

Unternehmensstrafrecht

Versicherungsrecht

Condictio indebiti und § 67 VersVG

Rechtsprechungsübersicht

Schiedsgerichtsbarkeit

Gesellschaftsrecht

Mehr AR-zustimmungspflichtige Geschäfte

IT-Recht

Domain-Streitbeilegungsverfahren

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Marktmissbrauchsverordnung der FMA

Rechtsbehelfe des Schuldners gegen

EU-Vollstreckungstitel

Strafrechtliche Verurteilung und vergaberechtliche Zuverlässigkeit

KATHARINA HAHNL

Unbescholtene Geschäftsführer und eine strafrechtlich verurteilte GmbH: Die vergaberechtliche Zuverlässigkeit steht aufgrund des neuen VbVG auf dem Spiel.

A. GRUNDSÄTZLICHES

Das BVergG 2002 enthält bis dato keinen direkten Bezug zu den einzelnen Delikten des StGB. Erst das BVergG 2006,¹⁾ welches grundsätzlich²⁾ mit 1. 2. 2006 in Kraft treten soll, bringt diesbezüglich Neuerungen:

Nach § 68 Abs 1 Z 1 und § 229 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 führt die rechtskräftige Verurteilung eines Unternehmers, welche explizit angeführte Tatbestände des StGB betrifft, zum Ausschluss vom Verga-

beverfahren und uU zum Ausscheiden eines bereits gelegten Angebotes:³⁾

Natürlich gab es schon bisher inhaltliche Überschneidungen zwischen dem BVergG und dem StGB. So können nach § 98 Z 9 BVergG 2002⁴⁾ Angebote von Bietern ausgeschieden werden, „*die mit anderen*

Dr. *Katharina Hahnl* ist RAA bei KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Wien.

- 1) Das BVergG 2006 wurde am 6. 12. 2005 vom NR beschlossen (528/BNR 22. GP).
- 2) Zum differenzierten In-Kraft-Tretens-Regime für Länder siehe § 345 Abs 3 BVergG 2006.
- 3) § 129 Abs 1 Z 1 und § 269 Abs 1 Z 1 BVergG 2006, welche nunmehr ausdrücklich das Ausscheiden von Angeboten auszuschließender Bieter normieren.
- 4) Vgl nunmehr § 129 Abs 1 Z 8 und § 269 Abs 1 Z 6 BVergG 2006.

Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstößende Abreden getroffen haben“. Die Chance auf den Zuschlag ist damit verloren. Im Vergleich zu jenen bereits rechtskräftigen Verurteilungen, welche die Zuverlässigkeit des Unternehmers in Frage stellen, können unzulässige, wettbewerbswidrige Absprachen im konkreten Vergabeverfahren damit nicht nur zum Ausscheiden des Angebotes führen, sondern auch eine Verurteilung zB nach § 168 b StGB nach sich ziehen.

In Folge soll primär auf Fragen der Berücksichtigung des „strafrechtlichen Vorlebens“ von Unternehmern im Rahmen eines Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber eingegangen werden. Was wird sich durch das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG)⁵⁾ und das BVergG 2006 für Auftraggeber ändern?

B. ALLGEMEINE BERUFLICHE ZUVERLÄSSIGKEIT

Wie in § 21 Abs 1 BVergG 2002⁶⁾ normiert, sind öffentliche Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu vergeben.

Konkretisiert wird dieser Grundsatz insb in § 51 Z 3 BVergG 2002,⁷⁾ wonach Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen sind, wenn „gegen sie oder – sofern es sich um juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt – gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt“.⁸⁾ Derartigen Unternehmern fehlt es an der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit.⁹⁾

Nach den neuen §§ 68 Abs 1 Z 1 und 229 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 wird die berufliche Zuverlässigkeit jenen Unternehmern ex lege abgesprochen, die rechtskräftig verurteilt und „einen der folgenden Tatbestände betrifft: Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation (§ 278 a des Strafgesetzbuches – StGB, BGBl 1974/60), Bestechung (§§ 302, 307, 308 und 310 StGB; § 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl 448), Betrug (§§ 146 ff StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkannahme (§ 153 a StGB), Förderungsmisbrauch (§ 153 b StGB) oder Geldwäscherei (§ 165 StGB) bzw einen entsprechenden Straftatbestand gem den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat“.

