

Zur „Normenbindung“ gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006

Die §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 ordnen die grundsätzliche Orientierung an ÖNORMen und standardisierten Leistungsbeschreibungen an. Nur ausnahmsweise dürfen die Auftraggeber davon abweichen. Schon im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses war strittig, wieweit solche Abweichungen zu begründen sind. Es wurde schließlich ein Kompromiss gefunden, der ein Spannungsverhältnis zwischen Gesetzestext und Materialien aufgebaut hat. Dieses aufzulösen, ist Aufgabe des folgenden Beitrages.¹

Heinz Krejci

I. Problemstellung

Das die neuen Vergabe-Richtlinien² umsetzende BVergG 2006 enthält in den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 zwei synchron formulierte Vorschriften.

§ 97 Abs 2 BVergG 2006 lautet:

„Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, 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.“³

In § 99 Abs 2 BVergG 2006 heißt es:

¹ Die vorliegende Untersuchung gibt ein Rechtsgutachten wieder, das der Autor dem Österreichischen Normungsinstitut erstellt hat.

² Mit Veröffentlichung im ABI 2004 L 134/114 und ABI 2004 L 134/1 sind eine einheitliche RL betreffend die öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsvergabe 2004/18/EG („Vergabe-RL“) und eine neue Sektoren-RL 2004/17/EG in Kraft getreten. Die Mitgliedstaaten haben diese RL bis spätestens 31.01.2006 in nationales Recht umzusetzen; vgl. *Neumayr*, EU-Legislativ-Paket: Die neuen Vergaberichtlinien, RPA 2004/3, 143; zum BVergG 2006: *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005); *W. Schwartz*, *Die Neuerungen des BVergG 2006*, RPA 2005/4, 214.

³ Der letzte Satz war in der RV zum Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) noch nicht enthalten; vgl. § 97 Abs 2 RV 1171 Blg NR XXII. GP.

„Der Auftraggeber kann weitere 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.“⁴

Die beiden Bestimmungen⁵ werden in den einschlägigen Erläuterungen in gleicher Weise erklärt. Sowohl die Erläuterungen zu § 97 Abs 2 als auch zu § 99 Abs 2 BVergG 2006 haben – vom jeweils verschiedenen Einleitungssatz abgesehen – die folgenden Wortlaut:

„...Der Auftraggeber kann jedoch lediglich in einzelnen Punkten (und somit nicht pauschal) von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Weicht der Auftraggeber von Leitlinien ab, so hat er diese Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen und die Abweichung zu begründen. Die Begründungspflicht umfasst aber nicht das Erfordernis einer ‚sachlichen Rechtfertigung‘ bzw. muss der Auftraggeber keine ‚sachliche Notwendigkeit für die Abweichung‘ (vgl BVA 23. 4. 2004, 17F-13/03-11) darlegen. Auf Anfrage ist einem Unternehmen der Grund für die Abweichung unverzüglich bekannt zu geben. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit, von Leitlinien abzuweichen, bildet das Missbrauchsverbot bzw die Sittenwidrigkeit. Die Begründungspflicht dient dem Nachweis, dass der Auftraggeber durch die abweichende Festlegung nicht die Grenze zum Missbrauch bzw die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten hat.“⁶

⁴ § 97 Abs 2 idF RV 1171 Blg NR XXII. GP lautete: „Der Auftraggeber kann weitere 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 davon abweichende Festlegungen treffen.“ Der Hinweis, dass dies nur „einzelne Punkte“ betreffen solle, fehlte in der RV noch.

⁵ Das BVergG 2002 enthielt in den §§ 76 Abs 2; 80 Abs 2 BVergG 2002 vergleichbare Regelungen. Unter dem Titel „Erstellung eines Leistungsverzeichnisses“ führte § 76 Abs 2 BVergG 2002 aus: „Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken.“ Im 5. Abschnitt über „sonstige Bestimmungen betreffend den Leistungsvertrag“ heißt es unter „Grundsätzliches“ in § 80 Abs 2 BVergG 2002: „Bestehen für die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken.“

⁶ Diese Ausführungen entstammen dem Bericht des Verfassungsausschusses, 1245 Blg NR XXII. GP 9. Im Vorblatt der Erläuterungen zur RV hieß es etwas anders: „Gemäß Abs 2 sind, soweit der Auftraggeber diese für erforderlich erachtet, für weitere Festlegungen betreffend den Leistungsvertrag geeignete Leitlinien (wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen) heranzuziehen. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung des BVergG 2002 kann jedoch der Auftraggeber in einzelnen Punkten von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen treffen, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre. Weicht der Auftraggeber von Leitlinien ab (den Unternehmen ist mitzuteilen welche Leitlinien relevant sind), so hat er diese Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen. Die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit von diesen Leitlinien abzuweichen, bildet das Missbrauchsverbot.“ (Die Interpunktionsfehler entsprechen dem Orginaltext.)

Es interessieren folgende Fragen: Wie ist der Gesetzestext zu interpretieren? Welche Bedeutung haben dabei die Erläuterungen? Widersprechen die Erläuterungen dem Gesetz und sind sie damit unwirksam? Wie weit reicht die in den Erläuterungen vorgesehene Begründungspflicht, die ausdrücklich keine „sachliche Rechtfertigung“ für eine Abweichung umfasst? Kann es überhaupt eine Begründungspflicht geben, die ausdrücklich keine sachliche Rechtfertigung umfasst? Wie kann eine von Normen bzw. von standardisierten Leistungsverzeichnissen abweichende Festlegung im Rechtsschutzweg bekämpft werden? Im Zentrum des Interesses steht die Frage, ob und inwieweit die Erläuterungen geeignet sind, Unklarheiten im Gesetzestext zu erhellen, oder ob die Erläuterungen im Grunde etwas anderes als der Gesetzestext aussagen, womit sich die weitere Frage nach der Relevanz solch abweichender Erläuterungen für das Verständnis des Gesetzestextes stellt.

Es empfiehlt sich, den gestellten Fragen in ein von ihrer Reihenfolge etwas abweichendes System zu bringen und zT inhaltlich zusammenzufassen. Vorerst sind einige allgemeine Bemerkungen zur Gesetzesinterpretation als solcher angebracht; dies insbesondere unter näherem Hinweis auf die einzelnen Interpretationsmethoden und ihr Verhältnis zueinander. Sodann erscheint es zweckmäßig, sich mit dem Gesetzestext auseinanderzusetzen und zu fragen, wie er – für sich allein betrachtet – zu verstehen ist. In der Folge sind die Aussagen der Erläuterungen zu prüfen und mit dem Gesetzestext zu vergleichen. Abschließend sind die rechtlichen Konsequenzen zu prüfen, die seitens der Betroffenen aus den gewonnenen Ergebnissen gezogen werden können.

II. Die Auslegungsmethoden und ihr Verhältnis zueinander

Es versteht sich von selbst, dass im Folgenden kein abschließender Abriss der juristischen Methodenlehre geboten werden kann. Ihre Kenntnis muss vorausgesetzt werden⁷ Dennoch darf ich einige allgemeine Hinweise vorausschicken.

Die Gesetzesauslegung geht mehrere Wege. Wir unterscheiden bekanntlich die *Wortauslegung* (grammatikalische Interpretation), die *systematische* (oder systematisch-logische), die *historische* (oder subjektive) und die *teleologische* (oder objektive) Auslegung.

⁷ Vgl zur Einführung Mayer-Maly, Rechtswissenschaft⁵ (1991); Koziol/Welser I¹² (2002) 16 ff; Krejci, Privatrecht⁶ (2004) Rz 32 ff; F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005); vgl grundlegend ders, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991); Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995); Kramer, Juristische Methodenlehre (1998); Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts (1998); vgl auch Engisch, Einführung in das juristische Denken³ (1983).

Trotz aller Verschiedenheit verfolgen alle diese Interpretationsarten *dasselbe Ziel*: Sie wollen helfen, das Gesetz richtig zu verstehen; sie dienen dazu, *Sinn und Zweck des Gesetzes* zu erkennen.

Soweit sich diese Kunst des Gesetzesverständnisses im Bannkreis des „äußersten möglichen Wortsinns“ bewegt, spricht man von *Auslegung* oder *Interpretation*; alles, was darüber hinausgeht, gehört in den Bereich der „*Lückenfüllung*“, also jener Kunst, *planwidrige Unvollständigkeiten des Gesetzestextes* zu erkennen und diese „Gesetzeslücken“ *plangemäß* idR mit Hilfe unterschiedlicher Analogieschlüsse einschließlich der bekannten Größenschlüsse zu „füllen“.

