

AUFSATZ

Zivilrechtliche Fragen zum öffentlichen Vergaberecht

Die Besonderheit der Periode zwischen Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und Zuschlag

Ausschreibungsbedingungen sehen häufig vor, dass ein Bieter bestimmte Leistungen (erst) erbringen muss, wenn ihm mitgeteilt wird, dass er den Zuschlag erhalten soll. Was ist nun rechtens, wenn der in Aussicht genommene Bieter diese Leistung aber nicht erbringt? Einerseits ist ein Angebot bindend, andererseits scheint ja noch kein Vertrag abgeschlossen zu sein, weil dessen Abschluss erst in Aussicht gestellt wird.

Deskriptoren: Angebot, Annahme, Vertragsabschluss, vorvertraglicher Bereich, Schadenersatz, Erfüllungsinteresse, öffentliche Vergabe, Vergaberecht, Leistungsvertrag; ABGB, BVergG.

Von Hermann Wenusch

1. Problemstellung

Ein öffentlicher Besteller („Ausschreiber“) sieht in einer Ausschreibung vor, dass nach „*Mitteilung der Zuschlagsentscheidung*“ (eigentlich richtig: „*Mitteilung der Zuschlagsabsicht*“¹) vom in Aussicht genommenen Bieter bestimmte Leistungen („Vorleistungen“) zu erbringen sind (praktisch in Frage kommt zum Beispiel die Vorlage einer Erfüllungsgarantie², was tatsächlich auch der häufigste Fall sein dürfte).

Dass nicht sogleich von allen Bietern zugleich mit deren Angebot die Vorleistung verlangt wird, hat folgende Gründe: Würde man allen Bietern vorab irgendwelche Kosten aufbürden (eine Sicherstellung zB, die – wie gesagt – der häufigste Fall einer Vorleistung sein dürfte, verursacht nun einmal Kosten), so würden diese Kosten bei allen nicht zum Zug kommenden Bietern frustriert, was über kurz oder lang zu einem Ansteigen des Preisniveaus führen müsste. Manche Bieter würden außerdem angesichts der möglicherweise frustrierten Kosten überhaupt von einem Angebot absehen.

Dass die Vorleistung nicht als Bestandteil des „*Leistungsvertrags*“ vorgesehen wird (dh dass sie nicht erst nach dem Zuschlag zu erbringen ist), hat seinen Grund in den Folgen, die sich ergeben, wenn der in Aussicht genommene Bieter die Vorleistung schließlich nicht erbringt: Der Ausschreiber kann dann nämlich nur entweder auf Erfüllung klagen – was angesichts der immensen Dauer selbst der simpelsten Gerichtsverfahren kaum praktisch ist – oder (natürlich nach angemessener Nachfrist) vom Vertrag zurücktreten; ein Verzicht auf die Vorleistung scheidet vergaberechtlich jedenfalls aus. Ein Vertragsrücktritt führt allerdings dazu, dass das Vergabeverfahren wiederholt werden muss, weil das erste durch den Zuschlag beendet („konsumiert“) wurde. Die Beschaffung würde sich enorm verzögern. Wenn die angebotenen Preise bekannt werden, kann dies außerdem wettbewerbsverzerrend wirken.

Hat hingegen der erstgereichte Bieter vor Abschluss des „*Leistungsvertrages*“ eine Sicherstellung beizubringen und tut er dies nicht, so ist das Vergabeverfahren nach wie vor „offen“; er kann ausgeschieden werden und der Zuschlag kann stattdessen vielleicht noch dem zweitgereichten Bieter erteilt werden (dazu, dass dies nicht unbedingt unproblematisch ist, noch weiter unten).

Die Frage ist nun, ob und gegebenenfalls welche Ansprüche der Ausschreiber gegen einen erstgereichten Bieter hat, wenn dieser nach der Mitteilung, dass der Zuschlag an ihn erfolgen soll, die geforderte – und durch

1 Weiters wird im entsprechenden Zusammenhang auch von der „Zuschlagsabsicht“ gesprochen.

2 Siehe dazu zB OGH 25.11.2021, 3 Ob 131/21t – der Autor war an diesem Verfahren beteiligt.

die Abgabe des Angebots wohl auch versprochen³ – Vorleistung schuldhaft nicht erbringt.

Dass der erstgereichte Bieter eine versprochene Vorleistung nicht erbringt, kann übrigens mehrere Gründe haben: Entweder er ist tatsächlich nicht (mehr) in der Lage, die geforderte Vorleistung zu erbringen – etwa weil er sich nicht schon vor der Abgabe seines Angebots darum gekümmert hat und nunmehr keinen Garanten für eine als Sicherstellung geforderte Garantie findet. Der für den Zuschlag vorgesehene Bieter kann aber durch das Ergebnis des Vergabeverfahrens auch merken, dass er sich verkalkuliert und einen zu geringen Preis angeboten hat – er kann nun versuchen, seinen Kopf dadurch aus der Schlinge zu ziehen, dass er die Vorleistung eben nicht erbringt und dadurch „der Kelch an ihm vorüber geht“. Oder schlimmer noch: Der für den Zuschlag vorgesehene Bestbieter arrangiert sich mit dem Zweitgereichten – ein Teil des gemeinsam erzielten Gewinns ist vielleicht mehr als das, was alleine erwirtschaftet worden wäre ...

In der Tat ist die Periode zwischen Mitteilung der Zuschlagsabsicht und dem Zuschlag scheinbar nach wie vor eine Grauzone („terra incognita“), was wohl zum großen Teil an legislativen Schwächen des BVerG liegt⁴. In einem rezenten Urteil⁵ hat der OGH nun einen Fall mit dem eingangs geschilderten Sachverhalt entschieden, wobei die Entscheidung eher knapp ausgefallen ist und einige Fragen unbeantwortet geblieben sind. In dieser Entscheidung kommt § 2 Z 49 BVerG eine zentrale Rolle zu: Die Mitteilung der Zuschlagsabsicht „ist die an Bieter übermittelte bzw. für diese bereitgestellte nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“. Daraus abgeleitet beschäftigt sich das Urteil nur mit Fragen des vorvertraglichen Bereichs und spricht in der Folge nur den Vertrauensschaden zu.

