

Rechtspolitische Überlegungen

zur erforderlichen Novellierung der §§ 83 und 254
BVerG 2018

Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs

27. August 2021

I. Verfassungsrechtliche Problematik der Schadenskompensation gemäß § 83 Abs 2 Z 1 BVergG 2018 (§ 254 Abs 2 Z 1 BVergG 2018)

Die derzeitige Ausgestaltung der Schadenskompensation gemäß § 83 Abs 2 Z 1 BVergG (§ 254 Abs 2 Z 1 BVergG 2018) birgt verfassungsrechtlich sowohl objektiv-rechtlich mit Blick auf die Anforderungen des aus Art 18 B-VG resultierenden Bestimmtheitsgebots als auch subjektiv-rechtlich, aus Perspektive des Gleichheitssatzes gemäß Art 7 B-VG und der in Art 6 StGG gewährleisteten Erwerbsfreiheit, bei laufenden Ermittlungsverfahren im Hinblick auf § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 wesentliche Probleme. Ihnen effektiv entgegenzuwirken kann *de lege lata* nur mit Hilfe verfassungskonformer Interpretation sichergestellt werden. *De lege ferenda* wird eine entsprechende Klarstellung angeregt, die ein verfassungskonformes Ergebnis klar im positiven Recht verankert.

II. Rechtslage

§ 83 Abs 2 BVergG 2018 lautet:

„Zur Glaubhaftmachung im Sinne des Abs. 1 letzter Satz hat der Unternehmer darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das

nochmalige *Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Der Unternehmer hat nachzuweisen, dass er folgende Maßnahmen getroffen hat:*

1. er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat,

2. er umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung mitgewirkt hat, und

3. er effektive Maßnahmen wie

a) die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens, oder

b) die Einschaltung eines Organes der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften, oder

c) die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften

gesetzt hat.“

§ 83 BVergG 2018 setzt Art 57 Abs 6 und 7 Vergabe-RL 2014/24/EU um. § 254 BVergG 2018 übernimmt die so getroffene Anordnung in Umsetzung der Vorgaben der Sektorenvergabe-RL 2014/25/EU. Die folgenden Ausführungen beanspruchen dementsprechend für beide Bestimmungen gleichermaßen Geltung.

II. Eckpunkte der verfassungsrechtlichen Problemstellung

Schadenersatzforderungen, insbesondere auch im Gefolge von Kartellrechtsverstößen, bedürfen regelmäßig einer gerichtlichen Entscheidung, zumal ein allenfalls eingetretener Schaden vielfach sowohl dem Grund als auch der Höhe nach klärungsbedürftig ist, ebenso wie die Frage, wem gegenüber Ersatz zu leisten ist. Eine erfolgreiche Selbstreinigung *strictu sensu* vom Nachweis abhängig zu machen, dass der Unternehmer „*einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat*“, wirft vor diesem Hintergrund mehrere verfassungsrechtliche Probleme auf:

Zunächst steht eine solcherart objektiv vielfach unbestimmbare – weil dem Gesagten entsprechend vielfach unbestimmte – Verpflichtung in einem Spannungsverhältnis zu den Bestimmtheitsanforderungen aus Art 18 B-VG. Entgegen den in stRsp entwickelten Anforderungen (vgl nur VfSlg 13.460/1993) besteht in einer Situation dergestalt verdichteter Ungewissheit, was die eigene Leistungspflicht anlangt, keine Möglichkeit des Normunterworfenen, sein Verhalten auf die aus der Norm erfließenden Anforderungen einzurichten. Damit wird der Unternehmer typischerweise – will er sichergehen, die ihm rechtlich zustehende Möglichkeit auf Selbstreinigung erfolgreich in Anspruch zu nehmen – dazu verhalten, eine

Vorleistung auf Verdacht hin zu unternehmen, auch wenn sie der Sache nach nicht angezeigt und allenfalls für das Unternehmen wirtschaftlich nachteilig ist, soweit dadurch die Bedingung erfüllt wird, am fraglichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Gerade im Zusammenhang mit Kartellschäden besteht unter Aspekten der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit ein typisches Manko darin, den geforderten Ersatz „jeglichen“ Schadens mangels vorheriger gerichtlicher Klärung der grundsätzlich Berechtigten bewerkstelligen zu können.

