

**Alfred Grof**

# Amtsweigkeitsprinzip des § 39 Abs 2 AVG EU-konform?

**A** Zu dem unter C-464/00 beim EuGH registrierten Vorlageantrag des UVS Oberösterreich – der eine Klärung der Frage, ob das in § 39 Abs 2 AVG normierte Amtsweigkeitsprinzip mit Art 2 Abs 8 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG vereinbar ist, intendiert<sup>1</sup> – wurden gemäß Art 20 Abs 2 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft schriftliche Erklärungen der Republik Österreich, der Oö Landesregierung, der Europäischen Kommission, des Beschwerdeführers im Anlassverfahren und des Auftraggebers (Land Oberösterreich) abgegeben.

Darin wurden als wesentliche Argumente, die nach Ansicht dieser Verfahrensparteien für die Richtlinienkonformität des § 39 Abs 2 AVG sprechen, die vergleichsweise engere englische Textierung und die Judikatur des EuGH zu parallelen österreichischen Vergabekontrollorganen<sup>2</sup> sowie zum Gerichtsbegriff iSd Art 234 EGV<sup>3</sup> vorgebracht.

**B** Dem ist der UVS in seiner Gegenschrift vom 19.4.2002, ZI VwSen-550019/37/Gf, wie folgt entgegengetreten:

1. Reduziert auf ihren **gemeinschaftsrechtlich relevanten Inhalt** ist den abgegebenen Stellungnahmen zunächst als gewichtigstes, für die Richtlinienkonformität des in § 39 Abs 2 AVG normierten Amtsweigkeitsprinzips sprechendes Argument gemeinsam, dass die englische Textierung explizit von einem bloßem Anhörungsrecht ausgehe. Um dieser – gleichermaßen verbindlichen – Fassung gerecht zu werden, müsse man daher die **anderen sprachlichen Fassungen teleologisch reduziert interpretieren**, damit solcherart **insgesamt** diesem **kleinsten gemeinsamen Nenner** entsprochen wird.

In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich in den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften **keine allgemein verbindliche Anordnung** dergestalt, dass in Fällen unterschiedlicher sprachlicher Fassungen eines Rechtsaktes dessen Wirkung stets nur so weit reichen kann, als diese durch eine dieser Textierungen **gerade noch verbal gedeckt** ist, findet. Somit erhebt sich schon ab initio die Frage, weshalb nicht prinzipiell gerade der **umgekehrte Weg** – nämlich jener nach der **größtmöglichen inhalt-**

**lichen Übereinstimmung**, soweit sie durch einen Normtext zumindest nicht explizit ausgeschlossen ist – gegangen werden muss.

Dass es aber just im Zusammenhang mit der hier vorliegenden konkreten Problemkonstellation wesentlich näher liegt, diese Grundsatzfrage nach letzterem Modus zu lösen, folgt nach h Auffassung insbesondere aus dem Umstand, dass neben der deutschen auch die französische, die spanische, die italienische, die portugiesische und die dänische (und wohl auch die niederländische, also **insgesamt 7 von 11**) Fassungen **ausdrücklich** den (noch auf die **mittelalterliche Rechtsrezeption** zurückgehenden, sohin ursprünglich dem **römischen Recht** entstammenden) Begriff „**kontradiktiorisch**“ verwenden. Die englische Textierung der Richtlinie 89/665/EWG (RM-RL) erscheint demgegenüber insofern sprachlich unvollständig, als sie nur den auf die Verfahrensparteien bezogenen Teilaспект, nicht aber auch die daraus folgende institutionell-organisatorische Konsequenz (nämlich: Dispositions- anstatt Offizialmaxime) wiedergibt. Dies lässt sich aber unschwer daraus erklären, dass die synonyme wörtliche Übersetzung „**contradictional proceeding**“ im Rechtsenglisch nicht gebräuchlich ist bzw im Zusammenhang mit der RM-RL in diesem Mitgliedstaat eine völlige begriffliche Neuschöpfung (gewesen) wäre. Hingegen würde eine allgemeine Reduktion der Bedeutung des Begriffes „**kontradiktiorisch**“ auf die englische Formulierung in den übrigen Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Interpretation **contra legem** nach sich ziehen.

Vom angelsächsischen Rechtskreis abgesehen ist der Begriff „**kontradiktiorisch**“ demgegenüber aber ohnehin seit jeher untrennbar mit dem Wesen des Zivilprozesses als einem streitigen Verfahren zwischen einander gleichgeordneten Prozessparteien verbunden; **logische Konsequenz** daraus ist die **Dispositionsmaxime** (= „**Herrschaft der Parteien über das Prozessgeschehen**“; vgl zB M. Kaser, Römisches Privatrecht, 16. Auflage, München 1992, 351 und 387; sa ders, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 1996, 9 [wobei auf europäischer Ebene wohl danach getrachtet werden sollte, die auf S 519 ff beschriebenen Folgen des „nachklassischen“ amtsweigigen Verfahrens tunlichst zu vermeiden!]).

