

Festschrift  
für  
Josef Aicher

Herausgegeben von

Florian Schuhmacher  
Peter Stockenhuber  
Manfred Straube  
Ulrich Torggler  
Christian Zib

■ VERLAG  
■ ÖSTERREICH

Priv.-Doz. Dr. Florian Schuhmacher LL.M. (Columbia)  
RA Ass.-Prof. Dr. Peter Stockenhuber LL.M. (Edinburgh)  
Univ.-Prof. i. R. Dr. Manfred Straube  
Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler LL.M. (Cornell)  
ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Zib  
Universität Wien, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Wien, Österreich

Gedruckt mit Unterstützung von  
Austrian Standards plus GmbH  
Business Circle Management Fortbildungs GmbH

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.  
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

© 2012 Verlag Österreich GmbH, Wien  
[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)  
Gedruckt in Ungarn

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren bzw der Herausgeber oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Satz: Exakta G. Ondrej GesmbH, Wien, Österreich  
Druck: Prime Rate Kft., 1044 Budapest, Ungarn

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7046-6362-7 Verlag Österreich

# Inhaltskontrolle ausgeschriebener Vertragsbestimmungen

*Rudolf Lessiak*

## Übersicht

- I. Problemstellung und gesetzliche Anknüpfung
  - I.1 Vergaberechtliche Bestandfestigkeit versus zivilrechtliche Anfechtbarkeit
  - I.2 Die Tatbestände im Einzelnen
- II. Schnittstelle Vergaberecht und Zivilrecht
  - II.1 Beschränkung auf den Kernbereich der Schnittmenge
  - II.2 Nicht verhandelbarer, einseitig vorgegebener Vertragstext
  - II.3 Inhaltliche Anforderungen
- III. Judikatur und Literatur
- IV. Eigener Lösungsansatz
- V. Hinweise zur Umsetzung in der Praxis

## I. Problemstellung und gesetzliche Anknüpfung

### I.1 Vergaberechtliche Bestandfestigkeit versus zivilrechtliche Anfechtbarkeit

Ausgangslage ist ein Beispiel aus der – wesentlich breiteren – Fragestellung, ob und in welchem Umfang die Vergaberegeln des BVergG 2006, welche den Weg zum Abschluss eines (zivilrechtlichen) Vertrages festlegen, Auswirkungen auf die Anwendung zivilrechtlicher Regelungen haben (können), die ex post, sohin nach Vertragsabschluss, das weitere Schicksal dieses, in einem Vergabeverfahren abgeschlossenen, Vertrages bestimmen<sup>1</sup>.

Unstreitig ist, dass die Festlegung der Vertragsbestimmungen in den Ausschreibungsbedingungen eine anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers ist<sup>2</sup>. Dabei kann sich diese Anfechtung auch nur gegen einzelne Vertragsklauseln richten.

Ist die Anfechtung erfolgreich, dann ist die betreffende Vertragsklausel nicht mehr Teil der Ausschreibungsbedingungen. Selbst wenn die Ausschreibung im Übrigen unverändert bleiben kann und es letztlich zum Zuschlag des ausgeschriebenen Vertrages kommt, wird diese Vertragsklausel nicht Vertragsbestandteil.

Ebenso unstreitig ist, dass dann, wenn der ausgeschriebene Leistungsvertrag – genauer: die Festlegung einer konkreten Vertragsklausel – nicht innerhalb der Fristen des § 321 BVergG 2006 angefochten wird, die Möglichkeit der Anfechtung gemäß § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 präkludiert<sup>3</sup>.

Die Wirkung dieser Präklusion wird ganz allgemein so verstanden, dass die nicht fristgerecht angefochtene Klausel der ausgeschriebenen Vertragsbestimmung »bestandfest« wird. Jedenfalls im Zuge des Vergabeverfahrens kann sich der Bieter nicht mehr auf eine allfällige »Unzulässigkeit« dieser Vertragsklausel berufen. Sie wird (notwendig – wenn man auch eine diesbezügliche Bindung des Auftraggebers bejaht) Bestandteil des zugeschlagenen Vertrags<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Insoweit liegt diese Arbeit an einer Schnittstelle der Kernbereiche des weiten Tätigkeitsbereichs von Prof. Aicher, dem Zivilrecht und dem Vergaberecht. Tatsächlich geht die Idee zu dieser Arbeit auf ein Gespräch zurück, das ich vor einigen Jahren zu genau dem hier erörterten Thema, der Frage des Einflusses des vergaberechtlichen Rechtsschutzes auf die Anfechtungsmöglichkeit nach § 879 Abs 3 ABGB, mit Prof. Aicher führen durfte.

<sup>2</sup> § 2 Z 16 lit a BVergG, der in den Sublitera für die einzelnen Verfahren jeweils die Ausschreibung, deren notwendiger Bestandteil auch die ausgeschriebenen Vertragsbestimmungen sind, als anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers nennt.

<sup>3</sup> So die klare Anordnung des § 322 Abs 2 BVergG 2006, der den Nachprüfungsantrag für »jedenfalls ... unzulässig« erklärt, wenn er nicht – wie in Z 2 ausgeführt – »innerhalb der in § 321 genannten Fristen gestellt wird«.

<sup>4</sup> Zur Reichweite der vergaberechtlichen Präklusion vgl. *Lessiak*, Art und Umfang der Präklusion, erscheint in: *Schramm/Aicher*, Vergaberecht, Tagungsband zum 8. Jahresforum 2010, der aller-

Dem stehen gegenüber die nach Vertragsabschluss zur Verfügung stehenden, zivilrechtlichen Rechtsbehelfe, mit denen der Auftragnehmer einseitig eine Änderung des abgeschlossenen Vertrages erreichen kann. In diesem Beitrag beschränke ich mich auf den für die Anfechtung von ausgeschriebenen Vertragsklauseln wohl zentralen zivilrechtlichen Anfechtungsbestand. Das ist die Möglichkeit der Anfechtung einer Vertragsbestimmung nach § 879 Abs 3 ABGB.

