

**Schriftliche Äußerung
zur Anwendung der „Verhaltensregeln“
(Anhang A-8 des Eurofighter-Kaufvertrages)**

erstattet

**im Auftrag des Untersuchungsausschusses
hinsichtlich der Beschaffung von Kampfflugzeugen**

von

Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletecka
Univ.-Prof. DDr. Heinz Mayer

Allgemeiner Teil

Auftragsgegenstand, Vorbemerkungen und System der Verhaltensregeln

I. Der Auftragsgegenstand

Der Untersuchungsausschuss hinsichtlich der Beschaffung von Kampfflugzeugen hat in seiner Sitzung vom 14.05.2007 beschlossen, von den Professoren der Universität Wien, Dr. Josef Aicher, Dr. Andreas Kletecka und DDr. Heinz Mayer eine schriftliche Stellungnahme zur Anwendung der „Verhaltensregeln“ (Anhang A-8 des Eurofighter-Kaufvertrages) einzuholen.

Näherhin wurde um schriftliche Stellungnahme zu folgenden Fragen ersucht:

1. Welche am Eurofighter-Kauf beteiligte Firma bzw. Firmen sind als „Bieterseite“ im Sinne des Anhang A-8 des Eurofighter-Kaufvertrages zu qualifizieren: EADS, Eurofighter GmbH oder beide?
2. Ist der Leiter der Unterkommission „Operation“ der Bewertungskommission eine Person, die unmittelbar oder mittelbar an der Auftragsvergabe mitwirkt?
3. Ist ein Rüstungslobbyist, „der mit Vollmacht und im Namen der Bieterseite auftritt, an seiner Wohnadresse ein EADS-Verbindungsbüro Österreich“ führt, Teil des Eurofighter-Verhandlungsteams ist und monatliche Zahlungen von EADS erhält, der „Bieterseite“ im Sinne der Ziffer 1 der Verhaltensregeln zuzurechnen?
4. Ist durch die Zuwendung von Seiten eines Lobbyisten der Bieterseite an eine für die Typenentscheidung wichtige Person ein Vorteil im Sinne des § 304 StGB gegeben?
5. Ist im Zusammenhang mit dem Eurofighter-Kauf ein Vorteil im Sinne des § 304 StGB gegeben, wenn die Zahlung in der Zeit zwischen Typenentscheidung und Vertragsabschluss geleistet worden ist?
6. Muss die Person, in deren Einflussbereich die Zahlung gelangt ist, selbst von der Zuwendung gewusst und sie gebilligt haben?
7. Ist für die Beurteilung, ob es sich um die Zuwendung eines maßgeblichen Geldbetrages gehandelt hat, das Verhältnis der Zuwendung zum Gesamtkaufpreis oder zur Einkommens- und Vermögenssituation der durch die Zuwendung bedachten Person von Relevanz?

8. Ist ein Rüstungslobbyist, der mit Vollmacht und im Namen der Bieterseite auftritt, an seiner Wohnadresse ein „EADS-Verbindungsbüro Österreich“ führt, Teil des Eurofighter-Verhandlungsteams ist und monatliche Zahlungen von EADS erhält, ein „sonstiger Dritter“ im Sinne der Ziffer 2 der Verhaltensregeln?
9. Ist auszuschließen, dass ein Rüstungslobbyist, der mit Vollmacht und im Namen der Bieterseite auftritt, an seiner Wohnadresse ein „EADS-Verbindungsbüro Österreich“ führt, Teil des Verhandlungsteams ist und monatliche Zahlungen von EADS erhält, weder eine Person im Sinne der Ziffer 1 noch im Sinne der Ziffer 2 der Verhaltensregeln ist?
10. Hat der Bieter gemäß Ziffer 2 der Verhaltensregeln durch die Vorlage von detaillierten und überprüfbaren Zahlungsbelegen nachzuweisen, dass es auszuschließen ist, dass eine Summe in der Höhe von mehr als 80.000 Euro aus den Mitteln der Bieterseite an eine Person, die unmittelbar oder mittelbar an der Auftragsvergabe mitwirkt, geflossen ist?
11. Können die Fragen 1 - 10 auf Grund der dem Ausschuss vorliegenden Akten und Aussagen von Auskunftspersonen mit der nötigen Klarheit beantwortet werden?
12. Kann der Bundesminister für Landesverteidigung bei Vorliegen all der oben genannten Voraussetzungen vom Vertrag gem. Anhang A-8 zurücktreten?
13. Ergibt sich aus der Bundesverfassung für den Bundesminister für Landesverteidigung bei Vorliegen all der oben genannten Voraussetzungen gem. Anhang A-8 eine Verpflichtung, vom Vertrag zurückzutreten?

II. Klarstellende Vorbemerkung

Die Gutachter stellen klar, dass sie weder vom Untersuchungsausschuss noch von dessen Obmann, AbgzNR Dr. Peter Pilz, Vorgaben welcher Art auch immer erhalten haben. Diese Feststellung bezieht sich auch auf die Art und Weise der Fragebeantwortung. Diese haben die Gutachter gemeinsam festgelegt. Daraus folgt im Einzelnen:

- (1) Die Gutachter sehen ihre Aufgabe nicht darin, an Hand eines vorgegebenen oder von den Gutachtern zu recherchierenden Sachverhaltes ein Szenario für den „Ausstieg“ aus dem Eurofighter-Vertrag zu entwerfen.
- (2) Die Gutachter nehmen keine Subsumtion von Sachverhalten, die der Untersuchungsausschuss ermittelt hat, vor. Die Beweiswürdigung ist nicht Sache eines Rechtsgutachtens.

- (3) Soweit in den Fragestellungen Sachverhaltsannahmen enthalten sind, werden sie von den Gutachtern übernommen.
- (4) Im Zusammenhang mit den Festhaltungen unter (2) und (3) stellen die Gutachter klar, dass sie bereits zur Vorbereitung auf ihre Anhörung als Sachverständige vor dem Untersuchungsausschuss am 20.04.2007 eine 8 Aktenordner umfassende Dokumentation im Wesentlichen betreffend das Vergabeverfahren und die „Vertragsentwicklung“ erhalten haben. Auf Wunsch der Gutachter wurde ihnen vom Obmann des Untersuchungsausschusses eine Reihe von weiteren Dokumenten übermittelt, die einen engen Bezug zur gegenständlichen Fragestellung besitzen. Dies aber nur, um den Hintergrund der Fragestellung auszuleuchten und nicht zu dem Zweck einer Bestätigung dahingehend, dass die der Fragestellung zugrunde gelegten Sachverhaltsannahmen durch die genannten Dokumente (allein) zwingend bewiesen sind. Schon aus Gründen der für die Gutachtenserstellung zur Verfügung stehenden Zeit und aus Gründen ihres Verständnisses des erteilten Auftrages haben die Gutachter nicht von der durch Beschluss des Untersuchungsausschusses eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, in darüber hinausgehende Originalakten und Unterlagen des Untersuchungsausschusses Einsicht zu nehmen.
- (5) Die Gutachter haben auch den Aufbau ihrer Stellungnahme gemeinsam festgelegt. Sie besteht aus einem „Allgemeinen Teil“, in welchem das System der vertraglich vereinbarten Verhaltensregeln erläutert und der Sinngehalt der zentralen Tatbestandsmerkmale in ihrem systematischen Zusammenhang ermittelt wird. Auf dieser Basis werden dann die einzelnen Fragen beantwortet.
- (6) Aus einer systematischen Betrachtung der einzelnen Bestimmungen, aus denen die Verhaltensregeln bestehen, kann sich ergeben, dass einer Frage, so wie sie gestellt ist, nicht jene Relevanz zukommt, die ihr der Untersuchungsausschuss beimisst. Die Fragestellung ist nicht zuletzt von den Äußerungen geleitet, welche die Gutachter bei ihrer Anhörung zu den einzelnen Bestimmungen auf konkrete Fragen der Mitglieder des Untersuchungsausschusses abgegeben haben. Das jetzt erzielte

Interpretationsergebnis muss sich damit nicht in dem Sinne decken, dass ein ehemals für entscheidend gehaltener Aspekt, der sich in der Fragestellung widerspiegelt, die angenommene zentrale Bedeutung besitzt. Darauf wird bei der Beantwortung einzelner Fragen hinzuweisen sein.

- (7) Die Gutachter haben eine Aufteilung vorgenommen. Die Frage 13 hat Heinz Mayer bearbeitet. Den „Allgemeinen Teil“ und die Fragen 1 bis 11 haben Josef Aicher und Andreas Kletecka in gemeinsamer Abstimmung bearbeitet. Die Federführung für den Allgemeinen Teil und für die Fragen 1, 2, 4, 5, 6, 7 und 10 lag bei Josef Aicher; für die Fragen 3, 8 und 9 bei Andreas Kletecka. Die Stellungnahme zu den Fragen 11 und 12 wurde von den beiden Gutachtern gemeinsam formuliert.
- (8) Bei den meisten von Andreas Kletecka und Josef Aicher behandelten Fragen geht es im Kern um Fragen der Vertragsauslegung, die den Sinngehalt einer Regelung ermitteln soll, welcher der Absicht der Parteien entspricht (§ 914 ABGB). Mit den Mitteln der Vertragsauslegung, unter denen der teleologische Interpretation besonderes Gewicht zukommt¹, ist herauszufinden, wie der andere Teil die Erklärung verstehen musste. Hierfür ist das gesamte Verhalten der Vertragsteile, das sich aus Äußerungen in Wort und Schrift, sowie aus sonstigem Tun und Nichttun zusammensetzt, zu berücksichtigen.² Dieses ist wiederum im Streitfall maßgeblich vom Vorbringen der Parteien und dessen Beweisbarkeit abhängig und unterliegt der Beweiswürdigung durch das Gericht. Diese kann von einem Rechtsgutachten nicht vorweggenommen werden. Nicht erst für die Frage, ob ein Verhalten so gesetzt wurde, dass es unter den Verbotstatbestand der Verhaltensregeln subsumierbar ist, kommt es auf ein entsprechendes Tatsachenvorbringen und dessen Beweisbarkeit an, sondern bereits für die Ermittlung des Sinngehaltes von Parteienerklärungen. Deshalb kann ein gutachterliches Auslegungsergebnis durch ein Vorbringen von Umständen, die dem Gutachter nicht bekannt

¹ Vgl. *Rummel*, in *Rummel*³, § 914 Rz 1.

² So *Binder* in *Schwimmann*, *ABGB*³, IV § 914 Rz 62.

sind, falsifiziert werde. Es ist daher nicht auszuschließen, dass ein Gericht im Streitfall zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangt.

Hinzu kommt, dass mit der Anwendung der Auslegungsregeln des § 914 ABGB uU kein eindeutiger Bedeutungsinhalt einer Erklärung ermittelt werden kann. Ob eine „undeutliche Äußerung“ vorliegt, welcher die Auslegung zum Nachteil derjenigen Vertragspartei eröffnet, „die sich derselben bedient hat“, ist daher selbst Auslegungsergebnis (§ 915 ABGB). Ob diese Zweifelsregelung zur Anwendung gelangt, kann im Streitfall durch das Gericht anders beurteilt werden.

III. Das System der Verhaltensregeln betreffend die Geschäftstätigkeit

A. Der maßgebliche Text der Verhaltensregeln

Mit der am 30.06.2003/01.07.2003 erfolgten Unterfertigung des Vertrages betreffend die Lieferung von 18 Stück Abfangjäger Eurofighter (im Folgenden: Eurofighter-KV)³ wurde zwischen der Republik Österreich, vertreten durch das BMLV, und der Eurofighter Jagdflugzeug GmbH (im Folgenden: EF-GmbH) auch der Anhang A-8 zu den Kommerziellen Bestimmungen (= Teil A des Eurofighter-KV) vereinbart. Dieser enthält die Verhaltensregeln betreffend die Geschäftstätigkeit (im Folgenden: Verhaltensregeln). Pkt 18.1.6 Teil A Eurofighter-KV nennt unter den vertraglich vereinbarten Rücktrittsgründen ausdrücklich die Rücktrittsmöglichkeit „...gemäß Anhang A-8, Verhaltensregeln betreffend die Geschäftstätigkeit.“

Die zum Vertragsinhalt gewordenen Verhaltensregeln haben nach dem, dem von beiden Parteien unterzeichneten Vertrag anliegenden Anhang A-8 folgenden Wortlaut:

³ Der Vertrag wurde gemäß Punkt 16 mit dem Inkrafttreten des Art 69 Budgetbegleitgesetz 2003 am 22.08.2003 rechtswirksam.

Verhaltensregeln betreffend die Geschäftstätigkeit

Die vorliegende Erklärung ist Teil der Angebotsunterlagen und an der hier vorgesehenen Stelle von dem Bieter (oder den Bietern) rechtswirksam zu unterfertigen. Wird diese Erklärung nicht ordnungsgemäß unterfertigt gemeinsam mit dem Angebot vorgelegt, so hat der Bieter zu gewärtigen, dass sein Angebot – allenfalls nach fruchtloser Aufforderung zur Verbesserung – ausgeschieden wird.

Dies vorausgeschickt, erklärt jeder Bieter:

1. Von Bieterseite ausdrücklich zugesagt wird, es zu unterlassen, natürlichen oder juristischen Personen, die mittelbar oder unmittelbar an der Auftragsvergabe mitwirken oder auf die Auftragsvergabe Einfluss nehmen können, in Kenntnis dieser Umstände Vorteile iSd § 304 StGB anzubieten oder zu gewähren oder darauf hinzuwirken, dass Dritte solchen Personen einen derartigen Vorteil anbieten oder gewähren;
2. Von Bieterseite ausdrücklich zugesagt wird, dafür zu sorgen, dass auch durch sonstige Dritte, welche dem unmittelbaren oder mittelbaren beherrschenden Einfluss eines Bieters unterliegen, kein gemäß Pkt. 1. untersagtes Verhalten gesetzt wird, es sei denn, dass dieses Anbieten oder Gewähren eines Vorteils nachweislich weder im Zusammenhang mit der gegenständlichen Angebotseinholung steht noch geeignet ist, die Auftragsvergabe mittelbar oder unmittelbar zu beeinflussen – wofür der Bieter die Beweislast trägt;
3. Von Bieterseite wird ausdrücklich zugesagt, dafür zu sorgen, dass auch durch Rechtsgeschäfte, die aus oder im Zusammenhang mit der gegenständlichen Angebotseinholung abgeschlossen werden, insbesondere im Zuge der Abwicklung von Gegengeschäften kein Anbieten oder Gewähren von Vorteilen in dem nach Pkt. 1. und Pkt. 2. untersagten Umfang erfolgt, wobei der Bieter dieser Unterlassungspflicht genügt, wenn er die Einhaltung dieser Verpflichtung durch zumutbare Prüf- und Überwachungsmaßnahmen, insbesondere hinsichtlich der im Zuge dieser Angebotseinholung anzubietenden Gegengeschäfte bestmöglich sicherstellt.
4. Die in obiger Ziffer 3. enthaltene Verpflichtung des Bieters gilt nur, wenn und soweit die dort definierten Rechtsgeschäfte vom Bieter selbst abgeschlossen werden.

Jeder Bieter erklärt sich damit einverstanden, dass bei Verletzung einer der oben genannten Verpflichtungen dem Auftraggeber folgende Rechte eingeräumt werden:

- a) Ausscheiden des Angebotes des betreffenden Bieters oder Forderung des Ausscheiden des betreffenden Bieters aus seiner Bietergemeinschaft bis zur Auftragsvergabe;

- b) nach Auftragsvergabe gänzlicher oder teilweiser Rücktritt vom Vertrag mit dem betroffenen Bieter oder der Bietergemeinschaft, welcher dieser Bieter angehört;
- c) wobei in beiden oben genannten Fällen jener Bieter, welcher die vorgenannte Rechtsfolge auslöst, solidarisch mit allfälligen weiteren Mitgliedern seiner Bietergemeinschaft für sämtliche Schäden des Auftraggebers, insbesondere für jeglichen frustrierten Aufwand sowie alle Kosten zweckmäßiger Ersatzmaßnahmen haftet.

B Die Entwicklungsgeschichte des Anhangs A-8

Gegenüber dem vom Auftraggeber in der Angebotseinholung vom 10.10.2001 (BMLV-GZ 33/017/00-00/01-4.9) vorgegebenen Text (dort als Anhang A-12) war der von der EF-GmbH unterfertigte Text nur in einem, aber wesentlichen Punkt geändert. Neu eingefügt war die bisher nicht enthaltene Ziffer 4.

Der um die Ziffer 4 ergänzte und zum Vertragsinhalt gewordene Text der Verhaltensregeln wurde dem BMLV als Bestandteil des Angebotes der EF-GmbH vom 22.01.2002 – dort als Anhang A-3 (mit Bezug auf Anhang A-12 der Angebotseinholung) – übermittelt.⁴

Anhang A-1 des Angebotes des Bieters EF-GmbH enthält „Kommentare zum Kommerz“. Dort ist unter Pkt. 1.8 „Kommentare/Abweichungen zur Beilage „Kommentare Bestimmungen – Anhang A-12 – Verhaltensregeln betreffend die Geschäftstätigkeit““ ausgeführt:

„Sollte wie folgt modifiziert/ergänzt werden

4. Die in obiger Ziffer 3. enthaltene Verpflichtung des Bieters gilt nur, wenn und soweit die dort definierten Rechtsgeschäfte vom Bieter selbst abgeschlossen werden.

Die oben vorgeschlagenen Änderungen wurden von uns im Formblatt entsprechend bereits eingearbeitet.“

⁴ Das Angebotsbegleitschreiben ist mit 22.01.2002 datiert. Sämtliche Angebotsteile – so auch der Anhang A-3 – tragen das Datum 22.01.2002. Daher kann das neben der firmenmäßigen Fertigung angegebene Datum 22.01.2001 nur ein Datumsfehler sein, der sich auch bei anderen anhängenden Erklärungen wiederholt. Am 22.01.2001 war das Vergabeverfahren noch nicht einmal eingeleitet. Die Verfahrenseinleitung erfolgte am 18.09.2001.

Dies ist – wie aus dem oben wiedergegebenen Vertragstext ersichtlich – auch geschehen. Myste­riös ist freilich, dass sich in den den Gutachtern übergebenen Vergabeakten ein im Zuge der Verhandlungen mit EF-GmbH erstellter Vertragsentwurf befindet (BMLV-GZ 42/1/01-00/2003-RD-ARWT/KA)⁵, dem als Anhang A-8 eine mit Datum 12.09.2002 für die EF-GmbH unterfertigte Erklärung mit dem der Angebotseinholung zugrunde liegenden Text, also ohne Ziffer 4, beiliegt (BMLV-GZ-33/017/01-02/01-49)⁶.

