

bestimmter Auftrag zu den besten Konditionen realisiert wird.<sup>57</sup> Diese sollen im Zug eines fairen Wettbewerbs konkretisiert werden. Kommt es bei privaten Vergabeverfahren zu Absprache, kann sich kein freier Wettbewerb entfalten. Dies beeinflusst nicht nur das konkrete Verfahren. Vielmehr kann derartige Verhalten mittel- und längerfristige Auswirkungen auf das Preisniveau haben. Wird der „kartellierte Preis“ für weitere Aufträge als Bemessungsgrundlage herangezogen, beeinflusst das die Konkurrenzsituation am Markt und dadurch auch die volkswirtschaftliche Entwicklung.<sup>58</sup>

Gegen den Schutz privater Vergabeverfahren wird va das Argument der Ausdehnung des Anwendungsbereichs eingewandt. Diese Kritik müsste allerdings mit rechtsstaatlichen Erwägungen oder zumindest einer eindeutigen teleologischen Begründung unterlegt werden. Dahingehend spricht der Wortlaut im Grund allerdings nicht gegen eine Einbeziehung privater Verfahren. Es kommt also zu keiner Ausdehnung über den Wortsinn hinaus. Die Detailkritik, dass es inkonsequent sei, für die Begriffsauslegung auf Legaldefinitionen des BVergG zurückzugreifen, deren Kontext aber außer Acht zu lassen,<sup>59</sup> ist damit jedoch *petitio principii*: § 168b StGB **soll** nur für Verfahren iSd des BVergG anwendbar sein, und der Begriff „*Auftraggeber*“ in § 2 Z 5 BVergG erfasse *expressis verbis* nur öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber.<sup>60</sup> Auf private AG könne § 168b StGB daher nur soweit anwendbar sein, als es sich um Sektorenauftraggeber handelt (vgl § 169 BVergG).<sup>61</sup> Diese Folgerung überzeugt allerdings nur, wenn man den Zweck der Norm aus kartell- bzw vergaberechtlichen Überlegungen ableitet. Hinsichtlich einer teleologischen Interpretation einer vermögensstrafrechtlichen Norm muss jedoch primär auf vermögensstrafrechtliche Überlegungen abgestellt werden. Kartell- und vergaberechtliche Erwägungen können dazu nur hinzutreten, den vermögensstrafrechtlichen Schutzzweck aber nicht ersetzen.

**C. Zusammenfassung**

Der OGH hat in den vergangenen Monaten zwei richtungsweisende Entscheidungen zum Tatbestand der wettbewerbsbe-

schränkenden Absprachen getroffen: Er sprach sich gegen eine Abhängigkeit der Tatbestandsverwirklichung vom Vorliegen einer Wettbewerbssituation und auch gegen eine strikte Auslegung des Begriffs „*Vergabeverfahren*“ iSd des BVergG aus. Dadurch ergibt sich ein weiterer Anwendungsbereich der Norm, was durchaus auf Kritik gestoßen ist. Allerdings folgen die Fokussierung auf den eigentlichen Schutzbereich der vermögensstrafrechtlichen Norm und auch die Einbeziehung privater Vergabeverfahren einer strafrechtlichen Binnenlogik. *De lege lata* ist die Rechtsauffassung des OGH zu § 168b StGB also aus Sicht des Vermögensstrafrechts kohärent. Zu bedenken ist jedoch, dass eine solche „*Emanzipation*“ des strafrechtlichen Delikts von den Vorgaben des Kartell- und Vergaberechts auch Abgrenzungsfragen mit sich bringt, die dann strafrechtsautonom gelöst werden müssen. Dahingehend wäre es va geboten, jene Grundbedingungen genauer zu definieren, denen ein Prozedere entsprechen muss, um als ein Vergabeverfahren iSd § 168b StGB gelten zu können.<sup>62</sup> Daraus leitet sich ein Auftrag an Wissenschaft und Praxis zur weiteren argumentativen Konkretisierung des Schutzbereichs und der Tatbestandsmerkmale ab. Ob eine solche Konturierung des Tatbestands auch durch Judikative oder möglicherweise auch Legislative erfolgen wird, bleibt abzuwarten.

