Auch für § 16a Abs 2 GmbHG-Entwurf gilt das bereits zu Abs 1 Gesagte. Es erscheint in keiner Weise sachgerecht, eine Regelung der Mandatsniederlegung nur im GmbHG vorzusehen, nicht aber in verwandten Gesetzen. Jedenfalls gilt dies für das GenG, weil die Stellung des Vorstandes einer Genossenschaft – zumindest rechtlich, wenn auch nicht immer faktisch – der des GmbH-Geschäftsführers wegen seiner jederzeitigen Abberufbarkeit, der Bestellung auf regelmäßig bestimmte Zeit und der Weisungsunterworfenheit gegenüber der Generalversammlung stark ähnelt. Aber auch in bezug auf die aktienrechtliche Rechtslage bzw die Situation nach dem SpG ergäbe sich bei Umsetzung des § 16a GmbHG-Entwurf eine merkwürdige Situation. Der GmbH-Geschäftsführer könnte mit sofortiger Wirkung wirksam nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zurücktreten, wohingegen das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft zwar nach wohl unbestrittener Auffassung eines wichtigen Grundes für den Rücktritt zu dessen Rechtmäßigkeit bedarf, nach ebenfalls fast einhelliger Meinung aber auch der unberechtigte Rücktritt wirksam ist, dh jedenfalls keine Erfüllungsansprüche der Gesellschaft auslöst[22]). Diese Situation stünde zudem in einem merkwürdigen Spannungsverhältnis mit der Tatsache, daß die Abberufung des Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft unstrittigermaßen (vgl § 75 Abs 4 AktG) eines wichtigen Grundes bedarf, die des GmbH-Geschäftsführers gemäß § 16 Abs 1 GmbHG jedoch nicht.

Wie schon erwähnt, kann bloß mit der Tatsache der besonders starken Verbreitung der GmbH in Österreich der Umstand einer nur auf diese Gesellschaftsform beschränkten Regelung eines bei sämtlichen Körperschaften auftretenden Phänomens (Mandatsniederlegung der geschäftsführenden und vertretenden Organwalter) in keiner Weise gerechtfertigt werden.

Es besteht daher hinsichtlich der erörterten Bestimmung des Gesetzesentwurfes dringender Überarbeitungsbedarf.

[22]) So auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht[5] 226.

Die Novelle zum BVergG: Neuerungen im Geltungsbereich und Rechtsschutz

Von RAA MMag. Dr. *Dietmar Czernich* LL.M. und RAA MMag. Dr. *Ivo Rungg*

Durch das Inkrafttreten des Beschlusses Nr 7/94 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses[1]) und der Verpflichtung zur Übernahme des acquis communautaire durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union war eine Novellierung des BVergG notwendig geworden. Deshalb wurde am 24. 9. 1996 eine Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz zur Änderung des Bundesvergabegesetzes vom Ministerrat beschlossen. Im Dezember 1996 wurde die Regierungsvorlage mit kleineren Änderungen im Parlament angenommen, womit die Novelle am 1. 1. 1997 in Kraft getreten ist[2]). Der folgende Beitrag skizziert die Änderungen im (erweiterten) Geltungsbereich und im neu ausgestalteten Rechtsschutzmechanismus.

I. Geltungsbereich

1. Persönlicher Geltungsbereich

Der Begriff des „Öffentlichen Auftraggebers" iS § 6 Abs 1 BVergG[3]) wurde durch die Neufassung der Ziffer 2 in seiner Bedeutung dem Europarecht angepaßt und dadurch konkretisiert. Demnach gelten als öffentliche Auftraggeber auch Einrichtungen des Bundes, die zumindest teilrechtsfähig sind, die gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind[4]), und die

- entweder von Organen des Bundes oder von Personen verwaltet werden, die hierzu von Organen des Bundes bestellt sind, oder
- die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen[5]) oder
- die überwiegend vom Bund finanziert werden.

Damit sollte insbesondere der europarechtliche Begriff der „Einrichtung öffentlichen Rechts"[6]) umgesetzt werden[7]), der für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber nicht darauf abstellt, in welcher Rechtsform (öf-

[1]) Beschluß des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 21. 3. 1994, der mit 1. 7. 1994 in Kraft getreten ist (BGBl 565/1994).

[2]) BGBl 1996/776.