Ausgangslage ist daher die Konstellation, dass eine Vertragsklausel, die im Zuge des Vergabeverfahrens bestandfest und damit notwendig Inhalt des zuzuschlagenden Vertrages wird, in der Folge – nach Zuschlagserteilung – mit dem Argument, sie sei »gröblich benachteiligend« wieder beseitigt werden soll.

Dieser – bisher ganz selbstverständlich bejahten – Möglichkeit setze ich die in diesem Beitrag dargelegte These entgegen, dass die vergaberechtliche Möglichkeit, eine Vertragsklausel wegen eines Verstoßes gegen die inhaltlichen Vorgaben des Vergaberechts an den Leistungsvertrag, insbesondere wegen Verstoßes gegen § 99 BVergG 2006, vor den Rechtsschutzbehörden des Vergaberechts zu bekämpfen, der nachfolgenden (ex post) Anfechtung dieser Klausel vor den Zivilgerichten, gestützt auf § 879 Abs 3 ABGB, entgegenstehen kann. Dies mE nicht nur »ausnahmsweise«, sondern im Regelfall.

## I.2 Die Tatbestände im Einzelnen

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Gemäß § 99 Abs 1 BVergG 2006 sind die Vertragsbestimmungen »eindeutig und so umfassend festzulegen, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zu Stande kommen kann«.

Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese – gemäß § 99 Abs 2 BVergG 2006 – für die Vertragsbestimmungen heranzuziehen.

Abweichende Festlegungen in einzelnen Punkten sind zulässig. Die Begründung für die Abweichung ist festzuhalten und über Anfrage (dem Bewerber) unverzüglich bekannt zu geben.

Der für unsere Frage wesentliche Berührungspunkt zwischen dem vergaberechtlichen und dem zivilrechtlichen Tatbestand ist die jeweilige inhaltliche Anforderung an die Vertragsbestimmung.

---

dings die jüngsten Fortentwicklungen zur Frage ihrer europarechtlichen Grenzen noch nicht berücksichtigt. Soweit zu sehen, spielt diese Thematik in der vorliegenden Fragestellung jedoch keine Rolle.

Im Zivilrecht ist dies das Gebot nicht »gröblich benachteiligend« zu sein. Im Vergaberecht ist dies die Anforderung, dass (verkürzt gesagt) ein »Leistungsvertrag zu Stande kommen kann«, für dessen inhaltliche Ausgestaltung grundsätzlich »geeignete Leitlinien« heranzuziehen sind.

## II. Schnittstelle Vergaberecht und Zivilrecht

### II.1 Beschränkung auf den Kernbereich der Schnittmenge

Eine Gemeinsamkeit der beiden Tatbestände ist die Intensität der zu den Voraussetzungen ihrer Anwendung und ihrer inhaltlichen Konkretisierung geführten, literarischen Diskussion und die beachtliche Bandbreite der hierzu vertretenen Meinungen<sup>5</sup>.

Daher kann im Rahmen dieser Arbeit nicht einmal im Ansatz eine vollständige Darstellung der beiden Tatbestände geboten werden. Spannende Fragen, wie etwa die Abgrenzung zwischen Hauptleistungen und Nebenleistungen in § 879 Abs 3 ABGB<sup>6</sup> bleiben hier unbehandelt. Auch die intensive Diskussion, ob nach der Lockerung der Bindung des Auftraggebers an die »geeigneten Leitlinien« durch das BVergG 2006 die Abweichung sachlich gerechtfertigt sein muss oder bloß nicht »missbräuchlich« erfolgen darf, ob überhaupt zwischen dem Missbrauchsfall und dem Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung differenziert werden kann, nach welchem Maßstab dies zu konkretisieren ist und ähnliche Fragen<sup>7</sup>, können höchstens gestreift werden.

<sup>5</sup> Vgl nur die Literaturnachweise zu § 879 Abs 3 ABGB bei *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 sowie zu § 99 BVergG 2006 bei *M. Öhler/J. Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006 § 99.

<sup>6</sup> Vgl jüngst *Lessiak*, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 121 mwN.

<sup>7</sup> Vgl aus der Literatur: *Götzl*, Die vergaberechtliche Bindung an geeignete Leitlinien – Klarstellungen zu Anwendbarkeit, Umfang und Abweichung, RPA 2010, 123; *Essletzbichler/Feuerstein*, Endgültige Klärung der Grenzen der Vertragsfreiheit durch den VfGH?, ZVB 2007/50; zu diesem gesamten Themenkreis ausführlich *Krejci*, Zur »Normenbindung« gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006, ÖZW 2006, 2; *Krejci*, Muss ein Abweichen von ÖNORMEN bei Ausschreibungen nach dem BVergG 2006 sachlich gerechtfertigt sein?, RPA 2006, 70; weiters *Hagen/Essletzbichler*, ÖNORMEN im Leistungsvertrag (Teil I), ZVB 2006/58 und ÖNORMEN im Leistungsvertrag (Teil II) ZVB 2006/67; *Wiesinger/Wohlgemut*, ÖNORMEN im Leistungsvertrag, ZVB 2006/91; *Kurbos*, ÖNORMEN und BVergG 2006 – Begründungspflicht und Zulässigkeit von Abweichungen, RPA 2006, 17; weiters – wengleich noch zum BVergG 2002 – sehr instruktiv zum Ausmaß der Bindung der vergaberechtlichen Beurteilung an die zivilrechtlichen Standards vertragsrechtlicher Inhaltskontrolle *Katary*, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Geltungs- und Inhaltskontrolle im vergabespezifischen Rechtsschutz, RPA 2004, 217; *Brauneis/Newwerth*, Anfechtung sittenwidriger Ausschreibungsunterlagen, ZVB 2005/89.

