

O. Univ.-Prof. Dr. Bernd-Christian FUNK
Ass.-Prof. Dr. Joseph MARKO
O. Univ.-Prof. Dr. Peter PERNTHALER

Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG



Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung
Band 52

WILHELM BRAUMÜLLER
Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.
Wien 1992

Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung
Band 52

herausgegeben vom

Institut für Föderalismusforschung, Innsbruck

Wissenschaftliche Leitung: Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler

Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG

von
Bernd-Christian FUNK
Joseph MARKO
Peter PERNTHALER



WILHELM BRAUMÜLLER
Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.
Wien 1992

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG /
von Bernd-Christian Funk ... - Wien: Braumüller, 1992

(Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung: Bd. 52)

ISBN 3-7003-0974-0

NE: Funk, Bernd-Christian; Institut für Föderalismusforschung <Innsbruck>:
Schriftenreihe des Instituts ...

Alle Rechte, auch das der Übersetzung, des photomechanischen Nachdrucks und der
Speicherung in elektronische Datenanlagen, vorbehalten.

© 1992 by Braumüller, Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.
A-1092 Wien

Druck: Steigerdruck, 6094 Axams

ISBN 3-7003-0974-0

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	9
O. Univ.-Prof. Dr. Bernd-Christian Funk – Ass.-Prof. Dr. Josef Marko	
Vergaberecht in der EG und in der Bundesrepublik Deutschland	11
Literaturverzeichnis	12
I. EG-Vergaberecht	15
A. Begriffliche und terminologische Grundlagen	15
B. Rechtsquellen (Übersicht)	15
1. Primäres Gemeinschaftsrecht	15
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht (Richtlinien für das Beschaffungswesen) ...	17
3. GATT-Kodex Regierungskäufe	18
C. Grundsätze	20
D. Regelungen im einzelnen	21
1. Persönlicher Anwendungsbereich	22
2. Sachlicher Anwendungsbereich	23
3. Verfahrensarten	25
4. Vorabinformation	26
5. Fristen	26
6. Leistungsbeschreibung	27
7. Leistungsnachweise der Bieter/Bewerber	28
8. Zuschlagskriterien	29
9. Informationspflichten nach der Vergabeentscheidung	30
10. Kontrolle und Rechtsschutz	30
II. Vergaberecht in der Bundesrepublik Deutschland	35
A. Rahmenbedingungen und Strukturen	35
B. Rechtsgrundlagen und Systemmerkmale	35
1. Grundlegung im Haushaltsrecht	35
2. Materielle Gestaltung durch Vertragsmuster	36
3. Umsetzung durch Verwaltungsanordnungen	36
4. Privatrechtliches Rechtsverhältnis	37
5. Zivilgerichtliche Zuständigkeit	38
6. Bindungen durch Privatrecht, öffentliches Recht und Verfassungsrecht	38
7. Beschaffungspolitische Funktion der Auftragsvergabe	39
C. Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Bindungen	39
III. Vergaberecht der EG und österreichisches Recht	41
A. Die Fragestellung	41
B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	41
1. Erfordernisse und Wirkungen der Umsetzung von Richtlinien	41
2. Vergaberechtliche Bindungen und Garantien	43
C. Möglichkeiten der Systemgestaltung im österreichischen Recht	43
Resümee	45

O. Univ.-Prof. Dr. Peter Pernthaler

Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG aus der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich.

I. Bisherige Rechtsentwicklung des Vergaberechts	48
1. Das Vergaberecht in der Monarchie und ersten Republik	48
2. Das Vergaberecht des Bundes nach 1945	50
3. Das Vergaberecht der Länder und Gemeinden nach 1945	52
4. Internationale Verpflichtungen Österreichs	54
II. Die Anforderungen der EG-Richtlinien an das österreichische Vergaberecht	55
1. EG-Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe - Kurzübersicht	55
a) Geltende Richtlinien des Rates	55
b) Bestehende Richtlinienvorschläge	55
c) Eingrenzung des Umfanges des Gutachtens	55
d) Die Baukoordinierungsrichtlinie und die Lieferkoordinierungsrichtlinie	55
aa) Sachlicher Geltungsbereich	56
bb) Persönlicher Geltungsbereich	56
cc) Vergabearten	56
dd) Transparenz	57
ee) Fristen	57
ff) Leistungsbeschreibung	57
gg) Eignung der Bieter- und Zuschlagskriterien	57
hh) Mitteilungs- und Berichtspflichten	57
e) Die Nachprüfungsrichtlinie	57
aa) Allgemeines zur nationalen Kontrolle	57
bb) Drei Rechtsbehelfe	58
cc) Nachprüfungsinstanz	58
dd) Kontrolle auf EG-Ebene	58
2. Anpassung des Ausschreibungsverfahrens	59
3. Umsetzung der EG-Richtlinien durch Selbstbindungsregelung oder außenwirksames Gesetz?	60
a) Allgemeine Überlegungen zur Notwendigkeit eines Vergabegesetzes	60
b) Argumente aus dem allgemeinen EG-Recht	60
aa) Effektive Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien	60
bb) Unmittelbare Wirkung der (Vergabe)Richtlinien	61
c) Argumente aus den EG-Vergabevorschriften	63
aa) Subjektive Rechte der Bieter	63

bb) Bindung ausgegliederter Rechtsträger an das Vergaberecht	64
cc) Rechtsschutz	65
dd) Hoheitliche Akte im Nachprüfungsverfahren	66
ee) Zuerkennung von Schadenersatz	66
d) Die Entwürfe eines österreichischen Vergabegesetzes	67
4. Die Organisation des Nachprüfungsverfahrens	68
III. Kompetenzrechtliche Analyse	70
1. Die Untauglichkeit des Art 17 B-VG für eine EG-konforme Neuregelung	70
2. Die Reichweite der Kompetenz „Zivilrechtswesen“	72
a) Die Auslegung des Verfassungsgerichtshofes	72
aa) Die historisch-systematische Interpretation	72
bb) Der „strukturelle Zivilrechtsbegriff“	73
cc) Die Abgrenzung vom „Materiengesetzgeber“	74
b) Die bisherigen Auffassungen der Lehre und Staatspraxis	75
aa) Die Unterscheidung der verschiedenen Regelungsbereiche	76
bb) Die Komplexität des Vergabeverfahrens	78
cc) Die Kompetenz für staatspezifisches Sonderprivatrecht	79
(1) Die Reichweite des Kompetenztatbestandes „Zivilrechtswesen“	79
(2) Die gesetzliche Regelung der „kompetenzmäßigen“ Privatwirtschafts- verwaltung	81
c) Die für die Umsetzung der EG-Richtlinien ausschlaggebenden Kriterien der Kompetenz „Zivilrechtswesen“	82
aa) Die Nachprüfungsrichtlinie und der historische Privatrechtsbegriff	83
bb) Ist ein „nachprüfbares Vergabeverfahren“ strukturelles Zivilrecht?	84
3. Die erforderliche kompetenzrechtliche Differenzierung des Vergaberechts	86
a) Die drei allgemeinen Regelungsbereiche	86
aa) Das eigentliche Vergabeverfahren	86
bb) Der Leistungsvertrag	86
cc) Die Einrichtung besonderer Rechtsschutz(Kontroll)verfahren der Vergabe	87
b) Kompetenzrechtlich besonders zu prüfende Regelungsprobleme im Zusam- menhang mit der Nachprüfungsrichtlinie	88
aa) Die Regelung von Schadenersatzansprüchen	88
bb) Die Auswirkungen des Nachprüfungsverfahrens auf den Vergabevertrag	90
4. Die Kompetenz zur Regelung des Vergabeverfahrens einschließlich des Rechts- schutzes in der Verwaltung	91
a) Der Grundsatz der Zweigeleisigkeit des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren ..	91
b) Die Einheit von „Innen“- und „Außenbeziehungen“ im Vergabeverfahren	92

c) Die komplexe kompetenzrechtliche Grundlage des Vergabeverfahrens	92
aa) „Kompetenzmäßige Privatwirtschaftsverwaltung“	92
bb) Die Kombination von Haushalts-(Finanz-) und Organisationskompetenzen ..	93
cc) Die Regelung der Vergabe durch private Rechtsträger	95
(1) Der Anwendungsbereich	96
(2) Differenzierung der Kompetenzen	97
d) Die Integration zivilrechtlicher Aspekte des Vergabeverfahrens	98
aa) Die „Berücksichtigung“ zivilrechtlicher Interessen durch das Vergaberecht	99
bb) Ergänzende Zivilrechtsregelungen	100
5. Die Zuständigkeit zur Einrichtung von Rechtsschutz und Kontrollorganen des Vergabeverfahrens	102
a) Die Einrichtung von Gutachterskommissionen	102
b) Rechtsschutzorgane im laufenden Vergabeverfahren	102
c) Richterliche oder gerichtsförmige Rechtsschutzorgane	103
IV. Zusammenfassung in Leitsätzen	105
V. Literaturverzeichnis	110

VORWORT

Die vorliegende Publikation gibt den Inhalt eines Rechtsgutachtens wieder, das die Autoren den österreichischen Ländern zur Frage der innerstaatlichen Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien erstattet haben. Der Gutachtensauftrag wurde durch das Schreiben der Verbindungsstelle der Bundesländer vom 22. Februar 1991, VSt - 1533/124, wie folgt präzisiert:

„Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG (einschließlich der sogenannten Rechtsmittelrichtlinie) aus der Sicht der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich.“

Dabei sollte insbesondere auch folgende Fragestellung behandelt werden:

„In die Kompetenz welcher Gebietskörperschaft fällt das öffentliche Vergabewesen nach der geltenden Verfassungsrechtslage, wenn über Art 17 B-VG hinausgehende Regelungen durch Anpassung der Vergabebestimmungen an die EG-Rechtsnormen erforderlich werden?“

Gegenstand der Studie ist die Umsetzung des EG-Vergaberechts in das österreichische Recht, speziell unter dem Gesichtspunkt der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Die Untersuchung dieses Themas erfordert jedenfalls eine Auseinandersetzung mit dem **Vergaberecht der EG**, das den Inhalt und die Bedingungen der in das österreichische Recht umzusetzenden Regeln bestimmt.

Zweckmäßig erscheint weiters ein Ausblick auf das **Vergaberecht in der Bundesrepublik Deutschland**, deren Rechtsordnung im allgemeinen und Vergabewesen im besonderen Ähnlichkeit mit den Gegebenheiten im österreichischen Recht aufweisen.

Schließlich sind die allgemeinen und besonderen (= kompetenzrechtlichen) Aspekte der **Umsetzung des Vergaberechts der Gemeinschaft im Bereich des österreichischen Rechts** zu erörtern. Ein zentrales Problem bildet dabei die Frage, ob die EG-konforme Gestaltung des österreichischen Vergaberechts auf einer materiell-gesetzlichen Regelung beruhen muß, oder (wie bisher) im wesentlichen mit Selbstbindungen in Form von Weisungen und Statutargesetzen auskommen kann.

Wird die Erforderlichkeit einer materiell-gesetzlichen Regelung bejaht, so ist unter dem Gesichtspunkt der **bundesstaatlichen Kompetenzverteilung** die Zuständigkeit zur Erlassung solcher Regelungen zu untersuchen.

Zwischen den beiden Teilen wurde folgende - schwerpunktmäßige - **Arbeitsteilung** vorgenommen: Der Beitrag von FUNK/MARKO konzentriert sich auf die Darstellung des Vergaberechts der EG und der Bundesrepublik Deutschland. Die Untersuchung von PERNTHALER befaßt sich hauptsächlich mit den Fragen der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts in Österreich aus der Sicht der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung.

Die Frage der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung in Österreich im Zuge der Umsetzung des EG-Vergaberechts wird in beiden Teilen behandelt.

Die beiden Studien sind **komplementär**. Das gilt auch dort, wo es Überschneidungen gibt. So werden im Beitrag von PERNTHALER die Erfordernisse des EG-Vergaberechts skizziert, deren eingehendere Darstellung im Beitrag von FUNK/MARKO unternommen wird.

Die folgenden Teilgutachten entsprechen dieser Aufgliederung der Rechtsprobleme und ihrer Bearbeitung. Sie sind den jeweiligen Autoren ausschließlich und selbständig zuzurechnen.

Die Untersuchungen wurden im August 1991 abgeschlossen. Spätere Rechtsentwicklungen insbesondere auf europäischer Ebene, sowie wissenschaftliche Veröffentlichungen, die nach diesem Zeitpunkt erschienen sind, konnten nur mehr vereinzelt berücksichtigt werden.

Bernd - Christian Funk Josef Marko Peter Pernthaler

O. Univ.-Prof. Dr. Bernd-Christian Funk
Ass.-Prof. Dr. Josef Marko

**Vergaberecht in der EG und in der
Bundesrepublik Deutschland**

LITERATURVERZEICHNIS

Die im Text den Kapiteln vorangestellten Literaturhinweise geben eine Auswahl des neueren Schrifttums und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

- Aicher** Schlußbericht des Forschungsprojekts „Vergabe von Bauleistungen und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“ der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, in: **Korinek/Rill** (Hg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 195
- Aicher** Die Vergabekontrollkommission in ihrer Bedeutung für die österreichische Rechtsentwicklung und für die Angleichung an das Recht der EG, in: **Korinek/Aicher**, Vergabekontrollkommission (1991), 19
- Aichlreiter** Österreichisches Vergabewesen und EG, Economy 9/1989, F 16
- Bauer/Marterbauer** (Hg), Ende des Protektionismus. Ökonomische Effekte der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in Österreich (1991)
- Beyerlin** Umsetzung von EG-Richtlinien durch Verwaltungsvorschriften?, EuR 1987, 126
- BKA-Synopse** Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen in den Europäischen Gemeinschaften und über das Vergaberecht des Bundes. Schwerpunktmäßige Gegenüberstellung, BKA-Verfassungsdienst, Blg zu VST-1905/503 vom 30.5.1990
- Everling** Zum Vorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht, DVwBl 1985, 1201
- Di Fabio** Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, 947
- Fischer** Das internationale Wirtschaftsrecht des öffentlichen Beschaffungswesens: zum GATT-Kodex 1979, ÖZW 1981, 97
- Fischer** Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens im neuen EG-Recht, ÖZW 1991, 1
- Griller** Rechtsangleichung und Normenkontrolle, in: **Korinek/Rill** (Hg), Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG (1990) 113
- Griller** Europäische Normung und Rechtsangleichung (1990)
- Griller/Lavric/Neck** (Hg), Europäische Integration aus österreichischer Sicht (1990)
- Gutknecht** Die Liberalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in den EG und ihre Bedeutung für Österreich, in: **Griller/Lavric/Neck** (Hg), Europäische Integration aus österreichischer Sicht (1990) 263

Gutknecht	Instrumente und Programmatik der Rechtsangleichung, in: Korinek/Rill (Hg), Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG (1990) 140
Gutknecht	Neue Entwicklungen in der Kontrolle des Vergabewesens des Bundes, RdW 1990, 150
Gutknecht	Die Vergaberegeln der EG und ihre Bedeutung für Österreich, in: Gutknecht/Korinek/Holoubek , Das Vergaberecht der EG. Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich (1991) 9
Gutknecht/ Korinek/Holoubek	Das Vergaberecht der EG. Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich (1991)
Holoubek	Die rechtliche Regelung des Vergabewesens in den EG und Österreich, in: Bauer/Marterbauer (Hg), Ende des Protektionismus. Ökonomische Effekte der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in Österreich (1991) 37
Holoubek	Rechtsschutz und Kontrolle im Vergaberecht unter dem Blickwinkel der Anforderungen des EG-Rechts, in: Gutknecht/Korinek/Holoubek , Das Vergaberecht der EG. Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich (1991) 81
Jarass	Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, NJW 1991, 2665
Kohlhepp	Das europäische Recht des öffentlichen Auftragswesens, NVwZ 1989, 338
Korinek	Abbau technischer Handelshemmnisse, Economy 7/1989, 11
Korinek	Aufgaben, Organisation und Verfahren der neugeschaffenen Vergabekontrollkommission beim Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten, in: Korinek/Aicher , Vergabekontrollkommission 1991, 7
Korinek	Probleme der Angleichung des österreichischen Rechts der Auftragsvergabe an das Recht der EG, in: Rill/Griller (Hg), Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht (1991) 215
Korinek/Aicher	Vergabekontrollkommission. Ein Instrument zur Kontrolle von Bauaufträgen des Bundes im Lichte der Europäischen Vergaberechtsentwicklung, Recht-Politik-Wirtschaft H 7 (1991)
Korinek/Rill	(Hg) Zur Reform des Vergaberechts (1985)
Korinek/Rill	(Hg) Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG (1990)
Langer	Österreichisches und internationales Vergaberecht, SchrR der BWK 68 (1990)
Müllner	Öffentliches Auftragswesen in der EG - Transparenz der Vergabemärkte, WiPolBl 1989, 584

Oldenburg	Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien im innerstaatlichen Bereich (1984)
Oppermann	Europarecht (1991)
Pieper	Die Direktwirkung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, DVBl 1990, 684
Pietzcker	Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR 107 (1982) 61
Rill/Griller (Hg)	Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht (1991)
Rittner	Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens (1988)
Rittner	Öffentliches Auftragswesen und Privatrecht, ÖHR 152 (1988) 318
Schmittmann	Die EG-Rechtsmittelrichtlinie zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, EuZW 1990, 536
Schwarzer	Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem GATT-Kodex und dem Vergabegesetzentwurf, in: Korinek/Rill (Hg), Zur Reform des Vergaberechts (1985) 39
Seidel	Die Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, NJW 1985, 517
Seidel	Die Anwendung der EG-Richtlinien für die öffentlichen Aufträge in der Bundesrepublik Deutschland, EuR 1990, 158
Seidel	Recht und Praxis der Auftragsvergabe in der Bundesrepublik Deutschland und in anderen Ländern der EG, in: Rill/Griller (Hg), Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht (1991,) 189
Stern	Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd I, 2. Auflage (1984)
Vademekum	Vademekum über das öffentliche Auftragswesen, ABI C 358 v 31.12.1987, S 1 (hg von der EG-Kommission)
Viebrock	Direktwirkung von EG-Richtlinien, JZ 1991, 555
Weißbuch	Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat betreffend die Vollendung des Binnenmarktes (1985), KOM (85) 370 endg.
Wenger	Das Recht der öffentlichen Aufträge (1977)

I. EG-VERGABERECHT

A. Begriffliche und terminologische Grundlagen

Fischer, ÖZW 1991, 1.

Das **öffentliche Beschaffungswesen** (auch: „öffentliche Auftragsvergabe“, „öffentliches Vergabewesen“) umfaßt die Bereitstellung von Waren und Dienstleistungen durch Private für die öffentliche Hand.

Der begriffliche Umfang des öffentlichen Beschaffungswesens ist ein sehr weiter: Zur Bereitstellung von Waren gehört auch die Herstellung von Bauwerken. Die rechtlichen Formen umfassen neben dem Kauf auch andere Arten der Verschaffung von Verfügungsmacht, wie Miete, Pacht und Mietkauf.

Die Entwicklung des Vergaberechts der EG tendiert zur Einbindung von Bereichen, die über das klassische Verständnis des öffentlichen Beschaffungswesens hinausgehen: Die neu gefaßte Bauvergaberichtlinie (siehe im folgenden unter I.B.2.) bezieht sich auch auf „öffentliche Baukonzessionen“, ds Verträge über die Erbringung von Bauleistungen, bei denen die Gegenleistung des Auftraggebers in der Einräumung eines Nutzungsrechts des Auftragnehmers an dem Bauwerk besteht.

Neben der gegenständlichen Erweiterung des Vergabewesens sind auch Tendenzen der Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereiches zu registrieren. Die Bauvergaberichtlinie und die vor kurzem erlassene Richtlinie für die Auftragsvergabe in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und im Telekommunikationssektor (sog Sektorenrichtlinie - siehe im folgenden unter I.B.2.) beziehen in ihren Anwendungsbereich auch "echte" private Unternehmen als Auftraggeber ein, die organisatorisch vom Staat im engeren Sinne verschieden sind (siehe im folgenden unter I.D.1.).

B. Rechtsquellen (Übersicht)

1. Primäres Gemeinschaftsrecht

Fischer, ÖZW 1991, 1; Kohlhepp, NVwZ 1989, 338; Oppermann, Europarecht, RdZ 394; Pietzcker, AöR 107 (1982) 61; Vademekum.

Das primäre Gemeinschaftsrecht besteht aus den Gründungsverträgen der drei Gemeinschaften (EGKS, EWG und EAG) mit einer Reihe von Änderungen, Ergänzungen und sonstigen vertraglichen Rechtsakten. Es umfaßt außerdem ungeschriebenes Recht in Form von Gemeinschaftsgewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten immanent sind. Dazu gehören auch gemeinschaftsrechtliche Grundrechte der EG-Bürger gegenüber der Gemeinschaft.

Das primäre Gemeinschaftsrecht, im besonderen die Gründungsverträge, enthalten keine Bestimmungen mit ausdrücklichem Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen. Eine Reihe von Grundsätzen und Regeln des primären Gemeinschaftsrechts sind aber für diesen Bereich und dessen Gestaltung durch Sekundärrecht von Bedeutung:

In der **Präambel** des EWG-Vertrages sind als Ziele der Gemeinschaft ua die Gewährleistung einer beständigen Ausweitung der Wirtschaft, eines ausgewogenen Handelsverkehrs und eines redlichen Wettbewerbs und die Beseitigung von Beschränkungen im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr programmatisch festgelegt. Diese Ziele sind in entsprechender Weise auch im Stufenplan des Art 3 EWG-Vertrag anzutreffen. In die gleiche Richtung weisen auch die aus Art 4 des EGKS-Vertrages hervorleuchtenden Zielsetzungen.

Eine zentrale Stellung als materielle „Grundnorm“ der Gemeinschaft nimmt das **allgemeine Diskriminierungsverbot** in Art 7 Abs 1 EWG-Vertrag ein. Danach ist unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages in seinem Anwendungsbereich „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ untersagt. Das daraus ableitbare Gebot der Gleichbehandlung von Angehörigen der EG-Mitgliedstaaten ist auch für das öffentliche Beschaffungswesen von maßgebender Bedeutung.

Einschlägige Direktiven für das Vergabewesen ergeben sich überdies aus den primärrechtlich garantierten „**Grundfreiheiten**“: Die Bestimmungen über den **freien Warenverkehr** gebieten die Beseitigung von mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen und von allen Maßnahmen „mit gleicher Wirkung“ zwischen den Mitgliedstaaten (Art 30 EWG-Vertrag). Nach Maßgabe der Art 59 ff EWG-Vertrag werden die Beschränkungen des **freien Dienstleistungsverkehrs** innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, aufgehoben. Vergaberechtliche Bedeutung haben auch die **Freiheit der Niederlassung** (Art 52 EWG-Vertrag) und die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer** (Art 48 EWG-Vertrag), kann doch die Erfüllung eines Vertrages über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen - sei es auch nur vorübergehend - die Begründung einer Niederlassung oder den Einsatz von Arbeitnehmern des Auftragnehmers am Ort der Vertragserfüllung erforderlich machen.

Für das Vergabewesen relevante Bindungen sind weiters aus den Regelungen des EWG-Vertrages über staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte **Beihilfen** abzuleiten: Diese sind gemäß Art 92 Abs 1 EWG-Vertrag als mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar verboten, wenn sie durch eine Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Davon ausgenommen sind ua Beihilfen zur Beseitigung von Schäden durch Naturkatastrophen (Abs 2 lit b) und Beihilfen zur wirtschaftlichen Förderung von strukturschwachen Gebieten (ds solche, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht - Abs 3 lit a).

Rechtliche Einwirkungen auf das Vergabewesen gehen außerdem vom **Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen** und abgestimmter Verhaltensweisen (Art 85 EWG-Vertrag) und vom Verbot der **mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung** (Art 86 EWG-Vertrag) aus. Diese Regelungen dienen der Sicherung eines fairen Wettbewerbs unter den Marktteilnehmern. Sie gelten auch für den Staat und für **öffentliche Unternehmen**, wenn sie im

Rahmen von Beschaffungsvorgängen als Besteller oder Bieter auftreten (zur Stellung von öffentlichen Unternehmen siehe im übrigen Art 90 EWG-Vertrag).

Art 102 a EWG-Vertrag verpflichtet die Mitglieder der Gemeinschaft zur **Zusammenarbeit auf dem Gebiete der Wirtschaftspolitik**. Diese Bestimmung geht auf die Vertragsrevision durch die „Einheitliche Europäische Akte“ (EEA) vom 28.2.1986 zurück, die einen entscheidenden Schritt zur Weiterentwicklung der Gemeinschaft in die Richtung einer Wirtschafts- und Währungsunion darstellt. Die Mitgliedstaaten haben das Gebot zur wirtschaftspolitischen Zusammenarbeit auch im Bereich ihrer Beschaffungspolitik zu beachten und eigene Wege zu vermeiden, die der angestrebten Harmonisierung der Wirtschaftspolitik entgegenstehen.

Die allgemeine Tendenz der für das Beschaffungswesen bedeutsamen Grundsätze und Regeln des primären Gemeinschaftsrechts geht in die Richtung einer Öffnung und Liberalisierung. Eine Ausnahme ergibt sich aus der Bestimmung des Art 223 Abs 1 lit b EWG-Vertrag betreffend den **militärischen Sektor**. Die Ausnahme betrifft die Erzeugung von und den Handel mit Waffen, Munition und Kriegsmaterial. Diesbzgl sind die Mitgliedstaaten von den sonst anzuwendenden Bindungen des EWG-Vertrages dispensiert. Das Beschaffungswesen ist davon ebenfalls betroffen. Die Freistellung ist allerdings in zweifacher Weise begrenzt: Sie deckt erstens nur Maßnahmen, die nach Auffassung des Mitgliedstaates für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind (darin ist auch eine objektive Komponente zu sehen!) und sie erlaubt zweitens keine Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Gemeinsamen Markt hinsichtlich jener Waren, die nicht eigens für militärische Zwecke bestimmt sind.

So viel zu den Bestimmungen des primären Gemeinschaftsrechts, die für die materielle Seite des Beschaffungswesens vorwiegend von Bedeutung sind.

Auf der Grundlage des primären Gemeinschaftsrechts sind eine Reihe von **Richtlinien** des Rates der EG ergangen, mit denen nähere Regelungen über das Beschaffungswesen getroffen werden. Die entsprechenden Ermächtigungen zur Rechtssetzung ergeben sich aus den Art 189, 100 und 100 a EWG-Vertrag.

2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht (Richtlinien für das Beschaffungswesen)

Aichreiter, Economy 9/1989, F 16; **Fischer**, ÖZW 1991, 1; **Gutknecht**, in: **Griller/Lavric/Neck** (Hg), Integration, 263; **Gutknecht**, RdW 1990, 150; **Gutknecht/Korinek/Holoubek**, Vergaberecht; **Holoubek**, in: **Bauer/Marterbauer** (Hg), Ende des Protektionismus, 37; **Kohlhepp**, NVwZ 1989, 338; **Korinek**, in: **Rill/Griller** (Hg), Binnenmarkt, 215; **Langer**, Vergaberecht; **Müllner**, WiPolBl 1989, 584; **Pietzcker**, AöR 107 (1982) 61; **Schmittmann**, EuZW 1990, 536; **Seidel**, EuR 1990, 158; **Vademekum**; **Weißbuch**, 23.

Die Rechtssetzung zur Harmonisierung und Liberalisierung des Beschaffungswesens setzt in den siebziger Jahren mit der Erlassung zweier Richtlinien betreffend die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen (1971) und von öffentlichen Lieferaufträgen (1976) ein.

Wichtige Sektoren (Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgung, Telekommunikation; Dienstleistungen) sind vom Geltungsbereich der beiden Richtlinien nicht erfaßt.

In ihrem Programm zur Vollendung des Binnenmarktes stellte die EG-Kommission fest, daß die Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens bislang nicht realisiert werden konnte (Weißbuch, 23). Es ist nicht gelungen, diesen für die Wirtschaft so interessanten Bereich auch nur annähernd aus seiner Inlandsfixierung zu lösen. Die Effektivität der Richtlinien war überdies durch das Fehlen eines Verfahrens zum Schutz der Interessen und Rechtspositionen der Bieter beeinträchtigt.

Im Gefolge der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) vom 28.2.1986 ist auch das Vergaberecht der EG in Bewegung geraten: Zur Liberalisierung und Harmonisierung des Beschaffungswesens wurden die beiden Richtlinien überarbeitet und durch die Erlassung einer Richtlinie über ein Nachprüfungsverfahren ergänzt. Eine Richtlinie zur Regelung der Vergabe in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und des Telekommunikationssektors ist bereits erlassen worden. Weitere Richtlinien zur Schließung der Lücken im Bereich der Dienstleistungen und des Rechtsschutzes sind in Vorbereitung.

Folgende Richtlinien des Rates stehen derzeit **in Geltung**:

- Richtlinie des Rates vom 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (71/305/EWG, AB1 L 185/5 vom 16.8.1971), geändert durch die Richtlinie des Rates vom 18.7.1989 (89/440/EWG, AB1 L 210/1 vom 21.7.1989) - im folgenden: **Bauvergaberichtlinie**.
- Richtlinie des Rates vom 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (77/62/EWG, AB1 L 13/1 vom 15.1.1977), geändert durch die Richtlinie des Rates vom 22.7.1980 (80/767/EWG, AB1 L 215/1 vom 18.8.1980) und durch die Richtlinie des Rates vom 2.3.1988 (88/295 EWG AB1 L 127/1 vom 20.5.1988) - im folgenden: **Liefervergaberichtlinie**.
- Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (89/665/EWG, AB1 L 395/33 vom 30.12.1989) - im folgenden: **Liefer- und Bauaufträge-Nachprüfungsrichtlinie** (in der Literatur sind auch die Bezeichnungen „Rechtsmittelrichtlinie“ und „Überwachungsrichtlinie“ anzutreffen).
- Richtlinie des Rates vom 17.9.1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (90/531/EWG, AB1 L 297/1 vom 29.10.1990) - im folgenden: **Sektorenrichtlinie**.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch eine Richtlinie des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über **Bauprodukte** (89/106/EWG, AB1 L 40).

In Vorbereitung sind folgende Richtlinien betreffend das öffentliche Beschaffungswesen:

- Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher **Dienstleistungsaufträge**; geändert durch KOM (91) 322 endg.-SYN 293, ABl. C 250/4 vom 25. 9. 1991.
- Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor; zuletzt in der Fassung des geänderten Vorschlags KOM (91) 158 endg. - SYN 292, ABl C 179/18 vom 10.7.1991. Die Richtlinie ist als „Gegenstück“ zur Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL (89/665/EWG - siehe oben) gedacht und soll daher als **Sektoren-Nachprüfungsrichtlinie** bezeichnet werden.
- Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/531/EWG betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM (91) 347 endg.- SYN 361, ABl. C 337/1 vom 31. 12. 1991, mit der auch alle Dienstleistungen in den genannten Sektoren erfaßt werden sollen.

3. GATT-Kodex Regierungskäufe

Aicher, in: Korinek/Rill (Hg), Reform des Vergaberechts, 247; Fischer, ÖZW 1981, 97; Holoubek, in: Bauer/Marterbauer (Hg), Protektionismus, 37; Langer, Vergaberecht, 31, 167; Oppermann, Europarecht, RdZ 1790; Schwarzer, in: Korinek/Rill (Hg), Reform des Vergaberechts, 39; Kohlhepp, NVwZ 1989, 338 (340).

Die EG ist zwar dem GATT-Vertrag (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen; General Agreement on Tariffs and Trade) nicht beigetreten, sie ist aber Vertragspartner des **Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen** (GATT-Kodex über Regierungskäufe). Dieses Abkommen ist in der zweiten Hälfte der siebziger Jahre im Rahmen der sog Tokio-Runde ausgearbeitet worden. Es dient der Verwirklichung der allgemeinen Liberalisierungsziele des GATT.

Österreich ist sowohl dem GATT (BGBl 1951/254) als auch dem GATT-Kodex über Regierungskäufe (BGBl 1981/452 idF 1988/38, 1990/46) beigetreten. Der GATT-Kodex hat Gesetzes- und teilweise verfassungsändernde Kraft und ist unmittelbar anwendbar.

Der **Beitritt der EG** zum GATT-Kodex (ABl L 71 vom 17.3.1980, S 44) und zu einem dazu gehörigen Änderungsprotokoll aus 1987 (ABl L 345 vom 9.12.1987, S 24) stützt sich auf Art 228 EWG-Vertrag. Danach sind die auf dieser Grundlage von der Gemeinschaft abgeschlossenen Abkommen für deren Organe sowie für die Mitgliedstaaten verbindlich.

Den Kern des Abkommens bildet ein allgemeines **Verbot der Diskriminierung**: inländische und ausländische Bieter sind unbedingt gleichgestellt. Das Abkommen gilt für die Beschaffung von Waren durch Kauf, Miete, Pacht und Mietkauf, mit oder ohne Kaufoption. Es gilt auch für akzessorische Dienstleistungen, deren Wert den der beschafften Waren nicht übersteigt.

Der GATT-Kodex gilt für die Beschaffung von Waren durch die im Anhang jeweils angegebenen öffentlichen Stellen („agencies“). Der Schwellenwert für die obligatorische Anwendung des Abkommens beträgt 130.000 SZR, ds derzeit rund 2,175 Mill S.

Die BauvergabeRL (ebenso die LiefervergabeRL) sieht von sich aus eine unbeschränkte Gleichstellung von Bietern aus EG-Ländern mit Bietern aus **Drittländern** vor und entspricht somit den Erfordernissen des GATT-Kodex. Problematisch erscheint dagegen die Regelung, die in Art 29 der SektorenRL in bezug auf Drittlandangebote getroffen wurde: Diese Bestimmung ermöglicht die Zurückweisung eines Angebotes, wenn der Anteil der aus Drittländern stammenden Waren (dazu zählt auch Software für Telekommunikationsnetze) mehr als die Hälfte des Gesamtwertes der in dem Angebot enthaltenen Waren beträgt.

C. Grundsätze

Die Richtlinien-“Gesetzgebung“ für das Vergabewesen dient der Umsetzung der allgemeinen Ziele und Grundsätze des Primärrechts (siehe vorhin unter B.1.). Es geht um die **Überwindung von einzelstaatlichem Protektionismus**, der speziell im Recht und in der Praxis der Auftragsvergabe ein beträchtliches Beharrungsvermögen aufweist.

Die Beseitigung von diskriminierenden Regelungen und Praktiken und die Herstellung von **Wettbewerb, Publizität und Kontrolle** sind die leitenden Maximen sämtlicher Richtlinien. Auf diese Weise sollen Chancengleichheit auf Bieterseite ebenso wie die Optimierung von Wirtschaftlichkeit für den Besteller gewährleistet werden.

Die allgemeine Liberalisierung erstreckt sich grundsätzlich auch auf **Bieter aus Drittstaaten**. Diese Öffnung wird durch die BauvergabeRL und durch die LiefervergabeRL gesichert. Sie entspricht überdies, soweit es um Regierungskäufe von Waren geht, den Erfordernissen des GATT-Kodex, die allerdings von der Sektorenrichtlinie nicht uneingeschränkt erfüllt werden (siehe vorhin I.B.3.).

Die Entwicklung der Richtlinien für das Beschaffungswesen ist von Anfang an durch eine bereichsmäßige **Segmentierung** und Kodifikation in Teilschritten gekennzeichnet. Damit verbindet sich zum einen eine Zersplitterung der Rechtsquellen, zum anderen aber auch eine Differenzierung in inhaltlicher Hinsicht. Die Richtlinien enthalten zwar über weite Strecken ähnliche bis gleichartige Bestimmungen, es gibt aber zahlreiche Besonderheiten im Detail, die nicht immer durch die Eigenart des Gegenstandes bedingt sind. Dazu kommen legislative Unterschiede, die vielfach zusätzliche Auslegungsprobleme verursachen. Hand in Hand mit der Bereichsteilung und der Regelung in Teilschritten ist eine wachsende Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit der Richtlinien, vor allem im Hinblick auf die Festlegung ihres jeweiligen persönlichen und sachlichen Geltungsbereiches, zu registrieren.

Generell ist festzuhalten, daß mit den bestehenden Richtlinien eine abgeschlossene, umfassende, einfache und homogene Regelung der Materie (noch) nicht erreicht worden ist.

Sämtliche Vergaberichtlinien enthalten betraglich bestimmte Wertgrenzen (**Schwellenwerte**), die für die Anwendbarkeit der betreffenden Richtlinie maßgebend sind. Die damit verbundene Beschränkung der Richtliniengesetzgebung auf Großaufträge führt in weiterer

Folge dazu, daß das Vergaberecht der Mitgliedstaaten eine **Zweiteilung** von gemeinschaftsrechtlich (durch Richtlinien) näher bestimmten und anderen Vergabevorschriften aufweisen kann. Diese Konsequenz ist allerdings nicht zwingend. Es bleibt den Mitgliedern unbenommen, auch das Beschaffungswesen unterhalb der Schwellenwerte dem gemeinschaftsrechtlichen Standard, insbesondere auch hinsichtlich des Rechtsschutzes und der Kontrolle, anzupassen. Die allgemeinen Grundsätze des EWG-Vertrages, allen voran das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 7, sind jedenfalls zu beachten.

Ein weiteres Kennzeichen ist eine beträchtliche **Detailfreudigkeit der Richtlinien** (der Trend zu großer Regelungsintensität entspricht allerdings einer allgemeinen Tendenz, die bei diesem Rechtsquellentypus auch auf anderen Sachgebieten zu beobachten ist).

Ein besonders heikler und konfliktträchtiger Punkt ist die Frage der **Kontrolle** und des **Rechtsschutzes**. Die Richtlinien gehen davon aus, daß eine wirksame Überprüfung des Vergabeverfahrens, verbunden mit entsprechenden Rechtspositionen der Bieter, unerläßlich ist. Die Kontrollen wirken sowohl im laufenden Verfahren (Aussetzung, Modifikation oder gar Aufhebung von Entscheidungen im Verfahren) als auch ex post, wobei aus Gründen der Rechtssicherheit und der Effizienz der Zuerkennung von Schadenersatz der Vorzug vor anderen Modellen (vor allem einer sog Konkurrentenklage gegen einen erfolgreichen Bieter) gegeben wird.

Das Schwergewicht der Kontrolle und des Rechtsschutzes ist auf der Ebene der **Mitgliedstaaten** angesiedelt. Die Kommission konnte sich mit ihrem Projekt der Schaffung einer Gewichtsverlagerung von der einzelstaatlichen auf die gemeinschaftliche Ebene nicht durchsetzen: Im ersten Vorschlag für eine Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL [KOM(87) 251 endg. vom 29.7.1987, ABl C 230/4] war eine Kompetenz der Kommission zur Aussetzung von Ausschreibungsverfahren vorgesehen. Diese Interventionsmöglichkeit ist ebenso auf Ablehnung gestoßen wie die in dem Entwurf geplante obligatorische Möglichkeit eines Einspruches von Bietern in sämtlichen Stadien des Verfahrens mit Annulierungswirkung.

Die Prävalenz der einzelstaatlichen Gestaltung der Kontrolle findet im nunmehr vorliegenden (geänderten) Vorschlag für eine **Sektoren-NachprüfungsRL** [KOM(91) 158 endg. ABl C 179/18 vom 10.7.1991] ihre Bestätigung und Fortsetzung: Mit Hinweis auf die zu berücksichtigenden Besonderheiten einiger nationaler Rechtsordnungen soll den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen direkten Eingriffen in das Vergabeverfahren (durch Aussetzung des Verfahrens oder Modifikation bzw Aufhebung von Entscheidungen und Bedingungen) und der Ausübung von wirksamem indirektem Druck auf den Auftraggeber zur Unterlassung von Rechtsverstößen eingeräumt werden (Präambel).

D. Regelungen im einzelnen

Aichreiter, Economy 9/1989, F 16; BKASynopse; Fischer, ÖZW 1991, 1; Gutknecht, in: Griller/Lavric/Neck (Hg), Integration, 263; Gutknecht, RdW 1990, 150; Holoubek, in: Bauer/Marterbauer (Hg), Ende des Protektionismus, 37; Kohlhepp, NVwZ 1989, 338; Korinek, in: Rill/Griller (Hg), Binnenmarkt, 215; Langer, Vergaberecht; Müllner, WiPolBl 1989, 584; Pietzcker, AöR 107 (1982) 61; Schmittmann, EuZW 1990, 536; Seidel, EuR 1990, 158.

Im folgenden werden die geltenden Richtlinien, die die BauvergabeRL, die LiefervergabeRL, die SektorenRL und die Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL behandelt. Die geplante Sektoren- NachprüfungsRL wird unter der Rubrik „Rechtsschutz und Kontrolle“ berücksichtigt.