[3]) Vgl *Gutknecht*, Das Bundesvergabegesetz, ecolex 1993, 860; *Grussmann/Weinmeier*, Die Umsetzung des EG-Vergaberechts in Österreich, Economy-Fachmagazin 10/1993, 227 f; *Korinek*, Landesvergaberecht im System des österreichischen Vergaberechts, Connex 1995, 6 ff; *Korinek*, Der Stand des österreichischen Vergaberechts, ecolex 1996, 60 ff.

[4]) Die 323 BlgNR XX. GP (EBRV) S 78 beziehen den Ausdruck „nicht gewerblicher Art" unter Hinweis auf Art 1 lit b LieferRL 93/37/EWG und Anlage 1 Pkt I zu Anhang XVI des EWR-Abkommens, BGBl 1993/909, und dem diesbezüglich identen Anhang I Pkt XI. E. Pkt 1 sublit b der Beitrittsakte, BGBl 1995/45, auf das Unternehmen selbst und nicht auf die Aufgaben im öffentlichen Interesse; in diesem Sinne auch die SektorenRL, nach der die Einrichtungen „einen anderen Charakter als den eines Handels- bzw. Industrieunternehmens besitzen" müssen.

[5]) Darunter sind nach den 323 BlgNR XX. GP S 80 Ingerenzmöglichkeiten (jedenfalls ex ante) hinsichtlich der wirtschaftlichen Gebarung von Einrichtungen durch öffentliche Auftraggeber aufgrund organisationsrechtlicher Vorschriften zu verstehen, was etwa auf die beruflichen Interessensvertretungen (Kammern) zutrifft.

[6]) Vgl Art 1 lit b LieferkoordinierungsRL 93/36/EWG; Art 1 lit b BaukoordinierungsRL 93/37/EWG; Art 1 lit b DienstleistungskoordinierungsRL 92/50/EWG; Art 1 Z 1 SektorenRL 93/38/EWG.

[7]) 323 BlgNR XX. GP S 78; zur Entwicklung des Begriffes „Einrichtung öffentlichen Rechts" siehe *Winter*, Public Procurement in the EEC, CMLR 1991, 756 f.

fentlich-rechtlich oder privatrechtlich)[8]) gehandelt wird, sondern ob die Rechtssubjekte „im allgemeinen Interesse gelegene Aufgaben" erfüllen, nicht gewerblicher Art sind und ihre Nähe zum Staat alternativ durch eine der drei letztgenannten Kriterien gekennzeichnet ist[9]).

Während letzteres in jedem Einzelfall nachzuprüfen sein wird, können sich bei der Auslegung der Begriffe „Allgemeininteressen" und „Gewerblichkeit" erhebliche Probleme ergeben. Weder die Richtlinien selbst noch das BVergG als Umsetzung des acquis beinhalten nämlich eine Definition dieser unbestimmten Begriffe, wobei jedenfalls vertreten wird, daß sie autonom, also nach den Zielen des gemeinsamen Marktes zu interpretieren sind[10]). Für *Hailbronner* ist für das „Allgemeininteresse" maßgeblich, „ob die öffentliche Einrichtung am Wirtschaftsverkehr aufgrund besonderer öffentlich-rechtlicher Befugnisse oder Sonderrechtsnormen teilnimmt"[11]) und die EBRV sehen darin „einen gewissen Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge), die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird"[12]).

Selbst wenn die Einrichtung des Bundes jedoch Aufgaben erfüllt, die im Allgemeininteresse liegen, kann der Anwendung des BVergG dennoch die „Gewerblichkeit"[13]) einer Einrichtung entgegenstehen. Davon ist nämlich dann auszugehen, wenn die Einrichtung des Bundes wie ein gewöhnlicher Handels- oder Industrieunternehmen am privaten Wirtschaftsverkehr teilnimmt[14]), mit anderen Unternehmen im Wettbewerb steht[15]) und bei der Vergabe von Aufträgen kein staatlicher Einfluß stattfindet[16]).

Insgesamt umfaßt der Kreis der öffentlichen Auftraggeber gem § 6 Abs 1 BVergG neben dem Bund[17]) und den juristischen Personen öffentlichen Rechts, also den öffentlichen Auftraggebern im formalen und institutionellen Sinn[18]), auch öffentliche Auftraggeber im funktionellen Sinn[19]), also auch privatrechtlich organisierte Unternehmen, die unter bevorzugten Bedingungen des Wettbewerbs agieren[20]). Eine Hilfestellung bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG ist, ergibt sich aus den Verzeichnissen, die in den Anhängen zur BaukoordinierungsRL und der LieferRL, für ihren Geltungsbereich die Einrichtungen öffentlichen Rechts für die einzelnen Mitgliedstaaten gesondert, jedoch ohne Anspruch auf Vollständigkeit anführen[21]).

