

# TE Vfgh Erkenntnis 2003/10/4 G53/03 ua

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.10.2003

## 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

## 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

Die Wortfolge "oder Gemeinde" in §12 Abs1 Z1 des Gesetzes über die Vergabe von Aufträgen für Lieferungen, Bau- und Dienstleistungen (Wiener Landesvergabegesetz - WLVergG), LBGl. für Wien Nr. 36/1995, idF LGBl. Nr. 50/2000 war bis zum Ablauf des 31. August 2002 verfassungswidrig.

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

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I . 1. Beim Verfassungsgerichtshof sind zu B1095/01, B1304/01 und B1382/01 drei Beschwerdeverfahren gegen Bescheide anhängig, welche allesamt die Nachprüfung von im Jahre 2000 bzw. 2001 getroffene Vergabeentscheidungen der Gemeinde Wien als Auftraggeber vor Zuschlagserteilung zum Gegenstand haben; alle drei Bescheide wurden vom nach dem Wiener Landesvergabegesetz (WLVergG), LGBI. 36/1995, errichteten Vergabekontrollsenat des Landes Wien (im Folgenden: VKS) vor der Kundmachung des BG BGBI. I 99/2002 erlassen:

a) Mit dem hg. zu B1095/01 angefochtenen Bescheid vom 19. Juni 2001 erklärte der VKS gestützt auf §99 Abs1 Z1 und §101 Z4 WLVerG "[d]ie Zuschlagsentscheidung de[s] Magistrat[s] der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Forum Einkauf,

Wilhelminenspital der Stadt Wien ... vom 23.4.2000, WSP-441-22/2000,

... für nichtig".

b) Mit dem hg. zu B1304/01 angefochtenen Bescheid vom 2. August 2001 gab der VKS den Anträgen der nunmehr vor dem Verfassungsgerichtshof beschwerdeführenden Kommanditgesellschaft auf Nichtigerklärung des Ausscheidens ihres Angebots aus einem Vergabeverfahren, in eventu auf Feststellung, dass der Zuschlag nicht der Antragstellerin als Bestbieter erteilt worden ist, sowie auf Nichtigerklärung des Widerrufs des Vergabeverfahrens gemäß §99 Abs1 Z1 iVm §§48 und 101 WLVerG nicht statt.

c) Mit dem hg. zu B1382/01 bekämpften Bescheid des VKS vom 9. August 2001 wiederum wurden Anträge eines nicht für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bewerbers um einen Auftrag unter anderem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß §99 Abs1 Z1 iVm §47 WLVerG wegen Fehlens der für den Lieferauftrag erforderlichen Gewerbeberechtigung im Zeitpunkt der Anbotsöffnung als unbegründet abgewiesen.

2. Bei Behandlung der Beschwerden sind beim Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der Wortfolge "oder Gemeinde" in §12 Abs1 Z1 WLVerG idF LGBI. 50/2000 entstanden. Er hat daher mit Beschluss vom 4. März 2003 von Amts wegen ein Gesetzesprüfungsverfahren hinsichtlich der eben genannten Gesetzesstelle eingeleitet.

a) Die vom Verfassungsgerichtshof zu beurteilende Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

Das - mittlerweile außer Kraft getretene [vgl. Art151 Abs27 B-VG; §32 Abs2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz (WVRG), LGBI. für Wien 25/2003] - WLVerG, LGBI. 36/1995, enthielt in seinem 1. Teil Bestimmungen über seinen Geltungsbereich, wobei sich der persönliche Geltungsbereich aus §12 (idF LGBI. 50/2000) ergab. Dessen Abs1 lautete auszugsweise (die in Prüfung stehende Wortfolge ist hervorgehoben):

"Dieses Landesgesetz gilt für die Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber.

Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Landesgesetzes sind

1. Wien als Land oder Gemeinde sowie

2. ..."

Die Teile 2 und 3 des WLVerG trafen allgemeine Regelungen über das bei der Vergabe von Aufträgen einzuhaltende Verfahren (2. Teil) und besondere für Auftragsvergaben im Anwendungsbereich der entsprechenden Vergaberichtlinien der EG, also für Vergaben oberhalb der so genannten Schwellenwerte (3. Teil).

