jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Vwgh Erkenntnis 2007/12/12 2006/04/0179

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 12.12.2007

**Index**

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06302000;
E6J;
50/01 Gewerbeordnung;
97 Öffentliches Auftragswesen;

**Norm**

31993L0037 Vergabekoordinierungs-RL öffentliche Bauaufträge 1993;
61996CJ0044 Mannesmann Anlagenbau / Strohal Rotationsdruck VORAB;
61996CJ0360 BFI Holding VORAB;
61998CJ0260 Kommission / Griechenland;
61998CJ0380 Treasury VORAB;
61999CJ0223 Agora und Excelsior VORAB;
BVergG 2002 §7 ;
BVergG 2002 §7 Abs1 Z2 lita;
BVergG 2002 §7 Abs1 Z2 litb;
BVergG 2002 §7 Abs1 Z2 litc;
BVergG 2002 §7 Abs1 Z2;
EURallg;
GewO 1994;

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Schenk, über die Beschwerde der K GmbH in K, vertreten durch Dr. Rainer Kurbos, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Roseggerkai 5, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten vom 31. August 2006, Zl. KUVS- 1952/37/2005, betreffend Zurückweisung von Nachprüfungsanträgen (mitbeteiligte Partei: FCW in K, vertreten durch Dr. Alexandra Slama, Rechtsanwältin in 9020 Klagenfurt, Herrengasse 12), nach der am 12. Dezember 2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Kärnten Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.012,20 und dem Mitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von EUR 2.364,38 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren der belangten Behörde wird abgewiesen.

**Begründung**

Mit Bescheid vom 31. August 2006 hat der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten den Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung, dass im Vergabeverfahren des Mitbeteiligten zur Vergabe der Bauarbeiten für den Kunstrasenplatz, die Vergrößerung der Hauptspielfläche, die Flutlichtanlage und die automatische Bewässerungsanlage im Sportpark W wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei, die Wahl des Verfahrens "Direktvergabe" nicht zu Recht erfolgt sei und die Zuschlagsentscheidung des Mitbeteiligten für nichtig erklärt werde, gemäß § 6 Abs. 1 und Abs. 3 iVm § 18 Abs. 1 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz - K-VergRG, LGBl. Nr. 17/2003, zurückgewiesen und den Antrag der Beschwerdeführerin auf Pauschalgebührenersatz gemäß § 21 leg. cit. abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, die Beschwerdeführerin habe im Verwaltungsverfahren Folgendes vorgebracht:

Der Mitbeteiligte beabsichtige die oben genannten Arbeiten an seinem Stadion W durchführen zu lassen; die voraussichtlichen Kosten beliefen sich auf rund EUR 566.000,--. Die Hälfte davon werde vom Land Kärnten, der Rest von der Stadt Klagenfurt, vom Mitbeteiligten und vom Kärntner Fußballverband finanziert.

Die Beschwerdeführerin habe beim Obmann des Mitbeteiligten ihr Interesse an der Ausführung dieser Arbeiten bekundet. Der Mitbeteiligte habe ein intransparentes und nur rudimentäres Vergabeverfahren, letztlich ein Verhandlungsverfahren mit Direktvergabe, durchgeführt, ohne der Beschwerdeführerin die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen oder sonst Gelegenheit zur Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere zur Angebotslegung, zu geben.

Der mitbeteiligte Verein sei eine Einrichtung, die zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art seien. Dieser Verein sei rechtsfähig und werde seit vielen Jahren ausschließlich, zumindest aber überwiegend durch das Land Kärnten und die Stadt Klagenfurt finanziert. Der Mitbeteiligte sei daher öffentlicher Auftraggeber im Sinn des § 7 Abs. 1 Z. 2 Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, BGBl. I Nr. 99. Überdies liege ein öffentlicher Bauauftrag im Sinn des § 8 BVergG vor.