Gegenständlich soll untersucht werden, ob nicht auch weiter gehende Überlegungen angestellt werden könnten.

2. Mögliche Lösungsansätze

2.1. Haftung des säumigen Bieters aus culpa in contrahendo

Grundsätzlich wird ein Vertrag erst mit dem Zugang der Annahme des entsprechenden Angebots abgeschlossen – erst damit entstehen nach allgemeiner Auffassung die vertraglichen Pflichten (dazu, dass schon ein Angebot bindend ist und daher durchaus die Meinung vertreten werden kann, dass gemeinhin als „vertraglich“ bezeichnete Pflichten auch schon davor bestehen können, weiter unten Näheres).

Nach überwiegender Ansicht entsteht aber schon mit dem geschäftlichen Kontakt ein vorvertragliches Schuldverhältnis⁶. Dieses vorvertragliche Schuldverhältnis beginnt mit der Ausschreibung⁷ und wird durch die Abgabe des Angebots sicher noch intensiviert.

Im vorvertraglichen Bereich kann grundsätzlich nicht auf Erfüllung des in Aussicht genommenen Vertrags geklagt werden (Vom vorvertraglichen Bereich kann eigentlich nur dann gesprochen werden, wenn noch kein Angebot gelegt wurde – danach liegt in einer Klage auf Leistung wohl auch die Annahme). Das BVerG nennt den in Aussicht genommenen Vertrag „Leistungsvertrag“. Spannend ist nun die Frage, ob trotzdem auf eine eventuelle Vorleistung geklagt werden kann: Könnte man eine Vorleistung einklagen, so wäre dies doch irgendwie vergleichbar mit einer Klage auf Fortführung der Vertragsverhandlungen, wenn diese grundlos abgebrochen wurden ... In der Tat dürfte nach allgemeiner Auffassung eine Klage auf die Vorleistung nicht möglich sein, weil im „vorvertraglichen“ Bereich bloß auf Schadenersatz geklagt werden kann.

An dieser Stelle soll jedenfalls nur erörtert werden, welcher Schaden vom säumigen Bieter verlangt werden könnte, wenn er die Vorleistung tatsächlich nicht erbringt.

Grundsätzlich ist bei culpa in contrahendo (also im vorvertraglichen Bereich) nur der Vertrauensschaden zu ersetzen⁸: „Wer [...] einen anderen dafür zu entschädigen

3 Vgl § 125 Abs 1 BVerG: „Der Bieter hat sich bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten“.

4 Nur ein Beispiel für die mindere Qualität der Legistik ist schon die Definition in § 2 Z 49 BVerG: „Zuschlagsentscheidung ist die an Bieter übermittelte bzw. für diese bereitgestellte nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“ (Hervorhebung im Original) – eine Entscheidung als Erklärung ... Richtig müsste es natürlich statt „Zuschlagsentscheidung“ heißen: „Mitteilung der Zuschlagsabsicht“. Bemerkenswert ist idZ zB § 143 BVerG dessen Überschrift „Mitteilung der Zuschlagsentscheidung“ (Hervorhebung durch den Verfasser) lautet: „(1) Der öffentliche Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

5 OGH 25.11.2021, 3 Ob 131/21t – siehe dazu ZRB 2022, 10 samt Glosse des Autors.

6 AA Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ Vor §§ 918 ff (Stand 1.5.2018, rdb.at).

7 Siehe zB OGH 20.08.1998, 10 Ob 212/98v (veröffentl: SZ 71/133): „[...] sodasß die Verletzung dieser „Selbstbindungsnormen“ und die Nichtbeachtung des sich aus Art 7 B-VG sowie Art 2 StGG [...] ergebenden Gleichbehandlungsgebotes durch den Vergeber (also alle Bewerber gleich zu behandeln und nicht einzelne zu diskriminieren) im vorvertraglichen Schuldverhältnis nach den Grundsätzen der Haftung für culpa in contrahendo zu Schadenersatzverpflichtungen gegenüber einem übergangenen Anbieter führen kann“.

8 OGH RS0016374, T2 (2 Ob 572/80): „Bei Schadenersatzverpflichtungen aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (culpa in contrahendo) ist der Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse) zu ersetzen“.

hat, dass dieser (unrichtig) auf [...] das Zustandekommen eines Vertrages vertraut hat, muss den anderen so stellen, wie er ohne Vertrauen (ohne Irrtum) stünde“⁹.

Es ist nun zu entscheiden, ob das (ursprüngliche) Vergabeverfahren noch läuft, oder ob eine Neuausschreibung erforderlich ist.

In den gegenständlich interessierenden Konstellationen entspricht der Vertrauensschaden jedenfalls einmal den Kosten, die dadurch entstanden sind, dass der vermeintliche Bestbieter „vergabegesetzlich behandelt“¹⁰ werden musste (bei den Kosten der „Behandlung“ der anderen, insbesondere des (zunächst) zweitgereihten Bieters, handelt es sich übrigens wohl um Sowieso-Kosten: Sie wären auch angefallen, wenn der scheinbare Bestbieter nicht angeboten hätte). Außerdem wären allfällige Kosten einer Verzögerung nicht angefallen.

