

TE Vwgh Erkenntnis 2011/3/21 2009/04/0018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.03.2011

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1994 §32 Abs1;

GewO 1994 §32 Abs2;

GewO 1994 §367 Z33;

VwRallg;

1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 367 heute
2. GewO 1994 § 367 gültig ab 01.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2025
3. GewO 1994 § 367 gültig von 01.10.2018 bis 31.10.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
4. GewO 1994 § 367 gültig von 01.05.2018 bis 30.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
5. GewO 1994 § 367 gültig von 01.01.2018 bis 30.04.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
6. GewO 1994 § 367 gültig von 18.07.2017 bis 31.12.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
7. GewO 1994 § 367 gültig von 29.12.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
8. GewO 1994 § 367 gültig von 10.07.2015 bis 28.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2015
9. GewO 1994 § 367 gültig von 12.07.2013 bis 09.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2013

10. GewO 1994 § 367 gültig von 14.09.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
11. GewO 1994 § 367 gültig von 01.01.2011 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
12. GewO 1994 § 367 gültig von 19.08.2010 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
13. GewO 1994 § 367 gültig von 16.06.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2010
14. GewO 1994 § 367 gültig von 01.01.2009 bis 15.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2008
15. GewO 1994 § 367 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
16. GewO 1994 § 367 gültig von 30.06.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2007
17. GewO 1994 § 367 gültig von 15.01.2005 bis 29.06.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
18. GewO 1994 § 367 gültig von 30.11.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
19. GewO 1994 § 367 gültig von 15.06.2003 bis 29.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
20. GewO 1994 § 367 gültig von 01.08.2002 bis 14.06.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
21. GewO 1994 § 367 gültig von 01.01.2002 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
22. GewO 1994 § 367 gültig von 01.09.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
23. GewO 1994 § 367 gültig von 01.07.1997 bis 31.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
24. GewO 1994 § 367 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Schmidt, über die Beschwerde der J Gesellschaft mbH in X, vertreten durch Prof. Dr. Strigl Dr. Horak Mag. Stolz Rechtsanwälte-Partnerschaft in 1010 Wien, Tuchlauben 8, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 20. November 2008, Zl. VKS-9068/08, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Schmidt, über die Beschwerde der J Gesellschaft mbH in römisch zehn, vertreten durch Prof. Dr. Strigl Dr. Horak Mag. Stolz Rechtsanwälte-Partnerschaft in 1010 Wien, Tuchlauben 8, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 20. November 2008, Zl. VKS-9068/08, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei:

Stadt Wien (Wiener Wohnen Direktion - Technik), vertreten durch schwartz huber-medek & partner rechtsanwälte og in 1010 Wien, Stubenring 2; weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Wien hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Vergabeverfahren:

Den unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides zufolge führte die mitbeteiligte Partei als öffentliche Auftraggeberin (im Folgenden: Auftraggeberin) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Spenglerarbeiten in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Objekten. Dabei handelt es sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren. Die Ausschreibung wurde am 2. August 2008 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht; das Ende der Angebotsfrist war der 23. September 2008, 8.00 Uhr, die Angebotseröffnung erfolgte anschließend.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2008 teilte die Auftraggeberin der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot (betreffend näher bezeichnete Lose) gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 und Z. 7 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) ausgeschieden werde, da für die angebotenen Gerüstungsarbeiten die erforderliche Befugnis nicht gegeben sei und die Nennung eines entsprechenden Subunternehmers bereits im Angebot bei Angebotslegung vorhanden sein müsse. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2008 teilte die Auftraggeberin der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot

(betreffend näher bezeichnete Lose) gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 7, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) ausgeschieden werde, da für die angebotenen Gerüstungsarbeiten die erforderliche Befugnis nicht gegeben sei und die Nennung eines entsprechenden Subunternehmers bereits im Angebot bei Angebotslegung vorhanden sein müsse.

2. Nachprüfungsverfahren und angefochtener Bescheid:

Gegen diese Entscheidung brachte die Beschwerdeführerin einen Nachprüfungsantrag bei der belangten Behörde ein.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde dieser Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Auftraggeberin vom 15. Oktober 2008 für nichtig zu erklären, abgewiesen (Spruchpunkt 1.), weiters die einstweilige Verfügung vom 30. Oktober 2008 mit sofortiger Wirkung aufgehoben (Spruchpunkt 2.) sowie festgestellt, dass die Auftraggeberin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe (Spruchpunkt 3.).