Die vom Mitbeteiligten gewählte Direktvergabe sei nur bis zu einem Auftragswert von EUR 20.000,-- zulässig und im vorliegenden Fall daher unzulässig. Die bereits erfolgte Zuschlagserteilung sei nicht im Sinn des § 100 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG mitgeteilt worden.

Insgesamt habe der Mitbeteiligte im Jahr 2004 EUR 374.432,-- an Förderungen erhalten. Die Installation einer Flutlichtanlage sei mit EUR 20.000,--, der "Youth-Point" sei von der Stadt Klagenfurt mit EUR 168.432,-- sowie vom Land Kärnten mit weiteren EUR 186.000,-- gefördert worden. Auch im Jahr 2005 seien dem Verein Subventionen in der Höhe von insgesamt EUR 225.000,-- in Aussicht gestellt worden. Für das Jahr 2006 würden zumindest EUR 25.000,-- zur Verfügung gestellt werden. Sämtliche Förderungen seien einer Gesamtbetrachtung zu unterwerfen; es komme auf das Überwiegen des öffentlichen Förderungsanteiles an der Gesamtfinanzierung des Vereines an. Aus den Vereinstatuten ergäbe sich, dass der Mitbeteiligte Allgemeininteressen (Förderung der körperlichen Ertüchtigung etc.) wahrnehme. Zu den öffentlichen Förderungen komme, dass dem Mitbeteiligten von der Stadt Klagenfurt eine Grundstücksfläche im Ausmaß von etwa 15.000 m2 für eine jährliche Pacht von EUR 500,-- zur Verfügung gestellt werde. Der marktübliche Pachtzins betrage nach einem von der Beschwerdeführerin vorgelegten Privatgutachten EUR 120.000,-- netto pro Jahr.

Überdies enthielten die mit dem Mitbeteiligten abgeschlossenen Fördervereinbarungen jeweils einen Passus, wonach der Förderungswerber verpflichtet sei, dass K-VergRG anzuwenden.

Dazu habe der Mitbeteiligte im Wesentlichen Folgendes vorgebracht:

Die gegenständlichen Bauarbeiten seien bereits in Auftrag gegeben und zur Gänze ausgeführt worden. Die Gesamtbaukosten hätten netto etwa EUR 566.000,-- betragen. Vom Land Kärnten seien bisher nur insgesamt EUR 75.000,-- an Subventionen ausbezahlt worden. Die weitere Finanzierung des Bauvorhabens sei durch umfangreiche ehrenamtliche Eigenleistungen der Mitglieder des Vereins, die unentgeltlich erbracht worden seien, sowie aus Eigenmitteln des Mitbeteiligten erfolgt.

Die Beschwerdeführerin habe entgegen ihrem Vorbringen kein Interesse an der Durchführung der gegenständlichen Arbeiten bekundet.

Der Mitbeteiligte sei ein Verein im Sinn des Vereinsgesetzes ohne Gewinnerzielungsabsicht und habe Rechtspersönlichkeit. Die kumulativ zu erfüllenden Tatbestandselemente gemäß lit. a bis c des § 7 Abs. 1 Z. 2 BVergG seien nicht alle erfüllt. Der mitbeteiligte Verein sei nicht zum Zweck der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben gegründet worden, sondern komme dessen Tätigkeit ausschließlich seinen Mitgliedern zu Gute. Ungeachtet der nach den Statuten fehlenden Gewinnerzielungsabsicht sei das Tatbestandselement der Ausübung von Tätigkeiten "nicht gewerblicher Art" nicht erfüllt. Der Mitbeteiligte sei verpflichtet, gewinnorientiert bzw. zumindest wirtschaftlich ausgeglichen zu arbeiten. Er sei darauf angewiesen, regelmäßige Einnahmen zu erzielen. Ohne diese wäre der laufende Betrieb nicht aufrecht zu halten. Der Mitbeteiligte stehe in unmittelbarem Wettbewerb zu mehr als 30 Sportvereinen im Einzugsgebiet der Stadt Klagenfurt, die ihre Tätigkeit nach denselben Vereinszwecken ausrichteten. Je mehr Mitglieder ein Verein aufweise, um so mehr Einnahmen könne er aus den Mitgliedschaften und aus Veranstaltungen erzielen und am Markt erfolgreich sein. Es bestehe ein unmittelbares Konkurrenzverhältnis zwischen den einzelnen Sportvereinen und ein von diesem Wettbewerb geprägtes Umfeld, in dem der Mitbeteiligte seine Tätigkeit entfalte.