Auch der Abs 2 des § 6 BVergG wurde insofern näher an die zugrundeliegende Sektorenrichtlinie herangeführt, als der persönliche Geltungsbereich in den Sektoren neben den öffentlichen und privaten Auftraggebern, sofern letztere eine Tätigkeit im Sektorenbereich auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die ihnen von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, um den Begriff des „öffentlichen Unternehmens" erweitert wurde[22]). Öffentliche Unternehmen sind in § 9 Z 25 BVergG definiert, wobei sie sich von den öffentlichen Auftraggebern in erster Linie durch das fehlende Kriterium der „mangelnden Gewerblichkeit" unterscheiden.

Schließlich wurde der § 6 BVergG durch die Novelle ergänzt mit der bekannten, leicht veränderten Bestimmung des § 1 Abs 3 BVergG alt, wonach im Baubereich Bauaufträge iSd Anhanges II oder damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungsaufträge selbst dann dem BVergG unterliegen, wenn sie von rein privaten Unternehmen vergeben werden, diese Aufträge jedoch von öffentlichen Auftraggebern zu mehr als 50 % finanziert oder direkt gefördert werden.

[8]) Vgl *Seidel,* Öffentliches Auftragswesen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 1993, H. IV., 4.

[9]) Vgl *Hailbronner,* Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach europäischem Gemeinschaftsrecht, WiVerw 1994, 193; *Seidl,* Probleme der Integration der öffentlichen Beschaffungsmärkte, Vortrag vor dem Europa-Insititut der Universität des Saarlandes, Nr 260, 1991, 14; *Prieß,* Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, München 1994, 53.

[10]) Vgl *Grussmann,* Das neue Vergaberecht – Erste Analyse und Problemübersicht, WBl 1994, 289 f; 323 BlgNR XX. GP S 71 f mwN.

[11]) *Hailbronner,* Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach europäischem Gemeinschaftsrecht, WiVerw 1994, 194; vgl auch *Obermann/Soukup,* Öffentliche Unternehmen und die europäische Integration, Wien 1992, 49 ff.

[12]) 323 BlgNR XX. GP S 78, wobei Handeln in hoheitlicher Rechtsform einer öffentlichen Zwecksetzung dient, wodurch das Allgemeininteresse hier indiziert ist.

[13]) Auch dieser Begriff ist im Gegensatz zu den EBRV zum BVergG alt, 972 BlgNR XVIII. GP S 53, autonom und nicht gem § 1 Abs 2 GewO 1994 auszulegen; so bereits *Korinek,* Landesvergaberecht im System des österreichischen Vergaberechts, Connex 1995, 7. Ist ein Unternehmen nur teilweise gewerblicher Art, so ist im Zweifel dennoch die Anwendbarkeit des BVergG zu bejahen; vgl 323 BlgNR XX. GP S 79, wonach etwa die österreichische Staatsdruckerei die Kriterien des § 6 Abs 1 Z 2 erfüllt.

[14]) *Hailbronner,* Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach europäischem Gemeinschaftsrecht, WiVerw 1994, 194.

[15]) *Korinek,* Landesvergaberecht im System des österreichischen Vergaberechts, Connex 1995, 7.

[16]) 323 BlgNR XX. GP S 79.

[17]) Zu beachten ist, daß sich das BVergG ausschließlich auf öffentliche Auftraggeber im Bereich des Bundes bezieht; vgl dazu stellvertretend für die kompetenzrechtliche Problematik *Pernthaler,* Die innerstaatlichen Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG aus der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich, in: *Funk/Marco/Perntahler,* Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG, 1992, 48 ff und die aA von *Thienel,* Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609 ff; zum persönlichen Anwendungsbereich speziell *Grussmann,* Das neue Vergaberecht – Erste Analyse und Problemübersicht, WBl 1994, 294 ff.

[18]) Eine demonstrative Aufzählung findet sich in § 6 Abs 1 Z 2 selbst.

