

# VERGABERECHT

RECHT UND PRAXIS DER ÖFFENTLICHEN AUFTRAGSVERGABE

August 2015 / Nr. 4, Seiten 201–264

---

## Kurznachrichten

### Aufsatz

- 206 Verhandlungsverfahren mit nur einem (1) Bieter  
Hans Gölles/Ingrid Makarius
- 209 Die Geldbuße: Das – bislang – unbekannte Wesen  
Georg Streit/Roland Katary

### Judikatur

- 212 Auftragsvergabe auf Basis einer Rahmenvereinbarung: Substanzielle Änderungen der Bedingungen der Rahmenvereinbarung unzulässig
- 214 Voraussetzungen für interkommunale Zusammenarbeit
- 217 Eingehende Prüfung einer Ausschreibung
- 229 Tochtergesellschaften sind als Subunternehmer zu benennen – andernfalls besteht ein nicht behebbarer Angebotsmangel
- 236 Anforderungen an die Angebotsprüfung bei nicht prioritären Dienstleistungen
- 240 Zum Begriff der „grundlegenden Änderung“ im Sinne des § 30 Abs 2 Z 1 BVergG 2006
- 244 Die Berufung auf Geschäftsgeheimnisse rechtfertigt Nichtvorlage von Unterlagen nicht
- 249 Gleichartigkeit von Ausscheidensgründen keine Voraussetzung für Anwendbarkeit der fastweb-Judikatur
- 253 Wie gut dürfen Bieter und Sachverständige einander kennen?
- 259 Qualifikation des Teams als Zuschlagskriterium zulässig
- 

Herausgeber: Michael Breitenfeld, Stephan Heid

## Die Geldbuße: Das – bislang – unbekannte Wesen

Der VwGH sieht mangels Rechtsgrundlage keine Zuständigkeit dafür, über die von einem Beschwerdeführer beantragte Anordnung der Rückzahlung einer Geldbuße, die vom BVA im Nachprüfungsverfahren verhängt worden war, abzusprechen. Aus diesem Anlass sollen einige Fragen rund um die Geldbuße untersucht werden, um deren Rechtsnatur, die Zuständigkeit für das Rückforderungsverfahren sowie die dabei anzuwendenden materiellen Bestimmungen zu ergründen. – Zugleich eine Besprechung der Folgen von VwGH 17. 6. 2014, 2012/04/0032, 0034.

**Deskriptoren:** Geldbuße, Wissenschaftsfonds, ERP-Fonds, Rückforderung, Bereicherungsrecht.

**Normen:** § 334 Abs 7 BVergG 2006; § 334 Abs 8 BVergG 2006; FTFG, ERP-Fonds-G, Art 137 B-VG, §§ 1431 ff ABGB.

Von Georg Streit und Roland Katary

### 1. Einleitung

Von der Judikatur und Lehre bisher noch nicht geklärt war die Frage des Schicksals einer gemäß § 334 BVergG verhängten Geldbuße im Fall der Aufhebung des Erkenntnisses (früher Bescheids), mit dem diese verhängt wurde. Zu der von einer Beschwerdeführerin beantragten Anordnung der Rückzahlung der Geldbußen wies der VwGH<sup>1</sup> darauf hin, dass dafür im VwGG keine Rechtsgrundlage besteht.

Untersucht wird hier die Situation beim BVerG. Für die Situation in den Ländern gilt Paralleles.<sup>2</sup>

### 2. Rechtsnatur der Geldbuße

Nach den Gesetzesmaterialien<sup>3</sup> handelt es sich bei der Geldbuße als „alternative Sanktion“ nicht um eine (Verwaltungs)Strafe und stellt das diesbezügliche Verfahren somit kein Verfahren wegen einer Verwaltungsübertretung dar. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll ein neues Sanktionssystem entsprechend („vergleichbar“) jenem im KartG (§ 29) geschaffen werden.<sup>4</sup> Explizit wird die dazu ergangene Rechtsprechung des OGH zi-

tiert, wonach Geldbußen Mittel des staatlichen Zwangs sind, um die (kartell)rechtlich vorgesehene Wirtschaftsordnung durchzusetzen.<sup>5</sup> Sie pönalisieren somit die Verletzung von Wettbewerbsvorschriften und dienen nicht nur als Beugemittel der Erzwingung gebotener Handlungen, sondern verfolgen auch den Zweck, begangenes Unrecht zu ahnden (Repression) und der Begehung weiterer Zuwiderhandlungen vorzubeugen (Prävention).<sup>6</sup> Die Rechtsnatur der kartellrechtlichen Geldbuße ist nach wie vor umstritten.<sup>7</sup> Der OGH befand eine kartellrechtliche Geldbuße dennoch als Sanktion, die strafrechtsähnlichen Charakter hat,<sup>8</sup> sie weist für den OGH auch die typischen Merkmale einer Strafe auf.<sup>9</sup>