Nach den Statuten bildeten öffentliche Subventionen einen Teil, zweifellos jedoch nicht den wesentlichsten Anteil bei der Aufbringung der materiellen Mittel. Die laufenden - nicht projektbezogenen - Subventionen beliefen sich auf EUR 6.000,-- jährlich. Der Mitbeteiligte trage das volle Insolvenzrisiko alleine. Es bestehe weder rechtlich noch faktisch die Möglichkeit einer finanziellen Unterstützung zum Verlustausgleich.

Eine überwiegende Finanzierung durch die öffentliche Hand sei nicht gegeben. Die von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführten Förderungen des Jahres 2004 hätten nur ein konkretes Projekt betroffen. Für das gegenständliche Projekt seien bisher lediglich im Dezember 2005 EUR 75.000,-- an Fördermitteln des Landes Kärnten zur Auszahlung gelangt. Weitere EUR 75.000,-- Landesförderung seien in Aussicht gestellt worden. Die Stadt Klagenfurt habe eine Absichtserklärung über eine Förderung des gegenständlichen Projekts in der Höhe von EUR 250.000,-- in Aussicht gestellt. Bislang sei jedoch kein Geld geflossen. Für die zwischenzeitige Finanzierung habe der Mitbeteiligte ein Darlehen in Höhe von EUR 400.000,-- aufgenommen, für dessen Einbringlichkeit der Vereinsobmann hafte. Darüber hinaus habe der Mitbeteiligte Eigenleistungen in der Höhe von EUR 150.000,-- durch unentgeltliche Arbeitsleistungen seiner Mitglieder erbracht.

Mit den etwa 30 Fußballvereinen im Raum Klagenfurt, die in verschiedenen Ligen spielten, bestehe - wie bereits ausgeführt - ein wirtschaftliches Konkurrenzverhältnis. Darüber hinaus habe auch das sportliche Konkurrenzverhältnis eine wirtschaftliche Komponente, zumal ein sportlicher Erfolg auch höhere Zuschauerzahlen bewirke. Je höherwertig die Liga sei, in dem ein Verein spiele, desto höher seien auch die Einnahmen aus dem Spielbetrieb, desto höher seien allerdings auch die Ausgaben.

Weiters führte die belangte Behörde zur Begründung des angefochtenen Bescheides aus, dass es sich beim Mitbeteiligten nach den vorgelegten Vereinsstatuten um einen gemeinnützigen und überparteilichen Verein handle, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei. Zweck des Vereins sei die körperliche und geistige Ertüchtigung seiner Mitglieder durch Pflege des Fußballsportes sowie aller Arten von Leibesübungen für den Mannschaftssport, die sportliche Ausbildung aller Altersstufen für den Fußballsport sowie die Erwerbung, Errichtung, Ausgestaltung und der Betrieb von Sportstätten sowie Sporthallen und Vereinslokalitäten. Die erforderlichen materiellen Mittel sollten u.a. durch Beitrittsgebühren und Mitgliedsbeiträge, Erträgnisse aus Veranstaltungen und vereinseigenen Unternehmungen, Spenden, Sammlungen, öffentlichen Subventionen, Vermächtnissen und sonstigen Zuwendungen sowie Aufnahme von Darlehen aufgebracht werden.