**Plus**

**ÜBER DIE AUTOR:INNEN**

E-Mail: [siegmar.lengauer@jku.at](mailto:siegmar.lengauer@jku.at); [chiara.pones@gmx.at](mailto:chiara.pones@gmx.at)

<sup>57</sup> Zeder, SbgK § 168b StGB Rz 51.

<sup>58</sup> Zeder, SbgK § 168b StGB Rz 51.

<sup>59</sup> Świdorski, EvBl 2024, 382.

<sup>60</sup> Vgl. Soyler/Caspar-Bures, Vergabeverfahren iSd § 168b StGB, JSt-Slg 2024, 145.

<sup>61</sup> Świdorski, EvBl 2024, 382.

<sup>62</sup> Lengauer, ZVB 2023, 303; aus öffentlich-rechtlicher Sicht dazu jüngst Nikolay/Kallinger, Zum Begriff „*Vergabeverfahren*“ iSd § 168b StGB, ÖJZ 2024, 807.

# Evidenzblatt

## Amts- und Staatshaftung und Verjährung

**§ 1489 ABGB; § 6 AHG.** Nach der Rsp des EuGH obliegt es den Mitgliedstaaten, das Verfahren für jene Klagen auszugestalten, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Angemessene Ausschlussfristen für die Geltendmachung solcher Rechte sind mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar

und nicht geeignet, deren Ausübung praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren.

**Amtshaftungsrecht**

OGH 23. 4. 2024, 1 Ob 47/24d (OLG Graz 5 R 192/23d) Amtshaftung; Staatshaftung; Verjährung  
**EvBl 2025/1**

Bearbeitet von MARTINA WEIXELBRAUN-MOHR

**Sachverhalt**

Die Rechtsvorgängerin der Kl war Generalunternehmerin eines Anlagenbauprojekts. Sie bediente sich zur Vertragserfüllung mehrerer in anderen Mitgliedstaaten der EU ansässiger **Subun-**

**ternehmer.** Die Bezirksverwaltungsbehörde verhängte über Vorstandsmitglieder der Kl **Verwaltungsstrafen**, weil bestimmte Subunternehmer rechtswidrig Arbeitskräfte an die Kl überlassen hätten. Das BVwG hob die Strafbescheide auf und stellte die Verwaltungsstrafverfahren ein.

## Die analog zum AHG für eine Staatshaftung anzuwendende dreijährige Verjährung steht nicht im Widerspruch zum unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz.

Im Zusammenhang mit dem angestrebten Einsatz von Arbeitskräften einer bestimmten Subunternehmerin erteilte ein Organ des AMS der Kl die **Auskunft**, dass dies als unzulässige Arbeitskräfteüberlassung zu qualifizieren sei. Die Kl könne diese Personen aber selbst anstellen, wofür die erforderlichen Bewilligungen erteilt werden würden. Obwohl die Kl die Rechtsansicht der Behörde nicht teilte, entsprach sie der „Empfehlung“ und stellte die Arbeitnehmer der ausländischen Subunternehmerin selbst an.

Mit ihrer auf **Amts- und Staatshaftung** gestützten Klage begehrt die Kl den Ersatz der in den **Verwaltungsstrafverfahren** angefallenen Kosten sowie den Ersatz der **Lohnnebenkosten** für die aufgrund der ihrer Ansicht nach unvertretbar unrichtigen Rechtsauskunft des AMS angestellten Arbeitnehmer der Subunternehmerin.

Das ErstG sprach aus, dass das auf Ersatz der Verfahrenskosten gerichtete Begehren dem Grunde nach zu Recht bestehe, und wies das auf Ersatz der **Lohnnebenkosten** gerichtete Begehren ab. Das nur von der Kl angerufene BerG bestätigte den klageabweisenden Teil.

Der OGH wies die aoRev der Kl dagegen zurück.

