

# TE Vfgh Erkenntnis 2004/9/27 B533/02

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.09.2004

## **Index**

97 Vergabewesen

97/01 Vergabewesen

## **Norm**

B-VG Art83 Abs2

BundesvergabeG 1997 §15 Z7, §17

GewO 1994 §9 Abs1

## **Leitsatz**

Teilweise Abweisung, teilweise Stattgabe einer Beschwerde betreffend die Abweisung von Anträgen auf Nichtigerklärung sowie die Zurückweisung eines Feststellungsantrages durch das Bundesvergabeamt hinsichtlich der Ausschreibung zur Räumung der Fischer-Deponie; verfehlte Annahme der Notwendigkeit eines Vorliegens einer Gewerbeberechtigung bei allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft; keine verfassungswidrige Behördenzusammensetzung

## **Spruch**

I. Die beschwerdeführende Gesellschaft ist durch Spruchpunkt I. und II. des angefochtenen Bescheides im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt worden.

Der Bescheid wird insoweit aufgehoben.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Kosten werden nicht zugesprochen.

## **Begründung**

Entscheidungsgründe:

I. 1. Der Bund hat mit EU-weiter Bekanntmachung vom 21. September 2001 die Räumung der "Altlast Fischer-Deponie" sowie den Transport und die Entsorgung der geräumten Abfälle in Form eines nicht offenen Verfahrens nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 (BVergG) ausgeschrieben.

2. Die beschwerdeführende Gesellschaft wandte sich noch vor Legung eines Angebots an das Bundesvergabeamt (BVA) und stellte mehrere Anträge, die vom BVA mit Bescheid vom 28. Jänner 2002 wie folgt entschieden wurden:

Die Anträge der beschwerdeführenden Gesellschaft auf Nichtigerklärung der u.a. in den Teilnehmerunterlagen enthaltenen Festlegung, dass sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft sowie der späteren Arbeitsgemeinschaft die Befugnis eines Baumeisters nachzuweisen hätten, wurden mit Spruchpunkt I. und II. abgewiesen. Der Antrag

festzustellen, "dass Bietergemeinschaften zuzulassen sind, die insgesamt über die erforderlichen Befugnisse verfügen und sich dazu verpflichten, sich im Falle der Zuschlagserteilung zu einer juristischen oder quasi-juristischen Person zusammenzuschließen", wurde mit Spruchpunkt III. zurückgewiesen. Schließlich wurde der Antrag, "die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären", mit Spruchpunkt IV. abgewiesen.

3. Gegen diesen Bescheid richtet sich eine auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, in der die Verletzung der beschwerdeführenden Gesellschaft in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter sowie auf Gleichheit vor dem Gesetz behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des Bescheides begeht wird.

4. Das BVA hat die Verwaltungsakten vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift aber Abstand genommen. Der dem Verfahren als mitbeteiligte Partei beigezogene Auftraggeber Bund hat eine Äußerung erstattet, in der er den Beschwerdebehauptungen entgegentritt und die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde begeht.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat über die - zulässige - Beschwerde erwogen:

1. Die Abweisung der auf die Nichtigerklärung der zitierten Ausschreibungsbestimmungen (betreffend die Frage des Nachweises der Befugnis "Baumeister" für alle Mitglieder einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft) gerichteten Anträge hat das BVA wie folgt begründet:

"Unbestritten ist, dass jedenfalls ein Teil der zu vergebenden Arbeiten Tiefbauten im Sinn des §202 Abs1 Z2, 3 GewO sind, sodass im Sinn des §127 Z4 GewO die Bewilligung zur Ausübung des Gewerbes erforderlich ist: Die Fassung des §202 Abs3 GewO ist derart weitgehend, dass die Übernahme von Gesamtaufträgen, die Bauarbeiten miteinschließen, idR in den Vorbehaltsbereich des Baumeisters fällt. Damit ist der gewerberechtliche Bauführerbegriff synonym mit der Position des Baumeisters als Generalunternehmer (Grabner/Stolzlechner/Wendl, Komm z GewO Rz 16 zu §202 GewO). Soweit nicht nach §202 Abs3 dritter Satz GewO der Baumeister ohnedies Arbeiten anderer Gewerbe ausführen darf, hat er sich nach Satz 4 dieser Gesetzesstelle eines hiezu befugten Gewerbetreibenden in der Form eines Subunternehmers zu bedienen. Wenn sich die Vollstreckungsbehörde daher auf die Befugnis eines Baumeisters (als Generalunternehmer) beruft, ist dies durch die Bestimmungen der Gewerbeordnung gedeckt.