Die so skizzierte objektiv-rechtliche Problematik wird subjektiv-rechtlich sowohl auf Ebene des Gleichheitssatzes gemäß Art 7 B-VG als auch der Erwerbsfreiheit gemäß Art 6 StGG gespiegelt. Gleichheitsrechtlich kann eine Vorleistung auf Verdacht, von der die Teilnahme an einem Vergabeverfahren abhängig gemacht wird, zum einen nicht den in der Rsp des VfGH etablierten Sachlichkeitsanforderungen genügen (dazu nur *Grabenwarter/Frank*, B-VG [2020] Art 7 B-VG Rz 16 ff). Zum anderen werden auf Basis der geltenden gesetzlichen Ausgestaltung ohne sachliche Rechtfertigung jene Situationen, in denen eine rechtskräftige Entscheidung über das Bestehen und die Höhe von Schadenersatzforderungen vorliegt, gegenüber jenen, in denen das nicht der Fall ist, privilegiert (dazu nur *Muzak*, B-VG⁶ (2020) Art 2 StGG Rz 21).

Beide Problemstellungen implizieren zugleich einen Konflikt zwischen dem Wortlaut der Regelung und den Anforderungen der in Art 6 StGG gewährleisteten Erwerbsfreiheit. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der das Ver-

fahren der Selbstreinigung insgesamt prägt, verlangt auch aus dieser freiheitsrechtlichen Perspektive Beachtung. Mit der Rsp des VfGH sind die damit verbundenen Anforderungen besonders hoch, wenn es sich um Fragen des Erwerbszugangs insgesamt handelt (vgl nur *Bezemek*, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte [2016] 285 f). Eine der wörtlichen Lesart des Art 83 Abs 2 Z 1 BVergG 2018 entsprechende Verpflichtung, allenfalls (sogar) unternehmensschädigendes Verhalten in Gestalt einer nicht näher substantiierten (bzw nicht näher substantiierbaren) Vorleistung setzen zu müssen, kann in sinngemäßer Anwendung der gleichheitsrechtlich entwickelten Argumente den Verhältnismäßigkeitsanforderungen der Erwerbsfreiheit nicht genügen.

III. Lösungsansätze

Die solcherart verfassungsrechtlich problematische einfachgesetzliche Rechtslage ist nicht durch das sekundäre Unionsrecht vorgegeben. Vielmehr überlassen die Vergaberichtlinien es weitestgehend den Mitgliedstaaten, die verfahrenstechnischen und inhaltlichen Bedingungen zu bestimmen, die für die Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen gelten sollen. Konsequentermaßen haben andere Mitgliedstaaten (wie etwa Deutschland) insbesondere für die hier diskutierten Konstellationen wettbewerbswidriger Absprachen ein Verständnis entwickelt, wonach die umfassende Zusicherung des Ausgleichs jeglicher – einschließ-

lich dem Grunde nach strittiger – Schäden für die Selbstreinigung nicht erforderlich ist.

Für die österreichische Rechtsordnung ist damit dem Grundsatz der „doppelten Bedingtheit“ (vgl schon VfSlg 14.863/1997) folgend eine Lösung anzustreben, die die hier dargelegten verfassungsrechtlichen Probleme bei unionsrechtskonformer Umsetzung vermeidet.

Mit Blick auf die *lex lata* ist vor diesem Hintergrund eine verfassungskonforme Interpretation geboten, die den überschießenden Wortlaut des § 83 Abs 2 BVergG 2018 dahingehend reduziert, dass, wenn in den Fällen des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 über die Ausgleichspflicht dem Grunde und der Höhe nach noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, der Auftraggeber im Rahmen der Selbstreinigung vom Unternehmer weder Schadenersatz auf bloßen Verdacht hin abverlangen, noch die Verpflichtung zur Ausgleichszahlung (eines dem Grunde und der Höhe nach strittigen Schadens) fordern darf. Nämliches gilt im Sinne des zuvor (B.) Festgehaltenen für § 254 Abs 2 Z 1 BVergG 2018.

Rechtsstaatlich wünschenswert wäre demgegenüber auf einfachgesetzlicher Ebene eine Klarstellung vorzunehmen und den Gesetzestext selbst an die verfassungsrechtlichen Anforderungen anzupassen. Vor diesem Hintergrund ergeht der folgende Vorschlag *de lege ferenda*:

Rechtspolitische Überlegungen

Ergänzung des § 83 Abs 2 (aE) BVergG 2018:

„Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 Z 4 entfällt die Nachweisführung gemäß Abs. 2 Z 1, wenn die verursachten Schäden noch nicht rechtskräftig festgestellt wurden und dem Grunde und der Höhe nach strittig sind.“

Nämliches wird für § 254 Abs 2 BVergG 2018 angeregt.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'André F'.A handwritten signature in black ink, appearing to be 'U L'.