Es ist möglich, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass der erstgereichte Bieter die geforderte Vorleistung nicht erbringen wird, die Zuschlagsfrist bereits abgelaufen ist¹¹, womit die anderen Bieter nicht mehr an ihre Angebote gebunden sind – eine neue Ausschreibung kann daher erforderlich werden. Und dabei ist es natürlich denkbar, dass die dann angebotenen Preise über dem „ersten Durchgang“ liegen. Der Vertrauensschaden umfasst in diesem Fall auch die Differenz zwischen dem Zweitgereihten im ersten Durchgang und dem Bestbieter im zweiten Durchgang. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem BVergG, aber aus allgemeinrechtlichen Überlegungen: „Zum Vertrauensschaden gehören [...] auch Nachteile wegen Versäumung anderer Abschlussgelegenheiten“¹². Eine zusätzliche Stütze ergibt übrigens ein Blick auf § 206 (ehemals 155) EO: „Der säumige Ersterher [hier zu vergleichen mit dem säumigen Bieter] haftet für den Ausfall am Meistbot, der sich bei der Wiederversteigerung ergibt, [...] und für alle sonst durch seine Saumsal verursachten Schäden [...] mit dem Vadium“ (das Vadium ist pauschalierter Schadenersatz) – „Der Ausfall am Meistbot besteht in der Differenz zwischen dem bei der Wiederversteigerung und dem bei der ersten Versteigerung erzielten Meistbot“¹³.

So viel zum Vertrauensschaden; doch muss es dabei nicht bleiben. Es gibt den Rechtssatz (der quasi zum „Stehsatz“ wurde), dass sehr wohl das **Erfüllungsinteresse** zu leisten ist, wenn bei rechtmäßigem Verhalten ein Vertrag zu Stande gekommen wäre: „Das positive Interesse ist [...] dann zu ersetzen, wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustande gekommen wäre“¹⁴. Bemerkenswert daran ist, dass es in der diesem Rechtssatz zu Grunde liegenden Entscheidung¹⁵ nicht um eine Vergabe gegangen ist: Eine Blinde hat erklärt, nicht blind zu sein, weshalb die von ihr übernommene Bürgschaft mangels Notariatsakt unwirksam war: „sie haftet für das Erfüllungsinteresse, weil der Vertrag rechtswirksam errichtet worden und damit zustande gekommen wäre, hätte sie sich rechtmäßig verhalten“.

Dies wird teilweise übersehen: „Diese Rechtsprechung [gemeint: zum Ersatz des Erfüllungsinteresses] erging allerdings bisher in Schadenersatzprozessen übergangener Bieter gegen den Ausschreibenden“¹⁶ (offensichtlich „geblendet“ durch zB folgenden Rechtssatz: „Bei Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Ausschreibungen der öffentlichen Hand ist ausnahmsweise auch der Ersatz des Erfüllungsinteresses möglich, wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustande gekommen wäre, dem Schadenersatz begehrenden Kläger also der Zuschlag hätte erteilt werden müssen“¹⁷). „Diese Rechtsprechung“ zum Ersatz des Erfüllungsinteresses eines Bieters ohne Vertragsabschluss ist nach der Meinung des OGH jedenfalls „nicht ohne Weiteres auf den [...] umgekehrten Fall anzuwenden“¹⁸. Begründet wird dies damit, dass die Vergabevorschriften „dem Schutz der Bieter“ dienen.

Wie allerdings bereits gesagt, ist der Rechtssatz, dass das „positive Interesse [...] dann zu ersetzen [ist], wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustande gekommen wäre“¹⁹, nicht auf den Bereich der Vergabevorschriften beschränkt, sondern allgemeinrechtlicher Natur – es wurde bereits vor den Vergabegesetzen entsprechend geurteilt²⁰. Und es muss sich wohl die Frage stellen, wie die Ungleichbehandlung zwischen Bietern und Ausschreibern

9 Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1362. Vgl auch Spitzer in Welser, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht: „Der Nachteil, der eingetreten ist, weil der Geschädigte auf die Gültigkeit eines tatsächlich ungültigen oder die Erfüllbarkeit eines tatsächlich unerfüllbaren Vertrages vertraut hat“.

10 Gemeint ist damit zB die „vertiefte Angebotsprüfung“.

11 Vgl § 131 Abs 1 BVergG „Die Zuschlagsfrist ist kurz zu halten“.

12 Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1363 mit Verweis auf OGH 30.11.1989, 7 Ob 38/89 (veröffentl: SZ 62/187).

13 Angst in Angst/Oberhammer, Exekutionsordnung³ § 155 Rz 3 (Hervorhebungen im Original).

14 OGH RS0016374, T4 (4 Ob 127/97y). Vgl auch: „Das positive Vertragsinteresse ist [...] dann zu ersetzen, wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag mit dem pflichtwidrig handelnden Teil zustande

gekommen wäre“ (Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 77).

15 OGH 10.06.1997, 4 Ob 127/97y.

16 OGH 25.11.2021, 3 Ob 131/21t.

17 OGH RS0013934, T6 (6 Ob 8/06d).

18 OGH 25.11.2021, 3 Ob 131/21t.

19 Siehe dazu FN 14.

20 Siehe zB OGH 13.04.1988, 1 Ob 539/88: „Ausnahmsweise kommt aber doch bei der Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten auch der Ersatz des Erfüllungsinteresses in Betracht, wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustande gekommen wäre“ unter Berufung auf Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts I⁸ 198 und RdA 1979/23.

begründet werden soll – aus welchem Grund sind die Bieter schutzwürdig, der Ausschreiber aber nicht? Soll nicht auch der Ausschreiber vor „Umtrieben“ der Bieter (siehe dazu oben) geschützt werden?

Gerade im Geltungsbereich des BVergG ist zu beachten, dass der Ausschreiber nahezu gleich einem Automaten handelt, weil kein Platz für individuelle „Geschmacks- oder Gefühlsentscheidungen“ besteht (die Privatautonomie ist ausgeschlossen). MaW: Es ist in der Regel davon auszugehen, dass der Vertrag mit dem Bestbieter zu Stande gekommen wäre, wenn er die geforderte Vorleistung erbracht hätte. Das Erfüllungsinteresse besteht im gegebenen Zusammenhang nun wohl fraglos auch aus der preislichen Differenz zwischen dem zunächst Erstgereihten und dem zunächst Zweitgereihten, dem Schaden, der durch die Verzögerung der Vergabe entsteht und den Kosten der erforderlichen „vergaberechtlichen Behandlung“ des zunächst Erstgereihten. Sollte der Zuschlag (noch) dem zunächst Zweitgereihten erteilt werden können, so sind die Kosten dessen „vergaberechtlicher Behandlung“ Sowiekosten.

