sei weder eine missbräuchliche noch eine sittenwidrige Abweichung von Leitlinien iSd § 99 Abs 2 BVergG 2006, ist somit durchaus vertretbar. Dass als Basiszahl für die Valorisierung nicht jene bei Angebotsende, sondern erst jene nach Ablauf des Festpreiszeitraums vereinbart wurde, ist logische Folge einer zeitlich begrenzten Festpreisvereinbarung.

2.2. Nach Punkt 4.2.3. der ÖNORM B 2111 sind für die Preisumrechnung als Preisumrechnungsgrundlage hinsichtlich des Preisanteils Lohn ein „zutreffender Index“ oder „ein aus zwei oder mehreren Preisumrechnungsgrundlagen gebildeter Gesamtindex (Berechnung im Sinn eines Warenkorb)“ und hinsichtlich des Preisanteils Sonstiges ein „zutreffender Index“ oder „der objektbezogene Warenkorb“ zu wählen. Die Parteien vereinbarten aufgrund der Ausschreibungsunterlagen, dass die zu 2.1. genannte Valorisierung grundsätzlich nach den Regeln der ÖNORM B 2111 mit folgenden Ergänzungen zu erfolgen habe: Als Bezug für die Berechnung wurde der durch die Statistik Austria veröffentlichte amtliche „Baukostenindex Wohnhaus- und Siedlungsbau, Gesamtbaukosten insgesamt“ vereinbart.

[...]

Es kann jedoch – auch vor dem Hintergrund des § 99 Abs 2 BVergG 2006 – nicht Aufgabe des Obersten Gerichtshofs sein (vgl § 502 Abs 1 ZPO) festzulegen, welcher Index für welche Bauleistungen der richtige ist; die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und übersteigt deshalb an Bedeutung den jeweiligen Rechtsstreit nicht.

Da die Klägerin nicht als einziges Unternehmen bei der Errichtung des Krankenhauses tätig war und die Beklagte (offensichtlich) mit allen anderen Unternehmen ebenfalls den allgemeinen „Baukostenindex Wohnhaus- und Siedlungsbau, Gesamtbaukosten insgesamt“ vereinbarte, ist die Auffassung der Vorinstanzen auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

2.3. [...]

Bei der Beurteilung von Missbrauch und Sittenwidrigkeit kann allerdings zum einen die Gesamtauftragssumme von rund 3,4 Mio EUR nicht gänzlich außer Acht gelassen werden; zum anderen verweist die Beklagte in ihrer Revisionsbeantwortung nicht zu Unrecht auf die Unternehmereigenschaft der Klägerin, auf deren eigene Verantwortung, welches wirtschaftliche Risiko sie eingehen will, und schließlich darauf, dass es unzulässig erscheint, zunächst eine Preisgleitvereinbarung abzuschließen und dann (also im Nachhinein) deren Gültigkeit zu bestreiten, wenn sich das (beiderseitige) Risiko tatsächlich zum eigenen Nachteil ausgewirkt hat.

3. Da im hier zu beurteilenden Fall weder Missbrauch noch Sittenwidrigkeit gegeben waren, bedarf es aber keiner Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs zu der im Revisionsverfahren von den Parteien erörterten Frage, ob eine unzulässige Abweichung iSd § 99 BVergG 2006 überhaupt noch im Zivilverfahren geltend gemacht werden kann, wenn sie nicht als Verstoß gegen das Vergaberecht bereits im Vergabeverfahren gerügt wurde.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Irgendwie mutet es doch seltsam an: § 99 Abs 2 BVergG ordnet ausdrücklich an, dass geeignete Leitlinien (wie ÖNORMen) einzuhalten sind und dass bloß in „einzelnen Punkten“ (sic!) davon abgegangen werden darf, sowie dass Gründe für eine allfällige Abweichung festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben sind. Der OGH urteilt aber, dass Abweichungen der Ausschreibungsbedingungen von den Leitlinien keiner sachlichen Begründung, Notwendigkeit oder Rechtfertigung bedürfen. Das ist wohl eine Auslegung contra legem.

Die Entscheidung ist sicher nicht ohne das Urteil des VfGH 9.3.2007 G174/06 zu verstehen. Damals hat die ASFINAG § 99 Abs 2 BVergG ua mit der Begründung bekämpft, es handle sich dabei um eine verfassungsrechtlich unzulässige dynamische Verweisung. Der VfGH hat diese Beschwerde zurückgewiesen: „Das Gebot zur „Heranziehung“ geeigneter Leitlinien, wie der ÖNORMen [...] ist keine Verweisung iSd verfassungsgerichtlichen Judikatur (vgl zB VfSlg 12384/1990). Der Hinweis auf Normen, die in geeigneten Leitlinien, wie den ÖNORMen, in Bezug auf einen jeweiligen zeitbezogenen Standard festgeschrieben sind, ist nicht als dynamische Verweisung zu verstehen, sondern als bloßes Anknüpfen an bestimmte allgemein anerkannte Standards.“

Das BVergG war damit zwar gerettet, doch negative Folgen unübersehbar: Die „öffentlichen Besteller“ (ds dem BVergG unterliegenden Personen) haben eine „Normbindung“ empfunden und dementsprechend gehandelt: Die Entstehung neuer ÖNORMen wurde verhindert und in bestehende ÖNORMen wurden sinnlose Zusätze wie „Falls im Ver-

trag nichts anderes vorgesehen ist“ (alleine in der ÖNORM B2110 zumindest sechs Mal!) aufgenommen – dadurch sollte eine „Sollbruchstelle“ geschaffen werden, die ein Abgehen von der jeweiligen Regelung leichter machen sollte.

Die Rettung des (legistisch übrigens besonders schwachen) BVergG war nur dadurch möglich, dass man die Bindung an insbesondere ÖNORMen bestritt – besteht eine solche nämlich gar nicht, dann kann es auch keine dynamische Verweisung geben. Abgesehen davon, dass der VfGH urteilte, dass ohnehin nicht konkrete ÖNORMen, sondern bloß der Verweis auf einen „zeitbezogenen Standard“ gemeint sei, stellte er fest: „Das Gesetz eröffnet dem öffentlichen [Bestell]er eine weite, nur durch das Missbrauchsverbot beschränkte Möglichkeit, die Ausschreibung abweichend von Leitlinien an die Besonderheiten des einzelnen [Ver]trages anzupassen“. Wie das zum Wortlaut des Gesetzes passt, wurde schon damals nicht erklärt – der OGH hat es jedenfalls übernommen (was im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsprechung auch gar nicht zu kritisieren ist).

Scheinbar nicht behandelt wird in der Entscheidung des OGH § 24 Abs 7 BVerG: „Zu Festpreisen ist auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, wenn den Vertragspartnern nicht durch langfristige Verträge oder durch preisbestimmende Kostenanteile, die einer starken Preisschwankung unterworfen sind, unzumutbare Unsicherheiten entstehen. In diesem Fall ist zu veränderlichen Preisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen. Der Zeitraum für die Geltung fester Preise darf grundsätzlich die Dauer von zwölf Monaten nicht übersteigen“.