

# TE Vfgh Erkenntnis 2004/10/16 G35/04

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.10.2004

## Index

L7 Wirtschaftsrecht

L7200 Beschaffung, Vergabe

## Norm

B-VG Art14b Abs6

B-VG Art112

B-VG Art116 Abs2

B-VG Art118 Abs2

B-VG Art118 Abs4

B-VG Art118 Abs5

BG BGBl I 99/2002 Art4 (Verfassungsbestimmung betr Nachprüfungsverfahren hinsichtlich oberster Organe der Vollziehung iSd Art19 Abs1 B-VG)

Wr LandesvergabeG §12 Abs1 Z1

Wr LandesvergabeG §95

Richtlinie des Rates vom 25.02.92. 92/13/EWG, zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber in bestimmten Sektoren (zB Wasser) Energie. Verkehr.

Richtlinie des Rates vom 21.12.89. 89/665/EWG, zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentl Liefer- und Bauaufträge

Stmk VergabeG 1998 §12 Abs1 Z1

Sbg LandesvergabeG §1 Abs1 Z1

Oö VergabeG §2 Abs1 Z2

## Leitsatz

Feststellung der Verfassungswidrigkeit der im Wiener Landesvergabegesetz vorgesehenen Nachprüfung von Vergabeentscheidungen der Gemeinde Wien durch den Vergabekontrollsenat (VKS) als Landesorgan; Unzulässigkeit der Einrichtung eines Rechtsmittels in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches an ein Verwaltungsorgan außerhalb der Gemeinde; Gemeinderat verfassungsgesetzlich als oberstes Organ der Gemeinde eingerichtet; doppelte Bindung des Gesetzgebers bei der Ausführung von Gemeinschaftsrecht; Konvalidation der geprüften Bestimmung mit Erlassung einer verfassungsrechtlichen Sonderregelung

## Spruch

§2 Abs1 Z2 des Oberösterreichischen Vergabegesetzes, LGBI. für das Land Oberösterreich Nr. 59/1994, idF LGBI. Nr. 45/2000 war bis zum Ablauf des 31. August 2002 verfassungswidrig.

Der Landeshauptmann von Oberösterreich ist zur unverzüglichen Kundmachung dieses Ausspruches im Landesgesetzblatt verpflichtet.

### **Begründung**

Entscheidungsgründe:

I . 1. Beim Verfassungsgerichtshof ist zur Zahl B685/02 ein Beschwerdeverfahren gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Oberösterreich (UVS) anhängig, mit dem im Berufungsweg mehrere Bescheide der Oberösterreichischen Landesregierung (OöLReg) als erstinstanzlicher Nachprüfungsbehörde betreffend ein von den Stadtgemeinden Linz, Wels und Steyr durchgeführtes Vergabeverfahren aufgehoben wurden.

2. Bei Behandlung der Beschwerde sind beim Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der Z2 des §2 Abs1 des Oberösterreichischen Vergabegesetzes (OöVergG), LGBI. 59/1994, idF LGBI. 45/2000 entstanden. Da diese Bestimmung in ihrem normativen Zusammenhang mit dem Einleitungssatz des ersten Absatzes des §2 in Verbindung mit jenen Bestimmungen des vierten Teiles des Gesetzes, die das Nachprüfungsverfahren durch die OöLReg bzw. den UVS regeln, die Nachprüfungsbehörde mit der Zuständigkeit auszustatten schien, Vergabeentscheidungen der Gemeinden des Landes Oberösterreich zu kontrollieren, und der Verfassungsgerichtshof eine derartige Regelung (vor In-Kraft-Treten des Art4 Abs1 des BG BGBI. I 99/2002) für verfassungsrechtlich bedenklich hielt, hat er mit Beschluss vom 23. Februar 2004 von Amts wegen ein Gesetzesprüfungsverfahren eingeleitet.

3. Die vom Verfassungsgerichtshof zu beurteilende Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

Das - mittlerweile außer Kraft getretene (vgl. §20 Abs1 Oö. VergabenachprüfungsG, LGBI. 153/2002), für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides aber weiterhin maßgebliche - OöVergG enthielt gesetzliche Regelungen über das Vergabeverfahren und die Vergabekontrolle für die Vergabe von Lieferaufträgen, Bauaufträgen, Baukonzessionsaufträgen und Dienstleistungsaufträgen durch bestimmte öffentliche, im §2 Abs1 OöVergG aufgezählte Auftraggeber - darunter gemäß Z2 auch die Gemeinden.