Der 4. Teil des WLVerG regelte den Rechtsschutz. Zur Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wurde ein Vergabekontrollsenat eingerichtet.

Der VKS war als kollegiale Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag (Art20 Abs2 und 133 Z4 B-VG) eingerichtet. Die nähere, seine Einrichtung betreffende Regelung enthielt das

1. Hauptstück des 4. Teils des WLVerG.

b) Der Verfassungsgerichtshof ging in seinem Einleitungsbeschluss mit näherer Begründung vorläufig von der Präjudizialität der in Prüfung genommenen Wortfolge und davon aus, dass diese in ihrem normativen Zusammenhang mit dem Einleitungssatz des ersten Absatzes des §12 und mit jenen Bestimmungen des 4. Teiles des Gesetzes, die das Nachprüfungsverfahren durch den VKS regeln, diese Behörde mit der Zuständigkeit auszustatten scheine, Vergabeentscheidungen der Gemeinde Wien zu kontrollieren; dies dürfte aber (vor In-Kraft-Treten des Art4 Abs1 des BG BGBl. I 99/2002 sowie des Art14b Abs6 B-VG) - so der Verfassungsgerichtshof vorläufig - gegen Art118 Abs5 und Art118 Abs4 B-VG verstößen.

aa) Seine Bedenken legte der Verfassungsgerichtshof wie folgt dar:

"Die in Prüfung gezogene Bestimmung beruft den VKS zur Kontrolle von (Vergabe-)Entscheidungen (u.a. auch) der Gemeinde Wien, die von dieser gemäß Art112 iVm Art116 Abs2 und Art118 Abs2 B-VG im eigenen Wirkungsbereich getroffen werden.

Wie der Verfassungsgerichtshof bereits in VfSlg. 13.304/1992 unter Hinweis auf Art118 Abs5 B-VG (, der gemäß Art112 B-VG auch für Wien gilt,) ausführte, sind alle Gemeindeorgane für die Erfüllung ihrer dem 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 lita B-VG) - das oberste Organ der Gemeinde zu sein hat'.

Ferner ergibt sich aus Art118 Abs4 B-VG (der ebenfalls gemäß Art112 B-VG für Wien gilt), 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 vom 10. Oktober 2001, G47/99 ua. [= VfSlg. 16.320/2001], eine gesetzliche Bestimmung als verfassungswidrig aufgehoben, mit der 'entgegen Art118 Abs4 B-VG Entscheidungen über Rechtsmittel in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde an eine Behörde außerhalb der Gemeinde' (dort an den UVS) übertragen wurde."

Der Verfassungsgerichtshof ging vorläufig davon aus, dass es sich beim VKS um kein "allenfalls bestellte[s] andere[s] Organ[...] der Gemeinde" handelt, das gemäß Art118 Abs5 B-VG dem Gemeinderat für die Erfüllung seiner dem eigenen Wirkungsbereich zugehörigen Aufgaben verantwortlich wäre. Vielmehr deute die Regelung des §95 WLVergG darauf hin, dass der VKS als Landesorgan eingerichtet worden sei:

"Die Mitglieder des VKS sind nämlich gemäß §95 Abs1 WLVerG nicht nur von der Landesregierung zu bestellen und gemäß Abs4 dieser Bestimmung in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden, sondern werden gemäß Abs8 leg.cit. auch vom Landeshauptmann angelobt; die mit der administrativen Betreuung des VKS betraute Stelle ist gemäß §95 Abs11 WLVerG das Amt der Wiener Landesregierung. Der Verfassungsgerichtshof geht ferner vorläufig im Einklang mit seiner Vorjudikatur (vgl. insb. VfSlg. 15.578/1999) davon aus, dass der VKS 'die in den einzelnen Schritten des [Vergabe]-Verfahrens nach außen zum Ausdruck kommenden Entscheidungen selbst zu beurteilen und ... gegebenenfalls aufzuheben' hat und dass er deshalb mit der Kontrolle von Entscheidungen der Gemeindeorgane betraut ist."