Als Rechtsgrundlagen führte die belangte Behörde undifferenziert die §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1, 22 Abs. 3, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z. 6, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z. 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z. 2, 4, 12 Abs. 1 Z. 3, 69 Abs. 1, 76 Abs. 1, 126, 129 Abs. 1 Z. 2 und 7 BVerG 2006 sowie §§ 32, 99 Abs. 1 Z. 4, 100 Abs. 1, 133 Abs. 3 und 149 Abs. 5 GewO 1994 an. Als Rechtsgrundlagen führte die belangte Behörde undifferenziert die Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins, 22, Absatz 3, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 69, Absatz eins, 76, Absatz eins, 126, 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVerG 2006 sowie Paragraphen 32, 99, Absatz eins, Ziffer 4, 100, Absatz eins, 133, Absatz 3 und 149 Absatz 5, GewO 1994 an.

Begründend stellte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensganges unter anderem näher bezeichnete Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen fest, wonach unter anderem Unternehmer als geeignet gelten, die befugt, leistungsfähig und zuverlässig seien. Die Eignungskriterien müssten spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (Verweis auf § 69 Z. 1 BVerG 2006) und während des gesamten Vertragserfüllungszeitraums fortbestehen. Bieter könnten die Befugnis und die Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer erfüllen (Punkt 2.10. Eignung). Allfällige Subunternehmer habe der Bieter im Angebot zu benennen (Punkt 2.15. Subunternehmer). Als Nachweis der Befugnis sei eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung dem Angebot anzuschließen gewesen (nach Beilage 13.08.1.). Begründend stellte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensganges unter anderem näher bezeichnete Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen fest, wonach unter anderem Unternehmer als geeignet gelten, die befugt, leistungsfähig und zuverlässig seien. Die Eignungskriterien müssten spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (Verweis auf Paragraph 69, Ziffer eins, BVerG 2006) und während des gesamten Vertragserfüllungszeitraums fortbestehen. Bieter könnten die Befugnis und die Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer erfüllen (Punkt 2.10. Eignung). Allfällige Subunternehmer habe der Bieter im Angebot zu benennen (Punkt 2.15. Subunternehmer). Als Nachweis der Befugnis sei eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung dem Angebot anzuschließen gewesen (nach Beilage 13.08.1.).

Nach Punkt 01.18. des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses sei auch die Verwendung von Gerüsten (und zwar von Schutzgerüsten, Konsolgerüsten, die Herstellung und Errichtung von Schutzdächern mit einer Höhe von über 10 m, von Passagengerüsten sowie von Dachschutzblenden) anzubieten gewesen. Dabei seien die statischen Berechnungen und einmaligen Prüfungen im Einheitspreis des Auftragnehmers einzukalkulieren gewesen.

Mit Schreiben vom 30. September 2008 habe die Auftraggeberin die Beschwerdeführerin um Aufklärung im Hinblick auf den nachzureichenden Nachweis über die Befugnis zur Errichtung der ausgeschriebenen Gerüstungsarbeiten ersucht. Die Beschwerdeführerin habe mit Schreiben vom 1. Oktober 2008 ausgeführt, dass in ihrer Firma ein geeigneter Fachmann beschäftigt sei und für Gerüstbauten größeren Umfanges eine näher bezeichnete Firma genannt werde. Diesem Schreiben war die Kopie einer Urkunde, ausgestellt von der Senatsverwaltung für Wissenschaft und Forschung Berlin am 23. Februar 1994, beigelegt, wonach Herr S. an der Ingenieurschule für Bauwesen Berlin die staatliche Abschlussprüfung in der Fachrichtung Hochbau mit Erfolg abgelegt habe und berechtigt sei, den Grad "Dipl. Ing. (FH)" zu führen.

Die Beschwerdeführerin verfüge (laut dem im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Auszug aus dem Gewerberegister)

über die Gewerbeberechtigungen für die reglementierten Gewerbe des Dachdeckers (§ 94 Z. 9 GewO 1973), des Spenglers (§ 94 Z. 74 GewO 1973) sowie des (freien) Gewerbes Schwarzdecker. Eine gewerberechtliche Befugnis zur Errichtung von (sogenannten) statisch belangreichen Gerüsten sei von der Beschwerdeführerin nicht nachgewiesen worden. Die Beschwerdeführerin verfüge (laut dem im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Auszug aus dem Gewerberegister) über die Gewerbeberechtigungen für die reglementierten Gewerbe des Dachdeckers (Paragraph 94, Ziffer 9, GewO 1973), des Spenglers (Paragraph 94, Ziffer 74, GewO 1973) sowie des (freien) Gewerbes Schwarzdecker. Eine gewerberechtliche Befugnis zur Errichtung von (sogenannten) statisch belangreichen Gerüsten sei von der Beschwerdeführerin nicht nachgewiesen worden.

Erstmals im Nachprüfungsverfahren habe die Beschwerdeführerin einen Dienstzettel betreffend den genannten Dipl. Ing. S vorgelegt, wonach dieser bei der Beschwerdeführerin seit 4. April 2008 beschäftigt sei. Unstrittig verfüge Dipl. Ing. S nicht über die Befugnis zum Baumeister, wozu die Beschwerdeführerin ergänzend vorgebracht habe, dass es grundsätzlich nur erforderlich sei, die Befähigung einer Fachkraft nachzuweisen, nicht aber die Befugnis.

