

# TE Vwgh Beschluss 2019/2/27 Ra 2017/04/0064

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.02.2019

## Index

21/03 GesmbH-Recht

## Norm

GmbHG §72

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):Ra 2017/04/0065

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler sowie Hofrätin Mag. Hainz-Sator und Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa, über die Revision der A GmbH in W, vertreten durch MMag. Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Imbergstraße 19, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts

vom 3. Mai 2017, Zl. W139 2148441-2/15E, und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Mai 2017, Zl. W139 2148441-3/2E, betreffend jeweils ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: A-AG), den Beschluss gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

## Begründung

1 1. Die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) schrieb im Oktober 2016 die Leistung "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" in neun Losen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer (je Los) für eine fünfjährige Laufzeit aus.

2 Die Revisionswerberin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren als Bieterin hinsichtlich sämtlicher Lose. Sie legte für die Lose 3 und 9 die Angebote mit den jeweils niedrigsten Angebotspreisen.

3 Mit E-Mail vom 16. Februar 2017 wurde der Revisionswerberin - nach Einholung einer Stellungnahme seitens der Auftraggeberin - das Ausscheiden ihrer Angebote hinsichtlich sämtlicher Lose bekannt gegeben.

4 Die Revisionswerberin stellte in der Folge fristgerecht den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend die Lose 3 und 9.

5 2.1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Bundesverwaltungsgericht - ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung - die Anträge auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung ab (Spruchpunkte A I. und II.) und erklärte die Revision für nicht zulässig (Spruchpunkt B).

6 2.1.1. In seiner Begründung traf das Bundesverwaltungsgericht - soweit für die vorliegende Entscheidung von Relevanz - folgende Sachverhaltsfeststellungen: In den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen sei zwingend unter Hinweis auf die Ausscheidenssanktion die Abgabe folgender Unterlagen festgelegt gewesen: "Eigenerklärung des Bieters, Subunternehmerverzeichnis, Verpflichtungserklärung des Subunternehmers, Solidarhaftung des Subunternehmers". Weiter finde sich in den Ausschreibungsbestimmungen folgende Bedingung: "Die Anzahl der Mitglieder einer Bieter/Arbeitsgemeinschaft ist mit 2 beschränkt."

7 Die Revisionswerberin sei eine Kapitalgesellschaft, deren 13 Gesellschafter (im Folgenden: Entsorger) jeweils im Bereich der Abfallentsorgung tätige Unternehmen wären. Der Gesellschaftsvertrag nenne unter anderem als Gegenstand des Unternehmens:

8 "(...)

b) die Übernahme, der Transport, die Behandlung, die

Wiederaufbereitung und Beseitigung von Abfällen und Altstoffen aller Art, wobei sich die Gesellschaft bei der tatsächlichen Durchführung dieser Tätigkeiten dritter Unternehmen, insbesondere der Gesellschafter bedient; (...)"

9 Der Gesellschaftsvertrag sehe überdies vor, dass sich die Gesellschaft zur Erbringung der von ihr übernommenen Leistungen vornehmlich der Entsorger bedienen werde, mit welchen zu diesem Zweck jeweils ein eigener Vertrag geschlossen werde. Die zwischen der Revisionswerberin und den für die Ausführung der Leistungen im Rahmen der Lose 3 und 9 von ihr aufgrund der geographischen Aufteilung heranzuziehenden Gesellschafterunternehmen geschlossenen Rahmenentsorgungsverträge lauteten auszugsweise:

"Präambel

(...) Als Gesellschafter der X GmbH will der Entsorger unter Beibehaltung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit mit den anderen Gesellschaftern der X GmbH gemeinsam auftreten und über die durch den Entsorger weiterhin selbständig zu erbringenden Leistungen hinaus flächendeckend, beispielsweise für das gesamte Bundesgebiet, Entsorgungsleistungen anbieten.

(...)

Vereinbarung

I.

Vertragsgegenstand

1) Die X GmbH schließt zur Erbringung von Entsorgungsdienstleistungen mit Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Verträge über die flächendeckende Sammlung und Entsorgung von Abfällen und Altstoffen aller Art ab.

(...)

3) Der Inhalt der auf Basis dieses Vertrages jeweils im Einzelnen zwischen X GmbH und dem Entsorger zustande kommenden Verträge richtet sich jeweils nach den zwischen X GmbH und den Dritten geschlossenen Verträgen, ist allerdings räumlich auf das Vertragsgebiet beschränkt. (...)

4) Ein Vertrag zwischen X GmbH und dem Entsorger kommt zustande, indem X GmbH dem Entsorger einen Auftrag unter Bekanntgabe einer vollständigen Leistungsbeschreibung und aller ausgehandelten Konditionen erteilt.

(...)

III.

Entgelt, Fälligkeit

1) Als das von X GmbH dem Entsorger für die Erbringung der Entsorgungsdienstleistungen im Vertragsgebiet zu leistende Entgelt gilt jenes Entgelt als vereinbart, welches von X GmbH im Rahmen des Gesamtauftrages mit Dritten anteilig für die Leistungserbringung im Vertragsgebiet vereinbart wurde.

(...)"