Die Darstellung soll das System in seinen wesentlichen Zügen beschreiben und die zentralen Erfordernisse aufzeigen, denen eine EG-konforme Gestaltung des einzelstaatlichen Vergaberechts zu entsprechen hat. Auf die zum Teil sehr komplizierten Details der Richtlinien ist dabei nicht einzugehen.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Der Kreis der Auftraggeber, der die Beschaffungsvorschriften anzuwenden hat, wird in den Richtlinien jeweils in Form einer **Generalklausel** in Verbindung mit einer **Aufzählung im Anhang** festgelegt; darin sind die öffentlichen Auftraggeber in den einzelnen Mitgliedstaaten aufgelistet. Die Aufzählung im Anhang der Richtlinien hat taxativen Charakter (diese Auffassung ist allerdings nicht unbestritten). Die in den Richtlinien verwendeten Begriffe entsprechen zumeist nicht der in Österreich gebräuchlichen juristischen Terminologie.

- a) Die **BauvergabeRL** ist auf Bestellerseite auf „**öffentliche Auftraggeber**“ anzuwenden. Als solche gelten der Staat, Gebietskörperschaften sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Art 1 lit b).

Einrichtungen öffentlichen Rechts im Sinne der RL weisen folgende Merkmale auf: Sie sind speziell zur Erfüllung von gemeinnützigen Zwecken nicht gewerblicher Art gegründet worden, sie haben Rechtspersönlichkeit und werden überwiegend von anderen öffentlichen Auftraggebern finanziert, beaufsichtigt oder organisatorisch beherrscht.

Eine **Erstreckung der persönlichen Reichweite** ergibt sich aus Art 1 lit a BauvergabeRL: Danach werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Bestimmungen der RL auch dann eingehalten werden, wenn Bauaufträge für bestimmte gemeinnützige Zwecke durch eine Einrichtung vergeben werden, die selbst kein öffentlicher Auftraggeber ist, deren Auftrag aber zu mehr als der Hälfte durch einen öffentlichen Auftraggeber **subventioniert** wird.

- b) Der persönliche Anwendungsbereich der **SektorenRL** weist in seiner sprachlichen Fassung und in seinem Inhalt deutliche Parallelen zur BauvergabeRL auf, er geht jedoch in seiner Reichweite über diese hinaus: Er erstreckt sich auf „staatliche Behörden“ (Art 1 Z 1), „öffentliche Unternehmen“ (Art 1 Z 2) und auf die in Art 2 genannten Konzessionsträger und Monopole.

Als **staatliche Behörden** gelten der Staat, die Gebietskörperschaften sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Letztere sind durch folgende Merkmale gekennzeichnet: Sie haben öffentliche (gemeinnützige) Aufgaben zu erfüllen und besitzen einen anderen Charakter als den eines Handels- bzw Industrieunternehmens; sie besitzen Rechtspersönlichkeit (es kann sich auch um juristische Personen privaten Rechts handeln!) und sie werden überwiegend vom Staat, von einer

Gebietskörperschaft oder von einer anderen Einrichtung des öffentlichen Rechts finanziert, kontrolliert oder beherrscht.

Als **öffentliche Unternehmen** gelten solche, die auf Grund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder Organisationsrecht unter beherrschendem Einfluß von staatlichen Behörden stehen. Ein beherrschender Einfluß wird jedenfalls vermutet, wenn die staatlichen Behörden unmittelbar oder mittelbar am Kapital des Unternehmers mehrheitlich beteiligt sind oder über die Mehrheit der mit den Beteiligungen verbundenen Stimmrechte **verfügen können** oder mehr als die Hälfte der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers bestellen können.

In Österreich wären zahlreiche „ausgegliederte Rechtsträger“, die zumeist als Kapitalgesellschaften (AG, GesmbH) eingerichtet sind, als „Einrichtungen öffentlichen Rechts“ bzw. „öffentliche Unternehmen“ im Sinne der genannten Bestimmungen anzusehen.

Die SektorenRL gilt weiters für Auftraggeber, deren Tätigkeiten auf einer **besonderen Berechtigung** oder auf einer staatlich gewährten **Monopolstellung** beruhen (Art 2 Abs 1 lit b).

In Österreich wären davon ua Elektrizitäts-, Wasser- und Personenbeförderungsunternehmen betroffen.

- c) Enger gefaßt ist der persönliche Anwendungsbereich der **Liefervergaberichtlinie**. Als „öffentliche Auftraggeber“ gelten gemäß Art 1 lit b der Staat, die Gebietskörperschaften und die im Anhang aufgeführten juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder - in den Mitgliedstaaten, die diesen Begriff nicht kennen - die dort angeführten gleichwertigen Einrichtungen. Zusätzliche verallgemeinerungsfähige Kriterien sind dem Anlagenkatalog nicht zu entnehmen. Privatrechtlich organisierte Rechtsträger fallen nicht unter den Geltungsbereich der Richtlinie.

Eine gewisse Erweiterung ihrer Bindungswirkung ergibt sich jedoch aus Art 2 Abs 3: Danach haben öffentliche Auftraggeber, wenn sie einer **anderen Einrichtung** Sonder- oder Alleinrechte zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereiches zuerkennen, diese Einrichtung bei der Vergabe von Lieferaufträgen an Dritte zur Beachtung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu verpflichten.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Er wird einerseits durch die **Art der Tätigkeit** und andererseits durch die jeweils maßgebenden **Schwellenwerte** bestimmt. Im Verhältnis der Richtlinien zueinander gilt der Grundsatz der sachlichen Spezialität, dh daß etwa die BauvergabeRL nicht auf Beschaffungsvorgänge anzuwenden ist, die der SektorenRL unter liegen (siehe Art 3 Abs 4 BauvergabeRL und Art 2 Abs 2 LiefervergabeRL).

- a) Die **BauvergabeRL** findet auf „öffentliche Bauaufträge“ sowie auf „öffentliche Baukonzessionen“ Anwendung. Der allgemeine Schwellenwert beträgt 5 Millionen ECU (entspricht rund 70 Millionen Schilling) netto (ohne Mehrwertsteuer) (Art 4 a Abs 1). Eine Teilung von Projekten und Aufträgen zum Zwecke der Umgehung der Richtlinie ist nicht zulässig (Art 4 a Abs 4).

Öffentliche Bauaufträge sind schriftliche, entgeltliche Verträge, die zwischen einem öffentlichen Auftraggeber (siehe vorhin 1.a.) und einem Unternehmer abgeschlossen werden. Vertragsgegenstand ist die Ausführung oder - gleichzeitig - die Ausführung und Planung von Tief- und Hochbauarbeiten oder die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte (Art 1 lit a); Planungsleistungen allein unterliegen nicht der BauvergabeRL.

Öffentliche Baukonzessionen sind Verträge, die sich von den vorhin genannten Verträgen nur dadurch unterscheiden, daß die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (Art 1 lit d).

Darüber hinaus sind auch **private Baukonzessionäre** bei den von ihnen an Dritte vergebenen Aufträgen an die Einhaltung der Veröffentlichungsvorschriften der RL zu verpflichten, wenn der Auftragswert den Schwellenwert von 5 Millionen ECU erreicht oder überschreitet (Art 1 b Abs 4).

- b) Die **LiefervergabeRL** ist für „öffentliche Lieferaufträge“ maßgebend. Der Schwellenwert beträgt netto grundsätzlich 130.000 ECU (rund 1,8 Millionen Schilling), bei Beschaffungen im Verteidigungsbereich 200.000 ECU (rund 2,8 Millionen Schilling) (Art 5 Abs 1 lit a). Ein Verbot der Teilung zu Umgehungszwecken ergibt sich aus Art 5 Abs 6.

Als **öffentliche Lieferaufträge** gelten schriftliche entgeltliche Lieferverträge, die zwischen einem öffentlichen Auftraggeber (siehe vorhin 1.c.) und einem Unternehmer über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren abgeschlossen werden (Art 1 a.).

- c) Die **Sektorenrichtlinie** betrifft Liefer- und Bauaufträge in den Bereichen der Trinkwasser-, Strom-, Gas- und Wärmeversorgung, sie betrifft weiters den Bergbau, den Betrieb von Verkehrseinrichtungen und von Telekommunikationsnetzen (Art 2 trifft diesbzgl eine sehr eingehende und detailreiche Regelung). Die maßgebenden Schwellenwerte sind in Art 12 festgelegt. Sie betragen jeweils netto für Bauaufträge 5 Millionen ECU (etwa 70 Millionen Schilling), für Liefer- und Softwareaufträge im Telekommunikationsbereich 600.000 ECU (circa 8,4 Millionen Schilling) und für sonstige Lieferaufträge 400.000 ECU (rund 5,6 Millionen Schilling). Die RL enthält das übliche Teilungs- und Umgehungsverbot (Art 12 Abs 9).

Als Bau- und Lieferaufträge im Sinne der SektorenRL gelten entgeltliche schriftliche Verträge zwischen einem Auftraggeber, der dem persönlichen Anwendungsbereich der RL unterliegt (siehe vorhin 1.b.).

Gegenstand von **Lieferaufträgen** können Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren oder Software sein. Software-Lieferaufträge fallen allerdings nur dann unter die RL, wenn die Software durch den Hersteller oder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes oder Telekommunikationsdienstes erworben wird und dem Betrieb eines solchen Netzes oder zur Verwendung in Verbindung mit einem öffentlichen Telekommunika-

tionsdienst als solchem dient. Verträge über Nebenleistungen, wie das Verlegen und Anbringen der erworbenen Ware oder Software, gelten ebenfalls als Lieferverträge im Sinne der RL (Art 1 Z 3 lit a).

Bauaufträge haben entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und Planung oder die Erbringung bestimmter Tief- und Hochbauarbeiten (Anhang XI) zum Inhalt. Diese Aufträge können auch akzessorische Warenlieferungen und Dienstleistungen umfassen (Art 1 Z 3 lit b).

3. Verfahrensarten

Die Richtlinien kennen übereinstimmend drei Varianten des Vergabeverfahrens: das offene, das nichtoffene und das Verhandlungsverfahren (Art 1 lit e, f, g BauvergabeRL; Art 1 lit d, e, f LiefervergabeRL; Art 1 Z 6 SektorenRL).

Im **offenen Verfahren** können - auf Grund einer öffentlichen Bekanntmachung - alle interessierten Unternehmer ein Angebot abgeben.

Im **nichtoffenen Verfahren** können nur die vom Auftraggeber aufgeforderten Unternehmer ein Angebot abgeben. Dem nichtoffenen Verfahren hat eine Bekanntmachung der Vergabeabsicht voranzugehen. Die Interessenten haben nun die Möglichkeit, einen Antrag auf Teilnahme an diesem Verfahren zu stellen. Der Auftraggeber trifft eine Auswahl unter den eingelangten Anträgen und fordert die von ihm ausgewählten Bewerber zur Anbotsabgabe auf (Art 12 Abs 2, Art 14 Abs 1 und 2 BauvergabeRL; Art 9 Abs 2, Art 11 Abs 1 und 2 LiefervergabeRL; Art 15 und 16 SektorenRL).

Im **Verhandlungsverfahren** sind nur Unternehmer beteiligt, die vom Auftraggeber ausgewählt und angesprochen wurden und mit ihm über die Auftragsbedingungen verhandeln. Das Verhandlungsverfahren kann als Verfahren mit oder ohne vorheriger Vergabebekanntmachung durchgeführt werden. Das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung entspricht im Ablauf dem nichtoffenen Verfahren.

Die **Präferenzen** der Richtlinien für die verschiedenen Verfahrensarten sind verschieden:

- Nach der **BauauftragsRL** besteht für den Auftraggeber Wahlfreiheit zwischen dem offenen Verfahren und dem nichtoffenen Verfahren; das Verhandlungsverfahren ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, wobei der Variante mit vorheriger Vergabebekanntmachung der Vorzug gegeben wird (Art 5).
- Die **LieferauftragsRL** bevorzugt das offene Verfahren vor dem nichtoffenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren (Art 6).
- Die **Sektorenrichtlinie** läßt dem Auftraggeber die Wahl zwischen den drei Verfahrensarten, läßt aber das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung nur ausnahmsweise zu (Art 15).

Die **Bekanntmachung von laufenden Vergabeverfahren** ist eine wesentliche Voraussetzung für einen echten Wettbewerb unter den Bewerbern. Die Richtlinien fordern eine Bekanntmachung für das offene Verfahren, das nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren, soweit es mit einer vorherigen Vergabebekanntmachung verbunden ist.

Der Auftraggeber hat das Verfahren dem Amt der EG für amtliche Veröffentlichungen zu melden. Die äußere Form hat sich nach den in Richtlinien (Anhang) jeweils vorgegebenen **Mustern** zu richten. Die Bekanntmachung erfolgt durch Veröffentlichung im **Amtsblatt der EG** und in der **Datenbank TED**. Die Bekanntmachungen auf Gemeinschaftsebene und im einzelstaatlichen Bereich sind zeitlich und inhaltlich aufeinander abzustimmen: In den Amtsblättern oder in der Presse des Landes des Auftraggebers darf die Bekanntmachung nicht vor dem Tag der Absendung der Anzeige an das Amt für amtliche Veröffentlichungen publiziert werden. Die Veröffentlichung darf nur die im Amtsblatt der EG veröffentlichten Angaben enthalten (Art 12 BauvergabeRL; Art 9 LiefervergabeRL).

Die SektorenRL kennt überdies die Einrichtung der regelmäßigen Bekanntmachung sowie die **Veröffentlichung über das Bestehen eines Prüfungssystems** (Art 16). Dieses System dient der Vorauswahl unter den Bewerbern (Näheres über den Zweck und die Funktionsweise eines solchen Systems im folgenden unter 7.). Hat eine solche Vorauswahl stattgefunden, so werden in weiterer Folge im nichtoffenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren ohne neuerliche Bekanntmachung jene Bieter bzw Teilnehmer eingeladen, die sich im Vorverfahren qualifiziert haben.

4. Vorabinformation

Sämtliche Vergaberichtlinien sehen eine - dem österreichischen Vergaberecht unbekannte - Vorschau über geplante Beschaffungen vor, deren Auftragswert den jeweils maßgebenden Schwellenwert erreicht. Die Vorschau hat die Funktion einer **unverbindlichen Information**. Sie hat so bald wie möglich nach Beginn des Haushaltsjahres zu erfolgen und die für diesen Zeitraum in Aussicht genommenen Vergaben anzugeben (Art 9 Abs 1 LiefervergabeRL; Art 17 Abs 1 SektorenRL; weniger eingehend Art 12 Abs 1 und 3 BauvergabeRL).

5. Fristen

Zur Sicherung einer gemeinschaftsweiten Information und Beteiligungsmöglichkeit sehen die Richtlinien **Mindestfristen** vor, die zwischen bestimmten Verfahrensschritten einzuhalten sind.

Auf Grund der **BauvergabeRL** hat im offenen Verfahren die Frist für den Eingang der Angebote mindestens 52 Tage vom Tag der Absendung der Bekanntmachung gerechnet zu betragen. Wenn eine Vorabinformation (siehe vorhin 4.) stattgefunden hat, so kann die Frist auf 36 Tage verkürzt werden (Art 13 Abs 1 und 2). Im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung beträgt die Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme mindestens 37 Tage, gerechnet vom Tag der Bekanntmachung. Für die Vorlage der Angebote durch die ausgewählten und eingeladenen Bewerber ist im nichtoffenen Verfahren eine Frist von wenigstens 40 Tagen festzulegen; sie kann, wenn eine Vorabinformation erfolgt ist, auf 26 Tage verkürzt werden (Art 14). Für Baukonzessionsverträge gelten besondere Fristen (Art 15 a und 15 b).

Weitgehend ähnlich sind die entsprechenden Regelungen in den beiden anderen Richtlinien (Art 10 und 11 LiefervergabeRL; Art 20 SektorenRL).

6. Leistungsbeschreibung

Die diesbzgl Regelungen in den VergabeRL stimmen inhaltlich und sprachlich weitgehend überein (Art 10 BauvergabeRL; Art 7 LiefervergabeRL; Art 13 SektorenRL).

Alle Richtlinien enthalten übereinstimmend ein **Verbot diskriminierender Leistungsbeschreibungen**: Technische Spezifikationen, die Erzeugnisse einer bestimmten Produktion oder Herkunft oder besondere Verfahren erwähnen und zur Wirkung haben, daß bestimmte Unternehmen bevorzugt oder ausgeschlossen werden, dürfen nicht verwendet werden, es sei denn, daß diese Spezifikationen für den Auftragsgegenstand unerlässlich sind (zum Verbot diskriminierender Leistungsbeschreibungen siehe EuGH Rs 45/87, Dundalk, EuGHE 1988, 4929).

Der Begriff der **technischen Spezifikation** wird in den Richtlinien in gleicher Bedeutung verwendet: Es handelt sich um technische Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung objektiv so bezeichnet werden können, daß sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen (BauvergabeRL - Anh III; Art 1 Z 7 SektorenRL; ähnlich LiefervergabeRL - Anh II).

Durchwegs wird verlangt, daß die technischen Spezifikationen bereits in den allgemeinen Unterlagen oder in den Vertragsunterlagen für jeden einzelnen Auftrag enthalten sein müssen.

Die Richtlinien befassen sich eingehend und weitgehend übereinstimmend mit den **Grundlagen der technischen Spezifikationen**. Vorgeschrieben sind eine Bezugnahme auf innerstaatliche Normen, die europäische Normen umsetzen, oder auf europäische technische Zulassungen oder auf gemeinsame technische Spezifikationen (BauvergabeRL; bei der LiefervergabeRL fehlt die Bezugnahme auf europäische technische Zulassungen, die ja speziell Produkte für bauliche Anlagen betreffen) bzw auf europäische Spezifikationen und - falls solche nicht bestehen - auf andere in der Gemeinschaft gebräuchliche Normen (SektorenRL).

Auch diese Begriffe haben eine definitorisch festgelegte, **einheitliche Bedeutung** (siehe die Begriffsbestimmungen in Art 1 der SektorenLR und in den Anhängen der beiden anderen RL):

- Als **Norm** gilt eine technische Spezifikation, die von einer anerkannten Normenorganisation zur wiederholten oder ständigen Anwendung angenommen wurde, deren Einhaltung jedoch grundsätzlich nicht zwingend vorgeschrieben ist.
- Als **Europäische Norm** gilt eine Norm, die vom Europäischen Komitee für Normung (CEN) oder vom Europäischen Komitee für Elektrotechnische Normung (CENELEC) als „Europäische Norm (EN)“ oder „Harmonisierungsdokument (HD)“ oder vom Europäischen Institut für Telekommunikationsnormen (ETSI) als „Europäische Telekommunikationsnorm (ETS)“ angenommen wurde. Hinweis: Die Normungsorganisationen aller EG- und EFTA-Staaten (also auch das Österreichische Normungsinstitut) sind Mitglieder des CEN - siehe **Korinek**, Economy 9/1989, 11; **Griller**, Europäische Normung).

- Als **europäische technische Zulassung** ist die positive technische Beurteilung der Brauchbarkeit eines Produkts hin sichtlich der Erfüllung der Anforderungen an bauliche Anlagen auf Grund der Bauproduktrichtlinie (89/106/EWG - siehe vorhin I.B.2.) zu verstehen.
- Als **gemeinsame technische Spezifikation** gilt eine technische Spezifikation, die anhand eines von den Mitgliedstaaten anerkannten Verfahrens erarbeitet wurde, um die einheitliche Anwendung in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen, und die im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht wurde.
- Als **europäische Spezifikation** gilt eine gemeinsame technische Spezifikation, eine europäische technische Zulassung oder eine einzelstaatliche Norm, durch die eine europäische Norm umgesetzt wird.

Von der generell geltenden Verpflichtung, in der Leistungsbeschreibung auf europäische Spezifikationen (= einzelstaatliche Normen, durch die eine europäische Norm umgesetzt wird; europäische technische Zulassung; gemeinsame technische Spezifikation) Bezug zu nehmen, darf nur in bestimmten Ausnahmefällen abgegangen werden. Ein Abweichen von den europäischen Spezifikationen ist insbesondere zulässig, wenn

- es keine derartigen Spezifikationen gibt oder keine technische Möglichkeit besteht, die Übereinstimmung der Leistungen mit den Spezifikationen verlässlich festzustellen, oder
- die Anwendung dieser Spezifikationen den Auftraggeber zur Verwendung von Erzeugnissen oder Materialien oder zum Erwerb von Anlagen zwingen würde, die mit den von ihm bereits benutzten Anlagen inkompatibel sind, oder wenn dies unverhältnismäßig hohe Kosten oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten verursachen würde, oder
- das betreffende Vorhaben von „wirklich innovativer Art“ ist, sodaß die Anwendung bestehender europäischer Spezifikationen unangemessen wäre.

7. Leistungsnachweise der Bieter/Bewerber

Unter der Rubrik „Eignungskriterien“ statuieren die Richtlinien einen umfangreichen Katalog von Anforderungen an die Verlässlichkeit und die Leistungsfähigkeit der Bewerber in finanzieller, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht.

Gründe für den **Ausschluß** eines Unternehmens von der Teilnahme am Vergabeverfahren wegen mangelnder Zuverlässigkeit bilden ua das Vorliegen eines Konkurses, einer rechtskräftigen Bestrafung, der Nachweis bestimmter Verfehlungen, die Verletzung von Pflichten zur Zahlung von Sozialbeiträgen, Steuern und Abgaben und die Abgabe von falschen Erklärungen (Art 23 BauvergabeRL; Art 20 LiefervergabeRL; Art 25 Abs 2 SektorenRL).

Es kann auch der **Nachweis der rechtmäßigen Berufsausübung im Heimatstaat** (Eintragung ins Berufsregister) verlangt werden.

Die SektorenRL bietet die Möglichkeit der Einrichtung eines **besonderen Prüfungssystems zur Vorauswahl von Unternehmen** (Art 24). Das System kann für den

Einzelfall oder auf Dauer eingerichtet und betrieben werden. Die Qualifikationsregeln werden vom Auftraggeber auf Grund von objektiven Kriterien, möglichst unter Bezugnahme auf europäische Normen, aufgestellt. Die Einrichtung eines solchen Systems, sein Zweck und seine Bedingungen sind im Amtsblatt der EG (bei längerer Dauer wiederholt) zu veröffentlichen.

Das System dient der **Erstellung eines Verzeichnisses von qualifizierten Lieferanten und Unternehmen**, auf die der Auftraggeber im Bedarfsfall zurückgreifen kann. Negative Entscheidungen über die Qualifikation (Nichtaufnahme in die Liste) sowie die beabsichtigte Aberkennung der Qualifikation (Streichung aus der Liste) sind dem Betroffenen unter Angabe von Gründen schriftlich mitzuteilen.

8. Zuschlagskriterien

Die Richtlinien sehen übereinstimmend **Wahlfreiheit zwischen dem Billigst- und dem Bestbieterprinzip** vor: Der Auftraggeber wendet bei der Erteilung des Zuschlages entweder das Kriterium des niedrigsten Preises an (Billigstbieterprinzip) oder - wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt (Bestbieterprinzip) - verschiedene, je nach Auftrag wechselnde Kriterien, wie zB den Preis, die Ausführungsfrist, die Betriebskosten, die Rentabilität, den technischen Wert, den Kundendienst und die technische Hilfe, Ästhetik u dgl (Art 29 Abs 1 BauvergabeRL; Art 25 Abs 1 LiefervergabeRL; Art 27 Abs 1 SektorenRL siehe auch EuGH Rs 274/83, Kommission vs Italienische Republik, EuGHE 1985, 1077: Unzulässigkeit der Heranziehung eines Durchschnitts der Anbotsummen als Maßstab für die Bemessung des Billigstgebotes).

Wird nach dem Bestbieterprinzip vorgegangen, so sind die maßgebenden Zuschlagskriterien und nach Möglichkeit auch die Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Verdingungsunterlagen anzugeben (**Kriteriendeklaration** - Art 29 Abs 2 BauvergabeRL; Art 25 Abs 2 LiefervergabeRL; Art 27 Abs 2 SektorenRL).

Alternativangebote der Bieter in Form von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten sind nach der SektorenRL bei Aufträgen zulässig, die nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden (Art 27 Abs 3).

Wenn ein Angebot im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint (**Unterangebot**), so hat der Auftraggeber, wenn er das betreffende Angebot ausscheiden will, vom Bieter Aufklärung über die Einzelkosten zu verlangen, die zu niedrig veranschlagt erscheinen (Art 29 Abs 5 BauvergabeRL; Art 25 Abs 5 LiefervergabeRL; Art 27 Abs 5 SektorenRL).

Die Anwendung von **vergabefremden Kriterien**, etwa in Form von regional- oder sozialpolitischen Gesichtspunkten, ist grundsätzlich nicht erlaubt. Lediglich bis Ende 1992 können bestehende Regionalförderungen im einzelstaatlichen Vergabewesen aufrecht erhalten werden, wenn sie mit dem EWG-Vertrag, im besonderen mit den Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs vereinbar sind (Art 29 a BauvergabeRL; Art 26 LiefervergabeRL; Art 28 Abs 2 SektorenRL).

Die Richtlinien gestatten überdies die Aufrechterhaltung von einzelstaatlichen Regelungen, die jeweils im Zeitpunkt der Annahme der RL in Kraft stehen und bestimmten

Bietern durch „andere Kriterien“ eine **Bevorzugung** gewähren unter der Voraussetzung, daß die betreffende Regelung mit dem EWG-Vertrag vereinbar ist (Art 29 Abs 4 BauvergabeRL; Art 25 Abs 4 LiefervergabeRL; Art 28 Abs 1 SektorenRL). Die Bedeutung dieser Regelung, insbesondere auch als Grundlage für die Beibehaltung von Lokalpräferenzen, ist unklar [keinen Spielraum für solche Präferenzen läßt allerdings die Entscheidung des EuGH Rs 21/88, („Mezzogiorno“, EuGHE 1990, 889) zu, die sich dabei unmittelbar auf Art 30 EWG-Vertrag beruft].

9. Informationspflichten nach der Vergabeentscheidung

Die Richtlinien sehen durchwegs Mitteilungspflichten der Auftraggeber an die Kommission und zum Teil auch an die Bewerber bzw Bieter vor.

Der Auftraggeber hat für jeden vergebenen Auftrag das Ergebnis des Verfahrens in einer **Bekanntmachung** mitzuteilen, die im Amtsblatt der EG und allenfalls auch in der Datenbank TED **veröffentlicht** wird (Art 12 Abs 5 und 8 BauvergabeRL; Art 9 Abs 3 und 6 LiefervergabeRL; Art 18 SektorenRL).

Auf Grund der **BauvergabeRL** hat der öffentliche Auftraggeber den nicht berücksichtigten Bewerbern oder Bietern auf Antrag die Gründe für die Ablehnung ihrer Bewerbung oder ihres Antrages sowie im Falle eines Angebotes auch den Namen des erfolgreichen Bieters mitzuteilen (Art 5 a Abs 1).

Daneben gibt es Berichtspflichten an die Kommission in Form von **statistischen Aufstellungen** (Art 30 a BauvergabeRL; Art 29 LiefervergabeRL; Art 34 SektorenRL) sowie andere spezielle Vergabeberichte (Art 29 b BauvergabeRL; Art 27 LiefervergabeRL).

10. Kontrolle und Rechtsschutz

Fischer, ÖZW 1991, 1 (9); **Holoubek**, in: **Bauer/Marterbauer** (Hg), Ende des Protektionismus 37 (48); **Holoubek**, Rechtsschutz und Kontrolle (Manuskript in Druck); **Kohlhepp**, NVwZ 1989, 338 (341); **Schmittmann**, EuZW 1990, 536.

Auf zwei Rechtseinrichtungen des **EWG-Vertrages** ist hinzuweisen, die als Instrumente der Kontrolle bzw des Rechtsschutzes im Bereich des Beschaffungswesens eingesetzt werden können:

- Wenn nach Auffassung der **Kommission** ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen hat, so kann die Kommission darüber eine Stellungnahme abgeben. Vorher hat sie dem Staat Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Kommt der Staat dieser Stellungnahme innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission den Gerichtshof anrufen (**Vertragsverletzungsverfahren** nach Art 169 EWG-Vertrag).
- Der Gerichtshof könnte auch im Rahmen eines **Vorabentscheidungsverfahrens** gemäß Art 177 EWG-Vertrag befaßt werden. Ein solches Verfahren hat (ua) Fragen der Auslegung des EWG-Vertrages zum Gegenstand (lit a). Ist eine solche Frage für das Gericht eines Mitgliedstaates in einem bei ihm anhängigen Verfahren präjudiziell

und hält das Gericht eine Entscheidung dieser Frage für den Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen (wenn die Entscheidung des Gerichts mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts nicht mehr angefochten werden kann, so ist das Gericht zur Vorlage an den EuGH verpflichtet). Auf diese Weise könnte innerstaatliches Vergaberecht und seine Anwendung vom EuGH mittelbar auf seine Vereinbarkeit mit dem EWG-Vertrag geprüft werden. Dies setzt allerdings voraus, daß der Bieter die Möglichkeit hat, seine Ansprüche im Vergabeverfahren gerichtlich geltend zu machen. Eben dies ist nicht in allen Rechtsordnungen (auch nicht in Österreich) der Fall.

Die **Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL** (siehe vorhin I.B.2.) verpflichtet die Mitgliedstaaten, auf staatlicher Ebene ein Verfahren zur Nachprüfung von behaupteten Verstößen der Auftragsvergabe gegen das Gemeinschaftsrecht oder gegen einzelstaatliche Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, bereitzustellen. Die Richtlinie bezieht sich nur auf Vergabeverfahren im Anwendungsbereich der BauvergabeRL und der LiefervergabeRL. Eine entsprechende Nachprüfungsrichtlinie für Vergabeverfahren auf Grund der SektorenRL ist in Vorbereitung.

Die Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL verlangt grundsätzlich, daß die geforderte Nachprüfung **wirksam und möglichst rasch** erfolgt (Art 1). Die Entscheidungen der zuständigen Nachprüfungsinstanzen müssen wirksam durchsetzbar sein (Art 2 Abs 7).

Die Anwendung der Richtlinie darf für die betroffenen Unternehmer zu keiner Schlechterstellung gegenüber Unternehmern führen, die in einem anderen innerstaatlichen Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einen Schaden geltend machen könnten (**Günstigkeitsprinzip** - Art 1 Abs 2).

Das Nachprüfungsverfahren ist möglichst offen zu halten. Es soll - entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzusetzenden Bedingungen - zumindest jedem zur Verfügung stehen, der ein **Interesse** an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein **Schaden** entstanden ist oder zu entstehen droht.

Das **Instrumentarium** der Nachprüfung umfaßt

- vorläufige Maßnahmen im Wege von einstweiligen Verfügungen,
- die Aufhebung von rechtswidrigen Entscheidungen und
- die Zuerkennung von Schadensersatz.

Vorläufige Maßnahmen durch **einstweilige Verfügung** (Art 2 Abs 1 lit a) dienen der Beseitigung von behaupteten Rechtsverstößen und der Verhinderung einer weiteren Schädigung der betroffenen Interessen. Als Beispiel für solche Maßnahmen nennt die RL die **Aussetzung des Vergabeverfahrens**. Die Entscheidung über die Anwendung vorläufiger Maßnahmen kann vom Ergebnis einer Interessenabwägung abhängig gemacht werden, die die Folgen für alle möglicherweise geschädigten Einzelinteressen und für die Allgemeinheit zu berücksichtigen hat. Auf Grund dieser **Interessenabwägung** kann die zuständige Instanz darauf verzichten, eine solche Maßnahme zu ergreifen. Die sonstigen Rechte des Antragstellers werden dadurch allerdings nicht berührt (Art 2 Abs 4).

Ein anderes von den Mitgliedstaaten vorzusehendes Mittel ist die **Aufhebung von rechtswidrigen Entscheidungen**. Dazu gehört insbes auch die **Streichung** von diskriminierenden technischen, wirtschaftlichen und finanziellen Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung (Art 2 Abs 1 lit b). Eine Aufhebung des Zuschlags kann, muß aber nicht vorgesehen sein.

Schließlich ist sicherzustellen, daß demjenigen, der durch einen Rechtsverstoß geschädigt worden ist, **Schadensersatz** zuerkannt wird (Art 2 Abs 1 lit c). Den Mitgliedstaaten steht es frei, die Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen, die auf die **Rechtswidrigkeit** einer Entscheidung gestützt werden, von der vorherigen Aufhebung dieser Entscheidung abhängig zu machen (Art 2 Abs 5). Den Mitgliedstaaten steht es weiters frei, eine Aufhebung von Entscheidungen nach erfolgtem Vertragsabschluß im Anschluß an die Zuschlagserteilung auszuschließen und in diesen Fällen dem Geschädigten nurmehr einen Anspruch auf Schadensersatz zuzugestehen (Art 2 Abs 6).

Die in der RL vorgesehenen Befugnisse (vorläufige Maßnahmen durch einstweilige Verfügungen, Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen im Vergabeverfahren und Zuerkennung von Schadensersatz) können an **verschiedene Instanzen** übertragen werden, die für das Nachprüfungsverfahren jeweils unter verschiedenen Gesichtspunkten zuständig sind (Art 2 Abs 2). Als „Grundinstanz“ kann ein Organ betraut werden, das nicht die Eigenschaft eines Gerichts im Sinne von Art 177 EWG-Vertrag hat. Im Falle einer **zweigleisigen Kontrolle** ist aber sicherzustellen, daß die Entscheidungen der Grundinstanz durch eine unabhängige Instanz, die ein Gericht im Sinne des Art 177 EWG-Vertrag sein muß, überprüft werden kann (Art 2 Abs 8).

Die **Wirkungen** der von den Kontrollinstanzen gesetzten Akte auf einen nach Zuschlagserteilung abgeschlossenen Vertrag richten sich nach einzelstaatlichem Recht (Art 2 Abs 6). Daß eine Aufhebung des Zuschlages und des Vertrages ausgeschlossen und lediglich die Zuerkennung von Schadensersatz vorgesehen werden kann, ist bereits gesagt worden. Auch sonst bleibt es dem Recht des Mitgliedstaates überlassen, die Wirkungen von Kontrollentscheidungen und -maßnahmen zu regeln. Die RL verzichtet ausdrücklich darauf, einen allgemeinen **Suspensiveffekt** zu fordern.

In der Frage der **Gewährung von subjektiven Rechten** ist die geltende Fassung der RL zurückhaltender als ihre Entwürfe. Die Regelungen über die Gewährleistung von Schadensersatz und dessen verfahrensförmliche Durchsetzung verpflichten die Mitgliedstaaten zweifellos zur Umsetzung in Form der Einräumung entsprechender subjektiver Rechte. Ansonsten ist jedoch anzunehmen, daß dem Betroffenen auf die Ausübung der Kontrollmittel (vorläufige Maßnahmen durch einstweilige Verfügungen, Aufhebung von rechtswidrigen Entscheidungen) kein subjektiver Anspruch zugestanden werden muß.

Das Schwergewicht der Kontrolle liegt in den einzelstaatlich vorzusehenden Maßnahmen. Die Richtlinie gibt aber auch der Kommission gewisse (schwache) Interventionsbefugnisse: Wenn die Kommission vor Abschluß eines Vertrages zur Auffassung gelangt, daß ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für das öffentliche Auftragswesen vorliegt, so teilt sie dies dem Mitgliedstaat mit der Forderung mit, den Verstoß zu beseitigen. Der Mitgliedstaat hat in entsprechendem Sinne zu handeln und der Kommission Bericht zu erstatten (Art 3).

Abschließend soll die in Vorbereitung befindliche **Sektoren-NachprüfungsRL** in ihrer zuletzt vorgeschlagenen Fassung [KOM(91) endg. - SYN 292, ABI Nr C 179/18 vom 10.7.1991 - siehe vorhin I.B.2.] vorgestellt werden.

Die in Kapitel 1 unter der Rubrik „**Maßnahmen auf einzelstaatlicher Ebene**“ enthaltenen Bestimmungen entsprechen - größtenteils wortgleich - den in Art 1 und 2 der Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL, jedoch mit folgenden Unterschieden: Als eine Variante der Beseitigung von Rechtsverstößen und Verhinderung weiterer Schädigungen der betroffenen Interessenten wird - zusätzlich zu den bekannten Instrumenten oder alternativ zur Aufhebung von rechtswidrigen Entscheidungen - die Auferlegung einer Art **Konventionalstrafe** ins Auge gefaßt (Art 2 Abs 1 lit c).

Ein anderer Unterschied zur Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL ergibt sich aus der in Art 2 Abs 8 vorgeschlagenen Bestimmung über den **Ersatz für frustrierte Aufwendungen**: Wird Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung eines Anbots oder für die Kosten der Teilnahme an einem Auftragsvergabeverfahren beansprucht, so hat die den Schadensersatz fordernde Person geltend zu machen, daß ein Verstoß gegen Gemeinschaftsvorschriften für das Auftragswesen oder gegen einzelstaatliche Vorschriften zur Umsetzung dieser Vorschriften vorliegt und nachzuweisen, daß dieser Verstoß ihre Chancen beeinträchtigt, den Zuschlag zu erhalten. Sie braucht nicht nachzuweisen, daß sie ohne diesen Rechtsverstoß den Auftrag erhalten hätte.

Die Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL enthält keine vergleichbare Bestimmung.

Im Kapitel 2 finden sich Regelungen zur Einführung eines **Bescheinigungsverfahrens**. Danach sollen Auftraggeber, deren Aufträge in den Anwendungsbereich der SektorenRL fallen, ihre Beschaffungsverfahren und -praktiken mindestens einmal jährlich durch einen **unabhängigen Prüfer** auf die Entsprechung mit gemeinschaftlichem und einzelstaatlichem Vergaberecht untersuchen lassen (Art 4). Der Prüfer wird durch eine vom Auftraggeber unabhängige Kontrollinstitution bzw mit deren Zustimmung durch den Auftraggeber selbst bestellt (Art 6). Der Prüfer muß vom Auftraggeber unabhängig und im Besitz bestimmter fachlicher Qualifikationen sein (Art 7). Der schriftliche Prüfungsbericht, der entweder Rechtskonformität bescheinigt oder Verstöße konstatiert und die Bestätigung verweigert, ist an die Kommission, an Behörden des Mitgliedstaates und an jeden Interessierten auf dessen Anforderung zu übermitteln. Die Kommission kann auf der Grundlage dieser Berichte in Abständen zusammenfassende Berichte im Amtsblatt der EG veröffentlichen (Art 5).

Kapitel 3 sieht unter dem Titel „**Korrekturmechanismen**“ in Art 9 die gleichen (schwachen) Interventionsmöglichkeiten vor, die die Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL in Art 3 eingerichtet hat.

Neu ist das in Kapitel 4 normierte **Schlichtungsverfahren** beim **Beratenden Ausschuß für öffentliche Aufträge**, der auf der Grundlage eines Ratsbeschlusses aus 1971 tätig ist (71/306/EWG idF 77/63/EWG). Dieses Verfahren kann jeder in Anspruch nehmen, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag im Sinne der SektorenRL hat oder hatte und dem im Zusammenhang mit dem Verfahren für die Vergabe dieses Auftrags durch einen behaupteten Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für das Auftragswesen oder

gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieses Gemeinschaftsrechts ein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht (Art 10). Eine vom Vorsitzenden des Beratenden Ausschusses einzusetzende Arbeitsgruppe hat sich um eine einvernehmliche Beilegung des Konflikts zu bemühen (Art 11 Abs 4).

II. VERGABERECHT IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Beyerlin, EuR 1987, 127; Pitzcker, AöR 107 (1982) 61; Rittner, Rechtsgrundlagen; Rittner, ZHR 152 (1988) 318; Schmittmann, EuZW 1990, 536 (539); Seidel, EuR 1990, 158; Seidel, in: Rill/Griller (Hg), Binnenmarkt, 189.

A. Rahmenbedingungen und Strukturen

Das Vergaberecht in der Bundesrepublik Deutschland ist innerstaatlich in ein ähnliches rechtliches Umfeld eingebettet und durch ähnliche rechtliche Merkmale bestimmt wie das Recht der Auftragsvergabe in Österreich.

In den **verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen** gibt es eine Reihe von Parallelen. Beide Staaten haben eine bundesstaatliche Struktur in Verbindung mit einer kommunalen Organisation. In beiden Staaten gibt es über die bundesstaatliche und die kommunale Gliederung hinaus eine Auffächerung des Staates und der öffentlichen Hand in eine Vielfalt von juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts. Gemeinsam sind beiden Staaten weiters der Grundsatz der Gesetzesbindung der Vollziehung, die Bindung des nichtfiskalischen staatlichen Handelns an die Grundrechte sowie der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht.

Die in der Bundesrepublik Deutschland auftretenden Umsetzungsprobleme entsprechen vielfach den in Österreich für den Beitrittsfall diskutierten bzw zu erwartenden Fragen. Das EG-Mitglied BRD bietet sich daher für einen Vergleich zu Orientierungszwecken an.