Es gibt aber auch Fälle, in denen der Gesetzestext im wahrsten Sinne des Wortes „über das Ziel hinauschießt“, der Gesetzgeber also mehr regelt als er angesichts des angestrebten Gesetzeszweckes hätte anordnen sollen. Dann hilft die „*teleologische Reduktion*“, den überschießenden Gesetzestext „wegzudeuten“ und auf jene Anordnungen zu „reduzieren“, die mit dem Gesetzeszweck harmonieren.

Im vorliegenden Fall werden wir weder eine planwidrige Gesetzeslücke zu schließen haben noch zu einer teleologischen Reduktion greifen müssen. Wir werden im Bereich der „gewöhnlichen“ Auslegung bleiben.

Da in die anstehende Betrachtung vor allem auch die Erläuterungen zu den zitierten Gesetzesbestimmungen einbezogen werden sollen, stellt sich im vorliegenden Fall vor allem die Frage, welche Bedeutung für das richtige Verständnis der angesprochenen Gesetzesregeln die *historische* Interpretation hat. Denn die Besonderheit der historischen Interpretation liegt (wie bereits erwähnt) nicht etwa in einem von den übrigen Auslegungswegen unterschiedlichen Ziel, sondern lediglich darin, dass zur Auslegung *zusätzliches Material* herangezogen wird. Die historische Interpretation geht insoweit über den Gesetzestext hinaus, als sie auf die *Gesetzesmaterialien* zurückgreift. Für die österreichische Rechtsordnung sind dies die Stenographischen Protokolle des Nationalrats und deren Beilagen, worin die Regierungsvorlagen und Initiativanträge mit den jeweiligen Erläuterungen sowie die Ausschussberichte abgedruckt sind.

Die Erläuterungen als solche haben keinerlei Gesetzeskraft. Sie dienen lediglich dem besseren Verständnis des Gesetzestextes. Dabei ist allerdings eines zu beachten:

Ordnet der Gesetzestext klar und deutlich *etwas anderes* an, als den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist, dann prävaliert der Gesetzestext und die Gesetzesmaterialien sind irrelevant.

Der Grund für diese Regel liegt auf der Hand. Das Gesetz ist die gewollte Anordnung; die Erläuterungen sind es nicht; sie haben lediglich dienende Funktion. Ist der Gesetzestext unklar oder unvollständig, bedarf er der Verdeutlichung, der „Erläuterung“, dann können die Materialien eine Auslegungshilfe sein. Die Materialien sind aber nicht dazu da, *anderen* Vorstellungen zum Durchbruch zu verhelfen als jenen, die im Gesetz (wenn auch unvollkommen) zum Ausdruck kommen. Der Gesetzgeber beschließt das *Gesetz*, *nicht* die Materialien.

Nicht selten ist es der Wunsch der Legisten, in den Materialien „etwas unterzubringen“, was aus welchen Gründen auch immer im Gesetz keinen Platz gefunden hat; sei es, weil man den Gesetzestext nicht quantitativ überfrachten wollte, sei es, weil die Legisten eine Tendenz verstärken wollten, die im Gesetzestext ihrer Ansicht nach nicht deutlich genug zum Ausdruck kommt. Es ist also keineswegs ausgeschlossen, dass Gesetzesmaterialien mitunter eine vom Gesetzestext tendenziell abweichende Position einnehmen. Solche „Manipulationen“ des Gesetzestextes sind hinten zu halten. Materialien „*contra legem*“ sind irrelevant.

Unbeachtlich sind auch solche Gesetzesmaterialien, die schon in sich widersprüchlich bzw unklar sind. „Erläuterungen“, die nichts erklären, sondern nur verwirren, helfen nicht weiter. Sie sind daher gleichfalls unbeachtlich.

Ehe man sich also auf Gesetzesmaterialien beruft, ist zu prüfen, ob sie inhaltlich dem Gesetzestext *widersprechen* bzw mit ihm *unvereinbar* sind. Widersprechen die Materialien der geltenden Gesetzeslage, dann sind ihre Ausführungen rechtswidrig und schon deshalb unbeachtlich. Ist dies der Fall, erübrigt es sich, sie zu konsultieren. Gleiches gilt für unklare bzw widersprüchliche Gesetzesmaterialien. Auch sie sind unbeachtlich.

Wir werden zu prüfen haben, ob im vorliegenden Fall die Materialien dem Gesetzestext unter Mitbeachtung der systematischen Interpretation widersprechen oder ob die Materialien als solche unklar oder widersprüchlich sind.

Führt zwar nicht der Gesetzestext selbst unter Beachtung seines logisch-systematischen Zusammenhangs mit anderen gesetzlichen Anordnungen, sehr wohl aber die aus dem bloßen Gesetzestext erschließbare teleo-logische Auslegung zu einem Ergebnis, das jenem widerspricht, das die Materialien nahe legen, dann stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der „historischen (= subjektiven)“ Interpretation zur „teleologischen (= objektiven)“.

In beiden Fällen geht es darum, den eigentlichen „Willen“ bzw „Zweck“ des Gesetzgebers zu erkennen, wobei zu beachten ist, dass zwischen diesem „Willen“ und dem „Gesetzeszweck“ in Wahrheit kein Unterschied besteht. Stets will man wissen, *welches Ziel der Gesetzgeber eigentlich verfolgt hat*. Es sind jedoch – je

nachdem, ob man die Materialien mit berücksichtigt oder nicht –verschiedene Ergebnisse argumentierbar.

Welche der beiden Auslegungsmethoden ist bei einer derartigen Diskrepanz der potenziellen Ergebnisse anzuwenden? Dass hier der Rechtsanwender je nach Laune sich das ihm nützlicher erscheinende Ergebnis aussuchen kann, liegt angesichts der Vorstellung nicht gerade nahe, dass Rechtsnormen grundsätzlich nicht darauf aus sind, unterschiedliche Ergebnisse zur Wahl zu stellen.

Vorerst ist bereits Gesagtes in Erinnerung zu rufen: Fehlt es an hinreichend klaren Materialien, erübrigt es sich, sie heranzuziehen. Gleiches gilt, wenn der Gesetzestext als solcher unter Einschluss seines systematischen Zusammenhangs mit anderen gesetzlichen Regelungen bereits den Materialien klar widerspricht. Was aber gilt, wenn ein Gesetzestext sehr wohl durch die Materialien in Richtung eines bestimmten Ergebnisses verdeutlicht werden kann, zugleich aber der bloße Gesetzestext auf eine andere teleologische Lösung schließen lässt, als die Materialien zum Ausdruck bringen?

Bei teleologischer Mehrdeutigkeit des Gesetzes sind die Materialien heranzuziehen, weil sie der Vorstellung des Gesetzgebers näher sind als eigenständige Erwägungen des Rechtsanwenders.

Im Laufe der Zeit kann jedoch die Bedeutung der Materialien verblassen. Findet sich in den Gesetzesmaterialien zwar im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes eine klare Aussage der Materialien zu einer anstehenden Auslegungsfrage, hat sich aber später die Gesetzeslage geändert, etwa weil das Gesetz inzwischen novelliert wurde oder weil andere Gesetze erlassen wurden, in denen der Gesetzgeber eine Änderung seiner früheren Regelungsprinzipien (denen die Materialien entsprochen haben) vorgenommen hat, so prävaliert die auf diese zwischenzeitlichen Entwicklungen Rücksicht nehmende teleologische Auslegung. Ist es seit Erlassen des Gesetzes, dessen strittiges Verständnis durch die Materialien ursprünglich geklärt werden konnte, zu keiner derartigen zwischenzeitlichen Änderung der Gesetzeslage gekommen, dann sind die Gesetzesmaterialien auch später nach wie vor beachtlich.

Im vorliegenden Fall sind die zuletzt vorgetragenen Erwägungen irrelevant. Denn das BVergG 2006 ist ein neues Gesetz; die weitere Geschichte der Rechtsordnung steht erst bevor.

Somit bleibt im vorliegenden Zusammenhang entscheidend, ob die Erläuterungen zu den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG 2006 dem Gesetzestext unter Beachtung seines systematischen Zusammenhanges mit anderen gesetzlichen Regelungen inhaltlich widersprechen und insofern rechtswidrig sind bzw ob diese Erläute-

rungen ihrerseits unklar bzw widersprüchlich sind. In beiden Fällen sind die Materialien unbeachtlich.

Vor dem Hintergrund dieser methodischen Ansätze sind vorerst die vorgelegten Gesetzesregeln zu prüfen.

III. Was sagt der Gesetzestext?

A. Zur Pflicht, Leitlinien heranzuziehen

Die beiden Gesetzesregeln befassen sich mit der Frage, welche Bedeutung „Leitlinien“, wobei lediglich als Beispiele (arg. „wie“) ÖNORMen oder „standardisierte Leistungsbeschreibungen“ genannt werden, für eine öffentliche Ausschreibung⁸ haben.