[19]) Zu dieser Auslegung grundlegend EuGH E vom 20. 9. 1988, *Beentjes/Niederlande,* EuGH Rs 31/87, Slg 1988, 4635, 4655; siehe dazu *Winter,* Public Procurement in the EEC, CMLR 1991, 758 f und *Prieß,* Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, München 1994, 54.

[20]) Die 323 BlgNR XX. GP S 79 führen dafür beispielsweise an: „Schranken für potentielle Mitbewerber", „Verhinderung oder Beschränkung des Anbieterwettbewerbs" oder „die besondere (zB gesetzliche) Ausgestaltung von Rahmenbedingungen betreffend die Abwicklung von Aufträgen [...], die einen bestimmten Anbieter oder eine Gruppe von Anbietern bevorzugt".

[21]) Vgl für Österreich Anhang I Pkt XI. E. Z 1 lit b (wenn auch unergiebig) und Z 2 lit b der Beitrittsakte, BGBl 1995/45.

[22]) Art 1 Z 2 SektorenRL 93/38/EWG; dazu *Winter,* Public Procurement in the EEC, CMLR 1991, 757; *Prieß,* Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, München 1994, 55.

2. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich wird neben einzelnen kleineren Korrekturen des BVergG in erster Linie durch die Umsetzung der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie[23]) und die Änderung des § 67 BVergG erweitert, wonach auch der 4. Teil (Rechtschutz) und die §§ 46 (Bekanntmachung) und 46c (Vereinheitlichung der Nomenklatur) für die Sektorenauftraggeber für verbindlich erklärt werden.

Die Aufnahme des sachlichen Geltungsbereiches der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie[24]) erfolgt durch den neuen § 1b Abs 1 BVergG, wonach das BVergG auch für entgeltliche Dienstleistungsaufträge iSd Anhänge III (taxativ) und (zumindest teilweise)[25]) IV[26]) (demonstrativ) gilt. Dabei zu beachten sind jedoch die Ausnahmen der Z 1–8 des § 1b Abs 1 BVergG[27]) und die Schwellenwerte[28]). Da Konzessionsverträge grundsätzlich nicht unter den Begriff des „entgeltlichen schriftlichen Vertrages" der RL subsumiert werden können[29]), wurde in § 1b Abs 1 Z 8 klargestellt[30]), daß das BVergG für öffentliche Dienstleistungskonzessionen nicht gilt. Eine Abgrenzung der Dienstleistungsaufträge von den Lieferaufträgen erfolgt bei Mischverträgen durch den Wert der jeweiligen Leistungsverpflichtungen[31]).

Ergänzend sei noch festgehalten, daß ab Inkrafttreten der Novelle innerhalb der Schwellenwerte gem § 8 BVergG grundsätzlich[32]) die öffentlichen Auftraggeber nach § 6 Abs 1 Z 1–4 die Bestimmungen der ÖNORM A 2050 anzuwenden haben, womit eine Vereinheitlichung zumindest im Bundesbereich sichergestellt zu sein scheint[33]). Die Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlaß von Erstreckungsverordnungen findet sich nun in § 8a BVergG, wobei hier Untergrenzen festgelegt wurden.

II. Rechtsschutz

Wenngleich das BVergG (alt) überhaupt erst ein Rechtsschutzinstrumentarium im österreichischen Vergaberecht geschaffen hat, so war dies doch noch unvollkommen und bot genügend Möglichkeiten namentlich für den Auftraggeber, dieses zu unterlaufen. In der Frage nach dem Umfang des Schadenersatzanspruchs des übergangenen Bieters stellte das BVergG überhaupt einen Rückschritt zur vorherigen Lage dar, indem es diesen auf das negative Interesse beschränkte. Diese Unzulänglichkeiten führten zur Kritik der Lehre[34]) und namentlich der EU-Kommission, die ernste Zweifel äußerte, ob das von den Vergaberichtlinien geforderte Postulat des effektiven Rechtsschutzes durch das BVergG erfüllt wurde[35]).

Dieser Kritik Rechnung tragend gestaltete der Gesetzgeber das Rechtsschutzverfahren in der Novelle neu, wobei er – durchaus zum Vorteil der neuen Rechtslage – auf die bisherigen Erfahrungen zurückgreifen konnte. Das neue Rechtsschutzinstrumentarium stellt nun eine taugliche Waffe der Bieter dar, sich gegen Rechtswidrigkeiten des Auftraggebers im Vergabeverfahren effektiv zur Wehr zu setzen.