Der Verfassungsgerichtshof hegte daher das Bedenken, dass die Kontrollzuständigkeit des VKS über Vergabeentscheidungen, die von den Gemeindeorganen, darunter auch dem Gemeinderat, im eigenen Wirkungsbereich getroffen werden, weder mit der verfassungsrechtlichen Position des Gemeinderates als des obersten Organs der Vollziehung der Gemeinde gemäß Art118 Abs5 B-VG noch mit dem Ausschluss eines Rechtsmittels an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde gemäß Art118 Abs4 B-VG vereinbar ist.

Eine gemeindeaufsichtsbehördliche Tätigkeit des VKS sei - so vorläufig der Verfassungsgerichtshof in seinem Prüfungsbeschluss - schon deshalb auszuschließen, weil nicht nur Art119a Abs3 B-VG das Aufsichtsrecht über die Gemeinden auf die Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung beschränkt, sondern auch eine Gemeindeaufsicht nach Art119a B-VG über Wien gemäß Art112 B-VG überhaupt ausgeschlossen ist. Sollte aber entgegen der vorläufigen Annahme des Verfassungsgerichtshofes der VKS nicht (nur) als Organ des Landes, sondern (auch) der Gemeinde Wien anzusehen sein (- wogegen aber nicht zuletzt auch spreche, dass sich die Kontrollzuständigkeit des VKS in §12 Abs1 Z1 WLVerG auch auf "Wien als Land" bezieht -), so verbleibe das Bedenken,

dass die auch den Gemeinderat betreffende Kontrollzuständigkeit des VKS mit der Eigenschaft des Gemeinderates als oberstes Organ der Gemeinde gemäß Art118 Abs5 B-VG nicht vereinbar sei.

bb) Der Gerichtshof hielt in seinem Einleitungsbeschluss jedoch auch fest, dass nach Erlassung der angefochtenen Bescheide, und zwar mit Wirkung 1. September 2002 bundesverfassungsgesetzlich angeordnet wurde, dass

"[d]ie für die Durchführung der Nachprüfungsverfahren zuständigen Verwaltungsbehörden ... gesetzlich auch zur Kontrolle der in Art19 Abs1 [erg.: B-VG] bezeichneten obersten Organe der Vollziehung, der Gemeinden und Gemeinverbände und von Privaten berufen werden [können]" (vgl. bis zum 31. Dezember 2002 Art4 des Bundesgesetzes BGBl. I 99/2002, ab 1. Jänner 2003 Art14b Abs6 B-VG).

3. a) Die Wiener Landesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie den soeben referierten Bedenken wie folgt zu begegnen sucht:

"a) Das nationale Vergabewesen wird gemeinschaftsrechtlich im Wesentlichen durch die materiellen Vergaberichtlinien sowie durch die Rechtsmittelrichtlinien determiniert. Ziel der Rechtsmittelrichtlinien (Richtlinie 89/665/EWG und 92/13/EWG) war die Etablierung eines gemeinschaftsweit einheitlichen (Mindest-)Rechtsschutzniveaus (vgl. Öhler in Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, S. 88). Die Rechtsmittelrichtlinien normieren dabei bestimmte Anforderungen an das nationale Nachprüfungsverfahren und an die Nachprüfungsinstanzen im Vergabeverfahren.

So bestimmt Art2 Abs8 der Richtlinie 89/665/EWG (bzw. Art2 Abs9 der Richtlinie 92/13/EWG) hinsichtlich der Nachprüfungsinstanzen Folgendes:

'Eine für Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, die kein Gericht ist, muss ihre Entscheidung stets schriftlich begründen. Ferner ist in diesem Falle sicherzustellen, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der zuständigen Grundinstanz oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen gegenüber den öffentlichen Auftraggebern und der Grundinstanz unabhängigen Instanz, die ein Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages ist, gemacht werden können.'

Für Ernennung und Ende der Amtszeit der Mitglieder dieser unabhängigen Instanz gelten bezüglich der für ihre Ernennung zuständigen Behörde, der Dauer ihrer Amtszeit und ihrer Absetzbarkeit die gleichen Bedingungen wie für Richter. Zumindest der Vorsitzende dieser unabhängigen Instanz muss die juristischen und beruflichen Qualifikationen eines Richters besitzen. Die unabhängige Instanz erkennt in einem kontradiktionsfreien Verfahren; ihre Entscheidungen sind in der von den einzelnen Mitgliedstaaten jeweils zu bestimmenden Weise rechtsverbindlich.'