Der unter dem Titel "Persönlicher Geltungsbereich" stehende '2 Abs1 OöVergG bestimmte in der hier maßgeblichen Fassung LGBI. 45/2000 (die in Prüfung gezogene Bestimmung ist hervorgehoben):

"(1) Dieses Landesgesetz gilt für die Vergabe von Aufträgen durch folgende öffentliche Auftraggeber:

1. das Land,
2. die Gemeinden,
3. die Gemeindeverbände,
4. Einrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
  - a) die überwiegend vom Land, von Gemeinden oder Gemeindeverbänden oder von anderen Einrichtungen im Sinn dieser Bestimmung finanziert werden, oder
  - b) die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Land, Gemeinden, Gemeindeverbände oder andere Einrichtungen im Sinn dieser Bestimmung unterliegen, oder
  - c) deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Land, von Gemeinden, von Gemeindeverbänden oder von anderen Einrichtungen im Sinn dieser Bestimmung ernannt worden sind,
5. die Energie AG Oberösterreich und die nach dem Oö. Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz, LGBI. Nr. 20/1999, in der jeweils geltenden Fassung konzessionierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen."

In seinem vierten Teil traf das OöVergG Bestimmungen über den Rechtsschutz: Das I. Hauptstück (§§58 bis 62b) hatte das so genannte Nachprüfungsverfahren zum Gegenstand, das II. Hauptstück (§§63 bis 67) traf zivilrechtliche Bestimmungen.

Zur Entscheidung über Anträge von Unternehmen, die ein Interesse am Abschluss eines dem OöVergG unterliegenden Vertrages behaupteten, berief §58 Abs2 die OöLReg als Nachprüfungsbehörde und sah gegen deren Entscheidungen die Berufung an den UVS des Landes Oberösterreich vor.

Gemäß §61 OöVergG oblag dabei der OöLReg als Nachprüfungsbehörde erster Instanz die Zuständigkeit, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären bzw. - nach Zuschlagserteilung - festzustellen, ob eine behauptete Rechtsverletzung vorliegt und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

Für den Zeitraum 1. September bis 31. Dezember 2002, also nach Erlassung des angefochtenen Bescheides, ordnet(e) die (bundesverfassungsgesetzliche) Bestimmung des Art4 des Bundesgesetzes BGBl. I 99/2002 Folgendes an:

"(1) Die für die Durchführung der Nachprüfungsverfahren zuständigen Verwaltungsbehörden können gesetzlich auch zur Kontrolle der in Art19 Abs1 [erg.: B-VG] bezeichneten obersten Organe der Vollziehung, der Gemeinden und Gemeindeverbände und von Privaten berufen werden.

(2) Abs1 tritt mit 1. September 2002 in Kraft und mit Ablauf des 31. Dezember 2002 außer Kraft."

[Gleichsinnig bestimmt nunmehr Art14b Abs6 B-VG:

"(6) Die für die Durchführung der Nachprüfungsverfahren zuständigen Verwaltungsbehörden können gesetzlich auch zur Kontrolle der in Art19 Abs1 bezeichneten obersten Organe der Vollziehung, der Gemeinden und der Gemeindeverbände und von Privaten berufen werden."

Diese Vorschrift trat gemäß Art151 Abs27 B-VG mit 1. Jänner 2003 in Kraft.]

4. Der Verfassungsgerichtshof ging in seinem Einleitungsbeschluss von der Präjudizialität der in Prüfung genommenen Bestimmung aus, da sich der UVS bei Erlassung des im Anlassverfahren bekämpften Bescheides genauso wie die in erster Instanz eingeschrittene OöLReg auf die Bestimmungen des §2 Abs1 Z2 im Zusammenhalt mit §58 Abs2 OöVergG gestützt hatte.