1. Rechtsgeschäftliche Heranziehung statt Geltung von Gesetzes wegen

In beiden Fällen wird angeordnet, dass diese „Leitlinien“, soweit vorhanden, „heranzuziehen“ sind. Der öffentliche Auftraggeber hat diese „Leitlinien“ in seine „Ausschreibungsunterlagen“ aufzunehmen bzw diese „Leitlinien“ seinen Ausschreibungsbedingungen zugrunde zu legen.

Mit anderen Worten: Der öffentliche Auftraggeber hat die Ausschreibung so vorzunehmen, dass die genannten „Leitlinien“ den maßgeblichen Inhalt der Ausschreibung bilden. Sie „gelten“ also nicht etwa schon von vornherein, haben also insofern keine unmittelbare „Normwirkung“; die Verpflichtung des Auftraggebers, sie seinen Ausschreibungsbedingungen zugrunde zu legen, kommt einer solchen Wirkung allerdings einigermassen nahe.⁹

⁸ Nämlich für die „Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen“ (§ 97 Abs 2 BVergG 2006) oder für „weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag“ bzw für „Vertragsbestimmungen“ (§ 99 Abs 2 BVergG 2006).

⁹ W. Schwartz, Bunde Vergabegesetz (2003) § 76 Rz 2 sagt zu § 76 Abs 2 BVergG 2002: „Dort, wo für die Beschreibung der auszuschreibenden Leistungen Leitlinien vorhanden sind, hat der Auftraggeber diese zu verwenden und eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken (Abs 2; zum Leistungsvertrag vgl auch § 80 Abs 2). Dies bedeutet wohl insb, dass in diesen Fällen eigene Ausarbeitungen nur dort zulässig sind, wo sie aufgrund der Beschaffungsvorstellungen des Auftraggebers deshalb sachlich gerechtfertigt werden können, weil mit den Leitlinien allein nicht aus Auslangen gefunden werden kann. Eigene Ausarbeitungen werden überdies dort zulässig sein, wo sie den tragenden Grundsätzen des Vergabeverfahrens (Transparenz, Präzision, Bietergleichbehandlung etc) mehr entsprechen als allfällige Leitlinien.“ Im Allgemeinen Teil der Erläuterungen zum BVergG 2002 ist zu lesen: Die ÖNORM hat „insoweit indirekt Relevanz, als gemäß der Judikatur des OGH (vgl dazu 10 Ob 212/98v) deren Grundsätze mittelbar Anwendung finden, ‚weil speziell ÖNORMen nach hA als Maßstab für die Sorgfaltspflichten angesehen werden, die den Ausschreibenden im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflichten treffen‘. Wenn und soweit daher im Gesetz selbst keine detaillierten Regelungen getroffen werden, so bilden die Bestimmungen der ÖNORM (insbesondere für den klassischen Bereich der ÖNORM A 2050, Ausgabe 2000) den Prüfmaßstab der Sachlichkeit für etwaige Festlegungen des Auftraggebers (zB bei der Frage der Angemessenheit der Höhe der Kautions). Trifft der Auftraggeber hingegen keine Regelungen, so finden die Grundsätze der ÖNORM unmittelbar

2. ÖNORMen und andere standardisierte Leistungsbeschreibungen

Über das Verhältnis der zur Verfügung stehenden ÖNORMen zu anderen standardisierten Leistungsbeschreibungen wird nichts gesagt. Sofern es mit den ÖNORMen konkurrierende „standardisierte Leistungsbeschreibungen“ geben sollte, wird keine Präferenz zugunsten eines der Regelwerke festgelegt. Der Auftraggeber kann allem Anschein nach zwischen ÖNORMen und anderen standardisierten Leistungsbeschreibungen wählen. Eine Prävalenz der ÖNORMen ist aus dem Gesetz nicht erkennbar. ÖNORMen stehen insofern gleichrangig neben anderen standardisierten Leistungsbeschreibungen.

3. Charakteristika der Leitlinien

Es interessiert, was allgemein unter „Leitlinien“ zu verstehen ist, zu denen sowohl ÖNORMen als auch andere „standardisierte Leistungsbeschreibungen“ zählen. Es geht nahe liegender Weise nicht um Gesetze im materiellen Sinn, sondern um privatautonom geschaffene Regelwerke, die bei Vertragsabschlüssen eine Orientierungshilfe bieten.

„Standardisierte Leistungsbeschreibungen“ könnten an sich auch vom Auftraggeber selbst entwickelt und formuliert sein. In solchen Fällen wird er allerdings von vornherein all das, was ihm vorteilhaft erscheint, in den Text aufgenommen haben. „Abweichungen“ werden dann gar nicht erst notwendig sein. Vielmehr kann das Regelwerk als Ganzes als eine umfassende „Abweichung“ fungieren.

Der Gesetzgeber meint unter „Leitlinien“ nicht solche, die der Auftraggeber von vornherein für sich selbst gestaltet hat, sondern solche, die von dritter Seite zur Verfügung stehen.

Das zeigt vor allem das vom Gesetzgeber selbst genannte Beispiel der ÖNORMen. Solche „Leitlinien“ haben eine wichtige Eigenschaft: Sie sind darum *bemüht, die gegenläufigen Interessen der potenziellen Vertragspartner möglichst ausgewogen zu berücksichtigen*. Keiner der Beteiligten soll bevorzugt oder benachteiligt werden. Die gegenseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten sind so gestaltet, dass die Vor- und Nachteile, insbesondere die mit dem Vertrag verbun-

Anwendung (vgl hierzu insbesondere § 80 iVm Punkt 5.3 der ÖNORM).“ Es ist nicht Aufgabe der vorliegenden Untersuchung, diese Erläuterungen auf ihre rechtsdogmatische Richtigkeit hin kritisch zu prüfen. Festgehalten sei nur, dass der Gesetzgeber immerhin zum Ausdruck brachte, die Auftraggeber unterlägen dem Sachlichkeitsgebot und ÖNORMen gäben einen diesbezüglich geeigneten Maßstab ab. Dieser Ansatz hat zur Konsequenz, dass unsachliche Vorgaben eines Auftraggebers anhand der Grundsätze, welche die einschlägige ÖNORM vorschreibt, zu korrigieren sind. Zur Bindung juristischer Personen des öffentlichen Rechts und ihrer „Trabanten“ auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung an den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz und daher auch an das Sachlichkeitsgebot vgl AB 1118 BlgNR 21. GP 6; OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m; 23.01.2001, 7 Ob 312/00h; BVA 26.01.2004, 10N-125/03-14; 23.04.2004, 17F-13/03-11 = ZVB 2004/73, 269 (*Gutknecht*); *Pachner*, ZVB 2002/89; *Öhler*, Pflicht zur Vertragsnorm: Ende der Vertragsgestaltungsfreiheit öffentlicher Auftraggeber? ZVB spezial 21 (22 f).

denen Lasten, möglichst gleichmäßig auf die Vertragspartner aufgeteilt sind. Solche „Leitlinien“ sind also um „Richtigkeitsgewähr“ bemüht. Bei ÖNORMen ist dies dadurch gewährleistet, dass an ihrer Erarbeitung und den jeweiligen Fachnormenausschüssen alle beteiligten Kreise mitwirken.

Die hier interessierenden Gesetzesregeln haben nur dann einen Sinn, wenn unter den sonstigen „standardisierten Leistungsbeschreibungen“ Regelwerke verstanden werden, die wie die ÖNORMen um einen ausgewogenen, „gerechten“ Vertragsinhalt bemüht sind. Daher sind solche „standardisierten Leistungsbeschreibungen“, die vom Auftraggeber selbst, unter Umständen auch von Interessenvertretungen bloß der Auftraggeberseite mit dem Ziel erarbeitet wurden, dieser möglichst viele Vorteile zuzubilligen, nicht gemeint. Bei solchen würde es auch wohl kaum zu „Abweichungen“ kommen. Das gesetzliche Leitbild von „standardisierten Leistungsbeschreibungen“ ist also ein Regelwerk, das um einen möglichst gerechten Ausgleich der gegenläufigen Beteiligteninteressen bemüht ist; ähnlich, wie dies auch dem dispositiven Gesetzesrecht vorschwebt.

B. Abweichung in einzelnen Punkten

Nunmehr ist zu klären, ob und inwieweit sich der öffentliche Auftraggeber über solche „Leitlinien“ hinwegsetzen darf. Darüber gibt der Gesetzgeber Auskunft: Abweichungen sind zulässig, aber nur „in einzelnen Punkten“ (arg: „Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen“).