1 Siehe wbl 2001, 95 und ZVB 2001, 12 f.

2 C-258/97 v 4.3.1999 – *HI Hospital Ingenieure* und C 103/97 v 4.2.1999 – *Köllensperger*.

3 C-54/96 v 17.9.1997 – *Dorsch Consult*.

Da all dies gemeinhin ohne weiteres einsichtig ist, konnte der Rat folglich auch auf eine nähere Legaldefinition dieses Begriffes in der RM-RL selbst zwanglos verzichten.

2. Dem widerspricht auch und gerade der Hinweis der **Kommission** in ihrer schriftlichen Erklärung (Pkt 25) auf das Urteil des EuGH vom 30.1.2001, C-36/98, wonach bei einem Abweichen der sprachlichen Fassungen einer Gemeinschaftsvorschrift diese „*anhand der allgemeinen Systematik und des Zweckes der Regelung, zu der sie gehört, ausgelegt werden muss*“ (Rn 49), **nicht**:

Aus dem Zweck der RM-RL ergibt sich nämlich zum einen unzweifelhaft, dass diese eben die Reglung eines **zivilrechtlichen** Sachverhalts verfolgt. ZB resultiert aus Art 2 Abs 6 RM-RL, dass die Auftragsvergabe in einen privatrechtlichen Vertrag mündet; das Zivilrecht ist aber – als Ausfluss der **Privatautonomie** und im diametralen Gegensatz zum Öffentlichen Recht – vom kontradiktionsprinzip geprägt.

3. Außerdem liegt – wie an mehreren Stellen betont wird (vgl die Präambel [insb: „*Die Kürze der Vergabeverfahren macht eine dringliche Behandlung der genannten Verstöße notwendig.*“], Art 1 Abs 1 [„... und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel ...“] und Art 2 Abs 1 lit a RM-RL) – ein **Hauptzweck** der RM-RL darin, **schnellstmöglich** Gewissheit über die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Auftragsvergabe zu erlangen. Dass dieses Ziel durch ein vom **Dispositionsgrundsatz** geprägtes Verfahren **wesentlich effizienter** erreicht werden kann als durch ein solches, das vom Amtsweigkeitsprinzip dominiert ist, liegt a priori auf der Hand.

4. Nach h Auffassung geht die Anordnung des Art 2 Abs 8 RM-RL (Regelungszweck: **inhaltliche Rechtmäßigkeitskontrolle** durch ein von beiden Verfahrensparteien **unabhängiges** Organ) insofern über Art 234 EGV (Regelungszweck: [rein] **prozessuale Antragsbefugnis** [zur Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften]) hinaus, als Art 2 Abs 8 RM-RL **sowohl organisationsrechtliche als auch verfahrensrechtliche Garantien** enthält, während Art 234 EGV (wenn schon nicht nur, so aber jedenfalls) primär auf die **institutionelle** (organisationsrechtliche) Komponente abstellt. Insgesamt besehen bleibt daher die Garantie des Art 234 EGV hinter jener des Art 2 Abs 8 RM-RL zurück, weshalb der **EuGH** nach h Auffassung auch **zu Recht** davon ausgeht, dass „*das Erfordernis eines kontradiktionsprinzipes Verfahrens kein absolutes Kriterium*“ iSd Art 234 EGV darstellt (vgl C-54/96 vom 17.9.1997, Rn 31).

Daraus folgt aber wiederum, dass – entgegen dem diesbezüglichen Vorbringen der Oö Landesregierung – eben al-

lein der Umstand des Nichtvorliegens eines streitigen Verfahrens noch nicht zur Zurückweisung eines nach Art 234 EGV gestellten Vorlageantrages führen muss.

Im übrigen trifft die Aussage, dass in den Rechtssachen C-103/97 und C-258/97 ohnehin bereits festgestellt worden sei, dass das in § 39 Abs 2 AVG normierte Amtsweigkeitsprinzip den Anforderungen an ein streitiges Verfahren iSd Art 2 Abs 8 RM-RL entspreche, zumindest für den EuGH selbst nicht zu; dieser hat nämlich **keineswegs (definitiv) ausgesprochen**, dass der UVS Kärnten bzw. das Tiroler Landesvergabeamt ein streitiges Verfahren durchführen, sondern der Gerichtshof hatte – eben mangels konkreten Anhaltspunktes – bloß „keine Zweifel“ (also nur **obiter dictum**; vgl C-103/97 vom 4.2.1999 und C-258/97 vom 4.3.1999, jeweils Rn 18).