Interessant ist im gegebenen Zusammenhang womöglich, allfällige Wertungswidersprüche aufzuzeigen: Wird in einem Fall (durch Annahme des entsprechenden Angebots) vereinbart, dass mit (dh eigentlich: unmittelbar nach) der Erteilung des Zuschlages (also mit Vertragsabschluss) eine Sicherstellung beizubringen ist, und wird in einem andern Fall dem Bieter nach der Mitteilung der Zuschlagsabsicht mitgeteilt, dass der Zuschlag unter der Bedingung der Beibringung einer zuvor versprochenen Sicherstellung erteilt wird, so unterscheiden sich die beiden Fälle materiell kaum von einander. Es wäre nun sicher ein ziemlicher Wertungswiderspruch, wenn der Bieter, der die Sicherstellung nicht beibringt, im einen Fall das Erfüllungsinteresse schuldet, im anderen aber nicht.

2.2. Mit der Mitteilung der Zuschlagsabsicht („Zuschlagsentscheidung“) wird das Angebot unter der Bedingung angenommen, dass keine erfolgreiche Anfechtung erfolgt, womit der „Leistungsvertrag“ zu Stande kommt

Gegen die Möglichkeit, dass mit der Mitteilung der Zuschlagsabsicht das Angebot unter einer Bedingung angenommen wird, womit bereits der „Leistungsvertrag“ zu Stande kommt, scheint wohl sofort die Definition der

Bezeichnung „Zuschlagsentscheidung“ in § 2 BVergG zu sprechen: Danach handelt es sich um „die an Bieter übermittelte bzw. für diese bereitgestellte **nicht verbindliche Absichtserklärung**, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“ (Hervorhebung durch den Verf). Bei dieser Formulierung handelt es sich aber wahrscheinlich um ein Redaktionsversehen²¹: Es ist offenkundige Intention des Gesetzgebers, das Vergabeverfahren als Ablauf ohne „freie Entscheidungen“ des präsumtiven Bestellers zu determinieren – insofern ist die Mitteilung der Zuschlagsabsicht alles andere als „belanglose Information“. Auch die sonst mindere legislative Qualität²² des BVergG spricht wohl für ein Redaktionsversehen. Gemeint sein dürfte „nur“, dass die Zuschlagsabsicht idS nicht endgültig ist, als sie nämlich noch angefochten werden kann. Und im Falle einer erfolgreichen Anfechtung soll der (zunächst) für den Zuschlag vorgesehene Bieter keine Ansprüche (insbesondere auf Vertragserfüllung) stellen können.

Allerdings sprechen auch verschiedene andere Bestimmungen sehr wohl gegen einen (wenn auch bloß bedingten) Abschluss des „Leistungsvertrages“:

- § 2 Z 50 BVergG: „Zuschlagserteilung (Zuschlag) ist die an den Bieter abgegebene Erklärung, sein Angebot anzunehmen“.
- § 144 Abs 1 BVergG: „Der öffentliche Auftraggeber darf den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist erteilen“.
- § 145 Abs 1 BVergG: „Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt“.
- § 297 Abs 4 BVergG: „Der Fortlauf der Zuschlagsfrist gemäß Abs. 1 wird für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt“.

Die klare Absicht des Gesetzgebers gemäß § 6 ABGB hin und her: Es lässt sich wohl eher schwer argumentieren, dass mit der Mitteilung der Zuschlagsabsicht bereits der „Leistungsvertrag“, wenn auch unter der Bedingung, dass die „Zuschlagsentscheidung“ nicht erfolgreich angefochten wird, abgeschlossen wird.

Der Vollständigkeit halber trotzdem Gedanken zum bedingten Abschluss des „Leistungsvertrages“:

21 Vgl dazu OGH 27.01.2010, 3 Ob 250/09z: „Ein Redaktionsversehen liegt vor, wenn die Formulierung des Gesetzes durch einen Fehler in der sprachlichen Ausarbeitung nachweislich nicht mit dem gesetzgeberischen Willen übereinstimmt“.

22 Prominentester Beleg dafür sind wohl die §§ 98 und 268 jeweils Abs 4, wonach der öffentliche Besteller vorschreiben kann, „dass

bestimmte, von ihm festgelegte kritische Aufgaben vom Bieter selbst [...] ausgeführt werden müssen“ (Hervorhebung durch den Verf): Dem Legisten ist offensichtlich nicht aufgefallen, dass im Fall des Falles nur Ein-Personen-Unternehmer in Frage kommen, weil alle anderen Dienstnehmer beschäftigen müssen, die eben vom Unternehmer unterschiedlich sind.

Zuerst stellt sich wohl die Frage, ob die Bedingung, unter der der „Leistungsvertrag“ geschlossen würde, aufschiebend oder auflösend wäre:

Handelt es sich dabei um eine auflösende Bedingung, so müsste bei einer erfolgreichen Anfechtung (Eintritt der Bedingung) eine Neuausschreibung erfolgen, weil das Vergabeverfahren durch den Vertragsabschluss konsumiert worden wäre. Angesichts der Zweifel, ob überhaupt davon gesprochen werden kann, dass der „Leistungsvertrag“ abgeschlossen wird, scheidet diese Möglichkeit wohl sicher aus.

Bei einer aufschiebenden Bedingung würde der „Leistungsvertrag“ erst mit dem Eintritt der Bedingung entstehen – dies dürfte den Intentionen des Vergaberechts entsprechen, weil dies offenbar eine rasche Vergabe anpeilt²³.

„Bei aufschiebender Bedingung ergibt sich aus dem Sinn des Vertrages schon vor Bedingungseintritt eine Bindung der Vertragspartner“²⁴. Die Beteiligten sind so „verpflichtet, am Bedingungseintritt selbst mitzuwirken“²⁵.