Gesellschaften bürgerlichen Rechts (dazu zählen sowohl Arbeitsgemeinschaften als auch Bietergemeinschaften) sind auch im Sinn des §9 Abs1 GewO keine juristischen Personen. Sie sind daher nicht gewerberechtig. Eine Gewerbeausübung ist daher nicht der bürgerlichen Gesellschaft, sondern unmittelbar ihren Mitgliedern zuzurechnen. Jeder Gesellschafter benötigt daher für jede gewerbliche Tätigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine eigene Gewerbeberechtigung (VwGH 22.11.1988, 88/04/0102 = ZfVB 1989/1180; VwGH 22.11.1994, 93/04/0107; Grabner/Stolzlechner/Wendl aaO Rz 5 zu §9; Gerscha/Steiner, Komm z GewO Rz 5 zu §9; Hanusch, Komm z GewO Rz 6 zu §9; vgl Arnold zur früheren Rechtslage in FS Kastner, 30 f).

§17 BVergG berechtigt zwar Arbeits- und Bietergemeinschaften zur Einreichung von Angeboten, im Auftragsfall sind die Arbeiten aber in Form einer Arbeitsgemeinschaft, also in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu erbringen, sodass wiederum alle Mitglieder die erforderliche Gewerbeberechtigung nachzuweisen haben. Eine Angebotslegung durch eine Vorgesellschaft, die im Zweifel den Regeln der errichteten aber noch nicht entstandenen Gesellschaft folgt, ist im Gesetz nicht vorgesehen; damit fällt aber die Möglichkeit fort, erst nach der Zuschlagserteilung die Rechtsform (auch im Sinn des §9 GewO) zu bestimmen.

Auch eine Inländerdiskriminierung liegt nicht vor.

Das Gleichbehandlungsgebot gebietet zwar die Gleichstellung aller Bieter, eine Diskriminierung von Inländern gegenüber Ausländern würde daher gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößen. Seit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 9.12.1999, K des BKA BGBl II 2000/21 und der Neufassung des §373c GewO BGBl I 2000/88 ist aber eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes auszuschließen. Dass in anderen Staaten der EU eine dem §9 GewO entsprechende Norm fehlt, bedeutet gleichfalls keine Diskriminierung von Inländern, weil diese eben in anderen Staaten der EU wiederum mit den dortigen Staatsangehörigen gleich behandelt werden."

Der von der beschwerdeführenden Gesellschaft gestellte Feststellungsantrag wurde mit Spruchpunkt III. vom BVA mangels gesetzlicher Grundlage im BVergG zurückgewiesen.

2. Die beschwerdeführende Gesellschaft erachtet sich in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter zunächst dadurch verletzt, dass im bescheiderlassenden Senat des BVA der

Fachverbandsgeschäftsführer des Fachverbandes der Bauindustrie der Wirtschaftskammer Österreich als seitens der Auftragnehmerseite entsandtes Mitglied mitgewirkt habe. Angesichts der Tatsache, dass die zugrunde liegende Ausschreibung nach Ansicht der beschwerdeführenden Gesellschaft gezielt auf "Bauunternehmungen zugeschnitten" sei, hätte sich jenes Senatsmitglied befangen erklären müssen bzw. "der Beschwerdeführerin zumindest die Möglichkeit einer Ablehnung gem. §104 BVergG gewährt werden müssen".

Ihr weiteres Beschwerdevorbringen auf das Wesentliche zusammengefasst, erachtet sich die beschwerdeführende Gesellschaft durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Gleichheitsrecht dadurch verletzt, dass sich das BVA mit ihrem Vorbringen inhaltlich nicht auseinandergesetzt und im Hinblick auf den Nachweis der Berufsbefugnis durch Mitglieder einer Bietergemeinschaft die (Gemeinschafts-)Rechtslage grundlegend verkannt habe. Der Gesetzgeber sei typischerweise von heterogenen Arbeitsgemeinschaften ausgegangen, deren Ziel die Erbringung verschiedener Teilleistungen sei, bezüglich derer auch unterschiedliche rechtliche Befugnisse nachzuweisen seien.