Die Beschwerdeführerin verfüge nicht über die Befugnis zum Aufstellen von Gerüsten, für die statische Kenntnisse erforderlich seien. Bei den nach der Ausschreibung verlangten Gerüsten handle es sich um teils statisch belangreiche Gerüste, deren Aufstellung ausschließlich den Baumeistern (§ 99 Abs. 1 Z. 4 GewO 1994), Steinmetzmeistern einschließlich Kunststeinerzeugern und Terrazzomachern (§ 133 Abs. 3 GewO 1994), Zimmermeistern (§ 149 Abs. 5 GewO 1994) und Brunnenmeistern (§ 100 Abs. 1 GewO 1994) vorbehalten seien (es handle sich nämlich auch um Ausschussgerüste, die aus einem Fenster heraus errichtet würden, Konsolgerüste, die an der Fassade abgestützt würden und Standgerüste höher als 2 m als Bockgerüst bzw. höher als 6 m als verfahrbare Standgerüste). Somit erfordere ein Teil der in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Gerüste jedenfalls statische Kenntnisse zu deren Ausführungen. Das Verfahren habe ergeben, dass die Beschwerdeführerin über keine Gewerbeberechtigung verfüge, die sie zur Errichtung der ausschreibungsgegenständlichen Gerüste berechtigen würde. Die Beschwerdeführerin verfüge nicht über die Befugnis zum Aufstellen von Gerüsten, für die statische Kenntnisse erforderlich seien. Bei den nach der Ausschreibung verlangten Gerüsten handle es sich um teils statisch belangreiche Gerüste, deren Aufstellung ausschließlich den Baumeistern (Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 4, GewO 1994), Steinmetzmeistern einschließlich Kunststeinerzeugern und Terrazzomachern (Paragraph 133, Absatz 3, GewO 1994), Zimmermeistern (Paragraph 149, Absatz 5, GewO 1994) und Brunnenmeistern (Paragraph 100, Absatz eins, GewO 1994) vorbehalten seien (es handle sich nämlich auch um Ausschussgerüste, die aus einem Fenster heraus errichtet würden, Konsolgerüste, die an der Fassade abgestützt würden und Standgerüste höher als 2 m als Bockgerüst bzw. höher als 6 m als verfahrbare Standgerüste). Somit erfordere ein Teil der in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Gerüste jedenfalls statische Kenntnisse zu deren Ausführungen. Das Verfahren habe ergeben, dass die Beschwerdeführerin über keine Gewerbeberechtigung verfüge, die sie zur Errichtung der ausschreibungsgegenständlichen Gerüste berechtigen würde.

Weiters habe sie in ihrem Angebot keine Subunternehmer für die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten genannt. Die von der Beschwerdeführerin über Aufforderung der Auftraggeberin mit (Aufklärungs)Schreiben vom 1. Oktober 2008 nachgereichten Subunternehmererklärungen seien zu Recht von der Auftraggeberin gemäß § 69 Z. 1 BVergG 2006 nicht mehr berücksichtigt worden. Weiters habe sie in ihrem Angebot keine Subunternehmer für die ausschreibungsgegenständlichen Gerüstungsarbeiten genannt. Die von der Beschwerdeführerin über Aufforderung der Auftraggeberin mit (Aufklärungs)Schreiben vom 1. Oktober 2008 nachgereichten Subunternehmererklärungen seien zu Recht von der Auftraggeberin gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 nicht mehr berücksichtigt worden.

Soweit sich die Beschwerdeführerin auf ein Nebenrecht nach § 32 GewO 1994, insbesondere dessen Abs. 2, berufe, sei für sie nichts gewonnen. Zwar sei nach dem Inhalt der abgegebenen Angebote, insbesondere auch nach dem Angebot der Beschwerdeführerin, der Auftragswert, soweit er Gerüstungen betreffe, hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Lose mit weniger als 1 % der Gesamtangebotssumme anzunehmen. Solche Leistungen "im geringen Umfang" wären grundsätzlich vom Nebenrecht des § 32 GewO 1994 erfasst. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf ein Nebenrecht nach Paragraph 32, GewO 1994, insbesondere dessen Absatz 2, berufe, sei für sie nichts gewonnen. Zwar sei nach dem Inhalt der abgegebenen Angebote, insbesondere auch nach dem Angebot

der Beschwerdeführerin, der Auftragswert, soweit er Gerüstungen betreffe, hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Lose mit weniger als 1 % der Gesamtangebotssumme anzunehmen. Solche Leistungen "im geringen Umfang" wären grundsätzlich vom Nebenrecht des Paragraph 32, GewO 1994 erfasst.