Im Kernbereich meines Beitrags liegt die Vorgabe, dass es sich um (verkürzt gesagt) AGB handeln muss, in denen die Vertragsbedingungen stehen. Diese Vertragsbedingungen müssen bestimmten inhaltlichen Vorgaben genügen. Auf diese beiden Elemente wird daher näher einzugehen sein.

## II.2 Nicht verhandelbarer, einseitig vorgegebener Vertragstext

Dem Tatbestandselement des § 879 Abs 3 ABGB, dass die betreffende Vertragsbestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (oder Vertragsformblättern) enthalten sein muss, entspricht die ganz einhellige Ansicht, dass ausgeschriebene Vertragsbedingungen, welche dem Bieter (unverhandelbar) vorgegeben sind, dieses Tatbestandselement erfüllen<sup>8</sup>.

Auch wenn die ausgeschriebenen Vertragsbedingungen nur für den Einzelfall dieser Ausschreibung formuliert wurden, bestünde jene typische Ungleichgewichtslage, wie sie der Verwendung von AGB zueigen ist. Daher sei es geboten, § 879 Abs 3 ABGB auch auf diese Fälle ausgeschriebener Vertragsbedingungen, mögen sie auch für den Einzelfall einer Ausschreibung formuliert worden sein, analog anzuwenden<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Vgl aus der jüngeren Judikatur OGH 23.04.2009, 8 Ob 164/08p mwN.

<sup>9</sup> So etwa ausdrücklich OGH 23.04.2009, 8 Ob 164/08p und OGH 12.08.2004, 1 Ob 144/04i. ME ist es durchaus hinterfragenswert, ob Lehre und Judikatur den Begriff der »Allgemeinen Geschäftsbedingungen« schon so weit ausgedehnt haben, dass sie ohne Prüfung des Vorliegens einer Lücke als notwendige Voraussetzung jeder Analogie, Vertragstexte, die ganz unstreitig nicht »Allgemein« sind, weil sie nur im konkreten Einzelfall verwendet wurden, diesem Begriff unterstellen. Dies gestützt auf den – hier pointiert formulierten – Standpunkt, dass in Wahrheit nicht das Element der mehrfachen Verwendung des Vertragstextes tatbestandsbildend sei, sondern die Ausgangslage, dass der Adressat des Textes nur die Möglichkeit habe, entweder den Text so, wie er ihm vorgegeben ist, unverändert zu akzeptieren oder die Möglichkeit des Vertragsabschlusses von vornherein auszuschlagen. Im Rahmen dieser Arbeit kann nur darauf verwiesen werden, dass der undifferenzierte Standpunkt, die vorgenannte Ausgangslage würde es stets rechtfertigen, die angefochtene Vertragsklausel, wenn sie denn gröblich benachteiligend ist, nach § 879 Abs 3 ABGB zu vernichten, mehrfach problematisch erscheint. Dies einerseits in der Frage der Abgrenzung, ob ein Vertragstext in seiner Gesamtheit der Anfechtung nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen ist, wenn er zwar in zentralen Punkten, nicht jedoch hinsichtlich der angefochtenen einzelnen Klausel verhandelt worden war. Weiters – wenn man die letztgenannte Frage verneint – ob diese Anfechtungsmöglichkeit auch dann gegeben sein muss, wenn die Unverhandelbarkeit einer konkreten Vertragsklausel nichts mit einem Ungleichgewicht der Vertragspartner zu tun hat, sondern nach dem Regelungsgegenstand dieser Klausel funktionsnotwendig unverhandelbar (in allen Einzelfällen des Abschlusses derartiger Verträge gleichlautend) sein muss. Anders gesagt: Der konkrete Regelungsgegenstand kann gar nicht anders geregelt werden als gleichlautend in allen Einzelfällen. Als Beispiel eines solchen Falles verweise ich auf meine Ausführungen in FN 6 zur Regelung der Betriebskosten in einem Einkaufszentrum, die für alle Bestandobjekte, welche der selben Betriebskostenabrechnung unterliegen, jedenfalls hinsichtlich des Systems der Betriebskostenabrechnung funktionsnotwendig einheitlich sein muss. So wird auch zu hinterfragen sein, ob man diese Konstellation »funktionsnot-

### II.3 Inhaltliche Anforderungen

Eine weitere Schnittmenge zwischen den beiden Tatbeständen sind die aus ihnen ableitbaren inhaltlichen Vorgaben an die ausgeschriebenen Vertragsklauseln.

Wieder entspricht es ganz einhelliger Ansicht<sup>10</sup>, dass Vertrags-ÖNORMen – allen voran die ÖNORM B 2110 – eine dem dispositiven Recht nahezu gleichwertige<sup>11</sup> Richtschnur für die Prüfung sind, ob eine Klausel gröblich benachteiligend sei oder nicht.

Unbeschadet der konkreten Prüfung im Einzelfall wird daher regelmäßig geprüft, ob es für die von der angefochtenen Vertragsklausel geregelte Frage eine vergleichbare Regelung in einer Vertrags-ÖNORM gibt.

Im nächsten Schritt wird geprüft, ob die angefochtene Vertragsklausel die Position des Auftragnehmers gegenüber jener Vertragslage, welche die Vertrags-ÖNORM vorsieht, verschlechtert.

Wird dies (regelmäßig) bejaht, dann ist das Ausmaß der Verschlechterung – der Grad der Abweichung – ein wesentliches Argument in der Beurteilung dieser Regelung als »gröblich benachteiligend«.