5. Seine Bedenken legte der Verfassungsgerichtshof wie folgt dar:

"Die in Prüfung gezogene Bestimmung beruft in Verbindung mit §58 Abs2 die OöLReg zur Kontrolle von (Vergabe-)Entscheidungen der Gemeinden Oberösterreichs, die von diesen gemäß Art116 Abs2 und Art118 Abs2 B-VG im eigenen Wirkungsbereich getroffen werden. Gegen Entscheidungen der OöLReg besteht ein Rechtszug an den UVS des Landes Oberösterreich.

Wie der Verfassungsgerichtshof bereits in VfSlg. 13.304/1992 unter Hinweis auf Art118 Abs5 B-VG ausführte, sind alle Gemeindeorgane für die Erfüllung ihrer im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zugehörigen Aufgaben dem Gemeinderat verantwortlich, sodass der Gemeinderat 'damit in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde ... ein den übrigen Gemeindeorganen vorgesetztes Organ [ist]; diese sind daher insoweit dem Gemeinderat gegenüber weisungsgebunden'. Unter Berufung auf den Verwaltungsgerichtshof (VwSlg. 12.123 A/1986 und 24.5.1989, 89/02/0042) folgerte der Verfassungsgerichtshof demgemäß aus Art118 Abs5 B-VG, 'dass der Gemeinderat - in seiner Eigenschaft als einziges unmittelbar demokratisch legitimiertes Organ der Gemeinde (Art117 Abs1 lit a B-VG) - das oberste Organ der Gemeinde zu sein hat'.

Ferner ergibt sich aus Art118 Abs4 B-VG, dass die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches von der Gemeinde 'unter Ausschluss eines Rechtsmittels an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde zu besorgen' sind. Der Verfassungsgerichtshof hat deshalb in seinem Erkenntnis VfSlg. 16.320/2001 eine gesetzliche Bestimmung als verfassungswidrig aufgehoben, mit der 'entgegen Art118 Abs4 B-VG Entscheidungen über Rechtsmittel in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde an eine Behörde außerhalb der Gemeinde' (dort unmittelbar an den UVS) übertragen wurden.

Im vorliegenden Fall hegt der Verfassungsgerichtshof nun das Bedenken, dass es Art118 Abs5 B-VG widersprechen dürfte, im eigenen Wirkungsbereich getroffene Entscheidungen des Gemeinderates einer Kontrolle durch die OöLReg (und in weiterer Folge durch den UVS) mit der Konsequenz einer allfälligen Aufhebung dieser Entscheidungen (vgl. schon VfSlg. 15.578/1999) zu unterwerfen. Eine solche Kontrolle dürfte auch in Widerspruch zu den geschilderten Vorgaben des Art118 Abs4 B-VG stehen. Der Gerichtshof hegt damit im Ergebnis jene Bedenken, die ihn auch veranlasst haben, eine entsprechende Geltungsbereichsbestimmung des Wiener Landesvergabegesetzes, LGBl.

36/1995 idF 50/2000, als verfassungswidrig zu qualifizieren, weil dort der als Kollegialbehörde richterlichen Einschlags gemäß Art133 Z4 B-VG eingerichtete Vergabekontrollsenat wider Art118 Abs4 und 5 B-VG auch Entscheidungen des Gemeinderates mit der allfälligen Konsequenz ihrer Nichtigerklärung zu kontrollieren hatte (VfGH 4.10.2003, G53-55/03).

An der Verfassungswidrigkeit einer solchen Kontrolle dürfte es nichts ändern, wenn anstatt einer Kollegialbehörde gemäß Art133 Z4 B-VG die Landesregierung als Nachprüfungsbehörde instituiert wird. Das Wesen der Vergabekontrolle dürfte auch ihre Qualifikation als Mittel bloß aufsichtsbehördlicher Tätigkeit gemäß Art119a B-VG ausschließen; im Übrigen erschiene in einem solchen Fall auch der Rechtszug an den UVS verfassungswidrig, als Art119a Abs9 B-VG das Recht der betroffenen Gemeinde normiert, gegen Bescheide der Aufsichtsbehörde (unmittelbar) Beschwerde an den Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof zu führen."