B. Rechtsgrundlagen und Systemmerkmale

1. Grundlegung im Haushaltsrecht

Das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder enthält Regelungen über die öffentliche Auftragsvergabe. Diese Bestimmungen sind für den Bund, die Länder, die Gemeinden und für andere öffentlichrechtliche Verbände maßgebend, die dem Regime der Haushaltsgesetzgebung unterliegen.

Das **Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)** aus 1969 (BGBl I 1273) statuiert in seinem ersten Teil Grundsätze, die durch die Gesetzgebung des Bundes und der Länder auszuführen sind (§ 1). Darunter finden sich auch Bestimmungen mit unmittelbarem oder mittelbarem Bezug auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, von denen vor allem der in § 30 normierte Grundsatz der **öffentlichen Ausschreibung** von Verträgen über Lieferungen hervorzuheben ist (siehe auch die §§ 16 und 29 HGrG). Diese Regelung ist gemäß § 48 auch auf Sondervermögen von Bund und Ländern und auf bundes- und landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts anzuwenden.

Im Bereich des Bundes werden die Grundsatzregelungen des HGrG durch die **Bundshaushaltsordnung (BHO)** aus 1969 (BGBl I 1284) ausgeführt. Das Beschaffungswesen

unterliegt jedenfalls der in § 7 Abs 1 BHO verankerten Pflicht, bei der Aufstellung und Vollziehung des Haushaltsplanes die Grundsätze der **Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** zu beachten. Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Baumaßnahmen und Beschaffungen dürfen erst veranschlagt werden, wenn konkrete Planungen und Kostenberechnungen vorliegen (§ 24 BHO in Ausführung von § 16 HGrG). Die Ausführung solcher Maßnahmen bedarf einer zusätzlichen Konkretisierung der Planungen, Kalkulationen und Unterlagen (§ 54 BHO in Ausführung von § 29 HGrG). Die Verpflichtung zur **öffentlichen Ausschreibung** (§ 30 HGrG) wird durch § 55 BHO wiederholt.

Die Länder haben in ihren Haushaltsordnungen ähnliche Regelungen aufgenommen und in Form von Haushaltsverordnungen auf die Ebene der Gemeinden weitergegeben.

2. Materielle Gestaltung durch Vertragsmuster

Den Kern des materiellen Vergaberechts in der BRD bilden die - auf langer Tradition beruhenden - **Verdingungsordnungen** (zur Entwicklung des deutschen Vergaberechts bis 1938 siehe Wenger, Aufträge, 38): Eine **Verdingungsordnung für Leistungen, ausgenommen Bauleistungen (VOL)** (Ausgabe 1990, Bundesanzeiger 6.3.1990, Nr 45 a) und eine **Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)** (Ausgabe 1988, Bundesanzeiger 15.10.1988, Nr 195 a) enthalten jeweils im ersten Teil allgemeine Bestimmungen über die Vergabe (VOL/A, VOB/A) und im zweiten Teil allgemeine Bedingungen für die Ausführung von Leistungen und Bauleistungen (VOL/B, VOB/B). Die zur Anpassung an die LiefervergabeRL und die BauvergabeRL erforderlichen Änderungen sind - äußerlich abgehoben - in die beiden Verdingungsordnungen eingearbeitet.

Die beiden Regelwerke sind als Vorschläge von Gremien (**Verdingungsausschüssen**) erarbeitet und herausgegeben worden, die aus Vertretern des Bundes, der Länder, der Kommunen, der Wirtschafts- und Berufsverbände und der Gewerkschaften zusammengesetzt sind.

Die Verdingungsordnungen sind keine verbindlichen Rechtsvorschriften, sondern **Vorschläge und Muster** für das Vorgehen bei der Vergabe und für die Gestaltung von Leistungsverträgen. Sie entsprechen typologisch den österreichischen Vergabe- und Vertragsnormen (ÖNORMEN). Die im Teil B der Verdingungsordnungen enthaltenen Muster (VOL/B und VOB/B) gelten als allgemeine Geschäftsbedingungen.

3. Umsetzung durch Verwaltungsanordnungen

Auf Grund und zur Erfüllung der haushaltsrechtlichen Vorschriften (siehe vorhin 1.) haben der Bund und die Länder die Verdingungsordnungen im eigenen Geschäftsbereich, für die Gemeinden und für die ihrer haushaltsrechtlichen Ingerenz unterliegen den juristischen Personen öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen) durch **Verwaltungsanweisungen** (Richtlinien, Weisungen, Verwaltungsverordnungen) verbindlich gemacht.

Diese Vorschriften wirken nur im „**Innenverhältnis**“. Sie bilden keine Basis für subjektive Rechte der Interessenten, Bewerber und Bieter gegenüber dem Auftraggeber.

In der deutschen Vergaberechtsliteratur gibt es seit längerem eine Diskussion darüber, ob diese rechtliche Gestaltung (Fundierung des Vergaberechts in Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung auf der Grundlage und in Anwendung von öffentlichem Haushaltsrecht) ausreichend ist. Zweifel in diese Richtung und die Forderung nach **Schaffung von verbindlichen Rechtsvorschriften** in Form von Gesetzen und Rechtsverordnungen sind speziell im Hinblick auf die **Umsetzungserfordernisse des EG-Vergaberechts**, im besonderen auch der Liefer- und Bauaufträge-Nachprüfungsrichtlinie, geäußert worden (mehr darüber im folgenden unter II.C.).

Die Frage stellt sich jedoch auch unter dem Gesichtspunkt des **Verfassungsrechts** der Bundesrepublik Deutschland mit Bezug auf den **Gesetzesvorbehalt** des Art 20 Abs 3 Grundgesetz, der die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ bindet.

Dieser Gesetzesvorbehalt ist ursprünglich als klassischer **Eingriffsvorbehalt** im Sinne eines im ordnungsstaatlichen Denken des 19. Jahrhunderts wurzelnden Verfassungsverständnisses interpretiert worden. In dieser Bedeutung unterliegen nur freiheitsbeschränkende Eingriffe des hoheitlich agierenden Staates dem Vorbehalt einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung. Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen in Form von Verträgen zwischen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts über die Bereitstellung von Lieferungen und Leistungen fällt nicht darunter.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und in der deutschen Staatsrechtslehre hat sich die Auffassung über den Gesetzesvorbehalt des GG tiefgreifend geändert (die Entwicklung ist allerdings zum Teil auch auf heftige Kritik gestoßen). Das neue Verständnis kommt in der Bezeichnung „**Wesentlichkeitstheorie**“ zum Ausdruck. Danach unterliegen alle jene Entscheidungen dem Vorbehalt einer gesetzlichen Regelung, die die Grundlagen der sozialen Gemeinschaft betreffen (auch wenn es sich dabei nicht um Eingriffe handelt). Die Formel von der „Wesentlichkeit“ ist als Je-desto-Verknüpfung zu verstehen: Je wichtiger eine Angelegenheit für die Gemeinschaft und/oder ihre Angehörigen ist, desto höher sind die Anforderungen an eine gesetzliche Regelung (siehe die Nachweise der Rechtsprechung und Lehre bei **Stern**, Staatsrecht, Bd I, 811).

Angesichts dieses Paradigmenwechsels ergeben sich für die Frage der Erforderlichkeit einer Regelung des deutschen Vergaberechts durch außenwirksame Rechtsvorschriften neue Perspektiven. Die Anwendung der „Wesentlichkeitstheorie“ spricht dafür, daß eine solche Regelung nötig wäre. Eine einheitliche Auffassung oder eine Antwort der Judikatur gibt es allerdings noch nicht.

4. Privatrechtliches Rechtsverhältnis

Das Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bewerber/Bieter/Auftragnehmer ist in aller Regel ein **privatrechtliches** und wird daher wesentlich durch Bindungen und Maximen des allgemeinen und des besonderen Privatrechts (insbesondere des Wettbewerbsrechts) bestimmt. Das gilt sowohl für das Vergabeverfahren als auch für die Zuschlagserteilung und die daran anschließenden Beziehungen.

Nur in seltenen Fällen besteht eine **öffentlichrechtliche Beziehung**, die als solche einer Überprüfung im Verwaltungsrechtsweg unterliegt. Ein solches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn es gesetzliche (öffentlichrechtliche) Regelungen gibt, die eine bestimmte Personengruppe bei der Auftragsvergabe bevorzugen (BVerwGE 7, 89; 37, 87; 14, 65; BVerwG DVBl 1970, 866; DÖV 1971, 705).

5. Zivilgerichtliche Zuständigkeit

Sie ergibt sich aus der Qualität des Rechtsverhältnisses, das in aller Regel ein privatrechtliches ist (siehe vorhin 4.). Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe, auch solche, die das Vergabeverfahren vor dem Zuschlag und Vertragsabschluß betreffen, sind im **Zivilrechtsweg** auszutragen.

In materieller Hinsicht können Ansprüche auf **Schadensersatz** unter dem Titel des Verschuldens beim Vertragsabschluß (**culpa in contrahendo**) geltend gemacht werden.

6. Bindungen durch Privatrecht, öffentliches Recht- und Verfassungsrecht

Bindungen, denen das Recht und die Praxis der Auftragsvergabe durch Einwirkungen vonseiten anderer Rechtsgebiete unterliegen, können in ihren Zielen und Wirkungen durchaus miteinander **konkurrieren**. Das ist insbesondere im Verhältnis von allgemeinem Privatrecht und Verfassungsrecht der Fall (siehe im folgenden).

Eine **Übersicht**, die das System beleuchtet (auf Einzelheiten ist nicht einzugehen), zeigt folgendes Bild:

- Die im **allgemeinen Privatrecht** beheimateten Grundsätze verlangen eine **sachliche Gleichbehandlung** und sie verbieten eine **Diskriminierung** von Bewerbern und Bietern im Vergabeverfahren. Dies ist in der Rechtsprechung auch anerkannt (BGHZ 97, 312, 316). Im einzelnen verlangt das Verbot der Diskriminierung vom Auftraggeber ein gesetzesgemäßes Vorgehen, die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, ein Vorgehen nach Treu und Glauben, ein unparteiisches Verfahren, eine angemessene Berücksichtigung der berechtigten Interessen der betroffenen Wirtschaftskreise und die Sorge für den Bestand von gleichen Wettbewerbsbedingungen unter den Bewerbern/Bietern [Rittner, ZHR 152 (1988) 325, 327].
- Die grundsätzliche Bindung der öffentlichen Auftragsvergabe an das **Wettbewerbsrecht** (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb - UWG; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB) ist unbestritten, ihre Reichweite und Konsequenzen erscheinen jedoch noch nicht hinreichend geklärt [Pietzcker, AöR 107 (1982) 74; Rittner, ZHR 152 (1988) 324 mwN]. In der Rechtsprechung ist jedenfalls anerkannt, daß ein vom Vergabeverfahren ausgeschlossener Bewerber Ansprüche auf Schadensersatz gegen die öffentliche Hand auch auf das UWG und das GWB stützen kann, wenn der öffentliche Auftraggeber am Markt eine Monopolstellung oder eine marktbeherrschende Stellung innehat (Seidel, EuR 1990, 158, 173 mN der Rspr).
- Verschiedene öffentlichrechtliche Vorschriften enthalten oder enthielten vergabebezogene Regelungen, mit denen aus regional-, sozial- oder konjunkturpolitischen Gründen persönliche oder lokalpolitische **Präferenzen** begründet werden oder

wurden. Ein Beispiel bietet die Inpflichtnahme von Vergaben der Bundesbahn für Zwecke der regionalen Wirtschaftsförderung (§ 50 Bundesbahngesetz aus 1951, BGBl I 955; eine analoge Regelung in § 31 Postverwaltungsgesetz ist vom nunmehr maßgebenden Postverfassungsgesetz aus 1989, BGBl I 1026, nicht übernommen worden). Konjunkturpolitische Maßnahmen, die sich mittelbar auch auf die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand auswirken, regelt das Stabilitätsgesetz aus 1967 (BGBl I 582). Vergabebezogene Präferenzierungsvorschriften sind daraus allerdings nicht zu gewinnen.

- Von den Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Recht und die Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe war bereits im Zusammenhang mit dem Gesetzesvorbehalt die Rede (siehe vorhin unter 3.). Andere vergabe(rechts)relevante Bindungen des Verfassungsrechts gehen von den **Grundrechten**, im besonderen vom **Gleichheitssatz** (Art 3 GG), aus. Mit diesem Gesichtspunkt sind theoretische Fragen angesprochen, über die es sehr unterschiedliche Auffassungen gibt, etwa das allgemeine Problem der Drittwirkung von Grundrechten und anderen verfassungsrechtlichen Bindungen (vor allem Staatszielbestimmungen und institutionelle Garantien) oder die Frage des Verhältnisses von verfassungsrechtlichen Gewährleistungen und gleichgerichteten Generalklauseln des Privatrechts. Die Grundfragen und Positionen, die diese Themen beherrschen, sind in gleicher oder ähnlicher Form auch in der österreichischen Diskussion anzutreffen.

7. Beschaffungspolitische Funktion der Auftragsvergabe

Abgesehen von vereinzelten „auftragsfremden“ Präferenzelementen steht das Vergaberecht in der Bundesrepublik Deutschland ausschließlich im Dienste einer **wettbewerbsneutralen und wirtschaftlichen Bedarfsdeckung** der öffentlichen Hand. Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen „im Wettbewerb, auf das wirtschaftlichste Angebot (und) nach ausschließlich auftragsbezogenen Kriterien“ wird geradezu als „**ordnungspolitisches Credo**“ ausgewiesen (Seidel, in: Rill/Griller (Hg), Binnenmarkt, 190).

C. Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Bindungen

In der Bundesrepublik Deutschland ist die Umsetzung des EG-Vergaberechts, im besonderen auch der Liefer- und Bauaufträge-NachprüfungsRL, ohne Veränderung des vorhin beschriebenen Systems erfolgt. Die Verarbeitung der Vergaberichtlinien in den Verdingungsordnungen (siehe vorhin II.B.2.) und die Möglichkeiten der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen von benachteiligten oder abgewiesenen Bewerbern und Bietern werden im allgemeinen für ausreichend gehalten, um die Umsetzungsanforderungen des Gemeinschaftsrechts zu erfüllen (in diesem Sinne vor allem die von Seidel vertretene Auffassung).

Es gibt allerdings auch Zweifel und Vorbehalte. So meint Schmittmann (EuZW 1990, 539), daß die „Rechtsmittelrichtlinie“ in Form eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung zu transformieren sein wird. Dabei sollte allerdings der Verwaltungsweg außer Betracht bleiben.

Für den Fall einer gesetzlichen Regelung stellen sich auch in der Bundesrepublik Deutschland **kompetenzrechtliche Probleme**. Fest steht, daß es keine umfassende Regelungszuständigkeit des Bundes oder der Länder für das gesamte Vergabewesen gibt. Es wäre daher jedenfalls eine getrennte Regelung durch Bundes- und Landesrecht erforderlich (die Möglichkeit einer Änderung des Grundgesetzes wird in der Bundesrepublik in diesem Zusammenhang - soweit ersichtlich - nicht ins Auge gefaßt).

Die Kompetenzlage de constitutione lata wird beim Vergabewesen verschiedentlich in Analogie zum Verwaltungsverfahrensrecht gesehen. Das Vergabeverfahren wird dabei als **Verwaltungsverfahren** gedeutet, das auf den Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages gerichtet ist. Dieses Motiv ist überdies auch in der österreichischen Diskussion aufgetaucht (siehe den Hinweis im Beitrag von PERNTHALER, S 52 unten).

Durchwegs abgelehnt wird jedenfalls eine gesetzliche Gestaltung des Vergabewesens, die eine Öffnung für den **Verwaltungsrechtsweg** mit den damit verbundenen Interventionsmöglichkeiten der Verwaltungsgerichte in laufende Vergabeverfahren, äußerstenfalls sogar bis hin zur Konkurrentenklage, zur Folge hätte.

In der Politik und in der vergaberechtspolitischen Literatur in der Bundesrepublik Deutschland ist allgemein eine starke **Zurückhaltung gegenüber der Ausweitung von prozeßförmlichen Verfahren im Vergabebereich** festzustellen. Wie schon der Liefer- und BauaufträgenachprüfungsRL soll nun auch der Sektoren-NachprüfungsRL „der Zahn gezogen“ werden (siehe vorhin I.C. und I.D.10.; siehe auch die Bedenken des Bundesrates gegenüber dem Vorschlag einer Sektoren-NachprüfungsRL in der älteren Fassung von 1990 - EuZW 1991, 137).

Die Auffassung (und wohl auch Hoffnung), daß das bestehende System in der Bundesrepublik Deutschland EG-konform ist und nicht durch gesetzliche Regelungen des Vergabewesens nachhaltig reformiert zu werden braucht (auf die ähnliche Lage in Österreich wird dabei gerne verwiesen), erscheint allerdings durch die Rechtsprechung des EuGH in Frage gestellt, die in bestimmten Fällen eine unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien im innerstaatlichen Bereich bejaht (so vor allem das „Beentjes-Urteil“ vom 20.9.1988, RS 31/87, EuGHE 1988, 4635 - darauf wird im folgenden unter III.B.1. einzugehen sein).

III. VERGABERECHT DER EG UND ÖSTERREICHISCHES RECHT

A. Die Fragestellung

Im Falle eines EG-Beitritts hat Österreich das gesamte Gemeinschaftsrecht, bestehend aus den Integrationsverträgen und deren Folgerecht, einschließlich seiner ungeschriebenen Grundsätze und des Richterrechts, zu übernehmen (**acquis communautaire**). Im folgenden sollen die Erfordernisse und Möglichkeiten untersucht werden, die sich bei der Übernahme und Umsetzung des Vergaberechts der Gemeinschaft ergeben. Dabei geht es nicht darum, den Anpassungs- und Änderungsbedarf des österreichischen Vergaberechts **in inhaltlicher Hinsicht** darzustellen. Es geht vielmehr um die Frage, welche Anforderungen die Umsetzung des EG-Vergaberechts an die Gestaltung des innerstaatlichen **Regelungssystems**, vor allem im Hinblick auf dessen Rechtsquellen, Garantiefunktionen und Durchsetzungsmöglichkeiten, stellt. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob in Österreich für eine EG-rechtskonforme Gestaltung des Vergaberechts **gesetzliche Regelungen** erforderlich sind, oder ob das bestehende System, das - wie in der Bundesrepublik Deutschland - weitgehend auf einer Selbstbindung durch verwaltungsinterne Anordnungen beruht, auch im Falle einer Mitgliedschaft Österreichs bei den EG beibehalten werden könnte.

B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

1. Erfordernisse und Wirkungen der Umsetzung von Richtlinien

Beyerlin, EuR 1987, 126; Everling, DVwBl 1985, 1201; Di Fabio, NJW 1990, 947; Fischer, Economy 1989, 66; Gutknecht, in: Korinek/Rill (Hg), Wirtschaftsrecht, 140; Jarass, NJW 1991, 2665; Oldenburg, Wirkung von EG-Richtlinien; Griller, in: Korinek/Rill (Hg), Wirtschaftsrecht, 113; Korinek, in: Rill/Griller (Hg), Binnenmarkt, 215; Seidel, NJW 1985, 517; Pieper, DVBl 1990, 684; Viebrock, JZ 1991, 555.

Richtlinien sind für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Zweckes verbindlich, sie überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel der Umsetzung. Darin unterscheidet sich die Richtlinie von der Verordnung. Diese hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (Art 189 EWG-Vertrag).

Rechtssatztypologisch entspricht die Verordnung dem materiellen, unmittelbar anwendbaren Gesetz. Die Richtlinie erinnert an die Kategorie der Rahmen- und Finalgesetzgebung.

Entsprechend der allgemeinen Verpflichtung auf Grund von Art 5 EWG-Vertrag haben die Mitgliedstaaten in ihrem Bereich durch „geeignete Maßnahmen“ für eine wirksame und regelungskonforme Umsetzung von Richtlinien zu sorgen (Prinzip des „**effet utile**“).

Im Gegensatz zur Verordnung hat die Richtlinie den Mitgliedstaaten sowohl einen **inhaltlichen Freiraum** für die innerstaatliche Konkretisierung (arg: Verbindlichkeit nur

hinsichtlich „des zu erreichenden Ziels“) als auch die **Kompetenz zur Herstellung** von unmittelbarer Wirksamkeit durch **Transformation** zu belassen. Dies spricht gegen die Zulässigkeit einer ins Detail gehen den Richtliniengesetzgebung und gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit („Direkt- oder Horizontalwirkung“) von Richtlinien.

Die Praxis der Richtliniengesetzgebung neigt allerdings zur Erlassung von Regelungen, die zum Teil stark ins Detail gehen. Dazu kommt, daß die Rechtsprechung des EuGH den Richtlinien unter bestimmten Voraussetzungen eine innerstaatliche Direktwirkung zugesteht. Dies hat zur Folge, daß die **Rechtsform der Richtlinie zu jener der Verordnung** konvergiert. Die im EWG-Vertrag vorgezeichneten Grenzen zwischen Richtlinie und Verordnung drohen somit zu verschwimmen.

Diese Entwicklung, deren Ergebnisse noch offen sind, berührt **grundsätzliche Fragen des Verhältnisses der Gemeinschaft zu ihren Mitgliedern**. Sie wird daher im Schrifttum mit großer Aufmerksamkeit verfolgt und in durchaus unterschiedlicher Weise kommentiert.

Die **Rechtsprechung des EuGH**, die zum Teil auch das Beschaffungswesen direkt betrifft, hat folgende Grundsätze entwickelt:

- Die nach Art 189 gewährte Entscheidungsfreiheit, die Formen und Mittel bei der Durchführung zu wählen, läßt die Verpflichtung unberührt, diejenigen Formen und Mittel anzuwenden, die sich zur **Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit** (effet utile) der Richtlinien am besten eignen (Rs 48/75, Royer, EuGHE 1976, 497).
- Ein Mitgliedstaat kann sich nicht auf **Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen**, um damit die Nichtbeachtung von Verpflichtungen und Fristen zu rechtfertigen, die in den Richtlinien festgelegt sind (Rs 148/78, Ratti, EuGHE 1979, 1629).
- Die Umsetzung von Richtlinien muß durch innerstaatliche Vorschriften erfolgen, die den Erfordernissen der Eindeutigkeit und Bestimmtheit genügen. Eine **bloße Verwaltungspraxis**, welche die Verwaltung **beliebig ändern** kann und die nur **unzureichend bekannt** ist, ist keine wirksame Erfüllung der Verpflichtung nach Art 189 EWG-Vertrag (Rs 102/79, Kommission vs Belgien, EuGHE 1978, 1473).
- **Ministerielle Erlässe** genügen dem Erfordernis der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht, weil diese als interne Verwaltungsanweisungen nicht von Amts wegen zu veröffentlichen sind und jederzeit wieder geändert werden können (Rs 145/82, Kommission versus Italien, EuGHE 1983, 711).
- Ob eine Regelung geeignet ist, unmittelbare Wirkungen zwischen den Mitgliedstaaten und den Einzelnen zu begründen, ist in jedem Einzelfall auf Grund der **Rechtsnatur, der Systematik und des Wortlauts** der Bestimmung zu prüfen (Rs 41/74, Van Duyn, EuGHE 1974, 1337).
- In all den Fällen, in denen Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, sind **die Einzelnen berechtigt, sich gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen zu berufen**, wenn der Staat die Richtlinie nicht fristgerecht in nationales Recht umgesetzt hat oder eine unzutreffende Umsetzung der Richtlinie vornimmt (Rs 31/87, Beentjes, EuGHE 1988, 4635; ebenso Rs 103/88, Fratelli Costanzo SpA, EuGHE 1989, 1839).

Als gesichert kann somit gelten, daß ein System des Vergabewesens, welches ausschließlich oder vorwiegend auf **Selbstbindungen** beruht, nicht ausreichend ist, wenn deren Gestaltung und Aufrechterhaltung zur Disposition der öffentlichen Auftraggeber steht. Aus der Rechtsprechung geht weiters hervor, daß die Richtlinien zum Vergaberecht darauf gerichtet sind, dem Einzelnen als Interessenten/Bewerber/Bieter **subjektive Rechte** im Vergabeverfahren zu gewähren, die er - im Sinne der NachprüfungsRL - letztlich auch in einem **Verfahren** durchsetzen kann, das in seiner Leistungsfähigkeit einem gerichtlichen Verfahren nicht nachsteht.

2. Vergaberechtliche Bindungen und Garantien

Die Bestandsaufnahme des Vergaberechts der EG (vorhin unter I.) zeigt ein differenziertes, durch Richtlinien eingehend geregeltes Gefüge von Regelungen, deren **persönlicher Anwendungsbereich** nicht auf den Staat im engeren Sinne (in Österreich: Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände) und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränkt ist, sondern auch „Dritte“ betrifft. Die Erweiterung bezieht sich nicht nur auf formell privatrechtlich eingerichtete Trabanten des Staates (Staat im funktionellen Sinne, zB in Form von sog ausgegliederten Rechtsträgern), sondern zum Teil auch auf „echte Private“, die als gemeinnützige Unternehmen, Träger von besonderen Konzessionen oder Monopolrechten tätig sind (siehe im einzelnen vorhin I.D.1.).

Die Richtlinien verlangen weiters - wie bereits festgehalten wurde - die Gewährleistung von **subjektiven Rechten** im Verfahren und die Garantie von **prozeßförmlichen Möglichkeiten** der Geltendmachung dieser Rechte.

C. Möglichkeiten der Systemgestaltung im österreichischen Recht

Nun ist zu prüfen, welche Möglichkeiten das österreichische Recht anbietet, um im Bereich des Vergabewesens jene Erfordernisse wirksam umzusetzen, die das EG-Recht anbietet. Die Frage des inhaltlichen Anpassungsbedarfes soll dabei außer Betracht bleiben; worum es geht, ist die **Gestaltung des Systems** im Hinblick auf Regelungsinstrumente, Publizität, Bindungswirkung und Garantiewirkungen in bezug auf subjektive Rechte und deren Durchsetzung.

Kontrollmöglichkeiten, an denen der Einzelne nicht als Träger von materiellen und verfahrensmäßigen Rechten teilnehmen kann, wie die politische Kontrolle, die Rechnungshofkontrolle, die Kontrolle durch die Volksanwaltschaft und durch verschiedentlich eingerichtete Vergabekontrollkommissionen, können ebenfalls außer Betracht bleiben. Auf dieser Grundlage können jedoch Formen der **vorgeschalteten Prüfung** und der **Schlichtung** eingerichtet werden, wie sie in den beiden Nachprüfungsrichtlinien angesprochen werden.

Ein wesentliches, jedoch für sich allein unzureichendes Element ist auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auf Grund einer behaupteten Verletzung von vorvertraglichen Sorgfaltspflichten (**culpa in contrahendo**). Diese Möglichkeit wird zwar in neuerer Rechtsprechung speziell auch für die Auftragsvergabe grund-

sätzlich anerkannt (siehe OGH 13.4.1988, 1 Ob 539/88 = WBl 1988, 342; OGH 31.5.1988, 4 Ob 406/87 = WBl 1988, 433; OGH 29.11.1989, 1 Ob 663/89 = JBl 1990, 520). Solche Ansprüche dringen nicht oder nicht weit genug in den Bereich des Vergabeverfahrens vor (Aicher, in: Korinek/Aicher, Vergabekontrollkommission, 19).

Die grundsätzlich in Betracht zu ziehende Möglichkeit einer Regelung mit Hilfe von sog **Selbstbindungs- oder Statutargesetzen** ist aus folgenden Gründen nicht ausreichend: Sie reicht - selbst wenn darin die Einhaltung bestimmter Regeln für das Vergabeverfahren durch vertragliche Transformation aufgetragen wird - nicht weiter als die Befugnis von obersten Organen der Verwaltung zur Verpflichtung von nachgeordneten Stellen mittels **Weisung**. Die Erfordernisse im Hinblick auf die Verpflichtung von „Dritten“ als Auftraggeber können auf diesem Wege nicht hinreichend erfüllt werden. Das gleiche gilt für gesetzliche Regelungen, die auf der Grundlage des **öffentlichen Haushaltsrechts** ergehen können.

Somit bleibt als Ergebnis festzuhalten, daß eine EG-rechtskonforme Systemgestaltung des Vergabewesens in Österreich auf das Instrument der Erlassung von **materiellen Gesetzen** (die keine bloßen Selbstbindungsgesetze sind) nicht verzichten kann. Die **Zuständigkeit** zur Erlassung solcher Gesetze richtet sich nach den Bestimmungen der **bundesstaatlichen Kompetenzverteilung**. Diesbzgl sei auf die Ausführungen von Pernthaler verwiesen.

RESÜMEE

1. Das Vergaberecht der EG wird inhaltlich durch das Recht der Gründungsverträge grundsätzlich bestimmt und im einzelnen durch eine Reihe von Richtlinien näher geregelt. Die Entwicklung der nach Sachbereichen aufgefächerten „Richtlinien gesetzgebung“ für das Beschaffungswesen ist noch nicht abgeschlossen. Im Falle eines Beitritts hat Österreich das gesamte Gemeinschaftsrecht, bestehend aus den Integrationsverträgen und deren Folgerecht, einschließlich seiner ungeschriebenen Grundsätze und des Richterrechts (*acquis communautaire*), zu übernehmen.
2. Die Bestandsaufnahme des Vergaberechts der EG zeigt ein differenziertes, durch Richtlinien eingehend geregeltes Gefüge von Regelungen, deren persönlicher Anwendungsbereich nicht auf den Staat im engeren Sinne (in Österreich: Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände) und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränkt ist, sondern auch „Dritte“ betrifft. Die Erweiterung bezieht sich nicht nur auf formell privatrechtlich eingerichtete Trabanten des Staates (Staat im funktionellen Sinne, zB in Form von sog ausgegliederten Rechtsträgern), sondern zum Teil auch auf „echte Private“, die als gemeinnützige Unternehmen, Träger von besonderen Konzessionen oder Monopolrechten tätig sind.
3. Es kann als gesichert gelten, daß ein System des Vergabewesens, welches ausschließlich oder vorwiegend auf Selbstbindungen beruht, nicht ausreichend ist, wenn deren Gestaltung und Aufrechterhaltung zur Disposition der öffentlichen Auftraggeber steht.
4. Aus der Rechtsprechung geht weiters hervor, daß die Richtlinien zum Vergaberecht darauf gerichtet sind, dem Einzelnen als Interessenten/Bewerber/Bieter subjektive Rechte im Vergabeverfahren zu gewähren, die er - im Sinne der NachprüfungsRL - letztlich auch in einem Verfahren durchsetzen kann, das in seiner Leistungsfähigkeit einem gerichtlichen Verfahren nicht nachsteht.
5. Für eine EG-rechtskonforme Gestaltung des österreichischen Vergaberechts sind weder bloße Selbstbindungen, seien sie auch in Gesetzesform erlassen, noch Kontrollmöglichkeiten ausreichend, an denen der Einzelne nicht als Träger von materiellen und verfahrensmäßigen Rechtsansprüchen teilnehmen kann. Verfahren zur Nachprüfung und Schlichtung, die auf politischer Kontrolle, Rechnungshof- oder Volksanwaltschaftskontrolle oder auf Beiratstätigkeiten beruhen, können als vorgeschaltete Maßnahmen installiert werden, sie sind jedoch für sich nicht hinreichend.
6. Eine EG-rechtskonforme Systemgestaltung des Vergabewesens in Österreich kann nur auf der Grundlage von entsprechenden materiellen Gesetzen bewerkstelligt werden.

O.Univ.-Prof.Dr. Peter Pernthaler

**Die innerstaatliche Umsetzung der Vergabe-
richtlinie der EG aus der bundesstaatlichen
Kompetenzverteilung in Österreich**

I. BISHERIGE ENTWICKLUNG DES VERGABERECHTS

Uneinheitlichkeit und Selbstbindungscharakter der Vergabennormen sind die zwei Hauptmerkmale, die sich wie ein roter Faden durch die geschichtliche Entwicklung des österreichischen Vergaberechts ziehen (siehe dazu: WENGER, Das Recht der öffentlichen Aufträge 1977, 19 ff; LANGER, Österreichisches und internationales Vergaberecht 1990, 11 ff).

1. Das Vergaberecht in der Monarchie und ersten Republik

Vor der Jahrhundertwende war das Recht der öffentlichen Aufträge nur lückenhaft geregelt. Auf **gesamtösterreichischer** Ebene gab es vereinzelt interne Verwaltungsverordnungen der betreffenden Minister. Die Landesordnungen von 1861 (RGI 1861/20, Beilage II), erklärten im § 18 „*alle Anordnungen in Betreff der öffentlichen Bauten, welche aus Landesmitteln bestritten werden,*“ zu **Landesangelegenheiten**.

Angesichts der „*notorischen Klagen und Übelstände im Submissionswesen*“ kam es 1889 zu einer Petition des Niederösterreichischen Gewerbevereins an den k.k. Handelsminister, die eine Reform des Vergabewesens einleitete. Jahrelange Beratungen und Verhandlungen fanden schließlich ihren Niederschlag in der **Verordnung des Gesamtministeriums betreffend die Vergabung staatlicher Lieferungen und Arbeiten**, dem sogenannten Submissionsregulativ vom 3.4.1909 (RGI 1909/61). Das Regulativ enthielt bereits alle typischen Elemente einer umfassenden Vergabeordnung; es regelte die Vergabearten, das Ausschreibungsverfahren, die Anbotstellung durch die Bewerber, die Behandlung der eingelangten Angebote, den Zuschlag und die Vergabeverträge samt ihrer Durchführung. § 1 der Submissionsverordnung 1909 stellte aber klar, daß die Verordnung nur für **(gesamt)staatliche** Stellen - Behörden, Anstalten, Unternehmungen und Fonds - galt. Die Behörden, Anstalten, Unternehmen und Fonds der Länder und Gemeinden waren vom Regulativ nicht erfaßt.

Der Durchführungserlaß zum Submissionsregulativ 1909 (abgedruckt bei WENGER, Recht 212), der vom Handelsministerium ausgearbeitet worden war, wurde in der Folge von den einzelnen Ministerien für ihre Ressorts umgesetzt. Den Ländern wurde der Erlaß mit der Bitte um - und der Hoffnung auf - eine einheitliche Regelung weitergereicht.

Einen neuen Versuch, das Vergaberecht zu vereinheitlichen und verfassungsrechtlich abzusichern, unternahm 1919 das Staatsamt für Handel und Gewerbe, Industrie und Bauten. Im Zuge der Vorbereitungen zum Bundes-Verfassungsgesetz forderte es einen **eigenen Kompetenztatbestand „Submissionswesen“** zugunsten des Bundes, um einer „*Verlängerung des Lieferungswesens*“ vorzubeugen. Die deutschösterreichische Staatskanzlei wies diese Forderung mit der Bemerkung zurück, daß hier eine gesetzliche Regelung, sofern eine solche im Vergaberecht überhaupt in Betracht kommt, sich wohl nur auf Lieferungen für den Bund beziehen könne.

Im Laufe der **ersten Republik** wurde das Submissionsregulativ 1909 auf zwei Ebenen weiterentwickelt:

Erstens wurde es im Erlaßweg durch Durchführungsbestimmungen und Richtlinien des Handelsministeriums weiter ergänzt.

Zweitens wurden aufgrund des neuen Kompetenztatbestandes „**Normenwesen**“ (Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG) die ersten Vergabenormen ausgearbeitet. Diese „**Normen**“ hatten aber - für sich genommen - nur die Qualität von rechtlich nicht verbindlichen Fachgutachten. Sie mußten daher erst - regelmäßig durch Verwaltungsverordnungen - für einen bestimmten Anwendungsbereich als „verbindlich“ erklärt werden.

2. Das Vergaberecht des Bundes nach 1945

In der Zweiten Republik ging die Bundesverwaltung zunächst von der Weitergeltung des Submissionsregulativs von 1909 aus. Dennoch wurde die Ausgestaltung und Modernisierung des Vergaberechts auf der zweiten Schiene, dem **Normenwesen** intensiv weitergetrieben. Der Verdingungsausschuß des Österreichischen Normenausschusses brachte die schon bestehenden ÖNORMEN als ÖNORM B 2060 und ÖNORM 2110 heraus, die noch durch vier weitere ÖNORMEN ergänzt wurden.

Da diese Normen aber nur die Vergabe von Bauleistungen erfaßten, einigte man sich darauf, eine **Allgemeine** Vergabennorm auszuarbeiten, die schließlich 1953 als ÖNORM A 2050 „Vergabung von Leistungen“ als Vornorm ausgegeben wurde.

Nach dem Beschluß des Normengesetzes, mit dem einem unter der Aufsicht des zuständigen Bundesministeriums stehenden Verein die ausschließliche Ausarbeitung der ÖNORMEN übertragen wurde, konnte die Vornorm durch die ÖNORM A 2050 „**Vergabung von Leistungen**“, **Ausgabetag 30.3.1957** ersetzt werden. Wie alle vom Österreichischen Normungsinstitut ausgearbeiteten Normen, stellt auch die ÖNORM A 2050 weder eine verbindliche Verordnung, noch ein Gesetz, sondern nur eine **Empfehlung** dar, die, um verbindlich zu sein, erst durch Gesetz oder Verordnung in Geltung gesetzt werden muß. In der Folge wurde also die ÖNORM ressortintern für die Bundesdienststellen für verbindlich erklärt. (Derzeit gilt die ÖNORM A 2050 aufgrund des Ministerratsbeschlusses vom 26.9.1978 idF vom 16.10.1990.)

Gleichzeitig wurde an die Ämter der Landesregierungen und an die Gemeinden die Empfehlung gerichtet, für ihre Bereiche gleichlautende Anordnungen zu erlassen. Nach herrschender Lehre, aber, wie WENGER nachweist, rechtlich nicht zwingend, wurde die Submissionsverordnung 1909 durch die Umsetzung der ÖNORM A 2050 aufgehoben.

Ergänzend zur zentralen ÖNORM A 2050 bestehen im Bundesbereich folgende Vergabevorschriften, die die ÖNORM A 2050 für bestimmte Bundesstellen für verbindlich erklären, ergänzen und modifizieren (LANGER, Vergaberecht 66 ff):

- Richtlinien für die Vergabe von Leistungen durch Bundesdienststellen
- Vergabeordnung für öffentliche Bauaufträge (VOöB)
- Umwelt- und Wasserwirtschaftsfonds-Vergaberichtlinien
- Richtlinien über die Vergabe und Durchführung von Forschungsaufträgen und Aufträgen für sonstige wissenschaftliche Untersuchungen
- Bauethik-Katalog des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten.

Für eine Rechtsanalyse besonders interessant sind zwei, allerdings nie zu Gesetzen gediehene, Versuche eines umfassenden Vergabegesetzes.

Die **Regierungsvorlage 1969** (1246 BlgNR, XI. GP), der Entwurf zu einem „**Bundesvergabegesetz**“, sah als Geltungsbereich nur die Bundesdienststellen vor, einschließlich der Organe des Bundes, die Stiftungen, Fonds und Anstalten verwalten.

Auch andere, vom Bund zur Verwaltung eigens bestellte Personen sollten davon erfaßt werden. Die Erläuternden Bemerkungen betonen den Selbstbindungscharakter des Gesetzes. Für die Außenwirkungen wird auf das allgemeine Zivilrecht verwiesen. Als Kompetenzgrundlage wurden Art 17 B-VG (Privatwirtschaftsverwaltung) und Art 10 Abs 1 Z 13 und 16 B-VG (Stiftungs- und Fondswesen, Organisation von Bundesbehörden) angesehen.

Die **Regierungsvorlage 1982** (996 BlgNR, XV. GP) hingegen war viel weitergehend als Entwurf eines **einheitlichen und umfassenden „Vergabegesetzes“** gedacht. Neben den Bundesstellen hätten auch **Länder und Gemeinden** und **ausgegliederte Rechtsträger** an das Gesetz gebunden werden sollen. Die Erläuternden Bemerkungen heben ausdrücklich hervor, daß die interne Regelung des Vergabewesens im Wege von Verwaltungsverordnungen ungenügend sei und das Gesetz mit **Außenwirkung** gegenüber der Verwaltung außenstehenden Dritten ausgestattet werden soll (996 BlgNR, XV. GP, 12 f). Außerdem wären weitreichende zivilrechtliche Regelungen und die Einrichtung einer Vergabekontrollkommission vorgesehen gewesen.

Zur Lösung der Kompetenzfrage weicht der Entwurf in eine **Verfassungsbestimmung** aus. Zur Erklärung heißt es, daß das Vergabewesen aufgrund der komplexen Kompetenzlage nicht durch ein einfaches Bundesgesetz geregelt werden könne. Die Verfassungsbestimmung sieht eine **Bundeskompetenz** nach dem Vorbild des Art 10 Abs 1 B-VG vor und wählt für den Landesbereich das Modell des Art 11 B-VG (Gesetzgebung durch den Bund, Vollziehung durch die Länder).