Wird eine aufschiebende Bedingung, die von einer Partei erfüllt werden kann, von dieser Partei nicht erfüllt, so stellt sich die Frage, ob auf Erfüllung der Bedingung geklagt werden kann. Immerhin: „Ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Vertrag bindet bereits die Vertragspartner insoweit, als der bedingt Verpflichtete alles tun und vorkehren muss, was notwendig ist, um den Eintritt der Bedingung erfüllen zu können und alles unterlassen muss, was die Erfüllung verhindern würde“²⁶. „Da beide Teile verpflichtet sind, dem Vertrag volle Wirksamkeit zu verschaffen, kann schon vor de[m] Eintritt auf Zuhaltung des Vertrages [...] geklagt werden“²⁷.

Selbst wenn auf Erbringung der Vorleistung (die Erfüllung der Bedingung) geklagt werden kann, bedeutet dies freilich noch nicht, dass auch auf die Erfüllung des „Leistungsvertrages“ geklagt werden kann: Vor dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung besteht ein „Schwebezustand, der zwar einem Begehren auf Erfüllung, nicht aber einer Klage auf Ausstellung einer einverleibungsfähigen Urkunde entgegensteht“²⁸.

Wird die Vorleistung nicht erbracht, so gebührt das Erfüllungsinteresse, ohne dass es auf ein Verschulden des Bieters ankäme²⁹.

2.3. Vadium

Interessant ist im gegebenen Zusammenhang das Institut des Vadiums: Dies ist „eine Sicherstellung für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt oder der Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung [...] schuldhaft nicht behebt“³⁰ (fraglich ist in diesem Zusammenhang natürlich, wie ein Rücktritt vom Angebot (gemeint wohl: Zurückziehung des Angebots) möglich sein soll, wenn dieses doch bindend ist, aber dies ist wohl eine weitere legistische Schwäche des Gesetzes und sei hier nicht weiter vertieft).

Ein solches würde verfallen, wenn die vorgesehene Vorleistung nicht erbracht würde. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob ein Vadium deponiert oder „für den Fall der Fälle“ bloß eine entsprechende Zahlung versprochen wird: Für den Vermögenstransfer bedarf es jedenfalls eines Rechtsgrunds, weil ohne einen solchen ungerechtfertigte Bereicherung vorläge.

Aus der Erwähnung des Vadiums ist jedenfalls ersichtlich, dass der Bieter für die Nichteinhaltung von Zusagen, die die Zeit vor Abschluss des „Leistungsvertrages“ betreffen, haften soll. Die entsprechende Zahlung ist als pauschalierter Schadenersatz nichts anderes als eine Konventionalstrafe. Es lässt sich aber nicht sagen, ob diese für den Vertrauensschaden oder das Erfüllungsinteresse heranzuziehen ist.

Ebenso geben die Bestimmungen zum Vadium nichts dafür her, ob auf die Vorleistung geklagt werden kann.

2.4. Die Ausschreibung ist ein Angebot auf Abschluss eines „Vergabevertrages“ und das darauf folgende „Angebot“ ist die Annahme

Die (höchstwahrscheinliche) Erkenntnis, dass durch die Mitteilung der Zuschlagsabsicht der „Leistungsvertrag“ auch nicht unter einer Bedingung geschlossen wird, be-

23 Dies ergibt sich uva Bestimmungen aus der Entscheidungsfrist des § 348 BVergG: „Über einen Antrag auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers ist unverzüglich, längstens jedoch binnen sechs Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden“.

24 Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 897 ABGB Rz 7 (Stand 1.11.2014, rdb.at) – Hervorhebung im Original.

25 Kietaihl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 897 Rz 35 (Stand 1.10.2017, rdb.at) – Hervorhebung im Original.

26 OGH 21.05.2007, 8 Ob 52/07s.

27 OGH 09.01.1979, 2 Ob 559/78.

28 OGH 19.10.1999, 4 Ob 261/99g.

29 Siehe Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 897 ABGB Rz 9 (Stand 1.11.2014, rdb.at) unter Verweis auf Knütel, Zur sogenannten Erfüllungs- und Nichterfüllungsfiktion bei der Bedingung, JBl 1976, 613. AA scheinbar Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 6207: „Der bedingt Berechtigte oder Verpflichtete ist grundsätzlich aber selbst dann nicht verpflichtet, die Bedingung herbeizuführen, wenn dies in seiner Macht stünde“.

30 § 2 Z 32 BVergG.

deutet noch nicht zwingend, dass kein anderer Vertrag zwischen Ausschreiber und Bieter (also nicht nur dem Bestbieter) abgeschlossen wird.

Die Aufforderung, ein Angebot zu erstellen, könnte nämlich als Angebot auf Abschluss eines „Vergabevertrages“ angesehen werden. So ähnlich ist ja auch die Bestellung eines Kostenvoranschlags die Bestellung eines eigenen Werks, das dem „eigentlichen“ Werk vorgelagert ist³¹.

Aufgrund eines solchen Vergabevertrags – der nach der erfolgten Ausschreibung durch die Abgabe eines Angebots abgeschlossen wird – könnten eben die Vorleistungen geschuldet werden. Dabei wäre ein solcher Ausschreibungsvertrag übrigens nicht unentgeltlich: Das Entgelt für die Ausarbeitung des Angebots und allfälliger weiterer Leistungen wäre zwar nicht „bare Münze“, sondern stattdessen die „Chance“ auf den Zuschlag³². Dass das BVergG offenbar tatsächlich von einem solchen Ausschreibungsvertrag ausgeht, ergibt sich aus der Verwendung der Bezeichnung „Leistungsvertrag“ für den Vertrag, der schließlich hinsichtlich der eigentlich ausgeschriebenen Leistung geschlossen werden soll. Wieso wird die Bezeichnung „Leistungsvertrag“ gewählt, wo doch „Vertrag“ auch gereicht hätte, wenn im ganzen Vergabeverfahren ohnehin nur ein einziger Vertrag „mitspielen“ würde³³?

