



Republik Österreich
Handelsgericht Wien

43 Cg 12/21v-20

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Mag. Christian Mosser, LL.M. in der Rechtssache der klagenden Partei **Ärztekammer für Wien** (Kurie der niedergelassenen Ärzte), 1010 Wien, Weihburggasse 10-12, vertreten durch Polak & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1060 Wien, wider die beklagte Partei **Lifebrain S.r.l.**, 1010 Wien, Wipplingerstraße 35/10, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1010 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert gesamt EUR 66.500,--) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es ab sofort im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen

1.) COVID-19-Testungen, insbesondere Probennahme und PCR-, Antigen- und Antikörpertests nach § 2 Abs 1 und § 2 Abs 2 Z 2 ÄrzteG anzukündigen oder durchzuführen und Befundungen im Sinne des § 2 Abs 2 Z 2 und § 2 Abs 3 ÄrzteG auf Basis der durchgeführten Analyse der Proben auf COVID-19 anzukündigen oder zu erstellen, insbesondere wenn die beklagte Partei nicht über die rechtlich notwendigen Genehmigungen bzw Bewilligungen verfügt;

2.) COVID-19-Teststationen, insbesondere an den Adressen 1100 Wien - Hebbelplatz 7, 1100 Wien - Kundratstraße 34, 1150 Wien - Wien West

Frachtenbahnhof, Felberstraße 3, 4020 Linz -
Turmstraße, 9500 Villach - Zeidler-von-Görz-Straße 4,
5023 Salzburg - Aglassingerstraße 39, 8055 Seiersberg-
Pirka - Shopping City Seiersberg 1-9 sowie 1140 Wien -
Baumgartner Höhe 1, Pavillon 17 zu betreiben, ohne die
hierfür geltenden rechtlichen Voraussetzungen zu
erfüllen; wird

a b g e w i e s e n.

3.) Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei
schuldig, den Spruch des über die Unterlassungsbegehren
ergehenden Urteils (exklusive Kostenentscheidung) samt
„Kopf“ für mindestens 2 Monate auf der Webseite
(<https://www.lifebrain-labor.at>) - sowohl auf der
Startseite als auch auf sämtlichen Unterseiten - zu
veröffentlichen, und zwar in der Größe von mindestens
einem Drittel des Bildschirmes mit fett hervorgehobener
Überschrift „Im Namen der Republik!“, mit
Fettdruckumrandung, mit fett hervorgehobener
Bezeichnung der Parteien und ohne jeden Zusatz, wird

a b g e w i e s e n.

4.) Das Klagebegehren, die klagende Partei sei
berechtigt, auf Kosten der beklagten Partei, den Spruch
des über die Unterlassungsbegehren ergehenden Urteils
(exklusive Kostenentscheidung) samt „Kopf*“ binnen 6
Monaten nach Rechtskraft des Urteils in der
Österreichischen Ärztezeitung zu veröffentlichen, und
zwar im Ausmaß einer ganzen Seite mit fett
hervorgehobener Überschrift „Im Namen der Republik'“,
mit Fettdruckumrandung, mit fett hervorgehobener
Bezeichnung der Parteien und ohne jeden Zusatz, wird

a b g e w i e s e n.

5.) Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 6.653,84 bestimmten Prozesskosten (darin EUR 1.014,99 USt) binnen 14 Tagen zu zahlen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die **Klägerin** ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts; sie handelt durch die Kurie der niedergelassenen Ärzte. Gemäß § 66 ÄrzteG hat sie die beruflichen, sozialen und wirtschaftlichen Belange der Ärzteschaft wahrzunehmen und zu fördern, wie auch für die Wahrung des Berufsansehens und der Berufspflichten der Ärzte zu sorgen. Sie vertritt damit auch die Interessen von Gruppenpraxen und Fachärzten für medizinisch-chemische Labordiagnostik, die ihren Sitz in Wien haben, und die ihre Leistungen in und außerhalb von Wien anbieten.