6. Die OÖLReg erstattete eine Äußerung, in der sie diesen Bedenken wie folgt zu begegnen suchte:

"Die 'Entscheidungen' von Gemeindeorganen, die durch die in Prüfung gezogene gesetzliche Bestimmung (zusammen mit den Bestimmungen des seinerzeitigen Oö. Vergabegesetzes über das Nachprüfungsverfahren) einer 'Nachprüfung' durch die Landesregierung und dem in zweiter Instanz zuständigen Unabhängigen Verwaltungssenat unterworfen wurden, sind zweifelsfrei dem Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen (VfSlg. 14.891/1997). Der Gemeinde ist zwar gemäß Artikel 118 Abs2 i.V.m. mit Artikel 116 Abs2 B-VG die Besorgung der Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung im eigenen Wirkungsbereich garantiert, jedoch ist sie bei der Besorgung ihrer Geschäfte an die 'Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze' gebunden. Die Gemeinden dürfen daher als Teilnehmer am rechtsgeschäftlichen Verkehr keinem 'Sonderrecht', das sie im Vergleich zu anderen Wirtschaftsteilnehmern begünstigt oder benachteiligt, unterstellt werden. Zu den im Artikel 116 Abs2 B-VG angesprochenen 'allgemeinen Bundes- und Landesgesetzen' gehören nach Auffassung der Oö. Landesregierung auch die vergaberechtlichen Vorschriften, die ja nicht nur 'klassische' öffentliche Auftraggeber, sondern auch private Auftraggeber, die bestimmte Tätigkeiten unter bestimmten Bedingungen ausüben, erfassen. Die Bindung der Gemeinde an das jeweils geltende Vergaberecht ist insofern nicht anders zu beurteilen als etwa die Geltung der gewerberechtlichen Vorschriften für eine gewerbliche Betätigung. Aus diesem Grund begegnet nach Auffassung der Oö. Landesregierung die Unterwerfung der Gemeinden unter die Regelungen des Oö. Vergabegesetzes per se keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Als verfassungswidrig wird nach der Judikatur zum Wiener Landesvergabegesetz und zum Steiermärkischen Vergabegesetz 1998 (VfGH 4.10.2003, G53-55/03 bzw. 25.11.2003, G106/03) angesehen, dass entgegen Artikel 118 Abs4 B-VG die Vergabekontrollbehörden dazu berufen waren, 'die in den einzelnen Schritten des (Vergabe-)Verfahrens nach außen zum Ausdruck kommenden Entscheidungen selbst zu beurteilen ... und gegebenenfalls aufzuheben'. Die Vergabekontrollbehörde sei 'deshalb gleich einem Rechtsmittelorgan mit der Kontrolle von Entscheidungen der Gemeindeorgane, unter Umständen auch des Gemeinderates, betraut'.

Wie der Hinweis auf VfSlg. 15.578/1999 verdeutlicht, steht dahinter die Vorstellung, dass immer dann, wenn die Nachprüfung einer angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers zum Ergebnis führt, dass die Entscheidung rechtswidrig war, diese aufzuheben ist. Dabei bleibt aber unberücksichtigt, dass die Vergabekontrollinstanzen nicht in allen Fällen dazu berufen sind, als rechtswidrig erkannte Entscheidungen des Auftraggebers aufzuheben: Vielmehr kam gemäß §61 Abs4 Oö. Vergabegesetz (und den analogen Bestimmungen der anderen Landesvergabegesetze und des Bundesvergabegesetzes 1997) nach erfolgter Zuschlagserteilung eine Aufhebung bzw. Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers nicht mehr in Betracht. Damit dürften jedenfalls die Zuständigkeiten der Landesregierung bzw. des Unabhängigen Verwaltungssenates im Nachprüfungsverfahren nach erfolgter Zuschlagserteilung von den im Prüfungsbeschluss aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken nicht erfasst sein.