Werden andere Behörden als die innerstaatlichen Gerichte zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig gemacht, müssen diese Behörden, nämlich die Nachprüfungsinstanz selbst und die unabhängige Zweitinstanz, demnach bestimmten Anforderungen an ihre Organisation und ihr Verfahrensrecht entsprechen. Für die Zweitinstanz legt Art2 Abs8 der Richtlinie 89/665/EWG fest, dass diese gegenüber den öffentlichen Auftraggebern und der Grundinstanz unabhängig und ein Gericht im Sinne des Art177 (nunmehr: Art234 EG-V) sein muss.

b) Möglich ist aber auch, dass das Nachprüfungsverfahren einer einzigen - nicht gerichtlichen - Behörde übertragen wird, die selbst schon alle oben genannten Anforderungen erfüllt (vgl. Öhler, a. a. O., S. 167).

Dieser Weg wurde in Wien im Sinne der Verwaltungökonomie gewählt, indem der Vergabekontrollsenat gemäß §94 Abs2 des Wiener Landesvergabegesetzes im Nachprüfungsverfahren zur Entscheidung in erster und letzter Instanz berufen wird. Da für den Fall, dass nur eine einzige Instanz mit der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens betraut wird, diese selbst alle Anforderungen des Art2 Abs8 der Richtlinie 89/665/EWG erfüllen muss, muss diese Instanz der genannten Richtlinie entsprechend gegenüber den öffentlichen Auftraggebern unabhängig und ein Gericht im Sinne des Art234 EG-V sein.

Darüber hinaus verlangt Art6 EMRK, dass in Angelegenheiten, die als 'civil rights' zu qualifizieren sind, ein unabhängiges und unparteiisches Tribunal tätig wird. Da die Fragen, über die der Vergabekontrollsenat im Nachprüfungsverfahren zu entscheiden hat, vorwiegend 'civil rights' der Bieter betreffen, die am Vergabeverfahren teilgenommen haben, muss der Vergabekontrollsenat ein dem Art6 EMRK entsprechendes Tribunal sein.

Daraus ergibt sich, dass die Nachprüfungsinstanz auf Grund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben innerstaatlich als Gericht im Sinne des Art234 EG-V einzurichten ist und zudem auf Grund von bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben ein Tribunal im Sinne des Art6 EMRK sein muss.

Dass der Gemeinderat, auch wenn dieser gemäß Art118 Abs5 B-VG als oberstes Organ der Vollziehung durch die Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich vorgesehen ist, als nachprüfendes Organ in Vergabeangelegenheiten ausscheidet, ist evident. Dieser erfüllt nämlich weder die Kriterien des Art234 EG-V noch die des Art6 EMRK, zumal der Fall eintreten könnte, dass der Gemeinderat diesfalls zur Überprüfung seiner eigenen Entscheidung berufen ist. Um die Unparteilichkeit des Gemeinderates als nachprüfendes Organ in Vergabeverfahren zu sichern, müsste in solchen Angelegenheiten die Oberaufsicht des Gemeinderates (vgl. §§80 und 83 der Wiener Stadtverfassung, LGBl. für Wien Nr. 28/1968, in der geltenden Fassung) beseitigt werden. Dies stünde jedoch mit der Bestimmung des Gemeinderates als oberstes Organ der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich im Widerspruch.

Eine Übertragung dieser Aufgaben auf die unabhängigen Verwaltungssenate hätte (bzw. hat - in einigen Ländern wurde dieser Weg ja gewählt-) den Nachteil, dass deren Mitglieder in der Regel nicht über das für die Überprüfung eines komplexen Vergabeverfahrens erforderliche technische und wirtschaftliche Fachwissen verfügen und deshalb zu diesem Zweck häufig Sachverständige bestellt werden müssten. Dies würde dem Grundsatz der Verwaltungskonomie und dem Effizienzgebot zuwiderlaufen. Dadurch würde[n] aber auch das gemeinschaftsrechtliche Gebot und jenes des Art6 EMRK der Gewährung eines raschen und effizienten vergaberechtlichen Rechtsschutzes beeinträchtigt.