Dies bedeutet: Eine *gänzliches Abgehen* von solchen „Leitlinien“ ist nicht erlaubt. Der Auftraggeber kann also ein derartiges Regelwerk nicht schlicht und einfach beiseite schieben und die Ausschreibung völlig losgelöst davon vornehmen. Er hat sich vielmehr „im Wesentlichen“ bzw „prinzipiell“ an diesen „Leitlinien“ zu orientieren. Lediglich „in einzelnen Punkten“ ist eine Abweichung gestattet.

Was damit gemeint ist, lässt sich zwar allgemein ganz gut beschreiben; im konkreten Einzelfall kann diese Bestimmung allerdings erhebliche Anwendungsschwierigkeiten bereiten. Gerade dabei helfen auch die Materialien nicht wirklich weiter, wenn sie (lediglich) zum Ausdruck bringen, dass die Abweichung „nicht pauschal“ erfolgen darf.

Klar ist (auch ohne Materialien), dass der Auftraggeber die Leitlinie nicht als *insgesamt unbeachtlich* beiseite schieben darf. Die Möglichkeit, „in einzelnen Punkten“ abzuweichen, kann auch nicht bedeuten, dass der Auftraggeber in *so vielen* einzelnen Punkten etwas anderes anordnet, dass sich im Ergebnis ein „wesentliches“, also sehr weitgehendes oder nahezu totales Abgehen von der Leitlinie ergibt.

Man darf die „Ausnahmeregelung“ also nicht durch eine so große Fülle an „Ausnahmen“ durchlöchern, dass letztlich von der „Leitlinie“ kaum mehr etwas übrig bleibt. Die Summe der Ausnahmen darf also nicht zur Regel werden.

Wie viel von der „Leitlinie“ übrig bleiben muss, damit eine „wesentliche“ Beibehaltung vorliegt, lässt sich allerdings schon deshalb schwer sagen, weil sich der Stellenwert oder das „Gewicht“ der einzelnen Regelung schwer quantifizieren lässt.

Selbst wenn der Gesetzgeber gesagt hätte, dass zB maximal 20% der „Leitlinie“ abbedungen werden darf, wäre damit wenig gewonnen, weil eine Abschätzung des „Gewichts“ der einzelnen ausgeklammerten Regelung nicht problemlos möglich ist. Nach welchen Kriterien sollte hier vorgegangen werden? Auf die Anzahl der gestrichenen Zeilen im Verhältnis zum Gesamttext kann es sicher nicht ankommen. Auch sind die einzelnen Regelungen von oft nicht vergleichbarer ökonomischer bzw risikomäßiger Wertigkeit.

Gäbe es derartige „Messbarkeiten“, bliebe immer noch offen, bei welchem Anteil an Ausklammerung „einzelner Punkte“ die vom Gesetzgeber angestrebte „Regel“ kippt. Bei 10, 20, oder 30 %? Es müsste jedenfalls erheblich mehr als 50% der „Leitlinie“ erhalten bleiben. Mehr lässt sich schwerlich sagen. Doch ist angesichts der mangelnden „Wägbarkeit“ „der einzelnen Punkte“ ein derart quantitatives Denken ohnehin obsolet.

Man wird sich also vorerst mit einem Verweis auf nicht gerade transparente Wertungen begnügen müssen. Je weniger Bestimmungen abbedungen werden, umso leichter wird das Abweichen „in einzelnen Punkten“ anerkannt werden können. Je mehr Bestimmungen ausgegrenzt werden, desto größere Skepsis ist angebracht. Viel bringen solche „Erkenntnisse“ nicht gerade. Die Materialien sind hier keine Hilfe. Einen gewissen Anhaltspunkt dafür, *welche* „einzelnen Punkte“ ausgeklammert werden können, bieten die beiden Gesetzesregeln immerhin. Denn der Gesetzgeber sagt, dass es „Gründe für die abweichenden Festlegungen“ geben muss.

Nicht jedwede Regelung der „Leitlinien“ kann von der „Normenbindung“ ausgeklammert werden; vielmehr darf nur von solchen Regelungen abgesehen werden, für deren Austausch gegen *andere* Regeln gewisse „Gründe“ sprechen. Es muss also „Gründe für die abweichenden Festlegungen“ geben.

Diese Gründe sind vom Auftraggeber „festzuhalten“; dh: er muss sich über diese Gründe im Klaren sein und er muss diese Gründe vorerst für sich selbst festhalten. Die Bieter haben ein Recht darauf, diese Gründe „unverzüglich“ zu erfahren.

C. Offenlegung der Abweichungen

Dass die Abweichungen von den „Leitlinien“ von vornherein in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen wären, sagt der Gesetzgeber nicht. Somit entsteht prima facie der Eindruck, der Auftraggeber bräuchte diese Abweichungen in den Ausschreibungsbedingungen *nicht* transparent zu machen.

Die Abweichungen zu „vertuschen“, ist allerdings zumindest unpraktisch, weil der Auftraggeber in diesem Fall die „Leitlinien“ insgesamt als neuen einheitlichen Text gestalten müsste. Daher dürfte die Frage der Erkennbarkeit der Abweichungen in der Praxis eher von geringer Bedeutung sein.

Davon abgesehen fragt sich aber, ob der Auftraggeber, entschließt er sich dennoch zu einer einheitlichen Textierung der „Leitlinie“ samt Abweichungen, die Bieter dadurch nicht in die Irre führt, dass er den Eindruck erweckt, er würde lediglich die „Leitlinien“ ohne Änderungen verwenden.

Die Bieter würden in einem solchen Fall eher annehmen, sie hätten es ausschließlich mit den bekannten „Leitlinien“ zu tun (von denen sie annehmen, dass ihr Inhalt auf interessengerechte Weise ausgewogen ist), was ihre Aufmerksamkeit mindern und dazu führen würde, dass die Bieter die nicht erkannten Abweichungen auch nicht auf ihre „Haltbarkeit“ hin prüfen würden.

Wer die Abweichungen in einem Kontext „versteckt“, der beim Adressaten den Eindruck erweckt, er habe es mit der ihm ohnehin bekannten, inhaltlich ausgewogenen „Leitlinie“ zu tun, muss damit rechnen, dass ihm ein Verstoß gegen § 864a ABGB entgegen gehalten wird. Denn durch das Tarnen der Abweichung im äußeren Erscheinungsbild der „Leitlinie“ rechnet der Adressat nicht mit einer ihn benachteiligenden abweichenden Regelung.

Ein fairer Auftraggeber wird dafür sorgen, dass die von ihm vorgenommenen Abweichungen den Bietern erkennbar sind. Denn nur auf diese Weise werden sie gebührend aufmerksam gemacht.

Das hier teleologisch aus dem Gesetzestext gewonnene Ergebnis wird durch die Erläuterungen abgesichert. Dort heißt es: „Weicht der Auftraggeber von Leitlinien ab, so hat er diese Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen und die Abweichungen zu begründen.“ Es geht also nicht nur um deren Begründung, sie sind auch hinreichend *kenntlich zu machen*. Die Bieter müssen erkennen können, bei welchen Regelungen es überhaupt um Abweichungen geht.

Die *Gründe* für die Abweichungen wird der Auftraggeber freilich nicht ohne weiteres offen legen. Hier kann auf ein Nachfragen seitens der Bieter gewartet werden.

Folgt man dem Gesetzeswortlaut, ist die diesbezügliche Zurückhaltung des Auftraggebers zulässig.

D. Gründe einer Abweichung

Nunmehr interessiert eine andere Frage: *Welche Gründe* sind gemeint? Dies ist die eigentliche Kernfrage der hier anzustellenden interpretativen Bemühungen.

Es kann die unterschiedlichsten Gründe für eine Abweichung von einer vorgegebenen „Leitlinie“ geben. Geht man von einem vernünftigen Gesetzgeber aus, so liegt nahe, dass nicht jedweder nur denkbare Grund hier eine Rolle spielen wird.

1. Bloßes Wollen

So scheidet wohl von vornherein die Annahme aus, der Auftraggeber könnte einzelne Leitlinien-Bestimmungen aus reiner Willkür, Jux und Tollerei ausklammern.

Die Angabe, eine solche Bestimmung werde lediglich deshalb von der Anwendung ausgenommen, weil dies der Ausschreibende *schlicht und einfach so will*, kann im gegebenen Zusammenhang wohl schwerlich als rechtlich maßgeblicher Grund angesehen werden. Zwar hat *privatautonomer Rechtsverkehr* durchaus mit Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit zu tun, denn das Wesen der Privatautonomie liegt ja gerade darin, gegebenenfalls *nach Willkür* vorgehen zu dürfen. Gerade das Vergaberecht ist jedoch vom Gedanken getragen, rein willkürliches Vorgehen einzuschränken.

