

# Fallstrick für Wahlkartenauftrag

## Subunternehmerlösung könnte eine Umgehung sein

Christian Nordberg

**Wien** – Wie berichtet, wird der Auftrag zum Druck neuer Wahlkarten für die Bundespräsidentenwahl am 4. Dezember aus Zeitgründen nicht neu ausgeschrieben. Stattdessen soll die ursprüngliche Druckerei eine andere Gesellschaft als Subunternehmer mit dem Neudruck der Wahlkarten beauftragen.

Der Neudruck ist nicht per se ausschreibungspflichtig. Hat ein Auftragnehmer eine mangelhafte Ware geliefert, ist er unter gewährleistungsrechtlichen Aspekten zur Behebung des Mangels durch Lieferung einer mangelfreien Ware verpflichtet (§ 932 ABGB). Dabei handelt es sich um den Erfüllungsanspruch aus dem ursprünglichen Vertrag. Vergaberechtlich wird die Weiterleitung des Auftrages an eine andere Druckerei aber dann problematisch, wenn darin eine Umgehung des Vergaberechts liegt.

### Maßnahmen im Vergaberecht

Das vergaberechtliche Umgehungsverbot soll Gestaltungen und vorgeschobene Konstruktionen vermeiden, die darauf hinauslaufen, einen Beschaffungsvorgang dem Anwendungsbereich des BVergG zu entziehen. So sind Bauaufträge nach § 3 Abs. 2 BVergG auch von privaten Auftraggebern öffentlich auszuschreiben, wenn der Auftrag von der öffentlichen Hand zu mehr als 50 Prozent subventioniert wird. Weiters darf ein Auftrag nach § 13 Abs. 4 BVergG nicht in so kleine Bestandteile aufgeteilt werden, dass damit durch die Verringerung der Schwellenwerte die Anwendung des Gesetzes umgangen wird. Dies gilt auch für die Einbindung von Privaten in die Abwicklung eines an sich öffentlichen Auftrages, wie zwei Entscheidungen zeigen.

In einem Fall beauftragte die Republik einen Architekten damit, eine Schule zu einem bestimmten Pauschalbetrag im eigenen Namen abzuwickeln. Der Architekt schrieb die Bauleistung seinerseits aus und vergab sie an ein Bauunternehmen. Ein übergangener Bieter klagte den Bund. Der Oberste Gerichtshof rechnete die Vergabe als Umgehungsgeschäft dem Bund zu, der zu Schadenersatz verpflichtet wurde. Jeder Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeit und jede Umgehung seien hintanzuhalten, um ein fai-

res Vergabeverfahren und damit einen wirksamen Leistungswettbewerb durch den rechtlich einwandfreien Einsatz der öffentlichen Mittel zu gewährleisten, begründete der OGH die Entscheidung (28. 3. 2000, 1 Ob 201/99m).

Auch das Bundesvergabeamt hat die Zwischenschaltung eines Privaten zur Abwicklung eines Auftrages als unzulässige Umgehung bewertet (BVA 29. 12. 2011, F/0013-BVA/13/2011-18). In jenem Fall kauften Ärzte eine Software von einem Hersteller, wobei zuvor vereinbart worden war, dass der Hauptverband der Sozialversicherungsträger den Ärzten die Anschaffungskosten ersetzt. Das Amt kam zum Schluss, dass der zwischengeschaltete Arzt an der kurzen Leine des wahren (öffentlichen) Auftraggebers agierte, weil die Ärzte in ein vom Hauptverband und vom Softwarehersteller geschnürtes Korsett eingetreten sind, bei dem Preis und sonstige Merkmale der Software bestimmt waren.

Auch die Beauftragung eines Subunternehmers der Druckerei mit dem Neudruck der Wahlkarten kann eine Umgehung des Vergaberechts darstellen, wenn sich bei näherer Betrachtung herausstellen sollte, dass der Subunternehmer in Wahrheit an der „kurzen Leine“ der Republik hängt und sie die wesentlichen Rahmenbedingungen für den Auftrag direkt mit dem Subunternehmer ausverhandelt.

DR. CHRISTIAN NORDBERG, LL.M., ist Partner bei Hule Bachmayr-Heyda Nordberg Rechtsanwälte. nordberg@hbn-legal.at

## ENTSCHEIDUNG

### Diskriminierung: Kein Schadenersatz bei Austritt

**Wien** – Eine Arbeitnehmerin trat nach einer sexuellen Belästigung berechtigt aus dem Dienstverhältnis aus und erhielt immateriellen Schadenersatz von 3500 Euro. Ihre Klage auf zusätzlichen Schadenersatz wegen „diskriminierender Kündigung“ nach § 12 Abs 7 GIBG scheiterte. Dieser setzt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber voraus. (OGH 17. 8. 2016, 8 ObA 47/16v, LexisNexis News)