Weist sohin der Auftragnehmer nach, dass die konkrete Vertragsregelung seine Vertragsposition wesentlich verschlechtert gegenüber jener Position, die er bei (unveränderter) Übernahme der entsprechenden Regelung der Vertrags-ÖNORM hätte, dann fällt die Vertragsklausel der Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB zum Opfer.

Es sei denn, dem Verwender der AGB (in unserem Beispiel dem Auftraggeber) gelingt der »Gegenbeweis«, dass diese benachteiligende Abweichung von dem durch die Vertrags-ÖNORM vorgegebenen Standard im konkreten Einzelfall sachlich (meist wirtschaftlich) gerechtfertigt war. Anders gesagt: Dem Verwender der AGB gelingt der Nachweis, dass in seinem konkreten Vertragsfall die von ihm vorgegebene, nach erster Beurteilung seinen Vertragspartner benach-

---

wendiger Unverhandelbarkeit« bereits auf der Ebene der Subsumption unter das Tatbestandselement »Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter« oder erst in der »Berücksichtigung aller Umstände des Falles« löst. Ebenso die Frage, ob und wie zu differenzieren ist, wenn die »Unverhandelbarkeit« aus dem notwendigen Inhalt der Regelung folgt oder bloß aus den Anforderungen des praktischen Einsatzes des Vertragstextes im täglichen Massengeschäft des Handels mit dem Endverbraucher – dem klassischen Einsatzgebiet von AGB. All dies kann hier nur angedeutet werden und bedarf mE noch vertiefender Klärung.

<sup>10</sup> OGH 23.04.2009, 8 Ob 164/08p; OGH 17.01.2001, 6 Ob 98/00f; OGH 25.02.1999, 6 Ob 320/98x; ua.

<sup>11</sup> Auf die durch die grundlegende Stärkung der Positionen des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber in der ÖNORM B2110:2011 (bereits in der Fassung 2009) verstärkte Gefahr, dass Vertragsklauseln, welche von der genannten ÖNORM abweichen, als gröblich benachteiligend beurteilt werden, obwohl sie nur in geringem Maß (oder im Ergebnis gar nicht) von den Regelungen des dispositiven Rechts, das in Ermangelung der Vereinbarung der ÖNORM B2110 gelten würde, abweichen, kann hier ebenfalls nur im Ansatz verwiesen werden.

teiligende, Regelung nicht aus sittenwidriger Ausnützung einer Übermacht-position, sondern aus sachlich gerechtfertigten, im Einzelfall dem Auftragnehmer sehr wohl zumutbaren, Gründen erfolgte.

Die Parallelen zur Prüfung, ob die Abweichung der konkreten Vertragsbestimmung von den »geeigneten Leitlinien« im Sinne des § 99 Abs 2 BVergG 2006 zulässig ist, sind evident. Die vorgenannten ÖNORMen werden vom Gesetz als Beispiel für »geeignete Leitlinien« genannt<sup>12</sup>.

So breit gestreut die Meinungen hinsichtlich der Anforderungen an diese Rechtfertigung der Abweichung sind, im Kern ist man sich doch einig, dass es zivilrechtliche Inhaltsanforderungen sind, die sich am Sittenwidrigkeitsverbot im Sinne des § 879 ABGB zu orientieren haben.

Ob man dabei stärker zu einem restriktiven, bloßen »Missbrauchsverbot« tendiert oder nicht nur die zu § 879 Abs 1 ABGB, sohin zur allgemeinen Sittenwidrigkeit, sondern auch die zur »gröblichen Benachteiligung« im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB entwickelten Grundsätze übernimmt<sup>13</sup>, kann für die in diesem Beitrag erörterte Frage der Konsequenz dieses Zusammenspiels der beiden Tatbestände außer Betracht bleiben. Denn eine Differenzierung zwischen einer Abweichung, die ohne sachliche Rechtfertigung gröblich benachteiligt und dem Fall des »Missbrauchs« ist mE nicht zielführend. Wird doch eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung von der geeigneten Leitlinie regelmäßig zugleich als Missbrauch der Gestaltungsmacht des Auftraggebers zu beurteilen sein.

Nicht übersehen werden darf allerdings, dass bereits § 99 Abs 1 BVergG 2006 als Argument für eine zivilrechtliche Inhaltskontrolle bei Prüfung der vergaberechtlichen Zulässigkeit eines Vertrages herangezogen werden kann. Denn § 99 Abs 1 gebietet, die Vertragsbestimmungen so festzulegen, »... dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zu Stande kommen kann«.

Mit guten Gründen lässt sich argumentieren, dass hiermit vergaberechtlich eine »Generalklausel« geschaffen wurde, die auf die Anwendung der §§ 864a sowie 879 Abs 1 und 3 ABGB verweist<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Auf die Frage, ob die ÖNORM B2110 nach ihrer grundlegenden Überarbeitung 2009 für einen Auftraggeber, der nach dem Modell des ABGB einen strikt erfolgsabhängigen Werkvertrag abschließen will, in wesentlichen Teilen noch »geeignete Leitlinie« ist, kann hier nur verwiesen werden. In meinem Vortrag »Die ÖNORM B2110 und Bauablaufstörungen«, veröffentlicht im Tagungsband des 9. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposion (2011), bin ich auf diese Thematik kurz eingegangen.

<sup>13</sup> Vgl zu den unterschiedlichen vertretenen Ansätzen Götzl, Die vergaberechtliche Bindung an geeignete Leitlinien – Klarstellungen zu Anwendbarkeit, Umfang und Abweichung, RPA 2010, 123 (121 f); M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006 § 99 Rz 122.

<sup>14</sup> So bereits zum BVergG 2002 zutreffend Katary, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Geltungs- und Inhaltskontrolle im vergabespezifischen Rechtsschutz, RPA 2004, 217.