Wenn das BVergG dem Auftraggeber tatsächlich in der Gestaltung seiner Vertragsbeziehungen im Rahmen des zwingenden Rechts freie Hand lassen wollte, dann hätte es wohl überhaupt darauf verzichtet, eine Bindung an „Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen“ anzuordnen.

Die nur *ausnahmsweise* zugelassenen Abweichungen dürfen konsequenterweise nicht als *Oasen der reinen Willkür* verstanden werden. Irgendeinen rationalen Sinn müssen diese Abweichungen also sehr wohl haben. Daher wird angeordnet, dass die Abweichungen einen *Grund* haben müssen, dh: *einer Begründung bedürfen*.

Der Hinweis, man habe keinen anderen Grund als den, dass man die abbedungene Regel der „Leitlinien“ schlicht und einfach *nicht will*, sondern statt dessen eine *andere*, entspricht nicht der Allgemeinvorstellung dessen, was man einen „Grund“ nennt. Im Allgemeinen besteht ein „Grund“ im Sinne einer *Begründung* für ein bestimmtes Verhalten (hier: für das Abweichen von der „Leitlinie“) nicht im Hinweis darauf, dass man einen Willkürakt setzen wollte. Der Begriff des „Grundes“ erfasst aufgrund der Teleologie der Gesetzesregel *gerade nicht* den schlichten Willkürakt.

2. Vorteilsverschaffung

Es kommt kaum vor, dass jemand einen bestimmten Vertragsinhalt aus reiner Willkür so und nicht anders will. Verhandlungspartner bieten Abweichungen vom dispositiven Recht ebenso wie von „Leitlinien“, die von dritter Seite nicht ausschließlich im Interesse des Verhandlungspartners entwickelt wurden, vor allem deshalb an, um sich dadurch einen rechtlichen bzw wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Kann bereits im Hinweis, dass man einen derartigen Vorteil wünscht, ein Grund iSd §§ 97 Abs 2; 99 Abs 2 BVergG 2006 liegen?

Es ist an sich nicht zu missbilligen, dass jemand bemüht ist, sich im Rahmen der Ausübung seiner Privatautonomie Vorteile zu verschaffen. Gerade unternehmerisches Handeln ist idR geradezu darauf aus, aus rechtsgeschäftlichem Handeln Gewinn zu ziehen. Dazu gehört auch, die Bedingungen für die unternehmerische Leistung für den Leistenden so günstig wie möglich zu gestalten. Gleiches gilt freilich für denjenigen, der die Leistung eines anderen in Anspruch nehmen will. Auch er wird versuchen, das Geschäft für sich selbst so vorteilhaft wie nur möglich zu gestalten.

Man könnte also insofern meinen, es müsste genügen, wenn der Auftraggeber die Abweichung von der „Leitlinie“ damit begründet, dass er sich davon einen (größeren) rechtlichen bzw wirtschaftlichen Vorteil verspricht. Die Abweichung schiebt diesfalls dem Auftragnehmer ein größeres Risiko, eine höhere Leistungspflicht, ein geringeres Entgelt oder eine sonstige Last zu, die er nicht zu tragen hätte, wenn es zu keiner Abweichung von der „Leitlinie“ käme.

Denkbar wäre auch, dass die Abweichung dazu dient, nicht dem Auftraggeber, sondern dem *Auftragnehmer* einen Vorteil zu gewähren. Dagegen hätte der Auftragnehmer wohl kaum etwas einzuwenden. Über solche Fälle würde daher nicht gestritten werden.

Da sich zumindest im Geschäftsleben jeder selbst der Nächste ist, wird es zu derart altruistischen Abweichungen aber kaum kommen, es wäre denn, sie würden gleichsam als „Gegenleistung“ im Konnex mit einer anderen Abweichung erfolgen, die dem Auftragnehmer seinerseits einen erheblichen Vorteil brächte. Derartiges soll im Moment nicht unsere Sorge sein. Wir kehren also zum typischen Fall zurück, wonach die Abweichung dem Auftraggeber im Vergleich mit den Rechten und Pflichten, welche die „Leitlinie“ enthält, nützt und damit gleichzeitig idR dem Auftragnehmer schadet.

Sich selbst einen Vorteil verschaffen zu wollen, erscheint an sich als ein nachvollziehbarer Grund für eine Abweichung von der „Leitlinie“. Von bloßer Willkür ist hier insofern keine Rede, als das Streben nach Vorteilen durchaus einem zielstrebigem, rationalen Verhalten entspricht. Immerhin lebt davon die Wirtschaft. Die Unterneh-

men bieten zur Befriedigung fremder Interessen wirtschaftlich werthafte Leistungen an, doch tun sie dies nur gegen Entgelt, das idR nicht nur die Kosten der Leistungserbringung deckt, sondern dem Unternehmen auch Gewinn bringt. Den Gewinn möglichst zu optimieren (auch im Wege entsprechender Risikoverteilung), ist ein legitimes Ziel marktwirtschaftlichen Verhaltens.

Dennoch befällt den Rechtsanwender beim Gedanken, dass es im gegebenen Zusammenhang genüge, auf das eigene Gewinnstreben hinzuweisen, im Hinblick auf die Richtigkeit dieser Überlegung eine gewisse Skepsis. Dies hängt mit der Teleologie der §§ 97 Abs 2; 99 Abs 2 BVergG zusammen. Sie spricht nicht nur gegen die reine Willkür als Grund für die Abweichung, sondern auch dagegen, dass der Hinweis genüge, die Abweichung diene dem eigenen rechtlichen bzw wirtschaftlichen Vorteil des Auftraggebers. Damit könnte jedwedes Abweichen von einer ausgewogenen, den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Vertragsgestaltung begründet werden. Auf eine derartige Ausgewogenheit zielt die Pflicht der Auftraggeber aber gerade ab, zur Vertragsgestaltung „Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen“ heranzuziehen. *Die Abweichungen müssen also mit dem grundsätzlichen Ziel, interessengerechte Verträge auszuschreiben, vereinbar sein.* Dem widerspricht die Vorstellung, der Auftraggeber dürfe allein mit dem Hinweis darauf, sich selbst einen Vorteil verschaffen zu wollen, von den „Leitlinien“ – wenn auch nur „in einzelnen Punkten“ – abweichen.

Hier hilft der Aspekt weiter, dass die Gründe jedenfalls rechtlich zulässig sein müssen. Mag dem Auftraggeber auch die Erlangung von Vorteilen vorschweben, so ist dies nur im Rahmen des Erlaubten möglich. Noch ehe über weitere Einschränkungen der Begründung nachzudenken ist, erscheint es zweckmäßig, die Frage nach den Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit einer Vorteilsverschaffung zu prüfen.

3. Gesetzwidrigkeit, Sittenwidrigkeit und Rechtsmissbrauch

Keiner eingehenden Darlegungen bedarf die Erkenntnis, dass die Abweichung von „Leitlinien“ nicht zu einer gesetzwidrigen oder gegen die guten Sitten verstoßenden Vertragsregel führen darf. Fälle des Rechtsmissbrauchs sind nichts anderes als Sonderfälle der Sittenwidrigkeit.¹⁰ Jedwede Begründung der Abweichung bricht in sich zusammen, sollte sich herausstellen, dass der Inhalt der abweichenden Regelung gesetz- oder sittenwidrig ist.

Dass insbesondere Bauverträge immer wieder unzulässige Klauseln enthalten, zeigt die (vor allem in Deutschland sehr umfangreiche) Rechtsprechung über unzulässige Klauseln in Bauverträgen.

¹⁰ Vgl. Krejci in Rummel³ § 879 Rz 138 bis 144.

Dass es zu derartigen Vereinbarungen kommt, ist ein Indiz dafür, dass die Verhandlungsmacht der Bauunternehmen (und wären sie auch noch so groß) jener des (vor allem öffentlichen) Auftraggebers erheblich unterlegen ist. Wer laufend in der Lage ist, der anderen Seite sittenwidrige Klauseln zu oktroyieren, verfügt über eine geradezu habituelle Verhandlungs- bzw Abschlussübermacht, die derartige Unterwerfungen überhaupt erst möglich macht. Jeder weiß, dass es bei Ausschreibungen vor allem großer Projekte durch die öffentliche Hand so gut wie nichts zu verhandeln gibt. Als Abwehrinstrument bleibt den Bietern weitgehend nur der Hinweis darauf, dass bestimmte Vertragsklauseln sittenwidrig und daher nichtig sind.