Selbst wenn man annehmen möchte, dass die EF-GmbH durch diese urkundliche Erklärung, die dem BMLV zugegangen sein muss, auf die in ihrem Angebot vom 22.01.2002 vorgenommene Einschränkung der Verhaltensregeln verzichtet hat,⁷ ändert dies nichts daran, dass der Vertragsunterzeichnung am 30.06.2003/01.07.2003 der für die EF-GmbH unterfertigte Text des Anhanges A-8 zugrunde lag, der dem Angebotstext entsprach und damit die Ziffer 4 beinhaltete.⁸ Damit wurde die Erklärung samt der Ziffer 4 Vertragsinhalt. Das BMLV hat der Abänderung ihrer in der Angebotseinholung wiedergegebenen Formulierung zugestimmt.

Klarzustellen ist, dass die EF-GmbH nicht erst seit der Vertragsunterzeichnung (30.06.2003/01.07.2003) bzw ab Rechtswirksamkeit des Vertrages (22.08.2003) an die Einhaltung der Verhaltensregeln gebunden war. Bindungswirkung entfaltete bereits der Zugang der – bei sonstigem Ausscheiden – gemeinsam mit

⁵ Die Typenentscheidung für den Abfangjäger „Eurofighter“ ist am 02.07.2002 gefallen: (Entscheidung der Bewertungskommission: 24.06.2002; Vortrag an den Ministerrat durch BM *Scheibner* 02.07.2002). Ab dem 30.07.2002 bis zum 30.06.2003 fanden die Vertragsverhandlungen statt.

⁶ Die Unterschrift neben der Firmenstampiglie stammt von Robert *Haslam*, der auch als Geschäftsführer der EF-GmbH das Angebotsschreiben unterfertigt hat.

⁷ Das wäre im Verhandlungsverfahren nichts Besonders, wie es auch nicht unzulässig ist, dass ein Bieter im Verhandlungsverfahren in seinem Angebot von den Ausschreibungsbedingungen abweicht, wenn sie der Auftraggeber nicht zum verhandlungsfesten Kernbestand erklärt hat.

⁸ Das geschah technisch offenbar in der Weise, dass die im Angebot der EF-GmbH vom 22.01.2002 enthaltene Anlage A-3, die bereits die Ziffer 4 enthielt, in das Formblatt des BMLV Anhang A-8 BMLV-GZ-33/017/01-02-RD-ARWT/KA samt der falschen Datumsangabe neben der firmenmäßigen Zeichnung (FN 4) hineinkopiert oder eingescannt wurde. Die Erklärung ist sichtbar auf dem Geschäftspapier der EF-GmbH verfasst.

dem Angebot vorzulegenden Erklärung betreffend die Verhaltensregeln, sohin ab der Angebotsöffnung am 23.01.2002;⁹ dies in der von der EF-GmbH um die Ziffer 4 ergänzten Version.

Der Blick auf die Genesis der letztlich zum Vertragsinhalt gewordenen Verhaltensregeln zeigt, dass die EF-GmbH in der Lage war, die in der Angebotseinholung vorgegebenen Verhaltensregeln zu ihren Gunsten zu modifizieren. Er zeigt auch, dass der EF-GmbH die Reichweite der Ziffer 3 bewusst war. Deshalb wurde die Ziffer 3 durch die von der EF-GmbH formulierte Ziffer 4 eingeschränkt. Die anderen in den Ziffern 1 und 2 enthaltenen Zusagen wurden gegenüber der Angebotseinholung ebenso wenig geändert wie die vereinbarten Rücktrittsfolgen im Falle ihrer Verletzung.

C Aufbau und Struktur der Verhaltensregeln

a) Die Ablaufstruktur des Vergabeverfahrens und deren Beachtlichkeit für die Auslegung der Verhaltensregeln

Vorab ist festzuhalten, dass die Verhaltensregeln – ausgenommen die von der EF-GmbH eingefügte Ziffer 4 – Teil der Angebotseinholung (10.10.2001) waren und daher nicht die Unternehmensstruktur eines bestimmten Bieters vor Augen haben konnten. In welcher Unternehmenskonfiguration die zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmen anbieten werden, war dem BMLV zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt.

Dies ist vor dem Hintergrund der vom BMLV vorgesehenen Ablaufstruktur des Vergabeverfahrens zu sehen. Nach dem Verfahrensablauf sollte die Systementscheidung (Typenentscheidung) über einen Wettbewerb der konkreten Angebote jener Lieferanten (Hersteller) erfolgen, die aus dem Kreis der Anbieter von Fluggeräten (Abfangjägertypen) als jene vorab ausgewählt wurden, deren Produkte an sich zur Überwachung des österreichischen Luftraumes (besonders) gut geeignet erschienen sind. Diese Vorauswahl führte

⁹ Siehe dazu auch die akzeptierte Rechtsfolge des Ausscheidens des Angebotes bis zur Auftragsvergabe unter lit a) Verhaltensregeln.

zur Angebotseinholung bei den Lieferanten (Herstellern) von fünf Flugzeugtypen, nämlich

für JAS 39 bei SAAB AB

für Mirage 2000 bei Dassault Aviation

für F-16 und F-18 (Lockheed Martin) beim Foreign Military Sales (USA)

für Eurofighter bei EADS Deutschland GmbH.

Die genannten Unternehmen – und nicht die Bieter, die sich als solche dem BMLV erst durch die Angebotseröffnung am 23.01.2002 dargestellt haben – waren Adressaten der Angebotseinholung.

Das zeigt sich ganz deutlich für den Flugzeugtyp „Eurofighter“. Die Angebotseinholung war an EADS Deutschland GmbH, Militärflugzeuge Abt MS 5, gerichtet.¹⁰ Dem entsprechend hat EADS auch einen Herrn Dr. Ing. Günther genannt, der von EADS bevollmächtigt wurde, „in unserem Namen die Ausschreibungsunterlagen für das Projekt „Neue Abfangjäger“ in Empfang zu nehmen.“ Dies ist auch so geschehen.

Die Entwicklungsgeschichte der Verhaltensregeln und die näheren Umstände der Angebotseinholung als deren Teil sind eine wichtige Erkenntnisquelle¹¹, wenn es gilt, die mit dieser Regelung verfolgte Absicht der Parteien zu erforschen. Denn unter der Absicht der Parteien ist die dem Erklärungsgegner erkennbare und von ihm widerspruchslos zur Kenntnis genommene Absicht des Erklärenden zu verstehen.¹²

Gerade einem Bieter, der wie die EF-GmbH zweifellos wusste, dass die Angebotseinholung an die EADS adressiert war, musste als redlichem Angebotsleger erkennbar sein, dass der Auftraggeber mit den Verhaltensregeln

¹⁰ Der für Eurofighter zuständige „Adressat“ wurde vorab vom BMLV durch Anfrage ermittelt, worauf die angefragte „Werktechnik GmbH, Ballistics&Defense Products“ eben die genannte „Lieferadresse“ bekannt gegeben hat.

¹¹ Zur Bedeutung der Vertrags-Entwicklungsgeschichte für den Auslegungsprozess vgl statt vieler *Binder* in Schwimann, ABGB³, IV § 914 Rz 62.

¹² So *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 107; OGH 7.12.1995, 2 Ob 89/95; vgl auch *Rummel* in Rummel³, § 914 Rz 4.

die Absicht verfolgte, das Verbot unredlicher Beeinflussung von Entscheidungsträgern und die Pflicht, derartige verpönte Verhaltensweisen hintanzuhalten, umfassend festzulegen und nicht deren Geltungsbereich und damit deren Wirksamkeit in die Disposition einer die EADS ausschließenden, formal trennenden Bieterkonfiguration zu stellen. Auf diese hatte der Auftraggeber nicht den geringsten Einfluss und brauchte ihn auch nicht zu haben, wenn er sich nur davon vergewissern konnte, dass die aus der Gruppe letztendlich als Bieter auftretende Gesellschaft die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit zur Auftragserfüllung besitzt und sei es dadurch, dass sie auf die Ressourcen der Gruppe Zugriff hat.¹³

Dass der Bieter EF-GmbH die umfassende, nicht nur den Bieter selbst erfassende Reichweite der Verhaltensregeln auch tatsächlich erkannt hat, zeigt die bereits im Angebot vorgenommene Einschränkung des Pflichtenkatalogs der Verhaltensregeln durch Einfügung der Ziffer 4.¹⁴ Andere Änderungen, und insbesondere solche, die sich auf die Ziffern 1 und 2 auswirken, hat die EF-GmbH nicht vorgenommen.

b) Der Zweck der Verhaltensregeln

Der Zweck der Verhaltensregeln besteht offensichtlich darin, den Vergabeprozess von unredlicher Beeinflussung der Entscheidungsträger freizuhalten und Verhaltensweisen, die diese Personen durch Vorteilzuwendung einem Bieter gewogen machen könnten, entsprechend zu sanktionieren.

Das Sanktionssystem stellt dabei auf zwei unterschiedliche Zeitpunkte ab: Entdeckt der Auftraggeber eine derartige Verhaltensweise bis zur Auftragsvergabe, also noch während des Vergabeprozesses vor

¹³ Vgl etwa die von EADS Deutschland GmbH, EADS CASA SA, Alenia Aeronautica Spa, BAE-Systems unterfertigte Haftungserklärung für die EF-GmbH, Anhang A-2. Die genannten Unternehmen sind die Gesellschafter der EF-GmbH (EADS und CASA zu 46%, Alenia Aeronautica zu 21%, BAE-Systems zu 33%). Im Angebot der EF-GmbH (Kapitel A KOM, S 4) ist unter der Überschrift „Bieter-Information“ ausgeführt, dass das Angebot von der EF-GmbH erstellt wurde und dass EADS Deutschland ergänzend dem BMLV in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Programm Eurofighter sowie diesem Angebot jederzeit gerne zur Verfügung steht.

¹⁴ Darauf wird bei der Beantwortung der Frage 1 noch zurückzukommen sein.

Zuschlagserteilung, ist das verbotswidrige Verhalten mit dem Ausscheiden des Angebotes einschließlich Schadensersatzpflichten dieses Bieters¹⁵ sanktioniert. Entdeckt der Auftraggeber ein derartiges Verhalten erst nach der Auftragsvergabe oder wird es erst jetzt gesetzt (iSv erst jetzt durchgeführt, was schon vorher in Aussicht gestellt war), ist der Auftraggeber berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten, und der Bieter verpflichtet, Schadenersatz für jeglichen frustrierten Aufwand sowie für alle Kosten zweckmäßiger Ersatzvornahme zu leisten.

Bei derartigen Verhaltensregeln geht es daher nicht – wie im „Normalfall“ – um Regeln, die zwischen redlichen Vertragsparteien deren Rechte und Pflichten festlegen, um eine nach den konsentierten Vorstellungen der Parteien bestmögliche Vertragserfüllung sicherzustellen, sondern um ein sanktioniertes Abwehrsystem, das gegenüber dem Vertragspartner nur im „Unredlichkeitsfall“ schlagend werden soll bzw für diesen Fall konzipiert ist. Wenn der Auftraggeber ein solches Abwehrsystem in den Angebots(einholungs)unterlagen einerseits vorgibt und sich ein Bieter diesem unterwirft, indem er die Verhaltensregeln in sein Angebot übernimmt, ist auch dem Bieter klar erkennbar, dass der Auftraggeber damit nicht nur beabsichtigt, eine inkorrekte, von vergabefremden Motiven beeinflusste und daher kostspielige Auftragserteilung zu vermeiden, sondern auch beabsichtigt, dadurch einen freien und fairen Wettbewerb unter Beachtung der Gleichbehandlung der Bieter – und damit die Grundvoraussetzung eines jeden Vergabeverfahrens – sicherzustellen.¹⁶ Derartige Verhaltensregeln dienen, indem der Auftraggeber deren Einhaltung jedem Bieter auferlegt, sohin auch dem Bieterschutz. Diese Zielrichtung von Verhaltensregeln, die sich naturgemäß nur gegen den Unredlichen richtet, der sich außerhalb der Spielregeln eines Vergabewettbewerbs stellt und damit die

¹⁵ Zu denken ist dabei zB an den Ersatz des frustrierten Prüfungsaufwandes, der dem Auftraggeber mit dem jetzt auszuscheidenden Angebot erwachsen ist.

¹⁶ Die vergebenden Stellen des BMLV waren zwar bei der Vergabe von Rüstungsgütern „nur“ an die „Richtlinien für die Vergabe von Leistungen“ (RVL) Erlass vom 30.07.1992, GZ 57.010/5-4.3/92 und an die darin verwiesene ÖNORM A 2050, Fassung 1957, gebunden. Obwohl diese nur den Charakter einer internen Dienstanweisung hatte, war nach der damals bereits hoch entwickelten „Selbstbindungsjudikatur“ des OGH ganz unbestritten, dass das BMLV auch im Verhandlungsverfahren an die Grundsätze des freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter gebunden ist (vgl statt vieler OGH 20.08.1998, ecolex 1999, 87; 28.0.3.2000, JBl 2000, 519).

Grundvoraussetzungen eines Vergabeverfahrens – Chancengleichheit und Gleichbehandlung – zerstört, ist bei der Interpretation dieses angebotenen und vertraglichen Abwehrreglements zu berücksichtigen. Sie entspricht der dem Bieter erkennbaren Absicht des Auftraggebers. Das verbietet ein restriktives Verständnis der Verhaltensregeln derart, dass sie dann leicht umgangen werden könnten dadurch, dass der formelle Bieter ihre Einhaltung erklärt, sie aber unterlaufen würden, wenn das gleiche Verhalten, das, setzte es der Bieter selbst, unzweifelhaft die vereinbarten Sanktionen auslösen würde, „nur“ von einer auf seiner Seite stehenden Person gesetzt wird und deshalb die vereinbarten Sanktionen nicht ausgelöst werden.

Hinzu kommt, dass der Auftraggeber mit derartigen Verhaltensregeln verpönte Beeinflussungen des Vergabeprozesses hintanhaltend will, die naturgemäß nicht offen gelegt werden, nur durch „Fehler“ zu Tage treten und nicht zuletzt deshalb für den Auftraggeber extrem schwer beweisbar sind. Das ist einem Bieter natürlich bekannt und damit auch die mit Verhaltensregeln verfolgte Absicht des Auftraggebers, ein effizientes Abwehrsystem zu schaffen, das unter diesen Rahmenbedingungen in der Lage ist, den Sinn eines Vergabeverfahrens konterkarierende Machenschaften zu ahnden.

Diese auch dem Bieter erkennbare Zielrichtung verbietet eine Auslegung, die Umgehungskonstellationen einfach macht, und eine Interpretation der Verhaltensregeln, die das Sanktionensystem dadurch leer laufen lässt, dass die Verbotstatbestände eng verstanden werden.

c) Der Pflichtenkatalog der Verhaltensregeln im systematischen Überblick

1. Bieterseite und Bieter

Die Verhaltensregeln stellen ein System von Verhaltens- und Estandspflichten des Bieters dar, das dadurch gekennzeichnet ist, dass mit zunehmender Erweiterung des personellen Verantwortungsbereiches des Bieters eine Erweiterung seiner Entlastungsmöglichkeit und eine Abschwächung seiner Sorgspflicht für die Einhaltung des Verhaltenskodex einhergeht.

Vorab ist festzuhalten, dass nach dem Text der Verhaltensregeln der Bieter, sohin die EF-GmbH, die Wohlverhaltensklärung abgibt und aus dieser dem Auftraggeber gegenüber verpflichtet ist (arg: „...erklärt jeder Bieter“). Ihn bzw sein Angebot treffen auch die Sanktionen.

Das kann schon deshalb nicht anders sein, weil er das die Verhaltensregeln enthaltende Angebot legt und im Zuschlagsfall Vertragspartner wird; eine gegenüber dem Auftraggeber bestehende Verpflichtung anderer, auf seiner Seite stehender Personen, kann er mit dieser Erklärung nicht erzeugen. Dazu bedürfte es deren Vollmacht, die Erklärung auch in deren Namen abzugeben oder diese müssten selbst eine derartige Erklärung abgeben bzw dieser beitreten. Insofern trifft es durchaus zu, dass EADS als Mutter der EF-GmbH durch deren Wohlverhaltensklärung nicht dem BMLV gegenüber verpflichtet wurde, die Verhaltensregeln einzuhalten.

Darauf kommt es aber auch gar nicht an. Denn es ist sehr wohl möglich, dass sich der Bieter EF-GmbH dem BMLV gegenüber verpflichtet, die Konsequenzen zu tragen, wenn eine auf Bieterseite stehende Person nicht jenes Verhalten unterlässt, das, setzte es die EF-GmbH selbst, die Sanktionen auslösen würde (Z 1) oder nicht jene Obsorge walten lässt, die, verletzte der Bieter die Obsorgepflichten (Z 2 und 3) selbst, sein Angebot mit dem Ausscheiden bzw den zugeschlagenen Vertrag mit dem Rücktrittsrecht des Auftraggebers bedrohen würde.

Das kommt im Text der Verhaltensregeln deutlich durch die mit Bedacht unterschiedenen Begriffe „Bieterseite“ und „Bieter“ zum Ausdruck: Es „erklärt jeder Bieter“, dass „von Bieterseite ausdrücklich zugesagt wird, es zu unterlassen“ (Z 1) bzw „dafür zu sorgen“ (Z 2 und 3).

Dass der Begriff der „Bieterseite“ nicht nur den Bieter selbst erfasst, sondern jedenfalls weiter sein muss, indem er – der üblichen Wortbedeutung folgend – auch Personen umfasst, die in einer dem Bieter zurechenbaren Weise in diesem Vergabeverfahren auf der Seite des Bieters standen, und vom Auftraggeber auch

so gemeint war, ergibt sich aus den Umständen der Angebotseinholung¹⁷ und aus dem objektiven Zweck der Verhaltensregeln.¹⁸

Dass der Begriff der „Bieterseite“ nicht nur vom Auftraggeber so gemeint war, sondern auch von der EF-GmbH so verstanden worden war, dass dieser Begriff nicht nur den Bieter selbst meint, sondern auch Dritte, die auf der Seite des Bieters in diesem Vergabeverfahren stehen, folgt aus der Entwicklungsgeschichte der Verhaltensregeln.¹⁹

Die EF-GmbH hat die geforderten Verhaltensregeln bei Angebotsabgabe um die Ziffer 4 ergänzt. Diese stellt klar, dass nur vom Bieter selbst abgeschlossene Rechtsgeschäfte der Verpflichtung des Bieters nach der Ziffer 3 unterliegen. Daraus ergibt sich aber deutlich, dass auch die EF-GmbH die Verpflichtung des Bieters in der Ziffer 3 weiter verstanden hat als es der Auslegung entspräche, dass die Bieterseite nur die EF-GmbH sei.