Verkürzt gesagt, läuft diese Argumentation darauf hinaus, dass ein gültiger Leistungsvertrag eben nicht zu Stande kommen kann, wenn er Vertragsklauseln enthält, die von vornherein seine Gesamt- oder Teilnichtigkeit nach § 879 Abs 1 oder Abs 3 ABGB bewirken (können). Die Unschärfe, dass auch ein derartiger Vertrag nur nach § 879 »vernichtbar« ist, daher zunächst durchaus rechtswirksam zu Stande kommen kann, ist nach dem Zweck der Regelung, den Auftraggeber zur Ausschreibung einer rechtlich tragfähigen Basis der Zusammenarbeit mit seinem künftigen Auftragnehmer zu veranlassen, vernachlässigbar.

Die gegen § 864a ABGB verstoßende »Überraschklausel« würde ohnehin (von Anfang an) nicht Vertragsinhalt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass auch die Beurteilung der Zulässigkeit konkret ausgeschriebener Vertragsbestimmungen unter dem vergaberechtlichen Gesichtspunkt des § 99 BVergG 2006 inhaltlich im Kernbereich eben jenen Grundsätzen folgt, welche für die inhaltliche Beurteilung einer Vertragsbestimmung im Lichte des § 879 Abs 3 ABGB gelten.

### III. Judikatur und Literatur

Vorauszuschicken ist, dass sich die Judikatur bisher – soweit zu sehen – nicht explizit mit der Frage befasst hat, ob und unter welchen Voraussetzungen der vergaberechtliche Rechtsschutz der Möglichkeit der Anfechtung einer Vertragsklausel nach § 879 Abs 3 ABGB, die ein Vergabeverfahren nach dem BVergG »überstanden« hat, entgegensteht.

Der OGH hat in mehreren Entscheidungen<sup>15</sup> Vertragsklauseln, die aus Verträgen stammten, welche in einem Vergabeverfahren zugeschlagen worden war, der Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB unterzogen. Den vorliegenden Entscheidungen lässt sich allerdings nur im Ansatz der jeweilige vergaberechtliche Hintergrund entnehmen.

So vielfältig die Literatur zu § 99 BVergG 2006 ist – die hier interessierende Kernfrage wird dort nicht oder nur so marginal angesprochen, dass ich mich in diesem Beitrag mit dem Verweis auf einzelne Argumente begnüge.

Soweit zu sehen, wird nirgends die hier aufgestellte These vertreten, dass die Möglichkeit, eine Vertragsklausel im Zuge eines Vergabensverfahrens der Überprüfung durch die Rechtsschutzbehörde zu unterziehen, der Anfechtbarkeit dieser Vertragsklausel ex post – sohin in einem Zivilgerichtsverfahren, gestützt auf § 879 Abs 3 ABGB – entgegenstehen kann.

---

<sup>15</sup> OGH 23.04.2009 8Ob164/08p; OGH 13.09.2006, 3Ob122/05w; OGH 13.06.2005, 10Ob54/04w; OGH 12.08.2004, 1Ob144/04i.

Soweit sich die Literatur mit der hier aufgeworfenen Frage befasst, wird jede Auswirkung der Möglichkeit vergaberechtlicher Anfechtung auf die Möglichkeit der ex post Anfechtung vor dem Zivilgericht verneint.

Dies mit unterschiedlichen Argumenten, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

- Es sei bereits eine Kompetenzfrage, dass eine Entscheidung der vergaberechtlichen Rechtsschutzbehörde das Zivilgericht nicht binden könne<sup>16</sup>.
- Auch die vergaberechtliche Präklusion unterlassener Anfechtung habe lediglich für das betreffende Vergabeverfahren Wirkung. Zivilrechtliche Folgen unter dem Aspekt nachträglicher Anfechtungsmöglichkeit ließen sich daraus nicht ableiten<sup>17</sup>.
- Die Prüfung der Zulässigkeit einer konkreten Vertragsbestimmung durch die vergaberechtlichen Rechtsschutzbehörden, insbesondere ihrer Zulässigkeit im Lichte des § 99 Abs 1 BVergG 2006, habe ebenso wie die Prüfung der Zulässigkeit ihrer Abweichung von Vertrags-ÖNORMen im Sinne des § 99 Abs 2 BVergG 2006, nach rein vergaberechtlichen Kriterien zu geschehen, deren Normzweck von den zivilrechtlichen Gestaltungszielen losgelöst sei<sup>18</sup>.

Zur letztgenannten »Trennungsthese« folgt bereits aus der Entscheidung des VfGH vom 09.03.2007, G 174/06 die Gegenposition.

In jenem Verfahren hatte der VfGH – unter anderem – zu prüfen, ob § 99 Abs 2 BVergG 2006 verfassungskonform sei. Unter dem hier interessierenden Aspekt der zivilrechtlichen Wirkung dieser Norm war (unter anderem) vorgebracht worden, dass die Antragstellerin durch die Verpflichtung zur Verwendung geeigneter Leitlinien in ihrem Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums verletzt sei, da durch diese Bestimmung ihre Privatautonomie in einem verfassungsrechtlich unzulässigen Ausmaß eingeschränkt werde.

Der Verfassungsgerichtshof hat die Zulässigkeit der Beschwerde gerade damit bejaht, dass die Verpflichtung zur Heranziehung geeigneter Leitlinien die Vertragsfreiheit der Antragstellerin (einer öffentlichen Auftraggeberin) beschränke und damit grundsätzlich geeignet sei, das Grundrecht der Unversehrtheit des Eigentums zu verletzen.