3. Das Vergaberecht der Länder und Gemeinden nach 1945

(Insbesondere LANGER, Die vergaberechtlichen Regelungen auf Landesebene, 1983)

Die Regelung der Länder und Gemeinden über das Beschaffungswesen beruhen gegenwärtig ausschließlich auf der Grundlage der Art 17 und 116 Abs 2 B-VG (*Selbstbindungsregelungen*; vgl dazu WENGER, Recht 71 ff; LANGER, Vergaberecht 111 ff u 251 ff). Für die **Auftragsverwaltung** im Namen des Bundes gemäß Art 104 Abs 2 B-VG werden hingegen nicht die einzelnen Landesbestimmungen, sondern die Normen angewendet, die im jeweiligen Übertragungsakt für verbindlich erklärt worden sind.

Um dennoch eine einheitliche Regelung des Vergabewesens zu erreichen, wurde den Ländern seitens des Bundes mit den Ministerratsbeschlüssen von 1963 und 1978 empfohlen, sich bei der Regelung des Vergabewesens an der ÖNORM A 2050 zu orientieren.

Dieser Aufforderung sind die Länder aber nur teilweise gefolgt. Während das **Burgenland, Kärnten, Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg** ganz oder weitgehend der ÖNORM A 2050 folgen und auf sie verweisen, haben **Salzburg** und die **Steiermark** eigene Vergabeordnungen, die zwar keinen direkten Bezug zur ÖNORM A 2050, aber inhaltlich durchaus vergleichbare Regelungen aufweisen. Das Land **Niederösterreich** hatte ursprünglich ein eigenes Vergaberecht, 1980 beschloß aber die Landesregierung, bei der Vergabe grundsätzlich die ÖNORM A 2050 anzuwenden, da es durch die abweichenden Landesregelungen zu Problemen gekommen war.

Nachdem ein Konsens über die Regierungsvorlage 1982 (996 BlgNR, XV. GP) nicht zustandegekommen war, blieb das Bedürfnis nach einheitlicher Regelung des Vergabewesens weiter bestehen. Aufgrund eines Beschlusses der **Landeshauptmännerkonferenz** beauftragte 1982 die Landesamtsdirektorenkonferenz eine Expertengruppe, bestehend aus Vertretern der Länder und der Verbindungsstelle der Bundesländer, eine **Vereinbarung gemäß Art 15 a B-VG über die gesetzliche Regelung des Vergabewesens** auszuarbeiten. Der Entwurf enthielt neben Begriffsbestimmungen und Vorschriften über das Vergabeverfahren und die Einrichtung einer Vergabekontrollkommission auch zivil- und strafrechtliche Bestimmungen (abgedruckt in: LANGER, Regelungen auf Landesebene 102). Die beabsichtigte 15a-Vereinbarung blieb allerdings im Entwurfsstadium stecken.

Neben dem allgemeinen Vergaberecht gibt es in den meisten Bundesländern Sonderregeln für den **Wohnbauförderungsbereich**. Kompetenzgrundlage ist hier nicht der Art 17 B-VG, sondern seit der B-VG-Novelle 1988 Art 15 B-VG, davor Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG. Dies ist ein wichtiger kompetenzrechtlicher Ansatz, der unten als „kompetenzmäßige Privatwirtschaftsverwaltung“ (vgl dazu RILL, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in: FS Wenger 1983, 57 ff, 85 ff) weiter vertieft wird (III.4.c. dieses Gutachtens).

Zu bemerken ist, daß einige Landesvergabenormen Ansätze eines Vergabekontrollrechtes aufweisen (Kärnten, Niederösterreich, Salzburg, Steiermark). Die **Vergabekontrollkommission** des Landes Salzburg hatte sogar für den Bundesbereich Vorbild-

funktion (vgl die in der VOöB für die Bundesstraßenverwaltung eingeführte Vergabekontrollkommission).

Das Vergaberecht der **Gemeinden** ist zum Teil in den Gemeindeordnungen, dem Gemeindehaushaltsrecht, teilweise - vor allem in den Landeshauptstädten - auch in eigenen Vergabeordnungen geregelt. Auch hier handelt es sich ausschließlich um interne „Selbstbindungsnormen“.

4. Internationale Verpflichtungen Österreichs

(LANGER, Vergaberecht 21 ff)

1960 setzte Österreich das Übereinkommen zur Errichtung der **Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA)** in Geltung (BGBl 1960/100). Art 14 des Übereinkommens verbietet nur allgemein die Diskriminierung von Unternehmen anderer Vertragsstaaten bei der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge.

Das Freihandelsabkommen, das Österreich mit der **Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft** geschlossen hat (BGBl 1972/466), enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Allenfalls könnten Art 13 des Abkommens über den Warenverkehr (so: URLESBERGER, Beihilfen - Dumping - Öffentliche Aufträge, in: Koppensteiner (Hg), Der Weg in den Binnenmarkt 1991, 167 f) und die wettbewerbsrechtlichen Verbote des Art 23 des Abkommens (Kartellverbot, Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, Diskriminierungsverbot bei der Ausschüttung staatlicher Beihilfen) ins Vergaberecht hineinspielen.

Größere Auswirkungen hatte der Beitritt zum Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (**GATT**). In seinem Rahmen wurde ein Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen ausgearbeitet (BGBl 1981/452 idF BGBl 1988/38 und BGBl 46/1990). Es enthält Bestimmungen über das Ausschreibungs- und Vergabeverfahren und stellt im österreichischen Vergaberecht die einzige Rechtsgrundlage in **Gesetzesrang** dar. Allerdings ist es nur für einen eingeschränkten Teil der Beschaffungen im Bundesbereich relevant (vgl dazu ausführlich: SCHWARZER, Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem GATT-Kodex und dem Vergabegesetzentwurf, in: Korinek/Rill (Hg), Zur Reform des Vergaberechts 1985, 39 ff).

II. DIE ANFORDERUNGEN DER EG-RICHTLINIEN AN DAS ÖSTERREICHISCHE VERGABERECHT

1. EG-Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe (Kurzübersicht)

a) Geltende Richtlinien des Rates

- Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (**Baukoordinierungsrichtlinie**; B-RL; RL 71/305/EWG, AB1 1971 L 185/5 idF RL 89/440/EWG, AB1 1989 L 210/1).
- Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (**Lieferkoordinierungsrichtlinie**; L-RL; RL 77/62/EWG, AB1 1977 L 13/1 idF RL 88/295/EWG, AB1 1988 L 127/1).
- Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (**Nachprüfungsrichtlinie**; N-RL). Diese RL war von den Mitgliedstaaten bis zum 21.12.1991 in nationales Recht umzusetzen (RL 89/665/EWG, AB1 1989 L 395/33).
- Richtlinie über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie durch Unternehmen im Telekommunikationsbereich (**Sektorenrichtlinie**). Diese Richtlinie ist von den MS bis 1.1.1993 bzw 1.1.1996 (Spanien) bzw 1.1.1998 (Griechenland, Portugal) ins nationale Recht umzusetzen (RL 90/531/EWG, AB1 1990 L 297/1 idF RL 92/13/EWG, AB1 1992 L 76/14).

b) Bestehende Richtlinienvorschläge

- Kodifizierung der Baukoordinierungsrichtlinie
- Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge
- Kodifizierter Text auf der Grundlage der Baukoordinierungs-, Lieferkoordinierungs- und Dienstleistungsrichtlinie
- Sektorendienstleistungsrichtlinie
- Sektorennachprüfungsrichtlinie

c) Eingrenzung des Umfanges des Gutachtens

In dieser Untersuchung sollen nur die derzeit geltenden Richtlinien, nämlich die Bau- und die Lieferkoordinierungsrichtlinie unter besonderer Berücksichtigung der in diesem Bereich anzuwendenden Nachprüfungsrichtlinie umfassend behandelt werden. Auf die Sektorenrichtlinie wird in besonderen Fällen Bezug genommen.

d) Die Baukoordinierungsrichtlinie und die Lieferkoordinierungsrichtlinie

Das geltende Vergaberecht der Gemeinschaft soll ganz allgemein ein diskriminationsfreies Vergabeverfahren mit EG-weitem Wettbewerb, Chancengleichheit und Transparenz gewährleisten.

Auch wenn die Baukoordinierungsrichtlinie und die Lieferkoordinierungsrichtlinie mit dem österreichischen Vergaberecht in den Grundzügen übereinstimmen, ergeben sich doch einige Abweichungen (GUTKNECHT, Die Liberalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in den EG und ihre Bedeutung für Österreich, in: Griller/Lavric/Neck (Hg), Europäische Integration aus österreichischer Sicht 1991, 275).

Ein kurzer Überblick soll für die Zwecke dieses Gutachtens die wichtigsten Bestimmungen darstellen:

aa) Sachlicher Geltungsbereich (Art 1 lit a iVm Art 1 b B-RL; Art 1 lit a iVm Art 5 Abs 1 lit a L-RL)

Die Baukoordinierungsrichtlinie gilt für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge, die den Auftragswert von 5 000 000 Ecu ohne MWSt (derzeit rund öS 72 500 000) übersteigen.

Die Lieferkoordinierungsrichtlinie ist auf das Vergabeverfahren von Lieferverträgen, nämlich Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf von Waren anzuwenden, sofern der Auftragswert ohne MWSt mindestens 200 000 Ecu (rund öS 2 900 000) bzw 130 000 Ecu (rund öS 1 900 000) beträgt.

bb) Persönlicher Geltungsbereich (Art 1 lit b; Art 1 a und 1 b B-RL; Art 1 lit b L-RL)

Die „öffentlichen Auftraggeber“ die durch die Richtlinien gebunden werden sollen, sind der Staat, die Gebietskörperschaften und, je nach Mitgliedstaat verschieden, bestimmte in den Anhängen der Richtlinien aufgeführte juristische Personen des öffentlichen Rechts. Die Baukoordinierungsrichtlinie bestimmt (vor allem in der Fassung 89/440/EWG) ausdrücklich, daß ihre Vergabevorschriften auch für **ausgegliederte (öffentliche und private) Rechtsträger** gelten (Art 1 lit b; Art 1 a und 1 b B-RL). Aber auch die Lieferkoordinierungsrichtlinie verlangt, daß **allen juristischen Personen**, denen der Staat Sonder- oder Alleinrechte zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereiches zuerkennt, der Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit überbunden werden muß (Art 2 Abs 3 L-RL). Auch die Sektorenrichtlinie sieht eine sehr weitgehende Einbeziehung privater Unternehmen vor (Art 1 Z 1 und 2, Art 2 Abs 1 Sektoren-Richtlinie).

cc) Vergabearten (Art 1 lit e, f, g B-RL; Art 1 lit d, e, f L-RL)

Als Vergabearten sind vorgesehen:

- das offene Verfahren, das den öffentlichen Ausschreibungen in Österreich entspricht,
- das nicht offene Verfahren, das der beschränkten Ausschreibung in Österreich entspricht,
- das Verhandlungsverfahren mit und ohne vorherige Vergabebekanntmachung, das zum Teil der österreichischen Freihandvergabe gleichkommt.

dd) Transparenz (insbes Art 12 B-RL; Art 9 L-RL)

Das EG-Vergaberecht enthält umfassende Informations- und Bekanntmachungspflichten über die in den Mitgliedstaaten beabsichtigten Bau- und Beschaffungsaufträge. Die Veröffentlichung hat im Amtsblatt der EG und in der Datenbank TED zu erfolgen. Zur Standardisierung der Bekanntmachung hat die Kommission eine Empfehlung herausgegeben (ABl 1981 L 305/19).

ee) Fristen (Art 13 ff B-RL; Art 10 ff L-RL)

Die EG-Richtlinien sehen für die einzelnen Verfahrensschritte Mindestfristen vor („europäische Fristen“, um den Bewerbern zeitliche Chancengleichheit zu gewährleisten), die nur in bestimmten Fällen verkürzt werden dürfen.

ff) Leistungsbeschreibung (Art 10 B-RL; Art 7 L-RL)

Technische Spezifikationen müssen diskriminationsfrei sein. Das heißt, daß die technischen Vorschriften, die die Merkmale eines Erzeugnisses festlegen, nicht so formuliert sein dürfen, daß bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden. Deshalb ist gemeinsamen Spezifikationen und innerstaatlichen Normen, die europäische Normen umsetzen, der Vorzug zu geben.

gg) Eignung der Bieter (Art 23 ff B-RL; Art 20 ff L-RL) und Zuschlagskriterien (Art 29 B-RL; Art 25 L-RL)

Das EG-Vergaberecht enthält eine ausführliche Beschreibung der Eignungskriterien und der vom Bieter zu erbringenden Nachweise über seine finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit. Als Zuschlagskriterien sind sowohl das Best- als auch das Billigstbieterprinzip vorgesehen.

hh) Mitteilungs- und Berichtspflichten (Art 29 b ff B-RL; Art 27 und 29 L-RL)

Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet, der Kommission bzw dem Beratenden Ausschluß für öffentliche Aufträge, Mitteilungen, Berichte und statistische Aufstellungen zu übermitteln.

e) Die Nachprüfungsrichtlinie

Das derzeit geltende und bis 21.12.1991 ins nationale Recht einzuführende Nachprüfungsverfahren kommt nur im Bereich der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie zum Zug. (Für die Sektorenrichtlinie ist ein eigenes Nachprüfungsverfahren vorgesehen.) Die Besonderheit dieses Verfahrens besteht darin, daß es - im Gegensatz zum österreichischen Kontrollmechanismus der Vergabekontrollkommission - schon begleitend in das laufende Vergabeverfahren eingreifen kann und nicht erst nach dem Zuschlag in Gang gesetzt wird.

aa) Allgemeines zur nationalen Kontrolle (Art 1 und 2 N-RL)

Die Entscheidungen der Vergabebehörden müssen **wirksam** und **rasch** nachgeprüft werden können. Das Nachprüfungsverfahren muß jedem offenstehen, der ein Interesse an einem Bau- oder Lieferauftrag hat oder hatte und dem ein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht.

bb) Drei Rechtsbehelfe (Art 2 Abs 1 N-RL)

Die Mitgliedstaaten müssen der/den Kontrollinstanz/en folgende durchsetzbare Befugnisse einräumen:

- Ergreifen vorläufiger Maßnahmen im Wege einstweiliger Verfügungen (zB Aussetzung des Vergabeverfahrens).
- Möglichkeit, rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörde aufzuheben und diskriminierende Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen zu streichen.
- Zuerkennung von Schadenersatz.

Bei der Ausgestaltung dieser Rechtsbehelfe verbleiben den Mitgliedstaaten gewisse in Art 2 Abs 2 ff N-RL näher festgelegte Spielräume.

cc) Nachprüfungsinstanz (Art 2 Abs 8 N-RL)

Wird im nationalen Nachprüfungsverfahren zunächst eine Instanz tätig, die kein Gericht ist, so muß ein weiteres, und zwar kontradiktorisches, Nachprüfungsverfahren bei einer unabhängigen Instanz, die Gericht im Sinn des Art 177 EWGV ist, vorgesehen sein.

dd) Kontrolle auf EG-Ebene (Art 3 N-RL)

Zusätzlich zur nationalen Kontrolle werden der Kommission relativ schwache Überwachungsmöglichkeiten bei offensichtlichen Verstößen gegen die Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie eingeräumt.

2. Anpassung des Ausschreibungsverfahrens

Die Vergabebestimmungen in Österreich und in den EG weisen viele Gemeinsamkeiten auf. Die inhaltliche Anpassung des österreichischen Vergabeverfahrens an die EG-Regelung dürfte daher (im Gegensatz zum Rechtsschutzbereich und in der Frage der Rechtssatzform der Umsetzung) keine „systemverändernden Ausmaße“ erreichen (GUTKNECHT, Liberalisierung 274). Dennoch soll hier der Anpassungsbedarf schlagwortartig zusammengefaßt werden (siehe auch AICHLREITER, Österreichisches Vergabewesen und EG, economy 1989/9, F 16 ff; GUTKNECHT, Liberalisierung 273 ff; GUTKNECHT/KORINEK/HOLOUBEK, Das Vergaberecht der EG - Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich 1991; KORINEK, Probleme der Angleichung des österreichischen Rechts der Auftragsvergabe an das Recht der EG, in: Rill/Griller (Hg), Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht 1991, 215 ff; PACHER, Vortrag „Vorausschauende Anpassung an das EG-Recht: Die österreichische Vergabeordnung für öffentliche Bauaufträge (VOöB)“ im Rahmen eines Symposiums am 12.4.1991 über das „Öffentliche Auftragswesen in der EG“ in Graz).

- Der **persönliche Geltungsbereich** der österreichischen Vergabevorschriften ergibt sich aus vielen verschiedenen sehr uneinheitlichen Rechtsakten. Es müßte dafür gesorgt werden, daß alle von den EG-Richtlinien erfaßten Auftraggeber an die Vergabebestimmungen gebunden werden können.
- Was den **sachlichen Geltungsbereich** betrifft, so wird zwar die Gesamtheit der geplanten EG-Vergaberichtlinien (Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie, Sektoren-, Dienstleistungs- und Sektorendienstleistungsrichtlinie) die verschiedenen Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens umfassend abdecken, aber erst über den angegebenen Schwellwerten zwingend zur Anwendung kommen müssen.
- Das EG-Vergaberecht enthält **Bekanntmachungs- und Informationspflichten**, die in Österreich nicht vorgesehen sind. *Öffentliche Beschaffungen* der Lieferkoordinierungs- und Sektorenrichtlinie müssen jährlich schon im voraus bekanntgemacht werden. Auch die Absicht öffentliche Bauaufträge zu vergeben, muß schon im vorhinein kundgemacht werden. Bekanntmachungspflichten gelten nicht nur für das offene Verfahren (in Österreich die öffentliche Ausschreibung), sondern auch für das nicht offene Verfahren und zT auch für das Verhandlungsverfahren. Auch das Ergebnis der Auftragsvergabe muß veröffentlicht werden. Die Publikationsorgane sind das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften und die Datenbank TED. Außerdem müßten auch den einzelnen Bietern spezifische Informations- und Begründungsrechte eingeräumt werden (zB bei der Ablehnung einer Bewerbung).
- Die **Inländerpräferenzen** (zB ÖNORM A 2050 Pkt 1,34) beim Zuschlag und in den Leistungsbeschreibungen müssen entfallen.
- Zur **Leistungsbeschreibung** dürfte auf die bestehenden ÖNORMEN nur mehr ausnahmsweise Bezug genommen werden (vgl aber ÖNORM A 2050 Pkt 2,21). In erster Linie müßten nämlich europäische Normen oder gemeinsame Spezifikationen zur Anwendung kommen.

- Die Pflicht, zwischen den einzelnen Vergabeschritten bestimmte **Mindestfristen** einzuhalten, ist den österreichischen Vergabevorschriften fremd und müßte neu eingeführt werden.
- Die **Vergabearten** des EG-Rechts und des Österreichischen Rechts sind im wesentlichen ähnlich. Das EG-Recht geht aber von erhöhten Publizitätsvoraussetzungen (Vorausinformation) aus und versucht auch im nichtoffenen Verfahren und Verhandlungsverfahren durch eine Mindestanzahl von Bewerbern den Wettbewerb zu gewährleisten (Baukoordinierungs- und Sektorenrichtlinie). Auch die Voraussetzungen für die Wahl der einen oder der anderen Vergabeart weichen im österreichischen und im gemeinschaftlichen Recht voneinander ab. Die Lieferkoordinierungsrichtlinie geht vom Primat des offenen Verfahrens aus, die Baukoordinierungsrichtlinie gewährt Wahlfreiheit; ebenso die Sektorenrichtlinie - in der Regel allerdings unter der Bedingung, daß vorher ein sogenannter „*Aufruf zum Wettbewerb*“ durchgeführt wurde.
- Beim **Zuschlag** sieht das gemeinschaftliche Vergaberecht das Billigst- und das Bestbieterprinzip gleichwertig nebeneinander vor. Österreich könnte das geltende Bestbieterprinzip weiterhin aufrechterhalten. In den Ausschreibungsunterlagen müßten allerdings die objektiven Kriterien für den Zuschlag auf das günstigste Angebot genau beschrieben werden (Art 29 Abs 2 B-RL; RS 31/87, Beentjes/Niederländischer Staat, EuGHE 1987, 4635 ff).

3. Umsetzung der EG-Richtlinien durch Selbstbindungsregelung oder außenwirksames Gesetz?

Bevor eine eingehende Analyse der Kompetenzverteilung im öffentlichen Beschaffungswesen vorgenommen werden kann, muß zuerst geklärt werden, ob die EG-Richtlinien eine Umsetzung durch **außenwirksame Regelungen** verlangen, oder ob bloße Selbstbindungsnormen genügen. Denn im Falle der Notwendigkeit außenwirksamer Normen, die die Rechtsphäre von (gegenüber der Verwaltung) außenstehenden Dritten gestalten, wird die Frage der Kompetenzverteilung gemäß Art 10-15 B-VG und nicht nach Art 17 (bzw 116 Abs 2) B-VG zu beurteilen sein.

a) Allgemeine Überlegungen zur Notwendigkeit eines Vergabegesetzes

Das österreichische Vergaberecht beruht seit jeher fast ausschließlich auf internen Verwaltungsverordnungen mit Selbstbindungscharakter (BARFUSS, Der Staat als Auftraggeber, in: FS Antonioli 1979, 314; GUTKNECHT, Liberalisierung 280; siehe auch den Überblick im I. Abschnitt dieses Gutachtens).

Beim Zustandekommen des Europäischen Wirtschaftsraumes bzw bei einem EG-Beitritt müßte Österreich die Gemeinschaftsvorschriften zum Vergaberecht in das innerstaatliche Recht überführen.

Das EG-Recht selbst gibt vorerst keine Auskunft über die Rechtsqualität der Umsetzung. Für die Regelung des Vergaberechts wählen die Gemeinschaftsorgane nämlich die Rechtshandlung der Richtlinie. **Richtlinien** sind gemäß Art 189 EWGV dadurch gekennzeichnet, daß sie die Mitgliedstaaten zwar an das festgelegte Ziel binden, die Wahl der (Rechts)Form und der Mittel zur Umsetzung aber den innerstaatlichen Stellen der Mitgliedstaaten überlassen. Von dieser *Rechtsstruktur* her gesehen, wäre die Übernahme der EG-Regelung auch in Form von bloßen Selbstbindungsnormen denkbar. Bei einer *Inhaltsbetrachtung* der Richtlinien ist dies aber - wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt - eindeutig ausgeschlossen.

Sowohl die bestehenden Neuerungen und Entwicklungstendenzen im EG-Vergaberecht als auch die schon lang anhaltende österreichische Diskussion um ein Vergabegesetz haben gute Gründe für sich, nicht nur von der Erwünschtheit, sondern von der *Notwendigkeit eines außenwirksamen Vergaberechtes* auszugehen, das dann selbst wieder auf Verordnungen oder ÖNORMEN verweisen könnte.

Der pragmatische und zukunftsorientierte Ansatz, daß **interne Verwaltungsvorschriften und Selbstbindungsgesetze**, die sich auf Art 17 B-VG stützen, für eine Gesamtregelung des öffentlichen Beschaffungswesens **untauglich** sind, gründet sich auf folgende Erwägungen (vgl KORINEK, in: Rill/Griller, Binnenmarkt 223 ff):

b) Argumente aus dem allgemeinen EG-Recht

aa) Effektive Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien

Obwohl Art 189 EWGV für die Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht die Wahl der Rechtsform den Mitgliedstaaten überläßt, so sind diese dennoch an

gewisse, durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelte, Mindeststandards gebunden (SCHWEITZER/HUMMER, Europarecht 1990³, 114; GRABITZ, in: Grabitz (Hg), Kommentar zum EWG-Vertrag, Art 189 RZ 57 ff):

Die Mitgliedstaaten müssen die Richtlinien *so wirksam wie möglich* in die nationale Rechtsordnung überleiten (effet-utile Gedanke), dh verbindliche innerstaatliche Vorschriften setzen, die den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen. Eine schlichte Verwaltungspraxis genügt diesen Voraussetzungen nicht, da sie jederzeit abgeändert werden kann.

Ob bloße **Verwaltungsverordnungen** für die Umsetzung der Richtlinien ausreichen, ist noch nicht endgültig geklärt, dürfte aber insbesondere dann zu verneinen sein, wenn - wie im Vergaberecht - *außenstehende Rechtsunterworfenen* in ihrer Rechtsposition bessergestellt oder beschränkt werden sollen, da Verwaltungsverordnungen in der Regel nicht veröffentlicht werden müssen und Weisung jederzeit abänderbar sind (GUTKNECHT, Liberalisierung 281; vgl dazu auch die Bedenken gegen die Regelung des Vergaberichts durch Verwaltungsverordnungen in den EB zur RV 1982, 996 BlgNR, XV. GP, 13).

bb) Unmittelbare Wirkung der (Vergabe)Richtlinien

Die Richtlinien, die sich an sich nur an die Mitgliedstaaten richten, können nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unter Umständen *unmittelbare Wirkungen* in den Mitgliedstaaten entfalten.

Der Einzelne kann sich vor den nationalen Gerichten und Verwaltungsbehörden unmittelbar auf eine Richtlinie berufen, wenn

- a) der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat und
- b) die Bestimmung nach Rechtsnatur, Systematik und Wortlaut geeignet ist, unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen den Adressaten der Richtlinie zu Dritten zu begründen. Die Richtlinie muß vor allem „*self-executing*“ sein, dh einen unbedingten, hinreichend genauen und deshalb unmittelbar anwendbaren Inhalt aufweisen.

In drei Fällen (RS 76/81, Transporoute/Ministère des Travaux Publics, EuGHE 1982, 417; RS 31/87, Beentjes/Niederländischer Staat, EuGHE 1987, 4635; RS 103/88, Fratelli Costanzo/Stadt Mailand, EuGHE 1989, 1839) hat der EuGH auch für das Vergaberecht, namentlich die Baukoordinierungsrichtlinie, judiziert, daß sich der einzelne Bieter unter den oben genannten Voraussetzungen auf einzelne Bestimmungen (zB Art 20, 26 und 29 B-RL) direkt berufen kann. Ob aus dieser unmittelbaren Wirkung der Vergaberichtlinien an sich schon auf ein subjektives Recht des Bieters auf Einhaltung des Vergabeverfahrens geschlossen werden kann, oder ob damit ein subjektiv öffentlicher Abwehranspruch gegen EG-widriges nationales Vergaberecht gewährt werden soll, ist umstritten (SEIDEL Martin, Die Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, NJW 1985, 517 ff; SEIDEL Ingelore, Zur unmittelbaren Wirkung (Direkt- oder Drittwirkung) von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts und zur Frage subjektiver Rechte aufgrund von EG-Richtlinien, unveröffentlichtes Exposé 1991, 4 ff).

Zunächst erscheint aber schon der bloße Umstand wesentlich, daß sich der durch nationales Vergaberecht in seiner Rechtsposition belastete Bieter, also ein der innerstaatlichen Verwaltung außenstehender Dritter, vor Gerichten und Verwaltungsbehörden auf die Richtlinien berufen kann. Dies bedeutet nämlich, daß die EG-Vergaberichtlinien, oder zumindest einzelne ihrer Bestimmungen, **rechtliche Außenwirkung** zeigen, ihre Anwendung also nicht allein im Belieben der innerstaatlichen Vergabestellen liegt.

c) Argumente aus den EG-Vergabevorschriften

aa) Subjektive Rechte der Bieter

Ob die Novellierung der Bau- und der Lieferkoordinierungsrichtlinie und die Nachprüfungsrichtlinie, die ja erst bis zum 21.12.1991 von den Mitgliedstaaten in innerstaatliches Recht umzusetzen war, den Bietern ein subjektives Recht auf ein korrektes Vergabeverfahren einräumen, ist auf gemeinschaftlicher Ebene noch nicht abschließend geklärt.

Aber schon aus den Texten der Baukoordinierungsrichtlinie und der Lieferkoordinierungsrichtlinie kann auf **direkte Rechte** der Bieter geschlossen werden. Zum Beispiel stehen den Bietern gewisse Informationsrechte zu (zB Art 5 a B-RL) und sie können sich vor nationalen Gerichten und Verwaltungsbehörden auf einzelne der Richtlinienbestimmungen berufen (zB Art 20, 26, 29 B-RL; siehe dazu die oben angeführte Judikatur des EuGH).

Seit Erlass der Nachprüfungsrichtlinie können die Bau- und die Lieferkoordinierungsrichtlinie nicht mehr isoliert betrachtet werden. Sie müssen *mit der Nachprüfungsrichtlinie in Zusammenhang* gesehen werden.

Der ursprüngliche Wortlaut der Nachprüfungsrichtlinie hätte den Bewerbern ohne jeden Zweifel subjektive Rechte zukommen lassen (KOM (88) 733 endg - SYN 89 vom 8.12.1988). Im Art 1 des Entwurfes hieß es nämlich noch, daß „ein **Unternehmer oder Lieferant** über außergerichtliche und gerichtliche **Rechtsbehelfe** gegen Beschlüsse der Vergabebehörde verfügt, falls sie gegen die Gemeinschaftsregelung oder einzelstaatliche Regelung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens verstößt.“ Das bedeutet nichts anderes, als daß die Unternehmer und Lieferanten einen subjektiven Anspruch auf Einhaltung der gemeinschaftlichen und nationalen Vergaberegeln gehabt und diesen vor den zuständigen Instanzen hätten geltend machen können.

Da die BRD aber ihr herkömmliches System interner Verwaltungsverordnungen beibehalten wollte, setzte die bundesdeutsche Verhandlungsdelegation alles daran, diesen Vertragstext abzuschwächen (SEIDEL Ingelore, Zur Umsetzung der Überwachungsrichtlinie, unveröffentlichtes Exposé 1991). Der nun geltende Art 1 Nachprüfungsrichtlinie formuliert nur mehr vage, daß die **Mitgliedstaaten** die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, „um **sicherzustellen**, daß die Entscheidungen der Vergabebehörde wirksam und rasch **nachgeprüft werden können**“.

Dennoch sprechen stichhaltige Gründe dafür, daß zur *effektiven Umsetzung* der Vergaberichtlinien den Bietern subjektive Rechte eingeräumt werden müssen.

- Wenn auch der Text der Nachprüfungsrichtlinie nicht mehr so eindeutig wie ursprünglich ist, so blieb doch die dahinter stehende Idee dieselbe: Motor einer **wirksamen Vergabekontrolle** ist der **einzelne Bewerber**. Deshalb müssen ihm rasche Einspruchsmöglichkeiten vor Verwaltungsbehörden und Gerichtsinstanzen gewährt werden (KOM (88) 733 endg - SYN 89 vom 8.12.1988, 10 f).
- Schon die bisherige Judikatur des EuGH zur Baukoordinierungsrichtlinie in ihrer alten Fassung hat festgestellt, daß
 - sich der einzelne auf bestimmte Bestimmungen der Richtlinie vor den **staatlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden** berufen kann, und daß
 - der **Auftraggeber verpflichtet** ist, diese Bestimmungen im Vergabeverfahren einzuhalten.Nun, nach der Neuordnung des Vergabeverfahrens und der Einführung eines eigenen Nachprüfungsverfahrens, hat die Trennung in Rechte der Bewerber und Pflichten der Auftraggeber erst recht an Boden verloren (siehe unten, IV.4.b.).
- Mit der Einführung des Nachprüfungsverfahrens geht die Einführung *subjektiver Rechte* für den Bieter einher. Diese Auffassung geht auch aus den jüngsten Stellungnahmen der Kommission hervor. In der Antwort auf eine schriftliche Anfrage über das Vergabewesen heißt es: Nach der Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinie werden die Bewerber „**rechtliche Garantien in Anspruch nehmen**“ können (Schriftliche Anfrage von Herrn Richard SIMMONDS an die Kommission, Nr 2976/90, ABl 1991 C 177/15).
- Auch im neuesten Entwurf zur Sektorennachprüfungsrichtlinie spricht die Kommission davon, daß die EG-Vergabevorschriften den **Lieferanten und Unternehmen einen Anspruch** auf eine angemessene Chance gewähren und die **Verletzung dieses Anspruches** durch den Ersatz der aufgewendeten Kosten ausgeglichen werden müsse (ABl 1991 C 179/19).

Gelangt man also zur Auffassung, daß die EG-konforme Umsetzung des Vergaberechts an die Gewährung subjektiver Rechte für den Bieter gekoppelt ist, wird deutlich, daß dies interne Verwaltungsvorschriften und Selbstbindungsgesetze nicht zu leisten vermögen: Auf ihre Einhaltung hat der außenstehende Dritte, hier also der Bieter, keinen wie immer gearteten Anspruch (zB BARFUSS, FS Antonioli, 314f; SCHÄFFER, Die sogenannte Privatwirtschaftsverwaltung und das Gesetz, in: FS Antonioli 1979, 273).

bb) Bindung ausgegliederter Rechtsträger an das Vergaberecht

Das EG-Vergaberecht wird auch ausgegliederten Rechtsträgern als Auftraggeber überbunden werden müssen (Art 1 lit b; Art 1 a und 1 b B-RL; Art 2 Abs 3 L-RL, noch deutlicher Art 1 Z 1 und 2, Art 2 Abs 1 Sektorenrichtlinie).

Interne Verwaltungsverordnungen genügen hier für die Umsetzung des EG-Rechtes nicht, da die Bindungswirkung interner Verwaltungsverordnungen an den formell-

organisatorischen Grenzen der jeweiligen Verwaltungseinheit endet und ausgegliederte Kapitalgesellschaften außerhalb der jeweiligen Verwaltungseinheit stehen. Ob die indirekten Mittel staatlicher Einflußnahme (gesellschaftsrechtliche und rechtsgeschäftliche Ingerenz) für eine effektive Umsetzung des Gemeinschaftsrechts genügen, ist fraglich und war bis jetzt auch im österreichischen Recht nur unbefriedigend und lückenhaft gewährleistet (AICHER, Schlußbericht des Forschungsprojekts „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“ der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, in: Korinek/Rill (Hg), Zur Reform des Vergaberechtes 1985, 217 ff).

cc) Rechtsschutz

Ziel der Einführung der Nachprüfungsrichtlinie ist es, den **Rechtsschutz** für den Bieter zu verbessern und dadurch gleichzeitig eine effektive Kontrolle des Vergabewesens zu erreichen (KOM (88) endg - SYN 89 vom 8.12.1988, 10 f); Kommission der EG, Das öffentliche Beschaffungswesen in den ausgenommenen Sektoren, Bulletin der EG, Beilage 3/90, 5 ff).

Der Rechtsschutz der Nachprüfungsrichtlinie kann in Österreich aber nur auf außenwirksamen Gesetzen aufbauen:

In der Nachprüfungsrichtlinie ist an mehreren Stellen von einem „**behaupteten Rechtsverstoß**“ (Art 1 Abs 3, Art 2 Abs 1 lit a und c N-RL) und „**rechtswidrigen Entscheidungen**“ (Art 2 Abs 1 lit b N-RL) die Rede. Unter dieser Rechtswidrigkeit ist die Verletzung des Vergabeverfahrens, wie es in der Baukoordinierungs- bzw in der Lieferkoordinierungsrichtlinie vorgeschrieben ist, gemeint: die Nichtbeachtung der Mindestfristen, Bekanntmachungspflichten, Zuschlagskriterien, Diskriminierungsverbote etc.

Damit österreichische Gerichte und Verwaltungsbehörden eine solche „Rechtswidrigkeit“ überhaupt feststellen können, müssen sie das Verhalten der Vergabestellen an einem außenwirksamen Gesetz messen können. Deshalb müßte nicht nur die Nachprüfungsrichtlinie, sondern auch das materielle Vergaberecht der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie außenwirksam in österreichisches Recht transformiert werden. Die Nichtbeachtung bloßer interner Anordnungen und Selbstbindungsgesetze stellt nach österreichischem Recht eine Disziplinwidrigkeit dar, bleibt im Sinn des Rechtsschutzes aber sanktionslos.

Nach Meinung des VwGH sind nämlich **interne Verwaltungsverordnungen überhaupt unbeachtlich**, wenn die Rechtmäßigkeit außenwirksamen Verwaltungshandelns zu prüfen ist. Gleichzeitig betont der VwGH aber, daß Parteien in einem Verwaltungsverfahren einen Anspruch darauf haben, daß sie nicht nach unverbindlichen internen Richtlinien, sondern nach dem Gesetz behandelt werden (VwSlg 5276 (A)/1960; ANTONIOLLI/KOJA, Allgemeines Verwaltungsrecht 1986², 154 ff).

Auch alle anderen Gerichte sind gleich wie der VwGH nur an **Rechtsverordnungen**, nicht aber an Verwaltungsverordnungen gebunden. Dies ergibt sich aus Art 89 Abs 1 B-VG, wonach Gerichte nur an „gehörig kundgemachte Gesetze und Verordnungen“ - worunter die Verwaltungsverordnungen nicht fallen - gebunden sind

(ANTONIOLLI/KOJA, Verwaltungsrecht, 156). Damit die in Art 2 Abs 8 Nachprüfungsrichtlinie vorgesehene „Gerichtsinstanz“ überhaupt einen „Rechtsverstoß“ feststellen kann, müssen ihr also schon von verfassungswegen außenwirksame Normen (Vergabegesetz, allenfalls Rechtsverordnungen) an die Hand gegeben werden.

dd) Hoheitliche Akte im Nachprüfungsverfahren

Die Instanzen des Nachprüfungsverfahrens müssen mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet werden:

- Aussetzung des Vergabeverfahrens (Art 2 Abs 1 lit a N-RL)
- Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen (Art 2 Abs 1 lit b N-RL kann im Extremfall zur Aufhebung des Zuschlags führen, was eine einseitige Vertragsauflösung bedeuten würde)
- Streichung rechtswidriger Spezifikationen (Art 2 Abs 1 lit b N-RL, was auf eine einseitige Änderung der Bau- bzw Lieferaufträge hinauslaufen kann)
- Zuerkennung von Schadenersatz (siehe dazu unten).

Mit diesen Ermächtigungen sind häufig tiefe Eingriffe in das privatrechtliche Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer verbunden, die nur durch einen **hoheitlichen Akt** der Kontrollinstanz durchgeführt werden können. Hoheitliche Akte, die die Rechtsstellung Dritter berühren, dürfen nach dem Legalitätsprinzip (Art 18 Abs 1 B-VG) nur aufgrund außenwirksamer Gesetze ergehen.

ee) Zuerkennung von Schadenersatz

Die Nachprüfungsrichtlinie verlangt, daß Personen, die durch einen Rechtsverstoß geschädigt wurden, die Möglichkeit haben, Schadenersatz zu erlangen (Art 2 Abs 1 lit c, Art 2 Abs 6 N-RL).

Den EG kommt es darauf an, daß die Zuerkennung von Schadenersatz in allen Mitgliedstaaten bei Verletzungen des Vergabeverfahrens auch tatsächlich möglich ist (Kommission der EG, Beschaffungswesen 7; Vorschlag zur Sekorennachprüfungsrichtlinie, ABl 1991 C 179/19).

Die österreichische Praxis anerkennt in der jüngsten Rechtsprechung des OGH auch tatsächlich Schadenersatzansprüche zugunsten zu Unrecht übergangener Bieter (OGH vom 13.4.1988, 1 Ob 539/88, WBl 1988, 342; OGH vom 29.11.1989, 1 Ob 663/89, JBl 1990, 520). Dieses Ergebnis kann allerdings nur über komplizierte juristische Konstruktionen erreicht werden: Treten Auftraggeber und Bewerber in Kontakt, so entsteht ein **vorvertragliches Schuldverhältnis**, in dem für beide Teile erhöhte Schutz- und Sorgfaltspflichten bestehen.

Die derzeit geltenden österreichischen Selbstbindungsnormen können in diesem Verhältnis insofern Bedeutung erlangen, als der Bewerber darauf vertrauen darf, daß sich der Auftraggeber an diese Vergaberegeln hält. Wird dieser Vertrauenstatbestand vom Auftraggeber verletzt, und dem Bewerber ein Schaden zugefügt, so hat dieser

nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo einen Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens, in Ausnahmefällen sogar des Erfüllungsinteresses.