...

d) Bei der Ausführung vom Gemeinschaftsrecht bleibt der Gesetzgeber 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 (vgl. VfGH vom 3. März 1998, Zl. G450/97 [= VfSlg. 15.106/1998]).

Bei der Umsetzung der in der Richtlinie 89/665/EWG enthaltenen Anforderungen an die Organisation und das Verfahren der Nachprüfungsinstanzen war der Wiener Landesgesetzgeber hinsichtlich der Regelung von Vergaben auf Gemeindeebene zwar an die Bundesverfassung und somit insbesondere auch an die Bestimmungen betreffend die Gemeinden (Art115 bis 120 B-VG) und die Sonderbestimmungen für die Bundeshauptstadt Wien (Art108 bis 112 B-VG) gebunden, diese Bindung geht jedoch, wie der Verfassungsgerichtshof in seinem oben genannten Erkenntnis selbst ausführt, nur soweit, als dadurch die Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben nicht inhibiert wird. Gegebenenfalls würde auch die Bundesverfassung entsprechend modifiziert werden (vgl. VfGH vom 24. Februar 1999, Zl. B1625/98 [= VfSlg. 15.427/1999]).

Nun zählen die durch Organe der Gemeinde Wien vorgenommenen Vergaben gemäß Art118 Abs2 in Verbindung mit Art116 Abs2 B-VG stets zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde. Art118 Abs4 B-VG normiert dem den Gemeinden zukommenden Recht auf Selbstverwaltung entsprechend, dass die Gemeinde die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches in eigener Verantwortung frei von Weisungen und unter Ausschluss eines Rechtsmittels an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde zu besorgen hat, wobei dem Bund und dem Land gegenüber der Gemeinde ein Aufsichtsrecht zukommt. Gemäß Art112 B-VG gelten die Bestimmungen über die Gemeindeaufsicht nicht für die Bundeshauptstadt Wien.

Das vom Vergabekontrollsenat durchzuführende Nachprüfungsverfahren zählt nicht zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde, dennoch sind Vergaben durch Organe der Gemeinden überall nachzuprüfen. Bei dieser Nachprüfung handelt es sich nicht um einen Instanzenzug im Sinne des Art118 Abs4 B-VG, sondern um ein eigenständiges, durch EU-Recht bedingtes Nachprüfungsverfahren in Vergabeangelegenheiten. Ein solches Verfahren hat auch der historische Bundesverfassungsgesetzgeber bei der Normierung des Art119a B-VG nicht im Auge gehabt. Die Richtlinien der EU verpflichten zudem den Staat, weshalb eine staatliche Nachprüfung durch das Land erfolgen muss. Auch in den übrigen österreichischen Gemeinden wird das Nachprüfungsverfahren nicht im Rahmen der Aufsicht nach Art119a B-VG durchgeführt, sondern von den unabhängigen Verwaltungssenaten, weisungsfreien Verwaltungsbehörden oder - wie auch in der Gemeinde Wien - von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag wahrgenommen.

Eine solche Behörde hat aber, wie bereits oben dargelegt, zudem auch den Anforderungen eines Tribunals im Sinne des Art6 EMRK zu entsprechen. Aus diesem Grund wurde die Konstruktion einer Behörde im Sinne des Art133 Z4 B-VG

gewählt, welche sowohl ein Gericht im Sinne des Art234 EG-V (VfSlg. 15.507) als auch ein Tribunal im Sinne des Art6 EMRK (VfGH vom 27. November 2000, Zlen. B1450/99 - B613/00) darstellt. Die Einrichtung des Vergabekontrollsenates als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag ist unter Berücksichtigung der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfGH vom 29. Juni 2000, Zl. G175/99 u. a.) als zulässig anzusehen, da diesem auch Entscheidungen über 'civil rights' übertragen sind und diese Entscheidungen zudem in hohem Maße auch technischen Sachverstand erfordern. Die Einrichtung des Vergabekontrollsenates als derartige Behörde wurde vom Verfassungsgerichtshof bisher auch nicht beanstandet (vgl. VfGH vom 27. November 2000, Zl. B613/00).