### 3. Grundfragen der Rückforderung der Geldbuße, Art 137 B-VG

Anders als nach § 32 KartG sind Geldbußen nach § 334 Abs 7 BVergG nicht nach den Bestimmungen über die Eintreibung von gerichtlichen Geldstrafen einzubringen, sondern gemäß § 3 VVG<sup>10</sup>. Weder diese, noch das BVergG 2006 oder das VwGG sehen jedoch Regelungen für den Fall vor, dass die Verpflichtung zur Bezahlung einer Geldbuße nach dem BVergG durch einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts nachträglich aufgehoben wird.<sup>11</sup> Regelungen oder Judikatur aus dem Bereich der Eintreibung von gerichtlichen Geldstrafen lassen sich nicht heranziehen, weil Geldbußen nach dem KartG im Regelfall erst mit Rechtskraft einer Entscheidung zu bezahlen sind und letztinstanzliche Entscheidungen nach dem KartG nicht mehr der Überprüfung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts unterliegen.

1 VwGH 17. 6. 2014, 2012/04/0032, 0034.

2 Siehe unten zu Art 137 BVG und die Zuständigkeit des VfGH für die Landesebene.

3 RV, 327 BlgNR XXIV. GP, 39.

4 So auch VwGH 18.3.2015, 2012/04/0070.

5 OGH 12. 9. 2007, 16 Ok 4/07.

6 Brugger, Die Geldbußenbemessung nach § 30 KartG 2005 – Teil I, OZK 2009/5, 172. In diese Richtung legt auch § 334 Abs 7 BVergG fest, dass eine Geldbuße wirksam, angemessen und abschreckend sein muss.

7 Vgl dazu auch Wögerbauer, Die Geldbuße, das ominöse Wesen, ZVB 2012/121, der auch Überlegungen zur Verfassungskonformität einiger Aspekte der Geldbuße anstellt.

8 OGH 12. 9. 2007, 16 Ok 4/07.

9 ZB OGH 21. 1. 2008, 16 Ok 52/05.

10 RV, 327 Beil XXIV GP, 39.

11 Nichts anderes kann gelten, wenn das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichts im Wege der Wiederaufnahme beseitigt wird.

Anders als die Geldbußen nach dem KartG fließen jene nach dem BVergG gemäß § 334 Abs 7 nicht dem Bund zu, sondern – seit 1. Jänner 2014 – dem Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung („Wissenschaftsfonds“). Zuvor gingen diese an den ERP-Fonds.<sup>12</sup> Beide Fonds sind mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet (§ 2 FTFG bzw § 1 Abs 1 ERP-Fonds-G), unterstehen aber der Aufsicht des Bundes (§ 25 FTFG BM für Wissenschaft und Forschung bzw § 26 ERP-Fonds-G der Bundesregierung). Gemäß Art 137 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände, die weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind.

#### 4. Zuständigkeit des VfGH für die Rückforderung gemäß Art 137 B-VG

##### 4.1 Zurechnung des Wissenschaftsfonds zum Bund

Bei BVergG-Geldbußen ist zunächst fraglich, ob die Zuständigkeit des VfGH gemäß Art 137 B-VG durch die Festlegung des Fonds als Empfänger ausscheidet. Zwar sind nach der Rechtsprechung des VfGH ausschließlich die in Art 137 B-VG genannten Gebietskörperschaften passiv legitimiert, doch umfasst dies auch Fälle, in denen selbständige Rechtsträger die öffentlichen Aufgaben einer Gebietskörperschaft besorgen.<sup>13</sup> Der Gerichtshof versteht die Aufzählung der Gebietskörperschaften in Art 137 B-VG also nicht so, dass sich bei bloßer Schaffung selbständiger Rechtsträger die Angelegenheit der Kognition des VfGH entzieht. Vielmehr muss eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, die öffentliche Aufgaben einer Gebietskörperschaft besorgt, aus dem Blickwinkel des Art 137 B-VG dieser Gebietskörperschaft zugerechnet werden.<sup>14</sup> Auch wenn die Gesetzesmaterialien zur BVergG-Novelle 2010 ausführen, dass nicht der Bund, sondern der ERP-Fonds (jetzt der Wissenschaftsfonds) als Empfänger der Geldbußen festgelegt wurde, weil Geldbußen nicht an den sanktionierten Auftraggeber selbst entrichtet werden dürfen, ist uE also der Fonds als Empfänger der Geldbuße insofern dem Bund zuzurechnen. Denn die Verpflichtung zur Zahlung der Geldbuße beruht doch unzweifelhaft auf einer mit Erkenntnis