Diese Regelung der Schadenersatzansprüche ist ungenügend:

- Sie beruht ausschließlich auf **Richterrecht**, könnte also jederzeit abgeändert werden.
- Nach Meinung des OGH dürfe **nicht der gesamte Normenkomplex** des Vergabewesens als Inhalt vorvertraglicher Sorgfaltspflichten angesehen werden (OGH vom 29.11.1989, 1 Ob 663/89, JBl 1990, 522). Welche Verstöße gegen Vergabegenormen nun tatsächlich Schadenersatzansprüche begründen, bleibt also unklar.
- In Fällen, in denen **kein vorvertragliches oder vertragliches Verhältnis** zustande gekommen ist, kann Schadenersatz nicht zugesprochen werden.
- In den EG bestehen Tendenzen, den **Anspruch auf Schadenersatz weiter zu konkretisieren**. Für die Sektorennachprüfungsrichtlinie ist zB vorgesehen, für die Schadensbemessung einen Mindestsatz in der Höhe von 1 % der Auftragssumme festzulegen (Vorschlag zur Sektorennachprüfungsrichtlinie, ABl 1991 C 179/20, Art 2 Abs 5). Den österreichischen Gerichten dürfte schwerfallen, diese Regelung interpretativ über die culpa in contrahendo zur Anwendung zu bringen. Alle diese Mängel und Unsicherheiten könnten durch ein außenwirksames Gesetz, das die Schadenersatzansprüche der Bieter regelt, beseitigt werden.

d) Die Entwürfe eines österreichischen Vergabegesetzes

Auf die österreichische Diskussion zur Notwendigkeit eines Vergabegesetzes sei hier nur hingewiesen (dazu ausführlich: KORINEK/RILL (Hg), Zur Reform des Vergaberechts 1985). Die zwei Regierungsvorlagen aus den Jahren 1969 und 1982 (RV 1246 BlgNR, XI. GP und RV 996 BlgNR, XV. GP) sind allerdings nie als Gesetze beschlossen worden (vgl dazu die Hinweise oben I.2. dieses Gutachtens).

Während die RV von 1969 eines „*Bundesvergabegesetzes*“ noch den Selbstbindungscharakter des Gesetzes hervorhebt, setzt sich die RV von 1982 zu einem umfassenden „*Vergabegesetz*“ sehr ausführlich mit der Notwendigkeit und den Problemen eines außenwirksamen Gesetzes auseinander. Die **Kompetenz** für ein derartiges, die Vergabe aller Gebietskörperschaften, öffentlicher Rechtsträger und bestimmter privater Rechtsträger regelndes Bundesgesetz sollte durch eine eigene Verfassungsbestimmung (§ 1) neu begründet werden.

4. Die Organisation des Nachprüfungsverfahrens

Die Organisation des Nachprüfungsverfahrens wird von zwei Prinzipien geprägt (Art 2 Abs 2 und Art 2 Abs 8 N-RL):

Prinzip der Zweigeleisigkeit: Die in Art 2 Abs 1 vorgesehenen Befugnisse können getrennten Instanzen übertragen werden, die für die Überprüfung verschiedener Gesichtspunkte zuständig sind. So könnten die einstweiligen Verfügungen, die Aussetzung des Vergabeverfahrens, die Streichung rechtswidriger Spezifikationen etc der Zuständigkeit von **Verwaltungsbehörden** übertragen werden; für die Zuerkennung von Schadenersatz oder Eingriffe in bestehende Vertragsverhältnisse sowie als Überprüfungsinstanz gemäß Art 2 Abs 8 N-RL könnten die **ordentlichen Gerichte oder gerichtsförmige Verwaltungsbehörden** (zB nach Art 133 Z 4 B-VG) berufen werden, wenn sie den Anforderungen eines „*Gerichtes im Sinne des Art 177 EWG-Vertrages*“ entsprechen.

Prinzip der Unabhängigkeit und Transparenz: Wenn in erster Instanz eine Stelle tätig wird, die kein Gericht ist, muß sie ihre Entscheidungen schriftlich begründen.

In jedem Fall aber muß ein Nachprüfungsverfahren vor einer - von Auftraggebern und Grundinstanz - **unabhängigen Instanz** gesichert sein. Diese Instanz muß ein **Gericht** im Sinn des Art 177 EWGV sein. Dieser Gerichtsbegriff orientiert sich grundsätzlich am nationalen Gerichtsbegriff. Für Zweifelsfälle hat der EuGH folgende **Abgrenzungskriterien** entwickelt: gesetzliche Grundlage, ständige Einrichtung, obligatorische Gerichtsbarkeit, Streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen (WOHLFAHRT, in: Grabitz (Hg), Kommentar zum EWG-Vertrag, Art 177 Rz 41).

Diese Anforderungen werden in Art 2 Abs 8 Unterabsatz 2 N-RL noch näher konkretisiert: Ernennung, Dauer der Amtszeit und Absetzbarkeit der Mitglieder der unabhängigen Nachprüfungsinstanz müssen wie bei **Richtern** ausgestaltet sein. Der Vorsitzende dieses Gerichts im Sinne des Art 177 EWGV muß zusätzlich die juristische und berufliche Qualifikation eines Richters haben.

Funktion dieser Vorschrift ist erstens die Gewährleistung der **Unabhängigkeit** dieser Instanz und zweitens die **geschlossene Entwicklung des Vergaberechts** in den Mitgliedstaaten, weil über das Vorabentscheidungsverfahren des Art 177 EWGV die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten kontrolliert werden kann und das Vertragsauslegungsmonopol des EuGH gewahrt bleibt (WOHLFAHRT, in: Grabitz, Art 177 RZ 1).

Für die Umsetzung in österreichisches Recht sei nur kurz angerissen (siehe auch: HOLOUBEK, Rechtsschutz und Kontrolle im Vergaberecht unter dem Blickwinkel der Anforderungen des EG-Rechts, in: Gutknecht/Korinek/Holoubek, Vergaberecht 124):

Ein Verfahren vor der **Vergabekontrollkommission**, wie es derzeit für die Bundesstraßenverwaltung existiert, genügt jedenfalls nicht. Es erfüllt nicht einmal die oben genannten Mindestanforderungen des Art 177 EWGV und könnte nur als erstinstanzliches Verfahren im Sinne der Nachprüfungsrichtlinie gelten (siehe dazu LANGER, Vergaberecht 104 ff, allerdings mit der falschen Annahme, daß die Vergabekontrollkommission der N-RL genügen würde).

Vorschläge, die Überprüfung der Vergabeverfahren in die Zuständigkeit der **Unabhängigen Verwaltungssenate der Länder** zu übertragen, müßten noch genauer untersucht werden. Es ergeben sich nämlich Zweifel, ob ihre Mitglieder den doch recht strengen Richterbegriff des Art 2 Abs 8 Unterabsatz 2 N-RL erfüllen (SEIDEL Ingelore, Die Anwendung der EG-Richtlinien für die öffentlichen Aufträge in der Bundesrepublik Deutschland, EuR 1990, 159 ff).

III. KOMPETENZRECHTLICHE ANALYSE

1. Die Untauglichkeit des Art 17 B-VG für eine EG-konforme Neuregelung

Art 17 B-VG nimmt Bund und Länder von der Kompetenzverteilung der Art 10 - 15 B-VG aus, wenn sie „als Träger von Privatrechten“ im Rahmen der sogenannten Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ermächtigt Art 17 B-VG Bund und Länder auch dazu, ihren privatrechtlichen Tätigkeitsbereich durch Gesetz zu regeln. **Art 17 B-VG** wird allgemein als **Kompetenznorm** zur Erlassung sogenannter „Selbstbindungs- oder Statutargesetze“ gesehen, (Zum Begriff „Selbstbindungsgesetze“ vgl LOEBENSTEIN, Das Förderungswesen unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips, 2. ÖJT II/3; LAURER, Vom Wert und Wesen der Selbstbindungsgesetze, in: Korinek (Hg), Beiträge zum Wirtschaftsrecht, in: FS Wenger 1983, 109 ff; WENGER, Zur Problematik der österreichischen „Selbstbindungsgesetze“, in: Wirtschaft und Verfassung in Österreich, in: FS Korinek 1972, 189 ff; BINDER, Die neuen Förderungsrichtlinien des Bundes, ÖZW 1977, 77 ff; NOVAK, Grenzen und Möglichkeiten des Legalitätsprinzips, ÖVA 1970, 1 ff; PERNTHALER, Raumordnung und Verfassung (1) 1975, 86; SCHÄFFER, FS Antoniolli 259 f.). Mit diesem Kompetenztatbestand zum Erlaß von Selbstbindungsgesetzen ist aber für eine EG-konforme Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens nicht viel gewonnen: Ebenso wenig wie die internen Verwaltungsverordnungen vermögen nämlich die Selbstbindungsgesetze gem Art 17 B-VG die für die Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien nötigen **Außenwirkungen** herbeizuführen (vgl außer den zuvor genannten Hinweisen insbesondere: PERNTHALER, Zivilrechtswesen und Landeskompetenzen 1987, 48 f).

Die Gesetzesform bedeutet zwar erhöhte Bestandskraft und Publizität, kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Selbstbindungsgesetze nicht die Rechtsstellung Dritter direkt regeln dürfen. ANTONIOLLI/KOJA (Verwaltungsrecht 228) nennen sie daher mit Recht „in Gesetzesform gekleidete **generelle Anweisungen** an die mit der Ausübung der Privatwirtschaftsverwaltung betrauten Organe“.

Die oben (Punkt II.3.) dargestellten Bedenken gegen die Regelung des Vergaberechts durch *interne Verwaltungsverordnungen* gelten daher im wesentlichen auch für die Statutargesetze des Art 17 B-VG. „Selbstbindungsgesetze“ können keine subjektiven Rechte einräumen. Ausgegliederte Rechtsträger können durch sie nicht verpflichtet werden. Ihre Nichtbeachtung eröffnet keinen Anspruch auf Rechtsschutz. Aufgrund der Selbstbindungsgesetze können keine hoheitlichen Akte ergehen. Aus der Verletzung von Statutargesetzen können keine direkten Schadenersatzforderungen abgeleitet werden. Die Organisation und Zuständigkeit von Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen kann nur durch hoheitliches Gesetz geschehen.

Aus diesen Erwägungen ist schon die *Regierungsvorlage 1982* vom Konzept einer Regelung des Vergaberechts durch „Selbstbindungsgesetz“ (so noch die *Regierungsvorlage 1969*) abgegangen und hat die Erlassung **außenwirksamer** Rechtsnormen vorgesehen. In der Rechtslehre ist es heute weithin unbestritten, daß aus den zuvor angeführten Gründen eine Neuregelung des Vergaberechts durch außenwirksames Gesetz „eine unverzichtbare rechtspolitische Forderung darstellt“ (KORINEK/RILL, Reform 13

mwH). Wie oben dargestellt, würde sich diese „rechtspolitische Forderung“ bei einem Beitritt Österreichs zum EWR oder zu den EG in eine **internationale Verpflichtung** verwandeln.

Die folgenden Kompetenzanalysen gehen daher davon aus, daß die EG-Richtlinien durch **außenwirksame Gesetze** im Sinne der Art 10 - 15 B-VG und nicht durch „*Selbstbindungsgesetze*“ in österreichisches Recht umzusetzen sind (so auch: KORINEK, in : Rill/Griller, Binnenmarkt 223 ff).

2. Die Reichweite der Kompetenz „Zivilrechtswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG)

Da das Rechtsverhältnis zwischen Vergeber und Bieter nach in Österreich herrschender Auffassung **zivilrechtlicher Natur** ist (vgl KREJCI, Vergaberecht und zivilrechtlicher Bieterschutz, ÖZW 1982, 33 ff; DORALT, Privatrechtliche Aspekte des Vergabegesetzentwurfes, in: Korinek/Rill, Reform 89 ff), liegt es nahe, eine außen-wirksame Umsetzung der EG-Richtlinien über das Vergabeverfahren kompetenzrechtlich auf die Zuständigkeit „Zivilrechtswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) abzustützen. Ob dieser Kompetenztatbestand für eine Gesamtregelung des Vergaberechts durch den Bundesgesetzgeber und die damit verknüpfte ausschließliche Bundeszuständigkeit der Vollziehung nach der bisherigen Auslegung des VfGH in Betracht kommt, soll im folgenden daher zuerst geprüft werden.

a) Die Auslegung des Verfassungsgerichtshofes

Der Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ ist einer der meist judizierten Zuständigkeitsbegriffe. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich, viele Argumentationslinien wurden völlig fallengelassen (zB die formell-organisatorische Definition oder die Ausklammerung von Eigentumsbeschränkungen; vgl dazu PERNTHALER, Zivilrechtswesen und Landeskompetenzen 1987, 28 ff). Im Hintergrund der Abgrenzungsproblematik stehen die vielfältigen begrifflichen Unterscheidungsversuche von öffentlichem Recht und Zivilrecht, ohne deren Kenntnis eine „Definition“ des Zivilrechts - auch in kompetenzrechtlicher Hinsicht - nicht möglich wäre (PERNTHALER, Zivilrechtswesen 11 ff). Im Ergebnis sind heute nur mehr zwei Argumentationslinien für die Auslegung des Kompetenztatbestandes durch die Verfassungsrechtsprechung maßgebend, nämlich die *historisch-systematische* und die „strukturelle“ *Begriffsbildung* des Zivilrechts.

aa) Die historisch-systematische Interpretation

Im allgemeinen Zusammenhang mit der ständigen Rechtsprechung zur „Versteinerungstheorie“ (FUNK, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung 1980, 69 ff; PERNTHALER, Kompetenzverteilung in der Krise 1989, 79 ff) wird auch der Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ primär **historisch-systematisch** ausgelegt. Danach gehören zum Zivilrechtswesen:

„... alle jene Materien, die nach der Systematik der Rechtsordnung, wie sie zur Zeit des Wirksamkeitsbeginnes der Kompetenzverteilung der Bundesverfassung bestanden hat, als Angelegenheiten des Zivil-, Prozeß- und Exekutionsrechtes anzusehen waren. Dieser in diesem Sinne materiell definierte Begriff des Zivilrechtswesens wird allerdings nicht, wie der Verfassungsgerichtshof ebenfalls in diesem Erkenntnis (VfSlg 2658/1954) hervorgehoben hat, durch die Summe der im Zeitpunkt des Wirksamkeitsbeginnes der Kompetenztatbestände des B-VG bestehenden Bestimmungen zivil-, prozeß- und exekutionsrechtlichen Inhalts erschöpft. Auch neue Regelungen sind ihm zuzuzählen, sofern sie nur nach ihrem inhaltlichen Gehalt systematisch dem Zivil-, Prozeß- oder Exekutionsrecht angehören.“ (VfSlg 3121/1956).

Der VfGH hat an dieser Linie der Kompetenzauslegung vom ersten maßgebenden Erkenntnis (VfSlg 558/1926) bis heute grundsätzlich stets festgehalten. Dies war umso naheliegender, als auch in der *Zivilrechtslehre* ein historisch bestimmter Kernbestand des bürgerlichen Rechts - trotz aller Abgrenzungsprobleme - immer unbestritten blieb (vgl. PISKO, in: Klang (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², 1. Bd/1. Halbband 1964, 44; BYDLINSKI, in: Rummel (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd 1983, 5).

Der VfGH hat die historisch-systematische Methode auch dazu benutzt, bestimmte zivilrechtliche Regelungen aus dem Kompetenztatbestand „*Zivilrechtswesen*“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) auszuklammern, weil sie ihrer historischen Bedeutung nach stets unter anderen Kompetenzbegriffen mitverstanden wurden (zB Jagdwesen, Bodenreform, Arbeits- oder Dienstrecht, Krankenanstalten ua, vgl. dazu grundlegend VfSlg 9580/1982 und 1712/1948). Nach dieser Differenzierungsmethode seien etwa Regelungen über *Jagd- und Wildschäden* deshalb Landessache, weil sie immer schon als Bestandteil der Jagdausübung betrachtet wurden, andere *Schadenersatz-* oder *Vorpachtungsregelungen* im Zusammenhang mit der Jagdausübung dagegen nicht (VfSlg 8989/1980; 9906/1983 ua).

Die historisch-systematische Kompetenzauslegung führt in den Fällen zu sicheren Ergebnissen, in denen *klassische Institutionen des Zivilrechts* (zB Pacht, Miete, Schadenersatz, Familie), des Prozeßrechts (einschließlich des Grundbuchrechts, vgl. VfSlg 8458/1978; 9144/1981) oder des Exekutionsrechts gesetzlich abgeändert oder berührt werden. Sie versagt dagegen in jenen Fällen, wo *neue nicht historisch typisierte Rechtsverhältnisse* geschaffen werden (zB Pflanzenabstandsgesetze; vgl. VfSlg 6344/1970; 6862/1972; 10392/1985) oder durch *Verwaltungsbehörden* in privatrechtliche Rechtsbeziehungen bzw. Rechtsbefugnisse eingegriffen wird (VfSlg 9580/1982). Zur Lösung dieser Kompetenzprobleme hat der VfGH andere Auslegungsrichtlinien entwickelt, von denen heute nur mehr der „*strukturelle Zivilrechtsbegriff*“ maßgeblich ist.

bb) Der strukturelle Zivilrechtsbegriff

Seit einiger Zeit legt der VfGH den Kompetenztatbestand Zivilrechtswesen mit Hilfe eines abstrakten Begriffes „Zivilrecht“ aus, den er „*rechtsstrukturell*“, dh **nach der Art der Rechtsbeziehungen** bildet. „Zivilrecht“ sei danach die Summe der „*Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander*“ (§ 1 ABGB), gleichgültig wie der Staat aus öffentlichem Interesse diese Beziehungen inhaltlich gestalte (VfSlg 9580/1982, 415 f). Der VfGH wendet diese Auslegung vorzugsweise dort an, wo eine streng historische Auslegung keinen Anknüpfungspunkt für eine vergleichbare Regelung im „Zivil-, Prozeß- oder Exekutionsrecht“ findet: In diesem Fall wird geprüft, ob eine Regelung „*begrifflich*“ als Zivilrecht anzusprechen - und daher Bundessache gemäß Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG - sei oder nicht (VfSlg 6862/1972; 10392/1985 ua).

Als wesentliche Begriffsmerkmale für Zivilrecht werden zwei verschiedene Kategorien (rechts-) „struktureller Merkmale“ herangezogen:

(1) Die Art der **Rechtsgestaltung** und **Rechtsdurchsetzung**:

Normen, die Privaten Pflichten auferlegen, die durch *Vereinbarung gestaltbar* sind

(„dispositives Recht“) und als Sanktionen bloß Unrechtsfolgen androhen, deren Verwirklichung dem Willen einer bestimmten Privatperson überlassen ist (zB Erfüllungs- oder Unterlassungsklagen, Schadenersatz, Antrag auf Strafverfolgung uä), sind in der Regel Privatrecht. Der VfGH verwendete dieses strukturelle Abgrenzungsmuster vor allem bei den Landesgesetzen über Mindestpflanzabstände, die teils als Verwaltungsrecht, teils als Privatrecht qualifiziert wurden (VfSlg 6344/1970; 6862/1972; 10392/1985).

(2) Regelung des „**Rechtsverkehrs**“ bzw der „**Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten selbst**“ (der „*Bürger unter sich*“):

Diese Argumentationslinie, die von VfSlg 9580/1982 verwendet und ausführlich begründet wurde, knüpft an die heute herrschende „*Subjekttheorie*“ des Zivilrechts an (BYDLINSKI, in: Rummel 5): Ausschlaggebend ist, ob am Rechtsverhältnis ein „*Hoheitsträger*“ (Befehls- und Zwangsgewalt, „*imperium*“) beteiligt ist, oder nur „*Private*“ unter sich in Rechtsbeziehungen stehen. Die „*Privatwirtschaftsverwaltung*“ (Art 17 und 116 Abs 2 B-VG) wird dabei nach dem Rechtsinhalt und dem rechtlichen Erscheinungsbild nicht ganz problemlos dem Zivilrecht, nicht aber dem Kompetenztatbestand „**Zivilrechtswesen**“ zugeordnet. (Zur Differenzierung vgl NOVAK, Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung, ÖJZ 1979, 1 ff; sowie speziell im Verhältnis zum „strukturellen Zivilrechtsbegriff“; PERNTHALER, Zivilrechtswesen 48 ff).

cc) Die Abgrenzung vom „**Materiengesetzgeber**“

Unterscheidet man Zivilrecht und öffentliches Recht *strukturell*, nach der Art der Rechtsbeziehungen, so bleiben die mit diesen formalen Rechtskategorien verfolgten **Ziele und Interessen** für die Unterscheidung zunächst gleichgültig: Jede beliebige **Ordnungsaufgabe** („*Angelegenheit*“) kann theoretisch in Form öffentlich rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsgestaltung geregelt werden. Denn abstrakt gesehen kann jedes beliebige **öffentliche Interesse** durch Verwaltungsrecht oder aber in der Art und Weise, wie zivilrechtliche Beziehungen gestaltet werden, rechtlich verwirklicht werden. Faßt man Zivilrecht also rein rechtsstrukturell auf, könnte der Zivilrechtsgesetzgeber in **allen Kompetenzbereichen** in der „Struktur“ Zivilrecht tätig werden und wäre umgekehrt der Verwaltungsgesetzgeber der Länder prinzipiell unzuständig, in zivilrechtliche Rechtsverhältnisse **aus öffentlichen Interessen** seiner Kompetenzen regelnd einzugreifen.

Beides ist mit der geltenden Kompetenzverteilung, die *Sachzuständigkeiten* verteilt, unvereinbar, weshalb der VfGH selbst Regeln zur Abgrenzung von „strukturellem Zivilrecht“ und Sachzuständigkeiten entwickelt (VfSlg 9580/1982; PERNTHALER, Zivilrechtswesen 37 ff und 50 ff; DERSELBE; Kompetenzverteilung 151 f).

Folgende drei Einschränkungen des „strukturellen“ Zivilrechts gegenüber **kompetenzmäßigem** Verwaltungsrecht der Länder seien - zusätzlich zu **historisch begründeten** Ausnahmen (siehe oben, aa) - zu beachten:

(1) Rechtsbeziehungen, die überwiegend *im öffentlichen Interesse begründet* und nicht durch private Disposition, sondern *durch Verwaltungsbehörden gestaltet* werden

(Kombination von Interessen und Subjektstheorie; vgl dazu VfSlg 6862/1972; 10392/1983), sind jedenfalls **kein Zivilrecht**.

- (2) Aufhebung und Einschränkung von privaten Rechten (Rechtsbeziehungen) sind dem zuständigen Verwaltungsgesetzgeber vorbehalten, wenn er diese als „**allgemeine Verhaltensnormen**“ formuliert oder nur **tatbestandsmäßig** an das zivile Rechtsverhältnis anknüpft, ohne dieses selbst normativ zu gestalten (VfSlg 9580/1982 verweist in diesem Zusammenhang auf die Beispiele der Eigentums(Zivilrechts)beschränkungen im Bau-, Jagd-, Fischerei- oder Naturschutzrecht).
- (3) Der (strukturelle) Zivilrechtsgesetzgeber darf **öffentliche Interessen**, die nicht in Bundeskompetenz fallen, nur nach den Grundsätzen des „*Berücksichtigungsprinzips*“ durch seine Regelungen verwirklichen. Der VfGH drückt dieses komplexe kompetenzrechtliche Normenverhältnis zwischen „**Materiengesetz**“ (Verwaltungsrecht) und „**Zivilrecht**“ wie folgt aus:

*„Soweit es freilich um öffentliche Interessen geht, die zu einer Materie der Landeskompetenz gehören, hat er (dh: der **Zivilrechtsgesetzgeber**) die Regelung dieses Gegenstandes durch die zuständige Landesgesetzgebung zu berücksichtigen. Er darf also zB nicht selbst Verwaltungsbehörden mit der Überprüfung von Rechtsgeschäften unter dem Gesichtspunkt des Baurechts betrauen, sondern nur die Genehmigungspflicht von Rechtsgeschäften anordnen, deren Überprüfung durch die Verwaltungsbehörden der Landesgesetzgeber vorsieht ... Gehört die einschlägige Angelegenheit in die Zuständigkeit der Länder, so ist der Bund als Zivilrechtsgesetzgeber viel mehr darauf beschränkt, den vom Materiengesetzgeber verfolgten Interessen auch auf zivilrechtlichem Gebiet zum Durchbruch zu verhelfen (VfSlg 9580/1982, 422 u 423).*

Im Verhältnis Zivilrecht - Materiengesetz kann man also nach dieser Abgrenzungstechnik nicht von der üblichen „*Zweckneutralität*“ der Kompetenzverteilung ausgehen (vgl dazu die Hinweise bei FUNK, System 81 sowie das richtig differenzierende Erk VfSlg 10831/1986), weil ja das öffentliche Recht seine Eingriffe in privatrechtliche Rechte oder Rechtsbeziehungen mit **konkreten öffentlichen Zielen** (Verwaltungszwecken) begründen muß, um verfassungsmäßig zu sein (VfSlg 8981/1980 ua).

Der VfGH spricht daher zurecht mehrfach von den *öffentlichen Interessen*, den kompetenzrechtlich entscheidenden *Zielen* (VfSlg 2452/1952) und „*den in anderen Kompetenzbereichen verfolgten Interessen*“, welche die kompetenzrechtliche Differenzierung zwischen Zivilrecht und „Materiengesetzgeber“ ermögliche (VfSlg 6862/1972; 9580/1982, 419).

b) Die bisherigen Auffassungen der Lehre und Staatspraxis

Die Diskussion über die Kompetenzgrundlage eines Vergabegesetzes wurde bisher vor allem durch den Gegensatz „Privatwirtschaftsverwaltung“ - „Außenwirkungen“ geprägt. Sie ist daher für Zwecke des vorliegenden Gutachtens nur insofern verwendbar, als sie - in rechtspolitischer Argumentation - die Zuständigkeitsfrage unter dem Blickwinkel eines **außenwirksamen Vergabegesetzes** erörtert.

aa) Die Unterscheidung der verschiedenen Regelungsbereiche

Seit die rechtspolitische und rechtsdogmatische Diskussion um die Erlassung eines Vergabegesetzes in Österreich geführt wird, geht man davon aus, daß hier *mehrfache* Rechtsbeziehungen zu regeln sind, die kompetenzrechtlich möglicherweise nicht einheitlich zu behandeln sind.

- (1) Als erster wies BÖS (Öffentliche Aufträge in Österreich 1968, 368 ff; DERSELBE, Wirtschaftsgeschehen und Staatsgewalt 1970, 27 f) darauf hin, daß die Rechtsvorschriften, die für das Zustandekommen eines öffentlichen Auftrages maßgeblich sind, zum Teil dem *öffentlichen Recht*, zum Teil dem *Privatrecht* angehören:

„Öffentliches Recht sind die rechtlichen Regelungen über die staatliche Willensbildung und die Organisationsvorschriften. Privatrecht sind die für den Abschluß und die Durchführung des Vertrages zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer maßgeblichen Rechtsnormen.“

Zur Begründung dieser - seit jeher in Österreich geläufigen Unterscheidung - verwies BARFUSS unmittelbar auf die Normen der §§ 867 und 290 ABGB.

- (2) In der Folge griffen diese Unterscheidung alle Untersuchungen über die Kompetenzproblematik des Vergabewesens auf: TOMANDL (Rechtsprobleme einer gesetzlichen Regelung des Vergabewesens, in: FS Franz Korinek 1972, 209 ff) schlägt für das „*Innenverhältnis*“ eine extensive Interpretation des Art 11 Abs 2 B-VG (Kompetenztatbestand „*Verwaltungsverfahren*“) vor; für das „*Außenverhältnis*“ käme der Kompetenztatbestand „*Zivilrechtswesen*“ in Betracht, soweit die Regelungen sich im Rahmen des historischen „*Systems des Zivilrecht*“ halten.

Dieser Auffassung folgt im wesentlichen BARFUSS (Der Staat als Auftraggeber, in: FS Antonioli 1979, 305 ff), der allerdings der extensiven Auslegung des Art 11 Abs 2 B-VG skeptisch gegenübersteht und stattdessen eine Beschränkung auf „*Selbstbindungsgesetze*“ (Art 17 B-VG) vorschlägt. Ausdrücklich warnt BARFUSS (aaO 312) vor der Gefahr eines den Staat privilegierenden *Sonderprivatrechts*, das durch Rechtsverordnungen gemäß Art 18 Abs 2 B-VG einseitig durch Verwaltungsorgane durchzuführen wäre.

- (3) In besonders eindringlicher Weise begründet WENGER (Recht 105 ff) die **öffentlich-rechtliche Natur** der Regelungen des Vergabeverfahrens an Hand subtiler historischer und rechtsdogmatischer Untersuchungen. Er kommt zum Ergebnis, daß die das Vergabeverfahren regelnde „*Submissionsverordnung*“, RGBl 1909/61, (abgedruckt ebenda 182 ff) nicht als Verwaltungsverordnung, sondern als „*Quasigesetz*“ in das geltende Recht übergeleitet worden sei. Allerdings käme mangels einer Bundeskompetenz für das „*Submissionswesen*“ nur die Geltung als sog „*Selbstbindungsgesetz*“ (gemäß Art 17 B-VG) in Betracht.

Wichtig erscheint auch der kritische Hinweis WENGERS (aaO 166), daß die Regierungsvorlage eines „*Bundesvergabegesetzes*“ (1246 BlgNR, XI. GP) weder die **haushaltsrechtliche Bindung der Vergabestellen** noch die **organisationsrechtliche Sonderstellung** der öffentlichen Auftraggeber berücksichtigt hätte: Beide Aspekte

einer Regelung des Vergabeverfahrens weisen auf *öffentlichrechtliche Sonderkompetenzen*, die dem Zivilrechtsgesetzgeber keinesfalls zugänglich sind!

- (4) Am klarsten haben die verschiedenen Regelungsbereiche eines Vergaberechts KORINEK/SCHWARZER (Verfassungsrechtliche Grundlagen der Auftragsvergabe, Gutachten für die Österreichische Gesellschaft für Baurecht 1981, 64 ff; im selben Sinne: KORINEK, in: Korinek/Rill, Reform 24 ff; jüngst: KORINEK in: Rill/Griller, Binnenmarkt 229) differenziert. Sie unterscheiden „*drei unterschiedliche Regelkreise*“

- Vorschriften über das Vergabeverfahren
- zivilrechtliche Sonderbestimmungen über das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Bietern
- Schaffung von Kontrolleinrichtungen.

Die Kompetenzlage sei für das eigentliche **Vergabeverfahren** höchst unsicher und zersplittert: Außenwirksame Normen des **Bundes** könnten auf verschiedene Sach- und Organisationskompetenzen (zB Sozialversicherung, Fondswesen, Kammern ua), möglicherweise auch auf einzelne Hoheitskompetenzen, nicht aber auf das „*Zivilrechtswesen*“ oder „*Verwaltungsverfahren*“ gestützt werden. Dagegen reiche die Allgemeinklausel der **Landeszuständigkeit** (Art 15 Abs 1 B-VG) aus, die Vergabe durch Länder, Gemeinden und juristische Personen der Landeszuständigkeit zu regeln, nicht aber selbstverständlich zur Bindung von Bundesvergabestellen im Landesbereich.

Die beiden anderen Regelbereiche seien dagegen kompetenzrechtlich eindeutig zuzuordnen: Es seien dafür die Kompetenztatbestände „*Zivilrechtswesen*“ (Art 10 Abs 1 Z 6 oder 15 Abs 9 B-VG) bzw „*Verwaltungsorganisation*“ (Art 10 Abs 1 Z 16 bzw Art 15 Abs 1 B-VG) oder (Bundes)*gerichtsbarkeit* (Art 83 Abs 1 B-VG) maßgebend. Die Frage, ob ein staatliches „*Sonderprivatrecht*“ durch die historische Interpretation des „*Zivilrechtswesens*“ begrenzt sei, wird nicht näher geprüft.

- (5) Gegen diese, bis dahin durchaus einhellige Lehre von der notwendigen kompetenzrechtlichen Differenzierung des Vergabewesens ist HOLZINGER (Die Zuständigkeit zur Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe, in: FS Wenger 1983, 139 ff) aufgetreten. Er vertritt (aaO 154 ff) die Auffassung, daß zumindest die (außenwirksamen) Regelungen des geplanten Vergabegesetzes nach der **Regierungsvorlage 1982** (996 BlgNR, XV. GP) zur Gänze in der Kompetenz „*Zivilrechtswesen*“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) eine verfassungsrechtliche Deckung finden könnten, sodaß die dort vorgesehene besondere Kompetenzbestimmung (§ 1) überflüssig wäre.

HOLZINGER begründet diese völlig alleinstehende Auffassung im wesentlichen **zivilrechtsdogmatisch**, indem er gesetzliche Regelungen über das Vergabewesen als Sonderfall einer zivilrechtlichen „*culpa-in-contrahendo-Haftung*“ konstruiert und somit zu einer begrifflichen Einordnung solcher Regelungen unter das „*klassische Privatrecht*“ gelangt. Wenn diese Einordnung richtig wäre, könnte in der Tat nach der oben dargestellten historischen Interpretation des „*Zivilrechtswesens*“

durch die Verfassungsrechtsprechung (VfSlg 3121/1956 und spätere) kein Zweifel an der **Bundeszuständigkeit** für das gesamte Vergaberecht aller Gebietskörperschaften und sonstiger Rechtsträger bestehen. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Auffassung für die Lösung der dem Gutachter gestellten Rechtsfrage ist eine tiefergreifende Auseinandersetzung mit dieser These HOLZINGERS erforderlich, (ohne nähere Begründung lehnt KORINEK, in: Korinek/Rill, Reform 25, die Auffassung HOLZINGERS als „nicht haltbar“ ab).

- (6) Im wesentlichen nach der angeführten „Drei-Regelungskreise-Theorie“ von KORINEK/SCHWARZER differenzierte auch die erwähnte **Regierungsvorlage 1982** eines (allgemeinen) Vergabegesetzes die kompetenzrechtliche Begründung ihrer Regelungen: Sie unterschied das eigentliche *Vergabeverfahren* (wofür eine eigene Kompetenzbestimmung vorgesehen war) von den *zivilrechtlichen Regelungen* über Schadenersatz, Rückgriff, Widerruf uä (§ 36) und den *organisatorischen Bestimmungen* (7. Abschnitt, vgl dazu auch die EB zu § 1, 14). Die **Vollziehung** des Vergabegesetzes sollte in die Zuständigkeit der Länder fallen, soweit Vergabestellen der Länder oder die zuzuordnenden juristische Personen tätig würden.

bb) Die Komplexität des Vergabeverfahrens

Die Vergabe öffentlicher Leistungen erfolgte in Österreich seit jeher in Form der „*Privatwirtschaftsverwaltung*“. Die Privatwirtschaftsverwaltung ist aber nur in ihrem letzten Akt - der nach außen in Erscheinung tritt - reines „Privatrecht“; in den staatlichen „*Innenbeziehungen*“ gibt es eine Reihe öffentlichrechtlicher Bindungen des Staatshandelns, wie Organisationsrecht, Haushaltsrecht, Planungen verschiedener Art oder aber in Selbstbindungs- und anderen Gesetzen konkretisierte Verwaltungsziele.

Auch für das Vergabeverfahren werden solche öffentlichrechtlichen Aspekte der internen Bindung der Staatsorgane seit jeher anerkannt (vgl ECCHER/PURTSCHELLER, Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen Rechts, JBl 1977, 561 ff, 572); sie gehören - ebenso wie die zivilrechtliche Abwicklung - zur ganz unbestrittenen „**Struktur**“ des Vergabeverfahrens nach österreichischer Tradition (vgl dazu vor allem die ausführlichen Begründungen von WENGER, Recht 26 ff, 80 ff, insbes 96 f; BÖS, Öffentliche Aufträge 197 ff, 131 ff, 366 ff). Auftragsvergabe ist daher nicht von den besonderen *Verwaltungsgebieten* und *Verwaltungszielen* zu trennen, die wiederum kompetenz- und organisationsrechtlich verschiedenen Verwaltungsträgern überantwortet sind.

Treffend hat diesen komplexen öffentlichrechtlichen Bezug des Vergabeverfahrens die **Regierungsvorlage 1969** eines Bundesvergabegesetzes (1246 BlgNR, XI. GP) in § 3 Abs 1 zum Ausdruck gebracht:

„Leistungen dürfen unbeschadet besonderer bundesgesetzlicher Vorschriften nur in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Bundeshaushaltsgesetzes (nunmehr: BGBl 1986/213 idgF) und unter der Voraussetzung vergeben werden, daß sie

- a) zur Erfüllung einer dem Bund gesetzlich obliegenden Aufgabe dienen,*
- b) mittelbar oder unmittelbar den Interessen der Gesamtwirtschaft Rechnung tragen und*

c) mit dem - soweit vorhanden - jeweiligen Gesamtinvestitionskonzept des Bundes sowie mit sonstigen wirtschafts- und sozialpolitischen oder kulturpolitischen Programmen des Bundes vereinbar sind.“

Wenngleich diese gesetzliche Formulierung der öffentlichen Zielsetzungen des Vergabeverfahrens nicht Gesetz geworden ist und auch sonst in dieser präzisen Art nirgends rechtlich verankert ist, kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Vergabe öffentlicher Aufträge - in der rechtlich verdünnten Zone der Privatwirtschaftsverwaltung - seit eh und je diese *öffentlichen Ziele des Verwaltungshandelns* in der privatrechtlichen Form des Vergabevertrages mehr oder weniger konsequent verfolgt. Das **Vergabeverfahren** ist nun der Ort, wo schergewichtig die Konkretisierung dieser öffentlichen Ziele - neben anderen Aspekten (zB der Wettbewerbsordnung oder dem Ausgleich der Monopolstellung des Staates) - erfolgen soll. Dies hebt das Vergabeverfahren in entscheidender Weise von den Vertragsverhandlungen der „*Bürger unter sich*“ (§ 1 ABGB) ab. Jede rechtliche Regelung des Vergabeverfahrens wird diesen Zusammenhang der Vergabe öffentlicher Leistungen mit den spezifischen *Verwaltungsfunktionen* der vergebenden Gebietskörperschaft - oder ihrer ausgegliederten Rechtsträger - zu beachten haben.

cc) Die Kompetenz für „staatsspezifisches Sonderprivatrecht“

Die Frage, ob und inwieweit der Staat zur Durchführung seiner „*Privatwirtschaftsverwaltung*“ das allgemeine Privatrecht gesetzlich modifizieren und ein „**staatsspezifisches Privatrecht**“ schaffen könne, ist in der Literatur lebhaft umstritten.

Vorausgeschickt sei, daß darunter nicht die sog „*Selbstbindungsgesetze*“ fallen, weil diese das allgemeine Zivilrecht nicht normativ verändern können und Privatrechtssubjekte außerhalb der jeweiligen Gebietskörperschaft nicht berechtigen oder verpflichten dürfen (PERNTHALER, Zivilrechtswesen 49). Nur **kompetenzmäßiges** Privatrecht - das allerdings nicht nur auf Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG beruhen muß - kann normative Wirkungen nach außen entfalten.

Das eigentliche Kompetenzproblem des staatsspezifischen „*Sonderprivatrechts*“ liegt aber in der Frage, ob der Bund auf Grund des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG besondere (außenwirksame) Regeln für die Privatwirtschaftsverwaltung **aller** Gebietskörperschaften und ausgegliederter Rechtsträger schaffen kann. Diese Frage hat zwei Aspekte, die auch in der Literatur als getrennte Argumentationsreihen auftauchen:

- Deckt die Bundeskompetenz „*Zivilrechtswesen*“ nach ihrem historischen Bedeutungsgehalt staatsspezifisches Sonderprivatrecht?
- Können die Gebietskörperschaften aufgrund ihrer *Sachkompetenzen* Privatwirtschaftsverwaltung durch außenwirksame Gesetze regeln?

(1) Die Reichweite des Kompetenztatbestandes „*Zivilrechtswesen*“

Mit der Frage, ob Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG „*staatsspezifisches Privatrecht*“ decke, haben sich vor allem BINDER (Der Staat als Privatrechtsträger 1980, 75 ff) und RILL (Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in: FS

Wenger 1983, 57 ff, 86 ff) ausführlich beschäftigt. Sie gelangen - mit unterschiedlicher Begründung - zum übereinstimmenden Ergebnis, daß dies **nicht der Fall sei**.

Im wesentlichen wird dies historisch, aus dem System des ABGB und dem ihm zugrundeliegenden Privatrechtsbegriff, abgeleitet.

„Soweit das ABGB Bestimmungen enthält, die ausschließlich die Privatrechtsverhältnisse des Staates oder der Gemeinden (und damit pars pro toto auch des Staates) betreffen, handelt es sich zum weit überwiegenden Teil um Verweisungen aufs öffentliche Recht.“ (RILL aaO, 88).