Die Lifebrain S.r.l. (**Beklagte**) ist eine nach italienischem Recht gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung (società a responsabilità limitata). Sie ist im Register der Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Roma zu Nr. 02568390583 (REA RM-406089) eingetragen und hat ihren Sitz in Guidonia Montecelio (Provinz Rom, Italien). Geschäftszweig ist u.a. klinische Analytik und Diagnostik, Radioimmunologie einschließlich zytologischer, mikrobiologischer, allergoimmunologischer, allgemeinmedizinischer Untersuchungen, PCR (polimerase chain reaction). Seit 20.11.2018 besteht eine Zweigniederlassung in 1010 Wien (./D). Die in Pkt 2.) des Klagebegehrens ersichtlichen Teststationen werden nunmehr von der lifebrain COVID Labor GmbH betrieben (<https://www.lifebrain-labor.at/standorte>);

ebenso das PCR-Covid-19-Testlabor auf dem Areal der Klinik Penzing/Baumgartner Höhe in 1140 Wien.

Mit Klage vom 16.2.2021 **begehrte die Klägerin** wie im Spruch ersichtlich. Sie sei gemäß § 14 UWG aktivlegitimiert. Überdies sei sie gemäß § 373 Abs 4 BVergG aktivlegitimiert, die vergaberechtlichen Verstöße der Beklagten hier geltend zu machen.

Die Beklagte verfüge erst seit 13.11.2020 über eine Berechtigung für PCR Covid-Tests, und dies nur für eine Teilprovinz von Italien (Lazium). Davor oder über diesen geografischen Umfang hinaus halte die Beklagte keinerlei einschlägige öffentlich-rechtliche Berechtigungen.

Die Beklagte habe insbesondere im österreichischen Vergabeverfahren zu GZ 5301.03723 ein Angebot zur Erbringung medizinischer Dienstleistungen gelegt und auch den Zuschlag erhalten. Die Beklagte habe jedoch weder vor noch nach der Zuschlagserteilung die für die ausgeschriebenen Tätigkeiten (Abholung der Proben, Laboranalyse und Befundung) erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Die unlauteren Geschäftspraktiken der Beklagten wirkten sich direkt auf den österreichischen Markt für labordiagnostische Dienstleistungen aus.

Die **Beklagte bestritt** sämtliche Klagebegehren und beantragte die kostenpflichtige Klageabweisung. Sie bestritt die Aktivlegitimation, weil die Kurie der niedergelassenen Ärzte in § 73 Abs 1 ÄrzteG nicht als Organ der Ärztekammern angeführt sei. Eine auf die gegenständliche Klage bezogene Entscheidung der Kurienversammlung oder des Kurienobmanns der niedergelassenen Ärzte in Wien werde in der Klage weder behauptet noch unter Beweis gestellt.

Aus § 373 Abs 4 BVergG 2018 ergebe sich, dass hinsichtlich der hier geltend gemachten Ansprüche mangels einer Feststellung von Vergaberechtsverstößen durch die zuständige Vergabekontrollbehörde die Unzulässigkeit des Rechtswegs gegeben sei. Die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden bzw die Präklusionsfolgen des Vergaberechts könnten nicht dadurch umgangen werden, dass - anstatt dass sich Ärzte, Gruppenpraxen und/oder die Kurienversammlung selbst an einer Ausschreibung beteiligten oder den vergaberechtlichen Rechtsschutz ausschöpften - eine Klage auf dem Zivilrechtsweg durch die Interessenvertretung eingebracht werde.

Die Behauptungen der Klägerin, wonach die Beklagte im Vergabeverfahren der Bundesbeschaffung GmbH (**BBG**) die Erbringung von medizinischen Dienstleistungen angeboten hätte, ohne hierfür befugt gewesen zu sein, seien schlichtweg falsch. Der behauptete Rechtsbruch liege somit nicht vor.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Beilagen ./A bis ./T und ./1 bis ./9, sowie Vernehmung des Zeugen Dr. Thomas Holzgruber sowie des Geschäftsführers der Beklagten, Univ. Prof. Dr. Michael Havel (beide Protokoll ON 13).