10 Zum Nachweis der verlangten Eignungskriterien habe die Revisionswerberin eine Eigenerklärung abgegeben. Hinsichtlich der Lose 3 und 9 sei kein Subunternehmen genannt worden.

11 Die Revisionswerberin sei von der Auftraggeberin unter Bezugnahme auf § 126 BVergG 2006 aufgefordert worden, unter anderem zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Revisionswerberin als Bieterin selbst das ausführende Unternehmen sei, bzw. weshalb allenfalls zur Ausführung benötigte Unternehmen nicht als Subunternehmer entsprechend den Ausschreibungsbedingungen angeführt worden seien. Die Auftraggeberin gehe davon aus, dass die Gesellschafter der Revisionswerberin keine verbundenen Unternehmen im Sinn des § 2 Z 40 BVergG 2006 seien.

12 Die Revisionswerberin habe in ihrer fristgerecht erstatteten Stellungnahme erklärt, ihr Unternehmen stelle eine Bietergemeinschaft dar, die sich auch zum Zwecke der einfacheren Teilnahme an Vergabeverfahren "vergesellschaftet" habe. Die Revisionswerberin handle ausschließlich durch die Mittel der Gesellschafter, die ihre Ressourcen der Revisionswerberin zur Verfügung stellen würden, weshalb keine Subunternehmerkonstruktion vorliege.

13 In der Folge sei der Revisionswerberin von der Auftraggeberin das Ausscheiden ihrer Angebote bekannt gegeben worden. Zur Begründung habe die Auftraggeberin ausgeführt, die Revisionswerberin habe in ihrer Stellungnahme darauf hingewiesen, jeweils selbst das ausführende Unternehmen zu sein, wobei sie den Auftrag als "vergesellschaftete Bietergemeinschaft" in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung durchführen werde. Die Nennung von Subunternehmern habe die Revisionswerberin im Angebot unterlassen, obwohl aufgrund der Ausschreibungsbedingungen die Angabe, auf welche Unternehmen sich der jeweilige Bieter bei der Ausführung des Auftrages stützen werde, gefordert gewesen sei.

14 2.1.2. Ausgehend von den Sachverhaltsfeststellungen folgerte das Bundesverwaltungsgericht in rechtlicher Hinsicht zusammengefasst, die Ausschreibung sei nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter sowie im Zweifel gesetzeskonform auszulegen. Es stehe nicht in der Disposition des Auftraggebers, von einem Ausscheidensgrund Gebrauch zu machen oder nicht.

15 Unstrittig habe die Revisionswerberin die Angebote gelegt und sei daher Bieterin im Sinne des § 2 Z 13 BVergG 2006. Diese würde im Falle des Zuschlags Vertragspartnerin der Auftraggeberin werden. Die Revisionswerberin und die an ihr beteiligten Entsorgungsunternehmen seien als eigenständige juristische Personen anzusehen. In ihrem Angebot habe die Revisionswerberin für das Los 3 und 9 jeweils keinen Subunternehmer genannt. Es sei daher die Frage zu klären, ob die Revisionswerberin die verfahrensgegenständlichen Leistungen selbst erbringe oder sich hierfür eines Subunternehmens bediene, weil danach zu beurteilen sei, ob sie zu Recht in ihrem Angebot keine Subunternehmer namhaft gemacht habe.

16 Aus den von der Revisionswerberin mit ihren Gesellschaftern (Entsorgern) geschlossenen Vereinbarungen, die für die Vertragsgebiete der Lose 3 und 9 maßgeblich seien, ergebe sich, dass die Entsorger die beauftragten Leistungen im Namen und auf Rechnung der Revisionswerberin erbringen und das vereinbarte Entgelt von dieser erhalten würden, wobei der Revisionswerberin in der Regel ein Kostenbeitrag von 10% zustehe. Der jeweilige Entsorger habe die übernommene Leistung grundsätzlich selbst zu erbringen und hafte der Revisionswerberin für die vertragskonforme Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen.

17 Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts könne aufgrund der vertraglichen Bedingungen für die Erbringung der Leistungen durch die Entsorger die Auffassung der Revisionswerberin, jene würden nicht als Subunternehmer anzusehen sein, nicht geteilt werden. Je nach Vertragsgebiet werde ein anderer Gesellschafter der Revisionswerberin von ihr mit den Leistungen beauftragt, wobei die wirtschaftliche Selbständigkeit des betreffenden Gesellschafters erhalten bleibe. Der Bereitstellung der Mittel zur Ausführung des Auftrages stehe als Gegenleistung das an den ausführenden Entsorger zu zahlende Entgelt als Leistung der Revisionswerberin gegenüber. Die "Mittelbereitstellung" durch die Gesellschafter sei sohin keine Zuschussleistung an die Revisionswerberin. Vielmehr erfolge die Leistungserbringung durch die Gesellschafter als von der Revisionswerberin zu unterscheidende Unternehmen, die diese Verpflichtung gegenüber der Revisionswerberin übernommen haben. Dass die Entsorger im Namen der Revisionswerberin tätig würden, ändere nichts daran, dass diese die maßgeblichen Leistungsteile in Eigenverantwortung erbringen würden. Sie seien daher als Subunternehmer im Sinne des § 2 Z 33a BVergG 2006 zu qualifizieren.