Nach Mitteilung des Amtes der Kärntner Landesregierung habe die Kärntner Landesregierung beschlossen, das gegenständliche Vorhaben mit insgesamt EUR 150.000,--, das seien etwa 25 % der Gesamtkosten, zu fördern. In diesem Schreiben sei auch darauf hingewiesen worden, dass bei der Abwicklung des Bauvorhabens etwa 2.000 unentgeltliche Stunden von ehrenamtlichen Funktionären und Helfern geleistet worden seien.

Nach der Aussage des als Zeugen vernommenen Landessportdirektors sei diese Förderung bereits zur Gänze ausbezahlt; die Ausbezahlung der zweiten Hälfte sei im April 2006 erfolgt. Weitere Subventionen des Landes Kärnten seien für dieses Projekt nicht gewährt worden.

Nach der Aussage eines informierten Vertreters der Stadt Klagenfurt habe der Stadtsenat beschlossen, das gegenständliche Projekt mit insgesamt EUR 225.000,-- zu fördern. Zum Abschluss einer konkreten Förderungsvereinbarung sei es bisher noch nicht gekommen. Aus diesem Grund seien noch keinerlei Geldmittel an den Mitbeteiligten ausbezahlt worden.

Nach der Aussage eines als Zeugen vernommenen Stadtrates sei die Förderungszusage in der Höhe von EUR 225.000,-- auf Grund der jahrzehntelangen vorbildlichen Arbeit des Mitbeteiligten erfolgt. Vom Mitbeteiligten seien sehr viele Eigenleistungen eingebracht worden. Die Verfügungsgewalt über die Sportanlage stehe ausschließlich dem Mitbeteiligten zu. Im Fall einer Nutzung der Sportstätte durch die Stadt Klagenfurt müsse immer das Einvernehmen mit dem Verein hergestellt werden. Das wirtschaftliche Risiko für die Errichtung und Durchführung der gegenständliche Maßnahme trage ausschließlich der Mitbeteiligte. Auch für die wirtschaftliche Gebarung sei ausschließlich der Verein verantwortlich. Der Stadt Klagenfurt stehe lediglich das Recht der Überprüfung, ob die gewährten Subventionen auch widmungsgemäß verwendet worden seien, zu.

Nach der Aussage des Obmannes des mitbeteiligten Vereines sei dieser Verein von Privatsponsoren, Eintrittsgeldern, Erlösen aus der Gastronomie, Werbeeinnahmen, Veranstaltungen und Ausbildungsentschädigungen der Eltern für das Training der Kinder abhängig. Die jährlich anfallenden Sanierungsmaßnahmen müsse der Verein aus eigenen Mitteln bestreiten, wobei ihm zu Gute komme, dass viele Mitglieder Handwerker und daher in der Lage seien, qualifizierte Arbeiten zu verrichten. Insgesamt leisteten Vereinsmitglieder ehrenamtliche Arbeiten im Gegenwert von jährlich etwa EUR 207.000,--.

Gemäß § 345 Abs. 1 und Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2006 seien für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG anzuwenden.

Es sei zu prüfen, ob der Mitbeteiligte als öffentlicher Auftraggeber im Sinn von § 7 Abs. 1 Z. 2 BVergG anzusehen sei. Die Voraussetzungen gemäß lit. a bis lit. c dieser Bestimmung müssten kumulativ erfüllt sein.

Das Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Finanzierung durch öffentliche Auftraggeber sei nicht erfüllt. Für das gegenständliche Projekt seien erst EUR 150.000,-- an Subventionen ausbezahlt worden. Die weiters zugesagten EUR 225.000,-- seien noch nicht ausbezahlt worden. Die Stadt Klagenfurt leiste zu den jährlichen Betriebskosten lediglich einen Zuschuss von EUR 1.000,-- . Weiters werde das Areal für einen jährlichen Pachtzins von EUR 500,-- zur Verfügung gestellt.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei es der Beschwerdeführerin nicht gelungen zu beweisen, dass der Mitbeteiligte bzw. das gegenständliche Projekt überwiegend vom Land Kärnten bzw. der Stadt Klagenfurt subventioniert werde. Allein durch die kostengünstige Verpachtung des Areals werde eine solche überwiegende Finanzierung nicht dargelegt. Auch ein wesentlicher Einfluss von öffentlichen Auftraggebern auf die Leitung des Mitbeteiligten sei nicht hervorgekommen, weil den Subventionsgebern kein Einfluss auf die Vereinstätigkeit zukomme.