Jedoch werde diese Ansicht von der belangten Behörde nur insoweit geteilt, als es sich dabei um Tätigkeiten anderer Gewerbe handeln müsse, die einem reglementierten Gewerbe nicht vorbehalten seien. Bei den ausgeschriebenen und auch von der Beschwerdeführerin angebotenen Gerüstbauarbeiten handle es sich jedoch um solche, für deren Errichtung statische Kenntnisse erforderlich seien, wozu zwingend eine Gewerbeberechtigung für näher bezeichnete reglementierte Gewerbe erforderlich sei. Nur dann, wenn keine statischen Kenntnisse erforderlich seien, dürften Gerüste auch von anderen Personen und Gewerbetreibenden im Rahmen ihrer Nebenrechte aufgestellt werden, sofern dies nur im geringen Umfang erfolge, um die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll zu ergänzen, der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleibe und sich der Gewerbetreibende erforderlichenfalls ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte bediene, wenn dies aus Gründen der Sicherheit notwendig sei (§ 32 Abs. 2 GewO 1994; die belangte Behörde verweist auf eine von der Beschwerdeführerin vorgelegte Stellungnahme der Wirtschaftskammer Wien vom 23. Oktober 2008). Da es sich bei den ausgeschriebenen und angebotenen Gerüstarbeiten auch um solche, die statisch belangreich seien, handle, wäre die Beschwerdeführerin gehalten gewesen, unabhängig von deren Auftragswert bereits mit ihrem Angebot entweder eine entsprechende Subunternehmererklärung eines geeigneten Unternehmers vorzulegen oder die Verfügung über eine "entsprechende ausgebildete und erfahrene Fachkraft" nachzuweisen. Dabei könne es sich um eine im Betrieb beschäftigte Person handeln oder um eine externe Fachkraft. Jedoch werde diese Ansicht von der belangten Behörde nur insoweit geteilt, als es sich dabei um Tätigkeiten anderer Gewerbe handeln müsse, die einem reglementierten Gewerbe nicht vorbehalten seien. Bei den ausgeschriebenen und auch von der Beschwerdeführerin angebotenen Gerüstbauarbeiten handle es sich jedoch um solche, für deren Errichtung statische Kenntnisse erforderlich seien, wozu zwingend eine Gewerbeberechtigung für näher bezeichnete reglementierte Gewerbe erforderlich sei. Nur dann, wenn keine statischen Kenntnisse erforderlich seien, dürften Gerüste auch von anderen Personen und Gewerbetreibenden im Rahmen ihrer Nebenrechte aufgestellt werden, sofern dies nur im geringen Umfang erfolge, um die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll zu ergänzen, der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleibe und sich der Gewerbetreibende erforderlichenfalls ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte bediene, wenn dies aus Gründen der Sicherheit notwendig sei (Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994; die belangte Behörde verweist auf eine von der Beschwerdeführerin vorgelegte Stellungnahme der Wirtschaftskammer Wien vom 23. Oktober 2008). Da es sich bei den ausgeschriebenen und angebotenen Gerüstarbeiten auch um solche, die statisch belangreich seien, handle, wäre die Beschwerdeführerin gehalten gewesen, unabhängig von deren Auftragswert bereits mit ihrem Angebot entweder eine entsprechende Subunternehmererklärung eines geeigneten Unternehmers vorzulegen oder die Verfügung über eine "entsprechende ausgebildete und erfahrene Fachkraft" nachzuweisen. Dabei könne es sich um eine im Betrieb beschäftigte Person handeln oder um eine externe Fachkraft.

Zu § 32 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 habe die Beschwerdeführerin den Standpunkt vertreten, dass sie durch die Nennung des Dipl. Ing. S. eine geeignete Fachkraft namhaft gemacht habe. Das Verfahren habe zwar ergeben, dass Dipl. Ing. S. in der ehemaligen DDR die Fachschule für Hochbau erfolgreich abgeschlossen habe. Das Verfahren habe aber auch ergeben, dass Dipl. Ing. S. nicht über die Befugnis eines Baumeisters, Brunnenmeisters, Steinmetzmeisters, Zimmermeisters oder Ziviltechnikers verfüge bzw. diese Gewerbe ausübe. Die Möglichkeit, dass Dipl. Ing. S. möglicherweise die Befähigung zur Erlangung der entsprechenden Befugnis besitze, vermöge nicht die Befugnisse selbst zu ersetzen. Daher seien die Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 GewO 1994 nicht gegeben. Zu Paragraph 32, Absatz 2, zweiter Satz GewO 1994 habe die Beschwerdeführerin den Standpunkt vertreten, dass sie durch die Nennung des Dipl. Ing. S. eine geeignete Fachkraft namhaft gemacht habe. Das Verfahren habe zwar ergeben, dass Dipl. Ing. S. in der ehemaligen DDR die Fachschule für Hochbau erfolgreich abgeschlossen habe. Das Verfahren habe aber auch ergeben, dass Dipl. Ing. S. nicht über die Befugnis eines Baumeisters, Brunnenmeisters, Steinmetzmeisters, Zimmermeisters oder Ziviltechnikers verfüge bzw. diese Gewerbe ausübe. Die Möglichkeit, dass Dipl. Ing. S. möglicherweise die Befähigung zur Erlangung der entsprechenden Befugnis besitze, vermöge nicht die Befugnisse selbst zu ersetzen. Daher seien die Voraussetzungen des Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994 nicht gegeben.

