

BUNDESKANZLERAMT ■ VERFASSUNGSDIENST

GZ • BKA-600.010/0001-V/5/2012
ABTEILUNGSMAIL • V@BKA.GV.AT
BEARBEITER/IN • HERR DR MICHAEL FRUHMANN
FRAU MAG PETRA MARTINO
PERS. E-MAIL • MICHAEL.FRUHMANN@BKA.GV.AT
TELEFON • +43 1 53115-204275
IHR ZEICHEN • Z7.052/0018-I 2/2011

An das
Bundesministerium für
Justiz

Museumstraße 7
1070 Wien

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Unternehmensgesetzbuch, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz und das Verbraucherkreditgesetz geändert werden (Zahlungsverzugsgesetz – ZVG);
Begutachtung; Stellungnahme

Zu dem übermittelten Gesetzesentwurf nimmt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst wie folgt Stellung:

I. Allgemeines

Es wird angeregt, bereits im Anschreiben einen Hinweis aufzunehmen, ob bzw. inwieweit das Vorhaben dem Konsultationsmechanismus (vgl. die Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über einen Konsultationsmechanismus und einen künftigen Stabilitätspakt der Gebietskörperschaften, BGBl. I Nr. 35/1999) unterliegt.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Übereinstimmung des im Entwurf vorliegenden Bundesgesetzes mit dem Recht der Europäischen Union vornehmlich vom do. Bundesministerium zu beurteilen ist.

II. Inhaltliche Anmerkungen

Zur Reichweite der Kompetenzbestimmung des Art. 14b B-VG:

Vergaberecht („öffentliches Auftragswesen“) ist jener Normenkomplex, der die Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand (öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber) an Sachgütern und Leistungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr auf dem Markt zum Regelungsinhalt hat (vgl. zum allgemeinen Begriffsverständnis von „Vergabe“ etwa *Korinek*, Das Konzept der Regierungsvorlage zu einem Vergabegesetz und seine rechtsstaatliche sowie bundesstaatliche Bedeutung, in *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts (1985), 1ff mwN). Zu betonen ist, dass es in diesem Kontext nicht darauf ankommt, ob der Beschaffungsvorgang innerhalb eines formgebunden oder innerhalb eines formfreien Verfahrens stattfindet und ob bestimmte Auftragswerte über- oder unterschritten werden.

Der österreichische Bundesverfassungsgesetzgeber schuf mit Art. 14b B-VG eine gesonderte verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage für die Erlassung einschlägiger Regelungen (für den unionsrechtlich festgelegten Ober- wie auch den Unterschwellenbereich und für die formgebundene wie auch formfreie Beschaffung). Gemäß Art. 14b B-VG ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache, soweit nicht Angelegenheiten der Nachprüfung betroffen sind (ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des „materiellen“ Vergaberechts). Im Bereich der Nachprüfung („Vergabekontrolle“) ist die Regelungskompetenz zwischen Bund und Ländern insoweit aufgeteilt, als dem Bund die Regelungskompetenz hinsichtlich der Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber aus dem Vollzugsbereich des Bundes zukommt (vgl. dazu Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG) und den Ländern jeweils eine Regelungskompetenz hinsichtlich der Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber aus dem Vollzugsbereich des jeweiligen Landes zusteht (vgl. dazu Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG).

Es wird darauf hingewiesen, dass Art. 14b B-VG mit 1.1.2003 in Kraft trat (vgl. Art. 151 Abs. 27 B-VG). Das ZinsRÄG, BGBl. I Nr. 118/2002, mit dem die Vorgängerregelung der RL 2011/7/EU, die ZahlungsverzugsRL 2000/35/EG umgesetzt wurde, trat hingegen schon am 1. August 2002 in Kraft. Aus dem Bestehen von Regelungen, die bereits in der ursprünglichen RL enthalten waren und

demzufolge im ZinsRÄG umgesetzt wurden (so der Hinweis in den Erläuterungen), kann daher angesichts der zeitlich nachfolgenden Änderung der Verfassungsrechtslage für die verfassungsrechtliche Beurteilung nichts gewonnen werden.