Von der Verbesserung der inneren Wirkungsweise der Rechtsschutzmechanismen abgesehen brachte die Novelle zum BVergG auch eine sachliche Ausweitung des Anwendungsbereichs der Rechtsschutzmöglichkeiten. Nach neuer Rechtslage stehen die Rechtsschutzmöglichkeiten unabhängig von der Natur des zu vergebenden Auftrags zur Verfügung, soferne das BVergG auf den Auftrag selbst anwendbar ist. Insbesondere fällt nunmehr der Sektorenbereich uneingeschränkt unter die Bestimmungen über den Rechtsschutz.

1. Suspensivwirkung der Anrufung der Vergabekontrollkommission

Nach bisher geltendem Recht hatte die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens vor der Bundesvergabekontrollkommission (BVKK) keine aufschiebende Wirkung auf das Vergabeverfahren selbst. Noch dazu mußte der Antrag spätestens drei Wochen vor Ablauf der Zuschlagsfrist bei der Geschäftsführung der BVKK eingelangt sein. Dadurch wurde es der vergebenden Stelle leicht gemacht, das Verfahren vor der BVKK und – in weiterer Folge – vor dem Bundesvergabeamt (BVA) dadurch zu unterminieren, daß während laufendem Verfahren einfach der Zuschlag erteilt und somit ein fait accompli geschaffen wurde. Der übergangene Bieter war dann auf – ohnehin nur mit dem negativen Interesse begrenzte – Schadenersatzansprüche verwiesen.

Nach § 87 Abs 8 BVergG ist nun die Zuschlagserteilung binnen vier Wochen nach Anrufung der BVKK mit zivilrechtlicher Nichtigkeit sanktioniert. Die Anrufung der BVKK hemmt den Ablauf der Zuschlagsfrist (§ 28 BVergG). Die Frist zur Anrufung der BVKK beginnt mit der Verständigung der vergebenden Stelle über die Ein-

[23]) Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl L 209 vom 24. 7. 1992, S 1); zur Verpflichtung der Umsetzung siehe *Korinek,* Der Stand des österreichischen Vergaberechts, ecolex 1996, 60.

[24]) Vgl dazu *Prieß,* Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, München 1994, 49 ff.

[25]) Vgl § 1b Abs 2 und 3 BVergG.

[26]) Entsprechen den Anhängen 1A und 1B der DienstleistungskoordinierungsRL und Anhang XVI Teil A und Teil B der Sektoren RL.

[27]) Vgl zu den einzelnen Ausnahmen die Erwägungen in der Präambel der DienstleistungskoordinierungsRL sowie 323 BlgNR XX. GP S 76.

[28]) § 3a BVergG legt die Schwellenwerte für Dienstleistungen fest.

[29]) Vgl *Prieß,* Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, München 1994, 53; deshalb auch die Bestimmung in Art 1 lit d BaukoordinierungsRL und § 1a Abs 2 BVergG, wonach Baukonzessionsaufträge vom Geltungsbereich ausdrücklich umfaßt sind.

[30]) Siehe 323 BlgNR XX. GP S 76 – mit einer Definition der „öffentlichen Dienstleistungskonzession".

[31]) Siehe § 1c BVergG.

[32]) Ausgenommen ist der Sektorenbereich und Dienstleistungsaufträge gem Anhang IV.

[33]) Siehe dazu ausführlich 323 BlgNR XX. GP S 82 f.

[34]) Vgl *Thienel,* Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBl 1993, 373.

[35]) *Fruhmann,* Regierungsvorlage zur Änderung des BVergG, ecolex 1996, 967, 970.

leitung eines Schlichtungsverfahrens durch die BVKK. Die Nichtigkeit bewirkt nicht nur bloße Anfechtbarkeit, sondern läßt erst überhaupt keinen Vertrag zustande kommen (absolute Nichtigkeit)[36]). Die Nichtigkeit ist in einem etwaigen Verfahren von Amts wegen wahrzunehmen[37]). Die Nichtigkeitssanktion fällt erst weg, wenn der Bieter den Antrag auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens zurückzieht, wenn eine gütliche Einigung zustande kommt oder wenn die BVKK entscheidet, daß (mangels Zuständigkeit) kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird.