Folgende weitere Feststellungen werden getroffen:

Die BBG schrieb im Herbst 2020 zu GZ 5301.03723 das Offene Verfahren gemäß BVergG 2018 betreffend den Abschluss der Rahmenvereinbarung: SARS-Cov-2 (Covid 19) Testungen für den Auftraggeber Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH sowie alle weiteren Auftraggeber, gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste aus (beschränkter Leistungszeitraum: 6.11.2020 bis 5.11.2021). Dazu wurden Allgemeine Ausschreibungsbedingungen (kurz: AAB)

aufgelegt (./4).

Gegenstand dieses Vergabeverfahrens war der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß §§ 31 Abs 7 und 39 iVm §§ 153 ff BVergG 2018 zur Durchführung von SARS-Cov-2 (Covid 19) Testungen in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber. [...]

Der Unternehmer musste für die Durchführung von Laboranalysen inkl Gewinnung von Probenmaterial (Präanalytik) befugt sein und dies mit dem Angebot nachweisen (Pkt 5.2.1 der AAB). In Punkt 5.2.2 wurde festgelegt, dass zum Nachweis der Befugnis einer der folgenden Nachweise vorgelegt werden konnte:

- eine aufrechte Bewilligung(en) über Errichtung und Betrieb einer Krankenanstalt nach dem österreichischen Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG) idgF, oder
- eine entsprechende Eintragung in der Ärzteliste der österreichischen Ärztekammer, oder
- ein Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria (GISA), oder
- ein Auszug aus dem Mitgliederverzeichnis der Wirtschaftskammer, oder
- eine eidesstattliche Erklärung, aus der hervorgeht auf Basis welcher gesetzlichen Regelung der Unternehmer für die Erbringung seiner Leistung bzw. seines übernommenen Leistungsteiles keine Gewerbeberechtigung benötigt und allenfalls entsprechende Nachweise für das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen (siehe Formblatt 09_Eidesstattliche Erklärung Befugnis).

Ausländische Unternehmer hatten zum Nachweis ihrer Befugnis zur Erbringung der Leistungen mit der Abgabe

des Angebots eine entsprechende Urkunde über die Eintragung im Berufsregister oder Handelsregister des Sitzstaates des Unternehmers oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung vorzulegen. Welche Nachweise für ein bestimmtes Herkunftsland vorzulegen waren, bestimmte sich nach Anhang IX zum BVergG 2018.

Zu Pkt 5.3 der ABB über die „Technische Leistungsfähigkeit“ wurde als Mindestniveau für die Erbringung der Leistungen festgelegt, dass zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

Personal - Laboranalyse:

Bei einem Angebot für die Leistung Laboranalyse, muss der Bieter über zumindest

- 1 Facharzt für medizinisch-chemische Labordiagnostik - oder ein Facharzt (wie z.B. Facharzt für Klinische Pathologie und Molekularpathologie oder Facharzt für Mikrobiologie und Hygiene), der zur Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung befugt ist oder im Falle von Analyselabors aus dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in diesem Mitgliedsstaat zugelassener (Fach-)Arzt, welcher nach den Vorschriften ihres Herkunftslandes zur Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung befugt ist

- 2 Biomedizinische Analytiker (BMA, gemäß MTD-Gesetz BGBI 460/1992 idgF) bzw Labormitarbeiter mit abgeschlossenem naturwissenschaftlichen oder veterinärmedizinischen Studium gemäß Ärztegesetz 1998 bzw MTD-Gesetz verfügen.

Personal - Teststraße:

Bei einem Angebot nur für die Leistung Teststraße, muss der Bieter über zumindest

- 1 Arzt gemäß Ärztegesetz 1998 - oder im Falle von Analyselabors aus dem Europäischen Wirtschaftsraum

(EWR) in diesem Mitgliedsstaat zugelassener (Fach-)Arzt, welche nach den Vorschriften ihres Herkunftslandes zur Ausführung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung befugt sind oder

- 1 Biomedizinischen Analytiker (BMA, gemäß MTD-Gesetz BGBl 460/1992 idgF) verfügen.