Wie sich aus den Erläuterungen zu Art. 14b B-VG ergibt (vgl. dazu 1118 BlgNR XXI. GP, 9), ist der Kompetenzbegriff „öffentliches Auftragswesen“ dem Gemeinschaftsrecht (nunmehr: Unionsrecht) entlehnt. Er ist nicht auf die Umsetzung des (im Jahre 2002 bzw. derzeit bestehenden) einschlägigen Sekundärrechts (also insbes. der Vergabерichtlinien) beschränkt, sondern soll auch zur innerstaatlichen Umsetzung künftiger Rechtsakte und der Rechtsprechung des EuGH auf diesem Gebiet ermächtigen. Darüber hinaus handelt es sich (innerstaatlich gesehen) bei diesem Kompetenztatbestand um Sonderzivilrecht für die Vergabe öffentlicher Aufträge; er ermächtigt also zur Erlassung spezifischer Sonderregelungen über das Verhältnis des privatwirtschaftlich handelnden Staates zu „echten“ Privaten (nicht jedoch zu Regelungen über die Rechtsfähigkeit, die Vertretung und die interne Willensbildung). Der Kompetenztatbestand ist im Sinne eines auch in der Lehre vertretenen systematischen Ansatzes („Wesenstheorie“) in einem weiten Sinn zu verstehen (so explizit 1118 BlgNR XXI. GP, 9; vgl. dazu ferner *Rill*, Die neue Kompetenzordnung im Vergaberecht in: *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes (2002), 5 und *Klaushofer*, Art. 14b B-VG, ZfV 2003, 630). Das heißt, dass aus systematischen Gründen auch solche Rechtsakte unter den Begriff des öffentlichen Auftragswesens fallen – unionsrechtliche aber auch innerstaatliche – die nicht ausdrücklich als Vergaberecht ausgewiesen sind, sofern sie sich auf Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand oder anderer „staatsnaher“ (vgl. *Rill*, aaO) Wirtschaftsteilnehmer beziehen.

Neben den oben wiedergegebenen Erläuterungen zur Verfassungsbestimmung ist nach herrschender Auffassung bei der Auslegung von Kompetenzartikel des B-VG die sog. „Versteinerungstheorie“ (vgl. dazu etwa VfSlg. 13.237/1992 und 18.140/2007) heranzuziehen. Danach kommt den Kompetenzartikeln jene Bedeutung zu, die ihnen nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung (insbesondere der einfachen Gesetze) im Zeitpunkt ihrer Schaffung zugekommen ist. Wichtigstes „Versteinerungsmaterial“ für die Auslegung des Art. 14b B-VG ist das zeitgleich mit dem Kompetenzartikel erlassene Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002),

BGBI. I Nr. 99 (so auch *Rill*, Art. 14b B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hg.), *Rill-Schäffer-Kommentar*, Rz 7).

Inhaltlich umfasst die Gesetzgebungskompetenz des Bundes – wie bereits oben dargelegt – Regelungen „betreffend das Verhältnis und den Privatrechtsverkehr zwischen staatlichen oder staatsnahen Rechtsträgern und ‚echten‘ Privaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ (so *Denk* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006, Art. 14b B-VG, Rz 18). Dazu zählen jedenfalls Regelungen, die der Anbahnung eines zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses dienen aber auch Regelungen über Bekanntmachungs- oder Statistikverpflichtungen. *Denk* (aaO, Rz 29) zieht die Grenze der Regelungskompetenz dort, wo Festlegungen (gesetzlicher Art) keinen inhaltlichen Zusammenhang mit der Vergabeentscheidung eines Auftraggebers mehr haben (und z.B. selbstständige Maßnahmen zur Steuerung oder Regulierung eines kompetenzfremden Rechtsbereiches darstellen). Nach *Rill* (aaO, Rz 19ff) umfasst die Gesetzgebungskompetenz einerseits alle „Vorschriften über das Procedere bei der Vergabe öffentlicher Aufträge von der Ausschreibung (§ 20 Z 6 BVerG 2002) ... bis zum Zuschlag“ aber andererseits auch inhaltliche Vorgabe, die „im strengen Sinne nicht das Procedere betreffen“ (z.B. Bestbieterprinzip, Berücksichtigung ökologischer Zielsetzungen usw.). Art. 14b B-VG deckt aber nur jene inhaltlichen Vorgaben im Rahmen eines Vergabeverfahrens ab, „die allgemein die Vergabeentscheidungen öffentlicher Auftraggeber bestimmen“. Zu einer gesetzlichen Planung der Investitionstätigkeit des Staates ermächtigt Art. 14b B-VG jedoch nicht.

Daraus folgt, dass spezifische Regelungen für öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber im Zusammenhang mit der Durchführung eines Beschaffungsvorganges kompetenzrechtlich Art. 14b B-VG zuzuordnen sind. Art. 14b B-VG umfasst daher insbesondere folgende Regelungsbereiche: Inhalte von Ausschreibungsunterlagen (vgl. § 20 Z 6 iVm den §§ 67ff BVerG 2002), Festlegungen für den Leistungsvertrag betreffend „Abrechnung, Rechnungslegung, Zahlung und Verzugszinsen“ (vgl. insbes. § 80 Abs. 1 Z 19 BVerG 2002), Zulässigkeit und Anfechtung von Auftraggeberentscheidungen (wie insbes. die vorgenannten Festlegungen, vgl. die §§ 163ff BVerG 2002), Festlegung der Behördenzuständigkeit betreffend Angelegenheiten der Vergabekontrolle (vgl. § 162 BVerG 2002).