Dieser Ausschlussgrund wurde in Umsetzung des Art 45 Abs 1 RL 2004/18/EG und Art 54 Abs 4 RL 2004/17/EG eingeführt.¹⁰⁾

Die Folgen der fehlenden Zuverlässigkeit eines an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmers sind der Ausschluss vom Vergabeverfahren, die Nichteinladung zur Angebotslegung oder aber das Ausscheiden des Angebotes gem § 98 Z 1 BVergG 2002, § 129 Abs 1 Z 1, 2 und § 269 Abs 1 Z 1, 2 BVergG 2006. Jedenfalls wird die fehlende allgemeine berufliche Zuverlässigkeit idR eine Zuschlagserteilung an den betreffenden Unternehmer hindern.

C. RECHTSKRÄFTIGE VERURTEILUNG EINES UNTERNEHMERS

1. VERHÄLTNIS Z 1 UND Z 4

Die neuen §§ 68 Abs 1 Z 1 und 229 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 sind gegenüber Z 4 leg cit als *speziellere Bestimmungen* zu qualifizieren.

Im Vergleich zu Z 4 leg cit muss es sich bei einer rechtskräftigen Verurteilung nach Z 1 um eine solche *nach* den dort angeführten Tatbeständen handeln, nämlich um eine Verurteilung aufgrund einer Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation, Bestechung, Betrug, Untreue, Geschenkannahme, Förderungsmisbrauch oder Geldwäscherei.¹¹⁾

In Z 4 geht es jedoch um ein rechtskräftiges Urteil wegen „eines Deliktes“, das die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. In Betracht kommen hier – unter Einbeziehung der Festlegungen in § 70 Abs 1 Z 2 iVm § 68 Abs 1 Z 4 und § 231 Abs 1 Z 2 iVm § 229 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 betreffend die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit – neben Verurteilungen wegen Kridadelikten und Urkundendelikten auch solche wegen § 168 b StGB (wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren) und strafbare Handlungen gegen Leib und Leben (vgl §§ 75 ff StGB).

2. RECHTSKRÄFTIGE VERURTEILUNG DES UNTERNEHMERS ODER PERSONEN DER GESCHÄFTSFÜHRUNG

Sowohl nach Z 1 als auch nach Z 4 ist zunächst eine rechtskräftige Verurteilung, ein rechtskräftiges Urteil¹²⁾ Tatbestandsvoraussetzung. Es geht sohin um die Beurteilung der „strafrechtlichen Vergangenheit des Unternehmers“.

Ebenfalls in Z 1 und Z 4 enthalten ist das Tatbestandsmerkmal der Verurteilung *des Unternehmers*.

Gem § 2 Z 36 BVergG 2006 sind Unternehmer Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeits- und Biertergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

5) Siehe 994 BlgNR 22. GP.

6) Vgl auch § 19 Abs 1 und § 187 Abs 1 BVergG 2006.

7) So jetzt § 68 Abs 1 Z 4 und § 229 Abs 1 Z 4 BVergG 2006.

8) Verwaltungsstrafbehördliche Akte werden hingegen von §§ 68 Abs 1 Z 5 und 229 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 erfasst. Vgl dazu 1171 BlgNR 22. GP 60.

9) Vgl § 52 Abs 1 Z 3 BVergG 2002, § 70 Abs 1 Z 2 iVm § 68 Abs 1 Z 4 und § 231 Abs 1 Z 2 iVm § 229 Abs 1 Z 4 BVergG 2006.

10) Vgl 1171 BlgNR 22. GP 59 und 117.

11) Vgl auch 1171 BlgNR 22. GP 59, dass „die Verurteilung bestimmte Straftatbestände zu ‚betreffen‘“ hat.

12) Zur Frage, ob auch ein rechtskräftiger Bescheid oder ein Erk eines Gerichtshofes des Öffentlichen Rechts tatbestandsmäßig ist, *Esternann in Heid & Partner Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht (2005) 305 FN 1351.

Da bisher eine strafrechtliche Verurteilung von juristischen Personen nicht vorgesehen war, war unter Unternehmer – trotz der weiteren Legaldefinition des § 20 Z 32 BVergG 2002 und jetzt § 2 Z 36 BVergG 2006 – im Hinblick auf die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit nur die natürliche Person zu verstehen. Vor diesem Hintergrund versteht sich auch das Abstellen bei juristischen Personen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der natürlichen Personen der Geschäftsführung.

Ebenfalls in Z 1 und Z 4 ist (mit In-Kraft-Treten des VbVG als alternatives Tatbestandsmerkmal) „*sofern es sich um eine juristische Person, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt*“ ein rechtskräftiges Urteil, eine rechtskräftige Verurteilung „*gegen in deren Geschäftsführung tätige physische Personen*“ tatbestandsmäßig.