Schließlich verweist die beschwerdeführende Gesellschaft darauf, dass der mit Spruchpunkt III. zurückgewiesene Feststellungsantrag in der mündlichen Verhandlung dahin korrigiert worden sei, dass das BVA die Entscheidung, nur Bietergemeinschaften zuzulassen, die insgesamt über die erforderlichen Befugnisse verfügen würden, für richtig erklären möge. Das BVA hätte sich daher mit dem Antrag auseinander zu setzen gehabt; durch die Zurückweisung habe die belangte Behörde Willkür geübt.

3. a) Eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 10.413/1985, 11.682/1988) nur vorliegen, wenn der angefochtene Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, wenn die Behörde der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie bei Erlassung des Bescheides Willkür geübt hat.

Ein willkürliches Verhalten kann einer Behörde unter anderem dann vorgeworfen werden, wenn der Bescheid wegen groben Verkennens der Rechtslage in einem besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch steht (zB VfSlg. 10.337/1985, 11.436/1987).

Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wird durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt, wenn die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt oder in gesetzwidriger Weise ihre Zuständigkeit ablehnt (zB VfSlg. 9696/1983), etwa indem sie zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert (zB VfSlg. 10.374/1985, 11.405/1987, 13.280/1992).

b) Soweit sich die Beschwerde gegen die Spruchpunkte I. und II. des angefochtenen Bescheides richtet, ist sie begründet:

Das BVA hat seine Entscheidung, die in den Teilnahmeunterlagen enthaltene Forderung nach dem Nachweis der Befugnis "Baumeister" für alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft als rechtskonform anzusehen, damit begründet, dass Gesellschaften bürgerlichen Rechts (wozu auch Bietergemeinschaften zählen würden) keine juristischen Personen iSd §9 Abs1 GewO und sohin nicht gewerbefähig wären. Eine Gewerbeausübung durch die Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft wäre daher unmittelbar ihren Mitgliedern zuzurechnen, weshalb jeder Gesellschafter für jede gewerbliche Tätigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine entsprechende Gewerbeberechtigung aufweisen müsse. Das BVA schließt daraus, dass sämtliche Mitglieder über die Gewerbeberechtigung für alle angebotenen Leistungen - und nicht nur für ihren Leistungsanteil - verfügen müssen.

In seiner Entscheidung vom 21. Juni 2004, B531/02, hat der Verfassungsgerichtshof dargelegt, dass und warum ein solches (undifferenziertes) Rechtsverständnis Sinn und Zweck des Institutes der Bietergemeinschaft im Vergaberecht grundlegend verkennt:

Eine Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zwecke der Einreichung eines gemeinsamen Angebots in einem Vergabeverfahren (§15 Z10 BVergG). Indem §17 BVergG - in Entsprechung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben - Bietergemeinschaften die Einreichung von Angeboten in einem Vergabeverfahren ermöglicht, ohne sie zu verpflichten, hiezu eine bestimmte Rechtsform anzunehmen, wird auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts eine Beteiligung am Vergabeverfahren ermöglicht. Die Gesellschafter haben allein die Erklärung abzugeben, dass sie im Auftragsfalle die Leistung als Arbeitsgemeinschaft erbringen würden. Unter einer solchen Arbeitsgemeinschaft wiederum versteht das BVergG einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich

unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsmäßigen Erbringung einer Leistung "auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen" (Hervorhebung durch den Verfassungsgerichtshof) verpflichten (§15 Z7 BVergG). Dass Bietergemeinschaften in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Fall der Zuschlagserteilung zwecks Erbringung der beauftragten Leistung jedenfalls eine Arbeitsgemeinschaft zu gründen haben (die Arbeitsgemeinschaft sohin aus der Bietergemeinschaft entsteht), ergibt sich schon aus §17 BVergG. Im Ergebnis müssen daher für Bietergemeinschaften dieselben Voraussetzungen im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse gelten wie für Arbeitsgemeinschaften. Welcher Gehalt der Wendung "oder verschiedener Fachrichtungen" in §15 Z7 BVergG dann aber zukommen kann, wenn das BVergG für Bietergemeinschaften tatsächlich verlangen sollte, dass jedes ihrer Mitglieder für die Erbringung einer Gesamtleistung immer alle erforderlichen gewerberechtlichen Befugnisse für sämtliche angebotenen Leistungen nachzuweisen hat, wäre nicht erfindlich. Vielmehr legt die Bestimmung nahe, dass - wie der Verfassungsgerichtshof in der bezogenen Entscheidung vom 21. Juni 2004 näher und ausführlich begründet - der Vergabegesetzgeber durch die Ermöglichung von Bietergemeinschaften gerade die Kumulation verschiedener Fachrichtungen zur Besorgung einer heterogenen Gesamtleistung ermöglichen wollte. Dass sämtliche Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sich allein zum Zweck der Durchführung eines konkreten, einmaligen Projektes bildet, alle insgesamt erforderlichen Gewerbeberechtigungen aufweisen müssen, lässt sich weder aus der Gewerbeordnung ableiten, noch lässt sich eine solche Annahme auf die von der belangten Behörde ins Treffen geführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs stützen. (Um an dieser Stelle Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die zitierte Entscheidung verwiesen.)