Im gegebenen Zusammenhang ist festzuhalten, dass gesetz- oder sittenwidrige Abweichungen von Leitlinien unabhängig davon, wie diese Abweichung begründet wird, keinesfalls wirksam sind. Hier stößt die Privatautonomie vorweg auf ihre Grenze.

Es ginge zu weit, wollte man im gegebenen Zusammenhang versuchen, alle denkbaren Fälle gesetz- oder sittenwidriger Abweichungen von „Leitlinien“ aufzuzählen. Der Einfallsreichtum der Auftraggeber ist diesbezüglich zu groß.¹¹ Eine Prüfung der anstehenden Frage kann jeweils nur im Einzelfall vorgenommen werden.

4. Sachliche Rechtfertigung der Abweichung von der Leitlinie als Ausgleich einer Ungleichgewichtslage

Der im Folgenden zu erörternde Aspekt des Gebots einer „sachlichen Rechtfertigung“ der Abweichungen von „Leitlinien“ betrifft gleichfalls den Problemkreis der Gesetz- bzw Sittenwidrigkeit, erfordert jedoch spezielle Erwägungen.

In einer Verhandlung, die etwa gleich starke Partner führen, wird derjenige, der eine solche Abweichung vom dispositiven Recht oder von (diesem vergleichbaren) „Leitlinien“ fordert, damit zu rechnen haben, dass der andere nun seinerseits gleichfalls einen einigermaßen äquivalenten Vorteil wünscht. Denn er wird nicht einsehen, warum nur sein Verhandlungspartner eine rechtlich bzw wirtschaftlich bessere Position erhalten soll, er aber nicht. Denn einseitige Bevorzungen irritieren eine ausgewogene Berücksichtigung der Beteiligteninteressen.

Man darf davon ausgehen, dass sich der Gesetzgeber bei der dispositivrechtlichen Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten aus einem gesetzlich geregelten Vertragstyp um eine derartige ausgewogene Berücksichtigung der Beteiligteninteressen mit Erfolg bemüht hat. Ein einseitiges Verschieben dieses Regelwerks zulasten einer Partei ohne äquivalenten „Gegenzug“ zu ihren Gunsten er-

¹¹ Vgl. *Glatzel/Hofmann/Frikell*, Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz⁶ (1992).

weckt den Eindruck, dass die bevorzugte Partei die andere aus Gründen der Übermacht bzw Überlegenheit „über den Tisch gezogen“ hat.

Derartiges nimmt die Privatrechtsordnung nur in gewissen Grenzen in Kauf. Denn die Privatautonomie gewährt den Rechtsunterworfenen zwar die Wohltat der Freiheit, doch darf diese nicht zur unfairen Ausbeutung und unzumutbaren Unterdrückung anderer führen. Das zeigen zum einen klar und deutlich die zwingenden Regelungen zum Schutz typisch unterlegener Verhandlungspartner, wie wir sie insbesondere im Arbeitsrecht, im Wohnrecht oder im Verbraucherrecht, aber auch im Versicherungs-, Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht finden. Doch reagiert auch das allgemeine Zivilrecht. In einer Fülle unterschiedlichster Fälle dämmen die im Rahmen der Generalklausel der „guten Sitten“ (§§ 879; 1295 Abs 2 ABGB) entwickelten Rechtssätze die privatautonome Gestaltungsfreiheit ein. Nicht immer, aber sehr oft geht es dabei um Fälle der Ausbeutung Unterlegener.

Derart missbilligtes Verhalten kann nahe liegender Weise kein Grund für eine Abweichung von „Leitlinien“ sein, mag sie der Auftraggeber auch zB mit seiner wirtschaftlichen Lage begründen, die es eben erfordere, den Auftragnehmer möglichst zu bedrängen. In Fällen sittenwidriger oder sonst gesetzwidriger Abweichungen ist a priori jedwede Begründung irrelevant, weil die Abweichung mit oder ohne Begründung ohnehin schon a priori nichtig ist; dies dann, wenn der Schutzzweck der verletzten Norm die Unwirksamkeit der getroffenen Vereinbarung erfordert. Das versteht sich von selbst. Der Hinweis, dass in solchen verpönten Verhaltensweisen keine die Abweichung rechtfertigende Begründung liegen kann, ist also völlig überflüssig.

Doch wird man hier wohl einen Schritt weiter gehen können. Eine Abweichung, die auf einen Gesetzesverstoß zielt, kann auch dann, wenn man angesichts des Zwecks der verletzten Norm *nicht* von einer Nichtigkeit der vereinbarten Abweichung auszugehen hat, nicht mit dem Hinweis begründet werden, dass der Grund für die Abweichung gerade darin liegt, gegen das Gesetz zu verstoßen, weil der Auftraggeber die Einhaltung dieses Gesetzes als für ihn nachteilig empfindet. Verstöße gegen zwingendes Recht können auch dann, wenn diese Verstöße die getroffene Vereinbarung nicht unwirksam sein lassen, redlicherweise nicht als Begründung und damit Rechtfertigung für die oktroyierte Abweichung von der „Leitlinie“ dienen.

Auch *im Bereich des dispositiven Rechts* stößt man auf Gestaltungsgrenzen. Nach § 879 Abs 3 ABGB sind Nebenbestimmungen, die in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind, nichtig, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders der allgemeinen Geschäftsbedingungen gröblich benachteiligen, wobei auf die Umstände des einzelnen Falles Bedacht zu nehmen ist.

Nun könnte man im gegebenen Zusammenhang einwenden, eine öffentliche Ausschreibung habe mit allgemeinen Geschäftsbedingungen nichts zu tun, weil es sich hier um eine Vorgangsweise handle, die darauf abzielt, lediglich einen einzigen Vertrag abzuschließen. Dass man diesen einem größeren Interessentenkreis anbiete, aus dem dann jener Partner ausgewählt wird, der angesichts seines Preisangebotes und anderer Kriterien als der „Bestbieter“ ausgewählt wird, ändere an der Singularität des Vertrags nichts. Daher seien weitere Erwägungen zu § 879 Abs 3 ABGB hinfällig.

Diese Ansicht übersieht gleich mehrere Aspekte. Zum einen schreibt die öffentliche Hand immer wieder Leistungen aus und verwendet dabei auch immer wieder dieselben „allgemeinen Vertragsbedingungen“. Diesbezüglich liegen also „klassische“ allgemeine Geschäftsbedingungen vor.

Darüber hinaus sollte aber nicht übersehen werden, dass § 879 Abs 3 ABGB nicht ausschließlich in Fällen der Verwendung „klassischer“ allgemeiner Geschäftsbedingungen anwendbar ist, sondern auch in vergleichbaren Fällen zumindest „vertyppter Ungleichgewichtslagen“.¹² Es derartiges Machtgefälle findet sich zB im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher oder zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Zu nennen sind aber insbesondere auch die Fälle *einseitig vorformulierter, individueller Vertragstexte*.¹³

Im Falle einer öffentlichen Ausschreibung zeigt sich das Machtgefälle in besonders krasser Weise; hat man es doch mit einer Situation zu tun, die geradezu einer „negativen Versteigerung“ ähnelt: Wer (bei gleicher Qualifikation) zum geringsten Preis bereit ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen, erhält den Zuschlag. IdR haben die Teilnehmer an einer öffentlichen Ausschreibung vor allem dann, wenn es sich um größere Projekte handelt, ein massives Interesse daran, den Zuschlag zu erhalten, und sind daher auch bereit, erhebliche rechtliche Nachteile zu akzeptieren. Das Machtgefälle zwischen öffentlichem Auftraggeber und den Bietern ist dementsprechend groß. Das gilt auch für im Übrigen durchaus marktstarke Bieterunternehmen. Die Ausschreibungsbedingungen lassen nicht selten die Überlegenheit des Auftraggebers erkennen. Es ist also in keiner Weise verfehlt, die Ausschreibungssituation jener der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen iSd § 879 Abs 3 ABGB gleichzuhalten.

Bei der Prüfung der gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB geht es nicht um Schadensfeststellung, sondern um den *Vergleich von Rechtspositionen*. Die diesbezügliche Inhaltskontrolle hat objektiv auf den Zeitpunkt des

¹² Krejci in Rummel³ § 879 Rz 235; vgl auch Welser, JBl 1979, 453.

¹³ Krejci in Rummel³ § 879 Rz 236.

Vertragsabschlusses abzustellen. Für diesen Zeitpunkt ist eine umfassende, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigende *Interessenkontrolle* vorzunehmen.¹⁴

Die wichtigste Fallgruppe sind Verschlechterungen der Rechtsposition des Vertragspartners des Verwenders von allgemeinen Geschäftsbedingungen durch *Abweichungen vom dispositiven Recht*. Bei der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihnen gleichzuhaltenden Situationen ist nach dem Maßstab der Anordnung des § 879 Abs 1 ABGB eine *Orientierung am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs* geboten.¹⁵ Auch hier wirkt sich die „*Richtigkeitsgewähr*“ des *dispositiven Rechts* aus.