e) Kommt man aber zu dem Ergebnis, eine Kontrolle privatwirtschaftlicher Akte der Gemeinde durch die Vergabekontrollämter der Länder oder die unabhängigen Verwaltungssenate sei wegen Art118 Abs4 und Abs5 verfassungswidrig, so müsste die Vergabekontrolle zwingend dem Gemeinderat übertragen werden, welcher seinerseits weder den Anforderungen an ein Gericht im Sinne des Art234 EG-V noch an ein Tribunal im Sinne des Art6 EMRK entsprechen würde. Durch die Möglichkeit der Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes gegen solche Entscheidungen des Gemeinderates würde zwar dem Erfordernis der Rechtsmittelrichtlinien, wonach ein Gericht im Sinne des Art234 EG-V zu entscheiden hat, entsprochen werden, dies würde jedoch nicht ausreichen, um den Anforderungen des Art6 EMRK zu genügen."

Da die Betrauung des Gemeinderates mit der Aufgabe der Nachprüfung von Vergabeverfahren sohin nicht in Betracht komme, würde diese Auffassung dazu führen, dass in Wien eine den Rechtsmittelrichtlinien genügende Vergabekontrolle nicht eingerichtet werden könnte. Nach dem Dafürhalten der Wiener Landesregierung müsste der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts daher dahingehend durchschlagen, dass für den Anwendungsbereich der Richtlinien entgegenstehendes innerstaatliches (auch Verfassungs-)Recht verdrängt werde (vgl. VfSlg. 15.427/1999).

b) Weiters haben zwei der Parteien der Anlassverfahren Äußerungen erstattet. Sie treten den Bedenken des Verfassungsgerichtshofes bei, beurteilen aber die gemeinschaftsrechtlichen Aspekte einer allfälligen Aufhebung der in Prüfung gezogenen Bestimmung unterschiedlich.

aa) Die im Anlassverfahren B1095/01 beteiligte, im Nachprüfungsverfahren erfolgreiche Gesellschaft meint diesbezüglich, dass "die erfolgte Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie durch die in Prüfung gezogene Wortfolge der Aufhebung derselben entgegensteht":

"Die Zuständigkeit der belangten Behörde ginge unter, in weiterer Folge wäre der Beschwerde der Beschwerdeführerin Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben. Damit wäre die Nichtigerklärung der Vergabeentscheidung im Ausgangsverfahren beseitigt. Der mitbeteiligten Partei würde also rückwirkend der eingeräumte und in Anspruch genommene Rechtsschutz genommen.

Die Folge wäre ... eine dramatische Verschlechterung der Rechtsposition der mitbeteiligten Partei, weil bereits umgesetztes Gemeinschaftsrecht vernichtet wird. ..."

bb) Demgegenüber meint die zu B1382/01 beschwerdeführende Gesellschaft, der Umstand, dass

"mit der Bestimmung des Art4 Abs1 des Bundesgesetzes BGBI I 99/2002 die Verfassungswidrigkeit des Wiener Landesvergabegesetzes vorübergehend saniert wurde und die Bestimmung des Art14 b Abs6 B-VG nun eine endgültige Lösung für einen gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsschutz bei Vergabeverfahren ermöglicht hat, ändert nichts daran, dass das Wiener Landesvergabegesetz bis 31.12.2001 verfassungswidrig war.

Durch die genannten Bestimmungen wurde auch die manchmal vertretene Ansicht, dass die Rechtsmittelrichtlinien (RL 89/665/EWG bzw RL 92/13/EWG) entgegenstehendes innerstaatliches Verfassungsrecht verdrängen und die eingerichteten Vergabekontrollstellen unmittelbar auf die Richtlinien gestützt werden könnten, wenn anders keine den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben genügende Vergabekontrolle eingerichtet werden kann, indirekt widerlegt. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, eine den Rechtsmittelrichtlinien entsprechende Vergabekontrolle einzurichten, wobei in diesem Fall, wo die Rechtsmittelrichtlinien einen Spielraum zur Umsetzung lassen, der einfache Gesetzgeber sehr wohl an die Verfassung gebunden ist (vgl Thienel, Vergabekontrollämter verfassungswidrig?, ZfV 1999/332, FN 60 mit den dortigen Verweisen).