Denn nur für den Fall, dass man den Begriff „Bieterseite“ weiter versteht als jenen des Bieters macht die Ziffer Sinn, deren klarer Inhalt es gerade ist, vom Personenkreis der Bieterseite auf den Bieter einzuschränken.

Der Wunsch nach dieser Einschränkung ist aus der Sicht des Bieters durchaus verständlich. Die „Bieterseite“ ist bis zur Zuschlagserteilung eine Gruppe von mehreren physischen und juristischen Personen, die unter unterschiedlichen Titeln, sei es als Muttergesellschaft, sei es als eingeschalteter Lobbyist oder als Subunternehmer auf der Seite des Bieters in diesem Vergabeverfahren dafür tätig werden, dass der Bieter den Zuschlag erhält. Mit der Zuschlagserteilung löst sich dieses Team auf. Jene Personen, die nicht weiter für den Bieter selbst tätig sind, gehen unterschiedlichen Tätigkeiten nach. Dies gilt auch für die unterstützende Muttergesellschaft, die ihre eigenen Geschäftsbereiche pflegt, bis die Tochter wieder einen Auftrag an Land zieht, bei dem sie wieder der Unterstützung der Muttergesellschaft bedarf.

¹⁷ Siehe dazu die Stellungnahme oben unter III.C.a).

¹⁸ Siehe dazu die Stellungnahme oben unter III.C.b).

¹⁹ Siehe dazu die Stellungnahme oben unter III.B.

Es ist verständlich, dass es für den Bieter schwer zu akzeptieren war, dass gerade die in der Ziffer 3 genannten, nach der Zuschlagserteilung erfolgenden Geschäfte, also Geschäfte zu dem Zeitpunkt, zu dem der Bieter allenfalls mit Personen, die ehemals auf Bieterseite standen, gar nichts mehr zu tun hat, unter dem strengen Maßstab der Ziffer 3 geprüft werden.

Dies gilt umso mehr für Gegengeschäfte, welche die Ziffer 4 vor allem anvisiert. Wenn auch die Gegengeschäftsvereinbarung (dem BMWA) mit dem Hauptvertrag anzubieten war und gleichzeitig mit diesem in Wirksamkeit getreten ist, wird sie durch die einzelnen Gegengeschäfte erst nachfolgend „abgearbeitet“. Dabei liegt nach dem Gegengeschäftsvertrag ein anrechnungsfähiges Gegengeschäft dann vor, wenn das Geschäft durch die EF-GmbH, ihre Partnerfirmen, die Eurojet-Partnerfirmen oder deren Mutter- und Tochtergesellschaften sowie auch aufgelistete gegenwärtige und zukünftige Zulieferer dieser Unternehmen selbst vorgenommen oder auch nur durch nachweisliche Initiative der genannten Unternehmen zwischen einem österreichischen Lieferanten (Dienstleister) und dem ausländischen Bezieher (oder Investor) vermittelt wird. Angesichts des weiten Kreises selbst abschließender (investierender) oder bloß vermittelnder Unternehmer, von denen eine Mehrzahl für das gegenständliche Eurofighter-Projekt auf „Bieterseite“ stand, ist es verständlich, dass die EF-GmbH die in der Ziffer 3 enthaltene Verpflichtung des Bieters (das ist die Pflicht des Bieters – und nicht der Bieterseite! – wie es in Ziffer 3 auch formuliert ist), durch zumutbare Prüf- und Überwachungsmaßnahmen bestmöglich sicherzustellen, dass ein Anbieten oder Gewähren von Vorteilen in dem nach Punkt 1 und Punkt 2 untersagtem Umfang durch die bieterseitigen Gegengeschäftspartner des österreichischen Unternehmens bzw die bieterseitigen „Geschäftsvermittler“ zwischen dem ausländischen und dem österreichischen Unternehmer nicht erfolgt, auf jene (Gegen)Geschäfte einschränkt, die der Bieter selbst mit dem (österreichischen) (Gegen-)Geschäftspartner abschließt (und nicht nur vermittelt), weil er durch mit diesem vereinbarte, zumutbare Prüf- und Überwachungsmaßnahmen das Geschäft relativ einfach vom Verdacht freihalten kann als Vehikel verpöner Vorteilszuwendung missbraucht worden zu sein.

Ohne Ziffer 4 sähe sich der Bieter im Gegengeschäftsbereich dem Vorwurf ausgesetzt, dass für den Fall, dass ein im Eurofighter-Projekt auf seiner Seite stehendes Unternehmen ein Gegengeschäft abschließt oder vermittelt, er zumutbare Prüf- und Überwachungsmaßnahmen, die er auch mit dem bieterseitigen Gegengeschäftspartner an sich vereinbaren könnte, nicht vorgekehrt hat und daher seiner Unterlassungsverpflichtung nicht nachgekommen ist.

Diese Gefahr besteht für die EF-GmbH jetzt nicht, weil die Frage der Verletzung von Prüf- und Überwachungspflichten bei – verkürzt gesagt – Fremdgeschäften dank Ziffer 4 keine Rolle mehr spielt.

In dieser Ziffer 4 ist gerade nicht – der sonstigen Diktion der Verhaltensregeln entsprechend – die Rede davon, dass die Rechtsgeschäfte „von Bieterseite“ abgeschlossen werden. Vielmehr wird der engere Begriff des „Bieters“ verwendet.

Das hatte aus der Sicht des Bieters gute Gründe.

Hätte die Ziffer 4 in der Begriffswahl des übrigen Textes die Einschränkung des Anwendungsbereiches der Ziffer 3 so vorgenommen, dass nur „von Bieterseite abgeschlossene“ Geschäfte tatbestandsmäßig sind, dann hätte diese Einschränkung zwar immer noch ihre begrenzende Wirkung gehabt. Vereinbart wäre damit, dass nur Rechtsgeschäfte, die ein auf der Seite des Bieters stehendes Unternehmen selbst abschließt, den Tatbestand der Ziffer 3 erfüllen, sohin nicht Rechtsgeschäfte, die zwischen Dritten, also ohne dass ein Unternehmen aus der Bieterseite Vertragspartei wird, abgeschlossen werden. Das von einem Unternehmen aus der Bieterseite bloß vermittelte Rechtsgeschäft, das ohne die Ziffer 4 eindeutig dem Anwendungsbereich der Ziffer 3 unterläge, wäre damit nicht mehr tatbestandsmäßig.

Diese Einschränkung war dem Bieter offensichtlich zu wenig. Um daher auch den Fall auszuschließen, dass ein auf der Seite des Bieters stehendes Unternehmen, das jedoch nicht der Bieter selbst ist, ein Geschäft abschließt, welches in den Anwendungsbereich der Ziffer 3 fällt, wurde die weiter gehende

Einschränkung vorgenommen, statt der „von Bieterseite abgeschlossenen“ Rechtsgeschäfte nur die „vom Bieter selbst abgeschlossenen“ Rechtsgeschäfte im Anwendungsbereich der Ziffer 3 zu belassen.

Daraus folgt, dass ein über den Bieter selbst hinausgehendes Verständnis des Begriffes Bieterseite nicht nur der Absicht des Auftraggebers entsprach, sondern dieses weitere Begriffsverständnis auch der EF-GmbH bereits bei Angebotsabgabe erkennbar war.

Zur Bieterseite gehören sohin jene Personen, die mit Wissen und Willen des Bieters in diesem Vergabeverfahren für den Bieter (auf seiner Seite) tätig waren.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass nach diesem Verständnis der Begriff „Bieterseite“ nur die bereits gesetzlich normierte Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen (§ 1313 a ABGB) paraphrasieren. Richtig ist zwar, dass als Erfüllungsgehilfe jemand angesehen wird, der mit Willen des Geschäftsherrn bei der Erfüllung einer vertraglichen Verbindlichkeit oder einer sonstigen Pflicht aus einer schuldrechtlichen Sonderverbindung tätig wird²⁰; die hier zugrunde gelegte Auslegung des Begriffs „Bieterseite“ deckt sich mit der Definition des Erfüllungsgehilfen aber dennoch nicht. Der maßgebende Unterschied zu dieser besteht nämlich darin, dass „Personen der Bieterseite“ – anders als Erfüllungsgehilfen – nicht bei der Erfüllung einer (vor)vertraglichen Pflicht tätig werden müssen. Vielmehr reicht dafür die Tätigkeit für den Bieter im Vergabeverfahren aus. Dass eine solche Person dabei zB vorvertragliche Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten gegenüber dem künftigen Vertragspartner wahrzunehmen hat, ist durchaus möglich, aber für die Zuordnung zur Bieterseite nicht notwendig.

Es soll aber nicht verschwiegen werden, dass diese Auslegung des Begriffs „Bieterseite“ nicht die einzig denkbare ist. Gerade im Lichte der oben dargestellten Involvierung von EADS (Angebotseinholung bei EADS, Empfangsbevollmächtigung durch EADS) erscheint auch eine andere Auslegungsvariante vertretbar, nach der mit dem Begriff „Bieterseite“ die Einbeziehung von Konzerngesellschaften beabsichtigt ist. Dass der Auftraggeber

die Reichweite der Verhaltenspflichten nicht von einer eher zufälligen Bieterkonfiguration abhängig machen wollte und dies der EF-GmbH nicht nur erkennbar war, sondern sie dies – wie sich in der Einführung der Ziffer 4 zeigt – auch tatsächlich erkannt hat, wurde bereits gesagt. Auch die dem Verbot von „Schmiergeldzahlungen“ immanente Absicht, Umgehungen zu vermeiden, lässt die Einbeziehung von EADS als geboten erscheinen: Dem Auftraggeber kann nicht der Wille unterstellt werden, Vorteilszuwendungen durch den Bieter selbst zu untersagen, solche durch eine Konzerngesellschaft aber zu tolerieren. Die gegenteilige Absicht tritt in der Verwendung des Begriffes „Bieterseite“ einerseits und „Bieter“ andererseits klar zutage. Wie gezeigt, hat dies die EF-GmbH auch erkannt. Damit ist aber die Einbeziehung von EADS das engstmögliche Interpretationsergebnis.

Für die Beantwortung der vorliegenden Fragen spielt es aber – wie sich zeigen wird – keine Rolle, welcher Auslegungsvariante man den Vorzug gibt. Auch wenn man die engste Interpretation vornimmt, ist jedenfalls auch EADS mit dem Begriff „Bieterseite“ erfasst.

Sohin kann unter Bedachtnahme auf den „Empfängerhorizont“ des Erklärungsgegners (EF-GmbH) eine eindeutige Absicht der Parteien, jedenfalls EADS mit dem Begriff „Bieterseite“ zu erfassen, festgestellt werden. Für die Anwendung der Zweifelsregelung des § 915 ABGB besteht daher von vornherein kein Raum.

2. Die einzelnen Tatbestände der Verhaltensregeln

Die **Ziffer 1** enthält die Pflicht des Bieters, es zu unterlassen und eine Einstandspflicht dafür, dass der Bieterseite zugehörige Personen es unterlassen, natürlichen oder juristischen Personen, die mittelbar oder unmittelbar an der Auftragsvergabe mitwirken oder auf die Auftragsvergabe Einfluss nehmen können, in Kenntnis dieser Umstände Vorteile iSd § 304 StGB anzubieten oder zu gewähren oder darauf hinzuwirken, das Dritte solchen Personen einen derartigen Vorteil anbieten oder gewähren.

²⁰ Nachweise bei *Kletečka*, Der Anscheinserfüllungsgehilfe, JBl 1996, 84 FN 1. Genauer dazu siehe

Der Bieter hat es danach zu vertreten, dh er muss mit dem Eintritt der in lit a) bis lit c) vorgesehenen Sanktionen rechnen, wenn er selbst oder eine der Bieterseite zurechenbare Person die in Ziffer 1 verpönte Vorteilszuwendung vornimmt (1. Alternative) oder wenn er oder eine der Bieterseite zurechenbare Person darauf hinwirkt, dass Dritte solchen Personen gegenüber eine derartige (durch die Ziffer 1 verpönte) Vorteilszuwendung vornehmen (2. Alternative).

Beiden Alternativen ist gemeinsam, dass die Bieterseite ein bestimmtes (verpöntes) Tun zu unterlassen hat, wobei nur der Inhalt der Unterlassungspflicht ein unterschiedlicher ist: In der 1. Alternative ist das Anbieten/Gewähren eines Vorteils iSd Ziffer 1 zu unterlassen, in der 2. Alternative das Einwirken auf einen Dritten, damit dieser die Vorteilszuwendung anbietet oder gewährt.

Zweitere Alternative ist nach dem klaren Wortlaut so zu lesen, dass die Bieterseite es unterlässt, darauf hinzuwirken, dass Dritte, sohin Personen, die nicht zur Bieterseite gehören, zur verpönten Vorteilsgewährung veranlasst werden.

Hinzuweisen ist darauf, dass in der Ziffer 1 gerade nicht darauf abgestellt wird, ob das Anbieten/Gewähren eines Vorteils mit der Zielrichtung erfolgt, die Entscheidung zu beeinflussen oder ob das Anbieten/Gewähren eines Vorteils die Entscheidung tatsächlich beeinflusst hat.

Da diese Kausalität in der Praxis so gut wie nie beweisbar sein wird,²¹ stellt die Ziffer 1 gerade nicht auf den Nachweis dieser Kausalität ab, sondern begnügt sich mit der bloßen Tatsache des Anbietens bzw. Gewährens eines in der Ziffer 1 umschriebenen Vorteils.

Das bedeutet für die Beweislast, dass der Auftraggeber nachzuweisen hat, dass der Bieter oder eine der Bieterseite zugehörige Person einer qualifizierten Person, also einer Person, die unmittelbar oder mittelbar an der Auftragsvergabe

unten S 45 ff.

²¹ Siehe dazu bereits allgemein Stellungnahme oben unter III.C.b).

mitwirkt oder auf die Auftragsvergabe Einfluss nehmen kann, einen Vorteil iSd § 304 StGB angeboten oder gewährt hat bzw auf einen Dritten eingewirkt hat, solches zu tun. Der Bieter kann sich nicht mit dem Nachweis befreien, dass zwar ein Vorteil angeboten/gewährt wurde, dies aber fern jeder Absicht, das Vergabeverfahren zu beeinflussen; ausgeschlossen ist auch der Nachweis des Bieters, dass trotz Vorteilsgewährung die Vergabeentscheidung tatsächlich nicht beeinflusst wurde.

Allerdings scheint aus der Gegenwartsform der „Personenqualifikation“ („...natürlichen oder juristischen Personen, die mittelbar oder unmittelbar an der Auftragsvergabe mitwirken oder auf die Auftragsvergabe Einfluss nehmen können ...“) zu folgen, dass der Auftraggeber zu beweisen hat, dass zumindest das Anbieten des Vorteils zu einem Zeitpunkt erfolgt ist, zu welchem der Zuwendungsempfänger noch in der Lage ist, am Entscheidungsprozess mitzuwirken oder auf diesen Einfluss zu nehmen. Mit anderen Worten: zumindest das Anbieten zu einem Zeitpunkt erfolgt ist, zu dem der Entscheidungsprozess noch nicht abgeschlossen war.

Teilt man diese Auslegung, resultiert daraus Folgendes: Kann der Auftraggeber nur nachweisen, dass der Vorteil einer Person erst nach Abschluss des Entscheidungsprozesses gewährt und auch davor nicht angeboten wurde oder gar das Angebot der Vorteilsgewährung erst nach Fällung der Entscheidung erfolgt ist, kann dadurch zwar der Tatbestand der Ziffer 3 erfüllt sein. Dort ist aber die danach bestehende Pflicht des Bieters, durch zumutbare Prüf- und Überwachungsmaßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass eine Vorteilszuwendung unterbleibt, infolge der Ziffer 4 auf Rechtsgeschäfte eingeschränkt, die vom Bieter selbst abgeschlossen werden.

Für dieses Interpretationsergebnis scheint prima vista auch die Absicht des Auftraggebers zu sprechen, durch Vorteilszuwendungen motivierte Beeinflussungen der Vergabe zu verhindern. Wird das Gewähren des Geschenks vor der Entscheidung nicht einmal versprochen, kann eine solche unerwünschte Einflussnahme nicht mehr erfolgen.

Gegen ein Auslegungsergebnis, das nachträgliche Vorteilszuwendungen ausnimmt, spricht allerdings der mit den Verhaltensregeln verfolgte Zweck, ein

effizientes Abwehrsystem zu schaffen. Dieser jedem Bieter erkennbaren Intention liefe eine Interpretation zuwider, die Verstöße schwer beweisbar macht oder die eine Umgehung des Verbots erleichtert. Da die Zusage einer verpönten Zuwendung viel schwerer nachweisbar ist als die Vorteilsgewährung selbst, ist eine Regelung, die nachträgliche Zuwendungen auch dann erfasst, wenn nicht bewiesen werden kann, dass damit ein vor der Entscheidung liegendes Versprechen erfüllt wird, weit eher geeignet, das unerwünschte Verhalten zu sanktionieren. Die Präventivwirkung einer solchen Vertragsbestimmung wäre daher größer.

Für dieses Verständnis kann auch die Rechtsprechung zu § 304 StGB ins Treffen geführt werden. Nach dieser liegt eine strafbare Vorteilsgewährung auch dann vor, wenn die Bestechung nach Durchführung des Amtsgeschäfts erfolgt²². Da die Verhaltensregeln auf „Vorteile iSd § 304 StGB“ verweisen und in diese Vorteilsdefinition durchaus auch die zeitliche Komponente einbezogen werden kann, lässt sich diese an der Parteienabsicht orientierte Auslegung – trotz der im Präsens gehaltenen Formulierung – auch mit dem Wortlaut der Vereinbarung untermauern.

Da auch hier mit den Mitteln des § 914 ABGB bereits ein eindeutiges Ergebnis gefunden werden konnte, kommt die Zweifelsregel des § 915 ABGB wiederum nicht zum Tragen. Allerdings wird sich auch hier zeigen, dass die Beantwortung der den Gutachtern gestellten Fragen nicht davon abhängt, ob nachträgliche Zuwendungen miterfasst sind.