Da das BVA im Hinblick auf die Spruchpunkte I. und II. die Rechtslage grundlegend verkannt und dadurch die beschwerdeführende Gesellschaft in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt hat, ist der Bescheid in diesem Umfang aufzuheben.

c) Im Übrigen ist die Beschwerde aber abzuweisen:

Dem BVA ist nicht entgegen zu treten, wenn es mit Spruchpunkt III. den von der beschwerdeführenden Gesellschaft gestellten Feststellungsantrag zurückgewiesen hat: Dem Antrag liegt unzweifelhaft ein unzulässiges Feststellungsbegehren zugrunde. Dass die beschwerdeführende Gesellschaft ihr Begehr in der mündlichen Verhandlung - wie sie in ihrer Beschwerde behauptet - "korrigiert habe", wird in der Beschwerde nicht belegt; auch dem Verwaltungsakt ist dafür kein Hinweis zu entnehmen.

In der Beschwerde wird auch nicht dargelegt, warum der gleichfalls angefochtene Spruchpunkt IV. des Bescheides, mit dem der Antrag, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, abgewiesen wurde, verfassungswidrig sein soll; beim Verfassungsgerichtshof sind diesbezüglich auch keine Bedenken entstanden. Die konstatierte Verfassungswidrigkeit der Spruchpunkte I. und II. schlägt auf Spruchpunkt IV. nicht über, als selbst eine positive Entscheidung über die Anträge auf Nichtigerklärung der auf den Nachweis der Berufsbefugnis "Baumeister" abzielenden Ausschreibungsbestimmungen nicht notwendigerweise die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung zur Folge haben müsste. Eine solche Konsequenz wird von der beschwerdeführenden Gesellschaft erst gar nicht behauptet.

An diesem Ergebnis kann auch der sub titulo Verletzung der beschwerdeführenden Gesellschaft in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter erhobene Vorwurf, dass im bescheiderlassenden Senat der Fachverbandsgeschäftsführer des Fachverbandes der Bauindustrie der Wirtschaftskammer Österreich mitgewirkt habe, nichts ändern: Der Verfassungsgerichtshof hegt aus Anlass des vorliegenden Falles gegen die paritätische Zusammensetzung der Spruchkörper des BVA ebensowenig Bedenken wie gegen die konkrete Mitwirkung der in Rede stehenden Person an der Entscheidungsfindung. Im Übrigen hätte sich die beschwerdeführende Gesellschaft über die Zusammensetzung des Senates informieren und in der Folge von ihrem Ablehnungsrecht gemäß §104 BVergG Gebrauch machen können.

III. Kosten waren nicht zuzusprechen, da die beschwerdeführende Gesellschaft mit ihrer Beschwerde nur zur Hälfte erfolgreich war und dementsprechend zu verpflichten gewesen wäre, der mitbeteiligten Partei Bund die Hälfte ihres Kostenaufwandes zu ersetzen. Da der Bund (Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) seinerseits den beschwerdeführenden Gesellschaften die Hälfte des Pauschalsatzes zu ersetzen gehabt hätte, waren die Kosten gegeneinander aufzuheben (vgl. schon VfGH 27.6.2003, B1044/01).

IV. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

**Schlagworte**

Bescheid Trennbarkeit, Gewerberecht, Gewerbeberechtigung, Vergabewesen, Kollegialbehörde

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:2004:B533.2002

**Dokumentnummer**

JFT\_09959073\_02B00533\_00

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)