Da die Beschwerdeführerin somit zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung über die zur Aufstellung der Gerüste erforderliche Befugnis auch nicht im Rahmen der Nebenrechte des § 32 GewO 1994 verfügt habe und auch eine

rechtzeitig abgegebene Subunternehmererklärung nicht vorliege, sei das Ausscheiden des Angebotes der Beschwerdeführerin wegen fehlender Befugnis nach § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 in unbedenklicher Weise geschehen. Da die Beschwerdeführerin somit zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung über die zur Aufstellung der Gerüste erforderliche Befugnis auch nicht im Rahmen der Nebenrechte des Paragraph 32, GewO 1994 verfügt habe und auch eine rechtzeitig abgegebene Subunternehmererklärung nicht vorliege, sei das Ausscheiden des Angebotes der Beschwerdeführerin wegen fehlender Befugnis nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 in unbedenklicher Weise geschehen.

Die Spruchpunkte 2. und 3. begründete die belangte Behörde damit, dass die einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war und sich die Kostenentscheidung auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007 gründe. Die Spruchpunkte 2. und 3. begründete die belangte Behörde damit, dass die einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war und sich die Kostenentscheidung auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007 gründe.

3. Beschwerde:

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der im Wesentlichen vorgebracht wird, Dipl. Ing. S. sei zur Ausübung des Baumeistergewerbes befähigt und zumindest seit 7. April 2008 Dienstnehmer der Beschwerdeführerin. Dipl. Ing. S. verfüge daher über sämtliche gesetzliche Voraussetzungen zur Erteilung einer Befugnis für Gerüstungsarbeiten einschließlich statisch belangreicher Gerüste bzw. einer Befugnis eines "Baumeisters", "Zimmermanns" oder "Steinmetzmeisters" jeweils im Sinne der GewO 1994. Daher verfüge Dipl. Ing. S. über die gemäß § 32 Abs. 2 GewO 1994 geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten als "ausgebildete und erfahrene Fachkraft". Dagegen sei § 32 GewO 1994 nicht zu entnehmen, dass über die Befähigung einer "ausgebildeten und erfahrenen Fachkraft" hinaus diese auch selbst über eine Gewerbeberechtigung verfügen müsse. Daher lägen sämtliche Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Nebenrechten gemäß § 32 GewO 1994 vor und sei das Ausscheiden des Angebotes der Beschwerdeführerin zu Unrecht erfolgt. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der im Wesentlichen vorgebracht wird, Dipl. Ing. S. sei zur Ausübung des Baumeistergewerbes befähigt und zumindest seit 7. April 2008 Dienstnehmer der Beschwerdeführerin. Dipl. Ing. S. verfüge daher über sämtliche gesetzliche Voraussetzungen zur Erteilung einer Befugnis für Gerüstungsarbeiten einschließlich statisch belangreicher Gerüste bzw. einer Befugnis eines "Baumeisters", "Zimmermanns" oder "Steinmetzmeisters" jeweils im Sinne der GewO 1994. Daher verfüge Dipl. Ing. S. über die gemäß Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994 geforderten Kenntnisse und Fähigkeiten als "ausgebildete und erfahrene Fachkraft". Dagegen sei Paragraph 32, GewO 1994 nicht zu entnehmen, dass über die Befähigung einer "ausgebildeten und erfahrenen Fachkraft" hinaus diese auch selbst über eine Gewerbeberechtigung verfügen müsse. Daher lägen sämtliche Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Nebenrechten gemäß Paragraph 32, GewO 1994 vor und sei das Ausscheiden des Angebotes der Beschwerdeführerin zu Unrecht erfolgt.

4. Gegenschriften:

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die Auftraggeberin als mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift.