Der Kompetenzbereich des Art. 14b B-VG ist jedoch nicht unbeschränkt: nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst (vgl. dazu auch das ho. Rundschreiben BKA-600.883/0023-V/A/8/2004) sind nicht sämtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Beschaffungsvorganges vom Kompetenztatbestand des Art. 14b B-VG erfasst, wie beispielsweise (interne) Bedarfsermittlung, Finanzplanung oder Evaluierung, sondern nur diejenigen, die sich – wie oben dargelegt – auf die Abwicklung des Verfahrens bis zur Durchführung des Auftrags selbst beziehen (Bekanntmachung bis Vertragsschluss, einschließlich Nachprüfung). Darüber hinaus sind ferner auch nicht allgemeine Regelungen, die „auch“ Aspekte mitregeln, die in einem Vergabeverfahren eine Rolle spielen können, unter den Kompetenztatbestand des Art. 14b B-VG zu subsumieren (vgl. dazu die sog. „Gesichtspunkttheorie“; näher dazu etwa *Öhlinger, Verfassungsrecht⁸* (2009), Rz 280ff).

Die Relevanz der Zuordnung einer Regelung zur Kompetenzbestimmung des Art. 14b B-VG ergibt sich aus Folgendem: Art. 14b Abs. 4 B-VG enthält eine Sonderregel für die Erzeugung gesetzlicher Regelungen in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich nicht um Angelegenheiten der Nachprüfung handelt. Danach hat der Bund den Ländern Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben im Bereich des materiellen Vergaberechts mitzuwirken. Die Erläuterungen zur Verfassungsbestimmung halten dazu fest, dass die Mitwirkung dabei in jener Form erfolgen soll, wie sie aus Anlass der Erarbeitung des BVergG (2002) von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Vereinheitlichung des Vergaberechtes bereits praktiziert worden ist. Das heißt, dass die Länder formell und aktiv in die betreffenden legistischen Vorbereitungen einzubinden sind. Eine Einbindung der Länder erst im Stadium des Begutachtungsverfahrens erfüllt die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen sohin nicht. Davon sind nicht nur Änderungen des Bundesvergabegesetzes betroffen, sondern auch alle anderen legistischen Maßnahmen in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens.

Darüber hinaus dürfen nach Art. 14b Abs. 1 B-VG ergehende Bundesgesetze, die Angelegenheiten regeln, die in Vollziehung Landessache sind, nur mit expliziter Zustimmung aller Länder kundgemacht werden.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist darauf hin, dass die Nichteinhaltung der Mitwirkungsrechte der Länder sowie die etwaige fehlende Zustimmung der Länder zur Kundmachung im Sinne des Art. 14b Abs. 4 B-VG das betreffende Gesetz mit Verfassungswidrigkeit belasten.

Im Übrigen ruft das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst im vorliegenden Zusammenhang seine legistische Zuständigkeit in Vergabeangelegenheiten in Erinnerung. Sämtliche Vorhaben in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, sofern sie in die Zuständigkeit des Bundes fallen, sind dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst rechtzeitig zur Kenntnis zu bringen und werden von diesem führend behandelt.

Zu Art. 2 (Änderung des Unternehmensgesetzbuches):

Zu Z. 4 (Achter Abschnitt):

Vorbemerkung:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine Vielzahl der neu in den achten Abschnitt eingefügten Bestimmungen einem besonderen Normerzeugungsverfahren unterliegen, da die Bestimmungen kompetenzrechtlich Art. 14b B-VG zuzuordnen sind (vgl. dazu näher bereits oben). In Ermangelung der Einbeziehung der Länder bei der Vorbereitung des vorliegenden Gesetzesvorhabens ist dieser Ministerialentwurf bereits jetzt in Hinblick auf das Normerzeugungsverfahren mit Verfassungswidrigkeit bedroht. Darüber hinaus dürfen Bundesgesetze in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, „die Angelegenheiten regeln, die in Vollziehung Landessache sind, ... nur mit Zustimmung der Länder kundgemacht werden“ (Art. 14b Abs. 4 B-VG). Dass die Länder im Rahmen ihrer Vollzugskompetenzen die §§ 455ff zu vollziehen hätten, ist offenkundig und bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Vor diesem Hintergrund ist es unabdingbar, dass alle vergabespezifischen Regelungen im konkreten Entwurf zu entfallen haben. Entsprechende Regelungen hätten im Rahmen des BVergG 2006 zu erfolgen.

