

# Vergaberecht – Rechtssicherheit – Rechtsrichtigkeit

ALFRED GROF

## Zu den „e-Medikation“-Entscheidungen des BVwG, des VwGH und des EuGH

1. Gleichsam als Schlusspunkt wurde mit Erk BVwG 17. 10. 2016, W123 2006575-1/41E, über Antrag der nicht zum Zug gekommenen Interessentin festgestellt, dass die vom Hauptverband der SV-Träger ohne vorherige Bekanntmachung erfolgte Auftragserteilung bezüglich „e-Medikation“ (als einem Kernstück des ELGA)<sup>1)</sup> an die Pharmazeutische Gehaltskasse rechtswidrig war; das weitere Begehren auf Nichtigerklärung des millionenschweren Projektumsetzungsvertrags wurde allerdings abgewiesen. Aus der Begründung ergibt sich, dass mit diesem im zweiten Rechtsgang erlassenen Erk eine inhaltliche Vorgabe des VwGH umgesetzt wurde – der seinerseits zuvor den EuGH um Klärung der Frage ersucht hatte, ob die VergRL 89/665/EWG dem § 332 Abs 3 Satz 1 BVergG insoweit entgegensteht, als ein Antrag auf Feststellung eines vergaberechtlichen Verstoßes jedenfalls – bei sonstiger Unbeachtlichkeit – binnen sechs Monaten nach Vertragsschluss gestellt worden sein muss. Hierzu geht aus EuGH 26. 11. 2015, C-166/14, hervor, dass § 332 BVergG insoweit unionsrechtswidrig erscheint, als die absolute Fallfrist unabhängig davon maßgeblich ist, ob ein potenzieller Interessent von der Rechtswidrigkeit der Auftragsvergabe überhaupt faktisch Kenntnis erlangen konnte. Davon ausgehend hatte der VwGH sodann mit Erk 16. 3. 2016, 2015/04/0004, ua „für das fortgesetzte Verfahren“ festgehalten, dass die „Unanwendbarkeit der absoluten Sechsmonatsfrist als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Feststellungsantrag nicht dazu führt, dass eine allenfalls getroffene Feststellung jedenfalls die Nichtigkeit des Vertrages (...) nach sich ziehen muss“, weil sich die Ausschlusswirkung einer derartigen Fallfrist durch das Erfordernis der Rechtssicherheit rechtfertigen lasse, ein Ziel, dessen Vorrangigkeit den Materialien zufolge auch dem „klaren Willen“ des Gesetzgebers entspreche.

Als Fazit scheint somit aus diesen drei Entscheidungen zu resultieren: „Nach Fristablauf sticht im Vergaberecht die Rechtssicherheit in jedem Fall die Rechtsrichtigkeit – ein rechtswidrig übergangener Bieter ist dann bloß auf Schadenersatz beschränkt“, ein Ergebnis, das im Anlassfall den Weg für eine störungsfreie Umsetzung des ELGA-Projekts ebnet.

2. Entgegen diesen primär rechtspolitischen Implikationen sprechen jedoch nicht nur das Prinzip der faktischen Effizienz des Rechtsschutzes (Art 13 EMRK bzw Art 47 GRC), sondern (Stichwort: verfassungskonforme Interpretation) auch die folgenden systematischen Argumente dafür, dieses Fazit nicht als „absolut“ bzw „dogmatisch“, sondern lediglich als ein (weniger stringentes) „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ zu qualifizieren:

- Zunächst geht schon aus den Rz 31 bis 34 des EuGH-Urteils hervor, dass es sich bei Art 2 f Abs 1 lit b VergRL bloß um eine „Kann“-Bestimmung handelt, sodass die Festlegung einer Sechsmonatsfrist in § 332 Abs 3 Satz 1 BVergG lediglich dem unionsrechtlichen Mindeststandard entspricht, also sowohl hinsichtlich Ausmaß als auch Ausschlusswirkung eine großzügigere nationale Regelung zulässig wäre. Außerdem ist infolge eingeschränkter Fragestellung trotz dieses Urteils nach wie vor offen, wie jene spezifische Konstellation, dass ein übergangener Bieter ohne eigenes Verschulden keine Möglichkeit hatte, noch vor Fristablauf von der Rechtswidrigkeit Kenntnis zu erlangen, aus unionsrechtlicher Sicht konkret zu beurteilen ist. Da es sich insoweit (weiterhin) um ein Problem der Interpretation von Unionsrecht handelt, kommt folglich auch die Bindungswirkung des § 63 VwGG nicht zum Tragen, dh, das BVwG hätte diese Frage autonom zu beurteilen gehabt<sup>2)</sup> und davon ausgehend zB auch zum Ergebnis der Nichtigerklärung des Vertrags kommen oder die Problematik der Unmöglichkeit der Kenntnisnahme dem EuGH vorlegen können.<sup>3)</sup> Weiters lässt sich auch den Materialien keineswegs „klar“ entnehmen, dass die Nov BGBl I 2010/15 eine mit dogmatischer Absolutheit verbundene sechsmonatige Fallfrist institutionalisieren wollte: Unzweideutig lässt sich daraus vielmehr nur der Wille zur Umsetzung der VergRL ableiten, während demgegenüber sogar der Gedanke, dass der Gesetzgeber die Fallkonstellation einer unverschuldeten Fristversäumnis überhaupt nicht vor Augen gehabt haben dürfte, nur eine (wenngleich naheliegende, so doch belegpflichtige) Vermutung bilden würde.
- Darüber hinaus hat auch der VwGH selbst – nämlich in Gestalt der in Pkt 6 Satz 1 des Erk enthaltenen Einschränkung „jedemfalls“ – die Handlungsalternative „Vertragseliminierung“ gerade nicht kategorisch ausgeschlossen.
- Schließlich kann man – zwar nicht generell, aber immerhin einzelfallbezogen – auch im Wege schlichter Subsumtion unter die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 334 Abs 2 Satz 2 BVergG

Dr. Alfred Grof ist Richter und Leiter der Wissenschafts-, Evidenz- und Dokumentationsstelle des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich in Linz.

1) Näher geregelt in § 16a GTelG (= Art 1 der als „ELGA-G“ bekannten Sammelnovelle BGBl I 2012/111); s ergänzend das Gesundheits-ZielsteuerungsG (= Art 1 der als „VUG“ bezeichneten Sammelnovelle BGBl I 2017/26).

2) Vgl EuGH 15. 10. 2015, C-581/14 Rz 34 ff.

3) Vgl EuGH 30. 6. 2016, C-634/15 Rz 19; *Leidenmühler*, Medien und Recht 2016, 295; *Lanser*, *ecolex* 2015, 1030; *Grof*, *ecolex* 2016, 739.

zu dem Ergebnis gelangen, dass es in concreto keine „*zwingenden Gründe eines Allgemeininteresses*“ gibt, die es „*rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten*“. Eine solche Subsumtion ist allerdings im Erk des BVwG unter Hinweis darauf, die (wie gezeigt, eigentlich als rechtlich unverbindliche Empfehlung zu verstehende) Vorgabe des VwGH zu übernehmen, schon von vornherein unterblieben.

3. Im Ergebnis dürften also wohl die besseren Argumente dafür sprechen, im Fall einer unverschuldeten Versäumnis der Sechsmonatsfrist (es nicht bei Feststellung eines Verstoßes und bloßem Schadenersatz zu belassen, sondern) tendenziell die Nichtigerklärung des Vertrags zu präferieren, jedenfalls aber – mit entsprechend konkreter Fragestellung – die damit verbundene unionsrechtliche Problematik durch den EuGH verbindlich klären zu lassen.

# Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte

AGNES BALTHASAR-WACH

## A. Diskriminierung am Arbeitsplatz – Religion – Kopftuch

In dem **Urteil v 14. 3. 2017, C-157/15, *G4S Secure Solutions***, kommt der EuGH auf Vorlage des Kassationshofs (Belgien) zum Ergebnis, dass ein Kopftuchverbot am Arbeitsplatz zulässig sein kann.