Die **Ziffer 2** enthält eine Ausdehnung des personellen Verantwortungsbereiches des Bieters. Danach hat der Bieter dafür zu sorgen, dass auch durch sonstige Dritte, das sind Personen, die nicht mit Wissen und Willen des Bieters in diesem Vergabeverfahren auf Seiten des Bieters tätig sind („Dritte“) und auf die nicht von Bieterseite iSd Ziffer 1 „eingewirkt“ wurde („sonstige“), dafür aber „dem unmittelbar oder mittelbar beherrschenden Einfluss eines Bieters unterliegen“, kein gemäß Punkt 1 untersagtes Verhalten gesetzt wird.

²² OGH RIS-Justiz RS0096130; RS0095972; ebenso *Fabrizy*, StGB⁹ (2006) § 304 Rz 4 mwN.

Die Ziffer 2 stellt insofern einen Auffangtatbestand im Verhältnis zur Ziffer 1 dar. Was den erfassten Personenkreis betrifft, ist jedoch nur das Verhalten von Personen erfasst, die dem unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss des Bieters unterliegen. Hier ist bewusst nicht von Bieterseite, sondern vom Bieter die Rede, weil sonst der Kreis dritter Personen, für den die Pflicht besteht, dafür zu sorgen, dass er kein verbotenes Verhalten gemäß Punkt 1 setzt, zu groß werden würde.²³

Mit der Ausweitung des Verantwortungsbereiches für vom Bieter beherrschte Dritte, die nicht auf Bieterseite stehen und auf die auch nicht iSd Ziffer 1, 2. Alternative eingewirkt wurde, durch die Ziffer 2, wurde eine in der Ziffer 1 nicht vorgesehene Entlastungsmöglichkeit des Bieters eingeführt.

Es ist dies der Fall, dass der Auftraggeber das Vorliegen von drei Tatbestandselementen der Ziffer 1 nachweist (Vorteilszuwendung, an eine qualifizierte Person, in Kenntnis des Umstandes, dass es sich um eine qualifizierte Person handelt) und nur ein Tatbestandselement, nämlich dass der Vorteil durch eine auf der Seite des Bieters stehende Person zugewendet (oder veranlasst) wurde, fehlt. Statt dessen wurde der Vorteil durch ein vom Bieter beherrschtes Unternehmen – das allerdings nicht auf Bieterseite steht – zugewendet. Nur in diesem Fall kann sich der Bieter mit dem Nachweis der – wohl seltenen – Ausnahmesituation entlasten, indem er beweist, dass das Anbieten oder Gewähren eines Vorteils weder im Zusammenhang mit der gegenständlichen Angebotseinholung stand noch geeignet war, die Auftragsvergabe mittelbar oder unmittelbar zu beeinflussen.

Ist eines der beiden Kriterien erfüllt, stand also das Verhalten im Zusammenhang mit der gegenständlichen Angebotseinholung oder war es geeignet, die Auftragsvergabe mittelbar oder unmittelbar zu beeinflussen, ist der Freibeweis dem Bieter misslungen.

²³ Gerade die Ziffer 2 zeigt, dass der Auftraggeber die unterschiedliche Terminologie „Bieterseite“ und „Bieter“ mit Bedacht gewählt hat. Umgekehrt ist aber nicht ersichtlich, dass mit „unmittelbarer oder mittelbarer Beherrschung“ ein gesellschaftsrechtliches oder zusammenschlussrechtliches Verständnis Platz greifen muss.

Wenn also dem Bieter der Beweis gelingt, dass das Verhalten eines nicht auf Bieterseite stehenden Dritten nicht im Zusammenhang mit der gegenständlichen Angebotseinholung stand, aber aus objektiver Sicht dennoch geeignet war, die Auftragsvergabe mittelbar oder unmittelbar zu beeinflussen, ist der Freibeweis nicht gelungen.

Dass der Freibeweis nur dann gelungen ist, wenn seine beiden Tatbestandselemente erfüllt sind, ist schon deshalb nicht überschießend, weil er eine – dem ersten Anschein nach wohl höchst seltene – Ausnahmesituation erfasst. Kommt es doch erst zur Frage des Freibeweises, wenn der Auftraggeber alle vier Tatbestandselemente der Ziffer 2 bewiesen hat.

Obwohl dann, wenn bewiesen ist, dass ein Vorteil zugewendet wurde, dass dies durch ein vom Bieter beherrschtes Unternehmen geschah, dass die Vorteilszuwendung an eine qualifizierte Person erfolgte und dass das den Vorteil zuwendende, beherrschte Unternehmen überdies in Kenntnis des Umstandes war, dass es sich um eine qualifizierte Person handelt, wohl alles für einen Fall verbotener Schmiergeldzahlung spricht, soll doch deshalb, weil dieses Unternehmen nicht auf Bieterseite stand und damit deutlich weiter von dieser Auftragsvergabe entfernt war, als die auf der Seite des Bieters stehenden Personen, der durch den Freibeweis erfasste, seltene Ausnahmefall berücksichtigt werden können.

Durch die **Ziffer 3** sollte nach Absicht des Auftraggebers verhindert werden, dass, soweit es sich um den vor allem anvisierten Bereich der Gegengeschäfte handelt, eine der Bieterseite zugehörige Person über ihren (österreichischen) Gegengeschäftspartner bzw im Falle der Vermittlung über eine der beiden Gegengeschäftspartner eine untersagte Zuwendung „laufen“ lässt.

Wie oben dargestellt²⁴, ist es dem Bieter durch die Einfügung der Ziffer 4 gelungen, die Pflicht, die Einhaltung der Unterlassungspflicht gemäß Ziffer 1 und 2 durch zumutbare Prüf- und Überwachungsmaßnahmen im Verhältnis zur österreichischen Gegengeschäftspartei und im Vermittlungsfall gegenüber beiden

²⁴ Siehe Stellungnahme oben unter III.C. c) 1.

Gegengeschäftsparteien sicherzustellen, auf Gegengeschäfte einzuschränken,
die von ihm selbst abgeschlossen werden.

Besonderer Teil

Beantwortung der Fragen des Untersuchungsausschusses

Vorab ist festzuhalten, dass die im Folgenden vorzunehmende Beantwortung der Fragen des Untersuchungsausschusses nicht isoliert für sich genommen werden darf, sondern im Kontext mit den Ausführungen des Allgemeinen Teils zu verstehen ist. Dabei sind insbesondere die klarstellenden Vorbemerkungen (Allgemeiner Teil, II.) zu beachten.

Dies vorausgeschickt, sind die Fragen des Untersuchungsausschusses wie folgt zu beantworten:

Frage 1: Welche am Eurofighter-Kauf beteiligte Firma bzw. Firmen sind als „Bieterseite“ im Sinne des Anhang A-8 des Eurofighter-Kaufvertrages zu qualifizieren: EADS, Eurofighter GmbH oder beide?

Aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Verhaltensregeln ist die auch dem Bieter EF-GmbH erkennbare Absicht des Auftraggebers zu erschließen, dass mit dem Begriff Bieterseite nicht nur der Bieter selbst erfasst sein soll, sondern auch jene Personen, die mit Wissen und Willen des Bieters in dem gegenständlichen Vergabeverfahren auf Seiten des Bieters tätig sind.

Das ist nach den vorliegenden Unterlagen für die EADS Deutschland GmbH der Fall:

- Zwar hat die EF-GmbH das Angebot gelegt. Sie ist Bieter. Doch war die Angebotseinholung an die EADS GmbH gerichtet. Die EADS GmbH hat dafür auch einen Bevollmächtigten zur Übernahme der Angebotsunterlagen in ihrem Namen bestellt.

- Die EF-GmbH hat mit Schreiben vom 18.07.2002 und damit von Beginn der Verhandlungen an, die EADS Deutschland GmbH bevollmächtigt „die Verhandlungen mit den entsprechenden österreichischen Behörden in Bezug auf das Beschaffungsvorhaben ‘Abfangjäger` sowie in Bezug auf den mit diesem Vorhaben verbundenen Vertrag über ‘Gegengeschäfte` zu führen“.²⁵
- Mit Schreiben vom 07.08.2002 hat die EADS Deutschland GmbH im Rahmen der „Vollmacht der Eurofighter Jagdflugzeug-GmbH an die EADS Deutschland GmbH Herrn Reinhold *Faltlhauser* bevollmächtigt, die Verhandlungen für das Österreich-Beschaffungsvorhaben Eurofighter zu führen“.²⁶
- Besagter Herr *Faltlhauser* hat in den den Gutachtern vorliegenden Teilnehmerlisten der Board Meetings überwiegend als Dienststelle EADS/EF angegeben. Bei diesen Meetings waren idR neben Herrn *Faltlhauser* mehrere Herren anwesend, deren Dienststelleneintrag „EADS“ aufweist.²⁷
- Bereits im Angebot der EF-GmbH weist EF unter der Überschrift „Bieter-Information“ darauf hin, dass die EADS Deutschland GmbH dem BMLV „ergänzend ... in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Programm Eurofighter sowie diesem Angebot zur Verfügung“ steht.
- Unter ausdrücklichem Verweis auf diese Passage im Angebot teilt die EF-GmbH in einem Schreiben vom 21.03.2002 mit, dass für das ergänzende „Zur-Verfügung-Stehen“ von EADS, welches die Gesamtverantwortung der EF-GmbH und ihre Funktion als erster Ansprechpartner unberührt lässt, die EADS als Ansprechpartner Herrn Wolfgang *Aldag* benannt hat, der in einem Schreiben vom 11.03.2002 als „EADS Projektleiter Österreich“ bezeichnet wird. In einem ersucht die EF-GmbH „zur Einbindung unserer nationalen Partnerfirmen ... künftig sämtliche

²⁵ Letzteres findet auch seine Bestätigung im Schreiben der EADS Deutschland GmbH an das BMWA, in welchem EADS mitteilt, dass „die Eurofighter Partner Firmen EADS die Verantwortung für die Abwicklung der Gegengeschäftsvereinbarung für den Eurofighter Gegengeschäftsvertrag vom 22.08.2003 übertragen“ haben.

²⁶ Herr *Faltlhauser* wurde von der EF-GmbH (erst) am 30.06.2003 bevollmächtigt, die Eurofighter Verträge namens der EF-GmbH zu unterzeichnen.

²⁷ Auf den den Gutachtern vorliegenden Teilnehmerlisten sind weitere Herren von Seiten „EF“ nicht verzeichnet.

Korrespondenz in Kopie auch an EADS Deutschland GmbH, zu Händen Herrn *Aldag* zu schicken.“

- Im Zusammenhang mit der Einvernehmensherstellung mit dem BMF gemäß § 45 BHG weist das BMLV in einem Schreiben an das BMF darauf hin, dass „am 14.05.2003 die von den Vertragspartnern BMLV und EADS fertiggestellten Vertragsentwürfe (V 1 und V 2) für den Ankauf des LRÜF dem BMF ... übergeben“ wurden. Das ist zwar juristisch falsch, zeigt aber, wie stark sich EADS in den Verhandlungsprozess eingebracht hat.²⁸
- Am 12.11.2001 teilt EADS der WKÖ (Herrn Dr. *Lohberger*) mit, „dass wir, dh EADS Militärflugzeuge, bisher keinerlei Festlegungen getroffen haben, welche EADS Repräsentanten uns im Rahmen der Eurofighter Kampagne in Österreich vertreten werden. Gleichzeitig ist es aufgrund der EADS-internen Regelungen ausgeschlossen, dass sich Personen ohne Zustimmung von EADS Militärflugzeuge als Programmrepräsentanten in Österreich ausgeben können. Die in dieser Angelegenheiten ausstehenden Entscheidungen werden in Kürze gefällt und selbstverständlich werde ich Sie darüber umgehend informieren.“

Dies ist kurz danach offenbar auch geschehen. Denn am 07.12.2001 schreibt besagter Dr. *Lohberger* an das BMLV

„dass uns die Fa. EADS-Eurofighter durch Ihren Generaldirektor, Herrn Aloisius²⁹ *Rauen*, mitgeteilt hat, dass Herr Erhard *Steininger* ... ihr offizieller Repräsentant für Österreich in Bezug auf die Beschaffung Abfangjäger ist.“

Am 21.03.2002 informiert die EF-GmbH das BMLV, „dass die Firma EADS Deutschland in Österreich durch die Herren Eberhard³⁰ P. *Steininger* und Fred *Plattner* vertreten ist. Unter Bezugnahme auf diese Mitteilung setzt die EF-GmbH das BMLV davon in Kenntnis, dass die Herren Steininger

²⁸ Es ist bezeichnend, dass sogar im Ministerratsvortrag vom 02.07.2002 von der Typenentscheidung zugunsten der von der Firma European Aeronautic Defense and Space Company (EADS) angebotenen „Eurofighter Typhoon“ die Rede ist. Auch die Vergabeempfehlung der Bewertungskommission vom 25.06.2002 lautet „mehrheitlich (4:1) den Auftrag an EADS zu vergeben.“

²⁹ Herr Aloisius (richtig) *Rauen* ist „President and CEO Military Aircraft“ von EADS.

³⁰ Richtig: „Erhard“.

und Plattner Vollmacht haben, „die Dokumente für die erweiterte Angebotseinholung in unserem Namen (sc: im Namen der EF-GmbH) in Empfang zu nehmen.“³¹

- Die Antworten auf die Anfrage des BMLV vom 15.02.2002 zum Angebot der EF-GmbH wurden dem BMLV von EADS Deutschland GmbH übergeben. Im Schreiben der EADS vom 11.03.2002 werden als Überbringer der Antwortdokumente die Herren *Aldag* (EADS Projektleiter Österreich), *Engling* (Eurofighter GmbH) und *Steininger* dem BMLV avisiert.
- Die EADS Deutschland GmbH ist zusammen mit ihrer spanischen Tochter an der EF-GmbH zu 46% beteiligt.³² Im Vergleich zu den anderen Mitgesellschaftern Alenia Aeronautica und BAE Systems hält sie den größten Geschäftsanteil an der EF-GmbH.

Auch wenn man den Begriff „Bieterseite“ enger auslegt, ist EADS jedenfalls Teil der „Bieterseite“.³³

Auf die Frage 1 ist daher zu antworten, dass die EADS Deutschland GmbH als der Bieterseite zugehörig zu qualifizieren ist. Die EF-GmbH ist Bieter, weshalb ihre Zugehörigkeit zur Bieterseite außer Frage steht.

³¹ Die Übernahmebestätigung vom 27.03.2002 ist auch von Herrn *Steininger* unterschrieben.

³² Siehe dazu FN 13.

³³ Siehe oben S 19 f.

Frage 2: Ist der Leiter der Unterkommission „Operation“ der Bewertungskommission eine Person, die unmittelbar oder mittelbar an der Auftragsvergabe mitwirkt?

Diese Frage scheint sich schon aus dem Wortlaut der Klausel zu beantworten. Dass Mitglieder einer Unterkommission, die bei der Typenentscheidung eine wichtige Rolle zu spielen hatten, an der Auftragsvergabe „mittelbar oder unmittelbar ... mitwirken“, versteht sich von selbst. Hinter der Frage scheint aber das Problem zu stehen, ob eine einzelne Person, der ein Vorteil zugewendet wird, überhaupt in der Lage ist, auf die Auftragsvergabe zugunsten des Zuwenders maßgeblich Einfluss zu nehmen. Dazu wurde bereits oben ausgeführt, dass sich der Bieter nicht mit dem Nachweis entlasten kann, dass trotz Vorteilszuwendung die Zuschlagsentscheidung tatsächlich nicht beeinflusst wurde³⁴.

Dafür spricht die hinter der objektiven Formulierung der Ziffer 1³⁵ stehende und dem Bieter auch erkennbare Absicht, dass für die Tatbestandsmäßigkeit der Verletzung der Unterlassungsverpflichtung die Vorteilszuwendung an eine Person genügen sollte, „die mittelbar oder unmittelbar an der Auftragsvergabe mitwirkt“. Die Formulierung stellt nicht nur auf die Mitwirkung an der Zuschlagsentscheidung, sondern auf die Mitwirkung an der Auftragsvergabe ab. Es genügt also eine Person, die in den Entscheidungsprozess der Auftragsvergabe eingebunden ist. Diese Absicht erklärt sich, wie gesagt, daraus, dass die Kausalität, also die Beeinflussung der Vergabeentscheidung durch die Vorteilsgewährung, kaum zu beweisen wäre.

Das kann für den Leiter der Unterkommission „Operation“ nicht zweifelhaft sein. Er war auch ausweislich der Unterschriften auf der Vergabeempfehlung – wie die Leiter der anderen Unterkommissionen – Mitglied der Bewertungskommission, die am 26.06.2002 mehrheitlich (4:1) empfohlen hat „unter Berücksichtigung der Abschlussberichte der Unterkommissionen ... den Auftrag an EADS (!) zu vergeben“.³⁶

³⁴ Oben Seite 21 f.

³⁵ Sie ist auch für die Ziffer 2 maßgeblich („... kein gemäß Punkt 1 untersagtes Verhalten gesetzt wird...“).

Eine andere Sichtweise führte zu dem befremdlichen Ergebnis, dass der Auftraggeber nachweisen müsste, dass eine Vorteilszuwendung an mehr als die Hälfte der Unterkommissionsmitglieder oder zumindest der Mitglieder der Bewertungskommission erfolgt ist. Ein solches Verständnis ließe die Verhaltensregeln leer laufen und kann daher nicht dem Verständnis redlicher Parteien entsprechen.

Auf die Frage 2 ist daher zu antworten, dass der Leiter der Unterkommission „Operation“ eine Person ist, die unmittelbar oder mittelbar an der Auftragsvergabe mitwirkt.

Frage 4, 6 und 7: Ist durch die Zuwendung von Seiten eines Lobbyisten der Bieterseite an eine für die Typenentscheidung wichtige Person ein Vorteil im Sinne des § 304 StGB gegeben?

Muss die Person, in deren Einflussbereich die Zahlung gelangt ist, selbst von der Zuwendung gewusst und sie gebilligt haben?

Ist für die Beurteilung, ob es sich um die Zuwendung eines maßgeblichen Geldbetrages gehandelt hat, das Verhältnis der Zuwendung zum Gesamtpreis oder zur Einkommens- und Vermögenssituation der durch die Zuwendung bedachten Person von Relevanz?

Klargestellt wird, dass mit der Beantwortung der Frage 4 nicht die Frage beantwortet wird, unter welchen Voraussetzungen ein Lobbyist der Bieterseite zurechenbar ist. Das ist Gegenstand vornehmlich der Frage 3. Die Fragen 4, 6 und 7 hängen inhaltlich eng zusammen. Sie werden daher gemeinsam behandelt.