Zu § 457:

§ 457 hat als vergabespezifische Sonderregelung zu entfallen.

In Abs. 1 erster Satz sollte die Wortfolge „in der Regel“ entfallen, da unklar wäre, welche bzw. unter welchen Bedingungen solche Vereinbarungen nichtig wären. Dass es sich beim ersten Satz – wie in den Erläuterungen ausgeführt – um die Regel, beim zweiten Satz um die Ausnahme von dieser Regel handelt, ergibt sich schon aus dem Zusammenhang dieser beiden Sätze (allenfalls könnte im zweiten Satz

formuliert werden, dass eine Zahlungsfrist von bis zu 60 Tagen „nur“ unter den genannten Bedingungen wirksam vereinbart werden kann).

Zu § 458:

Der zweite Halbsatz des zweiten Satzes enthält eine vergabespezifische Regelung und hat zu entfallen. Darüber hinaus normiert er, dass eine Vereinbarung einer längeren Frist nur dann wirksam ist, „wenn darauf sowohl im Vertragsdokument als auch in etwaigen Vergabeunterlagen hingewiesen wird“. Der Terminus „Vergabeunterlagen“ stammt zwar aus der Richtlinie 2011/7/EU, stimmt aber nicht mit der Terminologie der RL 2004/17/EG und 2004/18/EG überein. Bei der Umsetzung ins innerstaatliche Recht wäre der Begriff der „Vergabeunterlagen“ unter Berücksichtigung der bestehenden österreichischen Vergabeterminologie zu konkretisieren (vgl. dazu die Begriffsdefinitionen in § 2 BVerG 2006).

Zu § 459:

Hinsichtlich des Pauschalbetrags von 40 EUR wird nochmals die Frage aufgeworfen, ob dieser Pauschalbetrag einer Indexanpassung unterliegen soll. Einer Indexanpassung des Pauschalbetrags und einer damit einhergehenden Erhöhung dieses Betrags steht auch die Richtlinie nicht entgegen, da sie den Pauschalbetrag in der Höhe von 40 EUR nur als Mindestbetrag nennt (vgl. dazu auch die Ausführungen in Erwägungsgrund 21 der RL). Gegebenenfalls wäre eine entsprechende Regelung vorzusehen.

Zu § 460:

Das Verhältnis von § 460 Abs. 1 zu den Regelungen des BVerG 2006 ist nach wie vor höchst unklar. § 460 dient ausweislich der Erläuterungen der Umsetzung von Art. 7 der RL und regelt zwei Fallkonstellationen: einerseits nachteilige Vertragsklauseln und andererseits nachteilige Praktiken.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst geht vorerst davon aus, dass unter „Vertragsklauseln“ im vorliegenden Kontext nur Klauseln in abgeschlossenen Verträgen (zwischen Privaten, zwischen einem Unternehmer und einem [öffentlichen] Auftraggeber) zu verstehen sind. Hingegen können sich „nachteilige Praktiken“ sowohl auf Ausschreibungsunterlagen für ein konkretes Vergabeverfahren wie auch auf (übliche) Handlungen außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens (z.B. publizierte AGBs oder Vertragsschablonen eines Auftraggebers, übliche Praxis von

Unternehmen) beziehen. Vor diesem Hintergrund wäre eine differenzierende Regelung nicht nur im Sinne der Rechtsklarheit zuträglich gewesen.

Die Anordnung der „Nichtigkeit“ von grob benachteiligenden Klauseln in Verträgen über die Vergabe (öffentlicher) Aufträge wirft die Frage auf, ob bereits entsprechende Klauseln in Ausschreibungen (vgl. dazu die Definition in § 2 Z 10 BVerG 2006) und/oder erst präkludierte Ausschreibungsbestimmungen (in denen grob benachteiligte Klauseln im Sinne des ZVG enthalten sind) und/oder erst Klauseln in abgeschlossenen Verträgen „nichtig“ (gemeint ist wohl eine ex nunc Nichtigkeit nach erfolgreicher Anfechtung) sind. Der derzeitige Text („Eine Vertragsbestimmung ist nichtig“) lässt nicht erkennen, ob schon Klauseln in AGB von Auftraggebern und in Ausschreibungstexten von § 360 erfasst sein sollen, oder ob § 360 „erst“ auf entsprechende Klauseln in abgeschlossenen Verträgen anwendbar sein soll (zur weiteren Konsequenz dieses Aspektes vgl. unten die Ausführungen zu § 461).

