

WAS VERSTECKT SICH HINTER DEM PAUSCHALPREISBEGRIFF?

Anmerkungen eines Verfassungsrechtlers

1. Herkunft des Wortes „Pauschale“ (Lateinisch? Nein, Latinisierung des deutschen Worts „Pausch“ oder „Bausch“). Noch heute ist die Ursprungsform in der Wendung „in Bausch und Bogen kaufen“ bekannt. Gemeint war damit, ein Grundstück ohne genaue Vermessung zu erwerben; man kaufte es „in Bausch“ (= inwärts gerundete Einbuchtung) „und Bogen“ (= auswärts gerundete Einbuchtung). Das deutsche Wort „Bausch“ wurde zum Wort „Pauschale“ latinisiert – und das erst in der zweiten Hälfte des 19. Jhdts. und von der österr Amtssprache ausgehend (vgl „Deutsche Wörterbuch“ der Gebrüder Grimm, welches das Wort im Erscheinungsjahr 1854 noch gar nicht kennt).
2. *Duden*: Pauschale bedeutet „Gesamtbetrag“ bzw „Gesamtabfindung“. Gemäß § 2 Z 26 lit e BVergG 2006 wird „Pauschalpreis“ mit „der für eine Gesamtleistung oder eine Teilleistung in einem Betrag angegebene Preis“ legaldefiniert.
3. Rechtliche Probleme, die mit Pauschalpreisen verbunden sind: Überwälzung eines unkalulierbaren Risikos, Sittenwidrigkeitsproblem, Frage der Zulässigkeit des Nachforderns von Werklohn aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse etc. All das sind zivilrechtliche Probleme; sie betreffen das zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestehende Vertragsverhältnis.
4. Verfassungsrechtliche Berührungspunkte zum Pauschalpreis gibt es in zweierlei Hinsicht:
 - (a) Entsprechen die Bestimmungen des BVergG 2006 über den Pauschalpreis den verfassungsrechtlichen Vorgaben? (b) Entsprechen die Pauschalpreisregelungen einer Ausschreibung den Grundrechten? Im erstgenannten Fall greift man das BVergG 2006, im zweitgenannten Fall die konkrete Ausschreibung selbst an.
 - a. Begriff der Pauschale im BVergG 2006: § 2 Z 26 lit e enthält eine Legaldefinition des Pauschalpreises; § 24 Abs 2 unterscheidet Preise „ihrer Art nach“ in Einheits-, Pauschal- oder Regiepreise; § 24 Abs 6 bestimmt, dass diese Preise „fest oder veränderlich sein können“; und § 125 Abs 4 Z 2 BVergG 2006 bestimmt, wie bei der vertieften Prüfung von Pauschalpreisen vorzugehen ist.

Die zentrale vergaberechtliche Bestimmung zum Pauschalpreis ist aber § 24 Abs 4 BVergG 2006. Diese lautet: „Zu Pauschalpreisen ist auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt sind und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen ist“.

Die Bestimmung nennt Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit eine Ausschreibung zu Pauschalpreisen rechtmäßig ist. Ist sie unklar formuliert (und verstößt sie also gegen das Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG)? Beruht sie auf keinem vernünftigen Grund (und verstößt sie daher gegen das verfassungsrechtliche Sachlichkeitsgebot)? Ist sie zu eng oder zu weit formuliert und behandelt sei demnach Gleiches

ungleich oder Ungleiches gleich – beides ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art 2 StGG?

Es müssen Art, Güte und Umfang der Leistung bekannt sein. „Art“ meint die Leistungsart – also Bauleistung, Lieferleistung oder Dienstleistung; „Güte“ meint die verlangte Qualität, „Umfang“ den Leistungsumfang. Was heißt es aber, dass diese Parameter „hinreichend genau“ bekannt sein müssen? Hinreichend für wen oder wofür? Muss der Auftraggeber genug wissen, um den Auftragswert schätzen zu können? Oder müssen dem Bieter genügend Informationen zur Verfügung stehen, um kalkulieren zu können? Und was bedeutet „zur Zeit der Ausschreibung“? Im Bekanntmachungszeitpunkt, im Zeitpunkt der Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen, im Zeitpunkt des Endes Angebotsfrist im Zuschlagszeitpunkt? Bei großen Projekten kann es durchaus sein, dass zwischen Bekanntmachung und Zuschlag viele Monate, wenn nicht mehrere Jahre liegen.

„Hinreichend bekannt“ müssen auch die Umstände sein, unter denen die Leistung zu erbringen ist. Sind damit bloß die engeren Umstände der Leistungserbringung – also zB Leistungsort und Leistungsfrist – gemeint oder können hier auch andere Fakten von Bedeutung sein (zB ständig querulierende *claim management*-Abteilungen)?