ausgesprochenen Anordnung des Bundes mit strafrechtsähnlichem Charakter. Insofern „besorgt“ uE der Fonds zumindest die Entgegennahme und Verwendung der BVergG-Geldbußen für die Gebietskörperschaft Bund.

##### 4.2 Keine Zuständigkeit der Zivilgerichte

Der VfGH hat zu seiner Zuständigkeit gemäß Art 137 B-VG bereits mehrmals ausgesprochen, dass, sofern nichts anderes angeordnet ist, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Rückforderungsansprüche nicht gegeben ist, wenn ein Vermögenszuwachs auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruht.<sup>15</sup> Dies stimmt mit der Rechtsprechung des OGH überein, wonach auf das der Bereicherung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis abzustellen ist. Gehört dieses zum öffentlichen Recht, dann ist auch der Rückforderungsanspruch öffentlich-rechtlicher Natur und die Zuständigkeit der Zivilgerichte gemäß § 1 JN nicht gegeben.<sup>16</sup> Nachdem Geldbußen mittels Erkenntnisses (früher: Bescheides) verhängt werden, besteht an deren öffentlich-rechtlichem Charakter kein Zweifel, agiert doch die Vergabekontrolle dabei als Träger hoheitlicher Gewalt. Der VfGH hat bspw die passive Klagslegitimation des Bundes auch für den Fall angenommen, in dem der Bund zur Verhängung einer Geldstrafe zuständig war und ihm der eingehobene Strafbetrag auch wirklich zugekommen ist, danach aber die Ausgliederung des Arbeitsmarktservice aus der Bundesverwaltung erfolgte, das – als ausgegliederter Rechtsträger – zum Rechtsnachfolger eines ursprünglich vom Bundesminister für Arbeit und Soziales nach außen vertretenen Fonds wurde, der über die Straf gelder verfügen konnte.<sup>17</sup>

##### 4.3 Ansprüche nicht durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen

Zur weiteren Zuständigkeitsvoraussetzung des Art 137 B-VG („vermögensrechtliche Ansprüche“, die „nicht durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind“) ist anzuführen: Die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde für Rückforderungsanspruch betreffend eine Geldbuße, die aufgrund eines in der Folge aufgehobenen Feststellungsbescheides nach dem BVergG erlassen wurde, ist nicht ersichtlich. Auch der VfGH hat im oben genannten Erkenntnis ausdrücklich darauf hin-

12 Die mit der BVergG-Novelle 2013 vorgenommene Umlenkung wurde erst im Plenum des Nationalrates über Abänderungsantrag beschlossen. Begründet wird dies schlicht damit, dass „es eine gute Ergänzung wäre“ und dass „Geldbußen nunmehr“ dem Wissenschaftsfonds „zufließen sollen“ (StenProt zur 200. Sitzung des NR XXVI. GP).

13 VfGH 30. 9. 2006, A 19/05.

14 VfGH 12. 10. 2005, A 29/04.

15 ZB VfGH 27. 11. 1980, A 2/77.

16 Siehe etwa OGH 20. 11. 2012, 5 Ob 127/12f, ecolex 2013, 325 [mit Anm Graf] oder RS0045438. Mair in Schwimann (Hrsg) ABGB-TaKomm<sup>2</sup> § 1430 Rz 13.

17 VfGH 9. 10. 1996, A 4/95.

gewiesen, dass er keine Kompetenz zum Ausspruch der Rückerstattung der bezahlten Geldbuße hat.