Personalanforderungen Laboranalyse und Teststraße:

Im Falle eines Angebots beider Leistungen hat der Bieter zumindest über das definierte Personal Laboranalyse zu verfügen.

[...]

Zu 5.3.2 „Nachweise“ wurde festgelegt:

Zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Unternehmers zur Erbringung der Leistungen hat dieser mit dem Angebot die folgenden Nachweise beizubringen:

- Personal - Laboranalyse und/oder Teststraße:

die vollständige Angabe über das Personal im Formblatt 04_Leistungsfähigkeit

- Ärzte (Facharzt Labordiagnostik und/oder Arzt Teststraße)

entsprechende Eintragung in der Ärzteliste der österreichischen Ärztekammer, oder die entsprechende Registrierung oder Berechtigungsprüfung des Herkunftslandes gemäß § 71 BVergG 2018

- Biomedizinische Analytiker

Die Angabe im Formblatt 04_Leistungsfähigkeit über BMA gemäß MTD-Gesetz

- Labormitarbeiter

Die Angabe im Formblatt 04_Leistungsfähigkeit über ein abgeschlossenes naturwissenschaftliches oder veterinärmedizinisches Studium gemäß Ärztegesetz 1998 bzw MTD-Gesetz.

[...]

Abschließend wurde festgelegt, dass die Rahmenvereinbarung mit allen nicht auszuscheidenden Bietern abgeschlossen wird, die ein gültiges Angebot gelegt haben (Pkt 6.4.1).

Die Beklagte machte als Facharzt für medizinisch-chemische Labordiagnostik Univ. Prof. Dr. Matthias Müller namhaft (PV Havel ON 13, S 11). Die Beklagte legte im Vergabeverfahren italienische Berechtigungen und Nachweise vor. Diese wurden von der BBG offenbar nicht beanstandet (PV Havel ON 13, S 9). Die Beklagte stellte auch ihre Einrichtungen und Ausstattungen in Italien dar, um gegenüber der BBG ihre Leistungsfähigkeit zu bestätigen (PV Havel ON 13, S 12).

Unter den Anbietern im Vergabeverfahren der BBG waren u.a. auch Fachärzte bzw Bietergemeinschaften von Fachärzten, wie zB Mühl-Speiser-Bauer-Spitzauer und Partner, Fachärzte für medizinische und chemische Labordiagnostik OG in 1220 Wien; die Ihr Labor GesbR in 1220 Wien (Bietergemeinschaft von fünf Fachärzten); die Dr. Mustafa, Dr. Richter OG in 5020 Salzburg; Pathologielabor Dr. Obrist & Dr. Brunhuber OG in 6511 Zams; Labor Doz. DDr. Stefan Mustafa in 1030 Wien; Dr. Gernot Walder GmbH in 9931 Außervillgraten; Institut für medizinische und chemische Labordiagnostik GmbH (Bietergemeinschaft SYNLAB) in 1170 Wien (./5; Zeuge Holzgruber ON 13, S 6).

Sämtliche Anbieter im Rahmen des Verfahrens zu GZ 5301.03723 wurden von der BBG dann auch als Lieferanten akzeptiert und in die Kundeninformation der BBG für Abrufe aufgenommen (./5 und ./G).

Die Klägerin nahm an diesem Vergabeverfahren weder als Auftraggeberin noch als Lieferantin teil.

Mit Schreiben vom 23.11.2020 akzeptierte die BBG zum gegenständlichen Vergabeverfahren (GZ 5301.03723) die Vertragsübernahme durch die österreichische Tochtergesellschaft der Beklagten, der lifebrain COVID Labor GmbH, FN 543423b (./6; PV Havel ON 13, S 9, 10 u 13). Diese erbringt insbesondere folgende Leistungen: Probennahme in Teststraßen oder in Containern oder durch mobile Test-Teams; Analyse der Proben durch PCR-, Antigen- und Antikörpertests; Auswertung und Befundung der Analyseergebnisse.