Für die Frage 4 ist daher davon auszugehen, dass die Zuwendung von Seiten eines Lobbyisten der Bieterseite an eine wichtige Person für die Typenentscheidung, vorausgesetzt dieser ist als Lobbyist der Bieterseite zu qualifizieren, ein Vorteil iSd § 304 StGB ist. Denn für die Tatbestandmäßigkeit

³⁶ Nach den den Gutachtern vorliegenden Teilnehmerlisten der Board Meetings vom August 2002 nahm er auch an diesen Besprechungen teil.

der Zuwendung iSd Ziffern 1 und 2 kommt es nicht auf die Person des Zuwendenden an, sofern er nur der Bieterseite zurechenbar ist.

Die Frage 4 gibt aber Anlass, sich mit der Zitierung des § 304 StGB in Ziffer 1 auseinanderzusetzen.³⁷

Schon nach dem klaren Wortlaut der Ziffer 1 folgt aus der Zitierung des § 304 StGB nicht, dass sie nur dann verletzt ist, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der (passiven) Bestechung iSd § 304 (Abs 1) StGB erfüllt sind. Die Formulierung lautet nicht „... iSd § 304 StGB Vorteile anzubieten ...“, sondern „... in Kenntnis dieser Umstände (sc: dass es sich um eine „qualifizierte Person“ handelt) Vorteile iSd § 304 StGB anzubieten ...“. Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, dass die Zitierung des § 304 StGB nur zu dem Zweck erfolgt, den Begriff des „Vorteils“ zu konkretisieren. Das kann schon deshalb nicht anders sein, weil die Verhaltensregeln ihrem Zweck nach die Korrektheit des Vergabeverfahrens gefährdende Machenschaften der Bieterseite verhindern und nicht das pflichtwidrige Verhalten des Zuwendungsempfängers pönalisieren wollen. Daher wird schon dem Wortlaut nach auch nicht darauf abgestellt, ob der Beamte fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, sondern nur darauf, dass es die Bieterseite zu unterlassen hat, einer Person, die unmittelbar oder mittelbar an der Auftragsvergabe mitwirkt oder auf die Auftragsvergabe Einfluss nehmen kann, in Kenntnis dieser (Qualifikations-)Umstände Vorteile iSd § 304 StGB anzubieten oder zu gewähren. Kenntnis von der Qualifikation des Empfängers ist das einzige subjektive Element – und auch das ist für die Bieterseite normiert. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob der Empfänger den Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt mit dem Vorsatz, dafür ein Amtsgeschäft rechtswidrig vorzunehmen.³⁸

³⁷ Sie hat auch Relevanz für die Ziffer 2 (arg: „... kein gemäß Punkt 1 untersagtes Verhalten gesetzt wird ...“).

³⁸ Vgl zum Vorsatzerfordernis der Geschenkkannahme für pflichtwidrige Amtsgeschäfte (§ 304 Abs 1) nur *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht⁵, § 304 Rz 7.

Die Formulierung „Vorteile iSd § 304 StGB“ dient sohin zum einen nur dazu klarzustellen, dass der weite Vorteilsbegriff des § 304 StGB³⁹ auch für die Verhaltensregeln gilt. Zum anderen wird dadurch klargestellt, dass auch die Zuwendung von Vorteilen von relativ geringfügigem Wert gegen die Verhaltensregeln verstößt. Fällt doch bereits ein Vorteil von mehr als € 3000,-- unter die einen strengeren Strafsatz auslösende Qualifikation des § 304 Abs 3 StGB.

Zudem ist noch eine weitere Klarstellung angebracht.

Der Straftatbestand des § 304 StGB setzt voraus, dass der Täter den Vorteil für die Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes fordert, annimmt oder sich versprechen lässt. Diese Tatbestandsvoraussetzung ist erfüllt, wenn es für die Gewährung des Vorteils keinen anderen Grund als eben den gibt, dass der Täter als Beamter eine bestimmte Sache dienstlich bearbeitet, bearbeiten wird oder bearbeitet hat.⁴⁰ Erforderlich ist somit ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Vermögensvorteil und einem bestimmten Amtsgeschäft des Täters.⁴¹ Dies ist jedoch eine zusätzliche Voraussetzung für das Tatbild des § 304 StGB, die nicht im Tatbestandsmerkmal des Vorteils aufgeht. In Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzung des kausalen Konnexes werden in der Kommentarliteratur Honorare zB aus einem Konsulentenvertrag dann nicht für die Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes als gegeben angesehen, wenn die „Leistung des Beamten das Honorar wert ist“.⁴² Das schließt jedoch das Vorliegen eines Vorteils iSd § 304 StGB und damit iSd Verhaltensregeln nicht aus. Diesem Umstand kann aber für die Entlastungsmöglichkeit des Bieters gemäß Z 2 Bedeutung zukommen.

³⁹ Vgl dazu etwa *Kodek/Foregger/Fabrizy*, Strafgesetzbuch⁶ (1999), § 304 Rz 4; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³, § 304 Rz 10; *Bertel* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK², § 304 Rz 2.

⁴⁰ So *Bertel*, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg) WK², § 304 Rz 6.

⁴¹ Vgl statt vieler *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³, § 304 Rz 6.

⁴² *Bertel*, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg) WK², § 304 Rz 10.

Daher ist auf die Frage 4 zu antworten, dass durch die Zuwendung von Seiten eines Lobbyisten, vorausgesetzt er ist der Bieterseite zurechenbar, an eine wichtige Person ein Vorteil iSd § 304 StGB gegeben ist.

Bereits oben wurde dargelegt⁴³, dass sich der Bieter nicht damit entlasten kann, dass trotz Vorteilsgewährung die Vergabeentscheidung tatsächlich nicht beeinflusst wurde. Vorstehend wurde darauf verwiesen, dass es auf subjektive Elemente des Zuwendungsempfängers nicht ankommt. Verpönt sind durch die Verhaltensregeln Verleitungshandlungen der Bieterseite gegenüber „qualifizierten“ Personen, nicht erst ihr Erfolg. Es kann daher auch keine Rolle spielen, ob der Empfänger die Zuwendung „bemerkt“ oder nicht. Für den Auftraggeber wäre das Gegenteil (Wissen oder Billigung als subjektives Element auf Empfängerseite) insbesondere dann kaum beweisbar, wenn die Zahlung nicht an eine in Z 1 genannte Person direkt, sondern an eine Gesellschaft erfolgt, deren Gesellschafter diese Person ist.

Auf die Frage 6 ist daher zu antworten, dass die Person, in deren Einflussbereich die Zahlung gelangt ist, selbst von der Zuwendung nichts gewusst haben und sie auch nicht gebilligt haben muss. Anders wird dies nach Ansicht der Gutachter wohl dann sein, wenn dem Bieter der Nachweis gelingt, dass der Empfänger von der Zuwendung nichts gewusst haben kann.

Vorstehend wurde dargelegt, dass die Zitierung des § 304 StGB auch deshalb erfolgt ist, um klarzustellen, dass bereits die Zuwendung eines wertmäßig geringfügigen Vorteils den Tatbestand der untersagten Vorteilsgewährung erfüllt. Die Verhaltensregeln legen damit selbst eine (niedrige) objektive „Eignungsschwelle“ fest. Es kommt also weder auf das Verhältnis der Zuwendung zum Gesamtpreis noch auf das Verhältnis zur Einkommens- und Vermögenssituation der durch die Zuwendung bedachten Person an.

Von vornherein steht aber fest, dass auch dem Bieter erkennbar sein musste – und dies gerade wegen der Zitierung des § 304 StGB –, dass es jedenfalls nicht auf irgendeine Relation zum Gesamtpreis ankommen kann. Angesichts des enormen Auftragsvolumens wäre bereits ein Promillesatz des Auftragswertes für

⁴³ Siehe dazu Stellungnahme oben unter III.C.2. nach FN 20.

den Empfänger ein exorbitant hoher Betrag.⁴⁴ Wenn es überhaupt darauf ankommen sollte, kann die Eignungsschwelle nur nach der Einkommens- und Vermögenssituation des Zuwendungsempfängers bestimmt werden.

Klarzustellen ist, dass ein Vorteil auch dann vorliegt, wenn jemand durch die Vorteilzuwendung an einen Dritten, für den er eine persönliche Haftung übernommen hat, von einer Haftungsgefahr befreit wird, weil dadurch die vermögensmäßige Schieflage des Dritten beseitigt wird.

Auf die Frage 7 ist daher zu antworten, dass für die Beurteilung, ob es sich um die Zuwendung eines maßgeblichen Geldbetrages gehandelt hat, weder das Verhältnis der Zuwendung zur Einkommens- und Vermögenssituation der durch die Zuwendung bedachten Person noch das Verhältnis zur Gesamtauftragssumme von Relevanz ist. Entscheidend ist vielmehr, dass die Verhaltensregeln mit der Zitierung des § 304 StGB klarstellen, dass bereits eine Zuwendung von relativ geringem Wert für ein tatbestandsmäßiges Verhalten genügt.

Frage 5: Ist im Zusammenhang mit dem Eurofighter-Kauf ein Vorteil im Sinne des § 304 StGB gegeben, wenn die Zahlung in der Zeit zwischen Typenentscheidung und Vertragsabschluss geleistet worden ist?

Das hinter dieser Frage stehende Sachproblem kann – der Fragestellung entsprechend – einerseits beim Begriff des „Vorteils iSd § 304 StGB“ verortet werden. Wie gezeigt, lässt sich in die durch die Verweisung auf § 304 StGB erfolgte Definition des Vorteils auch die zeitliche Komponente einbeziehen. Etwas leichter verständlich wird die Fragestellung allerdings, wenn man sie wie folgt fasst: Ist eine Vorteilszuwendung an eine Person, die unmittelbar oder mittelbar an der Auftragsvergabe mitwirkt oder auf die Auftragsvergabe Einfluss nehmen kann, erfolgt, wenn die Zahlung in der Zeit zwischen Typenentscheidung und Vertragsabschluss geleistet worden ist?

⁴⁴ 1/00 wäre ca € 1,9 Mio.

Bereits oben⁴⁵ wurde dargelegt, dass die bei der Umschreibung der Qualifikation der Empfängerperson verwendete Gegenwartsform dazu führen könnte, dass der Auftraggeber beweisen muss, dass zumindest das Anbieten des Vorteils zu einem Zeitpunkt erfolgt ist, zu dem der Entscheidungsprozess noch nicht abgeschlossen war. Folgt man dieser Ansicht und gelingt dieser Nachweis nicht, ist die für die Ziffern 1 und 2 erforderliche Qualität des Zuwendungsempfängers nicht gegeben. Ein Verstoß gegen die Ziffern 1 und 2 ist dann nicht bewiesen. Ein Vertragsrücktritt wäre nicht gerechtfertigt.

Nach Ansicht der Gutachter ergibt aber eine an der Parteienabsicht orientierte Auslegung, dass auch nachträglich erfolgte Zuwendungen von den Ziffern 1 und 2 erfasst sind, und zwar auch dann, wenn die Gewährung des Vorteils nicht vorweg zugesagt wurde. Die Interpretation nach der Parteienabsicht genießt gegenüber der Wortinterpretation Vorrang (§ 914 ABGB). Durch den Verweis auf § 304 StGB kann sich diese Auffassung aber ohnehin auch auf den Wortlaut stützen.⁴⁶

Selbst wenn man aber dieser Ansicht nicht folgen wollte, lässt sich zeigen, dass die Vorteilsgewährung zwischen Typenentscheidung und Vertragsabschluss (Zuschlag) letztlich der Subsumtion unter die Ziffern 1 und 2 nicht schadet. Die Fragestellung zielt auf die insoweit in der Tat kritische Zeitspanne vom 02.07.2002 bis zum 30.06./01.07.2003.

Mit dem Ministerratsvortrag am 02.07.2002 ist die Typenentscheidung „offiziell“ zugunsten des „Eurofighter Typhoon“ gefallen.⁴⁷ Die Unterzeichnung des Vertrages erfolgte nach einer Verhandlungsphase vom 30.07.2002 bis zur Vertragsunterzeichnung am 30.06./01.07.2003, also praktisch ein Jahr später.

Bei wörtlicher Interpretation fallen Anbieten und/oder Gewähren von Vorteilen in diesem Zeitraum in die relevante „zeitliche Verdachtsfläche“. Denn das Vergabeverfahren endet erst mit der Auftragsvergabe (Vertragsschluss durch

⁴⁵ Siehe Stellungnahme oben unter III.C.c)2.

⁴⁶ Siehe Stellungnahme oben S 23.

⁴⁷ Die gleichlautende Empfehlung der Bewertungskommission stammt vom 25.06.2002.

Zuschlagserteilung). Die Ziffern 1 und 2 stellen aber auf das Mitwirken bzw auf die Einflussnahmemöglichkeit hinsichtlich der Auftragsvergabe ab, sodass auf Grund der Wortinterpretation der Zeitraum bis zur Zuschlagserteilung von diesen Ziffern erfasst wird.

Im Streitfall könnte es aber zweifelhaft sein, ob das Gericht nur auf Basis dieser etwas formalen Sichtweise dieser Ansicht folgen würde. Denn der Bieter könnte einwenden, dass nach dem vom BMLV strukturierten Ablauf des Vergabeverfahrens die Entscheidung für Eurofighter spätestens mit der Typenentscheidung gefallen ist (02.07.2002), sodass die nachweislich erst danach erfolgte Vorteilszuwendung gar nicht mehr an eine Person gerichtet war, die „an der Auftragsvergabe mitwirkt oder auf diese Einfluss nehmen kann“.⁴⁸ Anders gesagt: Der Einwand des Bieters könnte lauten: Mit der Typenentscheidung hat die tatbestandlich vorausgesetzte „Personenqualität“ des Zuwendungsempfängers geendet.⁴⁹

Wie schon oben dargelegt,⁵⁰ ist nach dem konkreten Verfahrensablauf die Typenentscheidung über einen Wettbewerb der konkreten Angebote in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens erfolgt, die mit dem Ministerratsvortrag am 02.07.2002 abgeschlossen war.

In der daran anschließenden zweiten Stufe des Vergabeverfahrens wurde nur noch mit EF/EADS verhandelt.

Den den Gutachtern vorliegenden Unterlagen ist nicht zu entnehmen, dass in der Verhandlungsphase etwa mit SAAB, deren Angebot anders als das von FMS nicht ausgeschieden werden musste, sondern „nur“ nach dem festgelegten

⁴⁸ Dabei wird von dem sehr wahrscheinlichen Fall ausgegangen, dass der Auftraggeber nicht nachweisen kann, dass das Anbieten bereits vor dem fraglichen Zeitraum erfolgt ist.

⁴⁹ Davon ist die nur für die Ziffer 2 relevante Freibeweiismöglichkeit des Bieters zu unterscheiden. Ist eine Zuwendung an eine „qualifizierte Person“ nachweisbar, kann unter Ziffer 2 der Bieter den Nachweis führen, dass die Zuwendung weder im Zusammenhang mit der gegenständlichen Angebotseinholung steht noch geeignet ist, die Auftragsvergabe zu beeinflussen und sich damit entlasten.

⁵⁰ Siehe Stellungnahme oben unter III.C.a).

Kosten/Nutzen-Analyse-Verfahren dem Eurofighter unterlegen ist, Verhandlungen geführt worden wären.

Gegen diese Argumentation muss allerdings eingewendet werden, dass es sich hier um eine freihändige Vergabe (das war ein gegenüber dem Verhandlungsverfahren nach dem BVergG weniger formalisiertes Vergabeverfahren) gehandelt hat. Bei diesem ist es durchaus üblich, dass Preisreduktionen, Änderungen der Vertragskonditionen, Verschiebung von Zahlungsterminen und technische Spezifikationen verhandelt und diesbezügliche vom ursprünglichen Angebot abweichende Vereinbarungen getroffen wurden. Wie dies im gegenständlichen Verfahren war, ist den Gutachtern nicht bekannt. Zu Zwecken dieses Gutachtens wird aber von einem üblichen Verlauf ausgegangen, bei welchem die genannten Punkte noch Gegenstand der Verhandlungen sind. Nachweisbar dürften aber Verhandlungen über eine ganz maßgebende Änderung sein: Wohl im Herbst 2002/Frühjahr 2003 dürften Verhandlungen über eine Reduktion der Stückzahl von 24 auf 18 geführt worden sein. Darüber wurde auch Einigung erzielt. Nach Ansicht der Gutachter kann dem Auftraggeber unter Zugrundelegung der Sicht eines redlichen und verständigen Bieters nicht unterstellt werden, dass er Schmiergeldzahlungen tolerieren wollte, die zwar nicht mehr die Typenentscheidung, aber unter Umständen äußerst kostenwirksame Punkte des Vertrages beeinflussen können. Damit ergibt die Auslegung nach der Parteienabsicht, dass die Verhaltensregeln – was ohnehin deren Wortlaut entspricht – alle Schmiergeldzahlungen bis zur Zuschlagserteilung verbieten.

Eine andere Frage ist es, ob der Leiter der Unterkommission Operation, der auch Mitglied der Bewertungskommission war, in diesem Zeitraum noch an der Vergabe, zB im Rahmen der Vertragsverhandlungen, mitgewirkt hat oder auf diese Einfluss nehmen konnte. Sollte dies beweisbar sein, dann sind Zahlungen an ihn oder an eine Gesellschaft, an der er beteiligt ist, unter die Ziffern 1 und 2 zu subsumieren.

Sollte dies nicht nachweisbar sein, stellt sich die weitere Auslegungsfrage, ob hier der Nachweis einer konkreten Mitwirkung bzw Einflussnahmemöglichkeit erforderlich ist oder ob die einmal durch ihre Mitwirkung qualifizierte Person diese Qualifikation für das gesamte Vergabeverfahren behält. Hier gibt wiederum die

Parteienabsicht, ein effizientes Abwehrsystem zu schaffen, den Ausschlag. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei Personen, die an einem Teil des Vergabeverfahrens mitgewirkt haben, immer der Verdacht besteht, dass sie leichteren Zugang zu Entscheidungsträgern haben und so auf das Verfahren Einfluss nehmen können. Dies dürfte auch der Grund dafür sein, dass in der Ziffer 1 neben der Einflussnahmemöglichkeit auch noch die Mitwirkung an der Auftragsvergabe gesondert erwähnt wird. Zum Zweck der Verhinderung unerwünschter Beeinflussungen des Verfahrens hätte es ja genügt, nur auf die Einflussnahmemöglichkeit abzustellen. Mit der Einbeziehung der Personen, die an der Auftragsvergabe mitwirken, können aber diesbezügliche Beweisschwierigkeiten stark gemildert werden, weil dieses Tatbestandselement viel leichter zu objektivieren ist, als die Möglichkeit der Einflussnahme.