Die Auftraggeberin brachte in ihrer Gegenschrift unter anderem vor, die Beschwerdeführerin beschäftige mit Dipl. Ing. S. lediglich einen Mitarbeiter, welcher an der Ingenieurschule für Bauwesen Berlin die staatliche Abschlussprüfung in der Fachrichtung Hochbau abgelegt habe. Der Abschluss einer Fachhochschule vermittle jedoch weder die Befugnis oder Befähigung für das Baumeistergewerbe und sei auch keineswegs mit der gesetzlich geregelten Ziviltechnikerausbildung inklusive Ziviltechnikerprüfung gleichzusetzen. Nach Ansicht der Wirtschaftskammer Wien wiesen neben Baumeistern (sowie Brunnenmeistern, Steinmetzmeistern und Zimmermeistern) nur noch Ziviltechniker die erforderlichen Kenntnisse der Fachkraft für die strittigen Leistungen auf. Die von der Beschwerdeführerin erst im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Unterlagen wiesen die erforderliche Befähigung des Dipl. Ing. S. für statische Gerüstungsarbeiten nicht nach, zumal die vorgelegten Ausbildungsnachweise weder den Anforderungen der Baumeister-Verordnung entsprächen noch von der Beschwerdeführerin die jedenfalls erforderliche Anerkennung der Befähigung gemäß der EU/EWR-Anerkennungsverordnung BGBl. II Nr. 233/2003 behauptet bzw. nachgewiesen worden sei. Die Auftraggeberin brachte in ihrer Gegenschrift unter anderem vor, die Beschwerdeführerin beschäftige mit Dipl. Ing. S. lediglich einen Mitarbeiter, welcher an der Ingenieurschule für Bauwesen Berlin die staatliche Abschlussprüfung

in der Fachrichtung Hochbau abgelegt habe. Der Abschluss einer Fachhochschule vermittele jedoch weder die Befugnis oder Befähigung für das Baumeistergewerbe und sei auch keineswegs mit der gesetzlich geregelten Ziviltechnikerausbildung inklusive Ziviltechnikerprüfung gleichzusetzen. Nach Ansicht der Wirtschaftskammer Wien wiesen neben Baumeistern (sowie Brunnenmeistern, Steinmetzmeistern und Zimmermeistern) nur noch Ziviltechniker die erforderlichen Kenntnisse der Fachkraft für die strittigen Leistungen auf. Die von der Beschwerdeführerin erst im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Unterlagen wiesen die erforderliche Befähigung des Dipl. Ing. S. für statische Gerüstungsarbeiten nicht nach, zumal die vorgelegten Ausbildungsnachweise weder den Anforderungen der Baumeister-Verordnung entsprächen noch von der Beschwerdeführerin die jedenfalls erforderliche Anerkennung der Befähigung gemäß der EU/EWR-Anerkennungsverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 233 aus 2003, behauptet bzw. nachgewiesen worden sei.

II.römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die im Beschwerdefall (ausgehend von der Einleitung des Vergabeverfahrens) maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG 2006) lauten: 1. Die im Beschwerdefall (ausgehend von der Einleitung des Vergabeverfahrens) maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG 2006) lauten:

"Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

...

vorliegen.

Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

§ 70. (1) Der Auftraggeber kann von Unternehmern, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihreParagraph 70, (1) Der Auftraggeber kann von Unternehmern, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre

1. berufliche Befugnis,

...

gegeben ist.

...

1. (4)Absatz 4,Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber geforderten Unterlagen führen, sofern die geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich geforderten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

...

Nachweis der Befugnis

§ 71. Der Auftraggeber hat als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß § 70 Abs. 1 Z 1, dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen, zu verlangen: Paragraph 71, Der Auftraggeber hat als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß

Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer eins,, dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen, zu verlangen:

1. nach Maßgabe der Vorschriften des Herkunftslandes des Unternehmers eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden in Anhang VII genannten Bescheinigung oder eidesstattlichen Erklärung, oder 1. nach Maßgabe der Vorschriften des Herkunftslandes des Unternehmers eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden in Anhang römisch sieben angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden in Anhang römisch sieben genannten Bescheinigung oder eidesstattlichen Erklärung, oder

2. im Falle eines Dienstleistungsauftrages die Vorlage der im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderlichen Berechtigung oder eine Urkunde betreffend die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderliche Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation.

...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;"

Die im Beschwerdefall (ausgehend vom Zeitpunkt der Angebotsöffnung nach § 69 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006) maßgeblichen Bestimmungen der GewO 1994 in der Fassung BGBl. I Nr. 42/2008 lauten:Die im Beschwerdefall (ausgehend vom Zeitpunkt der Angebotsöffnung nach Paragraph 69, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) maßgeblichen Bestimmungen der GewO 1994 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 42 aus 2008, lauten:

"Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden

§ 32. (1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zuParagraph 32, (1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

1. alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen;

...

1. (2)Absatz 2,Bei der Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen.Bei der Ausübung der Rechte gemäß Absatz eins, müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen.

...

§ 367. Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2 180 EUR zu bestrafen ist, begeht, wer Paragraph 367, Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2 180 EUR zu bestrafen ist, begeht, wer

...