### Aus der Begründung

#### [ Verjährung ab Kenntnis der unrichtigen Rechtsansicht ]

Nach ihrem Vorbringen vertrat die Kl bereits im Oktober 2015 die Auffassung, dass es sich bei der beabsichtigten Beschäftigung von Arbeitnehmern der Subunternehmerin um eine zulässige Entsendung von Arbeitskräften und um keine Arbeitskräfteüberlassung handle. Gerade im Abweichen von diesem rechtlichen Standpunkt der Kl besteht deren im Amtshaftungsverfahren erhobener Vorwurf einer **unvertretbar unrichtigen Rechtsansicht** der Behörde. Die rechtliche Qualifikation der Tätigkeit von Arbeitnehmern der Subunternehmerin in Ö war auch Gegenstand des gegen Vorstandsmitglieder der Kl geführten Verwaltungsstrafverfahrens. Dort lag diesen spätestens im August 2016 ein **Rechtsgutachten** vor, aus dem sich die behauptete unvertretbare Unrichtigkeit der Rechtsansicht (auch) des AMS ergab. Damit begegnet es im Einzelfall aber keinen Bedenken, dass die Vorinstanzen den **Beginn der Verjährungsfrist** spätestens mit diesem Zeitpunkt annahmen.

Mit ihrem Argument, die Verjährungsfrist habe erst mit Kenntnis von jener Entscheidung des VfGH vom August 2017 zu laufen begonnen, in der dieser von seiner bisherigen – der Auskunft des AMS zugrunde gelegten – Rsp abgegangen sei, verkennt die Kl, dass sie mit der Klageführung nicht solange zuwarten durfte, bis sie im Rechtsstreit mit Sicherheit zu gewinnen glaubte.

#### [ Zur Staatshaftung ]

Die Behauptung, auch der VfGH, dessen vom AMS zugrunde gelegte Rsp bis zur „Judikaturwende“ dem Unionsrecht widersprochen habe, sei der Bekl zuzurechnen, zielt auf eine Staatshaftung wegen hg Entscheidungen ab. Diese wäre jedoch vor dem VfGH geltend zu machen. Die Rev stützt sich aber auch darauf, dass **Organe** des AMS eine unionsrechtswidrige Judikatur des VfGH angewandt und aus diesem Grund gegen Unionsrecht verstoßen hätten. Aufgrund der vom BerG vertretbar an-

genommenen **Verjährung** auch des behaupteten Staatshaftungsanspruchs ist darauf aber nicht weiter einzugehen.

Nach der Rsp des EuGH obliegt es den Mitgliedstaaten, das Verfahren für jene Klagen auszugestalten, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Angemessene Ausschlussfristen für die Geltendmachung solcher Rechte sind mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar und nicht geeignet, deren Ausübung praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren. Eine **dreijährige Verjährungsfrist** für aus dem Unionsrecht resultierende Ansprüche wurde vom EuGH ebenso als **angemessen** angesehen wie eine **einjährige** Verjährungsfrist für unionsrechtliche Staatshaftungsansprüche.

Da Staatshaftungsansprüche am ehesten mit Amtshaftungsansprüchen vergleichbar sind, ist § 6 AHG auf diese **analog** anzuwenden. Dass die in Abs 1 normierte dreijährige Verjährungsfrist mit dem unionsrechtlichen **Effektivitätsgrundsatz** und der dazu ergangenen Judikatur des EuGH vereinbar ist, entspricht der Rsp des Fachsenats. Dass die Frist zu laufen beginnt, sobald der Geschädigte Kenntnis vom anspruchsbegründenden Sachverhalt hat, begegnet keinen unionsrechtlichen Bedenken.

### Anmerkung



GEORG URBAS ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Die vorliegende Entscheidung nimmt ihren Ausgang in einer Auskunft des AMS, die auf einer unionsrechtswidrigen Rechtsansicht des VfGH basierte. Durch die Anwendung dieser Judikatur habe das AMS gegen Unionsrecht verstoßen und der Rechtsvorgängerin der Kl einen Schaden zugefügt. Zum Ersatz dieses Schadens stützte sich die Kl auf „Amtshaftung und Staatshaftung“. Soweit damit Staatshaftung für die unionsrechtswidrige Rechtsansicht des VfGH gemeint war, wäre der VfGH zuständig gewesen, Vollzugsakte des AMS fallen aber aus dem Blickwinkel der Amtshaftung in die Zuständigkeit der Zivilgerichte (s zu solchen Konstellationen schon OGH 1 Ob 215/16y).