Laut Erlass des BMSGPK vom 1.3.2021 (./3) darf die Durchführung von Laboruntersuchungen im Rahmen der COVID-19-Testungen von folgenden Personen bzw Berufsgruppen erfolgen (Pkt II. 2.):

- Ärzte/-innen gemäß ÄrzteG 1998,
- Biomedizinischen Analytiker/innen gemäß MTD-Gesetz,
- Personen, die ein naturwissenschaftliches oder veterinärmedizinisches Studium erfolgreich abgeschlossen haben gemäß Ärztegesetz 1998 bzw. MTD-Gesetz,
- Laborassistenten/-innen und diplomierte medizinisch-technische Fachkräfte (abhängig von der Laboruntersuchung) nach Anordnung und unter Aufsicht gemäß MABG.

Die Erstellung des Befundes bzw die Auswertung des Befundergebnisses von Laboruntersuchungen im Rahmen der COVID-19-Testung darf von folgenden Personen bzw. Berufsgruppen durchgeführt werden (II. 3.):

- Ärzte/-innen gemäß ÄrzteG 1998,
- Biomedizinische Analytiker/innen gemäß MTD-Gesetz,
- Personen, die ein naturwissenschaftliches oder

veterinärmedizinisches Studium erfolgreich abgeschlossen haben gemäß Ärztegesetz 1998 bzw. MTD-Gesetz.

Die berufsrechtlichen Regelungen sehen keine ärztliche Vidierung bzw Bestätigung der Befunde vor.

Beweiswürdigung:

Soweit Feststellungen auf unbestrittenen Urkunden bzw Aussagen von Parteien oder Zeugen gründen, sind diese jeweils zitiert. Die Angaben des Geschäftsführers der Lifebrian waren schlüssig und nachvollziehbar. Für das Gericht war zudem nicht ersichtlich, warum er zum durchgeführten Vergabeverfahren nachträglich etwas zu Recht rücken oder falsch rekonstruieren sollte.

Das erkennende Gericht ist von den hier vorgelegten Urkunden aus dem Beschaffungsvorgang der BBG ausgegangen und zu dem Schluss gekommen, dass das dortige Verfahren ganz offensichtlich problemlos durchgeführt und abgeschlossen wurde. Die Parteien, insbesondere die Klägerin, haben keine unmittelbaren Zeugen der BBG zum Verlauf und Inhalt des Vergabeverfahrens beantragt.

Die Beklagte hat sich zu Recht gegen den von Klagsseite beantragten Vorlageauftrag gemäß § 82 ZPO ausgesprochen. „Geschäftsgeheimnisse“ umfassen auch Auskünfte über Geschäftsabschlüsse und -bedingungen (*Kodek in Fasching/Konecny*³ § 305 ZPO Rz 11). Die Beklagte hat ein daraus abgeleitetes und erkennbares Interesse bescheinigen können, Unterlagen und Nachweise, die im Vergabeverfahren vorgelegt wurden und Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthielten, hier nicht vorlegen zu wollen (PV Havel ON 13, S 10). Dieser Standpunkt gründet auch auf dem tragenden Grundsatz der Vertraulichkeit iSd § 27 Abs 1 und 2 BVergG 2018. Solche Verweigerungsrechte sind daher zu beachten

(*Konecny/Schneider in Fasching/Konecny*³ § 82 ZPO Rz 2; vgl auch VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0022, über die Beschränkung der Akteneinsicht).

Rechtlich folgt:

1. § 65 Abs 2 ÄrzteG richtet die Ärztekammern in den Bundesländern als Körperschaften öffentlichen Rechts ein. Die Ärztekammern können nach § 14 UWG auch Wettbewerbsklagen einbringen (*Wallner in GmundKomm* §§ 65-67 ÄrzteG Rz 6 mwN).