Mit In-Kraft-Treten des VbVG erfahren die §§ 51 BVergG 2002, § 68 Abs 1 und § 229 Abs 1 BVergG 2006 insofern eine *Verschärfung*, als juristische Personen, Personenhandelsgesellschaften, Eingetragene Erwerbsgesellschaften und Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigungen (Verbände) gem § 1 Abs 2 VbVG¹³⁾ ebenfalls rechtskräftig verurteilt werden können.

Aufgrund der Verantwortlichkeit eines Verbandes unter den in § 3 Abs 3 VbVG genannten Voraussetzungen sind gerade Fälle denkbar, in denen Mitgliedern der Geschäftsführung, Entscheidungsträgern iSd § 2 Abs 1 VbVG, eines Verbandes strafrechtlich unbescholten sind, aber trotzdem eine Verurteilung des Verbandes infolge eines ihm zurechenbaren Organisationsverschuldens erfolgt.¹⁴⁾

Das VbVG zieht damit die vergaberechtliche Konsequenz nach sich, dass es bei Verbänden nunmehr nicht mehr einzig auf die Verurteilung der natürlichen Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, ankommt, und bei Implementierung zB einer neuen Geschäftsführung der Unternehmer wieder als unbescholten iSd § 51 Z 3 BVergG 2002, § 68 Abs 1 Z 1 und Z 4 und § 229 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG 2006 gilt, sondern selbst bei „Austausch“ der Geschäftsführung der Verband unzuverlässig bleibt.

3. KENNTNIS DES AUFTRAGGEBERS VON DER VERURTEILUNG

Nach §§ 68 Abs 1 Z 1 und 229 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 ist ein Unternehmer nur dann auszuschließen, wenn der Auftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung hat. Diese Kenntnis wird sich der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber durch geeignete Nachweise verschaffen. Auch nach dem 43. Erwägungsgrund der RL 2004/17/EG¹⁵⁾ „*sollten gegebenenfalls von den Bewerbern/Bietern geeignete Unterlagen*“ angefordert werden „*und, wenn sie Zweifel in Bezug auf die persönliche Lage dieser Bewerber/Bieter hegen, die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaates um Mitarbeit ersuchen können*“.¹⁶⁾

Als Nachweis kommt insofern ein Auszug aus dem Strafregister oder eine gleichwertige Bescheini-

gung eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde in Betracht.

D. FREIBEWIS MÖGLICH?

Sollte tatsächlich eine rechtskräftige Verurteilung des Unternehmers oder Personen der Geschäftsführung erfolgt sein, stellt sich die Frage, ob dies automatisch zum Ausschluss führt oder aber sich der Unternehmer frei beweisen kann.

Ein solcher Freibeweis wird mE schon nach dem Wortlaut des §§ 68 Abs 1 Z 1 und 229 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 für eine der dort angeführten strafrechtlichen Verurteilungen nicht in Betracht kommen.

Bei einem rechtskräftigen Urteil iSd Z 4 leg cit aber ist dies auf den ersten Blick aber nicht eindeutig. Vielmehr scheint zunächst aufgrund des Wortlauts ein strenger Schluss geboten: Ist die berufliche Zuverlässigkeit auch nur „*in Frage*“ gestellt, hat dies bereits zum Ausschluss vom Vergabeverfahren zu führen. Eine derartige Auslegung zumindest des bisher gleichlautenden § 51 Z 4 BVergG 2002 wurde mE auch zu Recht abgelehnt.¹⁷⁾ Es würde wohl eine unsachliche Differenzierung darstellen, bei Bestrafungen gem § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG idF BGBl I 2002/68, welche die *besondere* berufliche Zuverlässigkeit betreffen, einen Freibeweis durch den Unternehmer zuzulassen, nicht jedoch bei anderen strafrechtlichen Vorwürfen, welche Zweifel an der *allgemeinen* beruflichen Zuverlässigkeit generell begründen.¹⁸⁾

Die Möglichkeit der „Selbstreinigung“¹⁹⁾ betreffend die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit erfährt im BVergG 2006 keine spezifische Regelung. Auch § 68 Abs 3 BVergG 2006 bringt keine diesbezügliche Klarstellung (vgl Punkt E.), sondern eröffnet vielmehr für den Auftraggeber die Möglichkeit, in Ausnahmefällen, auszuschließende Unternehmer trotzdem zu beauftragen.