Wie die Rechtsbehelfe der Anfechtung von Vertragsklauseln vor ordentlichen Gerichten mit dem vergaberechtsspezifischen Rechtsschutzsystem kombiniert bzw. harmonisiert werden sollen, ist auch unter Berücksichtigung der Erläuterungen unklar. Da jede Vertragsklausel im Kontext des öffentlichen Beschaffungswesens im Regelfall zuvor Inhalt einer Ausschreibungsunterlage gewesen sein muss (und als solche bereits als „nachteilige Praktik“ bekämpfbar ist) scheint der Entwurf – insbesondere bei formgebundenen Vergabeverfahren – eine „doppelte“ Rechtsschutzmöglichkeit zu verankern. Es stellt sich aber die Frage, inwieweit ein Vertragspartner eines Auftraggebers, der eine Ausschreibungsunterlage bereits bekämpfen konnte, dies aber unterlassen hat, noch schutzwürdig ist und ihm noch zusätzlich die Bekämpfung einer Klausel in einem bereits abgeschlossenen Vertrag ermöglicht werden soll. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass nach dem BVerG 2006 alle Ausschreibungsbedingungen (und somit auch die oben bezogene „nachteilige Geschäftspraxis“) ebenfalls im Rahmen eines vergabespezifischen Rechtsschutzverfahrens bekämpft werden können. Das dabei zu beachtende Fristenregime sowie die im Vergaberecht verankerte (unionsrechtlich zulässige) Präklusionsmöglichkeit ist mit dem vorliegenden Entwurf nicht vereinbar. Insofern würde die Frage nach schadenersatzrechtlichen Ansprüchen eine besondere Dimension erlangen, da Vergabeverfahren aufgrund der besonders kurzen Fristen im Falle einer parallelen gerichtlichen Anfechtung nahezu immer bereits abgeschlossen sein werden, wenn das Gericht entscheidet. Eine Nichtigkeitsklärung einer

Vertragsbestimmung kann daher nur noch die Geltendmachung schadenersatzrechtlicher Ansprüche nach sich ziehen.

Vor diesem Hintergrund vertritt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst nachdrücklich folgendes differenziertes Regelungskonzept:

- Im Rahmen des ZVG sollten sich die Regelungen des § 460 betreffend Vertragsklauseln auf Verhältnisse nur zwischen Privaten beschränken.
- Regelungen iZm Vergabeverfahren (d.h. Verträge, die von öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern abgeschlossen wurden) sind im BVergG 2006 zu treffen.

Hinsichtlich der „Geschäftspraktiken“ sollte ebenfalls differenziert werden:

- Beziehen sich die Praktiken auf ein konkretes Vergabeverfahren, so sind die entsprechenden Regelungen im BVergG 2006 zu treffen.
- Beziehen sich hingegen die Praktiken auf ein Verhalten von Privaten oder auf ein Verhalten von Auftraggebern außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens, so wären die entsprechenden Regelungen im ZVG zu treffen.

Abs. 3 enthält teilweise eine vergabespezifische Regelung, die zu entfallen hat.

Zu § 461:

Mit § 461 soll auch für den Bereich des öffentlichen Auftragswesens eine Verbandsklagemöglichkeit eingeführt werden (so auch explizit die Erläuterungen).

Es wird einleitend zur Information darauf hingewiesen, dass anlässlich der BVergG Novelle 2007 eine derartige Möglichkeit im Rahmen des Begutachtungsverfahrens ebenfalls schon zur Diskussion gestellt aber letztlich wegen (fast) einhelliger Ablehnung der beteiligten Kreise nicht realisiert wurde.

§ 461 erfasst aufgrund seines nicht differenzierenden Wortlautes auch folgende vergabespezifische Situationen:

- Bekämpfung grob nachteiliger Vertragsbestimmungen in bereits abgeschlossenen Leistungsverträgen von öffentlichen Auftraggebern und von Sektorenauftraggebern

- Bekämpfung grob nachteiliger Vertragsbestimmungen in Ausschreibungsunterlagen („nachteilige Geschäftspraktik“) von öffentlichen Auftraggebern und von Sektorenauftraggebern

Wie bereits iZm § 460 ausgeführt wurde, ist unklar, wie die vorgesehenen Regelungen mit dem bestehenden vergaberechtsspezifischen Rechtsschutzsystem in Einklang gebracht werden können (vgl. dazu bereits die Ausführungen oben).

