

VergabeNews Nr.

7

Verwendung von Offertinhalten eines nicht berücksichtigten Anbieters. Das Obergericht Zürich hat in einem kürzlich veröffentlichten Urteil über die Klage eines Anbieters entschieden, der gegenüber der Vergabestelle eine Verletzung seiner Urheberrechte sowie eine unlautere Verwendung seiner Arbeitsergebnisse (Projektvariante) geltend gemacht hatte. Das Gericht hat die Klage im Ergebnis zwar abgewiesen, doch erinnert das Urteil daran, dass Vergabestellen und von dieser beigezogene Dritte Offertinhalte ohne Zustimmung des Anbieters nicht weitergeben oder sonstwie verwenden dürfen.

walderwyss rechtsanwälte

Verwendung von Offertinhalten eines nicht berücksichtigten Anbieters

Das Obergericht Zürich hat in einem kürzlich veröffentlichten Urteil über die Klage eines Anbieters entschieden, der gegenüber der Vergabestelle eine Verletzung seiner Urheberrechte sowie eine unlautere Verwendung seiner Arbeitsergebnisse (Projektvariante) geltend gemacht hatte. Das Gericht hat die Klage im Ergebnis zwar abgewiesen, doch erinnert das Urteil daran, dass Vergabestellen und von dieser beigezogene Dritte Offertinhalte ohne Zustimmung des Anbieters nicht weitergeben oder sonstwie verwenden dürfen.



Von **Ahmet Kut**
lic. iur., Rechtsanwalt
Telefon +41 44 498 96 10
ahmet.kut@walderwyss.com

Vorbemerkung: Das Urteil vom 24. Mai 2012 (Geschäfts-Nr. LK020010) ist 136 Seiten lang. Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf die wesentlichen Punkte und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die zitierten Stellen (bspw. E. IV. 3.1) beziehen sich auf die entsprechenden Abschnitte in den Erwägungen des Urteils.

Sachverhalt

Der Kanton Waadt (Beklagter) schrieb im Juli 1993 zusammen mit dem Kanton Freiburg einen Autobahntunnel, bestehend aus zwei Röhren, öffentlich zur Vergabe aus. Das in den Ausschreibungsunterlagen beschriebene Amtsprjekt wurde gemäss den Vorgaben der Bauherrschaft durch die Ingenieurgemeinschaft C. erstellt und umfasste u.a. folgende Elemente:

- Tunnel: drainiert, teilbewehrt;
- Personen-Querverbindung: drainiert, hufeisenförmig.

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen waren Unternehmervarianten zugelassen. Die A. AG (Klägerin) erstellte ausschliesslich Unternehmervarianten und übergab sie dem Konsortium H., das sie dem Beklagten einreichte. Die Varianten wiesen gegenüber dem Amtsprjekt u.a. folgende Besonderheiten auf:

- Tunnel: undrainiert, unbewehrt;
- Personen-Querverbindung: undrainiert, kreisrund.

Am 6. Mai 1994 ersuchte der Beklagte das Konsortium H. um Übermittlung des technischen Berichts und statischer Berechnungen. Die Klägerin stellte die statischen Berechnungen (mit ausführlichem Kommentar) am 10. Mai 1994 dem Konsortium H. zu, das die Unterlagen an den Beklagten weiterleitete.

Im Rennen um die Vergabe verblieben bis zuletzt die Offerte des Konsortiums H. und die Offerte des Konsortiums I., wobei beide Offerten als undrainierte Tunnel bezeichnet wurden. Aufgrund des besseren Preises (ca. CHF 142,99 Mio. statt CHF 144,43 Mio.) entschied sich der Beklagte für die Offerte des Konsortiums I. und erteilte diesem den Zuschlag.

Nach Bekanntgabe der Nichtberücksichtigung machte die Klägerin geltend, der Beklagte habe wesentliche Teile ihres Projekts übernommen, namentlich dass der Tunnel undrainiert und unbewehrt ausgeführt werde sowie die Form der Personen-Querverbindung. Daraus seien dem Beklagten Einsparungen in der Höhe von ca. CHF 18 Mio. entstanden. Von diesen Einsparungen klagte die Klägerin CHF 2 Mio. im Sinne einer Teilklage beim Obergericht Zürich ein.



und **Gisela Oliver**
lic. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 44 498 96 95
gisela.oliver@walderwyss.com

Anspruch aus Urheberrecht

Die Klägerin machte geltend, dass ihre Projektvariante urheberrechtlich geschützt sei: Die Dokumentation – bestehend aus einem technischen Bericht, weiteren Kommentaren, Berechnungen und Zeichnungen – genieße urheberrechtlichen Schutz. Zudem sei auch das auf Grundlage dieser Dokumentation realisierte Bauwerk als solches urheberrechtlich geschützt (E. IV. 3.1).