E. BEAUFTRAGUNG UNZUVERLÄSSIGER UNTERNEHMER

Im Vergleich zum BVergG 2002 neu eingeführt wurde die Möglichkeit gem § 68 Abs 3 Z 1 BVergG 2006 vom Ausschluss des Unternehmers abzusehen,

13) 994 BlgNR 22. GP

14) Siehe dazu im vorherigen Beitrag *Brandstetter*, Strafbarkeit juristischer Personen ab 1. 1. 2006f, *ecolex* 2006, 4.

15) RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl Nr L 134 v 30. 4. 2004, 114, idF der Berichtigung ABl Nr L 351 v 26. 11. 2004, 44.

16) Vgl auch 1171 BlgNR 22. GP 59.

17) Vgl *Gölles* in *Schramml/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002, § 51 Rz 26; *Estermann* in *Heid & Partner Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht (2005) 305.

18) Der VfGH sprach in seinem Erk v 24. 6. 1998, G 462/97 aus, dass es unsachlich sei, Bestrafungen nach dem AuslBG zwingend mit dem vergaberechtliche Vorwurf der Unzuverlässigkeit zu verknüpfen, ohne dem Unternehmer die Möglichkeit einzuräumen, seine Zuverlässigkeit darzutun.

19) Vgl *Gölles* in *Schramml/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002, § 51 Rz 26.

wenn auf seine Beteiligung „in begründeten Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht verzichtet werden kann“.

Als Beispiel für einen derart begründeten Ausnahmefall wird in den Materialien die Situation genannt, dass ein Auftraggeber dringend eine bestimmte Menge an Impfstoff beschaffen muss, dieser jedoch in ausreichender Menge nur bei einem Unternehmer lagernd ist, der wegen Bestechung verurteilt wurde.²⁰⁾

Sektorenauftraggeber nach § 164 BVergG 2006, sohin öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber *haben* hingegen nach § 229 Abs 2 Satz 1 BVergG 2006 die in § 229 Abs 1 BVergG 2006 genannten Ausschlussgründe „jedenfalls vorzusehen“. Andere Sektorenauftraggeber, sohin jene nach §§ 165 (öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber) und 166 (Private Sektorenauftraggeber) BVergG 2006 können gem § 229 Abs 2 Satz 2 BVergG 2006 von einem Ausschluss Abstand nehmen, wenn auf die Beteiligung des „Unternehmens“²¹⁾ „in begründeten Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht verzichtet werden kann“. Aus den Materialien soll die Differenzierung in § 229 Abs 2 BVergG 2006 lediglich zum Ausdruck bringen, dass für Sektorenauftraggeber nach § 164 BVergG 2006 der Ausschluss des Unternehmers bei Vorliegen einer der in § 229 Abs 1 BVergG 2006 angeführten Gründe zwingend ist; für andere Sektorenauftraggeber jedoch nur fakultativ.

Mangels Vorsehen einer § 68 Abs 3 BVergG 2006 ähnlichen Regelung in § 229 BVergG 2006, könnte

davon ausgegangen werden, dass ein öffentlicher Auftraggeber als Sektorenauftraggeber iSd § 164 BVergG 2006 nicht ausnahmsweise, bei Vorliegen zwingender Gründe, von einem Ausschluss absehen kann. Dies müsste damit zu einer strengeren Regelung für öffentliche Auftraggeber in ihrer Funktion als Sektorenauftraggeber führen. Dies erscheint gerade im Hinblick auf das sonst für Sektorenauftraggeber vorgesehene „Vergaberecht light“ sachlich nicht gerechtfertigt.

20) Vgl 1171 BlgNR 22. GP 60.

21) Gemeint wohl „Unternehmer“, da nur ein solcher iSd § 2 Z 37 BVergG 2006 an einem Vergabeverfahren teilnehmen kann, nicht jedoch das Unternehmen (vgl zB § 1 Abs 2 UGB).

SCHLUSSSTRICH

Das neue VbVG führt zu einer Verschärfung der Festlegungen im BVergG über das Fehlen der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit und den dadurch möglichen Ausschluss vom Vergabeverfahren. Selbst wenn natürliche Personen der Geschäftsführung eines Verbandes iSd § 1 Abs 2 VbVG strafrechtlich unbescholten sind, ist eine Verurteilung des Verbandes selbst denkbar. Dies kann zum Ausschluss von Vergabeverfahren führen und damit die Chance auf öffentliche Aufträge zunichte machen.