In diesem Zusammenhang wird vor allem auf die §§ 867 und 290 ABGB verwiesen (so auch schon: BÖS, Öffentliche Aufträge 368 f), sowie auf die §§ 385, 1174 und auf die Tatsache, daß die **gemeindespezifischen** Regelungen des ABGB (in den §§ 27 und 867) durch die Vorarlberger Gemeindeordnung, LGBI 1965/45 (§ 92 Abs 2 lit a) ausdrücklich außer Kraft gesetzt wurden (BINDER, aaO 78). Treffend faßt RILL (aaO 88) diesen historischen Befund wie folgt zusammen:

„... keine dieser Bestimmungen stellt auf die besondere Eigenart des Staates ab, wie sie sich in seiner Funktion als Wahrer öffentlicher Interessen, als Träger von Befugnissen, die ihn grundlegend von den Privaten unterscheiden und in seiner besonderen - privaten juristischen Personen prinzipiell fremden - Organisation (insbesondere in bezug auf die Willensbildung) ausdrückt ... Nur dort, wo das ABGB auf die sogenannten politischen Gesetze verweist, ist auf die oben schon umschriebene Eigenart des staatlichen Gemeinwesens abgestellt. Dies zeigt deutlich, daß jene Regelungen, die Sonderrecht für den Staat, seiner spezifischen Differenz wegen, die ihn von den Privaten trennt, enthalten, nicht dem Privatrecht zugerechnet wurden.“

Allerdings entnimmt RILL (aaO 89) dem historischen Normenmaterial, daß der Bundesgesetzgeber gestützt auf die Zivilrechtskompetenz Bestimmungen zur *„Milderung des in der Regel bestehenden Machtgefälles vom Fiskus zum Privaten“* erlassen könne. Er glaubt daher, daß der Zivilrechtsgesetzgeber wesentliche Elemente des Verfahrens der öffentlichen Ausschreibung und damit des vorvertraglichen Rechtsverhältnisses zwischen Ausschreibendem und Bieter, in allgemeiner Form als (nicht staatspezifisches) Privatrecht regeln und die Folgen der Verletzung dieser Bestimmung festlegen könne. Eine solche Regelung dürfe sich aber nicht in so konkrete Details erstrecken, wie die **Regierungsvorlage 1982** für das Vergabeverfahren vorsah und *„schon gar nicht käme eine Festlegung der Zuschlagskriterien in Betracht.“*

Der letzte Satz zeigt deutlich, daß auch RILL am öffentlichrechtlichen Kern des Vergabeverfahrens festhält, wenngleich er - im Anschluß an KREJCI (Vergaberecht und zivilrechtlicher Bieterschutz, ÖZW 1982, 33 f) ein *„vorvertragliches Rechtsverhältnis zwischen Ausschreibendem und Bieter“* auch unter **allgemeinen** zivilrechtlichen Aspekten für regelbar hält. Dies stimmt im wesentlichen mit der allgemein und auch hier vertretenen Position der **Komplexität des Vergabeverfahrens** überein.

Abweichend von dieser herrschenden Auffassung vertritt nur HOLZINGER (FS Wenger 154 f) die Meinung, das Vergaberecht - so wie es die **Regierungsvorlage**

1982 ausgestaltet hat - könne kompetenzrechtlich **zur Gänze** - also insbesondere auch hinsichtlich des Vergabeverfahrens - dem „*Zivilrechtswesen*“ unterstellt werden. Zwar hebt der Autor selbst hervor, daß die Vergabevorschriften auch nach dieser Auffassung

„*nicht ausschließlich das Innenverhältnis, also die interne Willensbildung der Organe zum Gegenstand habe ... sondern in spezifischer Weise auch das Verhältnis zwischen den potentiellen Partnern eines künftigen privatrechtlichen Vertrags betreffen*“ (Hervorhebungen im Original!).

Kompetenzrechtliche Konsequenzen werden aus dieser Komplexität des Vergabeverfahrens nicht gezogen, ebensowenig wie die Frage erörtert wird, ob sich ein derart komplex öffentlichrechtlich-zivilrechtliches Verfahren dem klassischen **Zivilrechtsbegriff** des ABGB subsumieren lasse. Dies ist eine ganz andere Rechtsfrage als das von HOLZINGER (aaO 155) erörterte Problem, ob das Vorvertragsverhältnis zwischen Vergabestelle und (potentiellen) Anbietern der zivilrechtlichen Rechtsträger der „*culpa in contrahendo*“ gleiche und daher begrifflich als Zivilrecht anzusprechen sei.

Selbst, wenn dies so wäre, könnte der Bund ein derartiges Rechtsverhältnis nur unter dem allgemeinen Zivilrechtsaspekt für alle „Bürger unter sich“ regeln (vgl RILL, FS Wenger 90, 95) niemals aber die mit dem Vergabeverfahren verbundenen, kompetenzrechtlich ganz verschieden zuzuordnenden, *öffentlichrechtlichen Aspekte* der Vergabeverfahren **aller** Gebietskörperschaften unter dem Stichwort „Zivilrecht“ regeln. Hierzu sind nach der oben dargestellten historischen Begriffsbildung des ABGB ausschließlich die „*politischen Gesetze*“ berufen. Dies umso mehr, als die maßgeblichen Vergabevorschriften, insbesondere die „*Submissionsverordnung*“, RGBI 1909/61, zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenz „Zivilrechtswesen“ sicher nicht als „Zivilrecht“, sondern als ein Beispiel jener „*politischen Gesetze*“, die das ABGB nicht berührte, aufgefaßt wurde (WENGER, Recht 30 ff).

(2) Die gesetzliche Regelung der „kompetenzmäßigen“ Privatwirtschaftsverwaltung

Nach heute herrschender Auffassung kann aus Art 17 B-VG nicht abgeleitet werden, daß die Gebietskörperschaften im Rahmen der Kompetenztatbestände der Art 10-15 B-VG nicht auch in Form der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden können und daß die danach zuständigen Gesetzgeber diese Privatwirtschaftsverwaltung nicht auch - ebenso wie die Hoheitsverwaltung - durch **außenwirksame Gesetze** determinieren können (RILL, FS Wenger 90; RILL/SCHÄFFER, Investitionsplanung und Raumordnung 1977, 34 f; NOVAK, FS Antonioli 70 f; SCHÄFFER, FS Antonioli 270; PERNTHALER, Zivilrechtswesen 49).

Im wesentlichen wird dies damit begründet, daß eine Reihe von Kompetenztatbeständen der Art 10-12 B-VG - ebenso wie verfassungsrechtlich konkretisierte Landeskompetenzen - ganz unbestreitbar „*Privatwirtschaftsverwaltung*“ mitumfassen und die jeweilige Kompetenz sich eindeutig auf die gesetzliche Steuerung dieser nichthoheitlichen Verwaltungsbereiche erstreckt (zB Bundesstraßen, Bergwesen, Monopolwesen, Wasserbau, Krankenanstalten, Schulwesen uva). Nach den Grundsätzen der „*Versteinerungstheorie*“ sind daraus jeweils spezielle Regelungs-

bereiche der zuständigen Gesetzgeber abzuleiten (vgl dazu WINKLER, Gesetzgebung und Verwaltung im Wirtschaftsstaat 1970, 19; MAYER, Staatsmonopole 1976, 5; RILL, Gliedstaatsverträge 1972, 39 ff; PERNTHALER, Zivilrechtswesen 49). Seiner Struktur nach kann dieses „kompetenzmäßige Verwaltungsprivatrecht“ wiederum öffentlichrechtlichen oder sonderprivatrechtlichen Charakter tragen (PUCK, Nichthoheitliche Verwaltung. Typen und Formen, in: FS Antonioli 275 ff, 284; RILL, FS Wenger 92 f).

Es ist also verfassungsrechtlich sehr wohl möglich, daß es neben der Bundeskompetenz „Zivilrechtswesen“ aufgrund **anderer** Kompetenztatbestände jenes *staatsspezifische* „Sonderprivatrecht“ gibt, das aufgrund des Zivilrechtswesens selbst ausgeschlossen wird. Darauf deutet nicht nur der „versteinerungstheoretisch“ relevante § 290 ABGB hin, der privatrechtliche Sonderregelungen den „politischen Verordnungen“ vorbehält (RILL, aaO 93), sondern auch die Judikatur des VfGH, die nach den Grundsätzen der Versteinerungstheorie durchaus auch privatrechtliche Regelungen in einzelnen Bundes- oder Landeskompetenzen (Jagd, Fischerei, Landarbeitsrecht, Bodenreform ua) anerkennt (VfSlg 1712/1948; 9580/1982, 416 f; PERNTHALER, Zivilrechtswesen 26).

Als einen besonders wichtigen Anwendungsfall dieses staatsspezifischen Sonderprivatrechts hebt nun RILL (aaO 95) mit Recht das staatliche Vergabewesen hervor, „*wenn es nicht ausschließlich Gegenstand von Selbstbindungs- oder Statutargesetzen sein soll*“. In minutiöser Weise prüft er die einzelnen Kompetenztatbestände, ob sie Anknüpfungspunkte für eine Regelung des Vergabewesens im Zusammenhang mit der Eigenart der betreffenden Kompetenzmaterie bieten und bejaht dies - vor allem für Vergaben zum Zwecke von Investitionen - für eine ganze Reihe von Zuständigkeiten des Bundes und der Länder. Dabei sei es im Sinne der „*intrasystematischen Fortentwicklung*“ der Kompetenzbegriffe (FUNK, System 1980; PERNTHALER, Kompetenzverteilung 81 f) unmaßgeblich, ob und welche Vergaberegeln für das betreffende Verwaltungsgebiet im Versteinerungszeitpunkt tatsächlich bestanden haben. RILL (aaO 96) gelangt aufgrund dieser Analysen zur allgemeinen Auslegungsregel:

„Bei jenen Kompetenztatbeständen, die Materien betreffen, bei denen die staatliche Investitionstätigkeit zentrale Bedeutung hat und nicht eigentlich als Hilfsgeschäft angesehen werden kann, sondern mit zum Hauptgeschäft gehört, ist die Vergabe als zur Kompetenzmaterie zählend zu betrachten“.

Aufgrund dieser Auslegung gelangt RILL zum Ergebnis, daß **Bund und Länder aufgrund der derzeit geltenden Kompetenzlage (außenwirksame) vergaberechtliche Vorschriften für die wichtigsten Verwaltungsbereiche erlassen können**, wobei diese Vorschriften - trotz der zersplitterten Kompetenzgrundlagen - im grundlegenden einheitliche Regelungen enthalten können und durch eine Vereinbarung nach Art 15 a B-VG zwischen Bund und Ländern koordiniert werden sollten.

c) *Die für die Umsetzung der EG-Richtlinien ausschlaggebenden Kriterien der Kompetenz „Zivilrechtswesen“*

Nach der Rechtsprechung des VfGH und den zuvor dargestellten Auffassungen der Lehre und Praxis zum Problem der kompetenzmäßigen Begründung einer Neuordnung des Vergaberechts wäre der Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ nur unter zwei Vor-

aussetzungen geeignet, jene außenwirksame Neuordnung des Vergaberechts zu decken, welche die Umsetzung der eingangs dargestellten EG-Richtlinien verlangt:

- Es müßten *sichere historische Anknüpfungspunkte* für eine intrasystematische Fortentwicklung des Begriffes „**Zivilrecht**“ auffindbar sein (VfSlg 3121/1956) oder
- es muß eindeutig entscheidbar sein, daß es sich beim Vergaberecht um „strukturelles Zivilrecht“ und nicht um ein - in einer anderen Kompetenz begründetes - „**Materien-gesetz**“, dh um einen „auf *zivilrechtliche Folgen* ausgerichteten Normenkomplex“ des Verwaltungsrechts handelt (VfSlg 9580/1982).

Beiden Rechtsfragen soll im folgenden nachgegangen werden.

aa) Die Nachprüfungsrichtlinie und der historische Privatrechtsbegriff

Die Nachprüfungsrichtlinie fordert nicht nur ein vom Vergabeverfahren abgesonder-tes bzw „gerichtliches“ bzw „gerichtsähnliches“ Verfahren, sondern auch eine bestimmte rechtliche Ausgestaltung **des Vergabeverfahrens** selbst unter Berücksichtigung der besonderen Verfahrensbestimmungen der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie. Wesentliche Rechtspositionen der Anbieter und Entscheidungen der Vergabestellen müssen *schon im Vergabeverfahren* begründet werden, damit die rechtliche Nachprüfung im Sinne der Richtlinien überhaupt stattfinden kann! Es ist also davon auszu-gehen, daß die rechtliche Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinie im wesentlichen bereits durch eine rechtliche Neuordnung des **Vergabeverfahrens** zu erfolgen hat.

Unter dieser Voraussetzung gibt es aber gewiß keine sicheren historischen Anknüp-fungspunkte im klassischen „Zivilrecht“ (des Versteinerungszeitpunktes) für die erforderliche Umsetzung der EG-Richtlinien. Maßgebend für dieses Urteil sind folgende drei Erwägungen:

- (1) Das klassische Privatrecht des ABGB kennt kein staatspezifisches „*Sonderprivat-recht*“, das öffentliche Interessen oder die organisatorischen Besonderheiten des Staates geregelt hätte, sondern verweist diesbezüglich auf die „*politischen Gesetze*“ oder „*politischen Verordnungen*“ (vgl vor allem die §§ 27, 290, 385, 867 und 1174 ABGB und die Ausführungen von RILL, FS Wenger 88; zum allgemeinen histori-schen Hintergrund dieser Abgrenzung vgl auch die Hinweise bei PERNTHALER, Zivilrechtswesen 12 f).

Ein Vergabeverfahren bleibt aber auch unter Berücksichtigung der EG-Richtlinien „*staatspezifisches Sonderprivatrecht*“, weil es jedenfalls **gleichzeitig** auch die für die *Staatsseite des Vergabevertrages* wesentlichen organisatorischen und sonstigen *Verwaltungsaspekte* für die öffentlichen Interessen, (Haushaltsaspekte, Investitions-planungen, besondere Verwaltungszwecke usw) mitregeln muß.

- (2) Es gibt darüber hinaus sehr klare historische Hinweise darauf, daß das Vergaberecht im Versteinerungszeitpunkt nicht im *Zivilrecht*, sondern durch *Verwaltungsvor-schriften* („politische Verordnungen“) geregelt war (vgl die „*Submissionsverordnung*, RGBI 1909/61 und die übrigen bei WENGER, Recht 30 ff angeführten Rechtsvor-schriften). Der Umstand, daß es sich bei diesen Vorschriften nicht um außen-wirksame Rechtsnormen, sondern um „Selbstbindungsnormen“ handelte, ist für die Frage der Ausklammerung des **Gegenstandes** „Vergabewesen“ aus dem histori-schen Zivilrechtsbegriff nicht relevant.

- (3) Kein tauglicher historischer Ansatzpunkt ist aber auch die privatrechtliche „*culpa-in-contrahendo-Haftung*“ für die kompetenzrechtliche Zuordnung des Vergabeverfahrens zum „Zivilrechtswesen“ (HOLZINGER, FS Wenger 155).

Selbst, wenn man der Auffassung wäre, daß eine intrasystematische Fortentwicklung der außerordentlich dürftigen gesetzlichen Grundlagen dieser Rechtsfigur im ABGB in Richtung einer privatrechtlichen Neuordnung öffentlicher Ausschreibungsverfahren verfassungskonform möglich wäre, könnte sich eine solche Neuregelung nur auf *alle gleichartigen privaten Ausschreibungsverfahren* beziehen und nicht das **staats-spezifische Vergabeverfahren** mit seinen **öffentlichrechtlichen Sonderaspekten regeln** (RILL, FS Wenger 89 f). Die auch in den EG-Richtlinien vorgesehene **verwaltungsrechtliche Vollziehung** (*Verwaltungsrechtsschutz*) wäre ausgeschlossen. Denn der systematische Anknüpfungspunkt „*culpa-in-contrahendo-Haftung*“ läßt aus den zuvor dargestellten Gründen und aus begrifflichen Erwägungen des Anknüpfungspunktes selbst nur eine Fortentwicklung des *allgemeinen Privatrechtes*, aber keine Entwicklung eines staatspezifischen Sonderprivatrechtes (und seiner verwaltungsrechtlichen Vollziehung) im Rahmen des „bürgerlichen Rechtes“ zu.

bb) Ist ein „nachprüfbares Vergabeverfahren“ strukturelles Zivilrecht?

Wie oben dargelegt wurde, greift der VfGH in Fällen, wo die historische Zurechnung einer Rechtsnorm zum Zivilrechtswesen schwierig oder ausgeschlossen erscheint, zur Argumentationslinie des „strukturellen Zivilrechtsbegriffes“, um die Bundeskompetenz zu begründen oder zu verwerfen (siehe die Hinweise unter 2.a.bb und cc). Auch die Zurechnung eines im Sinne der EG-Richtlinien ausgebauten Vergabeverfahrens zum „strukturellen Zivilrechtsbegriff“ im Sinne des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG scheint jedoch ausgeschlossen. Hierfür sind folgende Erwägungen maßgebend:

- (1) Nach den in den Erkenntnissen über die Mindestpflanzabstände (VfSlg 6344/1970; 6862/1972; 10392/1985) entwickelten Kriterien über die Abgrenzung des „Zivilrechts“ vom „Verwaltungsrecht“ enthält das Vergabeverfahren vor dem Zuschlag überwiegend Elemente des **Verwaltungsrechts**: Die den Anbietern vorgegebenen rechtlichen Maßstäbe und Verfahrensregeln der Ausschreibung sind in öffentlichen (Verwaltungs)-Interessen begründet und können durch private Disposition nicht verändert werden.

Die Nachprüfungsrichtlinie spricht sogar von „*Entscheidungen der Vergabebehörden*“, die möglichst rasch und wirksam überprüft werden sollen. Mag hier auch ein untechnischer, dem österreichischen Recht nicht entsprechender Begriff der „**Vergabebehörden**“ zugrundeliegen, so wird daraus doch deutlich, daß es um die Überprüfung der Entscheidung staatlicher (oder staatlich ermächtigter) *Verwaltungsstellen* geht, die der Disposition des Bürgers als Privatrechtssubjekt entzogen sind und nicht zuletzt deshalb besonderer, über das Privatrecht hinausgehender, rechtlicher Schutznormen und -verfahren bedürfen.

- (2) Vergabeordnungen regeln auch im Lichte der EG-Richtlinien nicht primär den „*privatrechtlichen Rechtsverkehr*“, sondern *staatliches (öffentliches) Verhalten*, das durch eine Reihe von öffentlichrechtlichen Voraussetzungen und Interessen geprägt wird und **in dieser Prägung** zu einem privatrechtlichen Rechtsverkehr hinführt. Zwar ist das Vergabeverfahren in Österreich traditionellerweise nicht ein behördli-

ches Verwaltungsverfahren, aber doch ein Verfahren unter Beteiligung von öffentlichen Verwaltungsstellen und zur Verwirklichung von Verwaltungsaufgaben. Schon das klassische österreichische Vergabeverfahren kann daher nicht unter den Kompetenzbegriff „bürgerlicher Rechtsverkehr“ im Sinne des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG subsumiert werden. Eine außenwirksame Neuordnung des Vergaberechts im Sinne der Nachprüfungsrichtlinie könnte dies noch viel weniger, weil hier eine Reihe von **Entscheidungen** und **Verfügungen** zu treffen sind, die in der klassischen „Privatautonomie“ des bürgerlichen Rechts keinesfalls begründet werden können.

- (3) Auf ein Gesetz zur Regelung des Vergabeverfahrens treffen vielmehr alle vom VfGH entwickelten Kriterien eines „auf zivilrechtliche Folgen ausgerichteten Normenkomplexes“ (**Materiengesetzes**) zu:

Die gesetzliche Regelung des Vergabeverfahrens erfolgt zur Durchsetzung öffentlicher Interessen und Ordnung öffentlicher Angelegenheiten, die nicht im Kompetenzbereich „Zivilrechtswesen“ begründet sind, sondern in den **Finanz-, Sach- und Organisationskompetenzen** der vergebenden Gebietskörperschaft. Dem **Zivilrechtsgesetzgeber** ist es daher nach den Gesichtspunkten des Erk VfSlg 9580/1982 (vgl auch VfSlg 2452/1952) kompetenzrechtlich versagt, *diese öffentlichen Interessen und Verwaltungsziele selbst normativ zu regeln*; er muß vielmehr die zivilrechtliche Regelung auf die Regelung der *zivilrechtlichen Folgen* des Vergabeverfahrens (unter Berücksichtigung der dieses regelnden Gesetze) beschränken!

Die von HOLZINGER (FS Wenger 155) zur Begründung der umfassenden Zivilrechtskompetenz herangezogene Judikatur über die „*Zweckneutralität*“ der Kompetenzbestimmungen ist nach der ständigen und hier völlig einheitlichen Rechtsprechung des VfGH auf das kompetenzrechtliche Verhältnis von „*Materiengesetz*“ und „*Zivilrecht*“ sicher nicht anzuwenden, weil es hier auf die „**kompetenzrechtlich entscheidenden Ziele**“ der Regelung ankommt (VfSlg 2452/1952; 9580/1982, 422 u 423; PERNTHALER, Kompetenzverteilung 151 f).

Ist dies so, so kommt dem Umstand, daß insbesondere bei der Anordnung „*vorläufiger Maßnahmen*“ des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren der Abwägung „*aller möglicherweise geschädigten Interessen*“ und des „*Interesses der Allgemeinheit*“ (Artikel 2 Abs 4 der Nachprüfungsrichtlinie) besonderes Gewicht zu: Eine solche Abwägung durchzuführen, kann schon begrifflich der „*Zivilrechtsgesetzgeber*“ keinem Partner eines Rechtsgeschäftes „*der Bürger unter sich*“ auftragen. Es müßte also diese Abwägung einer **Behörde** übertragen werden oder dem **öffentlichen Auftraggeber selbst** überlassen bleiben (Art 2 Abs 1 lit a N-RL), wobei in beiden Fällen die **Sachkompetenz** für das jeweils im betreffenden Verwaltungsbereich abzuwägende „*Allgemeininteresse*“ gegeben sein muß, die dem Zivilrechtsgesetzgeber sicher fehlt!

Zusammenfassend läßt sich also in Beantwortung der eingangs gestellten Rechtsfragen festhalten, daß der Kompetenztatbestand „*Zivilrechtswesen*“ **keine historischen Anknüpfungspunkte für eine intrasystematische Fortentwicklung in Richtung eines öffentlichen Vergabeverfahrens bietet** und nach der vom VfGH entwickelten Argumentation des „*strukturellen Zivilrechtsbegriffes*“ **eine außenwirksame Regelung des Vergabeverfahrens nicht als „Zivilrecht“, sondern als verwaltungsrechtliches „Materiengesetz“ anzusprechen ist.**

3. Die erforderliche kompetenzrechtliche Differenzierung des Vergaberechts

Sucht man - anstelle des „Zivilrechtswesens“ oder neben dieser Zuständigkeit - nach einer tauglichen Kompetenzgrundlage für das Vergaberecht, so wird sehr rasch klar, daß das gesamte Rechtsgebiet verschiedene „Regelungskreise“ enthält, die kompetenzrechtlich nicht einheitlich zu beuteilen sind. (so schon KORINEK/SCHWARZER, Rechtsgutachten 64 ff und die **Regierungsvorlage 1982** über ein Vergabegesetz, 996 BlgNR, XV. GP, im folgenden als „Regierungsvorlage 1982“ bezeichnet.)

Im folgenden soll diese Differenzierung - die durch die EG-Richtlinien noch stärker betont wird - nicht nach einzelnen Rechtsnormen, die ja noch gar nicht bekannt sind, sondern nach kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten unter Zugrundelegung der traditionellen Grundstruktur des österreichischen Vergaberechts (allerdings unter Annahme aussenwirksamer Regelung) durchgeführt werden. Es wird dabei zwischen einer *allgemeinen Gliederung* des Rechtsstoffes unter Kompetenzgesichtspunkten und *kompetenzrechtlichen Sonderproblemen* zu unterscheiden sein.

a) Die drei allgemeinen Regelungsbereiche

Die bisherigen Rechtstechniken der Vergaberegelungen als „interne Normen“ und „Privatwirtschaftsverwaltung“ haben verhüllt, daß hier strukturell jedenfalls **drei Kompetenzbereiche** einer rechtlichen Regelung in Betracht kommen:

aa) Das eigentliche Vergabeverfahren

Es handelt sich hier um Regelungen des Verfahrens der *öffentlichen Ausschreibung* oder anderer *Vergabetechniken* (beschränkte Ausschreibung, freihändige Vergabe, öffentliche Interessentensuche uä). In diesen Regelungen müssen ein sachgerechter, den öffentlichen Interessen, aber auch der Transparenz und dem Wettbewerbsschutz entsprechender Ausschreibungstext formuliert werden, ein faires Prüfungsverfahren der Anbote vorgesehen und die Bedingungen der Zuschlagserteilung (bzw Vergabe) festgelegt werden. Im Sinne der Nachprüfungsrichtlinie kann die Vergabestelle selbst oder eine andere Verwaltungsbehörde der vergebenden Gebietskörperschaft auch zu bestimmten vorläufigen Rechtsschutzmaßnahmen im *Rahmen des Vergabeverfahrens* ermächtigt werden.

Kompetenzrechtlich ist dieser Bereich - wie im vorigen Punkt dargelegt wurde - jedenfalls nicht als „Zivilrecht“ im Sinne des Kompetenztatbestandes „Zivilrechtswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 oder 15 Abs 9 B-VG) anzusprechen. Seine positive kompetenzrechtliche Einordnung ist - nach der geltenden Kompetenzverteilung - kompliziert und soll im folgenden Punkt (4. a. - d.) behandelt werden.

bb) Der „Leistungsvertrag“

Alle Fragen, die mit dem Abschluß, der Abwicklung und den möglichen Störungen der Abwicklung des *Vertrages über Leistungen* (Lieferungen oder Arbeiten) an öffentliche Stellen auf Grund der ordnungsgemäßen Vergabe zusammenhängen, unterliegen nach der traditionellen Struktur des österreichischen Vergaberechts

dem **allgemeinen Privatrecht**. Die Kompetenz zur Regelung derartiger Rechtsfragen ist daher im „*Zivilrechtswesen*“ (Art 10 Abs 1 Z 6 und 15 Abs 9 B-VG) begründet, das auch gewisse allgemeine Strukturvorschriften für Ausschreibungsverfahren uä decken würde (RILL, FS Wenger 90 u 95).

cc) Die Einrichtung besonderer Rechtsschutz(Kontroll)verfahren

Die in der Nachprüfungsrichtlinie vorgesehenen *Rechtsschutzmaßnahmen* setzen - zum Unterschied von der eigentlichen Vergabe - **hoheitliche Entscheidungen durch Verwaltungsbehörden oder Gerichte** voraus, da in laufende Verfahren und bestehende Rechtsverhältnisse eingegriffen werden muß. (Art 2 Abs 1, 4, 5 und 6 Nachprüfungsrichtlinie). Zur Durchführung dieser Maßnahmen können Verwaltungsbehörden oder Gerichte berufen werden, wobei in zweiter Instanz jedenfalls eine gerichtsförmige Instanz im Sinne des Art 177 EWG-Vertrag entscheiden muß (Art 2 Abs 8 Nachprüfungsrichtlinie).

Derartige „*öffentlichrechtliche Beschränkungen der Privatautonomie*“ (RILL, FS Wenger 92) sind kompetenzrechtlich nicht einheitlich zu beurteilen (PERNTHALER, Zivilrechtswesen 45 ff). Es hängt von der **kompetenzrechtlichen Einordnung des rechtlichen Grundverhältnisses**, aus dem der Rechtsschutzanspruch entsteht, ab, in wessen Zuständigkeit die Einrichtung eines Rechtsschutzverfahrens fällt (*Annex- oder Adhäsionsprinzip*, vgl ADAMOVICH/FUNK, Österreichisches Verfassungsrecht 1985³, 164; WALTER/MAYER, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrecht 1988⁶, 97). Eine allgemeine Grundregel, daß „*Rechtsverletzungen*“ zu überprüfen, stets der Gerichtsbarkeit vorbehalten bleiben müsse, besteht in Österreich - abgesehen von der Sondervorschrift des Art 6 MRK - nicht (PERNTHALER, Zivilrechtswesen 12 f).

Nach diesen Gesichtspunkten wird man die gegenständliche „**Eingriffskompetenz**“ kompetenzrechtlich zu differenzieren haben.

- (1) Die Zuständigkeit zur Entscheidung über Rechtsverletzungen der Vergabevorschriften *vor dem Zuschlag* (Einstweilige Verfügungen, Aufhebung rechtswidriger Ausschreibungsbedingungen, Aufhebung des Ausschlusses von Bewerbern uä) richtet sich nach der *Kompetenz für das Vergabeverfahren*, ist also jedenfalls nicht im „*Zivilrechtswesen*“ begründet (siehe aa. und 4. c.).
- (2) Die Zuständigkeit zur *Aufhebung des Vergabevertrages* wegen Rechtswidrigkeit des Zuschlages und die Zuerkennung von *Schadenersatzansprüchen* wegen Rechtsverstößen im Vergabeverfahren dürften nach der oben dargestellten ständigen Rechtsprechung des VfGH im „*Zivilrechtswesen*“ (Art 10 Abs 1 Z 6 und 15 Abs 9 B-VG) begründet sein. (so auch schon § 36 der Regierungsvorlage 1982, vgl 22 der EB!)

Dieses ergibt sich im ersten Fall nach der Rechtsprechung über den „*strukturellen Zivilrechtsbegriff*“ aus dem Vorliegen eines hoheitlichen Eingriffes in den (privatrechtlichen) „**Rechtsverkehr**“ (VfSlg 9580/1982 ua.; PERNTHALER, Zivilrechtswesen 47). Im zweiten Fall ist die Einordnung von Schadenersatzansprüchen in das Zivilrecht nach der historischen Begriffsbildung „*Privatrecht*“ naheliegend; darüber

hinaus dürften hier durchaus analoge Rechtsfragen wie bei der privatrechtlichen „*culpa-in-contrahendo-Haftung*“ auftauchen und auch bürgerlichrechtliche Grundsätze der Schadenbemessung anzuwenden sein (Zu beiden Fällen siehe die Ausführungen im folgenden Punkt b.!).

- (3) Die Zuständigkeit zur Errichtung besonderer „*Vergabekontrollkommissionen*“ (vgl zB §§ 27-34 und 35 der *Regierungsvorlage 1982*) oder der Zuweisung von *Rechtsschutzaufgaben an Verwaltungsbehörden* (zB Unabhängige Verwaltungssenate gem Art 129 a B-VG) oder *Gerichte* richtet sich nach der zuvor dargestellten *Aufgabenzuständigkeit* und den jeweiligen *Organisationskompetenzen* der Gebietskörperschaften. (PERNTHALER, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet der Verwaltungsorganisation 1976; MATZKA, Organisationskreation in der österreichischen Verwaltungsrechtsordnung, JBl 1980, 505 ff). Der Klarheit halber sei festgehalten, daß auch die *Betrauung der Gerichte* mit Rechtsschutzaufgaben im Zusammenhang mit dem Vergabewesen durch den **Landesgesetzgeber** (im Rahmen seiner sachlichen Zuständigkeit) angeordnet werden kann (Art 97 Abs 2 bzw 15 Abs 9 B-VG; VfSlg 2658/1954; PERNTHALER, Ist die landesgeschichtliche Festlegung eines Wirkungskreises der Zivil- und Strafgerichte gemäß Art 15 Abs 9 B-VG eine "Mitwirkung von Bundesorganen" im Sinne des Art 97 Abs 2 B-VG?, JBl 1972, 68 ff; JABLONER, Die Vollziehung des Landarbeitsrechtes durch Gerichte als verfassungsrechtliches Problem, DRdA 1982, 288 ff).

b) Kompetenzrechtlich besonders zu prüfende Regelungsprobleme im Zusammenhang mit der Nachprüfungsrichtlinie

aa) Die Regelung von Schadenersatzansprüchen

Schon oben wurde darauf hingewiesen, daß **Schadenersatzansprüche** nach der traditionellen Struktur des österreichischen Vergaberechts zivilrechtlicher Natur und damit im Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 bzw 15 Abs 9 B-VG) begründet sein dürften. Da die Regelung von Schadenersatzansprüchen übergangener Bieter im Nachprüfungsverfahren eine wichtige Rolle einnehmen (Art 2 Abs 1 lit c, 5, 6 Nachprüfungsrichtlinie), muß das Verhältnis von Schadenersatz zur Rechtsnatur der Vergabeordnung unter Kompetenzgesichtspunkten eingehender geprüft werden.

Unrichtig ist jedenfalls die Auffassung, daß durch die Sanktion „Schadenersatz“ für den Fall von Verletzungen einer Rechtsvorschrift diese selbst als ganzes zu einer „zivilrechtlichen“ werde (KREJCI, ÖZW 1982, 35). Die Beispiele der Entschädigungen für Enteignungen, besondere Arten von Eigentumsbeschränkungen, Aufopferungsansprüchen, Entschädigungen für Verbrechensoffer, rechtswidrige Verhaftungen, Amtshaftung uva) zeigen, daß **Schadenersatzansprüche** ihren Ursprung in ganz unterschiedlichen Rechtsverhältnissen haben können und in ihrer Liquidation häufig losgelöst vom schädigenden Eingriff konstruiert werden.

Bei Verträgen von Gebietskörperschaften gilt für Vertragsstörungen ganz allgemein: Bei einer Gemengelage von *öffentlichrechtlichen Vorschriften* für die Vertrags-

gestaltung und *privaten Schadenersatzansprüchen* sind diese ausschließlich nach *privatrechtlichen* Gesichtspunkten zu beurteilen, selbst wenn sich die Rechtswidrigkeit - als Entschädigungsvoraussetzung - ausschließlich aus öffentlichrechtlichen Normen ergibt. (PERNTHALER/PURTSCHELLER, Die Gemeinde im Spannungsfeld von privatrechtlicher Vertragsbindung und öffentlichrechtlicher Aufgabenerfüllung, JBl 1979, 281 ff, 287 f, 291 ff).

Darüber hinaus ist im konkreten Fall des *Vergabeverfahrens* zu beachten: Die Einwirkung von vertragsgestaltenden öffentlichrechtlichen Normen („*politischen Gesetzen*“) auf das Privatrechtsverhältnis gehört zur Grundkonstruktion dieses Rechtsgebietes. Schon aus diesem rechtsstrukturellen Grunde können **zivilrechtliche Auswirkungen** des Vergaberechts dessen kompetenzrechtliche Ausklammerung (als „*staatspezifisches Sonderprivatrecht*“ - siehe oben) aus dem „Zivilrechtswesen“ keinesfalls verhindern.

Schadenersatzansprüche wegen Rechtsverletzungen von Vergabevorschriften können also - ohne kompetenzrechtliche Auswirkungen auf das Vergabeverfahren - für sich genommen **privatrechtlich** konstruiert werden. Diese Konstruktion erscheint als einzig sinnvolle Lösung, weil die entstandenen Schäden wegen Rechtsverletzungen durch die *Privatwirtschaftsverwaltung* verursacht werden, sodaß „*Amtshaftung*“ ausscheidet. Die **Schäden** bestehen darüberhinaus ausschließlich in der *Beeinträchtigung von privaten Vermögensrechten* (vgl VfSlg 4605/1963). *Subjektiv öffentliche Vermögensrechte* werden ja durch das Vergabeverfahren nach der österreichischen Grundkonstruktion in keinem Fall begründet.

Selbst wenn in den Vergabevorschriften das Ausmaß der Schadenersatzansprüche (privatrechtlich) präzisiert würde - eine rechtliche Begrenzung auf **einzelne Schäden** (so § 36 Abs 1 der *Regierungsvorlage 1982*) dürfte nicht der Nachprüfungsrichtlinie entsprechen - ist das ganze rechtliche Umfeld der Ermittlung und Bemessung des (Vertrauen)Schadens des übergangenen Bieters doch dem bürgerlichen Recht zu entnehmen. (Die zivilrechtliche Haftung für Vertragsvereitelung aus öffentlichrechtlicher Rechtswidrigkeit und die Bemessung des danach gebührenden Schadenersatzes ist außerordentlich differenziert und vom Grad des Verschuldens und Mitverschuldens abhängig; vgl dazu die Hinweise bei PERNTHALER/PURTSCHELLER, JBl 1979, 293; WELSER, Das Verschulden beim Vertragsabschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1971, 281 ff.) Auch aus diesem Grunde liegt die Konstruktion als „*Zivilrecht*“ im kompetenzrechtlichen Sinne nahe (VfSlg 4605/1963).

In diesem Zusammenhang ist auch noch zu beachten, daß durch die Verwaltung begründete *Schadenersatzansprüche* nach der neueren Judikatur des VfGH zum „**Kernbereich**“ der gerichtsförmigen Verfahrensgarantie des Art 6 MRK gehören, was an sich zwar keine unmittelbare kompetenzrechtliche Bedeutung hat, aber nach der neueren Gesetzgebungspraxis doch die *Zuständigkeit der Zivilgerichte* begründet und wegen der spezifischen Abgrenzungstechnik die begriffliche Einordnung ins Privatrecht nahelegt (PERNTHALER, Rechtsweg als Menschenrecht, in: FS Klecatsky 1990, 221 ff, 229 f).

bb) Die Auswirkungen des Nachprüfungsverfahrens auf den Vergabevertrag

Nach der Grundstruktur des österreichischen Vergabeverfahrens herrscht *nach Zuschlagserteilung* und Vertragsabschluß zwischen Vergabestelle und dem zum Zuge gekommenen Anbieter ein rein **privatrechtliches** Vertragsverhältnis.

Staatliche Eingriffe in dieses Vertragsverhältnis, die durch die Nachprüfungsrichtlinie erforderlich werden - insbesondere die Aufhebung des Zuschlages und die dadurch bewirkte Ungültigkeit des Vertrages - sind nach der neueren Rechtsprechung des VfGH eindeutig der Kompetenz „Zivilrechtswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 und 15 Abs 9 B-VG) zuzurechnen, weil es sich um Eingriffe in den zivilrechtlichen „Rechtsverkehr“ und damit in „strukturelles Zivilrecht“ handelt (VfSlg 9580/1982; PERNTHALER, Zivilrechtswesen 33 f).

Der Vorbehalt zugunsten des nationalen Rechts in Art 2 Abs 6 Nachprüfungsrichtlinie ist daher in Österreich durch *privatrechtliche Vorschriften* auszufüllen. Wie die Regelung des § 36 Abs 3 der *Regierungsvorlage* 1982 dies richtig gesehen hatte, sollte der Eingriff in einen bereits abgeschlossenen Vergabevertrag - schon aus grundrechtlichen Erwägungen - auf extreme Fälle von Rechtsverletzungen unter Beteiligung des begünstigten Bieters beschränkt werden und im übrigen von der Ermächtigung des Art 2 Abs 6, zweiter Satz der Nachprüfungsrichtlinie im Sinne einer *Beschränkung auf Schadenersatz nach Zuschlagserteilung* Gebrauch gemacht werden.

4. Die Kompetenz zur Regelung des Vergabeverfahrens einschließlich des Rechtsschutzes in der Verwaltung

Die folgenden Ausführungen gehen von einer bestimmten, durch die EG-Richtlinien und die traditionelle Gestaltung des Vergabeverfahrens in Österreich vorgegebenen, *Struktur des Vergabeverfahrens* aus, die der kompetenzrechtlichen Prüfung zugrundegelegt wird. Daher werden zunächst einige Elemente dieser Struktur behandelt, ehe die darauf aufbauende Kompetenzfrage erörtert wird.

a) Der Grundsatz der Zweigeleisigkeit des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren

Der österreichischen Grundstruktur des Rechtsschutzes in der Verwaltung entspricht die *Zweigeleisigkeit*: Rechtsschutz in der Verwaltung und Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit (ANTONIOLLI/KOJA, Verwaltungsrecht 687 ff und 735 ff). Wenngleich diese Grundstruktur bisher nur für die Hoheitsverwaltung in vollem Sinne gilt, legt der notwendige Ausbau des Rechtsschutzes in der Privatwirtschaftsverwaltung nahe, dasselbe bewährte Grundprinzip auch hier als Anknüpfungspunkt für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren zu verwenden. Diese Systementscheidung ist auch im EG-Recht selbst als denkbare Variante des nationalen Rechtsschutzes vorgesehen (Art 2 Abs 2 der Nachprüfungsrichtlinie) und würde der oben dargestellten sachlichen und kompetenzmäßigen Differenzierung des Vergaberechtes vor und nach dem Zuschlag am besten gerecht.