In seinem Erkenntnis betreffend das Wiener Landesvergabegesetz G53-55/03 hält der Verfassungsgerichtshof fest, dass im konkreten Fall eine den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechende gesetzliche Regelung eines Tätigwerdens des Verfassungsgesetzgebers bedürft hätte. Damit scheint sich der Gerichtshof von jenem Verständnis des Grundsatzes der doppelten Bindung zu entfernen, das berücksichtigt, ob geltendes innerstaatliches Verfassungsrecht die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht zu 'inhibieren' geeignet ist (für den Bereich des Vergaberechts beginnend mit VfSlg. 15.106). Wenn der Gerichtshof nunmehr die Auffassung vertritt, dass ein verfassungsrechtliches Hindernis für die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht durch den Verfassungsgesetzgeber zu

beseitigen ist, führt dies nicht nur zu den von Öhlinger (in Korinek/Holoubek [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Rn. 78 zum EU-Beitritts-B-VG) aufgezeigten rechtspolitisch problematischen Konsequenzen, sondern darüber hinaus zu einer Verabsolutierung des Grundsatzes der doppelten Bindung: Der Verfassungsgesetzgeber ist grundsätzlich immer in der Lage (und nach dem im Erkenntnis G53-55/03 vertretenen Verständnis auch immer verpflichtet), einen Widerspruch zwischen den gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungserfordernissen und dem österreichischen Verfassungsrecht zu beseitigen. Für eine Berücksichtigung der Eignung innerstaatlichen Verfassungsrechts, die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht zu 'inhibieren', bliebe kein Raum mehr.

Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass sich das nach der Auffassung des Verfassungsgerichtshofes notwendige Zusammenspiel zwischen dem einfachen Landesgesetzgeber und dem (Bundes-)Verfassungsgesetzgeber in der Praxis um einiges komplizierter gestaltet als das Zusammenwirken des Bundesverfassungsgesetzgebers mit dem einfachen Bundesgesetzgeber.

In den vorstehend erwähnten Gesetzesprüfungsverfahren betreffend das Wiener Landesvergabegesetz und das Steiermärkische Vergabegesetz 1998 waren Konstruktionen zu beurteilen, die als Nachprüfungsbehörden nach Artikel 133 Z. 4 B-VG konstruierte Vergabekontrollsenate vorsahen. Das Oö. Vergabegesetz sah demgegenüber einen zweigliedrigen Instanzenzug mit der Landesregierung in erster und dem Unabhängigen Verwaltungssenat in zweiter Instanz vor. Anders als bei den nach Artikel 133 Z. 4 B-VG zusammengesetzten Vergabekontrollinstanzen sind beim Unabhängigen Verwaltungssenat nach Auffassung der Oö. Landesregierung dessen spezifische Funktion im Rahmen des Systems zur Wahrung der aus Artikel 6 EMRK erfließenden Rechte und die damit im Zusammenhang stehende Aufgabenzuweisung gemäß Artikel 129a Abs1 Z. 3 B-VG zu berücksichtigen."

7. a) Der im Anlassverfahren belangte UVS hat ebenfalls eine Äußerung erstattet, in der er die Ansicht vertritt, dass die geprüfte Bestimmung nicht verfassungswidrig gewesen sei. Insoweit jene Äußerung als zum Thema des vorliegenden Gesetzesprüfungsverfahrens erstattet verstanden werden kann, verweist der UVS darauf, dass aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen eine umfassende gerichtsförmige Kontrolle der gesamten öffentlichen Auftragsvergabe erfolgen müsse:

"Nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts kann daher die Notwendigkeit, unter Heranziehung der ohnehin gerade dafür geschaffenen Ermächtigungsklausel des Art129a Abs1 Z. 3 B-VG lediglich für einen spezifischen Bereich die UVS als gerichtsförmige Kontrollinstanz vorsehen, nicht durch innerstaatliches Gemeindeorganisationsrecht gehindert sein.

...

Wenn ... europarechtliche Vorschriften eine gerichtsförmige Kontrolle der gesamten öffentlichen und damit auch der gemeindlichen Auftragsvergabe gebieten, dann ist sohin wohl auch Art119a Abs9 B-VG nunmehr darin teleologisch zu reduzieren [Verweis auf Grof, in:

Machachek-Pahr-Stadler, Grund-und Menschenrechte in Österreich, Bd. II, 1992, 67 f.], dass für diesen Bereich die Oö. Landesregierung eben nicht als eine Aufsichtsbehörde im klassischen Sinn, sondern vielmehr als eine 'Grundinstanz' i.S.d. Art2 Abs8 der Allgemeinen Rechtsmittelrichtlinie zu fungieren hatte."