Der Mitbeteiligte sei zwar nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet, stehe jedoch nicht nur in sportlichem, sondern auch in wirtschaftlichem Wettbewerb zu den vielen Fußballvereinen im Einzugsbereich der Landeshauptstadt Klagenfurt. Im Übrigen komme dem Mitbeteiligten auch keine Betriebsverpflichtung zu. Es stehe ihm frei, aus eigenem zu entscheiden, wie der Vereinsbetrieb organisiert werde. Die Umstände, dass die Stadt Klagenfurt die gesamte Sportanlage einmal pro Woche für eigene Zwecke verwenden dürfe (von welchem Recht bisher nur sporadisch Gebrauch gemacht worden sei) und dass das Vereinsvermögen nach Auflösung des Vereins in das Eigentum der Stadt Klagenfurt falle, seien nicht geeignet darzutun, dass es sich beim Mitbeteiligten um einen öffentlichen Auftraggeber handle.

Auch die Voraussetzung der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben liege nicht vor, weil darunter nur ein gewisser Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge) zu verstehen sei.

Da der Mitbeteiligte somit nicht als Einrichtung im Sinn des § 7 Abs. 1 Z. 2 BVergG zu qualifizieren sei, komme der belangten Behörde keine Zuständigkeit zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zu.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines

Inhalts oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde und der Mitbeteiligte erstatteten je eine Gegenschrift mit dem Begehren, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass sich der mitbeteiligte Verein gegenüber dem Land Kärnten und der Stadt Klagenfurt verpflichtet habe, dass K-VergRG - auch für den gegenständlichen Auftrag - anzuwenden. Die Unterlassung von beantragten Ermittlungen zu diesem Thema stelle einen wesentlichen Verfahrensmangel dar.

Dieses Vorbringen ist schon deshalb nicht zielführend, weil die Zuständigkeit der belangten Behörde gemäß§ 6 Abs. 2 AVG durch Vereinbarung der Parteien weder begründet noch verändert werden kann. Ob die in § 8 Abs. 1 BVergG normierte Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber, bei überwiegender Förderung bzw. Finanzierung von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich dem privaten Auftraggeber die Einhaltung der Bestimmungen des BVergG zu überbinden, zur Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden führt (siehe dazu insbesondere Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, Rz 55 ff zu § 162), kann hier dahinstehen, weil es sich - was von der Beschwerde nicht konkret bestritten wird - um einen Bauauftrag mit einem Auftragsvolumen von etwa EUR 560.000,-- und somit um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handelt. Der von der Beschwerdeführerin behauptete Zusammenhang mit (Bau-)Vorhaben zur Ausrichtung der Fußballeuropameisterschaft 2008 wurde weder im Verfahren vor der belangten Behörde noch bei der Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konkretisiert.

Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, der gegenständliche Auftrag werde - auch wenn bisher zum Teil nur eine Förderungszusage vorliege - überwiegend von der öffentlichen Hand finanziert, weshalb der Mitbeteiligte nur ein "vorgeschobener Auftraggeber" sei, ist ihm zu entgegnen, dass der Gesetzgeber mit § 8 Abs. 1 BVergG die Vergabe von überwiegend öffentlich finanzierten Aufträgen durch Private ohne Verpflichtung zur Anwendung des BVergG im Unterschwellenbereich bewusst in Kauf genommen hat.