33. Arbeitnehmer beschäftigt, die nicht die gemäß § 32 Abs. 1 Z 9, Abs. 2 und 3, (...) erforderliche Eignung besitzen;" 33. Arbeitnehmer beschäftigt, die nicht die gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9,, Absatz 2 und 3, (...) erforderliche Eignung besitzen;"

2. Im Beschwerdefall ist alleine strittig, ob die Beschwerdeführerin über die Befugnis zur Durchführung der auftragsgegenständlichen Gerüstarbeiten verfügt.

Die Beschwerdeführerin beruft sich im Hinblick auf diese Gerüstarbeiten auf ihre Gewerbeberechtigung als "Spengler, Dachdecker und Schwarzdecker" und das ihr in diesem Zusammenhang zustehende Nebenrecht gemäß § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994. Die Beschwerdeführerin beruft sich im Hinblick auf diese Gerüstarbeiten auf ihre Gewerbeberechtigung als "Spengler, Dachdecker und Schwarzdecker" und das ihr in diesem Zusammenhang zustehende Nebenrecht gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994.

Die belangte Behörde vertritt im angefochtenen Bescheid die Auffassung, das Nebenrecht des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 komme bei Tätigkeiten, die einem reglementierten Gewerbe vorbehalten seien, nicht zur Anwendung. Die Beschwerdeführerin wäre gemäß § 32 Abs. 2 GewO 1994 gehalten gewesen, zumindest die Verfügung über eine "entsprechend ausgebildete und erfahrene" Fachkraft nachzuweisen oder eine entsprechende Subunternehmererklärung eines geeigneten Unternehmens vorzulegen. Die belangte Behörde vertritt im angefochtenen Bescheid die Auffassung, das Nebenrecht des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 komme bei Tätigkeiten, die einem reglementierten Gewerbe vorbehalten seien, nicht zur Anwendung. Die Beschwerdeführerin wäre gemäß Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994 gehalten gewesen, zumindest die Verfügung über eine "entsprechend ausgebildete und erfahrene" Fachkraft nachzuweisen oder eine entsprechende Subunternehmererklärung eines geeigneten Unternehmens vorzulegen.

3. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit dem Nebenrecht nach § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 zuletzt im Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2007/04/0210, beschäftigt. Auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen. 3. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit dem Nebenrecht nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 zuletzt im Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2007/04/0210, beschäftigt. Auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses wird gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG verwiesen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis insbesondere festgehalten, dass es das Gesetz im Lichte der durch die Gewerberechtsnovelle 2002 intendierten Liberalisierung nicht mehr vorsieht, dass gewisse Leistungen auch in geringem Umfang nur von gewissen Gewerbetreibenden erbracht werden können und insoweit gefahrgeneigte Leistungen einem reglementierten Gewerbe vorbehalten sind. Vielmehr liegt es bei der Ausübung der Nebenrechte nach § 32 Abs. 1 GewO 1994 gemäß § 32 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 in der Verantwortung des Gewerbetreibenden, durch die Heranziehung entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte die in dieser Bestimmung angeführte Sicherheit (unter anderem für Leib und Leben von Betroffenen) zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof auch auf die Strafbestimmung des § 367 Z. 33 GewO 1994 hingewiesen. Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis insbesondere festgehalten, dass es das Gesetz im Lichte der durch die Gewerberechtsnovelle 2002 intendierten Liberalisierung nicht mehr vorsieht, dass gewisse Leistungen auch in geringem Umfang nur von gewissen Gewerbetreibenden erbracht werden können und insoweit gefahrgeneigte Leistungen einem reglementierten Gewerbe vorbehalten sind. Vielmehr liegt es bei der Ausübung der Nebenrechte nach Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994 gemäß Paragraph 32, Absatz 2, zweiter Satz GewO 1994 in der Verantwortung des Gewerbetreibenden, durch die Heranziehung entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte die in dieser Bestimmung angeführte Sicherheit (unter anderem für Leib und Leben von Betroffenen) zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof auch auf die Strafbestimmung des Paragraph 367, Ziffer 33, GewO 1994 hingewiesen.

4.1. Im Beschwerdefall ist die Auffassung der belangten Behörde, die vorliegend strittigen Leistungen können ausgehend von ihrem Anteil an der Angebotssumme (weniger als 1 %) als Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang im Sinne des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 angesehen werden, nicht als rechtswidrig zu erkennen (vgl. zu dieser Frage das zitierte Erkenntnis vom 5. November 2010 mit ausführlicher Darstellung der Vorjudikatur). Es ist auch unstrittig, dass die strittigen Leistungen die eigenen Leistungen der Beschwerdeführerin im Sinne des § 32 Abs. 1 Z. 1

GewO 1994 wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. 4.1. Im Beschwerdefall ist die Auffassung der belangten Behörde, die vorliegend strittigen Leistungen können ausgehend von ihrem Anteil an der Angebotssumme (weniger als 1 %) als Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 angesehen werden, nicht als rechtswidrig zu erkennen vergleiche , zu dieser Frage das zitierte Erkenntnis vom 5. November 2010 mit ausführlicher Darstellung der Vorjudikatur). Es ist auch unstrittig, dass die strittigen Leistungen die eigenen Leistungen der Beschwerdeführerin im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 wirtschaftlich sinnvoll ergänzen.