Das Obergericht bejahte zwar, dass Tunnels urheberrechtlich geschützt sein können. Die im Urheberrecht vorausgesetzte Individualität fehle jedoch, wenn die Gestaltung durch die technische Funktion vorgegeben sei und kein Frei- raum für abweichende Lösungen verbleibe. An Werken eines Bauingenieurs seien dem Urheberrechtschutz daher sehr enge Grenzen gesetzt (E. IV. 3.5.3).

Neben dem Bauwerk selbst könnten auch dessen Vorstufen (Entwürfe etc.) urheberrechtlich geschützt sein. Der Inhalt einer Darstellung als solcher sei aber nicht urheberrechtlich geschützt; der schöpferische Charakter müsse sich aus der Darstellung selbst, d.h. ihrer Formgestaltung ergeben, was bei technischen Zeichnungen nur sehr eingeschränkt möglich sei (E. IV. 3.6).

Das Obergericht hielt fest, dass der Ent- scheid, einen Tunnel gänzlich unbe- wehrt auszuführen, eine Frage der Statik, d.h. der technischen Natur, sei und daher keinen urheberrechtlichen Schutz genieße (E. IV. 4.4). Auch die Idee, einen Tunnel undrainiert auszuführen, könne keinen urheberrechtlichen Schutz beanspruchen (E. IV. 5.5.1). So- dann sei auch der Inhalt statischer Berechnungen nicht urheberrechtlich geschützt (E. IV. 5.5.4).

Zur Form der Personen-Querverbin- dung hielt das Obergericht fest, dass die Wahl einer anderen Form (kreisrund statt hufeisenförmig) zwar für die urhe- berrechtliche Schutzfähigkeit spreche. Allerdings werde vorliegend die Geome- trie weitgehend von den statischen Anforderungen und Berechnungen dik- tiert und sei laut dem Gutachter «sicher so üblich». Das Obergericht ver- neinte daher auch die urheberrecht- liche Schutzfähigkeit der gewählten Geo- metrie (E. IV. 9.4.2).

Anspruch aus Lauterkeitsrecht

Die Klägerin machte ferner geltend, ihre Projektvariante, insbesondere die statischen Berechnungen, würden ein Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 lit. a UWG darstellen, das dem Beklagten anvertraut und von diesem unbefugt verwertet worden sei (E. IV. 7.1): Zum ei- nen hätten die statischen Berech-

nungen der Klägerin dem Beklagten den Nachweis geliefert, dass das Tunnel- gewölbe auf wirtschaftliche Weise undrainiert ausgeführt werden könne. Zum anderen sei die Projektvariante des Konsortiums I. nach der Erteilung des Zuschlags abgeändert worden, indem die Bewehrung des Sohlgewölbes weg- gelassen worden sei. Erst durch die Ar- beitsergebnisse der Klägerin seien der Bauherr und seine Ingenieure auf die Möglichkeit und technische Machbar- keit des unbewehrten Sohlgewölbes auf- merksam geworden. Zudem seien weitere Teile ihrer Projektvariante über- nommen worden.

Gemäss den Feststellungen des Ober- gerichts war das Tatbestandsmerk- mal des Anvertrauens im Sinne von Art. 5 lit. a UWG erfüllt (E. IV. 7.2). Das Ge- richt führte weiter aus, dass die bloss e Idee, den Tunnel undrainiert aus- zuführen, keinen lauterkeitsrechtlichen Schutz genieße (E. IV. 7.3). Umstrit- ten war, ob der Beklagte auf die Statik der Klägerin zurückgreifen musste, um das konkret ausgeführte Projekt zu realisieren (E. IV. 7.8).

Das Gericht wies darauf hin, dass der lauterkeitsrechtliche Schutz – im Gegensatz zum urheberrechtlichen Schutz – keine bestimmte Individualität, Eigenartigkeit oder Schutzwürdigkeit verlange, weshalb es unerheblich sei, ob Tunnelquerschnitte vom jeweiligen Lichtraumprofil und von vorhandenen Geräten und Druckverhältnissen abhängen (E. IV. 9.4.2). Tatsächlich stellte das Gericht fest, dass fünf Massangaben des Ausführungsprojekts exakt mit der Variante der Klägerin übereinstimmen (E. IV. 9.4.3). Obwohl der Gutachter von einer Übernahme ausging, liess das Obergericht die Frage, ob der Tatbestand der Vorlagenausbeutung erfüllt worden sei, dennoch aus den nachfolgenden Gründen offen (E. IV. 9.4.5):