Gemäß dem im dritten Hauptstück ("persönlicher Geltungsbereich") stehenden § 7 Abs. 1 gilt das BVergG für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind (Z. 1) der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie (Z. 2) Einrichtungen, die (lit. a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und (lit. b) zumindest teilrechtsfähig sind und (lit. c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z. 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z. 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z. 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z. 2 ernannt worden sind.

Die Formulierung der Z. 2 dieser Bestimmung orientiert sich eng an dem in den Vergaberichtlinien definierten Begriff der "Einrichtung öffentlichen Rechts" (vgl. AB 1118 BlgNR, XXI.GP, 15). Die dort verwendeten Kriterien und Begriffe sind als Gemeinschaftsrechtsbegriffe in der gesamten Gemeinschaft autonom und einheitlich auszulegen. Die Bedeutung der jeweiligen Begriffe in den nationalen Rechtsordnungen tritt grundsätzlich gegenüber einem autonomen Begriffverständnis zurück (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, Rz 22 zu § 7, und die dort zitierte Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH)). Da sich aus dem Gesetz keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass den in § 7 Abs. 1 Z. 2 BVergG verwendeten Begriffen ein jeweils unterschiedlicher Bedeutungsgehalt zukommen soll, gilt dies auch für den Unterschwellenbereich.

Nach ständiger Judikatur des EuGH (vgl. etwa das Urteil vom 15. Jänner 1998 in der Rechtssache C-44/96, Mannesmann, Slg. 1998/I-00073, Randnr. 21; abgedruckt bei Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, 148) müssen die drei Tatbestandselemente einer Einrichtung öffentlichen Rechts nach der Richtlinie 93/37/EWG (dem entspricht § 7 Abs. 1 Z. 2 lit. a-c BVergG) kumulativ erfüllt sein. Dies bedeutet, dass eine Einrichtung öffentlichen Rechts nur vorliegt, wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (§ 7 Abs. 1 Z. 2 lit. a BVergG).

Dem Tatbestandselement der nicht gewerblichen Aufgabenerfüllung kommt dabei eigenständige Bedeutung zu. Insoweit ginge es etwa fehl, dieses Tatbestandselement immer dann als gegeben anzusehen, wenn es sich um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben handelt (vgl. Holoubek/Fuchs, a.a.O., Rz 50 zu § 7).

Zur Erfüllung dieses Tatbestandselements wird in den Ausführungen der Beschwerdegründe an konkretem Vorbringen lediglich geltend gemacht, dass die nicht gewerbliche Tätigkeit der mitbeteiligten Partei schon aus der mangelnden Gewinnerzielungsabsicht gemäß den Statuten zu erschließen sei.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass es sich beim Terminus "gewerblicher Art" - wie dargestellt - um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff handelt, der autonom auszulegen ist, was eine Definition allein anhand der Gewerbeordnung 1994 unzulässig macht (vgl. Holoubek/Fuchs, a.a.O., Rz 51).

Der Zweck der Vergaberichtlinien ist es, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (vgl. etwa das Urteil des EuGH vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-08035, Randnr. 17; Gruber/Gruber/Sachs, a.a.O., 160). Demgemäß kann das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs und insbesondere der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, darauf hinweisen, dass es sich nicht um eine Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt (vgl. etwa das Urteil des EuGH vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/96, BFI Holding, Slg. 1998, I-06821, Randnr. 49; Gruber/Gruber/Sachs, a. a.O., 154). Eine Einrichtung, die zwar keine Gewinnerzielungsabsicht hat, aber dennoch nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet sowie mangels Mechanismus zum Ausgleich finanzieller Verluste selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, ist "gewerblicher Art" und daher nicht als Einrichtung öffentlichen Rechts anzusehen (Urteil des EuGH vom 10. Mai 2001 in den Rechtssachen C-223/99 und C-260/99, Agora und Excelsior, Slg. 2001, I-03605, Randnr. 40; Gruber/Gruber/Sachs, a.a.O., 168).