Im Ergebnis bejaht der VfGH den (bekämpften) Eingriff in die Privatautonomie, verweist auf die dadurch bewirkten zivilrechtlichen Grenzen, welche die Auftraggeberin auch im Vergabeverfahren zu beachten habe – wengleich der

<sup>16</sup> Hagen/Essletzbichler, ÖNORMEN im Leistungsvertrag (Teil I), ZVB 2006/58 (202).

<sup>17</sup> Katary, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Geltungs- und Inhaltskontrolle im vergabespezifischen Rechtsschutz, RPA 2004, 217.

<sup>18</sup> Hagen/Essletzbichler, ÖNORMEN im Leistungsvertrag, ZVB 2006/58 (Teil I), (201); Kurboš, ÖNORMEN und BVergG 2006 – Begründungspflicht und Zulässigkeit von Abweichungen, RPA 2006, 17.

VfGH die Beschwerde abwies, da der Eingriff den Wesensgehalt des Grundrechts nicht verletze, weiters im öffentlichen Interesse liege und nicht unverhältnismäßig sei.

In der Judikatur der Rechtsschutzbehörden<sup>19</sup> wurde durchgängig die Zulässigkeit der Abweichung der bekämpften Vertragsbestimmung von den »geeigneten Leitlinien« nach den von der zivilrechtlichen Judikatur zu § 879 ABGB entwickelten Kriterien geprüft.

Die zivilrechtliche Judikatur hat die Zulässigkeit einer Anfechtung nach § 879 Abs 3 ABGB stets bejaht, auch wenn – wie meist nur rudimentären Hinweisen im Sachverhalt zu entnehmen war – der betreffende Vertrag in einem Vergabeverfahren vergeben worden war<sup>20</sup>.

#### IV. Eigener Lösungsansatz

Die These dieser Arbeit, dass die Möglichkeit der Überprüfung einer Vertragsklausel vor einer vergaberechtlichen Rechtsschutzbehörde die Anfechtung dieser Vertragsklausel ex post, gestützt auf § 879 Abs 3 ABGB, ausschließen kann, sogar im Regelfall ausschließen wird, knüpft unmittelbar am Tatbestand des § 879 Abs 3 ABGB an.

Weder geht es dabei um die Verschiebung einer zivilrechtlichen Kompetenz zu den Rechtsschutzbehörden des Vergaberechts. Noch bedarf es dazu des Arguments einer »Bindungswirkung« der ordentlichen Gerichte an die Entscheidungen der vergaberechtlichen Rechtsschutzbehörden. Auch die vergaberechtliche Präklusion – so weit gefasst ich ihre Wirkungen auch sonst beurteile<sup>21</sup> – wird nicht bemüht, um diese These zu stützen.

Ansatz ist der Standpunkt, dass auch AGB »reinsten Wassers« (also nicht bloß aufgrund analoger Anwendung diesem Tatbestandselement unterstellte, einseitig vorgegebene Vertragsbedingungen), dann, wenn die angefochtene Vertragsbestimmung im konkreten Einzelfall ausverhandelt wurde, nicht der Anfechtbarkeit nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen.

---

<sup>19</sup> Vgl zum BVergG 2006 BVA 06.11.2006, N/0079-BVA/11/2006-18, VKS Wien 22.06.2006, VKS-1560/06ua sowie zum BVergG 2002 VKS Wien 14.06.2005 VKS 1352/05ua, BVA 23.04.2004, 17F-13/03-23.

<sup>20</sup> Vgl OGH 23.04.2009, 8Ob 164/08p, wobei der Entscheidung nicht zu entnehmen ist, ob das Verfahren dem BVergG unterlag; weiters OGH 13.09.2006, 3Ob 122/05w, wobei der Vertrag nach dem BVergG 1997 vergeben worden war; schließlich OGHE 12.08.2004, 1Ob 144/04i, der ebenfalls nur zu entnehmen ist, dass es sich um ein nicht näher spezifiziertes Ausschreibungsverfahren gehandelt hatte, in dem der Vertrag vergeben worden war ua.

<sup>21</sup> Vgl *Lessiak*, Art und Umfang der Präklusion, erscheint in: *Schramm/Aicher*, Vergaberecht, Tagungsband zum 8. Jahresforum 2010.

Präzisiert wird dies dahingehend, dass bereits die echte Chance genügt, eine Änderung der vorgegebenen Vertragsklausel im Verhandlungsweg zu erreichen, um die Anfechtbarkeit nach § 879 Abs 3 ABGB auszuschließen. Selbst wenn diese Verhandlungschance nicht genutzt wurde, ist – wenn eine echte Verhandlungschance bestand – die Klausel der Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen.

In diesen Fällen schlägt das Grundprinzip der Privatautonomie durch, das es dem Einzelnen erlaubt, sich auch an »gröblich benachteiligende« Regelungen (bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB) vertraglich wirksam zu binden.

Grund dieser Differenzierung ist das zentrale Argument, mit dem die Einführung des § 879 Abs 3 ABGB gerechtfertigt worden war. Es ist dies das von § 879 Abs 3 ABGB vorausgesetzte Ungleichgewicht zwischen dem Verwender von AGB einerseits und ihrem Adressaten andererseits.

Missbraucht der Verwender von AGB seine Überlegenheit, indem er seinen (künftigen) Vertragspartner vor die Wahl stellt, das von ihm formulierte Klauselwerk in seiner Gesamtheit zu akzeptieren oder eben zu keinem Vertragsabschluss zu kommen, dann tritt gerade jene Verzerrung der privatautonomen Entscheidung ein, welche den Eingriff des § 879 Abs 3 ABGB in die Vertragsfreiheit rechtfertigt.

Zutreffend wird daher betont, dass diese von § 879 Abs 3 ABGB vorausgesetzte Ungleichgewichtslage dann deutlich schwächer ausgeprägt sei, wenn nicht Unternehmer und Verbraucher, sondern zwei Unternehmer einander gegenüberstehen.