Den Kurierversammlungen (§ 84 ÄrzteG) kommt gemäß § 65 Abs 3 ÄrzteG insofern Rechtspersönlichkeit zu, als sie berechtigt sind, die ihnen übertragenen Angelegenheiten (Abs 3 und 4 leg cit) im eigenen Namen wahrzunehmen. Die Kurierversammlungen sind berechtigt, in diesen Angelegenheiten die Bezeichnung „Ärztekammer für...“ in Verbindung mit einem auf das jeweilige Bundesland hinweisenden sowie einen die jeweilige Kurierversammlung bezeichnenden Zusatz zu führen. Laut § 84 Abs 4 ÄrzteG obliegt der Kurierversammlung der niedergelassenen Ärzte die Wahrnehmung und Förderung der beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen Interessen der niedergelassenen Ärzte. Darunter fällt auch die Bekämpfung wettbewerbswidriger Praktiken.

Die Aktivlegitimation liegt hier daher vor, ohne dass es zur Klagsführung noch eines eigenen Übertragungsaktes der Mitglieder bedürfte (vgl *Wiltschek/Horak*, UWG^{8.03} § 14 E 730 = 4 Ob 225/01v).

2. Gegen § 1 UWG verstößt, wer sich durch einen zu Wettbewerbszwecken begangenen Rechtsbruch einen Vorsprung gegenüber Mitbewerbern verschafft (RS0078089, RS0077931). Der Gesetzesverstoß muss subjektiv vorwerfbar sein. Maßgebend ist, ob die Auffassung des belangten Mitbewerbers über den Inhalt der angeblich verletzten Norm durch das Gesetz so weit gedeckt ist,

dass sie mit gutem Grund vertreten werden kann (RS0077771).

Gemäß § 2 Abs 2 Z 1 ÄrzteG 1998 idF BGBl I 16/2020 unterliegen Untersuchungen über das Vorliegen von Krankheiten im Rahmen einer Pandemie - also derzeit - nicht dem Ärztevorbehalt. Die durch das 2. Covid-19-Gesetz vom 21.3.2020 normierte Ausnahme vom ärztlichen Tätigkeitsvorbehalt für Untersuchungen soll im Rahmen einer Pandemie zusätzliche Untersuchungen durch entsprechend geeignete Labors oder Institute ermöglichen, um den erhöhten Bedarf abzudecken (siehe Initiativantrag 397/A XXVII. GP, S 43). Auch in § 4 Abs 5 MTD-Gesetz (idF BGBl I 16/2020) wird für die Dauer der Pandemie vorgesehen, dass Personen, die zur Ausübung des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes berechtigt sind, die im Zusammenhang mit der Pandemie anfallenden Laboratoriumsmethoden auch ohne ärztliche Anordnung durchführen dürfen.

Ein diesbezüglicher Rechtsbruch durch die Beklagte (wie in Klagebegehren Pkt 1. vorgeworfen) kann daher nicht vorliegen. Im Übrigen ist aus den oben getroffenen Feststellungen festzuhalten, dass die im Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungen bereits auf die Tochtergesellschaft der Beklagten, die lifebrain COVID Labor GmbH (FN 543423b) übertragen worden sind (dies ist dem erkennenden Gericht auch aus 43 Cg 34/21d bekannt).

3. Die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften kann grundsätzlich (auch) einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch begründen. Die Vergabevorschriften dienen auch dem Schutz der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise und sollen die Gleichbehandlung aller Bieter im Vergabeverfahren sicherstellen (4 Ob 155/99f).

Die Geltendmachung von Ansprüchen aus unlauterem

Wettbewerb ist gemäß § 373 Abs 4 BVergG nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde gemäß Abs 2 *leg cit* erfolgt ist (vgl 4 Ob 100/11a), es sei denn, der Kläger ist oder war zu einer Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 353 Abs 1 BVergG nicht berechtigt.