Unstrittig besteht im Raum Klagenfurt eine Vielzahl von Sportvereinen. Diese bieten auf dem Markt die in diesem Segment nachgefragten Dienstleistungen, wie z.B. Training und Nutzung von Einrichtungen zur körperlichen Ertüchtigung, an. Der Mitbeteiligte, dessen Einnahmen unstrittig zu einem Teil aus Mitgliedsbeiträgen und Veranstaltungen lukriert werden, steht in diesem Segment nach den insoweit nicht konkret bestrittenen Feststellungen der belangten Behörde mit den anderen Sportvereinen in einem wirtschaftlichen Wettbewerb. Der von der Beschwerde ins Treffen geführte Umstand, dass der Mitbeteiligte und insbesondere das gegenständliche Bauvorhaben zum Teil aus öffentlichen Förderungen finanziert wurde, spricht nicht gegen eine Ausrichtung der Vereinstätigkeit nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien. Unstrittig muss ein bedeutender Teil des Vorhabens vom Mitbeteiligten selbst finanziert werden. Von der Beschwerde wird nicht konkret bestritten, dass auch ein beachtlicher Anteil des Vorhabens durch unentgeltliche Eigenleistungen von Vereinsmitgliedern erbracht wird. Für den laufenden Betrieb bleiben - auch bei Berücksichtigung der wesentlich unter dem Marktwert liegenden Bestandszinsen für die Vereinsliegenschaften und des unstrittig feststehenden Zuschusses der Stadt Klagenfurt von EUR 1.000,-- pro Jahr - jedenfalls vom Mitbeteiligten selbst zu tragende Kosten in nicht unbeachtlicher Höhe. Es kann dem mitbeteiligten Verein nicht unterstellt werden, sich einerseits bei der Vergabe von Aufträgen zur Realisierung des Vorhabens nicht allein von wirtschaftlichen Kriterien leiten zu lassen und andererseits für den dadurch verursachten Mehraufwand verstärkt eigene Mittel einzusetzen, ja sogar unentgeltliche Arbeitsleistungen seiner Mitglieder zu verlangen. Das Vorliegen eines Mechanismus zur Verlustabdeckung des Mitbeteiligten ergibt sich weder aus dem angefochtenen Bescheid noch aus den Beschwerdebehauptungen. Der von der Beschwerde ins Treffen geführte Umstand, dass nach Auflösung des Vereins das gesamte Vermögen der Stadt Klagenfurt zufällt, stellt keinen solchen Mechanismus dar. Im Übrigen blieb - auch in der Verhandlung - unbestritten, dass der Mitbeteiligte das volle Insolvenzrisiko trägt.

Aus all diesen Gründen fehlt gegenständlich das für das Vorliegen einer Einrichtung öffentlichen Rechts essenzielle Kriterium der Erfüllung von Aufgaben nicht gewerblicher Art. Aus diesem Grund ist der Mitbeteiligte vom persönlichen Geltungsbereich des BVergG nicht umfasst, weshalb die Zurückweisung der Nachprüfungsanträge und die Abweisung des Kostenersatzbegehrens der Beschwerdeführerin durch die belangte Behörde nicht als rechtswidrig erkannt werden kann.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VerordnungBGBl. II Nr. 333/2003. Das Mehrbegehren der belangte Behörde war abzuweisen, weil gemäß § 49 Abs. 3 VwGG an Fahrtkosten nur die Bahnfahrt erster Klasse zu ersetzen ist.

Wien, am 12. Dezember 2007

**Gerichtsentscheidung**

EuGH 61998J0380 Treasury VORAB
EuGH 61996J0360 BFI Holding VORAB
EuGH 61999J0223 Agora und Excelsior VORAB
EuGH 61996J0044 Mannesmann Anlagenbau / Strohal Rotationsdruck VORAB

**Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4Gemeinschaftsrecht Auslegung Allgemein EURallg3

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2007:2006040179.X00

**Im RIS seit**

04.02.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

07.11.2011

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at