Das Obergericht hielt fest, dass sich der Vorwurf der Klägerin ausschliesslich darauf richte, dass der *Beklagte* Vorlagenausbeuterei betrieben habe (E. IV. 12.1). Aufgrund des waadtländischen Haftungsgesetzes hafte der Beklagte für unerlaubte Handlungen seiner Bediensteten, d.h. die Mitarbeiter des Staates sowie die Angestellten von privaten natürlichen oder juristischen Personen, die mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben beauftragt sind (E. IV. 12.2). Die Erstattung eines Gutachtens und die Beratung oder die Realisierung eines Bauvorhabens

seien hingegen privatrechtliche Tätigkeiten im Rahmen der Bedarfsverwaltung, auf die das Haftungsgesetz keine Anwendung finde (E. IV. 12.3). Das Obergericht kam zum Schluss, dass der Ingenieurgemeinschaft C. keine öffentlich-rechtliche Aufgabe übertragen wurde, weshalb das waadtländische Haftungsgesetz nicht anwendbar sei (E. IV. 12.6). Um eine privatrechtliche Verantwortlichkeit des Staates herbeizuführen, bedürfe es eines Subordinationsverhältnisses zwischen der Privatperson und dem Gemeinwesen (E. IV. 12.3 a.E.). Ein solches werde regelmässig durch einen Arbeitsvertrag begründet (E. IV. 12.4). Kein Subordinationsverhältnis besteht, wenn der Dritte selbständig und damit seinerseits als Geschäftsherr auftritt (so z.B. im Verhältnis zwischen Bauherr und Bauunternehmer sowie zwischen Bauherr und Architekt). Da es sich bei der Ingenieurgemeinschaft C. um *selbständige* Unternehmer handle, sei auch eine privatrechtliche Verantwortlichkeit des Beklagten gestützt auf Art. 55 OR oder Art. 11 UWG ausgeschlossen (E. IV. 12.7).

Aus den Ausführungen der Klägerin ergebe sich, dass der Ingenieur F., Angestellter der Ingenieurgemeinschaft C., den Entscheid getroffen habe, das Sohlgewölbe unbewehrt auszuführen (E. IV. 12.7). Den Vorwurf des unmittelbaren Gebrauchs der klägerischen Statik treffe ebenfalls die Ingenieurgemeinschaft C. (E. IV. 13.2.8). Auch der Entscheid, einen undrainierten Tun-

nel zu realisieren, sei von der Ingenieurgemeinschaft C. getroffen worden (E. IV. 13.3.3). Gleiches gelte für die Festlegung der Geometrie der Personen-Querverbindung (E. IV. 13.4.2).

Gegenüber den Angestellten des Beklagten hingegen könne nicht der Vorwurf erhoben werden, sie hätten bewusst das Arbeitsergebnis der Klägerin verwendet oder dabei auch nur Beihilfe geleistet (E. IV. 13.5.7). Dem Beklagten könne weiter auch kein Mangel an Aufmerksamkeit und Überwachung der Ingenieurgemeinschaft C. vorgeworfen werden (E. IV. 15.3.4).

Das Obergericht kam zum Schluss, es sei nicht zu übersehen, dass für eine Verwertung der klägerischen Variante durch die vom Beklagten beauftragte Ingenieurgemeinschaft C. Indizien vorliegen würden (E. IV. 16). Ob die Ingenieure der Ingenieurgemeinschaft C. für ihre bautechnischen Entscheide auf die Arbeitsergebnisse der Klägerin abgestellt hätten, könne aber letztlich offen bleiben: Nach dem Gesagten bestünde gegenüber dem Beklagten weder ein Anspruch auf Gewinnherausgabe noch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Infolgedessen wies das Obergericht die Klage ab.

Bemerkungen

Die Abweisung der Klage durch das Obergericht darf nicht über den Umstand hinweg täuschen, dass der Beklagte zwar nicht das Urheberrecht, aber doch das Lauterkeitsrecht (UWG) und das Vergaberecht verletzt hätte, wenn er vertrauliche Angaben der Klägerin ohne deren Zustimmung verwendet oder weitergegeben hätte.

Ohne ausdrückliche Einwilligung des Anbieters ist es der Vergabestelle untersagt, Ideen aus Varianten oder auch gewöhnlichen Offerten weiterzuverwenden. Es gilt sowohl im Bundes- wie auch im kantonalen Recht der Grundsatz, dass die Vergabestelle den *vertraulichen Charakter* sämtlicher von den Anbietern gemachten Angaben wahren muss. Auch Verhandlungen sowie Dialoge sind nach dem Grundsatz der Vertraulichkeit zu führen. Soweit die Weitergabe von Offerten oder Offertbestandteilen an die anderen Anbieter erfolgt, um diesen zu ermöglichen, ein neues oder geändertes Angebot einzureichen, verstösst dies zudem gegen das in den Kantonen geltende *Verhandlungsverbot*. Falls der Anbieter, dessen Unterlagen weiterverwendet wurden, nicht ebenfalls die Möglichkeit erhält, ein geändertes oder neues Angebot einzureichen, wird zudem auch das *Gleich-*

behandlungsgebot verletzt. Nebst der Verletzung von vergaberechtlichen Grundsätzen werden bei der Weitergabe von vertraulichen Offertunterlagen ohne Zustimmung des betroffenen Anbieters gegebenenfalls auch das Urheberrecht sowie das Lauterkeitsrecht verletzt.