Hinsichtlich allgemein von (öffentlichen) Auftraggebern ausgeübten nachteiligen Praktiken (somit Praktiken ohne Zusammenhang mit einem konkreten Vergabeverfahren) wie allgemeine (publizierte) AGB besteht keine Regelungskompetenz im Rahmen des Art. 14b B-VG (arg.: Art. 14b B-VG regelt den Rechtsschutz in Vergabeverfahren – „Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber“; vgl. dazu *Denk* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 14b B-VG, Rz 42ff). Hingegen wäre die Einräumung einer (aktiven) Klagslegitimation betreffend die Verwendung von (rechtswidrigen) Klauseln im Rahmen einer konkreten Ausschreibungsunterlage bzw. die Bekämpfung einer derartigen Klausel nach Abschluss des Vertrages dem Regelungsbereich des „Nachprüfungsgesetzgebers“ zuzuordnen (ebenso *Denk* iZm der Regelungskompetenz der Landesgesetzgeber, aaO Rz 49). Ist daher eine Einräumung der Aktivlegitimation für Interessenverbände iZm der Überprüfung von Klauseln in Ausschreibungsunterlagen bzw. iZm der Anfechtung von Vertragsklauseln bei bereits abgeschlossenen Verträgen gemäß der RL 2011/7/EU geboten, so müssten dies die jeweiligen Vergabenachprüfungsgesetzgeber vorsehen. Die vorgeschlagenen Regelungen sind daher teilweise verfassungswidrig.

- Vor diesem Hintergrund tritt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst auch im Kontext des § 461 nachdrücklich für einen differenzierten Regelungsansatz ein: Rechtsschutzregelungen iZm der Bekämpfung von konkreten Ausschreibungsunterlagen bzw. iZm der Bekämpfung von durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber abgeschlossenen Verträgen sind durch die jeweiligen Gesetzgeber im Bereich der Vergabenachprüfung (Vergabekontrolle) zu erlassen.
- Rechtsschutzregelungen iZm der Bekämpfung von nachteiligen Vertragsbestimmungen Privater bzw. iZm der Bekämpfung von nachteiligen

Praktiken ohne Zusammenhang mit einem konkreten Vergabeverfahren sollten im ZVG getroffen werden.

Im Übrigen wirft § 461 noch folgende Probleme auf: Gemäß der RL (vgl. dazu Art. 7 (5) soll die aktive Klagslegitimation „Organisationen, die offiziell als Vertreter von Unternehmen anerkannt sind, oder Organisationen, die ein berechtigtes Interesse daran haben, Unternehmen zu vertreten“ zukommen. § 461 Abs. 1 setzt dies dahingehend um, dass – ohne weitere Differenzierung – „Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmen“ die aktive Klagslegitimation zukommen soll. Eine Einschränkung auf „offiziell anerkannte Organisationen“ oder „Organisationen mit qualifizierten Interessen“ wird nicht vorgenommen. Aufgrund der Weite der verwendeten Terminologie stellt sich die Frage, ob nicht eine (unionsrechtlich zulässige) Einschränkung der Klagslegitimation geboten ist, um eine überschießende Umsetzung von Unionsrecht („Gold-Plating“) zu vermeiden (vgl. dazu das ho Rundschreiben GZ 600.824/011-V/2/01, in dem auf das Verbot des „Gold-Plating“ hingewiesen wird).

Zu Abs. 2 wird die Frage aufgeworfen, ob die Unterlassungserklärung Rechtswirkungen bzw. allenfalls welche Rechtswirkungen die Unterlassungserklärung entfalten soll. Auch ist unklar, an Hand welches Maßstabes die Angemessenheit der Konventionalstrafe beurteilt werden soll (im Bereich des Auftragswesens: an Hand des Auftragswertes?). Soweit es sich um vergabespezifische Sonderregelungen im Bereich der Vergabekontrolle handelt (vgl. dazu oben), haben diese Regelungen zu entfallen.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst ersucht das Bundesministerium für Justiz um eine dringende Koordinierung hinsichtlich der weiteren legistischen Vorgangsweise, da – wie oben ausgeführt – entsprechende legistische Maßnahmen iZm dem BVergG 2006 und den Landesvergaberechtsschutzgesetzen ehebaldigst zu treffen wären, damit der Umsetzungstermin der RL eingehalten werden kann.

III. Legistische und sprachliche Anmerkungen

Zum Titel:

Im Hinblick auf Art. 5 der gegenständlichen Sammelnovelle wäre im Titel auch das Zinsenrechts-Änderungsgesetz anzuführen. Das Wort „allgemeine[n]“ wäre groß zu schreiben.