Der Ausgangssachverhalt handelt von Frau Achbita, Rezeptionistin bei einem Unternehmen. Als sie eingestellt wurde, gab es eine ungeschriebene Regel, wonach Arbeitnehmer am Arbeitsplatz keine sichtbaren Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen tragen durften, welche später in die Arbeitsordnung des Unternehmens aufgenommen wurde. Da Frau Achbita beabsichtigte, ein islamisches Kopftuch zu tragen, wurde sie entlassen.

Fraglich war, ob das Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, das sich aus einer allgemeinen *internen Regel* eines privaten Unternehmens ergibt, eine *unmittelbare Diskriminierung* iSd RL 2000/78/EG<sup>1)</sup> darstellt.

Die RL 2000/78/EG verbietet unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen ua wegen der Religion und Weltanschauung und umfasst sowohl den Umstand, religiöse Überzeugungen zu haben, als auch die Freiheit der Personen, diese in der Öffentlichkeit zu bekunden (Art 10 GRC; Art 9 EMRK).

Der EuGH stellt fest, dass die gegenständliche interne Regel unterschiedslos für das Tragen aller solchen Zeichen gilt und auf Frau Achbita nicht anders angewandt worden war als auf andere Arbeitnehmer. Somit liegt für den EuGH *keine unmittelbare Diskriminierung* wegen der Religion oder der Weltanschauung iSd RL 2000/78/EG vor. Eine *mittelbare Diskriminierung* liegt für den EuGH dann vor, wenn sich erweist, dass diese neutrale Verpflichtung tatsächlich dazu führt, dass Personen *mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung* in besonderer Weise benachteiligt werden.

Der EuGH führt weiter aus, dass eine solche mittelbare Diskriminierung durch ein rechtmäßiges Ziel wie die Verfolgung einer *Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität* durch den Ar-

beitgeber im Verhältnis zu seinen Kunden mit Blick auf Art 16 GRC (unternehmerische Freiheit) sachlich gerechtfertigt sein kann, wenn die Maßnahmen verhältnismäßig sind. So muss diese Politik der Neutralität tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden. In Bezug auf die Erforderlichkeit ist zu prüfen, ob es möglich gewesen wäre, Frau Achbita einen Arbeitsplatz ohne Sichtkontakt zu Kunden anzubieten, statt sie zu entlassen.

## B. Diskriminierung am Arbeitsplatz – Religion – Kopftuch

In dem **Urteil v 14. 3. 2017, C-188/15, *Bouagnaoui***, befasst sich der EuGH auf Vorlage des Kassationsgerichtshofs (Frankreich) mit den Grenzen eines Kopftuchverbots am Arbeitsplatz.

In dem Ausgangssachverhalt wurde Frau Bouagnaoui, die als Softwaredesignerin am Arbeitsplatz während der Arbeitszeit ein islamisches Kopftuch trug, nach einer Beschwerde eines Kunden entlassen, weil sie der Bitte, kein Kopftuch zu tragen, nicht nachkam.

Fraglich war, ob der Wille des Arbeitgebers, dem Wunsch eines Kunden zu entsprechen, die Leistungen nicht mehr von einer Arbeitnehmerin mit islamischem Kopftuch erbringen zu lassen, eine „*wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung*“ iSv Art 4 RL 2000/78/EG darstellt.

Nach Art 4 Abs 1 RL 2000/78 können MS vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung ua wegen der Religion keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der *Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit* oder der *Bedingungen ihrer Ausübung* eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen

Mag. Agnes Balthasar-Wach ist Univ.-Ass. am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung (Abteilung für Europarecht, Lehrstuhl Prof Trstenjak) der Universität Wien.

Kontakt: agnes.balthasar@univie.ac.at

1) RL 2000/78/EG v 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 2000/303, 16.