Der (Bundesverfassungs-)Gesetzgeber hat nun eine Lösung getroffen, die sowohl eine bundesverfassungsgemäße als auch gemeinschaftsrechtskonforme Vergabekontrolle zulässt. Für eine Interpretation, das verfassungswidrig gewesene Wiener Landesvergabegesetz direkt auf die Rechtsmittelrichtlinien zu stützen, die in diesem Umfang österreichisches

Verfassungsrecht verdrängen würden, bleibt aufgrund der Unbestimmtheit der Rechtsmittelrichtlinien daher kein Raum".

### III. Der Verfassungsgerichtshof hat erwogen:

1. Keine der Verfahrensparteien ist den vorläufigen Annahmen des Verfassungsgerichtshofes entgegengetreten, dass die Beschwerden zulässig sein dürften und er bei deren Beurteilung die in Prüfung stehende Bestimmung anzuwenden hätte. Dies trifft auch zu, weil der VKS bei Erlassung der angefochtenen Bescheide die Zuständigkeit zur Entscheidung über eine Vergabeentscheidung eines die Gemeinde Wien vertretenden Organs der Verwaltung in Anspruch genommen hat und sich diese Zuständigkeit aus der Geltungsbereichsbestimmung im Zusammenhang mit den §§94 und 99 WLVergG ergibt. Da auch sonst nichts hervorgekommen ist, was einer meritorischen Erledigung hindernd entgegenstünde, ist das Gesetzesprüfungsverfahren zulässig.

2. Die Bedenken treffen auch insgesamt in der Sache zu:

a) Die in Prüfung gezogene und nunmehr als seinerzeit verfassungswidrig festgestellte Bestimmung beruft den VKS zur Kontrolle von (Vergabe-)Entscheidungen der Gemeinde Wien, die von dieser gemäß Art112 iVm Art116 Abs2 und Art118 Abs2 B-VG im eigenen Wirkungsbereich getroffen werden.

Aus Art118 Abs4 B-VG, der gemäß Art112 B-VG auch für Wien gilt, ergibt sich, 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 VfSlg. 16.320/2001 eine gesetzliche Bestimmung als verfassungswidrig aufgehoben, mit der "entgegen Art118 Abs4 B-VG Entscheidungen über Rechtsmittel in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde an eine Behörde außerhalb der Gemeinde" (dort an den Unabhängigen Verwaltungssenat) übertragen wurden.

Es ist im Verfahren unbestritten geblieben, dass der VKS als Landesorgan eingerichtet wurde. Seine Mitglieder sind nämlich gemäß §95 Abs1 WLVergG nicht nur von der Landesregierung zu bestellen und gemäß Abs4 dieser Bestimmung in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden, sondern das Amt der Wiener Landesregierung ist auch die mit der administrativen Betreuung des VKS betraute Stelle (§95 Abs11 WLVergG). Aufgabe des VKS ist es, "die in den einzelnen Schritten des (Vergabe-)Verfahrens nach außen zum Ausdruck kommenden Entscheidungen selbst zu beurteilen ... und gegebenenfalls aufzuheben" (so VfSlg. 15.578/1999 zur analogen Aufgabenstellung des Bundesvergabearmtes). Er ist deshalb gleich einem Rechtsmittelorgan mit der Kontrolle von Entscheidungen der Gemeindeorgane, u.U. auch des Gemeinderates, betraut.

Die rechtliche Möglichkeit, Vergabeentscheidungen der Gemeinde Wien beim VKS, einem Landesorgan, anzufechten, bildet die Einrichtung eines Rechtsmittels an ein Verwaltungsorgan "außerhalb der Gemeinde". Sie stand damit bis zum 1. September 2002 (vgl. Art4 des Bundesgesetzes BGBI. I 99/2002 sowie nunmehr Art14b Abs6 B-VG) im Widerspruch zu Art118 Abs4 B-VG.