Doch wird die Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB auch in diesen Fällen mit eben diesem Argument bejaht, dass der Kern des vorausgesetzten Ungleichgewichts darin liege, dass der Adressat der AGB keine Möglichkeit habe, die ihm einseitig vorgegebenen Vertragsbedingungen zu ändern, nicht einmal eine faire Chance zur Verhandlung (Veränderung) dieser Vertragsbedingungen habe.

Folgt die Unverhandelbarkeit der Vertragsbedingungen nicht aus anderen, gerechtfertigten Sachargumenten, dann rechtfertigt dieses Ungleichgewicht den Eingriff in die Vertragsfreiheit bereits auf der Ebene der »gröblichen Benachteiligung«, statt erst auf der Ebene der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB.

Als Zwischenergebnis ist daher zunächst einmal festzuhalten, dass auch ausgeschriebene Vertragsbedingungen dann, wenn sie im konkreten Fall verhandelbar waren – etwa bei Vergabe im Verhandlungsverfahren, ohne dass die Vertragsbestimmungen als verhandlungsfest erklärt worden waren – nicht der Anfechtung nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen. Dazu genügt es meines Erachtens, dass nach dem gewählten Verfahren die Möglichkeit zur Verhandlung der Vertragsbedingungen bestand – gleichgültig, ob diese Möglichkeit vom betreffenden Bieter auch tatsächlich genutzt worden war.

Doch auch in jenen Fällen, in denen schon durch die Wahl des Vergabeverfahrens oder durch eine Festlegung des Auftraggebers die ausgeschriebenen Vertragsbedingungen unverhandelbar sind, kann – um nicht zu sagen: wird im Regelfall – die soeben geschilderte »Ungleichgewichtslage« nicht vorliegen.

Hat doch der Bieter in diesen Vergaben nach dem BVergG die Möglichkeit, die von ihm als »gröblich benachteiligend« empfundene Vertragsklausel durch Anrufung der Rechtsschutzbehörde im Zuge des Vergabeverfahrens zu beseitigen.

Nun übersehe ich nicht, dass es im Einzelfall Abweichungen zwischen jenem Prüfstandard geben mag, an dem das ordentliche Gericht nach § 879 Abs 3 ABGB die Vertragsklausel misst und dem Maßstab, nach dem die vergaberechtliche Rechtsschutzbehörde die Vertragsklausel als unzulässig beurteilt.

Für die Frage der Beseitigung des genannten Ungleichgewichts zwischen dem Verwender der AGB und ihrem Adressaten sind diese Unterschiede jedoch im Regelfall vernachlässigbar. Denn die (mE auch noch nach dem BVergG 2006) erforderliche sachliche Rechtfertigung der Abweichung von den »geeigneten Leitlinien« erfolgt zumindest im Kern nach den selben Bewertungsgesichtspunkten, wie die Prüfung der »gröblichen Benachteiligung« nach § 879 Abs 3 ABGB.

Dazu verweise ich auf den schon oben vertretenen Standpunkt, dass eine Abweichung von der »geeigneten Leitlinie«, die ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt, dann wohl willkürlich, sohin »Missbrauch« und daher nach § 99 Abs 2 BVergG 2006 unzulässig ist.

Auch außerhalb des Tatbestands des § 99 Abs 2 BVergG 2006 wird eine Anfechtung einerseits auf die allgemeinen Grundsätze, die der Auftraggeber bei Erstellung des von ihm ausgeschriebenen Leistungsvertrages nach § 99 Abs 1 BVergG 2006 zu beachten hat, gestützt werden können.

Andererseits aber auch auf die allgemeinen Vergabegrundsätze, insbesondere das – auch im Sektorenbereich geltende – Gebot, die Ausschreibungsbedingungen so zu gestalten, dass die Bieter auf vergleichbarer Basis ihre Angebote kalkulieren können. Kurz gesagt: Einer der Hauptfälle von Klauseln, welche der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB zum Opfer fallen, das ist die Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken, ist auch bei Vergaben im Sektorenbereich nach dem BVergG 2006 vergaberechtswidrig. Solche Klauseln können daher auch in Auftragsbedingungen eines Sektorenauftraggebers vor den Rechtsschutzbehörden des Vergaberechts vernichtet werden.

Entscheidend ist, dass diese Anfechtungsmöglichkeit mE (zumindest) jenes Gegenwicht bildet, welches die einhellige Lehre und Judikatur zu § 879 Abs 3 ABGB bereits in der realistischen Möglichkeit zur Verhandlung der vorgegebenen Vertragsbestimmungen sieht und damit die Anfechtungsvoraussetzung der Ungleichgewichtslage verneint.

Wird das von § 879 Abs 3 ABGB vorausgesetzte Ungleichgewicht bereits durch die Möglichkeit der Verhandlung der Vertragsklauseln beseitigt, dann muss es erst recht entfallen, wenn der Adressat dieser Klauseln die Möglichkeit hat, einen »neutralen Dritten« (die Rechtsschutzbehörde) anzurufen.

Dabei ist der Auftragnehmer nicht einmal auf Verhandlungsbereitschaft und Einsicht des Auftraggebers angewiesen. Vielmehr hat hier der Adressat der AGB das deutlich gesteigerte »Gewicht« gegenüber der Situation von Vertragsverhandlungen, dass er sein Gegenüber im Wege des Rechtsschutzes zwingen kann, die benachteiligende Klausel aufzugeben.

Von der in § 879 Abs 3 ABGB vorausgesetzten »einzigsten Wahlmöglichkeit«, eine benachteiligende, nicht verhandelbare Klausel entweder zu akzeptieren oder die Chance auf einen Vertragsabschluss auszuschlagen, kann daher hier, im Rechtsschutzbereich des BVergG 2006, keine Rede sein.