Insbesondere kann eine Abweichung vom dispositiven Recht in Vertragsformblättern dann eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB sein, *wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung finden lässt*.¹⁶ Es können ferner Benachteiligungen im Vergleich zu den Rechtspositionen des anderen gemeint sein.¹⁷

Der Umstand, dass einzelne Punkte von Lieferbedingungen einseitig benachteiligend sind, reicht zwischen Vollkaufleuten für die Annahme der Sittenwidrigkeit jedoch nicht aus.¹⁸ Doch setzt diese Regel ein *Verhandlungsgleichgewicht* zwischen den Beteiligten, also im Wesentlichen gleich starke Verhandlungspartner voraus. Je mehr dieses Verhandlungsgleichgewicht fehlt, je deutlicher also das Ungleichgewicht zwischen den potenziellen Vertragspartnern bzw die Überlegenheit des einen gegenüber dem anderen hervortritt, desto eher ist davon auszugehen, dass sachlich nicht begründete Abweichungen vom dispositiven Recht insbesondere dann, wenn sie einseitig zum Vorteil dessen ausfallen, der die Vertragsbedingungen diktiert, und wenn es gleichzeitig an ausgleichenden Zusatzvorteilen für den Benachteiligten fehlt, eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB darstellen, was zur (geltend zu machenden) Nichtigkeit der oktroyierten Abweichungen führt.

Zumindest in solchen Fällen beherrscht also das *Sachlichkeitsgebot* zulässige Abweichungen vom dispositiven Recht.

Liegt keine sachliche Rechtfertigung vor, sondern vermag der Auftraggeber lediglich auf seine Privatautonomie zu pochen bzw darauf hinzuweisen, dass der

¹⁴ OGH EvBI 1983/129 = JBI 1983, 534 (*F. Bydlinski*) = SZ 56/62; EvBI 1984/110 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 233 = SZ 57/40; RdW 1986, 10 = JBI 1986, 373.

¹⁵ OGH JBI 1982, 652.

¹⁶ OGH JBI 1983, 534 (*F. Bydlinski*) = EvBI 1983/129 = SZ 56/62 (*Pfersmann*, ÖJZ 1986, 547); EvBI 1984/110 = RdW 1984, 206 = JBI 1985, 233 = SZ 57/40; RdW 1986, 10 = JBI 1986, 373; Arb 10.816; so schon *Krejci*, Handbuch zum KSchG 166 = *derselbe*, KSchG-Komm Rz 88 zu § 879 Abs 3 ABGB; *derselbe* in Rummel³ § 879 Rz 241.

¹⁷ OGH SZ 56/62; 57/40.

¹⁸ OGH HS 16.618/9.

Grund für die Abweichung schlicht darin liegt, sich einen rechtlichen bzw wirtschaftlichen Vorteil verschaffen zu wollen, so reicht dies als Begründung für die Abweichung nicht aus. Die abweichende Regelung ist vielmehr gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Diese Gedanken greifen auch in Fällen der Abweichung von „Leitlinien“. Denn auch die „Leitlinien“ werden gerade deshalb zur grundsätzlichen Heranziehung empfohlen, weil sie von dritter Seite ausgearbeitet worden sind und die Vermutung für sich haben, interessengerecht und ausgewogen zu sein. Trifft dies zu, dann kommt diesen „Leitlinien“ die gleiche Funktion wie dem dispositiven Recht zu. Sie stellen ein Indiz für die „Richtigkeitsgewähr“ eines Vertrags dar. Abweichungen zugunsten des Auftraggebers sind daher zu missbilligen, wenn sie nicht sachlich begründet werden können.

Somit ist festzuhalten, dass im gegebenen Zusammenhang nur solche Abweichungen von Leitlinien zulässig sind, die *sachlich gerechtfertigt* sind. Bloßes Vorteils- und Gewinnstreben allein stellt aber noch keine sachliche Rechtfertigung dar. Es ist also nach anderen Gründen zu suchen.

Zu klären bleibt, was unter sachlicher Rechtfertigung zu verstehen ist. Mitunter kann es sein, dass die „Leitlinien“ Regelungen enthalten, die auf bestimmte Eigenheiten des ausgeschriebenen Projekts einfach nicht passen. Sie sind ungeeignet, die anstehende Ordnungsfrage zu lösen. Insofern sind die „Leitlinien“-Regeln *unanwendbar*. Solche unanwendbaren Regelungen müssen also entfallen. Betreffen sie jedoch eine Ordnungsfrage, die dennoch gelöst werden muss, dann ist es geradezu zwingend notwendig, dass die unanwendbare „Leitlinien“-Regel durch eine *andere* ersetzt wird. Der Grund für die Abweichung ist also *notwendig*, weil andernfalls die anstehende Ordnungsfrage unbeantwortet bliebe. Man spricht von „sachlicher Notwendigkeit“ der Abweichung von der „Leitlinie“ iS BVA 23.04.2004, 17F-13/03-11.

Dass allein solche Fälle eine Abweichung rechtfertigen, ergibt sich aus der Teleologie der Gesetzesregeln *nicht*. Denn es geht im Grunde ja nur darum, dass der Auftraggeber seine habituelle Übermacht nicht zulasten des Auftragnehmers ausnutzen darf. Es genügt also jede Begründung, aus der erkennbar ist, dass die Abweichung nicht allein wegen der Überlegenheit des Auftraggebers zu seinem Vorteil und zum Nachteil des Auftragnehmers erfolgt, sondern deshalb, weil die Abweichung zB technisch, organisatorisch, wirtschaftlich oder rechtlich einfacher, praktischer, den Anforderungen des Projekts adäquater, kurz: in sachlicher bzw fachlicher Hinsicht einfach besser ist.

Es ist also nicht so, dass das Projekt unter Beachtung der „Leitlinien“-Regel, von der abgewichen wird, gar nicht durchführbar wäre; sehr wohl aber erweist sich die

Abweichung aus Gründen, die nicht ausschließlich darin liegen, dass sie dem Auftraggeber einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil bieten, als die sachlich bessere Lösung der anstehenden Ordnungsfrage als die, welche die „Leitlinie“ bietet. Liegt eine derartige sachliche Rechtfertigung vor, so kann sich der Auftragnehmer nicht darauf berufen, dass er durch die Abweichung gröblich benachteiligt worden sei.

IV. Zur Relevanz der Erläuterungen für die Auslegung der §§ 97 Abs 2, 99 Abs 2 BVergG 2006

Inwieweit sind die Erläuterungen geeignet, diesen Befund zu ändern? Der Gesetzestext als solcher bietet bereits unter Beachtung seines systematischen Zusammenhanges ein teleologisch einleuchtendes Ergebnis.

Die Erläuterungen sind nur zu einem geringen Teil aufklärend; sonst aber teils überflüssig und teils rechtswidrig. Sie tragen kaum dazu bei, den Gesetzestext besser zu verstehen.

Aufklärend ist der Hinweis, dass die Abweichungen in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen sind. Der Gesetzestext bringt dies nicht expressis verbis zum Ausdruck. Teleologische Erwägungen führen aber sehr wohl zu diesem Ergebnis. Es wird durch die Erläuterungen unterstützt und damit gefestigt.

Überflüssig ist der Hinweis, dass unter Abweichungen „in einzelnen Punkten“ gemeint sei, der Auftraggeber könne „nicht pauschal“ von den „Leitlinien“ abgehen. Das versteht sich von selbst. Darüber hinaus geben die Erläuterungen allerdings keine Auskunft darüber, was unter einer Abweichung „in einzelnen Punkten“ zu verstehen ist.

Weiters sagen die Erläuterungen, dass die Begründungspflicht *nicht das Erfordernis einer „sachlichen Rechtfertigung“* umfasse, bzw *„der Auftraggeber keine „sachliche Notwendigkeit für die Abweichung“ darlegen müsse*, wobei auf BVA 23.04.2004, 17F-13/03-11 hingewiesen wird. Wir lesen ferner, dass die inhaltliche Grenze hinsichtlich der Möglichkeit, von Leitlinien abzuweichen, das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit bilde. *„Die Begründungspflicht dient dem Nachweis, dass der Auftraggeber durch die abweichenden Festlegungen nicht die Grenze zum Missbrauch bzw die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten hat.“*

Rechtswidrig sind die Erläuterungen, wenn sie meinen, die Begründung der Abweichungen bedürften keiner sachlichen Rechtfertigung. Dies widerspricht insofern § 879 Abs 3 ABGB, als nach dieser Bestimmung eine Abweichung vom dispositiven Recht durch einseitig diktierte Vertragsbestimmungen, die nicht die Hauptleistungspflichten festlegen, als unzulässige gröbliche Benachteiligung des anderen Vertragspartners gesehen wird, wenn ohne sachliche Rechtfertigung vom dispositiven Recht abgewichen wird, was nach der Teleologie nicht nur der hier interessierenden Bestimmungen des BVergG, sondern ebenso nach § 879 Abs 3 ABGB auch für Abweichungen von „Leitlinien“ als Regelwerken mit „Richtigkeitsgewähr“ gilt. Insofern widersprechen die Erläuterungen dem Gesetz und sind daher unbeachtlich.