Unter dem Aspekt der Absicht, ein wirksames Mittel gegen Schmiergeldzahlungen in die Hand zu bekommen, ist auch zu bedenken, dass man durch die Herausnahme von Zuwendungen, die womöglich unmittelbar nach Abschluss jenes Verfahrensabschnittes erfolgen, an dem der Empfänger mitgewirkt hat, hinsichtlich davor gemachter Zusagen leicht in Beweisnotstand geraten kann. Dieser Gesichtspunkt hat schon oben dazu geführt, dass auch Zahlungen nach Zuschlagserteilung als von den Ziffern 1 und 2 erfasst anzusehen waren. Selbst wenn man dem nicht folgen wollte, müssen aber umso mehr Geschenkkannahmen während des laufenden Vergabeverfahrens verboten sein. Bei diesen kommt zu den Beweisschwierigkeiten in Bezug auf vorweg erfolgte Zuwendungszusagen noch die latent bestehende, aber oft nicht beweisbare Möglichkeit der Einflussnahme hinzu.

Auf die (modifizierte) Frage 5 ist daher zu antworten, dass Zuwendungen, die vor Zuschlagserteilung erfolgen auch dann durch die Verhaltensregeln sanktioniert werden, wenn die Zahlung in der Zeit zwischen Typenentscheidung und Vertragsabschluss geleistet worden ist.

Frage 3. , 8 und 9: Ist ein Rüstungslobbyist, der mit Vollmacht und im Namen der Bieterseite auftritt, an seiner Wohnadresse ein „EADS-Verbindungsbüro Österreich“ führt, Teil des Eurofighter-Verhandlungsteams ist und monatliche Zahlungen von EADS erhält, der „Bieterseite“ im Sinne der Ziffer 1 der Verhaltensregeln zuzurechnen?

Ist ein Rüstungslobbyist, der mit Vollmacht und im Namen der Bieterseite auftritt, an seiner Wohnadresse ein „EADS-Verbindungsbüro Österreich“ führt, Teil des Eurofighter-Verhandlungsteams ist und monatliche Zahlungen von EADS erhält, ein „sonstiger Dritter“ im Sinne der Ziffer 2 der Verhaltensregeln?

Ist auszuschließen, dass ein Rüstungslobbyist, der mit Vollmacht und im Namen der Bieterseite auftritt, an seiner Wohnadresse ein „EADS-Verbindungsbüro Österreich“ führt, Teil des Verhandlungsteams ist und monatliche Zahlungen von EADS erhält, weder eine Person im Sinne der Ziffer 1 noch im Sinne der Ziffer 2 der Verhaltensregeln ist?

Die Fragen 3., 8. und 9. werden zu ihrer Beantwortung zusammengefasst, weil sie letztlich alle drei auf die Zurechnung eines näher beschriebenen Rüstungslobbyisten und dessen Einordnung in das System der Verhaltensregeln abstellen.

1. Auswirkungen der Definition des Begriffs „Bieterseite“

Für die Beantwortung dieser Fragen ist zunächst auf die Ausführungen zur „Bieterseite“⁵¹ zurückzukommen. Dort wurde die Ansicht vertreten, dass zur Bieterseite alle jene Personen gehören, die mit Wissen und Willen des Bieters in diesem Vergabeverfahren für den Bieter tätig waren. Folgt man diesem weiten Verständnis des Begriffs „Bieterseite“, so kann unter Umständen ein Lobbyist, der als Vertreter der EADS GmbH bereits unmittelbar als Teil der Bieterseite angesehen werden. Einzige weitere Voraussetzung ist dann, dass der Rüstungslobbyist mit Wissen und Willen der EF GmbH tätig wird. Für diese Annahme spricht, dass – entsprechend der Fragestellung – davon auszugehen ist, dass der Lobbyist Mitglied des Verhandlungsteams war. Legt man diese

⁵¹ Stellungnahme oben unter III.C.c)1.

weitgefasste Interpretation der Beurteilung zugrunde und lässt sich in einem Beweisverfahren feststellen, dass der Lobbyist mit Wissen und Willen des Bieters (EF GmbH) für diesen im Vergabeverfahren tätig geworden ist, dann wäre ein von ihm angebotener oder gewährter Vorteil von der Bieterseite selbst angeboten bzw. gewährt worden. Der mit der Rücktrittsmöglichkeit und Schadenersatzfolgen sanktionierte Tatbestand wäre dann erfüllt.

Wie bereits ausgeführt, erscheint allerdings auch eine engere Auslegung vertretbar. Nach der engstmöglichen Interpretation ist aber jedenfalls EADS als Teil der Bieterseite anzusehen. Nach dem sich aus der Fragestellung ergebenden Sachverhalt war der Lobbyist als direkter Stellvertreter der EADS tätig und Teil des Verhandlungsteams. Ein Rücktrittsgrund liegt dann vor, wenn bewiesen werden kann, dass der Lobbyist einer nach Ziffer 1 qualifizierten Person eine verbotene Zuwendung angeboten oder gewährt hat, sofern der Lobbyist der EADS oder der EF GmbH, also Personen der Bieterseite, zugerechnet werden kann. Es stellt sich daher die Frage, nach welchen Regeln eine solche Zurechnung zu beurteilen ist.

Bevor die Zurechnungsfrage erörtert wird, muss darauf hingewiesen werden, dass sie auch unter Zugrundelegung des weiten Verständnisses des Begriffs „Bieterseite“ geprüft werden könnte. Da nach diesem extensiven Auslegungsergebnis aber ohnedies jede Person, die mit Wissen und Willen des Bieters für diesen im Vergabeverfahren tätig war, als Teil der Bieterseite anzusehen ist, verbietet sich unseres Erachtens eine Erweiterung dieses Personenkreises qua Zurechnung. Nach den sofort unten darzustellenden Zurechnungsregeln käme es hier zu einem „Schneeballeffekt“. Jede mit Wissen und Willen des Bieters im Vergabeverfahren tätige Person könnte nämlich ihrerseits wieder Personen beiziehen, für die dann der Bieter einzustehen hätte. Die Gruppe der zuzurechnenden Personen würde dadurch uferlos. Die Untersuchung der Einstandspflicht des Bieters für Personen, die nicht der Bieterseite angehören, aber von einer Person der Bieterseite beigezogen werden, erfolgt daher auf Basis des engstmöglichen Verständnisses des Begriffs „Bieterseite“. Nach diesem gehört jedenfalls die EADS GmbH der Bieterseite an.

2. Allgemeine Zurechnungsregeln

Die EADS GmbH hat zunächst einmal für das Verhalten ihrer Organe einzustehen. Als juristische Person kann sie nur durch ihre Organe handeln. Sie muss sich daher das rechtsgeschäftliche Handeln ihrer vertretungsbefugten Organe zurechnen lassen. Rechtsgeschäftliche Erklärungen anderer Personen binden die juristische Person dann, wenn sie im Rahmen einer ihnen eingeräumten Vollmacht und im Namen der juristischen Person handeln. Auch für rechtswidriges Verhalten ihrer Organe hat sie einzustehen. Neben der Einstandspflicht für Organe besteht auch eine solche für Repräsentanten (Machthaber, § 337 ABGB). Als Repräsentanten sind Personen anzusehen, die in der Organisation der juristischen Person eine verantwortliche, leitende oder überwachende Funktion einnehmen.⁵² Bei Bestehen einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung hat die juristische – genauso wie die natürliche – Person auch für ihre Erfüllungsgehilfen einzustehen (§ 1313 a ABGB). Das sind Personen die zur Erfüllung einer aus dieser Sonderbeziehung resultierenden Pflicht eingesetzt wurden. Als schuldrechtliche Sonderbeziehung kommen neben Vertragsverhältnissen vor allem auch vorvertragliche Pflichten in Betracht. Werden diese durch einen Erfüllungsgehilfen verletzt (culpa in contrahendo), so hat die juristische Person dafür schadenersatzrechtlich einzustehen. Außerhalb von schuldrechtlichen Sonderbeziehungen haben juristische und natürliche Personen lediglich für Besorgungsgehilfen zu haften (§ 1315 ABGB). Ein Besorgungsgehilfe ist eine gefährliche Person, derer sich der Geschäftsherr im Wissen um diese Gefährlichkeit bedient, oder eine habituell untüchtige Person.

3. Zurechnung nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen

Es stellt sich nun die Frage, ob der in der Fragestellung beschriebene Rüstungslobbyist nach diesen Regeln der EADS oder auch unmittelbar dem Bieter selbst zugerechnet werden kann. Als Vorfrage ist noch kurz zu klären, ob die Zurechnung nach rechtsgeschäftlichen oder nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat. Wie gezeigt, stimmt der Kreis jener Personen, deren rechtsgeschäftliches Handeln die juristische Person bindet, nicht mit

⁵² Dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I – *Kletečka* (2006) 74 f mwN.

jenem überein, der sich aus der schadenersatzrechtlichen Gehilfeneinstandspflicht ergibt. Da es sich bei der Verletzung des Code of Conduct um ein rechtswidriges Verhalten handelt, liegt die Zurechnung nach schadenersatzrechtlichen Regeln nahe. § 1313 a ABGB, der die Erfüllungsgehilfenhaftung regelt, wird auch im Wege der Analogie für die sogenannte Wissenszurechnung nutzbar gemacht⁵³. Letztlich entscheidend ist aber auch hier wieder die mit den Verhaltensregeln verfolgte Parteienabsicht. Danach scheidet eine Zurechnung nach rechtsgeschäftlichen Prinzipien schon deshalb aus, weil damit die vertraglichen Verbote schon dann leerlaufen würden, wenn keine Vertretungsmacht für die verpönten Handlungen nachgewiesen werden könnte oder die Zahlungen nicht im Vollmachtsnamen erfolgen. Dies würde Umgehungshandlungen begünstigen, weil es schon genügt zu betonen, dass die Vorteilszuwendung im eigenen Namen erfolgt. Dass eine naturgemäß an Verschleierung der wahren Verhältnisse interessierte Person – und nur mit solchen hat man es hier zu tun – nachweisbar offenlegt, für wen sie handelt, scheint fast ausgeschlossen. Diese leichte Umgehbarkeit wäre aber mit der Parteienabsicht unvereinbar, ein wirkungsvolles Instrument gegen Schmiergeldzahlungen zu schaffen.

Für die Heranziehung der schadenersatzrechtlichen Gehilfenhaftungsnormen spricht auch, dass ein Verstoß gegen die Verhaltensnormen nicht nur ein Rücktrittsrecht des Auftraggebers, sondern auch Schadenersatzpflichten des Bieters begründet.⁵⁴ Noch wichtiger ist aber, dass der Gesetzgeber mit der Erfüllungsgehilfenhaftung (§ 1313 a ABGB) die Absicht verfolgt, eine Schlechterstellung des Gläubigers zu verhindern, dessen Schuldner nicht selbst tätig wird, sondern einen Gehilfen zur Erfüllung einsetzt. Diese Überlegung passt auch für die mit den Verhaltensregeln verfolgten Zwecke. Auch hier soll sich der Bieter nicht dadurch von seiner Verantwortung befreien und damit den an einer korruptionsfreien Vergabeverfahren interessierten Auftraggeber schlechter stellen können, dass nicht seine Organe und Machthaber, sondern sonstige Hilfspersonen das vertragswidrige Verhalten setzen. Sonst wären sogar

⁵³ *Iro*, Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, JBl 1982, 517 f; OGH SZ 63/20.

⁵⁴ Lit c) der Verhaltensregeln.

Schmiergeldzahlungen durch jene Angestellte des Bieters, die den Auftrag an Land ziehen sollen, nicht zurechenbar, wenn diese nicht ausnahmsweise eine Organ- oder Machthaberstellung einnehmen. Daraus folgt, dass auch für andere Personen der Bieterseite die Frage der Zurechnung von Hilfspersonen grundsätzlich nach den Gehilfenhaftungsbestimmungen des Schadenersatzrechts vorzunehmen ist. Die durch das Wort „grundsätzlich“ angesprochene Einschränkung ergibt sich daraus, dass die nach der Parteienabsicht auszulegende Vereinbarung auch diesen gegenüber vorgeht.

Unter den Gehilfenhaftungsnormen bietet sich im vorliegenden Fall § 1313 a ABGB an, der die Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen normiert. Dies deshalb, weil diese Norm das Bestehen eines Vertrages oder einer sonstigen schuldrechtlichen Sonderbeziehung voraussetzt und die Pflichten, um die es hier geht, mit den Verhaltensregeln vereinbart wurden. Zu beachten ist allerdings, dass die Pflichten zwar nach dem Wortlaut der Verhaltenspflichten die gesamte Bieterseite treffen sollen, mangels nachweisbarer Vertretungsmacht der Bieter die übrigen Personen der Bieterseite aber nicht verpflichten kann.⁵⁵ Es ist daher davon auszugehen, dass diese Pflichten nur im Verhältnis Bieter-Auftraggeber bestehen und daher auch nur den Bieter (EF GmbH) treffen. Wenn es nicht gelingt – und aus der Fragestellung ist dies jedenfalls nicht eindeutig ableitbar –, den Rüstungslobbyisten auch als Erfüllungsgehilfen der EF GmbH zu qualifizieren, liegt keine Erfüllungsgehilfenstellung im eigentlichen Sinn vor. Der Lobbyist erfüllt dann ja keine seinen Geschäftsherrn (EADS) treffende Vertragspflicht, weil die Verhaltensregeln die EADS nicht binden.

4. Gehilfenkette

Dennoch scheitert aber daran die Zurechnung nach den Grundsätzen der Erfüllungsgehilfenhaftung nicht. Die vorliegende Konstellation ist zwar keineswegs eine alltägliche und dürfte auch bisher noch nie rechtswissenschaftlich untersucht worden sein, die sinngemäße Zurechnung nach § 1313 a ABGB lässt sich unseres Erachtens aber dennoch gut begründen. Den Ausgangspunkt bildet dabei das Phänomen der Gehilfenkette. Bei dieser

⁵⁵ Aus diesem Grund wurde oben S 15, 20 diese Formulierung als Statuierung einer Einstandspflicht des Bieters für die Personen der Bieterseite verstanden.

wird der Gehilfe des Gehilfen jedenfalls dann dem Geschäftsherrn zugerechnet, wenn dieser den Einsatz weiterer Gehilfen in Kauf genommen hat oder in Kauf nehmen musste, wobei von einer Inkaufnahme auszugehen ist, sofern aus den Umständen nichts Gegenteiliges hervorgeht⁵⁶. In der Regel besteht nämlich keine Verpflichtung, die Leistung höchstpersönlich zu erbringen. Nach der Rechtsprechung und Teilen der Lehre hat der Geschäftsherr aber auch dann zu haften, wenn er den Einsatz weiterer Gehilfen untersagt hat, weil der Verstoß gegen diese Weisung ein Fehlverhalten des ersten Gehilfen sei, für das der Geschäftsherr einzustehen habe⁵⁷.

5. Vertragliche Einstandspflicht für erstes Glied der Gehilfenkette

Vergleicht man die vorliegende Konstellation mit jener der Gehilfenkette, zeigt sich, dass der einzige Unterschied darin besteht, dass die Zurechnung des ersten Gliedes der Kette nicht auf der Bestimmung des § 1313 a ABGB, sondern auf vertraglicher Vereinbarung beruht. Wie ausgeführt, ergibt sich die Einstandspflicht des Bieters (EF GmbH) für Handlungen der EADS GmbH aus der Auslegung des Begriffs „Bieterseite“. Nun erscheint es aber ausgeschlossen, eine Person, die für ihre Erfüllungsgehilfen sogar vertraglich die Einstandspflicht übernimmt und damit qua Vereinbarung ihre an sich schon gesetzlich bestehende Haftpflicht auf eine andere, nämlich eine vertragliche Basis stellt, haftungsrechtlich zu privilegieren. Sonst wäre ein Gläubiger, der darauf dringt, dass der Schuldner die Haftung für Gehilfen (in modifizierter Form) vertraglich zusagt, im Falle der Gehilfenkette schlechter gestellt als ein Gläubiger, der sich mit der gesetzlichen Haftpflicht begnügt. Nichts anderes kann aber dann gelten, wenn sich die vertragliche Einstandspflicht auf Personen bezieht, die nach allgemeinen Regeln nicht als Erfüllungsgehilfen angesehen werden. Die also erst durch Vertrag, zB dadurch, dass die Anwendbarkeit des § 1313 a ABGB vereinbart wird, zum Erfüllungsgehilfen gemacht werden.

Im gegenständlichen Fall hat eine Vereinbarung zur Einstandspflicht des Bieters für alle Personen der Bieterseite geführt, so dass diese Überlegungen zur

⁵⁶ *Reischauer* in *Rummeß* § 1313 a, Rz 16.

⁵⁷ OGH SZ 50/100; *Koziol*, Haftpflichtrecht² II 340; *Karner* in *KBB*² § 1313 a (2007) Rz 7; Kritik bei *Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten (1991) 48.

sinngemäßen Heranziehung der Grundsätze zur Gehilfenkette führen. Die Gehilfen der Personen der Bieterseite, die bei Erfüllung der den Bieter treffenden vertraglichen Pflichten tätig werden, sind somit der Bieterseite zuzurechnen. Ob man – ganz dem Konzept der Gehilfenkette folgend – die Zurechnung zum Bieter (EF GmbH) selbst oder zu EADS vornimmt, ist dabei von untergeordneter Bedeutung, weil beides letztlich den Bieter belastet. Bei letzterer Konstruktion ist nämlich zu bedenken, dass die EF GmbH für das Verhalten der EADS einstehen muss.