Selbst wenn aber all diese Umstände bekannt wären, verlangt § 24 Abs 4 BVergG 2006 für die Zulässigkeit einer Ausschreibung zu Pauschalpreisen überdies, dass mit einer Änderung dieser Umstände „während der Ausführung nicht zu rechnen ist“. Auch hier wieder: Zu welchem Zeitpunkt muss diese Sicherheit bestehen? Und was geschieht, wenn sie wegfällt? Kündigung? Nachverhandlungen?

Schließlich: Nach dem Wortlaut des § 24 Abs 4 BVergG 2006 „ist“ zu Pauschalpreisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, wenn die genannten Voraussetzungen gegeben sind. „Ist“ und nicht „darf“! Heißt das, dass man bei Vorliegen der Voraussetzungen zu Pauschalpreisen ausschreiben muss, dass es dem Auftraggeber also verwehrt ist, zu Einheits- oder Regiepreisen zu vergeben?

Je näher man den Wortlaut des § 24 Abs 4 BVergG 2006 – und mithin: der zentralen vergaberechtlichen Bestimmung über den Pauschalpreis – betrachtet, desto unklarer wird sein normativer Gehalt. Und das ist verfassungsrechtlich bedenklich.

- b. Inwiefern kann die Pauschalpreisregelung einer Ausschreibung verfassungswidrig sein? An sich strukturell unmöglich: Der Staat kann seine Aufgaben auf zwei Arten erfüllen: Er kann hoheitlich oder privatrechtsförmig handeln. Im erstgenannten Fall erlässt er Bescheide oder Verordnungen oder setzt faktische Amtshandlungen; im zweitgenannten Fall schließt er – wie jeder Private – Verträge ab. Im Bereich der Hoheitsverwaltung herrscht ein Über- und Unterordnungsverhältnis, im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung ein Verhältnis der Gleichordnung von Staat und Privatem.

Die Grundrechte der Bundesverfassung – also: Gleichheitssatz, Eigentumsschutz, Freiheit der Erwerbsausübung uä – binden nun an sich nur den hoheitlich handelnden

Staat. Nur dort, wo der Staat Hoheitsakte setzt (also einen Bescheid oder eine Verordnung erlässt, eine faktische Amtshandlung setzt), ist er an die Grundrechte der Bundesverfassung gebunden. Im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung herrscht Privatautonomie; da müsste der Staat nicht Gleiches gleich behandeln, Parteiengehör und Akteneinsicht gewähren bzw bestimmte Fristen einhalten.

Enorme Rechtsschutzlücke. Die gesamte Förderverwaltung erfolgt mit Verträgen. Ein Bundesminister könnte mithin einem Parteifreund eine Förderung zusagen, einem anderen Antragsteller aber – trotz gleichen Sachverhalts – die Förderung verwehren und sich dabei auf die „Privatautonomie“ des ABGB berufen.

Aus diesem Grund vertreten Lehre und Judikatur die Ansicht, dass die Grundrechte ausnahmsweise auch den privatrechtsförmig handelnden Staat binden können: Der OGH nimmt an, dass zumindest dem Gleichheitssatz „Fiskalgeltung“ zukommt, dass er also auch vom Staat, der privatrechtliche Verträge abschließt, beachtet werden muss. Er muss seine Vertragspartner gleich behandeln und darf nicht unsachlich differenzieren.

Und den Grundrechten generell kommt mittelbare Drittwirkung zu. Dies bedeutet, dass die in den Grundrechten vertypen Wertvorstellungen bei der Auslegung der unbestimmten Gesetzesbegriffe des Zivilrechts heranzuziehen sind. Will man also klären, ob die Pauschalierungsbestimmung einer Ausschreibung sittenwidrig iSd § 879 ABGB ist, kann man fragen, ob sie unsachlich ist, Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt, willkürlich diskriminiert oder die Erwerbsausübung unsachlich behindert. All diese Beschränkungen sind Grundrechtswidrigkeiten, die über den Umweg der Sittenwidrigkeit geltend gemacht werden können. Es lohnt sich daher, in die reichhaltige Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zum zB Gleichheitssatz zu schauen, um entsprechende Argumentationsmuster zu finden.

5. Letzte Frage: Wie können diese Verfassungswidrigkeiten von Pauschalierungsbestimmungen in Ausschreibungsunterlagen geltend gemacht werden? Ein paar kleine Hinweise: Will man den § 24 Abs 4 BVergG 2006 anfechten, so gibt es zwei Möglichkeiten: Befinden Sie sich bereits in einem Vergabeverfahren, könnten Sie beim zuständigen Verwaltungsgericht die Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens anregen; ansonsten wäre auch die Stellung eines Individualantrags beim Verfassungsgerichtshof oder eine Gesetzesbeschwerde im Zivilprozess denkbar.

Die Grundrechtswidrigkeit von Pauschalierungsbestimmungen in Ausschreibungsunterlagen können vor den Vergabekontrollbehörden – also vor den Verwaltungsgerichten – als Ausschreibungswidrigkeiten gerügt werden. Greifen diese Ihre Rüge nicht auf, können deren Erkenntnisse mit Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof angefochten werden.