Die geschilderte Zuständigkeit verstieß aber bis zum genannten Zeitpunkt auch gegen Art118 Abs5 B-VG, demzufolge der Gemeinderat das oberste Organ der Gemeinde zu sein hat (VfSlg. 13.304/1992). Es war daher verfassungswidrig, Vergabeentscheidungen, die von der Gemeinde Wien im eigenen Wirkungsbereich getroffen wurden, von einem nicht dem Gemeinderat verantwortlichen Organ, dem VKS, (außerhalb eines hier von vornherein nicht in Betracht kommenden aufsichtsbehördlichen Verfahrens) überprüfen und u.U. für nichtig erklären zu lassen.

Es war somit festzustellen, dass die gesetzliche Bestimmung des §12 Abs1 Z. 1 WLVergG teilweise (: bezüglich der Wortfolge "oder Gemeinde") verfassungswidrig war.

b) Dagegen verhilft es auch nichts, wenn die Wiener Landesregierung in ihrer Äußerung auf die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung des Art2 Abs8 der Richtlinie 89/665/EWG (bzw. Art2 Abs9 der Richtlinie 92/13/EWG) hinweist. Die Wiener Landesregierung beachtet nicht ausreichend, dass - wie der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 15.106/1998 grundsätzlich ausgeführt und in VfSlg. 15.683/1999 bestätigt hat (vgl. auch VfSlg. 15.204/1998, 16.027/2000, 16.260/2001, 16.315/2001, 16.334/2001) - 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 ... Es ist auch unbestritten, daß - insoweit Bindung an die Verfassung gegeben ist - die Frage der Entsprechung gesetzlicher Regelungen mit der Verfassung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt und zwar auch dann, wenn es sich um Ausführungsregelungen zum Gemeinschaftsrecht handelt".

Die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Einrichtung eines besonderen Anforderungen genügenden Nachprüfungsverfahrens wird nicht dadurch inhibiert, dass der Verfassungsgerichtshof die Bestimmungen des Art118 Abs4 B-VG über den verfassungsgesetzlichen Ausschluss eines Rechtsmittels an Verwaltungsorgane außerhalb der Gemeinde und des Art118 Abs5 B-VG, der zufolge der Gemeinderat verfassungsgesetzlich als oberstes Organ der Gemeinde eingerichtet ist, anwendet; vielmehr bedurfte [im Hinblick auf den vorangeführten Grundsatz doppelter rechtlicher Bindung, vgl. Korinek, Zur Relevanz von europäischem Gemeinschaftsrecht in der verfassungsgerichtlichen Judikatur, FS Tomandl, 1998, 465 (470 f.)] eine den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechende gesetzliche Regelung eines - inzwischen auch erfolgten [vgl. oben Pkt. I.2.b)bb) und unten Pkt. 3] - Tätigwerdens des Verfassungsgesetzgebers.

3. Die wegen Widerspruchs zu Art118 Abs4 und 5 B-VG als verfassungswidrig erkannte Gesetzesbestimmung ist hinsichtlich der Nachprüfung von Vergabeentscheidungen der Gemeinde Wien als Auftraggeber durch den nach dem 1. Hauptstück des 4. Teiles des WLVergG eingerichteten VKS konvalidiert, weil der Bundesverfassungsgesetzgeber mit Art4 Abs1 des Bundesgesetzes BGBI. I 99/2002 (für den Zeitraum vom 1. September bis 31. Dezember 2002) bzw. mit Art14b Abs6 B-VG (ab 1. Jänner 2003) eine entsprechende Sonderregelung erlassen hat [s. Pkt. I.2.b)bb)].

Da jedoch Art4 Abs1 des Bundesgesetzes BGBI. I 99/2002 erst mit 1. September 2002 und Art14b Abs6 B-VG erst mit 1. Jänner 2003 in Kraft getreten sind und rückwirkend, also für die Zeit vor In-Kraft-Treten dieser bundesverfassungsgesetzlichen Bestimmungen, KonVALIDATION nicht eingetreten ist, war auszusprechen, dass die Wortfolge "und Gemeinde" in §12 Abs1 Z1 WLvergG idF LGBI. 50/2000 bis zum Ablauf des 31. August 2002 verfassungswidrig war.

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

IV. 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

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

ECLI:AT:VFGH:2003:G53.2003

## **Dokumentnummer**

JFT\_09968996\_03G00053\_00

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