- *„Bei der wörtlichen Auslegung darf nicht stehengeblieben werden, wenn sich dadurch für einzelne Bestimmungen kein Anwendungsgebiet ergibt, sie also sinnlos bleiben“³⁴.*
- *„Normen sind tunlichst nicht so auszulegen, dass sie keinen Anwendungsbereich haben und solchermaßen sinnlos sind“³⁵.*

Der Begriff „Leistungsvertrag“ wird nur in den Vergabegesetzen verwendet. Aus dem Umstand, dass die legislative Qualität des BVergG wohl als gering bezeichnet werden kann, darf aber sicher nicht „mir nix, dir nix“ geschlossen werden, dass der Gesetzgeber diese Bezeichnung sinnloser Weise, quasi nur aus Jux und Tollerei, gewählt hat. Die Bezeichnung kann also wohl nur den Sinn haben, den „Leistungsvertrag“ von irgendeinem anderen Vertrag, der im Vergabeverfahren irgendeine Rolle spielt, zu unterscheiden. Dieser andere Vertrag kann eben der „Vergabevertrag“ sein.

Die Ausschreibung wäre also ein Angebot auf Abschluss dieses Vergabevertrages und das Angebot durch den Bieter die Annahme. Inhalt des Vergabevertrages wären die Rechte und Pflichten, die sich aus der Ausschreibung ergeben, bis zum Schluss des Vergabeverfahrens.

Wird eine solcherart vereinbarte Vorleistung durch einen Bieter nicht erbracht, ist darin ein Vertragsbruch durch den Bieter zu sehen: Er kann auf Beibringung der Vorleistung und gegebenenfalls auf Schadenersatz geklagt werden.

Die Frage ist, welcher Schadenersatz gegebenenfalls vom säumigen Bieter gefordert werden kann, wenn die Vorleistung tatsächlich nicht erbracht wird.

Wie gehabt, kann sicher zunächst einmal der Vertrauensschaden gefordert werden: Durch den Abschluss des Vergabevertrages vertraut der Ausschreiber darauf, dass der „Leistungsvertrag“ abgeschlossen wird.

Hinsichtlich des Erfüllungsinteresses sind jedenfalls die unmittelbar verursachten und frustrierten Kosten zu ersetzen. Weiters ist zu unterscheiden, ob es dem Ausschreiber gelingt, dem (bis zum Ausscheiden des säumigen Bestbieters) Zweitgereihten den Zuschlag zu erteilen, oder ob ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss. Denkt man sich beim Zuschlag an den (bisher) Zweitgereihten die schädigende Handlung nämlich weg (hier: die unterbliebene Vorleistung hinzu), so wäre der „Leistungsvertrag“ mit dem (säumigen) erstgereihten Bieter und nicht dem (teureren) zweitgereihten zustande gekommen. Denkt man sich die schädliche Handlung weg, wenn ein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden muss, so kann dies ebenfalls dazu führen, dass der Ausschreiber mehr für die gewünschte Leistung zahlen muss.

MaW: Die schädigende Handlung (besser: schädigende Unterlassung) führt im ersten Fall jedenfalls zu einer Differenz im Vermögen des Ausschreibers, im zweiten Fall möglicherweise. Die Frage ist, ob diese Differenz (gleich ob sie als unmittelbarer oder Folgeschaden anzusehen ist) dem säumigen Bieter auch zuzurechnen³⁶ ist.

In der Tat ist kein Grund ersichtlich, die Zurechnung zu begrenzen: Ein Bieter, der eine versprochene Vorleistung nicht erbringt, muss damit rechnen, dass die Ausschreibung „platzt“ und daher wiederholt werden muss. Ist im dann folgenden „zweiten Durchgang“ der Bestbieter

31 Vgl zB *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1170a (Stand 1.1.2018, rdb.at).

32 Zum nicht vergabegesetzlich geregelten Bereich vgl dazu *Wenusch*, *Rechtliche Bedeutung des faktischen Vorganges „Ausschreibung“*, bbl 1999, 102.

33 In der Tat soll nicht übersehen werden, dass das BVergG unter der Überschrift „*Zeitpunkt und Form des Vertragsabschlusses*“ in

§ 145 Abs 1 davon spricht, dass „*das Vertragsverhältnis*“ zu einem bestimmten Zeitpunkt zustande kommt – Singular und keine Rede von einem „*Leistungsvertrag*“.

34 OGH RS0010053 (4 Ob 123/81).

35 OGH 19.09.2013, 2 Ob 117/13i.

36 Zur „*Begrenzung der Zurechnung*“ im Detail vgl zB *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ Kap 8.

teurer, als der im „ersten Durchgang“ Zweitplatzierte, so ist jedenfalls diese Differenz zu ersetzen (siehe oben), die durchaus empfindlich hoch sein kann. Auf mangelnde Adäquanz kann sich der säumige Bieter also nicht berufen.

Es ist auch kein Grund ersichtlich, wieso bei der gegenständig interessierenden Konstellation der Ersatz der Differenz im Vermögen nicht vom „Schutzzweck“ umfasst sein sollte.

Selbst wenn man die Begrenzung der Zurechnung nicht ohnehin gänzlich ausschließen will, so wäre die „*Stärke der sonstigen Zurechnungsmomente*“³⁷ zu berücksichtigen – einerlei, ob man der Adäquanzlehre oder der Lehre vom Schutzzweck der Norm folgt: Danach kann es einen Unterschied machen, ob zB eine als Vorleistung geforderte Sicherheit wegen geänderter Umstände nicht mehr beigebracht werden kann oder ob diese absichtlich nicht beigebracht wird, um dem Zuschlag „zu entgehen“.