## 5. Vom VfGH anzuwendende materiell-rechtliche Vorschriften

### 5.1 Bereicherungsrecht des ABGB

UE ist daher der VfGH gemäß Art 137 B-VG zuständig, über die Rückforderung von Geldbußen zu entscheiden. Inhaltlich wendet der VfGH in diesen Verfahren die privatrechtlichen Bestimmungen über Bereicherung auch im öffentlichen Recht direkt oder analog an, um vorhandene Lücken des öffentlichen Vermögensrechtes zu schließen.<sup>18</sup> Fällt der Rechtsgrund der Zahlung nachträglich weg, kommt deren Rückforderung gemäß § 1435 ABGB analog in Betracht.<sup>19</sup> Entrichtete Geldstrafen können gestützt auf § 1431 ABGB zurückgefordert werden, wenn es an einem Titel im Sinne einer rechtlichen Deckung fehlt.<sup>20</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist seine Zuständigkeit gemäß Art 137 B-VG zur Entscheidung über den Anspruch auf Rückerstattung eines bezahlten Strafbetrages (bzw Verfahrenskosten) gegeben, wenn das zugrunde liegende Straferkenntnis – als Rechtstitel der Zahlung – durch Aufhebung weggefallen ist.<sup>21</sup> Die Annahme einer „Lücke im öffentlichen Vermögensrecht“ ist uE auch hier vorhanden, denn es sind – jedenfalls bei verfassungskonformer Auslegung – keine Gründe für die Annahme er-

sichtlich, der Gesetzgeber hätte den Anspruch auf Rückzahlung einer geleisteten Geldbuße nach Aufhebung des dieser zugrunde liegenden Bescheides nicht gewähren wollen.<sup>22</sup>

### 5.2 Rückabwicklung im Dreiecksverhältnis?

Durch die Einbeziehung des Wissenschaftsfonds (früher ERP-Fonds) als Dritter, der die Leistung (Geldbuße) tatsächlich erhält, stellt sich abschließend die Frage der Rückabwicklung im Dreiecksverhältnis. Denn grundsätzlich gilt, dass Schuldner des Kondiktionsanspruches nur der Leistungsempfänger ist. Dabei ist allerdings der rechtliche (und nicht der tatsächliche) Leistungsempfänger relevant. Für die Ermittlung des rechtlichen Leistungsempfängers ist auf die beabsichtigte Zweckbeziehung abzustellen.<sup>23</sup> Dabei ergibt sich aus den obigen Ausführungen uE, dass der Bund im rechtlichen Sinn Leistungsempfänger bleibt, auch wenn der Fonds die Geldbußen tatsächlich entgegennimmt. Begründet liegt dies zunächst in der angeführten Zurechnung des Fonds zum Bund. Weiters stellen die Geldbußen Mittel staatlichen Zwanges dar, der eindeutig vom Bund und nicht vom Fonds ausgeübt wird. Bestätigt wird dies dadurch, dass gemäß den Materialien zur BVergG-Novelle 2010 die Geldbußen im Fall der Nichtzahlung gemäß § 3 VVG vom BVA (nunmehr das BVwG), also vom Rechtsträger Bund (und nicht dem Wissenschaftsfonds) eingetrieben werden.<sup>24</sup>

## Zusammenfassung

Aus allen diesen Gründe folgt uE die Zuständigkeit des VfGH für Rückforderungen von nach § 334 Abs 7 BVergG verhängten Geldbußen. Wobei derartigen, auf Art 137 B-VG gestützten Klagen bei nachträglicher Aufhebung des Bescheides oder Erkenntnisses durch die Höchstgerichte bzw allenfalls nach Wie-

deraufnahme des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht analog zu den bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüchen des ABGB auch grundsätzlich stattzugeben sein wird. Für die Situation nach den einzelnen Vergabekontrollgesetzen der Länder gilt Paralleles.

18 Zustimmend dazu auch *Mader in Schwimann* (Hrsg) ABGB<sup>3</sup> VI, Vor §§ 1431 ff Rz 20, und *Mair in Schwimann* (Hrsg) ABGB-Ta-Komm<sup>2</sup> § 1430 Rz 13.

19 VfGH 30. 11. 2000, A 7/99, wo über die mögliche Rückforderung einer in einem Strafverfahren (Amtsmissbrauch) für verfallen erklärten Zuwendung, die der Täter erhalten hatte, abgesprochen worden ist.

20 VfGH 28. 2. 2005, A 22/04.

21 VfGH 7. 6. 2009, A 16/09.

22 Vgl VfGH 16. 3. 1989, A 16/88.

23 *Mader in Schwimann* (Hrsg) ABGB<sup>3</sup> VI, vor §§ 1431 ff Rz 26.

24 RV, 327 BlgNR XXIV. GP, 39.