Durch die echte Suspensivwirkung der Anrufung der BVKK wird den Bietern ein scharfes Mittel in die Hand gegeben, auch schon vor Einleitung des Verfahrens auf die vergebende Stelle Druck auszuüben, daß diese Rechtswidrigkeiten beseitigt bzw unterläßt. Insbesondere wenn die vergebende Stelle den Auftrag schnell vergeben möchte, kann dies zu einer scharfen Waffe werden, weil Prozeßvoraussetzung für ein Verfahren vor der BVKK nicht eine behauptete Rechtswidrigkeit ist, sondern vielmehr eine schlichte Meinungsverschiedenheit genügt. Freilich erlaubt es diese Rechtslage nicht nur, Druck auf die vergebende Stelle auszuüben, vielmehr kann dadurch auch der Tag des Zuschlags – praktisch nach Belieben – uU zum Schaden der Mitbewerber um bis zu vier Wochen hinausgezögert werden. Eine Sanktion für die mißbräuchliche Inanspruchnahme der Vergabekontrollorgane sieht das BVergG nämlich nicht vor, ein geschädigter Bieter ist auf den Anspruch nach § 1295 Abs 2 ABGB beschränkt.

Nach § 88 Abs 2 BVergG hat die BVKK binnen zwei Wochen – mangels vorheriger gütlicher Einigung – eine Empfehlung zu erlassen, wie die Meinungsverschiedenheit zu lösen ist. Anschließend hat der Bieter noch weitere zwei Wochen Zeit, zu entscheiden, ob er das BVA anrufen möchte. Während dieser Zeit wirkt noch der Suspensivschutz des § 87 Abs 8 BVergG. Gleichzeitig mit dem Antrag an das BVA auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens kann der Bieter einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung stellen, über den innerhalb von fünf Tagen zu entscheiden ist. Mit dieser einstweiligen Verfügung kann der vergebenden Stelle die Erteilung des Zuschlags untersagt werden. Wenn der Bieter den Nachprüfungsantrag verbunden mit dem Antrag auf einstweilige Verfügung daher nicht später als am 23. Tag nach Einleitung des Verfahrens vor der VKK stellt, hat er völligen Schutz vor der Schaffung eines fait accompli durch die vergebende Stelle.

Entscheidet die BVKK nicht innerhalb von zwei Wochen, so kann nach Verstreichen dieser Frist gem § 92 Abs 1 Z 1 das BVA unmittelbar angerufen werden.

2. Erleichterte Anrufung des Bundesvergabeamtes (BVA)

Die Zweiteilung des Rechtsschutzverfahren in das Schlichtungsverfahren vor der BVKK und das Prüfungsverfahren vor dem BVA ist ein Spezifikum des BVergG, das in anderen Ländern, die ebenfalls zur Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien verpflichtet waren, keinen Widerpart gefunden hat. Während die zwangsweise Vorschaltung der BVKK zweifellos verfahrensökonomisch positive Effekte hat, gab es nach altem Recht Friktionen an der Schnittstelle zwischen BVKK und BVA, die sich vor allem daran entzündeten, was zu geschehen habe, wenn die BVKK rechtswidrigerweise nicht oder nicht rechtzeitig tätig wurde. Den dadurch entstehenden Rechtsschutzdefiziten hat die Novelle zum BVergG dahingehend abgeholfen, indem das BVA nun auch dann direkt angerufen werden kann, wenn das Verfahren vor der BVKK nicht so abläuft, wie im Gesetz vorgesehen. Das Gesetz sieht hier drei Fälle vor:

(1) Nach § 92 Abs 1 Z 2. Fall kann das BVA sofort angerufen werden, wenn sich die BVKK für unzuständig erklärt. (2) Erläßt die BVKK innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 88 Abs 2 BVergG keine Empfehlung, so kann nach Ablauf dieser Frist ebenfalls das BVA direkt angerufen werden (§ 92 Abs 2 Z 1 1. Fall). (3) Wird vor der BVKK eine gütliche Einigung erzielt, und verletzt die vergebende Stelle in weiterer Folge diese Einigung, so kann der Bieter nach § 92 Abs 2 Z 2 BVergG ebenfalls direkt das BVA anrufen, ohne – wie nach altem Recht – gezwungen zu sein, ein nochmaliges Schlichtungsverfahren zu initiieren.