2.5. Mit der Abgabe des Angebots bzw mit der Mitteilung der Zuschlagsabsicht („Zuschlagsentscheidung“) wird ein Vorvertrag abgeschlossen

Es ist zu überlegen, ob der „Vergabevertrag“ (siehe oben) als Vorvertrag zu qualifizieren sein könnte. Das BVergG scheint jedenfalls nicht davon auszugehen:

Die Angebote sind demnach bindend³⁸, sie sind auf die Leistung gerichtet³⁹ und der Vertrag kommt (sogleich) durch die Annahme (die Erteilung des Zuschlages) zu Stande⁴⁰. An einen „Zwischenschritt“, der durch die Zusage einer Vorleistung entsteht, hat der Gesetzgeber nicht gedacht.

Ein Vorvertrag ist bloß auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet – gegenständig wäre dies der „Leistungsvertrag“. Gegenständig interessiert allerdings nicht der Abschluss des „Leistungsvertrages“, sondern die Erbringung der zugesagten Vorleistung. Mit dem Instrument des Vorvertrages lässt sich also für die gegenständliche Frage nichts gewinnen.

2.6. Die Bindewirkung eines Angebots

Wer ein Angebot (ein „*Versprechen (Antrag)*“ iSd § 861 ABGB) macht, ist daran gebunden: „*Vor Ablauf der Annahmefrist kann der Antrag nicht zurückgenommen werden*“⁴¹ – das ist Lehrbuchwissen⁴². Der Vertrag kommt zwar erst mit der Annahme zu Stande, nur hat dies auf die Pflichten des Offerenten eigentlich keine Auswirkungen – er erwirbt dadurch bloß die korrespondierenden Rechte. Im Anwendungsbereich des BVergG wird das Angebot allerdings erst mit dem Ablauf der Angebotsfrist (was dem Beginn der Zuschlagsfrist entspricht⁴³) bindend⁴⁴.

Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass die Bindewirkung natürlich zeitlich beschränkt ist, nur kann dies hier außer Betracht bleiben, weil vorausgesetzt wird, dass die Bindewirkung (in den hier interessierenden Fällen) bis zum endgültigen Zuschlag⁴⁵ oder einem allfälligen Widerruf besteht.

Was heißt nun „bindend“ eigentlich? Welche Möglichkeiten stehen dem Ausschreiber zu, wenn ein Bieter eine in der Ausschreibung geforderte und dann im Angebot versprochene Vorleistung (zur Erinnerung: Eine Leistung, die nach der Mitteilung, dass der Zuschlag erteilt werden soll, aber noch vor dem „eigentlichen“ Zuschlag (idWd BVergG: vor Abschluss des „*Leistungsvertrages*“) erbracht werden sollte) nicht erbringt?

Wird ein Angebot vom Oblaten angenommen so kann gegebenenfalls auf Zuhaltung geklagt werden – das Angebot ist eben idS „bindend“.

Man könnte dies nun so sehen, dass bereits mit dem Angebot die Schuldnerpflichten des Offerenten entstehen. Dies freilich nur unter der Bedingung, dass das Angebot schließlich auch angenommen wird (was aber den Blick auf den Grundsatz nicht vernebeln soll). Die Bedingung wird wohl allgemein als aufschiebende Bedingung gesehen: Die Schuldnerpflichten entstehen erst mit der Annahme des Angebots. Genau so gut kann die Bedingung allerdings auch als auflösende Bedingung gesehen werden⁴⁶: Die Schuldnerpflichten ent-

37 ZB Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/21.

38 § 131 Abs 2 BVergG: „*Während der Zuschlagsfrist ist der Bieter an sein Angebot gebunden*“.

39 § 2 Z 3 BVergG „*Angebot ist die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen*“ (Hervorhebung im Original).

40 § 145 Abs 1 BVergG: „*Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält*“.

41 § 862 ABGB.

42 Für viele zB Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 407 ff.

43 § 131 Abs 1 „*Die Zuschlagsfrist beginnt mit dem Ablauf der Angebotsfrist*“.

44 § 125 Abs 8 BVergG: „*Während der Angebotsfrist kann der Bieter durch eine zusätzliche Erklärung sein Angebot ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten*“. § 131 Abs 2 BVergG: „*Während der Zuschlagsfrist ist der Bieter an sein Angebot gebunden*“.

45 § 131 Abs 4 BVergG: „*Der Fortlauf der Zuschlagsfrist [...] wird für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt*“.

46 Dazu wohl treffend OGH 29.09.1998, 1 Ob 330/97d: „*Suspensiv- und Resolutivbedingungen sind im Einzelfall zum Teil schwer voneinander abgrenzbar*“.

stehen zugleich mit dem Angebot, erlöschen aber, wenn keine Annahme erfolgt.

Tatsächlich müssen die Pflichten der Vertragsparteien nicht „synchron“ sein. Dies wird klar, wenn man nach dem „Ende des Vertrages“ sucht: Die Vertragspflicht einer Partei (zB Warenlieferung) kann mit der Leistung erlöschen, während die Vertragspflicht der anderen Partei (zB Zahlung) noch fortbestehen kann. MaW: Es ist also durchaus möglich, dass auch in Zusammenhang mit einem synallagmatischen Vertrag nur einseitig Pflichten bestehen.

Selbst wenn im Zweifel von einer aufschiebenden Bedingung auszugehen wäre⁴⁷, sind die Unterschiede nicht enorm: „Auch ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Vertrag bindet bereits die Vertragspartner“⁴⁸. Schon vor Bedingungseintritt ist auch bei aufschiebenden Bedingungen eine Bindung der Vertragspartner dadurch gegeben, dass „sich kein Teil während des Schwebezustandes einseitig lösen“⁴⁹ kann.

Wie auch immer: Teilt während der Bindewirkung des Angebots der Offerent dem Oblaten mit, die angebotene Leistung aus eigenem Verschulden keinesfalls mehr erbringen zu können, bevor der Vertrag durch Annahme des Angebots geschlossen wurde, so ist er zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet⁵⁰.