Zu Art. 1 (Änderung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs):

Zum Titel und Einleitungssatz:

Das Wort „allgemeine[n]“ wäre groß zu schreiben.

Inhaltsverzeichnis:

Auf Grund der Einfügung eines neuen Paragraphen (§ 907a) wäre auch das Inhaltsverzeichnis entsprechend anzupassen.

Zu Z 1 (§ 905) und Z 5 (§ 1417):

Eine Untergliederung in Buchstaben sollte unterbleiben (Pkt. 121 der Legistischen Richtlinien [LRL] 1990¹).

Der in lit. a eingefügte Satz wäre im e-Recht ohne Absatzeinrückung zu formatieren.
Das gilt auch für die in Z 5 vorgeschlagene Anfügung eines Satzes.

Zu Z 2 und 3 (§ 905a und 905b):

Die Wendung „wird hinter den neuen § 907a verschoben und“ in der Novellierungsanordnung sollte entfallen.

Die Paragraphenbezeichnungen wären jeweils fett und mit einem Punkt nach der Zahl zu formatieren („**§ 907b.**“) (LRL 111).

Zu Z 3 (§ 905a):

Zu Art. 2 (Änderung des Unternehmensgesetzbuchs):

Zum Einleitungssatz:

Auf die Änderung des UGB durch das 2. Stabilitätsgesetz 2012 wird hingewiesen.

¹ <http://www.bka.gv.at/Docs/2005/11/28/LegRL1990.doc>

Zu Z 3 und Z 4 (Achter Abschnitt):

Die Novellierungsanordnung der Z 3 sollte besser lauten:

3. In der Überschrift vor § 454 wird das Wort „Achter“ durch das Wort „Siebenter“ ersetzt.

Die Novellierungsanordnung der Z 4 sollte besser laufen:

„Nach § 454 wird folgender Achter Abschnitt eingefügt:“

Wie bereits mehrfach und in den informellen Vorkontakten auch schon schriftlich dargelegt, sollte das Zitat der einschlägigen Gesetzesstellen in § 455 statt „des § 3 Abs. 1 und des § 164 BVerG 2006“ lauten: „der §§ 3 Abs. 1 und 164 des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBI. I Nr. 17 in der jeweils geltenden Fassung“ (LRL 61).

Zu Art. 3 (Änderung des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes):Zum Einleitungssatz:

Anstelle des Langtitels sollte der Kurztitel zitiert werden (LRL 120).

Laut RIS wurde das ASGG zuletzt durch das Bundesgesetz BGBI. I Nr. 135/2011 geändert. Auf die Änderung des ASGG durch das 2. Stabilitätsgesetz 2012 wird hingewiesen.

Zu Art. 4 (Änderung des Verbraucherkreditgesetzes):Zu Z 1 (Anhang II) und Z 2 (Anhang III):

Die Worte „Spalten“ und „Spalte“ wären durch die Worte „Zeilen“ und „Zeile“ zu ersetzen.

Zu Art. 5 (Außerkrafttreten):

Die Aufhebung der selbständigen Bestimmung des Art. V (Verbandsklage) des Zinsenrechts-Änderungsgesetzes sollte wie folgt angeordnet werden:

Artikel 5

Änderung des Zinsenrechts-Änderungsgesetzes

Das Zinsenrechts-Änderungsgesetz, BGBl. I Nr. 118/2002, wird wie folgt geändert:

1. Art. V entfällt.

2. Der Titel des Art. VI lautet:

„Inkrafttreten, Außerkrafttreten“

3. Der bisherige Text des Art. VI erhält die Absatzbezeichnung „(1)“. Folgender Abs. 2 wird angefügt:

„(2) Art. V tritt mit Ablauf des 30. November 2012 außer Kraft.“

Zu Art. 6 (Inkrafttreten, Übergangsbestimmung, Vollziehung) und Art. 7 (Umsetzungshinweis):

Abgesehen davon, dass es im letzten Satz des Art. 6 Abs. 1 unter Bedachtnahme auf Art. 49 Abs. 1 B-VG statt „mit dem Tag nach dessen Kundmachung“ „mit Ablauf des Tages seiner Kundmachung“ zu lauten hätte, sollte eine Novelle keine selbständigen Bestimmungen (wie zB Übergangsbestimmungen, Bestimmungen betreffend das Inkrafttreten oder die Vollziehung oder einen Umsetzungshinweis) enthalten (LRL 66). Solche Bestimmungen sollten grundsätzlich in das betreffende Gesetz jeweils eingebaut werden (vgl. zB § 906 UGB, § 98 ASGG, § 29 VKrG).