In Wahrheit brauchte aber in diesen beiden vorangeführten Urteilen die mit dem gegenständlichen Vorlageantrag gestellte Frage – bezieht man nunmehr auch das vorzitierte Urteil C-54/96 vom 17.9.1997, Rn 31, mit ein – mangels echter Präjudizialität auch gar nicht abschließend gelöst werden (ging es doch dort jeweils explizit bloß um die Frage, ob der UVS Kärnten bzw. das Tiroler Landesvergabeamt als ein **Gericht iSd Art 234 EGV anzusehen sind, nicht aber** darüber hinaus auch darum, ob diese jeweils auch eine **unabhängige Instanz** in der **speziellen Ausprägung** des **Art 2 Abs 8 RM-RL** verkörpern); sie ist daher in Wahrheit nach wie vor offen.

5. Letztlich darf auch der Aspekt nicht übersehen werden, dass die Stellungnahmen der österreichischen Bundesregierung und der Oö Landesregierung primär von dem Bestreben getragen sind, eine Feststellung des in § 39 Abs 2 AVG verankerten Amtsweigkeitsprinzips zu vermeiden und damit im Ergebnis eine Bestimmung als richtlinienkonform zu verteidigen, die seit dem Jahr **1925** inhaltlich unverändert gilt. Damals war das AVG – ein europaweites Novum der Vergesetzlichung des **Verwaltungsverfahrens** – als ein **typisches Einparteierverfahren** zur prozessualen Durchsetzung (ausschließlich) **subjektiv-öffentlicher Rechte** konzipiert (während es sich bei der Auftragsvergabe demgegenüber – siehe oben – um **Zivilrecht** handelt). Wenn und weil dieses Konzept zwischenzeitlich durch zahlreiche Novellierungen mehr und mehr zugunsten einer Einbindung mehrparteilicher Aspekte verlassen werden musste, **widerspricht** das **Amtsweigkeitsprinzip** des § 39 Abs 2 AVG mittlerweile nicht nur der **modifizierten Systematik des AVG selbst**: Wie sich daran zeigt, dass das **Land Oberösterreich** (als Auftraggeber) in seiner schriftlichen Erklärung vom 26.4.2001 dem Land Oberösterreich (als Vergabegesetzgeber; vgl die Stellungnahme der Oö Landesregierung vom 30.3.2001) und damit also im Ergebnis **sich selbst inhaltlich entgegentritt**, ist das Amtsweigkeitsprinzip nicht nur aus systematischer Sicht sowie unter dem Aspekt eines „**fairen Verfahrens**“ iSd **Art 6 Abs 1 EMRK** für ein kontradiktionsprinzipes Verfahren ungeeignet, sondern im

Hinblick auf das Ziel nach einer möglichst wirksamen und raschen Nachprüfung aus wirtschaftlicher Sicht geradezu kontraproduktiv.

Der (ober)österreichische Vergabegesetzgeber hätte daher entweder unmittelbar die ordentliche (Civil-)Gerichtsbarkeit – für die die Zivilprozessordnung (ZPO) unzweifelhaft ein kontradiktorisches Verfahren iSd Art 2 Abs 8 RM-RL vorsieht – mit dem Nachprüfungsverfahren betrauen oder im Falle der Heranziehung einer Verwaltungsbehörde eigenständige Verfahrensbestimmungen schaffen bzw. eben

die ZPO für anwendbar erklären müssen; hingegen ist nach Auffassung schlechthin nicht vorstellbar, dass die vorliegend Gesetz gewordene Lösung – Nachprüfung durch eine Behörde in einem Verfahren, wo die amtsweigige Ermittlungspflicht so weit geht, dass diese Instanz ohne spezifische Behauptung (und erst Recht ohne entsprechende Beweismittelanträge) einer Verfahrenspartei die Frage klären muss, ob es sich bei einer Ausschreibung um ein Einzel- oder bloß um ein Teilvorhaben handelt – im Ergebnis einem kontradiktori-schen Verfahren iSd Art 2 Abs 8 RM-RL entspricht.



# Vergaberechtlicher Lehrgang

## Die Lehrgangsreferenten

Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Ass.-Prof. DDr. Walter Blocher

DI Lucia Danna

Dr. Michael Fruhmann

Dr. Hans Gölles

Dr. Thomas Haunold

RA Dr. Stephan Heid

Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek

Mag. Alexander Latzenhofer

Mag. Andreas Nemec

Min.Rat Mag. Franz Pachner

Mag. Martin Platzer, MBA,

RA Dr. Johannes Schramm, MBL

Dr. Günter Schwayer

Dr. Andreas Ségur-Cabanac

Walter Taborsky

Univ.-Prof. Dr. Georg Wilhelm

## Das Ausbildungsprogramm für Auftragnehmer, Auftraggeber und beratende Berufsgruppen in 8 Modulen

Fachliche Leitung: Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek  
Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht, WU Wien

Beginn: 6. Juni 2002, Wien

Kontakt: Business Circle, [www.businesscircle.at](http://www.businesscircle.at)  
Hannes Pichler, [hannes.pichler@businesscircle.at](mailto:hannes.pichler@businesscircle.at)  
Tel: 01/522 58 20-22, Fax: 01/522 58 20-18

**RPA**