Diese im Gesetz neu vorgesehenen Möglichkeiten, das BVA direkt – unter teilweiser Umgehung der BVKK – anzurufen, sind zweifellos eine wesentliche Verbesserung im Rechtsschutz vor den Vergabekontrollorganen, wenngleich dadurch teilweise auch nur der legistische Nachvollzug früherer Entscheidungen des BVA erfolgt[38]).

3. Einstweilige Verfügungen

Die zweiwöchige Frist zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung beim BVA läuft nach § 93 Abs 2 BVergG nun nicht mehr ab Kenntnis der Rechtswidrigkeit (wie vor der Novelle), sondern ab Kenntnis der Empfehlung der BVKK. Dadurch entfällt der bisher extrem kurze Entscheidungsspielraum[39]) zwischen Empfehlung der BVKK und Fristende. Die maximale Lebensdauer einer einstweiligen Verfügung wurde von einem auf nunmehr zwei Monate verlängert (§ 93 Abs 5 BVergG). Neu ist weiters, daß das BVA in einstweiligen Verfügungen nicht nur die Zuschlagerteilung untersagen darf, sondern darüber hinaus weitere, ihm geeignet erscheinende Maßnahmen anordnen kann[40]).

Einstweilige Verfügungen ergehen in Bescheidform, was der bisherigen Spruchpraxis des BVA entspricht[41]). Daraus folgt, daß einstweilige Verfügungen jedenfalls nach Art 144 B-VG beim VfGH anfechtbar sind. Die Vollstreckung der einstweiligen Verfügung erfolgt nach dem VVG.

[36]) 323 BlgNR XX. GP S 100.

[37]) *Krejci* in *Rummel*, ABGB², Rz 248 zu § 879 ABGB.

[38]) BVA vom 31. 7. 1995 *N-8/95-4*.

[39]) Dazu schon kritisch *Thienel*, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBl 1993, 373, 381.

[40]) *Fruhmann*, Regierungsvorlage zur Änderung des BVergG, ecolex 1996, 967, 970.

[41]) BVA N-6/96, N-12/95, N-9/85, N-8/95, N-1/95.

Der Gesetzgeber hat sich darüber hinaus entschieden, die sehr kurze Frist von drei Tagen, binnen derer das BVA über einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden hatte, auf fünf Tage zu verlängern. § 95 Abs 1 BVergG wurde entsprechend angepaßt.

4. Schadenersatz

Die wohl tiefgreifendste Neuerung (besser wohl: Wiederherstellung des alten Zustandes) im Rechtsschutzbereich hat die Novelle zum BVergG gebracht, indem sie die bisherige – höchst bedenkliche – Beschränkung des Schadenersatzanspruchs des übergangenen Bieters auf das negative Interesse abschaffte. Dies geschah nicht zuletzt in Hinblick auf die eindeutige Judikatur des EuGH, der diese Beschränkung in anderen Staaten als gemeinschaftswidrig betrachtete[42]).

Voraussetzung eines vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machenden Schadenersatzanspruchs des übergangenen Bieters gegen die vergebende Stelle ist weiterhin ein vorangehendes Verfahren vor dem BVA. Der Nachprüfungsantrag muß nun nicht mehr binnen der kurzen Frist von zwei Wochen ab Zuschlagerteilung gestellt werden. Nach § 92 Abs 4 BVergG ist der Antrag nun – in Anlehnung an § 26 Abs 1 VwGG – binnen sechs Wochen zu stellen.

Weitere Voraussetzung der Anrufung des Zivilgerichts nach § 91 Abs 3 BVergG ist, daß das BVA festgestellt hat, daß der Bieter eine „echte Chance" hatte, den Zuschlag zu bekommen. Somit ist nicht mehr – wie nach altem Recht – eine Feststellung des Inhalts erforderlich, daß der Bieter den Zuschlag jedenfalls erhalten hätte. Ist der übergangene Bieter der Meinung, das BVA habe zu unrecht ausgesprochen, daß er keine echte Chance hatte, den Zuschlag zu erhalten, so bleibt ihm nur, beim Zivilgericht die in § 102 Abs 3 BVergG vorgesehene Möglichkeit einer Amtsbeschwerde beim VwGH anzugen[43]). Eigentümlicherweise sind die ordentlichen Gerichte nicht berufen, diese Frage selbst zu entscheiden, weil sie nach § 102 Abs 3 BVerG an den Ausspruch des Bundesvergabeamtes gebunden sind.