4.2. Jedoch erweist sich die Auffassung der belangten Behörde, das Nebenrecht des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 komme bei Tätigkeiten, die einem reglementierten Gewerbe vorbehalten seien, nicht zum Tragen, vor dem Hintergrund des obzitierten Erkenntnisses vom 5. November 2010 als nicht zutreffend. 4.2. Jedoch erweist sich die Auffassung der belangten Behörde, das Nebenrecht des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 komme bei Tätigkeiten, die einem reglementierten Gewerbe vorbehalten seien, nicht zum Tragen, vor dem Hintergrund des obzitierten Erkenntnisses vom 5. November 2010 als nicht zutreffend.

4.3. Auch die Auffassung der belangten Behörde, wonach gemäß § 32 Abs. 2 GewO 1994 die herangezogene Fachkraft selbst bereits die erforderliche Befugnis (und nicht bloß die entsprechende Befähigung) aufweisen muss, ist aus folgenden Erwägungen unzutreffend: 4.3. Auch die Auffassung der belangten Behörde, wonach gemäß Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994 die herangezogene Fachkraft selbst bereits die erforderliche Befugnis (und nicht bloß die entsprechende Befähigung) aufweisen muss, ist aus folgenden Erwägungen unzutreffend:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem zitierten Erkenntnis ausgeführt hat, liegt es bei der Ausübung der Nebenrechte nach § 32 Abs. 1 GewO 1994 gemäß § 32 Abs. 2 zweiter Satz GewO 1994 in der Verantwortung des Gewerbetreibenden, durch die Heranziehung entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte die in dieser Bestimmung angeführte Sicherheit (unter anderem für Leib und Leben von Betroffenen) zu gewährleisten. Es handelt sich also bei dieser Bestimmung - wie schon ihr Wortlaut zeigt (arg.: "Bei der Ausübung der Rechte") - um keine Vorschrift über die Gewerbeberechtigung und somit die Befugnis (im Sinne der §§ 69 bis 71 BVergG 2006), sondern um eine Vorschrift über die Ausübung des Gewerbes. Auch die Strafbestimmung des § 367 Z. 33 GewO 1994 zeigt, dass der Gesetzgeber der GewO 1994 in diesem Zusammenhang davon ausgeht, dass der Gewerbeinhaber in der Regel als Fachkräfte Arbeitnehmer beschäftigt, die - so die Bestimmung ausdrücklich - die "erforderliche Eignung" besitzen und schon begrifflich nicht eine eigene Gewerbeberechtigung und Befugnis aufweisen. Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem zitierten Erkenntnis ausgeführt hat, liegt es bei der Ausübung der Nebenrechte nach Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994 gemäß Paragraph 32, Absatz 2, zweiter Satz GewO 1994 in der Verantwortung des Gewerbetreibenden, durch die Heranziehung entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte die in dieser Bestimmung angeführte Sicherheit (unter anderem für Leib und Leben von Betroffenen) zu gewährleisten. Es handelt sich also bei dieser Bestimmung - wie schon ihr Wortlaut zeigt (arg.: "Bei der Ausübung der Rechte") - um keine Vorschrift über die Gewerbeberechtigung und somit die Befugnis (im Sinne der Paragraphen 69 bis 71 BVergG 2006), sondern um eine Vorschrift über die Ausübung des Gewerbes. Auch die Strafbestimmung des Paragraph 367, Ziffer 33, GewO 1994 zeigt, dass der Gesetzgeber der GewO 1994 in diesem Zusammenhang davon ausgeht, dass der Gewerbeinhaber in der Regel als Fachkräfte Arbeitnehmer beschäftigt, die - so die Bestimmung ausdrücklich - die "erforderliche Eignung" besitzen und schon begrifflich nicht eine eigene Gewerbeberechtigung und Befugnis aufweisen.

4.4. Aus diesen Erwägungen erweist sich der angefochtene Bescheid als mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war. 4.4. Aus diesen Erwägungen erweist sich der angefochtene Bescheid als mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben war.

5. Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 4 VwGG abgesehen werden. 5. Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 4, VwGG abgesehen werden.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Ersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. 6. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Ersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Wien, am 21. März 2011

Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2009040018.X00

Im RIS seit

28.04.2011

Zuletzt aktualisiert am

21.10.2011

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at