Im folgenden wird daher davon ausgegangen, daß der Rechtsschutz im Vergaberecht jedenfalls vier verschiedene Einrichtungen umfassen soll:

- „*Einstweilige Verfügungen*“ (Art 2 Abs 1 lit a Nachprüfungsrichtlinie)
- *Aufhebung rechtswidriger Bedingungen der Vergabe vor dem Zuschlag*
- *Widerruf des Zuschlages* und andere *Eingriffe in den Vergabevertrag*
- *Entscheidung über Schadenersatz.*

Während die beiden zuerst genannten Entscheidungen unmittelbar mit dem Vergabeverfahren verknüpfte Maßnahmen des „*begleitenden Verwaltungsrechtsschutzes*“ sind, stellen die zuletzt genannten Entscheidungen vom eigentlichen Vergabeverfahren abgehobene Entscheidungen des Rechtsschutzes dar, die nach den oben dargelegten Grundsätzen in der Kompetenz „*Zivilrechtswesen*“ (Art 10 Abs 1 Z 6 und 15 Abs 9 B-VG) begründet sein dürften. Dementsprechend sollte auch die Organisation dieser Rechtsschutzeinrichtungen unterschiedlich gestaltet sein:

Die „*einstweiligen Verfügungen*“ und die *Aufhebung rechtswidriger Vergabebedingungen* sollten entweder dem obersten sachlich zuständigen Verwaltungsorgan der vergebenden Gebietskörperschaft oder einer besonderen Vergabekontrollkommission der zuständigen Gebietskörperschaft übertragen werden. Bei vergebenden öffentlichen Auftraggebern, die keine Gebietskörperschaften sind, könnte erwogen werden, statt einer staatlichen Kontrolle die beiden genannten Rechtsschutzkompetenzen als übertragenen **öffentlichen Wirkungsbereich** - in *Selbstverwaltung* oder *Beleihung* - gesetzlich zu begründen, wobei eine organisatorische Trennung von der Vergabestelle gewährleistet sein müßte.

Der **Widerruf des Zuschlages** - als besonders schwerwiegender Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse - und die **Zuerkennung von Schadenersatz** - als außerordentlich komplexes zivilrechtliches Entscheidungsthema - sollten schon in erster Instanz den Zivilgerichten oder gerichtsförmigen Entscheidungsinstanzen vorbehalten bleiben. Dieselben Einrichtungen müßten auch als *gerichtsförmige Überprüfungsinstanzen* für die beiden zuerst genannten Rechtsschutzentscheidungen von Verwaltungsstellen vorgesehen werden. Alle genannten Rechtsschutzentscheidungen sind **behördlicher Natur** und bedürfen daher einer kompetenzrechtlichen Grundlage außerhalb des Art 17 B-VG (siehe III.1. dieses Gutachtens).

b) Die Einheit von „Innen“- und „Außenbeziehungen“ im Vergabeverfahren

Macht man die Rechtsvorschriften über das Vergabeverfahren im Sinne der zwingenden Voraussetzungen der EG-Richtlinien zur Grundlage von **Rechtsschutzansprüchen**, so ist die traditionelle Unterscheidung „Selbstbindungsnormen“ und „außenwirksamen“ Rechtsvorschriften nicht mehr haltbar: Die Rechtsnormen über das Vergabeverfahren müssen gleichzeitig die Vergabestellen rechtlich binden und subjektive Rechte der Anbieter auf Einhaltung dieser Bindungen begründen.

Diese subjektiven Rechte sind zugleich materieller und verfahrensrechtlicher Natur, nämlich Ansprüche auf Einhaltung der Vergabevorschriften und Schadenersatz- bzw Rechtsschutzansprüche. Eine normative Trennung von subjektiven Rechten und Verfahren ist trotz der unterschiedlichen Kompetenzgrundlage (insbesondere für Schadenersatzansprüche, vgl oben 3.b.aa.) nicht durchführbar. Diese Einheit von rechtlichen „Innen“- und „Außenbeziehung“ macht deutlich, daß die traditionelle Grundstruktur der **Trennung** von „Verwaltungsrecht“ und „Zivilrecht“ in einem so neu geordneten Vergabeverfahren nicht mehr aufrechtzuerhalten ist. Welche Konsequenzen dies für die **landesrechtliche** Regelung des Vergabeverfahrens hat, wird noch aufzuzeigen sein (vgl 4.d.bb.).

c) Die komplexe kompetenzrechtliche Grundlage des Vergabeverfahrens

Eine einheitliche Kompetenzgrundlage für das Vergabeverfahren ist derzeit weder auf Bundes- noch auf Landesseite gegeben. Vielmehr sind dafür eine Reihe ineinandergreifender Kompetenzbereiche heranzuziehen.

aa) „Kompetenzmäßige Privatwirtschaftsverwaltung“

Wie oben (2.b. und c.) anhand der bisherigen Auffassungen der Lehre dargelegt wurde, bieten eine Reihe von Kompetenztatbeständen des Bundes und verfassungsrechtlich oder judikativ spezialisierter Landeskompetenzen sichere Ansatzpunkte für eine außenwirksame Regelung der Privatwirtschaftsverwaltung und entsprechende Hoheitskompetenzen für den zuvor dargelegten Rechtsschutz im Vergaberecht. Dazu gehören insbesondere:

- Die *Straßenkompetenzen* des Bundes und der Länder und die übrigen *Verkehrskompetenzen* des Bundes (Art 10 Abs 1 Z 9 und 15 B-VG)
- das *Bergwesen* (Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG)

- das "Monopolwesen" (Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG)
- das Post- und Fernmeldewesen (Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG)
- die staatlichen Wasserbaukompetenzen (Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG)
- Bundestheater und Bundesmuseen (Art 10 Abs 1 Z 13 B-VG)
- die militärischen Angelegenheiten (Art 10 Abs 1 Z 15 B-VG)
- Heil- und Pflegeanstalten (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG)
- Bundes- und Landeskompentzen auf dem Gebiet des Schul- und Erziehungswesens (Art 14 und 14 a B-VG) uva.

(Vgl dazu RILL, FS Wenger 90 ff; DERSELBE, Gliedstaatsverträge 39 ff).

Allerdings läßt sich aus der Zusammenfassung aller dieser Einzelbereiche „kompetenzmäßiger Privatwirtschaftsverwaltung“ nur begründen, daß Art 17 B-VG eine außenwirksame Regelung der Privatwirtschaftsverwaltung innerhalb der Sachkompetenzen der Gebietskörperschaften nicht verbietet. Dagegen gelingt es nicht, auf dieser Grundlage ein **umfassendes** außenwirksames Vergaberecht der Gebietskörperschaften und die notwendigen hoheitlichen Rechtsschutzkompetenzen zu begründen (so aber RILL, FS Wenger 96 f).

Ungelöst bleiben so die in der Praxis besonders bedeutsamen Bereiche der **kompetenzüberschreitenden Privatwirtschaftsverwaltung** des Bundes und der Länder und die materienspezifisch oft gar nicht differenzierbaren Vergaben zur Deckung des Amtssachaufwandes („administrative Hilfgeschäfte“). Unter Bedachtnahme auf die „mittelbare Bundesverwaltung“ ist es schlechterdings unmöglich, derartige Beschaffungen für die Landesverwaltung (etwa den Bau von Amtsgebäuden) spezifischen Sach-Kompetenzbereichen zuzuordnen. Wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt, ist dies aber auch gar nicht erforderlich, da andere allgemeinere Kompetenzgrundlagen für eine außenwirksame Regelung und Vollziehung des Vergabewesens zur Verfügung stehen. Die angeführten *Sachkompetenzen* bleiben aber neben dieser allgemeinen Kompetenzgrundlage bedeutsam für **materienspezifisch** notwendige **Sonderregelungen** des Vergabewesens der jeweiligen Verwaltungsbereiche.

bb) Die Kombination von Haushalts(Finanz-) und Organisationskompetenzen

Auszugehen ist von der Tatsache, daß zum Versteinerungszeitpunkt das ABGB für die Verfügung über „Staats- und Gemeindevermögen“ und überhaupt für die „Verträge mit öffentlichen Rechtsträgern“ (Staat, Gemeinden, juristische Personen des öffentlichen Rechts) ein Ineinandergreifen von Zivilrecht und „Staatsrecht“ bzw „politischen Verordnungen“ vorsah (§§ 27, 290, 867 ABGB). Dieses „staatsbezogene Sonderprivatrecht“ ist als **öffentliches Recht** daher aus dem „Zivilrechtswesen“ ausgeklammert und anderen Kompetenztatbeständen zugeordnet (siehe oben 2.c.). Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe ist begrifflich und historisch (vgl die „Submissionsverordnung“, RGBI 1909/61) als ein Teil dieses „staatspezifischen Sonderprivatrechts“ anzusprechen.

Da der Bundesverfassungsgesetzgeber es unterlassen hat, eine eigene Kompetenzgrundlage für dieses, beim Inkrafttreten der Bundesverfassung längst vorhandene

und für alle Gebietskörperschaften notwendige staatspezifische „*Sonderprivatrecht*“ zu erlassen (vgl WENGER, Recht 110), muß man annehmen, daß er eine solche besondere Kompetenz im Hinblick auf bereits bestehende **andere Kompetenz-tatbestände** als überflüssig erachtete.

Es kann sich dabei nicht um Art 17 B-VG gehandelt haben, weil diese Bestimmung sich nach ihrem Wortlaut und historischem Verständnis nicht auf (außenwirksame) Gesetze oder „politische Verordnungen“ bezog und das ABGB offenbar ein solches **außenwirksames „staatliches Sonderprivatrecht“** voraussetzte: Aus den oben angeführten Bestimmungen des ABGB geht eindeutig hervor, daß „Staatsrecht“ und „politische Verordnungen“ gegenüber dem Privatrecht normativ gleich geordnet waren und dieses daher **abändern** (§ 290 ABGB: „*Abweichungen*“) und **ergänzen** (§ 290 ABGB: „*besondere Vorschriften*“) konnten. Es muß daher eine *allen Gebietskörperschaften* zukommende Kompetenz schon im Versteinerungszeitpunkt bestanden haben, die derartige *außenwirksame Rechtsetzung* ermöglichte, wobei für die Gemeinden nach ihrer „Verfassung“ (§ 867 ABGB) natürlich nur eine *Verordnungskompetenz* in Betracht kommt.

Als derartige Kompetenzgrundlage ist die allen Gebietskörperschaften zukommende „**Haushaltshoheit**“ (Art 13 Abs 2 B-VG; Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG; Art 51 a B-VG; Art 15 Abs 1 B-VG; Art 116 Abs 2 B-VG; vgl auch § 2 F-VG und PERNTHALER, Österreichische Finanzverfassung 1984, 140 u 188) in Verbindung mit den **Organisationskompetenzen der Gebietskörperschaften** (verschiedene Tatbestände des Art 10 B-VG; Art 15 Abs 1 B-VG; Art 118 Abs 3 Z 1 B-VG; PERNTHALER, Verwaltungsorganisation; MATZKA, JBl 1980, 505 ff) anzusprechen. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Die primäre Kompetenz für das öffentliche Vergabewesen liegt sicher in der Zuständigkeit zur **Haushaltsführung** und in den damit verbundenen Zuständigkeiten zur **Finanz(Investitions)planung**, zur **Konjunktur-, Arbeitsmarkt- und Wirtschaftspolitik**. Allerdings ermächtigen diese budgetbezogenen Zuständigkeiten nach ihrem historischen Bedeutungsgehalt offenkundig nicht zu außenwirksamen Regelungen oder Akten der Hoheitsverwaltung (vgl PERNTHALER, Finanzverfassung 152; VfSlg 2217/1951; 7720/1975), da Haushaltsakte stets als Selbstbindungsnormen der Gebietskörperschaften verstanden wurden.

Wohl aber ermächtigen **Organisationskompetenzen** auch zu außenwirksamen Organisationsakten, insbesondere soweit *Zuständigkeiten* gegenüber dem Bürger festgelegt werden. Zu den Vorschriften des „*staatspezifischen Sonderprivatrechts*“ gehören traditionellerweise Organisations- und Vertretungsregelungen (ECCHER/PURTSCHELLER, JBl 1977, 561 ff; SCHWAGER, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluß privatrechtlicher Verträge 1974). Vor der Geltung des strengen Legalitätsgebotes (Art 18 Abs 1 B-VG) hatten vor allem die Länder eine Fülle selbständiger Rechtsträger durch hoheitliche Organisationsakte eingerichtet oder durch „A. H. Entschlüsse“ „bewilligt“ erhalten (PERNTHALER, Die föderalistische Bedeutung der Landeshypothekenbanken für die Länder 1988, 33).

Die *allgemeinen* vergaberechtlichen Vorschriften lassen sich nun zwanglos als materielle und verfahrensmäßige **Vertretungsregelungen** der jeweiligen Gebiets-

körperschaften für den Abschluß von privatrechtlichen Vergabeverträgen konstruieren. Diese sind in den *Organisationskompetenzen* der Gebietskörperschaften deshalb begründet, weil sie privatrechtliche Zuständigkeiten der Vergabestellen regeln und dabei - als „politische Verordnungen“ - Abweichungen und Ergänzungen zu den Vertretungsregeln des **allgemeinen Privatrechts** festlegen können. Darin liegt ein kompetenzrechtlich - nach der „*Versteinerungstheorie*“ - relevanter Ansatzpunkt für ein „außenwirksames“ Vergaberecht und die darauf bezüglichen Hoheitsakten der Verwaltung.

Dieser (kompetenzrechtliche) Gegenstand „*Vergaberecht*“ im angeführten historischen Sinne ist nun durchaus einer **intrasystematischen Fortentwicklung** im Hinblick auf **Zuerkennung subjektiver Rechte der Anbieter** und ein besonderes **Rechtsschutzverfahren** zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Vergabe unter öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten der Einhaltung der Vergabevorschriften fähig (FUNK, System 77 ff; SCHÄFFER, Verfassungsinterpretation in Österreich 1971, 107 ff). Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Die Frage der Zuerkennung *subjektiver Rechte* der Bürger ist eine Aufgabe des jeweiligen *einfachen Gesetzgebers*, die zwar selbst durch die jeweilige Interessenslage in der betreffenden Regelung und die Grundrechtsordnung vorgezeichnet ist (PERNTHALER, Raumordnung und Verfassung (2) 1978, 244 f) keinesfalls aber die Kompetenz des Gesetzgebers zur Sachregelung übersteigt. Die Einrichtung eines **Rechtsschutzverfahrens** ist - wie oben dargelegt (3.a.cc.) eine *akzessorische Kompetenz*, die mit der verfassungsmäßigen Sachkompetenz untrennbar verbunden ist und daher begrifflich keine Erweiterung gegenüber dem historischen Bedeutungsgehalt in der intrasystematischen Fortentwicklung bedeutet.

Nach diesem kompetenzrechtlichen Verständnis bedeutet es aber auch keine Schwierigkeit, die Zuständigkeiten der Gebietskörperschaften zur Regelung des Vergabeverfahrens *ausgegliederter öffentlichrechtlicher Rechtsträger* zu begründen, wie es die EG-Richtlinien bindend vorschreiben und auch die *Regierungsvorlage 1982* vorgesehen hatte (§ 1 Abs 1 und 2, § 2 Abs 1). Soweit hierfür nicht organisatorische Spezialkompetenzen des Bundes und der Länder bestehen (zB „Monopolwesen“, „Sozialversicherungswesen“, „Stiftungs- und Fondwesen“, „Kammern“, „Gemeindeverbänden“ ua) richtet sich die Zuständigkeit zur Errichtung öffentlichrechtlicher Körperschaften nach der *Sachkompetenz der Gebietskörperschaften* und dem Wirkungsbereich der betreffenden Körperschaften. Soweit nach diesem Wirkungsbereich eine Vergabe öffentlicher Aufträge im relevanten Ausmaß stattfindet, können daher die Gebietskörperschaften - entweder im betreffenden Organisationsgesetz oder ganz allgemein - aufgrund ihrer Organisationskompetenz die Vergabevorschriften als organisatorische Spezialnorm für die öffentlichen Körperschaften erlassen oder in Geltung setzen.

cc) Die Regelung der Vergabe durch private Rechtsträger

Sowohl die *Regierungsvorlage 1982* (§§ 1 und 2) als auch die *EG-Richtlinien* (siehe insbesondere die **Änderungsrichtlinie** zur *Baukoordinierungsrichtlinie*, 89/440 EWG, Art 1, Art 1 a und Art 1 b) sehen die Einbeziehung **privater Rechtsträger**, die

in einem bestimmten organisatorischen oder finanziellen Naheverhältnis zum Staat (Gemeinden, öffentliche Körperschaften) stehen, in das öffentliche Vergaberecht vor. Zur Klärung der Kompetenzfrage ist zunächst der hauptsächlichliche Anwendungsbereich dieses „*parastaatlichen öffentlichen Vergaberechts*“ - zumindest typologisch - zu bestimmen.

(1) Der Anwendungsbereich

Nach den EG-Richtlinien fallen zwar zunächst nur „*Einrichtungen des öffentlichen Rechts*“ unter das öffentliche Vergaberecht; dieser Begriff wird aber in den Richtlinien selbst anders als in Österreich nicht nach formell-organisatorischen Merkmalen, sondern nach der **Aufgabenstellung** (zB „*im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind*“) und nach einem, durch bestimmte Kriterien umschriebenen, finanziellen und organisatorischen **Abhängigkeitsverhältnis** vom Staat oder anderen öffentlichen Rechtsträgern definiert (vgl insbes Art 1 lit b Baukoordinierungsrichtlinie).

Überträgt man diese Definition auf die österreichische Rechtsordnung, so wird deutlich, daß darunter sehr wohl auch **private Rechtsträger** subsumiert werden können, wenn sie „*Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen*“ (§ 2 Abs 1 Z 4 *Regierungsvorlage 1982*) und die Kriterien des staatlichen (öffentlichen) Abhängigkeitsverhältnisses erfüllen.

Nach den Art 1 a und 1 b der *Baukoordinierungsrichtlinie* entfällt sogar das organisatorische Naheverhältnis der „*anderen Einrichtungen*“ zum Staat, wenn sie mehr als 50 % staatliche Förderung erhalten und bestimmte gemeinnützige Bauten (Krankenhäuser, Sport- und Erholungsstätten, Schulen ua) errichten oder sog „*Baukonzessionäre*“ sind (vgl Art 1 lit d Baukoordinierungsrichtlinie). Noch viel deutlicher als im zuerst genannten Fall zeigt sich auch hier, daß nach österreichischem Recht *private Rechtsträger* unter den in der EG-Richtlinien genannten Voraussetzungen an das öffentliche Vergaberecht gebunden sein sollen.

Wieder eine andere Begriffsbildung hatte die *Regierungsvorlage 1982* vorgesehen, um private Rechtsträger in das öffentliche Vergaberecht einzubinden: Es wurde einerseits auf das **organisatorische Naheverhältnis** zu den Gebietskörperschaften abgestellt (bei Stiftungen, Fonds und Anstalten); andererseits bei „*Unternehmungen*“ auf die **finanziellen Beteiligungsverhältnisse** Bedacht genommen, welche die Rechnungshofkontrolle begründet (Art 126 b Abs 2, 127 Abs 3, 127 a Abs 3 B-VG - eine Erweiterung der Kontrolle von Gemeindebetrieben war vorgesehen); schließlich wurde in zwei Fällen (Wassergenossenschaften bzw Wasserverbände und gemeinnützige Wohnbauvereinigungen) auch das Kriterium „**überwiegende öffentliche Finanzierung**“ herangezogen, um die Bindung an öffentliches Vergaberecht zu begründen.

Aus diesem typologischen Überblick wird deutlich, daß die EG-rechtlich gebotene und rechtspolitisch erwünschte Einbeziehung **privater Rechtsträger** an kompetenzrechtlich ganz unterschiedlichen Kriterien zu messen ist, weil ganz verschiedene Systemgesichtspunkte jenes „*öffentlichen Naheverhältnis*“ begründen, das die Unterwerfung unter das öffentliche Vergaberecht rechtfertigt.

(2) Differenzierung der Kompetenzen

Die außenwirksame, rechtsverbindliche Einbeziehung **privater Rechtsträger**, die in einem Naheverhältnis zum Staat oder anderen öffentlichen Rechtsträgern stehen, ist kompetenzrechtlich aufgrund der bisherigen Ergebnisse der Untersuchung in folgende drei Bereiche zu differenzieren:

● *Rechtsträger im Rahmen der „kompetenzmäßigen Privatwirtschaftsverwaltung“*

Soweit sich die Tätigkeit der Rechtsträger auf „*Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*“ bezieht, die nach der hier vertretenen Auffassung in **besonderen Sachkompetenzen** des Bundes und der Länder begründete Privatwirtschaftsverwaltung ist (vgl. 4.c.aa.), so kann der zuständige Gesetzgeber auch die Einbeziehung beliebig organisierter privater Rechtsträger in das öffentliche Vergaberecht der betreffenden Gebietskörperschaft verfügen. Wie KORINEK (in: Korinek/Rill, Reform 29) richtig aufzeigt, kommt es dabei nicht auf die allgemeine Aufgabenstellung des betreffenden Rechtsträgers, sondern auf seine *konkrete Verwaltungsfunktion* an.

Dies betrifft zB private Rechtsträger in der Verwaltung von (Bundes- oder Landes-) Straßen, Flugplätzen, Krankenanstalten, Schulen, Sportstätten, aber auch Wohnbauträger im Rahmen des geförderten Wohnbaues, der Wohnhaussanierung oder der Assanierung und die in der *Sektorenrichtlinie* verpflichteten Unternehmungen auf den Gebieten der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie des Telekommunikationsbereiches. In der Kompetenz des danach zuständigen Vergabegesetzgebers liegt es auch, sachgerechte und EG-konforme Maßstäbe und Kriterien zu formulieren, die eine Einbeziehung des privaten Rechtsträgers in das öffentliche Vergaberecht rechtfertigen.

● *Staatliche Organisations- und Haushaltskompetenzen*

Aufgrund dieser Kompetenzgrundlage des „*staatsspezifischen Sonderprivatrechts*“ (siehe 4.c.bb.) ist die Einbeziehung aller jener privater Rechtsträger in das öffentliche Vergaberecht möglich, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen und von *Organen der Gebietskörperschaften* (oder von diesen bestellten Personen) verwaltet werden oder hinsichtlich ihrer Leitung der *unmittelbaren Aufsicht* der Gebietskörperschaften unterstehen; den Gebietskörperschaften sind andere *öffentlich-rechtliche Rechtsträger* der betreffenden Gebietskörperschaft gleichzuhalten.

In diesen Fällen sind die Adressaten - und zugleich die Kompetenzgrundlage - des öffentlichen Vergaberechts nicht die Rechtsträger, sondern unmittelbar die **öffentlichen Organe**, die diese Rechtsträger leiten: Das Vergaberecht ist Teil des Verwaltungsrechts der unter öffentlicher Verwaltung stehenden privaten Rechtsträger.

Zu dieser Kategorie „staatsnaher“ privater Rechtsträger gehören etwa die in der *Regierungsvorlage 1982* dem öffentlichen Vergaberecht unterstellten „*Stiftungen, Fonds und Anstalten*“, soweit sie privatrechtlich oder durch Selbstbindungsgesetze eingerichtet sind; private Rechtsträger zur Errichtung ressortübergreifender Verwaltungsgebäude oder zur Erfüllung allgemein regional-, struktur- oder wirtschaftspolitischer Entwicklungsaufgaben; private Rechtsträger zur Erfüllung kommunalwirtschaftlicher Aufgaben der „*Daseinsvorsorge*“; privatwirtschaftliche Rechts-

träger, an denen mehrere Gebietskörperschaften (öffentliche Rechtsträger) beteiligt sind, sodaß eine eindeutige Zuordnung zur „kompetenzmäßigen Privatwirtschaftsverwaltung“ nicht durchführbar ist. Im zuletzt genannten Falle muß entweder durch die privatrechtliche Organisationsnorm (Gesellschaftsvertrag, Statut oä) oder durch das Einrichtungsgesetz (gemäß Art 17 B-VG) dieses Rechtsträgers klargestellt sein, welche Gebietskörperschaft die leitenden oder Aufsichts-Organen *mehrheitlich* bestellt, an die sich die Normen des Vergaberechtes richten können (vgl Art 1 lit b Baukoordinierungsrichtlinie).

● „Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG)

Dieser Kompetenztatbestand kommt für die Regelung und Vollziehung des Vergaberechtes aller jener „staatsnahen“ privaten Rechtsträger in Betracht, bei denen die zuvor genannten kompetenzrechtlichen Anknüpfungspunkte fehlen, die also weder in „kompetenzmäßiger Privatwirtschaftsverwaltung“ tätig sind noch von öffentlichen Organen verwaltet, geleitet oder beaufsichtigt werden.

Darunter können Unternehmungen mit öffentlicher Beteiligung oder Förderung, Rechtsträger in „transkompetenter Privatwirtschaftsverwaltung“ oder Errichtungs- und Betriebsgesellschaften für komplexe bzw unspezifische Verwaltungszwecke fallen, welche die Kriterien der „Staatsnähe“ oder *Rechnungshofkontrolle* erfüllen und daher in das öffentliche Vergaberecht einbezogen werden sollen. Hier können zwar durch Haushaltsakte (zB Förderungsbedingungen) oder Organisationsakte die betreffenden **Rechtsträger selbst** an das Vergaberecht der jeweils zuständigen Gebietskörperschaft gebunden werden, eine rechtliche **Außenbeziehung** ist auf dieser Grundlage aber nicht möglich, weil hier kein „staatsspezifisches Sonderprivatrecht“ eingesetzt werden kann, sondern **allgemeines Privatrecht** (Gesellschaftsrecht uä) gilt.

Aus diesem Grunde kommen für derartige private Rechtsträger - beim Bund aus grundrechtlichen Erwägungen, bei den Ländern aus Kompetenzgründen - begleitende **Rechtsschutzfunktionen durch Verwaltungsbehörden** (siehe 4.a.) nicht in Betracht, sondern ist der gesamte Rechtsschutz den Zivilgerichten zu übertragen. Entsprechende Bindungen der Rechtsträger und subjektive Rechte der Anbieter - vor allem zur Sicherung der vorvertraglichen Haftung und der Schadenersatzansprüche - müßten durch den **Zivilrechtsgesetzgeber** nach den Grundsätzen des verfassungsrechtlichen „Berücksichtigungsprinzips“ (vgl VfSlg 8831/1980; 9580/1982) in Übereinstimmung mit dem öffentlichen Vergaberecht jener Gebietskörperschaft erlassen werden, welche die „Staatsnähe“ des betreffenden Rechtsträgers zur Gänze oder überwiegend begründet.

d) *Integration zivilrechtlicher Aspekte des Vergabeverfahrens*

Da das Ergebnis des Vergabeverfahrens der Abschluß eines *zivilrechtlichen Vertrages* sein soll und wesentliche Sanktionen von Rechtsverstößen gegen Vergabevorschriften, nämlich Schadenersatz und Widerruf des Zuschlages, nach der hier zugrundeliegenden Kompetenzauffassung durch *Zivilrecht* zu regeln und als solches gerichtsförmig zu vollziehen wäre (3. b. aa. und bb.), bleibt auch bei der hier vertretenen öffentlichrechtlichen

Konstruktion des Vergabeverfahrens das Problem der kompetenzrechtlichen Komplexität des Vergaberechtes zwischen „Zivilrechtswesen“ und Verwaltungsrechtskompetenzen bis zu einem gewissen Grad bestehen. Dieses Problem ist auf Grund der neueren Judikatur des VfGH kompetenzrechtlich auf zwei verschiedenen Wegen zu lösen.

aa) „Berücksichtigung“ zivilrechtlicher Interessen durch das Vergaberecht

Die öffentlichrechtlichen Normen über das Vergabeverfahren dienen nicht allein den Verwaltungsinteressen der vergebenden Gebietskörperschaften, sondern auch typisch zivilrechtlichen Interessen einer ausgeglichenen Ordnung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Dazu gehören insbesondere Vorschriften zugunsten eines *freien und fairen Wettbewerbes* (die kompetenzrechtlich teilweise auch Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG zuzuordnen sind), der *Verhinderung des Mißbrauches* der Vormacht- oder Monopolstellung des Staates, der unsachlichen Ausnützung von *Vormachtspositionen*, der Aktivierung der „*Richtigkeitsgewähr*“ des Vertragsmechanismus durch Abbau von Ungleichgewichten der Vertragspartner und des *Schutzes* strukturell unterlegener Vertragspartner.

Im besonderen dient ein ausgebautes und außenwirksames Vergaberecht aber dazu, die für die zivilrechtlichen Sanktionen rechtswidriger Vergabe (Schadenersatz, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Vertrages, Widerruf des Zuschlages ua) so wesentlichen *vorvertraglichen Verschuldensfragen* (culpa-in-contrahendo-Haftung) - die gegenwärtig zivilrechtlich auf außerordentlich schwankendem Boden stehen (KREJCI, Der Angebotsirrtum bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ÖZW 1979, 97 ff; DERSELBE, ÖZW 1982, 33 ff) - durch eine ganz neue Rechtskonstruktion und eindeutig rechtliche Verpflichtungen der Vergabestellen sicherer lösbar zu machen. Alle diese Gesichtspunkte könnte der Zivilrechtsgesetzgeber - losgelöst vom öffentlichen Vergabeverfahren - sicher kompetenzgemäß regeln (so auch RILL, FS Wenger 89 f).

Aber auch der öffentlichrechtliche **Vergabegesetzgeber** ist berechtigt, bis zu einem gewissen Grade sogar verpflichtet, auf derartige zivilrechtliche Aspekte des Vergabeverfahrens bei der Ausübung seiner eigenen Regelungskompetenzen Bedacht zu nehmen. Dies ergibt sich aus dem vom VfGH als ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz und Auslegungsregel entwickelten „*Berücksichtigungsprinzip*“ (vgl VfSlg 10292/1984 sowie schon früher: VfSlg 4486/1963 und 7138/1973; PERNTHALER, Kompetenzverteilung 57 ff; ADAMOVICH/FUNK, Verfassungsrecht 164; DAVY, Zur Bedeutung des bundesstaatlichen Rücksichtnahmegebotes für Normenkonflikte, ÖJZ 1986, 225 ff und 298 ff; SCHÄFFER, Kompetenzverteilung und Rücksichtnahmepflicht im Bundesstaat, ZfV 1985, 357 ff). Danach ist jeder zuständige Gesetzgeber ermächtigt - unter bestimmten Voraussetzungen auch verpflichtet - bei der Verfolgung seiner eigenen Regelungsziele auch kompetenzfremde Ziele und Regelungsinteressen „mit zu berücksichtigen“.

Gerade im Verhältnis zwischen „Zivilrecht“ und „Materiengesetzgeber“ hat der VfGH in besonderer Weise die Bedeutung der wechselseitigen Berücksichtigung kompetenzfremder Regelungsziele betont (VfSlg 9580/1982, 422 und 423; PERNTHALER, Zivilrechtswesen 39). Da der **Gegenstand** der Regelung des

Vergabeverfahrens die oben dargestellten intensiven Wechselbeziehungen mit dem Zivilrecht aufweist - ohne selbst kompetenzrechtlich „Zivilrecht“ zu sein - wäre jede Regelung, die diese zivilrechtlichen Aspekte des Vergabeverfahrens nicht berücksichtigt, sogar grob *sachwidrig* und damit ein Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Rücksichtnahmepflicht (PERNTHALER, Kompetenzverteilung 65; SCHÄFFER, ZfV 1985, 354 ff).

bb) Ergänzende Zivilrechtsregelungen

Echte „*zivilrechtliche*“ Regelungen des Vergaberechts, die von den EG-Richtlinien gefordert und auch sachlich zur Regelung eines außenwirksamen Vergaberechts unabdingbar geboten sind - wie die Regelung von Schadenersatzansprüchen oder von Auswirkungen auf bestehende zivilrechtliche Vertragsverhältnisse (Art 2 Abs 6 Nachprüfungsrichtlinie) - können nur auf der Kompetenzgrundlage „*Zivilrechtswesen*“ erlassen werden. Dies stellt für ein Vergabegesetz des Bundes kein Problem dar (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG), setzt aber für Vergabegesetze der Länder die Anwendbarkeit des Art 15 Abs 9 B-VG voraus. Diese ist aus folgende Gründen zu bejahen.

Nach Art 15 Abs 9 B-VG fällt eine ergänzende zivilrechtliche Gesetzesnorm dann in die Zuständigkeit der Länder, wenn sie „*zur Regelung des Gegenstandes (der in die Landeskompetenz fällt) erforderlich*“ ist. Der Verfassungsgerichtshof hat das Merkmal der „*Erforderlichkeit*“ der ergänzenden zivilrechtlichen Bestimmungen seit dem ersten einschlägigen Erkenntnis (VfSlg 558/1926) in ständiger Rechtsprechung *einschränkend* ausgelegt und als „*unerläßliche Verbindung mit der Hauptmaterie*“ verstanden. Seit dem Erk Slg 8989/1980 hat der VfGH seine frühere Rechtsprechung zum Merkmal der „*Unerläßlichkeit*“ zivilrechtlicher Ergänzungsregelungen in eine neue Formel zusammengefaßt und weiter verschärft:

„*Voraussetzung für die Zulässigkeit zivilrechtlicher Bestimmungen ist also ein rechts-technischer Zusammenhang mit der im Landesgesetz getroffenen verwaltungsrechtlichen Regelung*“. (Im selben Sinne auch VfSlg 9906/1983, 10097/1984 ua).

Das Erfordernis des „*rechtstechnischen Zusammenhanges*“ konkretisiert der VfGH in folgenden **drei Bedingungen** normativer Art, welche im Fall der ergänzenden zivilrechtlichen Bestimmungen zum Vergaberecht durchwegs gegeben erscheinen (vgl dazu PERNTHALER, Zivilrechtswesen 63):

- (1) Das Vorliegen einer kompetenzmäßigen *landesgesetzlichen Hauptregelung*. Dieses Erfordernis wird im gegebenen Falle durch die oben dargelegte kompetenzmäßige Begründung für Landes- und Gemeindevergabegesetze in Art 15 Abs 1 „*Organisation der Landesverwaltung*“ und 115 Abs 2 B-VG („*Organisation der Gemeindeverwaltung*“) in Verbindung mit den Haushaltskompetenzen und allfälligen besonderen Verwaltungs-Investitionszuständigkeiten der Länder (z.B. „*Landesstraßenrecht*“) begründet.
- (2) Die zivilrechtliche Regelung muß eine *unselbständige Ergänzungsregelung* zur landesgesetzlichen Hauptregelung sein. Das bedeutet, daß nicht „*allgemeines Zivil-*

recht“, sondern nur zivilrechtliche *Spezialregelungen* geschaffen werden dürfen, die selbständig - ohne Zusammenhang mit der Hauptregelung - gar nicht vollziehbar wären.

Auch diese Bedingung trifft hier zu: Der Schaden, der im Zusammenhang mit der Vergabe zu ersetzen ist, entsteht aus der rechtswidrigen Vollziehung der Vergabevorschriften. Zwischen der Regelung der den Schaden erzeugenden Maßnahme und der Bestimmung, den Schaden zu ersetzen, besteht wegen der untrennbaren Einheit von Innenbindung und Außenberechtigung (siehe 4.b.) jener enge innere normative Zusammenhang, der diese Bestimmung - auch im Sinne der restriktiven Auslegung des VfGH - als „*erforderlich*“ im Sinne des Art 15 Abs 9 B-VG erscheinen läßt (so für die analoge Regelung von Schadenersatz im Zusammenhang mit dem Landesstraßenrecht; VfSlg 4605/1963, 843).

- (3) Die landesgesetzliche Hauptregelung muß nach der angeführten Verfassungsrechtsprechung ohne zivilrechtliche Ergänzungsregelung „*normativ unvollständig*“, dh als rechtliche Regelung gar nicht sinnvoll vollziehbar sein. Die zivilrechtliche Ergänzungsregelung soll die landesgesetzliche Hauptregelung erst zu einer inhaltlich vollständigen, praktisch handhabbaren Rechtsnorm machen. Auch dieses Erfordernis ist im konkreten Fall gegeben:

Ohne Regelung des Schadenersatzes für Rechtsverstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften ist das Vergaberecht durch den Landesgesetzgeber heute - nach den zwingenden Vorschriften der Nachprüfungsrichtlinie - nicht mehr EG-konform regelbar und daher normativ „*unvollständig*“ im Sinne der angeführten VfGH-Judikatur. Das allgemeine Schadenersatzrecht des Bundes würde hierfür keinen Ersatz bieten, weil hierfür nur die unsicheren und ungenügenden rechtlichen Voraussetzungen eines „*vorvertraglichen Schuldverhältnisses*“ gegeben wären (KREJCI, ÖZW 1982, 34), die den Anforderungen der Nachprüfungsrichtlinie keinesfalls genügen würden.

Zusammenfassend kann man also auch im Sinne der restriktiven Auslegung des VfGH davon ausgehen, daß Schadenersatzregelungen und Regelungen, die sich auf die zivilrechtlichen Auswirkungen der Aufhebung einer rechtswidrigen Vergabeentscheidung beziehen (Art 2 Abs 1 lit b und Abs 6 Nachprüfungsrichtlinie als „*erforderliche*“ zivilrechtliche Ergänzungsregelungen im Sinne des Art 15 Abs 9 B-VG vom Landesgesetzgeber erlassen werden können.

5. Die Zuständigkeit zur Einrichtung von Rechtsschutz- und Kontrollorganen des Vergabeverfahrens

Wie oben dargelegt wurde (3.a.cc.), sind Rechtsschutz und Kontrolle des Vergabeverfahrens nach der traditionellen Struktur des österreichischen Vergabeverfahrens im Sinne des Prinzips der „Zweigeleisigkeit“ des Verwaltungsrechts kompetenzrechtlich und organisatorisch zu differenzieren (vgl die Ermächtigung in Art 2 Abs 2 der Nachprüfungsrichtlinie). Dies soll im Hinblick auf die Organisationskompetenzen der Gebietskörperschaften im folgenden vertieft werden.

a) Die Einrichtung von Gutachterskommissionen

Will man nach dem Vorbild der *Regierungsvorlage 1982* (§§ 27 - 35) und der *Salzburger Landesvergabeordnung 1972* (§ 30 vgl LANGER, Vergaberecht 132 und 287 ff, 297) besondere „**Vergabekontrollkommissionen**“ mit *begutachtenden Funktionen* zur Unterstützung der Vergabestellen und zur Behandlung von Beschwerden von Bietern gegen das Vorgehen von Vergabestellen (ohne Entscheidungs- oder Eingriffsbefugnis) einrichten, so richtet sich die Kompetenz zur Errichtung derartiger begutachtender Stellen nach den **Zuständigkeiten für die Verwaltungsorganisation** (PERNTHALER, Verwaltungsorganisation; MATZKA, JBl 1980, 505 ff). Regelt man die Vergabe öffentlicher Aufträge - so wie es hier vorausgesetzt wird - durch *außenwirksame* Rechtsnormen, so muß auch eine derartige begutachtende Stelle durch außenwirksames Gesetz eingerichtet werden, weil sie („schlichte“) *Hoheitsfunktionen* ausübt, wenn ihre Gutachten „amtlichen Charakter“ haben sollen und im Vergabeverfahren, aber auch in den nachfolgenden Rechtsschutzverfahren als solche beachtet werden sollen. Die Zuständigkeit zur Einrichtung derartiger begutachtender Kommissionen kommt

- für Vergaben durch Organe des Bundes oder vom Bund eingerichteter und verwalteter öffentlicher Rechtsträger dem **Bund** zu (Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG);
- für Vergaben durch Organe der Länder - auch in mittelbarer Bundesverwaltung und in Auftragsverwaltung - und von den Ländern eingerichteter und verwalteter öffentlicher Rechtsträger **den Ländern** zu (Art 15 Abs 1 B-VG; PERNTHALER, Verwaltungsorganisation 35 f);
- für Vergaben durch Organe der Gemeinden oder von Gemeinden eingerichteter und verwalteter Rechtsträger **den Ländern** zu (Art 115 Abs 2 B-VG), wobei die **autonomen Organisationskompetenzen** der Gemeinden zu wahren und durch das Gesetz in den *eigenen Wirkungsbereich* zu stellen sind (Art 118 Abs 3 Z 1 B-VG).
- für Vergaben privater Rechtsträger **Bund und Ländern** nach den unter 4.c.cc. genannten Prinzipien zu.

b) Rechtsschutzorgane im laufenden Vergabeverfahren

Die im Sinne der Nachprüfungsrichtlinie erforderlichen Rechtsschutzfunktionen während des laufenden Vergabeverfahrens (einstweilige Verfügungen, Änderung von Ausschreibungsbedingungen uä) könnten theoretisch auch *den Vergabestellen selbst* übertragen werden. Zur Sicherung der Rechtmäßigkeit und Objektivität derartiger Rechts-

schutzentscheidungen und im Interesse einer klaren rechtlichen Differenzierung zwischen *Privatwirtschaftsverwaltung* (Vergabe, einschließlich des Zuschlages) und *Hoheitsverwaltung* (Rechtsschutz) sollten jedoch **besondere Verwaltungsorgane** mit den gegenständlichen Rechtsschutzfunktionen betraut werden.

Bei der Prüfung der hierbei zu lösenden **Rechtsfragen** ist ein allgemeiner Überblick über das Verwaltungsrecht der betreffenden Gebietskörperschaft erforderlich, wird eine Einheitlichkeit der (Verwaltungs)Rechtsprechung in allen Vergabefällen anzustreben sein und sind schwerwiegende öffentliche Interessen mit den im Spiele stehenden Privatinteressen abzuwägen (Art 2 Abs 4 Nachprüfungsrichtlinie). Aus diesen Gründen wird es sich empfehlen, das sachlich in Betracht kommende *oberste Verwaltungsorgan der Gebietskörperschaft*, in deren Zuständigkeitsbereich die Vergabe fällt, mit der Wahrnehmung derartiger Rechtsschutzaufgaben im Vergabeverfahren zu betrauen.