Weiters wurde das Nachprüfungsverfahren vor dem BVA noch im Wege der parlamentarischen Beschlußfassung dahingehend abgeändert, daß das BVA auf Antrag der vergebenden Stelle auch feststellen kann, daß der sich übergangen fühlende Bieter *keine* echte Chance hatte, den Auftrag zu erlangen (im Gegensatz zur bestehenden Rechtslage, wonach das BVA nur feststellen konnte, ob ein Bieter eine Chance hatte, den Auftrag zu erlangen). Dadurch soll das Verfahren effizienter gestaltet werden, weil es in vielen Fällen einfacher sein wird, eine negative Feststellung zu treffen. Ob dies in der Praxis tatsächlich zu einer Vereinfachung führt, wird sich zeigen, weil die Fragestellung grundsätzlich dieselbe bleibt.

Somit bleibt den ordentlichen Gerichten nur die Frage nach der Höhe des Schadenersatzes zu beantworten, die sich nach allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts richtet.

5. Erstellung von Gutachten

Die Nov bringt insofern eine Ausweitung der Kompetenzen der BVKK, als § 87 Abs 1 Z 3 und 4 BVergG diese Behörde nun auch dazu berufen ist, Gutachten auch außerhalb eines konkreten Falles zu erstellen. Nach § 87 Abs 1 Z 3 BVergG ist die BVKK zuständig, nach Zuschlagserteilung ein Gutachten über die Durchführung des vergebenen Auftrages zu erstellen. Darüber hinaus kann die BVKK auf Antrag von interessierten Unternehmen, der in Frage kommenden Interessenvertretung oder der vergebenden Stelle ohne konkreten Anlaßfall ein Gutachten über den sachlichen oder persönlichen Anwendungsbereich des BVergG erstellen.

[42]) Nachweise bei *Fruhmann*, Aus der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Union, ÖJZ 1996, 401.

[43]) Zur Verfassungskonformität dieser Bestimmung siehe *Thienel*, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBl 1993, 373, FN 53.

Judikatur

Rechtsgründe für Eigentumserwerb

ABGB: §§ 424, 425, 1063

Die Abtretung eines Eigentumsvorbehaltes ist auch so möglich, daß der durch einen Eigentumsvorbehalt bereits gesicherte Drittfinanzierer die Vorbehaltssache freigibt und dafür Vorbehaltseigentum an einem anderen Sicherungsobjekt erhält, das mit dem Erlös der freigegebenen Vorbehaltssache angeschafft wurde.

Als Rechtsgrund für den mittelbaren Eigentumserwerb kommt jedes diese Rechtsänderung rechtfertigende Rechtsverhältnis in Frage. Kraft Privatautonomie können dies auch atypische Erwerbsgründe sein; selbst bloße Sicherungsabreden sind im Gesetz als taugliche Mittel für den Eigentumserwerb anerkannt, sodaß Treuhandvereinbarungen einen Rechtsgrund für den Eigentumserwerb abgeben können.

OGH 29. 1. 1996, 5 Ob 507/96

Am 22. 2. 1993 kaufte der Zweitbekl, der einzige Geschäftsführer der N-GmbH (der nachmaligen Gemeinschuldnerin), namens dieser Gesellschaft bei der S-GmbH einen PKW Porsche um 1,100.000 S unter Eigentumsvorbehalt. Der Zweitbekl leistete eine Anzahlung von 400.000 S. Zwecks Bezahlung des restlichen Kaufpreises schlossen die N-GmbH und der Zweitbekl als Solidarschuldner am selben Tag mit der Kl einen Kreditvertrag. Die Rückzahlung des von der Kl gewährten Kredites von 705.677 S sollte in 60 Monatsraten à 16.306 S ab 15. 3. 1993 erfolgen. Die S-GmbH wiederum zedierte die Kaufpreisrestforderung an die Kl und erklärte unter gleichzeitiger Übergabe des Typenscheins, daß sie der Kl das Vorbehaltseigentum am PKW Porsche übertrage. Die Restschuld von 700.000 S wurde von der Kl an die S-GmbH überwiesen.

Am 22. 6. 1993 kaufte der Zweitbekl namens der N-GmbH einen PKW Audi 100 bei der P-GmbH um 805.138 S und bezahlte diesen Betrag. Den Kaufpreis brachte er da-