



Stellungnahme zu § 48 Entwurf des Bundesvergabegesetz (GZ 600.888/1-V/8/92)

a) Da sich § 48 größtenteils an § 36 der Regierungsvorlage aus 1982 orientiert, kann zunächst pauschal auf die einschlägigen Arbeiten von *Peter Doralt* (Privatrechtliche Aspekte des Vergabegesetzesentwurfs, in: Korinek - Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts [1985] 89 und *Heinz Krejci*, Vergaberecht und zivilrechtlicher Bieterschutz, ÖZW 1982, 33) verwiesen werden, deren kritische Überlegungen zur damaligen Regierungsvorlage offenbar unberücksichtigt blieben.

Im einzelnen sind noch folgende Anmerkungen zu machen:

b) zu *Abs 2 Satz 1*: Die Vorschrift geht davon aus, daß der Zuschlag durch eine strafbare Handlung zustande gekommen ist, an der das entscheidende Organ des Rechtsträgers regelmäßig beteiligt sein wird. Unter dieser Voraussetzung wird häufig gleichzeitig auch ein strafbare Handlung des Organs des Rechtsträgers - wenigstens in Form der Beitragstäterschaft - vorliegen. Es ist dann aber *aus rechtspolitischer Sicht* nicht einzusehen, warum der Begünstigte sich das (strafbare) Verhalten jener Personen, deren er sich bei der Teilnahme am Vergabeverfahren bedient hat, uneingeschränkt zurechnen lassen muß, während der Rechtsträger den - gemäß Abs 1 an den Bestbieter - geleisteten Schadenersatz vollständig abwälzen kann. Geht man davon aus, daß - wie dies meist der Praxis entsprechen wird - das Organ des Rechtsträgers und der Vertreter des Bieters nicht in der Lage sind, den Schaden zu decken, so läuft Abs 2 Satz 1 darauf hinaus, daß der Rechtsträger sich *zur Gänze* am Bieter regreßieren kann. Angesichts der typischen Fälle einer strafbaren Handlung beider Personen läßt sich die einseitige Schadenszuweisung an den Bieter nicht rechtfertigen.

Ferner wirft die Bestimmung ein Problem hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs auf. Während nämlich Abs 1 den Schadenersatzanspruch des übergangenen Bestbieters nur an - irgendeine - schuldhaft Verletzung des Gesetzes knüpft, verlangt Abs 2 Satz 1 eine strafbare Handlung. Es stellt sich somit die Frage, ob Abs 2 Satz 1 auch die Grundlage des Regreßanspruchs ist, wenn das Organ des Rechtsträgers schuldhaft gehandelt hat, ohne daß gleichzeitig eine strafbare Handlung vorliegt. Eine deutlichere Abstimmung von Abs 1 und Abs 2 Satz 1 wäre insofern wünschenswert.

c) zu *Abs 2 Satz 2*: Die Anordnung eines Regreßanspruchs gegen das Organ ist überflüssig, weil dieses bereits auf der Grundlage des DHG haftet (zur Abgrenzung von DHG und OrgHG vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht² 214). Auch die Anordnung eines Anspruchs gegen die Person, deren sich der Bieter bei der Teilnahme am Vergabeverfahren bedient hat, erscheint nicht erforderlich, weil ihre Ersatzpflicht sich in aller Regel bereits aus dem Schutzgesetzcharakter der jeweiligen Strafnorm ergeben wird.

d) zu *Abs 3*: Die Bestimmung vermengt Elemente eines zivilrechtlichen, nach außen wirksamen Rücktrittsrechts mit jenen einer Selbstbindungsnorm. Zweifellos ist das Bedürfnis, sich von einem durch strafbares Verhalten der Beteiligten herbeiführten Vertrag lösen zu können, zu billigen. Wenn jedoch das Rücktrittsrecht unter der Einschränkung steht, daß seine Ausübung "nicht im Widerspruch zu den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit steht", dann ist dies wohl in dem Sinn zu verstehen, daß der Rechtsträger bei Gefahr eines solchen Widerspruchs von seinem Rücktrittsrecht nicht Gebrauch machen *soll*. Dagegen dürfte es nicht der Absicht der Entwurfverfasser entsprechen, daß auch die zivilrechtliche Wirksamkeit des Rücktritts von der genannten Voraussetzung abhängig ist. Andernfalls könnte sich sogar der Bieter, gegenüber welchem der Zuschlag widerrufen werden soll, trotz seiner strafbaren Handlung darauf berufen, daß ein Rücktritt des Rechtsträgers nicht möglich, weil die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gefährdet sind. Der Wortlaut des Entwurfs legt jedoch genau dieses Ergebnis nahe. Eine entsprechende Klarstellung erscheint daher angebracht (zu diesem Problemkreis bereits *Doralt*, in: Reform des Vergaberechts 100 f).

Überhaupt ist zu erwägen, *Abs 3* ersatzlos zu streichen, weil die Interessen des Rechtsträgers durch zivilrechtlichen Grundsätzen der *Kollusion (Mißbrauch der Vertretungsmacht)*, dazu etwa *Koziol - Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts⁹ I 177 f), deren Geltung durch *Abs 5* unberührt bleiben, in ausreichender Weise geschützt werden. Diese Vorgangsweise würde es auch erlauben, den im Zivilrecht ungebräuchlichen Terminus "Widerruf" (dazu kritisch bereits *Krejci*, ÖZW 1982, 38 f), dessen genaue Rechtsfolgen das Gesetz nicht regelt, zu vermeiden.