Wird vom erstgereihten Bieter, der die versprochene Vorleistung nicht erbracht hat, die Differenz zum zweitgereihten Bieter als Erfüllungsinteresse begehrt, so

könnte er den Einwand des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“⁵¹ erheben⁵²: Die schädigende Handlung sei gewesen, dass er ein Angebot gelegt hat – das rechtmäßige Alternativverhalten dementsprechend, dass er kein Angebot gelegt hätte. Hätte er sich also rechtmäßig verhalten und kein Angebot gelegt, so hätte ebenfalls dem (zunächst) zweitbesten Bieter der Zuschlag erteilt werden müssen – ein Schaden sei also gar nicht eingetreten. Dieser Einwand würde allerdings übersehen, dass nicht die Tatsache des Legens des Angebots die schädigende Handlung ist, sondern das Nichterbringen der versprochenen Vorleistung: Wäre das Argument tatsächlich zutreffend, könnte man damit grundsätzlich den Ersatz des Erfüllungsinteresses bei Vertragsbruch „aushebeln“, weil nicht der Vertragsbruch, sondern der Vertragsabschluss als schädigende Handlung angesehen werden könnte ...

Es könnte sich die (wohl praktisch völlig unerhebliche) Frage stellen, ob der Ausschreiber die Vorleistung fordern kann, ohne zugleich den „Leistungsvertrag“ abzuschließen. Da eine Vorleistung (wohl immer eine Sicherstellung) ohne den dazugehörigen „Leistungsvertrag“ völlig absurd wäre (eine Sicherstellung könnte ja sofort wieder zurückgefordert werden), ist dies sicher zu verneinen.

Allerdings ist es sehr wohl denkbar, zunächst auf die Vorleistung zu klagen und nach deren Erbringung auf die Erfüllung des „Leistungsvertrages“ bzw entsprechenden Schadenersatz.

3. Conclusio

Gemäß § 127 Abs 2 BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, „dass er [...] sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet“ (es stellt sich die Frage, weshalb sich das Gesetz nicht einfach mit § 131 Abs 2 begnügt, wo diese Bindung festgelegt wird). Diese Erklärung betrifft nur die Zeit nach dem Ablauf der Angebotsfrist, weil ein Bieter gemäß § 125 Abs 8 BVergG wäh-

rend der Angebotsfrist sein Angebot zurückziehen⁵³ kann.

Wie auch immer: Das BVergG regelt nicht, was passieren soll, wenn ein Bestbieter ein Versprechen, das eine Leistung während der Zuschlagsfrist (dh nach dem Ablauf der Angebotsfrist) aber vor dem „Leistungsvertrag“ betrifft („Vorleistung“), schuldhaft nicht einhält.

47 So zB Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 696 (Stand 1.1.2017, rdb.at) mit Verweis auf Gschnitzer in Klang III² 655.

48 OGH RS0017406, T11 (7 Ob 577/87). So auch Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 217: „Auch das bedingte Rechtsgeschäft ist bindend“.

49 Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 897 ABGB Rz 7 (Stand 1.11.2014, rdb.at).

50 Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 862 ABGB Rz 5 (Stand 1.11.2014, rdb.at): „Bei schuldhafter Leistungsverletzung schul-

det der Offerent stets Erfüllungsinteresse“ (Hervorhebung im Original). Darauf verweist Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 862 Rz 6 (Stand 2.1.2022, rdb.at).

51 Zum Begriff siehe zB Spitzer et al, Bürgerliches Recht⁷ – Glossar.

52 In der Tat wird dieses Argument in OGH 25.11.2021, 3 Ob 131/21t erörtert.

53 § 125 Abs 8 BVergG spricht davon, dass vom Angebot zurückgetreten werden kann.

Dass vom betroffenen Bieter Schadenersatz gefordert werden kann, dürfte unstrittig sein. Strittig ist jedoch, ob das Erfüllungsinteresse oder der Vertrauensschaden zu ersetzen ist. Der OGH ordnet eine entsprechende Säumnis des Bestbieters dem vorvertraglichen Bereich zu und gewährt dem folgend nur den Vertrauensschaden (der allerdings auch enorm sein kann, falls eine neue Ausschreibung erfolgen muss und dann höhere Preise geboten werden). Dabei wird allerdings übersehen, dass der angesprochene „vorvertragliche“ Bereich in zwei Phasen zerfällt: In die Phase bevor ein Angebot bindend wird und in die Phase danach, die dann mit dem Abschluss des „Leistungsvertrages“ endet. Mit gutem Grund könnte man die Zeit, in der ein Angebot (für den Bieter) bindend ist, bereits als „vertraglichen“ Bereich ansehen – auch wenn diese Bezeichnung natürlich vom Wort-sinn her überhaupt nicht passt. Die Bindung des Bieters an sein Angebot spricht auf jeden Fall für eine Verpflichtung zum Ersatz des Erfüllungsinteresses.

Selbst wenn man auch die Zeitspanne, in der ein Angebot (für den Bieter) bindend ist, dem „vorvertraglichen“ Bereich zurechnet, ist das

Erfüllungsinteresse zuzusprechen: Dies ist nämlich immer dann der Fall, wenn ohne das schädliche Verhalten (die schädliche Unterlassung) der Vertrag zu Stande gekommen wäre – es ist schwer einzusehen, weshalb in einer „quasi vertraglichen“ Situation eine andere Rechtslage gelten soll als in einer vertraglichen.

Und schließlich lässt sich aus der Verwendung des einzigartigen Begriffs „Leistungsvertrag“ im BVergG auf einen „Vergabevertrag“ schließen, dem zu Folge gegebenenfalls ebenfalls das Erfüllungsinteresse zu ersetzen ist.

Es führen also vielleicht nicht alle, doch jedenfalls nicht bloß ein einziger Weg nach Rom ... Erbringt ein Bieter die versprochene Vorleistung nicht, so kann er jedenfalls nicht argumentieren, dass das rechtmäßige Alternativverhalten das Nichtstellen eines Angebots gewesen wäre: Das rechtmäßige Alternativverhalten wäre die Erbringung der versprochenen Vorleistung gewesen.

Korrespondenz:

RA Ing. DDr. Hermann Wenusch, RA in Wien, kanzlei@ra-w.at.