b) Die im Anlassfall beschwerdeführende Gesellschaft hat ebenfalls eine Äußerung erstattet: Sie schließt sich im Ergebnis der Auffassung des Verfassungsgerichtshofes an, dass im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides eine Kontrolle von Auftragsvergaben im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden durch außergemeindliche Organe im Hinblick auf Art118 Abs4 und 5 B-VG verfassungsrechtlich ausgeschlossen war. Die beschwerdeführende Gesellschaft vertritt aber die Ansicht, dass eine allein durch die OöLReg ausgeübte Vergabekontrolle als aufsichtsbehördliche Tätigkeit i.S.d Art119a B-VG zu qualifizieren sei und begründet dies näher. Als verfassungswidrig erweise sich ihrer Ansicht nach deshalb (nur) der in §58 Abs2 OöVergG vorgesehene Instanzenzug von der OöLReg an den UVS.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat erwogen:

1. Keine der Verfahrensparteien ist den vorläufigen Annahmen entgegengetreten, dass die Anlassbeschwerde zulässig ist und der Verfassungsgerichtshof bei ihrer Beurteilung die in Prüfung stehende Bestimmung anzuwenden hätte. Da auch sonst nichts hervorgekommen ist, was einer meritorischen Erledigung hindernd entgegenstünde, ist das

Gesetzesprüfungsverfahren zulässig.

2. In der Sache bleibt der Verfassungsgerichtshof bei seinen schon mehrfach dargelegten Bedenken (vgl. erst zuletzt VfGH 4.10.2003, G53-55/03): Auch die im Verfahren erstatteten Äußerungen ändern nichts an der Auffassung des Gerichtshofes, dass es Art118 Abs5 B-VG widerspricht, wenn im eigenen Wirkungsbereich getroffene Vergabeentscheidungen der Gemeinde einer Kontrolle durch die Oberösterreichische Landesregierung als erstinstanzlicher Nachprüfungsbehörde und in weiterer Folge durch den UVS mit der Konsequenz einer allfälligen Aufhebung dieser Entscheidungen (VfSlg. 15.578/1999) unterworfen werden. Eine solche Kontrolle steht auch in Widerspruch dazu, dass die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches von der Gemeinde "unter Ausschluss eines Rechtsmittels an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde zu besorgen" sind (Art118 Abs4 B-VG).

Dagegen verhilft es auch nichts, wenn der UVS in seiner Äußerung auf die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung des Art2 Abs8 der sog. Rechtsmittel-RL 89/665/EWG hinweist. Der Verfassungsgerichtshof hat bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass ein österreichisches Gesetz, mit dem eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift ausgeführt und in österreichisches Recht umgesetzt wird, rechtlich doppelt bedingt ist: Der Gesetzgeber bleibt nämlich bei der Ausführung von Gemeinschaftsrecht jedenfalls insoweit an bundesverfassungsgesetzliche Vorgaben gebunden, "als eine Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch diese nicht inhibiert wird". Der Gesetzgeber unterliegt in diesen Fällen also einer doppelten Bindung, nämlich einer Bindung an das Gemeinschaftsrecht und einer Bindung an den verfassungsgesetzlich gezogenen Rahmen.

Zu den Ausführungen der OöLReg zum Grundsatz der doppelten Bindung ist Folgendes zu bemerken: Stehen der Anwendung des Gemeinschaftsrechts verfassungsrechtliche Bestimmungen entgegen, so kann eine gemeinschaftsrechtskonforme Regelung meist durch Unangewendet-sein-Lassen einer Verfassungsnorm erreicht werden (VfSlg. 15.427/1999 - Telekom Control-Kommission). Würde hingegen das bloße Unangewendet-sein-Lassen einer Verfassungsnorm keine gemeinschaftsrechtskonforme Lösung ermöglichen, so hat der Verfassungsgesetzgeber tätig zu werden (VfGH 4.10.2003, G53-55/03; vgl. auch Korinek, Die doppelte Bedingtheit von gemeinschaftsrechtsausführenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften, in: FS Öhlinger, 2004, 131 ff., insb. 139).