Die Wendung „des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011“ in Art. 7 hat zu entfallen (Pkt. 54 des EU-Addendum² zu den Legistischen Richtlinien 1990).

Zum Vorblatt und Allgemeinen Teil der Erläuterungen:

Sub titulo „Kompetenzgrundlage“ fehlt die Bezugnahme auf Art. 14b B-VG (siehe dazu oben unter Pkt. II.).

Im Hinblick auf Art. 14b B-VG wäre auf Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens im Sinne des Rundschreibens des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 13. November 1998, GZ 600.824/8-V/2/98 (betreffend Vorblatt und Erläuterungen zu Regierungsvorlagen; Aufnahme eines Hinweises auf Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens) hinzuweisen.

Vor der Überschrift „Allgemeiner Teil“ wäre die Überschrift „Erläuterungen“ einzufügen.

² <http://www.bka.gv.at/2004/4/15/addendum.doc>

Gemäß § 14 Abs. 1 BHG ist jedem Entwurf eines Bundesgesetzes von dem Bundesminister, in dessen Wirkungsbereich der Entwurf ausgearbeitet wurde, eine den Richtlinien gemäß § 14 Abs. 5 BHG entsprechende Darstellung der finanziellen Auswirkungen anzuschließen, aus der insbesondere hervorgeht, wie hoch die durch die Durchführung der vorgeschlagenen Maßnahmen voraussichtlich verursachten Ausgaben oder Einnahmen sowie Kosten oder Erlöse für den Bund im laufenden Finanzjahr und mindestens in den nächsten drei Finanzjahren sein werden. Eine solche Darstellung kann dem vorliegenden Entwurf nicht entnommen werden.

Im Übrigen wird auf die finanziellen Folgen einer Missachtung von Verpflichtungen nach der Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über einen Konsultationsmechanismus und einen künftigen Stabilitätspakt der Gebietskörperschaften, BGBl. I Nr. 35/1999, aufmerksam gemacht.

Zur Textgegenüberstellung:

Auf das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 27. März 2002, GZ 600.824/003-V/2/2001³ (betreffend Legistische Richtlinien; Gestaltung von Textgegenüberstellungen) wird hingewiesen, insbesondere auf folgende Regeln:

- Werden geltende Bestimmungen aufgehoben, hat die Spalte „Vorgeschlagene Fassung:“ frei zu bleiben, insbesondere sind keine Hinweise wie „aufgehoben“ oder „entfällt“ zu geben.
- Ist die Änderung einzelner Untergliederungseinheiten beabsichtigt und bleiben andere in derselben Bestimmung unverändert, so ist der unveränderte Text in beiden Spalten durch Angabe der Bezeichnung und Beifügung von drei Punkten zu kennzeichnen.
- Es ist lediglich der Text der geltenden Fassung dem Text der vorgeschlagenen Fassung gegenüberzustellen. Anordnungen bzw. Hinweise (wie zB die Hinweise „Die letzten beiden Spalten lauten:“ und „Die letzte Spalte lautet:“ zu Art. 4) haben zu unterbleiben

³ http://www.bka.gv.at/2004/4/15/rs_textgegenueberstellung.doc

Diese Stellungnahme wird im Sinne der Entschließung des Nationalrates vom 6. Juli 1961 auch dem Präsidium des Nationalrates zur Kenntnis gebracht.

20. April 2012
Für den Bundeskanzler:
HESSE

Elektronisch gefertigt

Signaturwert	bbiMPMGrSQGMJqq6DtqAWzPCs2g1tm344RrN7vpgO6hcM/cPVXLI0Y09LxMaoBuT3ApZM/twhWJ/9cU9i1pSJhg5LzbWNFVP10xml2vPTOUSCtnkiW8X/AEXnY7jn8wj5ZrThVrvEtMpJFn2vCHuYKJgdbx83cnbSVembhAo60=	
	Unterzeichner	serialNumber=962181618647,CN=Bundeskanzleramt, O=Bundeskanzleramt,C=AT
	Datum/Zeit-UTC	2012-04-23T07:57:34+02:00
	Aussteller-Zertifikat	CN=a-sign-corporate-light-02,OU=a-sign-corporate-light-02,O=A-Trust Ges. f. Sicherheitssysteme im elektr. Datenverkehr GmbH,C=AT
	Serien-Nr.	294811
	Methode	urn:pdfsigfilter:bka.gv.at:binaer:v1.1.0
Hinweis	Dieses Dokument wurde amtssigniert.	
Prüfinformation	Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur finden Sie unter: http://www.signaturpruefung.gv.at Informationen zur Prüfung des Ausdrucks finden Sie unter: http://www.bka.gv.at/verifizierung	