6. Einsetzung als Erfüllungsgehilfe

Für die Zurechnung des Lobbyisten nach den Regeln der Erfüllungsgehilfenhaftung ist es überdies erforderlich, dass sich der Geschäftsherr des Gehilfen „zur Erfüllung bedient“ (§ 1313 a ABGB). Dies bedeutet, dass der Geschäftsherr den Erfüllungsgehilfen als solchen eingesetzt hat. Üblicherweise wird dafür gefordert, dass der Gehilfe mit Willen des Schuldners bei der Erfüllung tätig wird⁵⁸. Genauer betrachtet, kann die Einsetzung des Erfüllungsgehilfen mittels Willenserklärung (gegenüber dem Gläubiger oder dem Gehilfen) oder durch eine sogenannte Willensbetätigung erfolgen⁵⁹. Auch dem Anschein der Gehilfenstellung kommt Bedeutung zu, wenn der Anschein dem Geschäftsherrn zurechenbar ist.⁶⁰ Auf Grund der hier vorliegenden, einer „Gehilfenkette“ nahekommenden Konstellation, ist nicht die Einsetzung durch den Geschäftsherrn selbst, hier also des Bieters, zu prüfen, sondern eine solche durch EADS. Wie bei der eigentlichen Gehilfenkette erfolgt die Bestellung durch den Mittelsmann. Es ist also zu fragen, ob EADS den in der Fragestellung beschriebenen Lobbyisten zur Erfüllung der den Bieter aus den Verhaltensregeln treffenden Pflichten eingesetzt hat.

Nach den in der Fragestellung enthaltenen Sachverhaltsangaben ist die Zurechnung eines Rüstungslobbyisten zu prüfen, der „mit Vollmacht und im Namen der Bieterseite auftritt, an seiner Wohnadresse ein, EADS-

⁵⁸ Nachweise bei *Kletečka*, Der Anscheinserfüllungsgehilfe, JBl 1996, 84 FN 1.

⁵⁹ *Kletečka*, Der Anscheinserfüllungsgehilfe, JBl 1996, 84ff.

Verbindungsbüro Österreich' führt, Teil des Eurofighter-Verhandlungsteams ist und monatliche Zahlungen von EADS erhält". Diese Sachverhaltsangaben reichen nicht aus, um die Zurechnung eindeutig klären zu können. Da in diesem Zusammenhang von der engstmöglichen Interpretation ausgegangen wird, könnte sich eine Zurechnung nur auf Grund der sinngemäßen Heranziehung der oben dargestellten Regeln über die Gehilfenkette (EADS – Lobbyist) ergeben. Dafür ist es, wie gesagt, erforderlich, dass EADS den Rüstungslobbyisten zur Erfüllung einer die EF GmbH aus den Verhaltensregeln treffenden Pflicht eingesetzt hat.

Zwar hat ein Stellvertreter regelmäßig eine Vielzahl von Verpflichtungen aus dem (vor)vertraglichen Schuldverhältnis zu erfüllen. Er wird daher auch als Verhandlungs- oder Abschlussgehilfe bezeichnet und nach den Regeln der Erfüllungsgehilfenhaftung dem Geschäftsherrn zugerechnet. Nicht jeder Vertreter einer Person der Bieterseite kann aber als Erfüllungsgehilfe hinsichtlich der sich aus den Verhaltensregeln ergebenden Pflichten angesehen werden. Dies deshalb, weil sonst der Personenkreis, für den der Bieter einstehen muss, insbesondere bei den Unterlassungspflichten der Ziffer 1 fast uferlos würde. Er könnte dadurch unter Umständen sogar noch größer werden als jener, der sich aus der extensiven Interpretation des Begriffs Bieterseite ergibt.

Besteht das geschuldete Verhalten in einem Tun, zB in der Lieferung einer Sache, versteht es sich von selbst, dass nicht jede Hilfsperson des Schuldners die Leistungshandlung zu setzen hat. Erfüllungsgehilfe ist derjenige, den der Schuldner anweist, die Sache zu liefern. Bei Unterlassungspflichten ist dies, was sich gerade an dem Beispiel des Verbots von Schmiergeldzahlungen gut zeigen lässt, notwendiger Weise anders: Der Auftraggeber hat natürlich ein Interesse daran, dass niemand das Vergabeverfahren durch Vorteilsgewährungen zu beeinflussen versucht. Man könnte daher der Ansicht sein, dass jede Person, die keine verbotenen Vorteile anbietet oder gewährt, damit die Unterlassungspflicht des Bieters erfüllt. Die Unrichtigkeit dieser Sicht zeigt sich aber sofort daran, dass dann gerade derjenige, der Schmiergelder zahlt, kein Erfüllungsgehilfe wäre. Es kommt eben nicht darauf an, welches Verhalten die Person setzt, deren

⁶⁰ *Kletečka*, Der Anscheinserfüllungsgehilfe, JBl 1996, 84ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II – *Welser* 357; *Karner* in KBB² § 1313a, Rz 3; OGH ÖBA 1998, 556 (*Iro*); RdW 2005/757 ua.

Zurechnung in Frage steht; vielmehr ist es entscheidend, wen EADS zur Erfüllung der den Bieter treffenden Unterlassungspflichten eingesetzt hat.

Klar wäre die Sache jedenfalls dann, wenn EADS den Lobbyisten dazu verpflichtet hätte, die Verhaltensregeln einzuhalten. Dann wäre es unzweifelhaft, dass dieser als eine im Pflichtenkreis des Bieters tätige Hilfsperson eingesetzt wurde. Eine solche Überbindung der Pflichten des Bieters kann aber keine notwendige Voraussetzung für die Zurechnung sein, weil sonst erst ein besonders sorgfältiges Verhalten der Personen der Bieterseite, nämlich die Pflichtenüberbindung, die Sanktionen der Verhaltensregeln ermöglichte. Die Bieterseite daher daraus Vorteile zöge, wenn sie sich weniger um die Einhaltung der Pflichten bemühte.

Unseres Erachtens reicht es – wegen der bereits erwähnten Gefahr der Ausuferung – für die Einsetzung zum Erfüllungsgehilfen hinsichtlich der den Bieter treffenden Unterlassungspflichten nicht aus, dass jemand mit Vollmacht und im Namen der EADS auftritt, an seiner Wohnadresse ein „EADS-Verbindungsbüro Österreich“ führt, Teil des Eurofighter-Verhandlungsteams ist und monatliche Zahlungen von EADS erhält. Sollte aber ein Lobbyist von EADS mit Geldbeträgen in für Schmiergeldzahlungen relevanter Höhe ausgestattet worden sein, die er zu Zwecken des Lobbyismus einzusetzen hatte, wird diese Person dadurch in einem Bereich eingesetzt, für den die Unterlassungspflichten der Verhaltensregeln zentral sind. Ein solcher Lobbyist wird dadurch zur Erfüllung der Pflicht herangezogen, verbotene Zuwendungen zu unterlassen. Er wird dadurch zu einem von EADS eingesetzten Erfüllungsgehilfen, den sich der Bieter (EF GmbH) zurechnen lassen muss.

7. Zusammenhang mit der Erfüllung

Dagegen könnte der Einwand erhoben werden, dass eine verbotene Vorteilszuwendung durch einen solchen Lobbyisten keine Schädigung bei, sondern lediglich gelegentlich der Erfüllung erfolge, so dass eine Zurechnung zu unterbleiben habe. Dieses Argument zielt darauf ab, dass der Zusammenhang zwischen Schädigung und Erfüllung zu lose sei. Für diese Ansicht könnte besonders ins Treffen geführt werden, dass es sich bei den vorliegenden Fällen der Schmiergeldzahlungen um ein vorsätzliches Verhalten des Gehilfen handelt.

Richtig ist, dass dann, wenn der Vertragspartner nicht durch die Verletzung der Leistungspflichten, sondern durch einen Verstoß gegen Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten geschädigt wurde, von manchen eine vorsätzliche Schädigung als nicht zurechenbar angesehen wird⁶¹.

Nach richtiger Ansicht schließt vorsätzliches Handeln auch außerhalb der Leistungspflichten eine Zurechnung dann nicht aus, wenn es sich um Schädigungen handelt, die für das konkrete Schuldverhältnis typisch sind⁶². Dies wäre zB dann zu verneinen, wenn der Gehilfe im Gläubiger seinen jahrelangen Widersacher erkennt und ihn deshalb erschießt. Zwar werden selbstverständlich auch dadurch vertragliche Schutzpflichten des Geschäftsherrn verletzt, weil dieser auf Grund des Vertrages auch verpflichtet ist, das Leben seines Vertragspartners zu schützen; die Schädigung beruht dann aber auf einem selbständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgeforderten Entschluss des Gehilfen.

Für die Einsetzung des Gehilfen zur Erfüllung der Unterlassungspflichten der Ziffer 1 wurde darauf abgestellt, ob der Lobbyist in einer für Schmiergelder relevanten Höhe mit Geldbeträgen ausgestattet wurde, die er für Zwecke des Lobbyismus zu verwenden hatte. Ein solcher Lobbyist erfüllt im Wesentlichen nur eine einzige Pflicht aus dem Verhältnis des Bieters zum Auftraggeber, und zwar gerade jene, die Gelder nicht zu nach den Verhaltensregeln verbotenen Zwecken zu verwenden. Tut er es dennoch, so verletzt er gerade diese, von ihm zu beachtende Vertragspflicht. Sein Fehlverhalten betrifft damit das Zentrum seines Aufgaben- und Pflichtenkreises. Dass der für den Auftraggeber daraus resultierende Nachteil der unsachlichen Beeinflussung des Vergabevorganges durch Vorteilsgewährung für solche (vor)vertraglichen Verhältnisse typisch ist, belegt gerade die Vereinbarung von Codes of Conduct, wie es die vorliegenden Verhaltensregeln sind, zur Evidenz. Damit besteht nach Ansicht der Gutachter jedenfalls dann der nötige Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Erfüllung der vertraglichen Pflicht, wenn ein Lobbyist mit Geldbeträgen in

⁶¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht² II 345 f; *Karner* in *KBB*² § 1313a, Rz 8; weitergehend zum Teil die Rechtsprechung OGH SZ 32/153 wN bei *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313 a, Rz 3.

⁶² *Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten 40; vgl auch *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313 a, Rz 3.

entsprechender Höhe ausgestattet wurde und er diese Gelder zu nach den Verhaltensregeln verbotenen Zwecken verwendet. Da es sich dabei um eine Zurechnung des Verschuldens des Lobbyisten handelt, liegt in diesem Fall der Rücktrittsgrund auch dann vor, wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass die EF GmbH oder die EADS hinsichtlich dieser Schmiergeldzahlungen ein Verschulden trifft. Auch dann, wenn die Personen der Bieterseite dem Lobbyisten die Vorteilsgewährungen ausdrücklich untersagt haben sollten, besteht in diesem Fall das Recht des Auftraggebers, ganz oder teilweise vom Vertrag zurückzutreten (lit b der Verhaltensregeln).

Selbst dann, wenn der Lobbyist für die Vorteilsgewährung eigenes Geld verwendet haben sollte, wird es sich in der Regel um eine Pflichtverletzung bei Erfüllung der Pflichten aus den Verhaltensregeln handeln, wenn die Entlohnung des Lobbyisten eine Höhe erreicht, die nach den Umständen (Ausmaß der vom Lobbyisten erbrachten Leistungen) ein Durchschleusen von Geldern denkbar erscheinen lässt. Dabei ist wieder zu bedenken, dass bei Schmiergeldzahlungen von den beteiligten Personen ein Höchstmaß an Intransparenz angestrebt wird. Verhaltensregeln, die schon dann leerlaufen, wenn ein Lobbyist an dem weitergegebenen Geld zwischenzeitig Eigentum erworben hat, wären nur von ganz geringer Effizienz. Damit wird in solchen Fällen prima vista auch dann von einer unzulässigen Vorteilsgewährung auszugehen sein, wenn der Lobbyist eigenes Geld verwendet. Nur dann wenn festgestellt werden kann, dass die Zahlung tatsächlich in keinem Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren steht, wäre eine Zurechnung des Lobbyisten und damit das Vorliegen eines Rücktrittsgrundes zu verneinen.

Nur der Vollständigkeit wegen soll noch klargestellt werden, dass das Rücktrittsrecht ceteris paribus auch dann besteht, wenn der Lobbyist vom Bieter selbst (EF GmbH) Geldbeträge in entsprechender Höhe erhalten hat. Es bedarf dann nicht der an die Gehilfenkette angelehnten Konstruktion; vielmehr ist dann der Lobbyist als Erfüllungsgehilfe des Bieters diesem unmittelbar zuzurechnen.

Auf die Frage 3 ist daher differenzierend zu antworten:

Nach dem weitestgehenden Verständnis des Begriffs „Bieterseite“ sind darunter alle Personen zu verstehen, die mit Wissen und Willen des Bieters im

Vergabeverfahren für den Bieter tätig werden. Nach dieser extensiven Interpretation ist der in der Fragestellung umschriebene Lobbyist dann Teil der Bieterseite, wenn er mit Wissen und Willen der EF GmbH für diese im Vergabeverfahren tätig war. Da in der Fragestellung nur die Beziehungen zu EADS angesprochen werden, kann diese Frage auch auf Basis dieser extensiven Interpretation ohne weitergehende Sachverhaltsangaben nicht mit Sicherheit bejaht werden.

Nach der engstmöglichen Auslegung des Begriffs „Bieterseite“ zählt ein solcher Lobbyist nicht zur Bieterseite. Damit ist allerdings die Frage, ob dessen Verhalten einen Rücktrittsgrund bilden kann, noch nicht zu verneinen. Sollte dieser Lobbyist von EADS oder von der EF GmbH Geldbeträge in für Schmiergeldzahlungen relevanter Höhe für Lobbyismuszwecke erhalten haben, ist der Lobbyist als Erfüllungsgehilfe in Bezug auf die Unterlassungspflichten der Ziffer 1 der Verhaltenspflichten anzusehen. Verletzt ein solcher Lobbyist diese Verhaltenspflichten, stellt dies für den Auftraggeber (Republik Österreich) einen Rücktrittsgrund dar.

Da aus der Frage 3 aber nicht hervorgeht, ob diese Voraussetzungen auf den Lobbyisten zutreffen, kann sie derzeit noch nicht eindeutig beantwortet werden.

Die Ausführungen zur Frage 8 können kurz gehalten werden, weil sich ihre Beantwortung bereits aus dem im Allgemeinen Teil und soeben oben Gesagtem ergibt. Die „sonstigen Dritten“ im Sinne der Ziffer 2 sind Personen, die nicht unter die Ziffer 1 fallen. Es handelt sich also um einen Auffangtatbestand. Kann daher auf Grund weiterer Sachverhaltsangaben die Zurechnung über Ziffer 1 bejaht werden, scheidet eine Subsumtion einer solchen Person unter Ziffer 2 aus. Nur wenn die Einstandspflicht durch die sinngemäße Übertragung der Regeln über die Gehilfenkette zu verneinen ist, stellt sich daher die Frage der Zuordnung zur Gruppe der „sonstigen Dritten“ im Sinne der Ziffer 2. Dazu wäre es aber erforderlich, dass der in der Fragestellung umschriebene Lobbyist dem „unmittelbaren oder mittelbaren beherrschenden Einfluss“ des Bieters selbst unterliegt. Wie im Allgemeinen Teil ausgeführt, stellen hier die Verhaltensregeln nicht auf die Bieterseite, sondern auf den Bieter selbst ab. Da die in der Fragestellung enthaltenen Sachverhaltsangaben sich aber nur auf das Verhältnis des Lobbyisten zu EADS, nicht aber auf jenes zum Bieter (EF GmbH) beziehen,

kann diese Frage ohne weitergehende Sachverhaltsmitteilungen zu dem Verhältnis zwischen dem Lobbyisten und der EF GmbH nicht bejaht werden.

Auf die Frage 8 ist zu antworten:

Ohne weitere Sachverhaltsangaben zu einem unmittelbaren oder mittelbaren beherrschenden Einfluss des Bieters (EF GmbH) auf den Lobbyisten kann die Frage, ob dieser Lobbyist ein „Dritter“ im Sinne der Ziffer 2 ist, nicht beantwortet werden.

In der Zusammenschau der Antworten auf die Fragen 3 und 8 kann auch die Frage 9 beantwortet werden.

Auf die Frage 9 ist zu antworten:

Ohne weitere Sachverhaltsangaben kann nicht ausgeschlossen werden, dass der in der Fragestellung umschriebene Rüstungslobbyist weder eine Person im Sinne der Ziffer 1 noch der Ziffer 2 der Verhaltensregeln ist.

Frage 10: Hat der Bieter gemäß Ziffer 2 der Verhaltensregeln durch die Vorlage von detaillierten und überprüfbaren Zahlungsbelegen nachzuweisen, dass es auszuschließen ist, dass eine Summe in der Höhe von mehr als 80.000 Euro aus den Mitteln der Bieterseite an eine Person, die unmittelbar oder mittelbar an der Auftragsvergabe mitwirkt, geflossen ist?

Zu dieser Frage ist klarzustellen:

Im Fall der Ziffer 2 sind nicht Vorteilszuwendungen durch die Bieterseite, sondern Vorteilszuwendungen durch einen vom Bieter beherrschten Dritten, der nicht der Bieterseite zugehört, erfasst. Schon deshalb kommt es nicht darauf an, ob die geflossene Zahlung „aus den Mitteln der Bieterseite“ erfolgte. Auch wenn die Zahlung aus Mitteln erfolgte, die nachweislich nicht von der Bieterseite stammen, ändert dies – bei Erfüllung der Tatbestandselemente der Ziffer 2, die nicht darauf abstellt, woher die Mittel stammen - nichts am Vorliegen einer verbotenen Zahlung.

In diesem Zusammenhang wird klargestellt, dass es auch sonst – insbesondere im Fall der Ziffer 1 – nicht darauf ankommt, woher die Mittel stammen, mit denen der verbotene Vorteil zugewendet wurde. Ausweislich der klaren Textierung der Verhaltensregeln kommt es nur darauf an, wer den Vorteil zuwendet und nicht darauf, aus welchen Mitteln die Vorteilszuwendung finanziert wird.

Soweit daher Vorteilszuwendungen durch der Bieterseite zugehörige Personen erfolgten, kommt es nicht darauf an aus „welchem Budget“ diese Zahlung finanziert wurde. Ebenso ist es bei Vorteilszuwendungen durch natürliche Personen, welche der Bieterseite zuzurechnen sind, für die Erfüllung des Tatbestandes der Ziffer 1 irrelevant, ob diese Personen den Vorteil aus ihrem (versteuerten) Privatvermögen oder aus ihrem betrieblichen Vermögen oder aus ihnen vom Bieter für dieses Projekt zur Verfügung gestellten Mitteln finanziert haben.

Lediglich für Personen, die nicht selbst der Bieterseite zugehören, die aber über eine Gehilfenkette zugerechnet werden, ist die Bereitstellung eines Lobbyisten-Budgets erforderlich. In einem solchen Fall kann nämlich die Stellung als Erfüllungsgehilfe hinsichtlich der Unterlassungspflicht jedenfalls bejaht werden. Auch in diesem Fall ist aber der Nachweis, dass die zugewendeten Gelder nicht aus dem Privatvermögen des Lobbyisten stammen, nicht erforderlich.⁶³

Frage 11: Können die Fragen 1 – 10 auf Grund der dem Ausschuss vorliegenden Akten und Aussagen von Auskunftspersonen mit der nötigen Klarheit beantwortet werden?