Davon abgesehen erfordert schon die Allgemeinvorstellung von einer „Begründung“, dass sie eine nachvollziehbare *sachliche Rechtfertigung* des zu begründenden Verhaltens enthält. Die Aussage, die Begründung eines bestimmten Verhaltens oder einer bestimmten Regelung bedürfe keiner sachlichen Rechtfertigung ist in sich widersprüchlich, weil das Wesen einer Begründung doch gerade darin besteht, dass man für das zu begründende Verhalten oder für die zu begründende Regelung sachliche Argumente anführt. Eine *unsachliche* Begründung ist in Wahrheit *überhaupt keine* Begründung. Daher sind Erläuterungen, die meinen, eine vom Gesetzgeber geforderte Begründung brauche keine sachliche Rechtfertigung enthalten, in sich widersprüchlich und sind schon deshalb unbeachtlich.

Wenn die Erläuterungen meinen, die Begründungspflicht betreffe lediglich den Nachweis, dass die Abweichungen weder sittenwidrig noch rechtsmissbräuchlich seien (was einer Antizipierung der Auseinandersetzung mit einer Rechtsfrage durch einseitige Darlegungen des Auftraggebers gleichkommt), kann dies nicht bedeuten, dass die sachliche Rechtfertigung keine Rolle spiele, weil in den Fällen des § 879 Abs 3 ABGB gerade das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung der Abweichung von „Leitlinien“ die Unwirksamkeit dieser Abweichung indiziert.

Nachvollziehbar ist hingegen das in den Erläuterungen zum Ausdruck gebrachte Anliegen, die Rechtsprechung des BVA insofern als zu streng zu korrigieren, als klargestellt wird, dass die Begründung nicht auf die Fälle *sachlicher Notwendigkeit* beschränkt sein soll. Diese enge Sicht legt ohnehin weder der Gesetzestext noch seine Teleologie nahe. Sachliche Notwendigkeit und sachliche Rechtfertigung sind aber nicht dasselbe. Daher ist ihre Gleichsetzung in den Erläuterungen unangebracht.

Die Erläuterungen ändern also nichts daran, dass die anzugebenden Gründe für einzelne Abweichungen von den heranzuziehenden Leitlinien eine sachliche Rechtfertigung für die Abweichungen zu enthalten haben. Hingegen beschränken

sich die Gründe für die Abweichungen nicht auf den Nachweis einer sachlichen Notwendigkeit der Abweichung.

V. Rechtliche Konsequenzen unzulässiger Abweichungen

Legt der Auftraggeber die Abweichungen von verwendeten ÖNORMen oder sonstigen standardisierten Leistungsbeschreibungen nicht offen, verletzt er das Vergaberecht.

Weicht der vom BVergG 2006 erfasste Auftraggeber im Rahmen einer Ausschreibung von den für das Projekt in Frage kommenden „Leitlinien“ ab, ohne dafür schon vorweg eine Begründung gegeben zu haben (wozu er nicht verpflichtet ist), so können einzelne Teilnehmer an der Ausschreibung diese Begründung verlangen. Der Auftraggeber hat diese Gründe dann unverzüglich bekannt zu geben.

Unterbleibt die Begründung, verletzt der Auftraggeber jedenfalls gegenüber jenen Unternehmern, welche die Begründung verlangt haben, die einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006.

Zu prüfen bleibt, ob die Abweichung als solche unzulässig ist. Dies ist unabhängig davon zu klären, ob die Begründung gegeben wird oder nicht.

Findet sich keine ausreichende Begründung für Abweichungen von den „Leitlinien“, so sind die Abweichungen unzulässig. Sie widersprechen dann der Pflicht des Auftraggebers, die „Leitlinien“ heranzuziehen. Die Ausschreibung ist insoweit unzulässig und bedarf der Korrektur.

Zu fragen ist, ob und inwieweit diese Korrektur möglicherweise automatisch eintritt.

Grundsätzlich müssen die „Leitlinien“ „herangezogen“ werden. Dh: Der Auftraggeber muss sie der Ausschreibung zugrunde legen. Soweit eine Abweichung vorgesehen ist, werden die entsprechenden Vorschriften der „Leitlinien“ prima facie gerade *nicht* herangezogen. Dennoch ist zu prüfen, ob die Unwirksamkeit der Abweichung automatisch dazu führt, dass die vorerst ausdrücklich ausgeklammerten „Leitlinien“-Bestimmungen nunmehr (infolge der Unwirksamkeit der Abweichung) sehr wohl als Ausschreibungsbedingungen gelten oder ob die durch die unwirksamen Abweichungen nicht geregelten Ordnungsfragen lediglich nach allgemeinem Zivilrecht zu beantworten sind, was insbesondere dann Probleme bereitet, wenn das allgemeine Zivilrecht diese Ordnungsfragen offen lässt.

Die Ausschreibungsbedingungen weisen also jedenfalls dann, wenn es an lückenfüllenden allgemeinen Zivilrechtregeln fehlt, eine Regelungslücke auf, die nach den allgemeinen Regeln der Vertragsergänzung zu schließen ist. Hier bieten sich die vom Auftraggeber ohnehin verwendeten „Leitlinien“ auch bezüglich jener Ordnungsfragen an, die durch die Abweichungen nicht geklärt werden, weil sich diese als unwirksam herausgestellt haben.

Probleme der Vertragsergänzung treten aber auch dann auf, wenn das allgemeine Zivilrecht durchaus eine Antwort bereithält. Denn der Auftraggeber hat sich ja immerhin dazu entschlossen, seinem Vertrag die „Leitlinien“ zugrunde zu legen. Zudem trifft ihn diesbezüglich sogar eine gesetzliche Pflicht.

All dies spricht dafür, dass die Unwirksamkeit der Abweichung dazu führt, dass die Regelungslücke in den Ausschreibungsbedingungen anhand der „Leitlinien“ geschlossen wird. Man könnte auch sagen, die Regeln der „Leitlinien“ hätten von Anfang an gegolten, weil die Abweichungen ja von Anfang an unwirksam waren und die „Leitlinien“ ohnehin grundsätzlich heranzuziehen waren.

Dessen ungeachtet ändert das nachträgliche Hervorkommen der Unwirksamkeit der Abweichungen die bisher nach außen in Erscheinung getretene Ausschreibungslage und es sind die Vorschriften zu beachten, die bei einer nachträglichen Änderung der Ausschreibungsbedingungen anzuwenden sind.

Das gilt erst recht für den Fall, dass der Auftraggeber statt der unwirksamen Abweichungen nunmehr andere Abweichungen vorschreiben will. Denn darin liegt jedenfalls eine *echte* Änderung der Ausschreibungsbedingungen.

Das rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers kann uU auch Schadenersatzansprüche von Bietern aus culpa in contrahendo des Auftraggebers auslösen, sollten Bieter durch die verfehlten Ausschreibungsbedingungen frustrierte Aufwendungen haben, wobei allerdings zu prüfen ist, ob und inwieweit ihnen die Unzulässigkeit der Abweichungen nicht selbst rechtzeitig hätte auffallen müssen.

VI. Zusammenfassung

Die zahlreichen Einzelergebnisse der vorliegenden Untersuchung können hier nicht wiederholt werden. Im Folgenden wird lediglich nochmals kurz festgehalten:

Die Gründe für Abweichungen von den „Leitlinien“ bedürfen der sachlichen Rechtfertigung, was aber nicht bedeutet, dass die Abweichungen stets auch „sachlich *notwendig*“ sein müssen.

Die sachliche Rechtfertigung der Abweichungen gebietet schon die allgemeine Gesetzeslage, insbesondere § 879 Abs 3 ABGB. Die anders lautenden Erläuterungen sind diesbezüglich unbeachtlich.

Die Aufnahme rechtswidriger Abweichungen von „Leitlinien“ in Ausschreibungsbedingungen verstoßen gegen das BVergG und können dem entsprechend im Vergabeverfahren geltend gemacht werden.