Zusammengefasst vertrete ich daher:

Vertragsklauseln, welche weder nach der Art des Vergabeverfahrens noch nach den Festlegungen des Auftraggebers unverhandelbar waren, sondern vielmehr – im Regelfall sogar durch einen Verhandlungsanspruch abgesichert – im Zuge des Vergabeverfahrens verhandelt werden konnten, sind von vornherein der nachträglichen Anfechtung nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen.

Dieses Ergebnis lässt sich auf Basis der einhelligen Position, dass selbst bei Verwendung von AGB die Möglichkeit, sie konkret zu verhandeln, die Anfechtung nach § 879 Abs 3 ausschließt, einfach begründen und dürfte meines Erachtens wohl auch unstrittig sein.

Wo ich mich im Widerspruch zu herrschender Ansicht sehe, ist folgende Position:

Ausgeschriebene Vertragsbedingungen, die im Zuge des Vergabeverfahrens (als Entscheidung des Auftraggebers) vor der zuständigen Rechtsschutzbehörde angefochten werden konnten, sind dann ex post der Anfechtung nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen, wenn die realistische Chance bestand, dass die Vergabebehörde die ex post geltend gemachte »gröbliche Benachteiligung« als Vergaberechtsverstoß beurteilt und diese Klausel für nichtig erklärt hätte.

Wer hier davor zurückschreckt, zu beurteilen, was die Rechtsschutzbehörde in diesem Fall entschieden hätte, sei an Folgendes erinnert:

Wie oben referiert, ist davon auszugehen, dass auch die echte Chance von Verhandlungen zur Abänderung der vorgegebenen Vertragsbedingungen (AGB) die Ungleichgewichtslage ausgleicht, sodass keine Anfechtung nach § 879 Abs 3 ABGB möglich ist.

Mutet sich die Judikatur zu, rückwirkend zu beurteilen, ob zwischen zwei Vertragspartnern eine »echte Verhandlungschance« bestand, dann erscheint die

hier gegenständliche Aufgabe vergleichbar leicht zu lösen. Denn mit der vorhandenen Judikatur der Rechtsschutzbehörden wird sich deutlich präziser beurteilen lassen, ob der jetzt anfechtende Auftragnehmer mit dem Vorbringen, auf welches er die »gröbliche Benachteiligung« stützt, eine Chance gehabt hätte, die Nichtigerklärung dieser Klausel vor der vergaberechtlichen Rechtsschutzbehörde zu erreichen, als rückwirkend zu beurteilen, ob zwischen zwei Vertragspartnern eine »echte Verhandlungschance« auf Abänderung der angefochtenen Vertragsklausel bestand.

Auf einen »Gleichklang« der zivilrechtlichen mit der vergaberechtlichen Begründung kommt es dabei nicht an. So wird die Anfechtungschance vor der vergaberechtlichen Rechtsschutzbehörde auch zu bejahen sein, wenn die Anfechtung einer Vertragsklausel, mit welcher dem Auftragnehmer ein nicht kalkulierbares Risiko übertragen wird, vor dem Zivilgericht auf gröbliche Benachteiligung gestützt wird, vor der Rechtsschutzbehörde hingegen darauf zu stützen gewesen wäre, dass mit dieser Risikoübertragung (vergaberechtswidrig) die Vorlage vergleichbarer kalkulierbarer Angebote verhindert würde.

## V. Hinweise zur Umsetzung in der Praxis

Ausgehend von meiner vorgenannten These, ergeben sich Hinweise für ihre praktische Umsetzung.

Zunächst ist darauf zu verweisen, dass auch bei der ex post Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB die »gröbliche Benachteiligung« nicht im Entscheidungszeitpunkt, sondern im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu prüfen ist.

Weiters gehe ich davon aus, dass der Einwand, die vergaberechtliche Anfechtung wäre mit Aussicht auf Erfolg möglich gewesen, vom Auftraggeber zu beweisen sein wird. Das entspricht der Verteilung der Beweislast, wenn der Verwender von AGB behauptet, dass im konkreten Fall sehr wohl die Möglichkeit der Verhandlung dieser Vertragsklausel mit realistischen Verhandlungschancen bestand.

Dieser daher vom Auftraggeber im Zivilprozess zu erhebende Einwand der Nachprüfbarkeit dieser Klausel vor der vergaberechtlichen Rechtsschutzbehörde sollte bereits im Zuge des Vergabeverfahrens vorbereitet werden.

Denn gemäß § 99 Abs 2 BVergG sind ohnehin bereits im Zuge des Vergabeverfahrens die »Gründe für die abweichenden Festlegungen« vom Auftraggeber festzuhalten und »den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben«.

Meine an anderer Stelle ausgesprochene, dringende Empfehlung, diese Begründungspflicht nicht nur ernst zu nehmen, sondern die Begründung schon vor Versendung der Ausschreibungsunterlagen auszuarbeiten, schon weil dies in der

Praxis eine bewährte Methode ist, unbeabsichtigt überschießende Abweichungen zu erkennen und wieder auf ihr rechtes Maß zurückzuführen, ergänze ich um folgenden Hinweis:

In diese Begründung möge auch aufgenommen werden, weshalb aus der Sicht des Auftraggebers diese Abweichung sachlich gerechtfertigt, insbesondere keine »gröbliche Benachteiligung« des künftigen Auftragnehmers sei.

Auch hier verbinde ich diese Empfehlung mit der Hoffnung, dass im Zuge der Ausarbeitung dieser Begründung die Chance entsteht, unbeabsichtigte »Härten« der konkreten Klausel wieder auszugleichen, bevor man durch ein Nachprüfungsverfahren dazu gezwungen wird.