Der Verfassungsgerichtshof kann aber auch nicht die Auffassung der im Anlassverfahren beschwerdeführenden Gesellschaft teilen, wonach nur der vorgesehene Instanzenzug von der OöLReg als Nachprüfungsbehörde zum UVS verfassungswidrig wäre, weil eine von der OöLReg ausgeübte Nachprüfung als verfassungsrechtlich zulässigeaufsichtsbehördliche Tätigkeit iSd Art119a B-VG zu qualifizieren wäre. Nicht nur stünde einer (allein) durch die OöLReg ausgeübten Nachprüfung vergaberechtlicher Entscheidungen Art6 EMRK entgegen (vgl. Thienel, ÖZW 1993, 3, 66/FN 17); auch das Wesen der im OöVergG - in Ausführung gemeinschaftsrechtlicher Anforderungen - geregelten Vergabekontrolle ist per se mit dem verfassungsrechtlichen Konzept einer aufsichtsbehördlichen Tätigkeit nicht vereinbar: Anders als in einem Aufsichtsverfahren geht es bei der Vergabekontrolle um die Durchsetzung der individuellen Rechtspositionen von interessierten Bewerbern/Bietern, denen durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, samt der Gewährung provisoralen Rechtsschutzes durch die Erlassung einstweiliger Verfügungen. Bei Zutreffen der von Bieter erhobenen Vorwürfe besteht ein Rechtsanspruch auf Nichtigerklärung der betreffenden Entscheidung des Auftraggebers. Demgegenüber könnte eine Aufsichtsbeschwerde verfassungsrechtlich nicht mehr als eine Anregung darstellen, die zuständige Aufsichtsbehörde möge von ihrer Befugnis zur Aufsichtsführung von Amts wegen Gebrauch machen (vgl. VfSlg. 3892/1961). Auch die Einräumung eines (nicht zuletzt gemeinschaftsrechtlich gebotenen) meritorischen Erledigungsanspruchs stünde dazu in Widerspruch. Dass der oberösterreichische Vergabegesetzgeber mit der Schaffung des Nachprüfungsrechts eben gerade kein Aufsichtsmittel schaffen wollte, zeigt der vorgesehene Instanzenzug zum UVS und der Umstand, dass er damit offenkundig Gemeinschaftsrechtswidriges normiert hätte: Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass die OöLReg kein Gericht iS des Art2 Abs8 der Rechtsmittel-RL 89/665/EWG ist.

3. Das OöVergG ist gemäß §20 Abs1 des Oö. Vergabenachprüfungsgegesetzes, LGBl. 153/2002, mit 1. Jänner 2003 außer Kraft getreten. Die wegen Widerspruchs zu Art118 Abs4 und 5 B-VG als verfassungswidrig erkannte Gesetzesbestimmung ist zuvor hinsichtlich der Nachprüfung von Vergabeentscheidungen der Gemeinden Oberösterreichs konvalidiert, weil der Bundesverfassungsgesetzgeber mit Art4 Abs1 des Bundesgesetzes BGBl. I 99/2002 (für den Zeitraum vom 1. September bis 31. Dezember 2002) eine entsprechende Sonderregelung erlassen hat (vgl. oben I.3.). Da jedoch Art4 Abs1 des Bundesgesetzes BGBl. I 99/2002 erst mit 1. September 2002 in Kraft getreten ist und rückwirkend, also für die Zeit vor In-Kraft-Treten dieser bundesverfassungsgesetzlichen Bestimmung

Konvalidation nicht eingetreten ist, war auszusprechen, dass die geprüfte Bestimmung bis zum Ablauf des 31. August 2002 verfassungswidrig war.

Die Verpflichtung des Landeshauptmannes von Oberösterreich zur unverzüglichen Kundmachung dieses Ausspruches erfließt aus Art140 Abs5 B-VG.

III. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VfGG ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

#### **Schlagworte**

Bundeshauptstadt Wien, EU-Recht Richtlinie, Sanierung, Gemeinderecht, Gemeinderat, Wirkungsbereich eigener, Wirtschaftsverwaltung (Gemeinde), Oberste Organe der Vollziehung, Vergabewesen, Verwaltungsverfahren, Zuständigkeit, Instanzenzug, Rechtsschutz, Aufsichtsrecht

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:2004:G35.2004

#### **Dokumentnummer**

JFT\_09958984\_04G00035\_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)