Die Zuständigkeit zur Betrauung der obersten Bundes-, Landes- oder Gemeindeorgane mit Rechtsschutzaufgaben im öffentlichen Vergabeverfahren ist als **akzessorische (Annex)Kompetenz** zur Regelung des Vergaberechtes der betreffenden Gebietskörperschaften (und der ihnen zugeordneten Rechtsträger) aufzufassen (FUNK, System 84 ff; ADAMOVICH/FUNK, Verfassungsrecht 164). Nach den oben (4.c.) dargelegten Bestimmungsgründen ist daher

- für Vergaben durch *Organe des Bundes* und der vom Bund eingerichteten *öffentlichen Rechtsträger* der **Bund** zuständig, Rechtsschutzaufgaben des Vergabeverfahrens auf die *Bundesregierung* oder den *zuständigen Bundesminister* (Art 77 Abs 3 B-VG, Bundesministerengesetz 1986) zu übertragen;
- für Vergaben durch *Organe der Länder* und der von den Ländern eingerichteten *öffentlichen Rechtsträger* sind die Länder zuständig, der *Landesregierung* oder dem *zuständigen Mitglied der Landesregierung* (§ 3 BVG BGBl 1925/389 in Verbindung mit der Landesverfassung) vergaberechtliche Rechtsschutzaufgaben zu übertragen;
- für Vergaben durch *Organe der Gemeinden* und *Gemeindeverbände* sind die **Länder** zuständig, Rechtsschutzaufgaben dem obersten Gemeindeorgan (Art 117 Abs 1 B-VG) oder dem obersten Gemeindeverbandsorgan (Art 117 Abs 4 B-VG) in den selbständigen Wirkungsbereich zu übertragen; allenfalls käme auch die Einrichtung einer Vorstellung an die Landesregierung (Art 119 a Abs 5 B-VG) in diesen Angelegenheiten in Betracht;
- für Vergaben von *privatrechtlich organisierten Rechtsträgern*, die in „kompetenzmäßiger Privatwirtschaftsverwaltung“ tätig werden oder von der öffentlichen Hand beherrscht werden, richtet sich die Zuständigkeit für Rechtsschutzaufgaben nach den zuvor genannten Grundsätzen, soweit *Organe der Gebietskörperschaften* diese verwalten oder beaufsichtigen; soweit dies nicht zutrifft, ist der Bund zuständig, im Rahmen der Kompetenz „**Zivilrechtswesen**“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) mit Rechtsschutzaufgaben des Vergabeverfahrens die Gerichte zu betrauen.

c) Richterliche oder gerichtsförmige Rechtsschutzorgane

Die Rechtsmittelrichtlinie sieht zwingend vor, daß zur *Überprüfung der „zuständigen Grundinstanz“* - soweit diese nicht selbst ein richterliches Organ ist - ein „*Gericht im*

Sinne des Artikels 177 EWG-Vertrag“ berufen werden muß. Richterliche Rechtsschutzfunktionen in diesem Sinne sind nach der hier zugrundeliegenden Auffassung (siehe 3. b.) darüber hinaus die *Entscheidung über Schadenersatzansprüche* sowie der *Widerruf der Vergabe* und sonstige *Eingriffe in das durch den Vergabevertrag begründete privatrechtliche Rechtsverhältnis* (Art 2 Abs 6 Nachprüfungsrichtlinie). Als „*Gericht im Sinne des Artikels 177 EWG-Vertrag*“ ist jedenfalls ein *richterliches Organ* im Sinne der Bundesverfassung (Art 82 ff B-VG) zu verstehen. Eine mit den Organisations- und Verfahrensgarantien des Art 6 MRK ausgestattete *Vewaltungsbehörde* („Tribunal“) könnte nach europäischer Rechtsauffassung und der neueren Rechtsprechung des VfGH ebenfalls dem Gerichtsbegriff des Art 177 EWG-Vertrages genügen (vgl dazu die Hinweise auf Lehre und Rechtsprechung bei WALTER/MAYER, Bundesverfassungsrecht 486 ff; PERNTHALER, FS Klecatsky 1990, 231; WOHLFAHRT, in: Grabitz (Hg), Kommentar zum EWG-Vertrag, Art 177 Rz 40 ff).

Unter dieser Voraussetzung gelten für die Organisation des gerichtsförmigen Rechtsschutzes folgende Zuständigkeiten des Bundes und der Länder:

- **Der Bund** ist zuständig zur Einrichtung **richterlicher Rechtsschutzorgane** im Sinne der Art 82 ff und 129 ff B-VG sowie zur Betrauung dieser Organe mit Rechtsschutzaufgaben im Rahmen der *bundesrechtlich zu regelnden Vergabeverfahren*; das sind nach den oben angeführten Grundsätzen (4. c.): Vergaben im Rahmen der „kompetenzmäßigen Privatwirtschaftsverwaltung“ des Bundes sowie Vergaben durch Organe des Bundes und der vom Bund rechtlich zu organisierenden öffentlichen und sämtlicher privaten Rechtsträger, die nicht durch öffentliche Organe verwaltet werden oder in „kompetenzmäßiger Privatwirtschaftsverwaltung“ tätig werden.
- Die **Länder** sind zuständig zur Einrichtung **gerichtsförmiger Verwaltungsorgane** im Sinne des Art 6 MRK (zB unabhängige Verwaltungssenate gemäß Art 129 a B-VG oder Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag gemäß Art 133 Z 4 B-VG) sowie zur Betrauung dieser Organe mit Rechtsschutzfunktionen im Rahmen der *landesrechtlich zu regelnden Vergabeverfahren* von Landes- und Gemeindeorganen sowie von Organen landesrechtlich zu regelnder öffentlicher Rechtsträger (4. c. der Untersuchung); dazu gehört auch die Betrauung dieser Organe mit der Entscheidung über **zivilrechtliche Schadenersatzansprüche** wegen Rechtsverstößen im Vergabeverfahren sowie über Eingriffe in **privatrechtliche (Vergabe) Vertragsverhältnisse**, weil diese zivilrechtlichen Bestimmungen zur Regelung des Vergaberechts der Länder „*erforderlich*“ im Sinne des Art 15 Abs 9 B-VG sind (siehe 4. d. bb. und VfSlg 4605/1963); die Länder könnten aber auch mit der Vollziehung dieser ergänzenden zivilrechtlichen Regelungen **Bundesgerichte** betrauen, wobei eine Zustimmung der Bundesregierung gemäß Art 97 Abs 2 B-VG in diesem Falle nicht erforderlich wäre (PERNTHALER, JBl 1972, 68 ff).
- Der Bund ist zuständig zur **Regelung des Verfahrens** des Vergaberechtsschutzes vor *richterlichen Rechtsschutzorganen* (Art 10 Abs 1 Z 6 und 136 B-VG und vor *gerichtsförmigen Verwaltungsorganen* (Art 11 Abs 2 und 129 b Abs 6 B-VG).

IV. ZUSAMMENFASSUNG IN LEITSÄTZEN

1. Das vorliegende Gutachten geht davon aus, daß eine wirksame und rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechende Umsetzung der EG-Richtlinien - insbesondere der Nachprüfungsrichtlinie - im österreichischen Recht durch **außenwirksame Gesetze** zu erfolgen hat. Eine Regelung durch *interne Verwaltungsvorschriften* oder „*Selbstbindungsgesetze*“ scheidet insbesondere deswegen aus, weil nach den EG-Richtlinien
 - der *Geltungsbereich der Vorschriften* über die Vergabestellen der Gebietskörperschaften hinausreichen muß
 - *subjektive Rechte* der Anbieter zu gewährleisten sind und
 - *hoheitliche Eingriffe* in zivilrechtliche Rechtsbeziehungen zu setzen sind.
2. Nach der Rechtsprechung des VfGH und den bisherigen Auffassungen der Lehre und Staatspraxis wäre der Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) nur unter zwei Voraussetzungen geeignet, eine EG-konforme außenwirksame Neuordnung des Vergabewesens zu decken:
 - Es müßten sichere **historische Anknüpfungspunkte** für eine „*intrasystematische Fortentwicklung*“ des Begriffes „Zivilrecht“ auffindbar sein oder
 - das Vergaberecht müßte nach den von der Verfassungsrechtsprechung entwickelten Kriterien das Vergaberecht als „*strukturelles Zivilrecht*“ und nicht als ein „*auf zivilrechtliche Folgen ausgerichtetes Materiengesetz*“ (Verwaltungsrecht) zu qualifizieren sein.Beide Voraussetzungen sind nach den folgenden Leitsätzen beim Vergaberecht in wesentlichen Teilbereichen nicht erfüllt.
3. Auf Grund einer **historischen Analyse** der Rechtslage zum Versteinerungszeitpunkt scheidet der Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ aus folgenden Erwägungen als Begründung des Vergaberechts aus:
 - Das klassische Privatrecht des ABGB enthielt kein **staatsspezifisches Sonderprivatrecht**, sondern verwies diesbezüglich auf „*politische Gesetze*“ oder „*politische Verordnungen*“; das Vergaberecht bleibt auch unter Berücksichtigung der EG-Richtlinien „*staatsspezifisches Sonderprivatrecht*“.
 - Es gibt eindeutige historische Hinweise dafür, daß die Vergabe öffentlicher Aufträge zum Versteinerungszeitpunkt nicht im Zivilrecht, sondern durch *Verwaltungsvorschriften* („*politische Verordnungen*“) geregelt war.
 - Die privatrechtliche „*culpa-in-contrahendo-Haftung*“ ist kein tauglicher Ansatzpunkt für eine „*intrasystematische Fortentwicklung*“ in Richtung Vergaberecht, weil danach nur Regelungen für private **und** öffentliche Ausschreibungen (**allgemeines Privatrecht**), nicht aber **staatsspezifische Vergabevorschriften** mit ihren öffentlichrechtlichen („politischen“) Sonderaspekten erlassen werden könnten und keine **verwaltungsrechtliche Vollziehung** des Vergaberechts möglich wäre.

4. Ein EG-konformes Vergaberecht wäre aber auch kein „**strukturelles Zivilrecht**“, weil dadurch nicht primär der „*private Rechtsverkehr*“ (der Bürger unter sich), sondern staatliches (öffentliches) Verhalten geregelt werden soll. Diese Regelungen sind überwiegend in Verwaltungsinteressen begründet, der privaten Disposition entzogen und durch staatliche Entscheidungen zu vollziehen; die nach der Verfassungsrechtsprechung ausschlaggebenden „*kompetenz-rechtlich entscheidenden Ziele*“ der Regelung sind nicht im Kompetenztatbestand „**Zivilrechtswesen**“, sondern in den Finanz-, Sach- und Organisationskompetenzen der Gebietskörperschaften (Vergabestellen) begründet. Die Regelung des Vergabeverfahrens hat daher durch „**Materiengesetz**“ und nicht durch „**Zivilrecht**“ zu erfolgen.
5. Im Hinblick auf die kompetenzrechtliche Einordnung des Vergaberechtes sind nach der traditionellen Grundstruktur der österreichischen Vergaberegulungen und ihrer EG-konformen Weiterentwicklung drei verschieden einzuordnende „**Regelungskreise**“ und zwei **kompetenzrechtliche Sonderprobleme** zu unterscheiden. Die drei Regelungsbereiche sind wie folgt kompetenzrechtlich zu differenzieren:
- Das **eigentliche Vergabeverfahren** bis zum Zuschlag stellt jedenfalls kein „**Zivilrecht**“, sondern „*staatsspezifisches Sonderprivatrecht*“ dar, dessen komplexe Kompetenzgrundlage im Leitsatz 7 dargelegt werden soll.
 - Der „**Leistungsvertrag**“ nach dem Zuschlag und alle damit zusammenhängenden Fragen (Abschluß, Abwicklung, Störungen uä) unterliegen dem **allgemeinen Privatrecht**; ihre kompetenzrechtliche Grundlage ist das „**Zivilrechtswesen**“.
 - Die Einrichtung **besonderer Kontroll- und Rechtsschutzverfahren** setzen insbesondere nach der Nachprüfungsrichtlinie - zum Unterschied von der eigentlichen Vergabe, die Privatwirtschaftsverwaltung bleiben kann - *hoheitliche Entscheidungen durch Verwaltungsbehörden oder Gerichte* voraus; kompetenzrechtlich sind diese Verfahren nach *Annex- oder Adhäsionsprinzip* entsprechend der *Grundmaterie des Vergabeverfahrens* einzuordnen, soweit sich nicht aus dem folgenden Leitsatz Abweichungen ergeben.
6. Im Zusammenhang mit der EG-konformen Neuregelung des Vergaberechtes sind folgende Regelungsprobleme kompetenzrechtlich gesondert zu prüfen:
- Die Regelung von **Schadenersatzansprüchen**; sie sind - ohne kompetenzrechtliche Auswirkung auf das Vergabeverfahren - als „**Privatrecht**“ zu qualifizieren und damit im Kompetenztatbestand „**Zivilrechtswesen**“ begründet; eine landesgesetzliche Regelung ist daher nur unter den Voraussetzungen des Art 15 Abs 9 B-VG möglich (siehe Leitsatz 9).
 - Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens notwendige staatliche *Eingriffe in das Vertragsverhältnis* zwischen Vergabestelle (Rechtsträger) und dem zum Zuge gekommenen Anbieter - also insbesondere die Aufhebung oder Modifizierung des Zuschlages - sind kompetenzrechtlich als „**Zivilrechtswesen**“ zu qualifizieren.
7. Die kompetenzrechtliche Begründung für das eigentliche Vergabeverfahren muß von **zwei Strukturelementen** dieses Verfahrens ausgehen, die in der Grundkonstruktion

der österreichischen Vergabevorschriften und in ihrer Fortentwicklung gemäß den EG-Richtlinien begründet sind; diese Strukturelemente sind:

- Der Grundsatz der **Zweigeleisigkeit des Rechtsschutzes** im Vergaberecht; danach sollten „*einstweilige Verfügungen*“ und „*Aufhebung rechtswidriger Vergabebedingungen*“ in erster Instanz den - kompetenzmäßig zu differenzierenden - **Verwaltungsbehörden** vorbehalten bleiben; die *Überprüfung dieser Entscheidungen* und alle *zivilrechtlichen Verfügungen* (Schadenersatz, Aufhebung des Zuschlages uä) müßten dagegen **Gerichten oder gerichtsförmigen Verwaltungsbehörden** übertragen werden;
 - Die Einheit von „**Innen-** und „**Außenbeziehungen**“ im Vergabeverfahren; danach binden Rechtsnormen über das Vergabeverfahren die Vergabestellen und erzeugen zugleich subjektive öffentliche Rechte der Anbieter in einem solchen Vergabeverfahren auf Rechtsschutz und Schadenersatz.
8. Die Zuständigkeiten des Bundes und der Länder zur **Regelung des Vergabeverfahrens** - einschließlich der damit verbundenen **Rechtsschutzeinrichtungen** in der Verwaltung - beruhen auf einer Reihe ineinandergreifender Kompetenzen beider Gebietskörperschaften. Es kommen dafür insbesondere in Betracht:
- Kompetenztatbestände, die nach ihrem historischen Bedeutungsgehalt auch zur Regelung der Privatwirtschaftsverwaltung ermächtigen („*kompetenzmäßige Privatwirtschaftsverwaltung*“); sie ermöglichen fachspezifische Spezialregelungen der Vergabe, aber kein umfassendes und „transkompetentes“ Vergaberecht im Gesamtbereich der Privatwirtschaftsverwaltung (Art 17 B-VG).
 - Die allen Gebietskörperschaften zukommende **Haushaltshoheit** ermächtigt zwar zu der für die Vergabe wesentlichen *Finanz(Investitions)planung* und der damit verbundenen *Wirtschaftspolitik* (Arbeitsmarkt-, Struktur-, Regionalpolitik uä); sie ermächtigt aber nicht zu „*außenwirksamen Regelungen*“;
 - Die **Organisationshoheit** aller Gebietskörperschaften ermächtigt auch zu „*außenwirksamen*“ Regelungen des staatspezifischen Sonderprivatrechts (zB Vertretungsbefugnisse), die als historischer Ansatz für ein Vergaberecht in Betracht kommen (Vertretungsregelungen für die Vergabestellen);
 - Nach den Regeln über die „**intrasystematische Fortentwicklung**“ lassen sich daraus auch Kompetenzen für die Anerkennung *subjektiver öffentlicher Rechte* und *Rechtsschutzeinrichtungen* im Vergabeverfahren ableiten.
 - Das Vergaberecht für **private Rechtsträger** ist kompetenzrechtlich zu differenzieren: Vergaben durch Rechtsträger im Rahmen der „kompetenzmäßigen Privatwirtschaftsverwaltung“ unterliegender **Sachkompetenz** der zuständigen Gebietskörperschaft; Rechtsträger, die von Organen der Gebietskörperschaften geleitet oder beaufsichtigt werden, dem **Vergaberecht der betreffenden Gebietskörperschaft**; Rechtsträger, auf welche diese beiden Kriterien nicht zutreffen, unterliegen dem **privatrechtlichen Vergaberecht** (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG), das auf die Staatsnähe sachgerecht und im Sinne des Berücksichtigungsprinzips abzustellen hat.

9. Auch bei einer öffentlichrechtlichen Konstruktion des Vergabeverfahrens behält dieses wesentliche zivilrechtliche Aspekte, die kompetenzmäßig auf zwei verfassungsmäßigen Wegen in die Vergaberegeln integriert werden können:

- Die typisch **zivilrechtlichen Interessen**, denen das Vergaberecht auch zu dienen hat (zB ausgeglichene Ordnung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs; Rechtsregeln für die „culpa-in-contrahendo-Haftung; Schutz der Anbieter ua) kann und muß der Vergabegesetzgeber nach dem vom VfGH entwickelten „*Berücksichtigungsprinzip*“ bei der Verfolgung seiner eigenen Verwaltungsziele mitbeachten, soll seine Regelung nicht **sachwidrig** und damit verfassungswidrig werden.
- Der Landesgesetzgeber kann **ergänzende zivilrechtliche Regelungen** über Schadenersatzansprüche und Auswirkungen von Vergabefehlern auf den Vergabevertrag (z.B. Aufhebung des Zuschlages) auf Grund des Art 15 Abs 9 B-VG erlassen, weil selbst die strengen Voraussetzungen der Verfassungsrechtssprechung über den „*rechtstechnischen Zusammenhang*“ mit der landesgesetzlichen Regelung des Vergabeverfahrens gegeben sind. Ohne derartige ergänzende zivilrechtliche Bestimmungen wäre ein Vergaberecht nicht EG-konform und „*normativ unvollständig*“.

10. Die Zuständigkeit zur Einrichtung von **Organen zur Kontrolle des Vergabeverfahrens** richtet sich nach den *Organisationskompetenzen der Gebietskörperschaften*. Daraus ergibt sich folgende Teilung der Zuständigkeiten:

- **Begutachtende Vergabe-Kontrollkommissionen** können Bund und Länder auf Grund ihrer speziellen (Art 10 Abs 1 Z 16, Art 115 Abs 2 B-VG) oder allgemeinen (Art 15 Abs 1 B-VG) Kompetenz zur Verwaltungsorganisation einrichten.
- **Rechtsschutzorgane** in der Verwaltung sollten von den Vergabestellen organisatorisch getrennt werden; die Zuständigkeit zu ihrer Einrichtung kommt für Vergaben durch **Bundesorgane**, Organe der *vom Bund eingerichteten öffentlichen Rechtsträger* und für *private Rechtsträger aller Gebietskörperschaften* (vorbehaltlich der im Satz 8 angeführten Ausnahmen) dem Bund zu; für Vergaben durch **Landesorgane**, durch die *vom Land eingerichteten öffentlichen Rechtsträger* und *Gemeinden* ist das Land zur Einrichtung von Rechtsschutzorganen zuständig.
- **Richterliche Rechtsschutzorgane** im Sinne der Art 82 ff und 129 ff B-VG kann nur der Bund einrichten und mit Rechtsschutzaufgaben betrauen.
- **Gerichtsförmige Verwaltungsorgane** im Sinne des Art 6 MRK und Art 177 EWG-Vertrag können auch die Länder einrichten und mit Rechtsschutzaufgaben im Rahmen der landesrechtlich zu regelnden Vergabeverfahren betrauen; dazu gehört auch die Übertragung der Entscheidung über Schadenersatzansprüche und Eingriffe in Vergabeverträge wegen Vergabefehler an diese Rechtsschutzorgane, weil derartige ergänzende zivilrechtliche Entscheidungskompetenzen nach der Judikatur des VfGH als „erforderlich“ im Sinne des Art 15 Abs 9 B-VG zu qualifizieren sind.
- Die Länder können aber auch mit der Vollziehung der „*ergänzenden zivilrechtlichen Bestimmungen*“ des Vergaberechts die Gerichte des Bundes betrauen.

en, ohne daß hierfür eine Zustimmung des Bundes gemäß Art 97 Abs 2 B-VG erforderlich wäre.

11. Nach den vorstehenden Erwägungen sind auf Grund der geltenden Kompetenzverteilung **Bund und Länder zuständig** zur Erlassung außenwirksamer Vergabegesetze, welche den geltenden EG-Richtlinien, insbesondere der Nachprüfungsrichtlinie, voll Rechnung tragen. Für die Verteilung dieser Zuständigkeiten gelten folgende Grundsätze:

- Der **Bund** ist zuständig für Vergaben durch *Bundesorgane* und die *vom Bund eingerichteten öffentlichen Rechtsträger* sowie für Vergaben durch die von der öffentlichen Hand (aller Gebietskörperschaften) beherrschten *privaten Rechtsträger*, soweit sie nicht unmittelbar von öffentlichen Organen geleitet oder beaufsichtigt werden oder in „kompetenzmäßiger Privatwirtschaftsverwaltung“ tätig sind.
- Die **Länder** sind zuständig für Vergaben durch *Landesorgane* und die *von den Ländern eingerichteten öffentlichen Rechtsträger* sowie für Vergaben durch die Gemeinden und Gemeindeverbände.
- Der Abschluß einer **Vereinbarung nach Art 15 a B-VG** zur inhaltlichen, organisatorischen und verfahrensrechtlichen Koordinierung des Vergaberechts aller Gebietskörperschaften wird dringend empfohlen.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adamovich/Funk** Österreichisches Verfassungsrecht³, 1985
- Aicher** Schlußbericht des Forschungsprojekts „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“ der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, in: Korinek/Rill (Hg), Zur Reform des Vergaberechts, 1985, 195 ff
- Aichleiter** Österreichisches Vergabewesen und EG, economy 1989/9, F 16 ff
- Antoniolli/Koja** Allgemeines Verwaltungsrecht², 1986
- Barfuß** Der Staat als Auftraggeber, in: Ermacora ua (Hg), Allgemeines Verwaltungsrecht - FS Antoniolli, 1979, 305 ff
- Binder** Der Staat als Träger von Privatrechten, 1980
- Binder** Die neuen Förderungsrichtlinien des Bundes, ÖZW 1977, 77 ff
- Bös** Öffentliche Aufträge in Österreich, 1968
- Bös** Wirtschaftsgeschehen und Staatsgewalt, 1970
- Bydlinski** in: Rummel (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², 1. Bd 1990, 1 ff
- Davy** Zur Bedeutung des bundesstaatlichen Rücksichtnahmegebotes für Normenkonflikte, ÖJZ 1986, 225 ff und 238 ff
- Doralt** Privatrechtliche Aspekte des Vergabegesetzentwurfes, in: Korinek/Rill (Hg), Zur Reform des Vergaberechts, 1985, 89 ff
- Eccher/Purtscheller** Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen Rechts, JBl 1977, 561 ff
- Funk** Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung, 1980
- Grabitz** (Hg), Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblattsammlung
- Gutknecht** Die Liberalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in den EG und ihre Bedeutung für Österreich, in: Griller/Lavric/Neck (Hg), Europäische Integration aus österreichischer Sicht, 1991, 263 ff
- Gutknecht/Korinek/Holoubek** Das Vergaberecht der EG - Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich, 1991
- Holoubek** Rechtsschutz und Kontrolle im Vergaberecht unter dem Blickwinkel der Anforderungen des EG-Rechts, in: Gutknecht/Korinek/Holoubek, Das Vergaberecht der EG - Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich, 1991, 81 ff
- Holzinger** Die Zuständigkeit zur Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe, in: Korinek (Hg), Beiträge zum Wirtschaftsrecht - FS Wenger, 1983, 139 ff

Jabloner	Die Vollziehung des Landesarbeitsrechtes durch Gerichte als verfassungsrechtliches Problem, DRdA 1982, 288 ff
Kommission der EG	Das öffentliche Beschaffungswesen in den ausgenommenen Sektoren, Bulletin der EG, Beilage 3/90
Korinek	Das Konzept der Regierungsvorlage zu einem Vergabegesetz und seine rechtsstaatliche sowie bundesstaatliche Bedeutung, in: Korinek/Rill (Hg), Zur Reform des Vergaberechts, 1985, 1 ff
Korinek	Probleme der Angleichung des österreichischen Rechts der Auftragsvergabe an das Recht der EG, in: Rill/Griller (Hg), Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1991, 215 ff
Korinek/Schwarzer	Verfassungsrechtliche Grundlagen der Auftragsvergabe, Gutachten für die Österreichische Gesellschaft für Baurecht, 1981
Krejci	Der Angebotsirrtum bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ÖZW 1979, 97 ff
Krejci	Vergaberecht und zivilrechtlicher Bieterschutz, ÖZW 1982, 33 ff
Langer	Die vergaberechtlichen Regelungen auf Landesebene, Information 40/1983
Langer	Österreichisches und internationales Vergaberecht, 1990
Laurer	Vom Wert und Wesen der Selbstbindungsgesetze, in: Korinek (Hg), Beiträge zum Wirtschaftsrecht - FS Wenger 1983, 109 ff
Loebenstein	Das Förderungswesen unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips, 2. ÖJT (1964) II/3, 7 ff
Matzka	Organisationskreation in der österreichischen Verwaltungsrechtsordnung, JBl 1980, 505 ff
Mayer	Staatsmonopole, 1976
Novak	Die Problematik der Abgrenzung der Hoheitsverwaltung von der sogenannten Privatwirtschaftsverwaltung, in: Ermacora ua (Hg), Allgemeines Verwaltungsrecht - FS Antonioli, 1979, 61 ff
Novak	Grenzen und Möglichkeiten des Legalitätsprinzips, ÖVA 1970, 1 ff
Pacher	Vortrag „Vorausschauende Anpassung an das EG-Recht: Die österreichische Vergabeordnung für öffentliche Bauaufträge (VoÖB)“ im Rahmen eines Symposiums am 12.4.1991 über das „Öffentliche Auftragswesen in der EG“ in Graz
Pernthaler	Die föderalistische Bedeutung der Landes-Hypothekenbanken für die Länder, 1988
Pernthaler	Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet der Verwaltungsorganisation, 1976

Pernthaler	Ist die landesgesetzliche Festlegung eines Wirkungskreises der Zivil- und Strafgerichte gemäß Art 15 Abs 9 B-VG eine „Mitwirkung von Bundesorganen“ im Sinne des Art 97 Abs 2 B-VG?, JBl 1972, 68 ff
Pernthaler	Kompetenzverteilung in der Krise, 1989
Pernthaler	Österreichische Finanzverfassung, 1984
Pernthaler	Raumordnung und Verfassung I, 1975
Pernthaler	Raumordnung und Verfassung II, 1978
Pernthaler	Rechtsweg als Menschenrecht, in: Morscher/Pernthaler/Wimmer (Hg), Recht als Aufgabe und Verantwortung - FS Klecatsky, 1990, 221 ff
Pernthaler	Zivilrechtswesen und Landeskompetenzen, 1987
Pernthaler/Purtscheller	Die Gemeinde im Spannungsfeld von privatrechtlicher Vertragsbindung und öffentlichrechtlicher Aufgabenerfüllung, JBl 1979, 281 ff
Pisko	in: Klang (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch ² , 1. Bd/1. Halbband 1964, §§ 1 ff
Puck	Nichthoheitliche Verwaltung - Typen und Formen, in: Ermacora ua (Hg), Allgemeines Verwaltungsrecht - FS Antonioli, 1979, 275 ff
Rill	Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in: Korinek (Hg), Beiträge zum Wirtschaftsrecht - FS Wenger, 1983, 57 ff
Rill	Gliedstaatsverträge, 1972
Rill/Schäffer	Investitionsplanung und Raumordnung, 1979
Schäffer	Die sogenannte Privatwirtschaftsverwaltung und das Gesetz, in: Ermacora ua (Hg), Allgemeines Verwaltungsrecht - FS Antonioli, 1979, 253 ff
Schäffer	Kompetenzverteilung und Rücksichtnahmepflicht im Bundesstaat, ZfV 1985, 357 ff
Schäffer	Verfassungsinterpretation in Österreich, 1971
Schwager	Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluß privatrechtlicher Verträge, 1974
Schwarzer	Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem GATT-Kodex und dem Vergabegesetzentwurf, in: Korinek/Rill (Hg), Zur Reform des Vergaberechts, 1985, 39 ff
Schweitzer/Hummer	Europarecht ³ , 1990
Seidel	Ingelore, Die Anwendung der EG-Richtlinien für die öffentlichen Aufträge in der Bundesrepublik Deutschland, EuR 1990, 158 ff

- Seidel** Ingelore, Zur Umsetzung der Überwachungsrichtlinie, unveröffentlichtes Exposé 1991
- Seidel** Ingelore, Zur unmittelbaren Wirkung (Direkt- oder Drittwirkung) von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts und zur Frage subjektiver Rechte aufgrund von EG-Richtlinien, unveröffentlichtes Exposé 1991
- Seidl** Martin, Die Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, NJW 1985, 517 ff
- Tomandl** Rechtsprobleme einer gesetzlichen Regelung des Vergabewesens, in: Wirtschaft und Verfassung in Österreich - FS Korinek, 1972, 209 ff
- Urlesberger** Beihilfen - Dumping - Öffentliche Aufträge, in: Koppensteiner (Hg), Der Weg in den Binnenmarkt, 1991, 109 ff
- Walter/Mayer** Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁶, 1988
- Welser** Das Verschulden beim Vertragsschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 281 ff
- Wenger** Das Recht der öffentlichen Aufträge, 1977
- Wenger** Zur Problematik der österreichischen „Selbstbindungsgesetze“, in: Wirtschaft und Verfassung in Österreich - FS Korinek, 1972, 189 ff
- Winkler** Gesetzgebung und Verwaltung im Wirtschaftsrecht, 1970
- Wohlfahrt** in: Grabitz (Hg), Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblattsammlung, Art 175 ff

SCHRIFTENREIHE DES INSTITUTS FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiete der Verwaltungsorganisation. 1976. (S 98,-)
- Bd. 2 **Theo Öhlinger**, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität. 1976. (S 68,-)
- Bd. 3 **Felix Ermacora**, Österreichischer Föderalismus. Vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat. 1976. (S 395,-)
- Bd. 4 **Peter Pernthaler**, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag. 1977. (S 165,-)
- Bd. 5 **Martin Usteri**, Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat. 1977. (S 58,-)
- Bd. 6 **Fried Esterbauer, Guy Heraud, Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus als Mittel permanenter Konfliktregelung. 1977. (S 160,-)
- Bd. 7 **Manfried Gantner**, Der abgestufte Bevölkerungsschlüssel als Problem der Länder und Gemeinden. 1978. (S 250,-)
- Bd. 8 **Siegbert Morscher**, Rechtliche Probleme bei der Schaffung innerstaatlicher grenzüberschreitender Einrichtungen und Organe durch die österreichischen Bundesländer. 1978. (S 240,-)
- Bd. 9 **Theo Öhlinger**, Verträge im Bundesstaat. 1978. (S 140,-)
- Bd. 10 **Erich Thöni**, Privatwirtschaftsverwaltung und Finanzausgleich. 1978. (S 138,-)
- Bd. 11 **Georg Schmitz**, Der Landesamtsdirektor. 1978. (S 138,-)
- Bd. 12 **Felix Ermacora**, Die bundesstaatliche Kostentragung gemäß § 2 F-VG. 1979. (S 110,-)
- Bd. 13 **Peter Pernthaler, Karl Weber**, Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich. 1979. (S 168,-)
- Bd. 14 **Peter Pernthaler**, Die Staatsgründungsakte der österreichischen Bundesländer. Eine staatsrechtliche Untersuchung über die Entstehung des Bundesstaates. 1979. (S 298,-)
- Bd. 15 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Direkte Demokratie in den Ländern und Gemeinden. 1980. (S 198,-)
- Bd. 16 **Peter Häberle**, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat. 1980. (S 280,-)
- Bd. 17 **Bernd-Christian Funk**, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung. 1980. (S 280,-)
- Bd. 18 **Karl Weber**, Kriterien des Bundesstaates. Eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich. 1980. (S 480,-)
- Bd. 19 **Peter Pernthaler**, Das Forderungsprogramm der österreichischen Bundesländer. 1980. (S 390,-)
- Bd. 20 **Wilhelm Kundratitz** (Herausgeber), Staat, Recht, Politik. Eine Befragung Jugendlicher zum Bildungshintergrund. 1981. (S 280,-)

- Bd. 21 **Siegbert Morscher**, Land und Provinz. Vergleich der Befugnisse der autonomen Provinz Bozen mit den Kompetenzen der österreichischen Bundesländer. 1981. (S 188,-)
- Bd. 22 **Wolfgang Pesendorfer**, Der innere Dienstbetrieb im Amt der Landesregierung. 1981. (S 148,-)
- Bd. 23 **Peter Pernthaler**, (Herausgeber), Dezentralisation und Selbstorganisation. Theoretische Probleme und praktische Erfahrungen. 1982. (S 333,-)
- Bd. 24 **Theo Öhlinger**, Die Anwendung des Völkerrechts auf Verträge im Bundesstaat. 1982. (S 185,-)
- Bd. 25 **Harald Stolzlechner**, Republik – Bund – Land. Fragen der Vermögensaufteilung in einem Bundesstaat. 1982. (S 198,-)
- Bd. 26 **Peter Pernthaler – Irmgard Kathrein – Karl Weber**, Der Föderalismus im Alpenraum. Voraussetzungen, Zustand, Ausbau und Harmonisierung im Sinne eines alpenregionalen Leitbildes. 1982. (S 680,-)
- Bd. 27 **Peter Pernthaler**, Land, Volk und Heimat als Kategorien des österreichischen Verfassungsrechts. 1982. (S 160,-)
- Bd. 28 **Peter Pernthaler, Karl Weber**, Landesbürgerschaft und Bundesstaat. Der Status des Landesbürgers als Kriterium des Bundesstaates und Maßstab der Demokratie in den Ländern. 1983. (S 280,-)
- Bd. 29 **Irmgard Kathrein**, Der Bundesstaat in der Ersten Republik. Studie über die Entstehung und die Tätigkeit des Bundesrates der Republik Österreich. 1983. (S 200,-)
- Bd. 30 **Richard Schmidjell – Karl Fink – Werner Plunger – Hans Moser**, Regionalpolitik der österreichischen Bundesländer. 1983. (S 480,-)
- Bd. 31 **Siegbert Morscher** (Herausgeber), Föderalistische Sozialpolitik. 1983. (S 280,-)
- Bd. 32 **Josef Werndl**, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Ihre Ausgangslage, Entwicklung und Bedeutungsverschiebung auf der Grundlage des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920. 1984. (S 371,-)
- Bd. 33 **Peter Pernthaler**, Österreichische Finanzverfassung. Theorie – Praxis – Reform. 1984. (S 455,-)
- Bd. 34 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Die Rolle der Länder in der Umfassenden Landesverteidigung. 1984. (S 270,-)
- Bd. 35 **Christian Smekal, Manfred Gantner**, Die längerfristige Entwicklung der öffentlichen Finanzwirtschaft in Österreich im Zeitraum 1950 – 1983. 1985. (S 720,-)
- Bd. 36 **Georg Schmitz**, Die Anfänge des Parlamentarismus in Niederösterreich. Landesordnung und Selbstregierung 1861 – 1873. 1985. (S 660,-)
- Bd. 37 **Bernd Stampfer**, Recht der Abfallwirtschaft in Österreich. Analyse einer komplexen Verwaltungsaufgabe zwischen Bund und Ländern.. 1986. (S 520,-)
- Bd. 38 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte. 1986. (S 195,-)
- Bd. 39 **Siegbert Morscher**, Die Gewerbekompetenz des Bundes. 1987. (S 320,-)
- Bd. 40 **Peter Pernthaler**, Zivilrechtswesen und Landeskompentenz. 1987. (S 180,-)

- Bd. 41 **Karl Weber**, Die mittelbare Bundesverwaltung. Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Untersuchung der Organisation und Verwaltung des Bundes im Bereich der Länder außer Wien, zugleich eine Geschichte der Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern außer Wien. 1987. (S 820,-)
- Bd. 42 **Klaus Berchtold**, Die Verhandlungen zum Forderungsprogramm der Bundesländer seit 1956. 1988. (S 280,-)
- Bd. 43 **Peter Pernthaler**, Föderalistische Bedeutung der Landes-Hypothekenbanken. 1988. (S 280,-)
- Bd. 44 **Stefan Huber, Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus und Regionalismus in europäischer Perspektive. 1988. (S 160,-)
- Bd. 45 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Kulturpolitik. 1988. (S 250,-)
- Bd. 46 **Peter Pernthaler**, Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich. 1989. (S 340,-)
- Bd. 47 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Auswirkungen eines EG-Beitrittes auf die föderalistische Struktur Österreichs. 1989. (S 290,-)
- Bd. 48 **Wolfgang Bartscher**, EG-Beitritt und Föderalismus. Folgen einer EG-Mitgliedschaft für die bundesstaatliche Ordnung Österreichs. 1990. (S 290,-)
- Bd. 49 **Fried Esterbauer, Peter Pernthaler** (Herausgeber), Europäischer Regionalismus am Wendepunkt – Bilanz und Ausblick. 1991. (S 330,-)
- Bd. 50 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Außenpolitik der Gliedstaaten und Regionen. 1991. (S 320,-)
- Bd. 51 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Neue Wege der Föderalismusreform. 1992.
- Bd. 52 **Bernd-Christian Funk – Joseph Marko – Peter Pernthaler**, Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG. 1992.

SCHRIFTENREIHE VERWALTUNGSRECHT

- Bd. 1 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht I, Das Recht der Grundzusammenlegung, Flurbereinigung und des landwirtschaftlichen Siedlungsverfahrens. 1989. (S 360,-)
- Bd. 2 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht II, Das Recht der Einforstungsrechte (Wald- und Weideservituten) und der agrargemeinschaftlichen Grundstücke. 1991. (S 280,-)
- Bd. 3 **Peter Pernthaler – Evelyn Maria Stefani**, Der autonome Sektor der Sozialpolitik in Vorarlberg. Modell einer Entwicklung des Sozialstaates auf der Grundlage von Subsidiarität und Solidarität. 1990. (S 270,-)
- Bd. 4 **Günter Reimeir**, Rechtsprobleme der Planung von Einkaufszentren. 1992.

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG

Direktor:

Univ.-Prof. Dr. Peter PERNTHALER

Kuratorium:

Landesamtsdirektor Dr. Franz ENDER, Vorarlberg
Hofrat Dr. Werner BRANDTNER, Vorarlberg
Dr. Johannes MÜLLER, Vorarlberg
Dr. Otmar MÜLLER, Vorarlberg
Landesamtsdirektor Dr. Meinhard GSTREIN, Tirol
Hofrat Univ.-Doz. Dr. Eberhard LANG, Tirol
Hofrat Dr. Anton GSTÖTTNER, Tirol
Hofrat Dr. Helmut SCHWAMBERGER, Tirol
Landesamtsdirektor Dr. Herfrid HUEBER, Salzburg
Univ.-Prof. DDr. Friedrich KOJA, Salzburg
Hofrat Dr. Eduard PAULUS, Salzburg
Hofrat Dr. Ferdinand FABER, Salzburg

Das Institut für Föderalismusforschung ist eine Einrichtung der Länder Tirol, Vorarlberg und Salzburg. Es befaßt sich mit der wissenschaftlichen Forschung auf dem Gebiet des Föderalismus, darüber hinaus will es die Verbreitung und Pflege der Idee des Föderalismus in der Bevölkerung fördern.

Zur Einreichung dieser Ziele gibt das Institut eine Schriftenreihe für wissenschaftliche Veröffentlichungen, einen alljährlichen Bericht über die Lage des Föderalismus in Österreich sowie ein periodisches Mitteilungsblatt heraus, veranstaltet Fachtagungen und unterhält eine Dokumentation zu Thema Föderalismus.