Im Hinblick darauf, dass den diversen Amtsparteien bzw Vereinen zum Schutz des Wettbewerbs (§ 14 UWG) keine Antragslegitimation nach dem BVergG zukommt, können sie weiterhin wettbewerbsrechtliche Ansprüche in Zusammenhang mit Vergabeverfahren unmittelbar vor den Zivilgerichten geltend machen (*Casati in Gölles*, BVergG 2018 § 373 Rz 5).

4. Für die Vergabe von Aufträgen auf Basis einer Rahmenvereinbarung gelten ausschließlich die §§ 153 bis 155 BVergG 2018 (früher §§ 150 bis 152 BVergG 2006; vgl VwGH 2012/04/0070; Ra 2015/04/0071). Der öffentliche Auftraggeber hat dabei den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw die Namen der Unternehmer, mit dem bzw denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen (§ 154 Abs 3 Satz 1 BVergG).

Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung [...] wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 rechtswidrig war (§ 353 Abs 1 Z 4 BVergG).

5. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass die Klägerin im zugrunde liegenden Vergabeverfahren keine Bieterin oder sonstige Beteiligte (etwa Auftraggeberin)

war. Theoretisch stünde ihr der Rechtsweg nach § 373 Abs 4 BVergG offen (vgl zur früheren Rechtslage 4 Ob 247/14y). Sie vertritt hier jedoch die Interessen (vor allem) solcher Fachärzte, die im gegenständlichen Vergabeverfahren der BBG ohnehin rechtzeitig mitbieten hätten können und in einer gar nicht geringen Anzahl auch tatsächlich mitgeboten hatten (siehe die Angebotsöffnung ./5). Ein gesonderter Klagegrund für die Klägerin iSd § 14 UWG ist daher nicht ersichtlich.

Nach den getroffenen Feststellungen war auch davon auszugehen, dass die BBG alle Bieter des Vergabeverfahrens berücksichtigt hatte, und somit gar keine „nicht berücksichtigten Bieter“ vorlagen, welchen man den Namen des Unternehmers bzw die Namen der Unternehmer, mit dem bzw denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden sollte, mitzuteilen gehabt hätte (vgl die Angebotsöffnung ./5 mit der veröffentlichten Lieferantenliste in ./G). Ein möglicherweise übergangener Bieter, der auch nicht gesetzeskonform informiert worden wäre, kommt daher gar nicht in Betracht.

6. § 365 Abs 3 Z 3 lit b BVergG 2018 erlaubt gewisse strukturelle Änderungen seitens des Auftragnehmers. Davon umfasst sind alle Arten der Unternehmensumstrukturierung, die Weitergabe des Auftrags innerhalb eines Konzerns oder der Zusammenschluss mit anderen Unternehmen. So stellt zB eine interne Veränderung der Organisation auf Seite des Bewerbers keine wesentliche Vertragsänderung dar (*Plotz, Nachträgliche Vertragsänderungen, ZVB 2020/91, 460*).

Nach den getroffenen Feststellungen stimmte die BBG einer Vertragsübernahme durch die Tochtergesellschaft der Beklagten zu, weshalb von einer

„unwesentlichen Vertragsänderung“ iSd der angeführten Bestimmung des BVerGG auszugehen ist (*Gölles in Gölles, BVerGG 2018 § 365 Rz 77 mwN*). Auch diesbezüglich lag daher kein Mangel in Bezug auf die Rahmenvereinbarung der BBG mit der Lifebrain vor.

7. Die Klagebegehren waren daher zur Gänze abzuweisen.

8. Die Kostenentscheidung gründet auf § 41 Abs 1 ZPO und das Kostenverzeichnis der Beklagtenvertreter, das unbestritten geblieben ist (§ 54 Abs 1a ZPO).

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1A
Abt. 43, am 27. September 2021
Mag. Christian Mosser, LL.M.
(elektronische Ausfertigung gem. § 79 GOG)