Zur Beurteilung der Haftung des Bundes für das AMS ist der OGH nicht gekommen, weil die Kl im Ergebnis schon an der dreijährigen Verjährungsfrist des § 6 AHG gescheitert ist, die für Amtshaftung unmittelbar, für Staatshaftung analog gilt (RIS-Justiz RS0119433; VfGH A 21/05 VfSlg 17.877; Wagner in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 6 AHG Rz 20; aA *Zarari, ZfRV* 2021, 35 [42]). Für den Beginn der Verjährung ist anerkannt, dass dem Geschädigten nicht nur der Schaden (§ 6 AHG), sondern auch der gesamte anspruchsbegründende Sachverhalt soweit bekannt sein muss, dass er mit Aussicht auf Erfolg eine Klage erheben kann (*Koziol*, *Haftpflichtrecht* II<sup>3</sup> [2018] Rz D/10/29). Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Verhaltens ist dabei grundsätzlich – wie auch nach § 1489 ABGB – nicht erforderlich und wird vom 1. Senat dementsprechend auch nicht verlangt: Ein solcher Fristenlauf ab Kenntnis des Geschädigten vom anspruchsbegründenden Sachverhalt begegne keinen unionsrechtlichen Bedenken (s auch OGH 1 Ob 82/23z Rz 48). Diese Einschätzung stützt der OGH auf eine Judikaturlinie des EuGH, nach der sogar eine einjährige Verjährung von Staatshaftungsansprüchen als grundsätzlich ausreichend erachtet wurde (EuGH C-261/95, *Palmisani*, Rz 28f).

Womöglich liegen die Dinge aber komplizierter: Der EuGH hat sich in den letzten Jahren immer wieder mit Verjährungsfragen rund um die Durchsetzung von Unionsrecht beschäftigt (ua EuGH C-224/19, *Caixabank*, mwN; vgl S. *Kietaibl*, Aktuelle Entwicklungen im Verjährungsrecht, JRP 2024, 17; *Spitzer* in *Holoubek/Lang*, Verjährung [2024] 59 [66ff]). Zwar werden Verjährungsbestimmungen im Unionsrecht dem Verfahrensrecht zugeordnet und obliegt deren Regelung – auch bei der Verjährung von Staatshaftungsansprüchen – grundsätzlich den nationalen Gesetzgebern (EuGH C-445/06, *Danske Slagterier*, Rz 31), allerdings schwebt darüber der Effektivitätsgrundsatz: Verjährungsfristen dürfen eine Geltendmachung von im Unionsrecht begründeten Ansprüchen weder praktisch unmöglich machen noch übermäßig erschweren, worauf schon die Rs *Palmisani* (Rz 27) hinweist. In jüngerer Zeit konkretisierte der EuGH den Effektivitätsgrundsatz aber und stellte klar, dass es neben der Dauer der Frist insbesondere auf „die Modalitäten ihrer Anwendung einschließlich des Faktors, durch den diese Frist in Lauf gesetzt wird“, ankommt (EuGH C-485/19, *Profi Credit Slovakia*, Rz 55; s auch EuGH C-698/18 und C-699/18 *Raiffeisen Bank ua*, Rz 61). In *Palmisani* war das (noch) kein eigenständiger Gesichtspunkt, prägt aber die aktuelle EuGH-Rsp im Verbraucher- und Wettbewerbsrecht:

So entspricht eine Verjährungsbestimmung nur dann dem Effektivitätsgrundsatz, wenn der Verbraucher vernünftigerweise von der Rechtswidrigkeit Kenntnis haben konnte (EuGH C-561/21, *Banco Santander*, Rz 34: 15 Jahre ab Vertragsabschluss sind daher unzulässig; zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen S. *Kietaibl* in *Schwimmann/Kodek*<sup>5</sup> § 1480 Rz 5/1 [in Druck]). Auch Ansprüche wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verjähren erst ab Kenntnis der Rechtswidrigkeit (EuGH C-605/21, *Heureka/Google*, Rz 94).