Um das Risiko einer möglichen Verletzung von Urheberrecht und Lauterkeitsrecht zu vermeiden, könnte die Auftraggeberin bereits in den Ausschreibungsunterlagen vorsehen, dass die Anbieter mit der Einreichung von Angeboten einer Weitergabe oder sonstigen Verwendung der Unterlagen durch die Vergabestelle zustimmen. Eine solche Zustimmung wäre zum Ausgleich mit einer finanziellen *Entschädigung* zu verbinden, falls der betreffende Anbieter nicht den Zuschlag erhält.

Wurde eine solche Erklärung in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und gelangt der Auftraggeber aufgrund von eingereichten Varianten zum Schluss, dass die Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen abgeändert werden müssen, muss dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot einerseits und dem Urheber- und Lauterkeitsrecht andererseits auf andere Weise Nachachtung verschafft werden.

Die Auftraggeberin kann in einem solchen Fall bestimmte Aspekte einer Variante zum Gegenstand von *Offertverhandlungen* machen. Zum Beispiel

kann sie die Anbieter anfragen, ob sie ihre jeweiligen Angebote durch Modifikation der Konstruktionsart, der Ausführungsmethode, der Arbeitsvorgänge etc. noch optimieren können. Dabei sollte sie aber darauf achten, die vertraulichen Informationen eines Anbieters, die gerade den Anlass zu Offertverhandlungen gegeben haben, nicht zum eigentlichen Gegenstand von Offertverhandlungen zu machen. Die Auftraggeberin kann aber die Idee eines Angebots berücksichtigen, soweit sie in allgemeiner Weise auf diese Idee Bezug nimmt.

Eine andere Möglichkeit wäre die Führung eines *Dialogs*, der auf Bundesebene mit der Revision der VöB im Jahre 2009 eingeführt wurde. Dieses Verhandlungsinstrument ist in erster Linie für komplexe Beschaffungen vorgesehen. Bei solchen komplexen Vorhaben ist die Auftraggeberin oft nicht im Stande, ohne Mitwirkung der Marktgegenseite (Anbieter) den Beschaffungsgegenstand so zu bestimmen, dass er ihren Bedürfnissen gerecht wird, oder zu beurteilen, was der Markt an technischen bzw. finanziellen/rechtlichen Lösungen bietet. Mit dem Dialog hat die Auf-

traggeberin daher ein Instrument, mit dem sie auf das Know-how der Anbieter zurückgreifen kann. Dabei kann sie zusammen mit ausgewählten Anbietern mögliche Lösungswege oder Vorgehensweisen erarbeiten, so dass am Ende des Dialogs eine Leistungsbeschreibung feststeht, die am Anfang des Vergabeverfahrens noch nicht hätte ausgeschrieben werden können. So können dann die ausgewählten Anbieter zur «endgültigen» Angebotsabgabe aufgefordert werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist zudem interessant, dass in Art. 26a Abs. 2 VöB eine Vergütung für die Nutzung der vorgeschlagenen oder weiterentwickelten Lösungswege und Vorgehensweisen durch die Auftraggeberin ausdrücklich vorgesehen ist.

Gegenüber dem sogenannten «technischen Dialog», den die Auftraggeberin vor der Ausschreibung mit ausgewählten Unternehmen zur Konkretisierung des Beschaffungsgegenstandes führt, hat der hier beschriebene Dialog den Vorteil, dass er Bestandteil des Ausschreibungsverfahrens ist und somit das Problem der Vorbefassung nicht besteht.

Das Urteil des Obergerichts Zürich vom 24. Mai 2012 (Geschäfts-Nr. LK020010) ist auf der Website der Zürcher Gerichte abrufbar (<http://www.gerichte-zh.ch>). Der Entscheid ist nicht rechtskräftig.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail (VergabeNews@walderwyss.com) mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen (insb. hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge) zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2012

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
8034 Zürich
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98
Fax + 41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com

Bubenbergplatz 8
Postfach 8750
3001 Bern
Schweiz

Telefon + 41 44 498 98 98
Fax + 41 44 498 98 99
reception@walderwyss.com
www.walderwyss.com