Die Verfasser sehen es als ihre Aufgabe an, die Verhaltensregeln auszulegen. Die Fragen des Ausschusses werden daher auf der Basis des erzielten Auslegungsergebnisses beantwortet. Ob die dem Ausschuss vorliegenden Akten und Aussagen von Auskunftspersonen einen beweisbaren Sachverhalt ergeben, der unter die Tatbestände der Verhaltensregeln, die dort vorgesehenen Rechtsfolgen auslösend, subsumiert werden kann, kann von den Gutachtern zum einen deshalb nicht beantwortet werden, weil sie – wie einleitend

⁶³ Siehe dazu oben S 47 ff.

ausgeführt – in die Akten des Untersuchungsausschusses nicht Einsicht genommen haben. Zum anderen enthalten manche Fragen Sachverhaltsannahmen, die aus vorliegenden Dokumenten abgeleitet werden können, denen jedoch, vor allem im Hinblick auf die tatsächliche Stellung des Lobbyisten Erhard Steininger, gegenteilige Aussagen von Auskunftspersonen entgegenstehen. Eine Beweiswürdigung kann indessen ein Rechtsgutachten nicht leisten. Auf das darin gelegene Prozessrisiko wird hingewiesen.

Frage 12: Kann der Bundesminister für Landesverteidigung bei Vorliegen all der oben genannten Voraussetzungen vom Vertrag gem. Anhang A-8 zurücktreten?

Mit den Voraussetzungen, für welche gefragt ist, ob die Republik als Vertragspartner des Eurofighter-KV bei ihrem Vorliegen vom Vertrag zurücktreten kann, sind Voraussetzungen verschiedenen Inhalts angesprochen. Das hängt mit dem Inhalt der Fragen 1-10 zusammen.

Zum einen handelt es sich um Fragen der Auslegung der Verhaltensregeln. Darunter finden sich einige, für welche vertiefte Prüfung vor dem Hintergrund der „Causa Steininger“ gezeigt hat, dass sie nicht von Relevanz sind.⁶⁴ Denn die Gutachter gelangen beim derzeitigen Wissensstand zur Auffassung, dass der Sachverhalt „Steininger“ weder unter die Ziffer 2 noch unter die Ziffer 3 zu subsumieren ist. Zur Diskussion steht vielmehr die Ziffer 1 der Verhaltensregeln.

Zum anderen ist ein Teil der Fragen, insbesondere die Fragen 3, 8 und 9 mit Sachverhaltsannahmen verknüpft, die in einem Gerichtsverfahren auf Tatsachenebene erst festzustellen sind und der richterlichen Beweiswürdigung unterliegen. Tatsachen festzustellen und sie der Beweiswürdigung zu unterziehen, ist nicht Gegenstand eines Rechtsgutachtens. Auf das damit verbundene Prozessrisiko wurde bereits hingewiesen. Es kann durch die gegenständliche Stellungnahme nicht verringert werden.

Vorbehaltlich dessen ist hinsichtlich der Auslegungsergebnisse festzuhalten:

⁶⁴ So die Frage 10.

Nach der von den Gutachtern vorgetragenen Argumentation sprechen gute Gründe dafür, dass die Republik berechtigt ist, vom Eurofighter-KV zurückzutreten. Dies setzt freilich voraus, dass das Gericht im Streitfall zwei von den Gutachtern begründete Prämissen teilt:

dass die Verhaltensregeln als Abwehrinstrument gegen die Gefahr unredlicher, immer bestmöglich versteckter Machenschaften auf der Bieterseite – der Absicht des Auftraggebers entsprechend – so auszulegen sind, dass sie nicht (einfach) umgangen werden können und dem Auftraggeber keine Beweislast aufbürden, der er gerade wegen des möglichen „Verdeckungsverhaltens“ nicht genügen kann, und

dass diese Absicht der EF-GmbH und der von der Angebotseinholung bis zur Zuschlagserteilung in diesem Vergabeverfahren extrem stark involvierten EADS als erfahrenen Teilnehmern im Verkehr mit Rüstungsgütern auch erkennbar war.

Wenn auch nach Ansicht der Gutachter für diese Sichtweise gute Gründe sprechen, ist nicht von vornherein ausgemacht, dass das Gericht diesem teleologischen Auslegungstopos gleiches Gewicht beimisst und vom „gleichen Empfängerhorizont“ ausgeht.

Selbst wenn diese Grundposition geteilt wird, wäre nicht sicher, dass für das Verstehen einzelner Tatbestandsmerkmale daraus die gleichen Schlussfolgerungen gezogen werden müssten.

Dies gilt insbesondere für die vor dem Hintergrund der „Causa Steininger“ maßgebliche Ziffer 1. Die Bestimmung sieht eine – wohl unstreitig – von jeder Sorgfaltspflichtenverletzung des Bieters losgelöste Unterlassungs- und Einstandspflicht des Bieters für ihm oder der Bieterseite zurechenbare Vorteilszuwendungen vor. Wenn der Auftraggeber nachweist, dass von Bieterseite (zu welcher jedenfalls EADS gehört) eine Vorteilszuwendung an eine qualifizierte Person in Kenntnis dieses Umstandes erfolgt ist, ist der Tatbestand erfüllt, ohne dass dem Bieter ernsthafte Entlastungsmöglichkeiten zustehen. Gerade dieser Umstand könnte ein Gericht angesichts der gravierenden Rechtsfolgen der lit b) und c) Verhaltensregeln veranlassen, die

Tatbestandsvoraussetzungen – entgegen der hier vertretenen Ansicht – enger zu sehen und damit Möglichkeiten der Entlastung anzuerkennen.

Derartige mit einem erheblichen Prozessrisiko verbundene Problemzonen könnten insbesondere bestehen bei

- der Zuordnung des Lobbyisten Steininger zum Verantwortungsbereich der EF-GmbH
- der Maßgeblichkeit/Unmaßgeblichkeit der Vorteilsgewährung nach der Typenentscheidung, insbesondere dann, wenn EF nachweisen könnte, dass der Leiter der Unterkommission „Operation“ an den weiteren Verhandlungen mit EF nicht mitgewirkt hat oder diese nicht beeinflussen konnte oder von der Vorteilszuwendung nichts wissen konnte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gutachter zwar gute Gründe für einen berechtigten Rücktritt vom Eurofighter-KV sehen. Würde die Republik den Rücktritt erklären, ist ein langwieriger gerichtlicher Rechtsstreit absehbar, in welchem die Republik auch ein nicht zu vernachlässigendes Prozessrisiko zu tragen hätte.

Frage 13: Ergibt sich aus der Bundesverfassung für den Bundesminister für Landesverteidigung bei Vorliegen all der oben genannten Voraussetzungen gem Anhang A-8 eine Verpflichtung, vom Vertrag zurückzutreten?

1. Verpflichtung zum Rücktritt vom Vertrag und Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes

Mit der hier zu erörternden Frage ist die Zuständigkeit des BM für Landesverteidigung als Organ der Privatwirtschaftsverwaltung angesprochen. Art 104 Abs 2 B-VG impliziert, dass grundsätzlich die BM „mit der Verwaltung des Bundesvermögens“ betraut sind⁶⁵. Dieser verfassungsrechtlichen Bestimmung entspricht auch § 2 Abs 3 BMG, wonach zu den Geschäften der obersten Bundesverwaltung auch die Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung gehören. Aus Teil 2 G der Anlage zu § 2 BMG ergibt sich, dass dem BM für Landesverteidigung – und damit dem mit dessen Leitung betrauten BM – auch die Angelegenheiten der Bewaffnung und Ausrüstung des Bundesheeres obliegen. Soweit Akte, die der Bewaffnung und Ausrüstung des Bundesheeres dienen, im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erforderlich sind, ist daher der BM für Landesverteidigung zuständig. Im vorliegenden Zusammenhang ist von der alleinigen Zuständigkeit des BM für Landesverteidigung auszugehen. Der Bund als Träger von Privatrechten wird als juristische Person vom BM für Landesverteidigung vertreten.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass sich aus dem Zivilrecht für ein Privatrechtssubjekt keine Verpflichtung ergibt, bestimmte rechtliche Möglichkeiten zum Ausstieg aus einem bestehenden Vertrag auch tatsächlich zu nutzen. Ob und inwieweit ein Privatrechtssubjekt ein Recht zum Rücktritt von einem bestehenden Vertrag nützt, obliegt grundsätzlich seiner freien Entscheidung (Privatautonomie). Anders stellt sich die Frage für Organe von juristischen Personen; diese können rechtlich verpflichtet sein, rechtliche Möglichkeiten auch tatsächlich zu nutzen. Da der BM für Landesverteidigung als Organ des Bundes für diesen handelt, ist daher zu fragen, ob es

⁶⁵ Vgl. *Raschauer*, Rz 6 zu Art 104 B-VG in *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österr Bundesverfassungsrecht. Kommentar.

Rechtsvorschriften gibt, die ihn verpflichten, in bestimmten Fällen privatrechtliche Möglichkeiten auch tatsächlich zu nutzen.

2. Die Grundsätze der Gebarung des Bundes und privatwirtschaftliches Handeln

Art 126b Abs 5 B-VG bestimmt, dass sich die Überprüfung der Gebarung des Bundes durch den Rechnungshof „auf die ziffernmäßige Richtigkeit, die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften, ferner auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu erstrecken“ hat. Die heute herrschende Lehre geht zutreffend davon aus, dass die in dieser Bestimmung genannten Prüfungsmaßstäbe unmittelbar verbindliche Normen für die Führung der Bundesgebarung enthalten⁶⁶. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes von den haushaltsführenden Organen nach diesen Grundsätzen zu führen ist. Die im Art 126b Abs 5 B-VG normierten Grundsätze für die Gebarung des Bundes schränken dessen Privatautonomie daher ein; die für den Bund handelnden Organe sind daher verpflichtet, auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung diese Grundsätze zu beachten. Dies gilt auch im vorliegenden Zusammenhang

3. Ziffernmäßige Richtigkeit

Das Gebot der ziffernmäßigen Richtigkeit bedeutet, dass Akte der Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes zahlenmäßig und rechnerisch richtig zu sein haben. Besondere Relevanz hat dieser Grundsatz im vorliegenden Zusammenhang nicht.

4. Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften

Mit diesem Prüfungsmaßstab ist gemeint, dass die Gebarung des Bundes dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit zu entsprechen hat. Die Einhaltung der bestehenden Vorschriften geht allen anderen Maßstäben vor⁶⁷. Jeder Akt, der

⁶⁶ Vgl. *Baumgartner*, Rz 31 zu Art 126b B-VG in *Rill/Schäffer* (Hrsg) Bundesverfassungsrecht. Kommentar; *Partisch-Kroneder*, Rz 37 zu Art 126b B-VG in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 173f; *Mayer*, Österr Bundes-Verfassungsrecht³ (2002) IV. zu Art 126b B-VG; vgl auch VfSlg 12.929.

⁶⁷ *Mayer*, Bundesverfassungsrecht IV. zu Art 126b B-VG; *Baumgartner*, Rz 33 zu Art 126b B-VG in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht.

gebarungswirksam ist, muss – gleichgültig ob es sich um einen hoheitlichen oder privatwirtschaftlichen handelt – rechtmäßig sein.

5. Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit: das verfassungsrechtliche Effizienzprinzip

Die Prüfungsmaßstäbe der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verweisen auf ökonomische Parameter; sie stehen nach herrschender Lehre nicht beziehungslos nebeneinander sondern bilden eine untrennbare Einheit⁶⁸. Die genannten Maßstäbe gebieten, dass Mittel des Bundes so eingesetzt werden, dass ein optimales Verhältnis zwischen Mitteleinsatz und Leistungsergebnis erzielt wird⁶⁹. Besteht ein klares Ziel, dem eine Verfügung über Bundesmittel dienen soll, so ist so zu handeln, dass dieses Ziel mit einem möglichst geringen Mitteleinsatz realisiert werden kann. Je konkreter die Zielvorgabe ist, desto präziser wird die Effizienz des Mitteleinsatzes beurteilt werden können; umgekehrt gilt, je unpräziser ein vorgegebenes Ziel staatlichen Handelns ist, desto weniger genau kann die Effizienz des staatlichen Mitteleinsatzes beurteilt werden.

In der Lehre wird zutreffend betont, dass es sich bei dem aus Art 126b Abs 5 B-VG abzuleitenden verfassungsrechtlichen Effizienzgebot um eine rechtlich verbindliche Anordnung auch und gerade für die Privatwirtschaftsverwaltung handelt⁷⁰. Freilich wird in der Literatur auch betont, dass die Beantwortung der Frage, ob ein konkretes privatwirtschaftliches Handeln des Staates dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot entspricht, im Allgemeinen nur im Sinne einer Vertretbarkeitskontrolle möglich ist. Eine privatwirtschaftliche Maßnahme staatlicher Organe wird – gemessen an einem bestimmten vorgegebenen Ziel – nur dann als verfassungswidrig qualifiziert werden können, wenn das Verhältnis zwischen Mitteleinsatz und Zielerreichung mit einer gewissen Offenkundigkeit als unververtretbar anzusehen ist. Unvertretbarkeit in diesem Sinne liegt dann vor,

⁶⁸ *Baumgartner*, Rz 34 zu Art 126b B-VG in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht.

⁶⁹ *Partisch-Kroneder*, Rz 34 zu Art 126b B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar.

⁷⁰ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 178f.

wenn der gewählte Mitteleinsatz zumindest zum Teil von den vorgegebenen Zielen her nicht objektiv begründbar ist⁷¹.

6. Verfassungsrechtliches Effizienzgebot und Vertragsrücktritt

Fasst man die bisherigen Überlegungen zusammen und versucht man sie für den vorliegenden Fall fruchtbar zu machen, so zeichnet sich folgendes Szenario ab:

Zeigen sich Gründe, die einen Rücktritt vom Vertrag als letztlich durchsetzbar erscheinen lassen, so ist zunächst zu prüfen, ob ein solcher Rücktritt vom Vertrag allenfalls mit dem Gebot der Rechtmäßigkeit in Konflikt gerät. Im vorliegenden Zusammenhang ist dabei an die Verpflichtung der Republik Österreich zu denken, seine Luftraumüberwachung in einer Weise sicherzustellen, wie es der Status der immerwährenden Neutralität gebietet. Ein Vertragsrücktritt, der zu einem Zustand führt, dass die österr Luftraumüberwachung aus neutralitätsrechtlichen Gründen rechtswidrig ist, wäre jedenfalls nicht zulässig. Ein Vertragsrücktritt kommt daher aus diesen Überlegungen nur dann in Betracht, wenn die österr Luftraumüberwachung trotz dieses Vertragsrücktrittes in einer lückenlosen und effektiven Weise gesichert ist. Kommt der BM für Landesverteidigung zum Ergebnis, dass eine völkerrechtskonforme Luftraumüberwachung trotz Rücktritt vom Vertrag gesichert ist, so ist die Frage zu stellen, ob ein Vertragsrücktritt einen ökonomischen Vorteil für die Republik herbeiführen kann. Es ist also zu fragen, ob im Falle eines Vertragsrücktritts eine wirtschaftlich günstigere Ersatzlösung, die die rechtliche gebotene Luftraumüberwachung ermöglicht, gefunden werden kann. Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit ist der gesamte Mitteleinsatz in Betracht zu ziehen; es sind neben dem Kaufpreis insb auch die Kosten des Betriebs, der Wartung und der Ersatzteilbeschaffung sowie die Kosten für die Schulung des Personals zu berücksichtigen. Ein unwirtschaftlicher Mitteleinsatz kann zB darin bestehen, dass zu viele Abfangjäger angeschafft wurden; dass die angeschafften Abfangjäger überqualifiziert sind; dass zwar die Zahl der Abfangjäger sowie ihre Qualifikation richtig sind aber die Anschaffung insgesamt zu teuer ist. Unwirtschaftlich kann es auch sein, zu wenige Abfangjäger anzuschaffen, wenn dadurch etwa höhere Wartungskosten (Wartung rund um

⁷¹ Das Kriterium der Objektivierbarkeit wird insb von *Baumgartner*, Rz 34 zu Art 126b Abs 5 B-VG in *Rill/Schäffer*, Kommentar betont.

die Uhr) entstehen. Eine bloße Reduktion der Stückzahl kann daher trotz eines geringeren Kaufpreises unwirtschaftlich sein.

Stellt sich nach Prüfung dieser Umstände heraus, dass zwar ein Rücktrittsgrund vorliegt, der Vertrag aber für die Republik nicht unwirtschaftlich ist, weil es keine deutlich günstigeren Alternativen gibt, so wird eine verfassungsrechtliche Verpflichtung des zuständigen BM vom Vertrag zurückzutreten, nicht anzunehmen sein. Ist eine Ersatzlösung nicht wirtschaftlicher als die Lösung, die mit dem abgeschlossenen Vertrag realisiert wurde, so lässt sich aus dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot keine Verpflichtung zum Rücktritt vom Vertrag ableiten.

Eröffnet aber ein Vertragsrücktritt eine Aussicht auf eine wirtschaftlich vorteilhaftere Sicherstellung der rechtmäßigen Luftraumüberwachung, so wird der zuständige BM die Chancen der Durchsetzung eines Rücktritts vom Vertrag mit den zu erzielenden wirtschaftlichen Vorteilen abzuwägen haben. Dabei wird insbesondere auch das Prozessrisiko zu beachten sein. Je größer der zu erwartende wirtschaftliche Vorteil einer Ersatzlösung ist und je wahrscheinlicher die Durchsetzbarkeit des Vertragsrücktritts angenommen werden kann, desto intensiver wird man eine Verpflichtung des BM für Landesverteidigung annehmen müssen, den Rücktritt zu erklären. Erscheint ein Rücktrittsgrund zweifelsfrei gegeben und auch beweisbar zu sein, so wird der BM für Landesverteidigung diesen Rücktrittsgrund dann zu realisieren haben, wenn dabei ein nennenswerter ökonomischer Vorteil für die Republik zu erwarten ist. Dass ein allfälliges Gerichtsverfahren stets Risiken mit sich bringt, ist dabei in Kauf zu nehmen.

Wien, 2.7.2007

Univ.Prof. Dr. Josef Aicher

Univ.Prof. Dr. Andreas Kletecka

Univ.Prof. DDr. Heinz Mayer