Verjährungsfristen, die schon zu laufen beginnen, bevor ein Geschädigter Kenntnis von der rechtswidrigen Schädigung erlangen konnte, können im Lichte dessen problematisch sein und die Geltendmachung von unionsrechtlich begründeten Ansprüchen übermäßig erschweren oder unmöglich machen. Der Anspruch könnte nämlich verjähren, bevor es für den Geschädigten einen Grund zu klagen gab, weshalb auch der OGH bereits in zwei Entscheidungen zum Diesel-Komplex die Kenntnis der Rechtswidrigkeit als maßgeblich anklingen ließ (OGH 8 Ob 71/23 h; OGH 8 Ob 76/23 v).

Dass der Maßstab in Staatshaftungssachen anders angelegt wird als im AGB- und Wettbewerbsrecht, liegt demnach nicht auf der Hand und lässt sich jedenfalls nicht auf *Palmisani* stützen. Einerseits ist das verfeinerte Verjährungsverständnis des EuGH erst lang nach dieser Entscheidung entwickelt worden, andererseits behandelte *Palmisani* einen Fall, in dem für die verspätete Umsetzung einer RL – und damit einen evident rechtswidrigen Akt – eine Verjährung von einem Jahr vorgesehen war.

Kenntnis von der Rechtswidrigkeit hat für den OGH im vorliegenden Fall keine Rolle gespielt. Ob darauf wirklich verzichtet werden kann, wäre eine Frage, die der EuGH zu entscheiden hätte. Früher oder später liegt es an ihm zu klären, ob eine Verjährung von Amts- und Staatshaftungsansprüchen ab Kenntnis vom anspruchsbegründenden Sachverhalt dem Effektivitätsprinzip entspricht.

Im konkreten Fall hätte ein Anknüpfen an die Kenntnis aber womöglich keinen Unterschied gemacht, weil die Kl mehr als drei Jahre vor Klagseinbringung über ein Rechtsgutachten verfügte, das der Rechtsansicht von VwGH und AMS Unvertretbarkeit attestierte. Sieht man darin die Kenntnis der Rechtswidrigkeit – was bei einer hgRsp allerdings nicht zwingend ist – wäre der Anspruch jedenfalls verjährt.

## Nachträgliche Genehmigung einer Betriebsvereinbarung

### §§ 29 ArbVG; § 865 Abs 5, § 1016 ABGB

- ▶ Es ist grundsätzlich zulässig, Betriebsvereinbarungen hinsichtlich noch nicht ausgeschiedener Arbeitnehmer auch rückwirkend zu schließen, soweit dadurch die Arbeitnehmer nicht in ihren Rechten beschnitten werden. Auch eine rückwirkende Verringerung von mit Betriebsvereinbarung zugebilligten Leistungen durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung wird für zulässig angesehen.
- ▶ Die Partner der Betriebsvereinbarung haben dabei aber verschiedene Grenzen der Verhältnismäßigkeit und der Begründbarkeit zu beachten, wobei grundsätzlich bei Einschränkungen der mit Anwartschaften verbundenen Rechte auf die durch die unterschiedliche Dauer der Berufsausübung bedingte unterschiedliche Betroffenheit in der Vertrauensposition Bedacht zu nehmen ist. Dies fußt auf der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte (Eigentumsschutz und Gleichheitssatz), die im Wege der Kon-

kretisierung der Generalklausel des § 879 ABGB auch auf den normativen Teil von Betriebsvereinbarungen und Kollektivverträgen einwirken.

- ▶ Eine im März 2019 abgeschlossene und im Dezember 2022 nachträglich genehmigte (weil vom richtigen Organ des Arbeitgebers unterfertigte) Betriebsvereinbarung ist nur zwischen den Betriebsvereinbarungsparteien rückwirkend voll wirksam. Gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern (als Dritte) kann sie aber keine rückwirkende Kraft erzeugen, wenn die Betriebsvereinbarung in unzulässiger Weise in deren Rechte eingreift.

### Arbeitsrecht

OGH 26. 6. 2024, 9 ObA 31/24 k (OLG Linz 11 Ra 53/23 b; LG Linz 36 Cga 16/23 f)

Betriebsvereinbarung; nachträgliche Genehmigung

**EvBl 2025/2**

Bearbeitet von RICHARD HARGASSNER