18 Da die Revisionswerberin selbst die Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit im Sinne der Ausschreibungsbedingungen nicht erfülle, handle es sich bei den Entsorgern fallbezogen um eignungsrelevante Subunternehmer, deren verspätete Bekanntgabe als unbehebbarer Mangel anzusehen sei. Eine nachträgliche Nennung würde eine Änderung des Angebotes bedeuten. Mangels Eignung der Revisionswerberin als Bieterin und wegen des Vorliegens eines unbehebbar Mangels ihres Angebots sei die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin zu Recht ergangen.

19 Das Vorliegen der Voraussetzungen für die Möglichkeit des Entfalls der mündlichen Verhandlung begründet das Bundesverwaltungsgericht damit, dass sich der Inhalt sämtlicher entscheidungsrelevanter Unterlagen aus den Schriftsätzen der Parteien und den Vergabeunterlagen ergebe, die den Parteien des Verfahrens jeweils bekannt seien. Einer mündlichen Erörterung zur Erhebung des Inhalts habe es nicht bedurft, zumal dieser unstrittig sei. Die Entscheidung beruhe demnach ausschließlich auf der Lösung von Rechtsfragen.

20 Die Revision sei nicht zulässig, weil sich das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Entscheidung auf Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs stützen könne. Eine Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung liege nicht vor. Die Beurteilung, ob im konkreten Fall die Gesellschafter der Revisionswerberin als Subunternehmer zu qualifizieren seien, stelle keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dar.

21 2.2. Mit dem hier angefochtenen Beschluss wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren ab und erklärte die Revision für nicht zulässig. Zur Begründung verwies das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen auf den Verfahrenshergang und den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens betreffend die Ausscheidensentscheidung.

22 3. Gegen das Erkenntnis und den Beschluss richtet sich die in einem Schriftsatz ausgeführte außerordentliche Revision mit dem Antrag, die angefochtenen Entscheidungen jeweils im antragsstattgebenden Sinn abzuändern, in eventu wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufzuheben.

23 4. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte ist Art. 133 Abs. 4 B-VG sinngemäß anzuwenden (Art. 133 Abs. 9 B-VG).

24 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

25 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer

außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

26 4.1. Vorauszuschicken ist, dass das Bundesverwaltungsgericht seine rechtliche Beurteilung auf die für das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren maßgeblichen Vertragserklärungen stützt. Die Frage, ob die konkret gewählte Form der vertraglich vereinbarten Leistungsverpflichtung zwischen der Revisionswerberin und den Entsorgern die Subunternehmereigenschaft der Gesellschafter in vergaberechtlicher Hinsicht begründet, stellt - worauf das Bundesverwaltungsgericht bereits zu Recht hinweist - keine grundsätzliche Rechtsfrage dar, die in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgeht.

27 4.2. Mit dem Vorbringen, es liege keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu der Frage vor, ob Gesellschafter, die ihrer vertraglichen Zuschusspflicht entsprechen und "notwendige Mittel der Gesellschaft zur Verfügung stellen", als Subunternehmer zu qualifizieren seien, entfernt sich die Revision vom festgestellten Sachverhalt.

28 Zuschüsse sind "freiwillige" zusätzliche Leistungen einzelner Gesellschafter, die auf einem allgemeinen schuldrechtlichen und nicht auf einem gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungsgrund beruhen. Zuschüsse werden in

der Regel spontan vereinbart, um aufgetretene Verluste zu decken. Sie fließen ebenso wie Nachschüsse in das Vermögen der Gesellschaft und sind gegebenenfalls unter den Kapitalrücklagen zu verbuchen. Zuschüsse unterscheiden sich von Nachschüssen dadurch, dass deren Erbringung regelmäßig nicht gesellschaftsvertraglich geregelt ist (vgl OGH 17.9.2014, 6Ob35/14m, mit Verweis auf Brugger/Schopper in Straube, GmbHG (2013) § 72 Rz 17).

29 Dem vierten Absatz der Präambel des maßgeblichen Rahmenentsorgungsvertrages zufolge handelt der jeweilige Entsorger als Gesellschafter der Revisionswerberin unter Beibehaltung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit. Im Einzelfall wird dem betreffenden Gesellschafter entsprechend Punkt I. Abs. 4 des genannten Vertrages ein Auftrag erteilt, dessen Inhalt mit der Leistungsbeschreibung des von der Revisionswerberin übernommenen Auftrages übereinstimmt. Dabei gilt mit dem jeweiligen auftragsdurchführenden Entsorger ein Entgelt als vereinbart, das von der Revisionswerberin im Rahmen des Gesamtauftrages anteilig für das den jeweiligen Gesellschafter betreffende Auftragsgebiet lukriert wird, wobei in der Regel für die Revisionswerberin ein Anteil von 10 % in Abzug gebracht wird. Diese Feststellungen stehen der Annahme, es handle sich bei der von der Revisionswerberin wiederholt ins Treffen geführten "Zurverfügungstellung der Mittel durch die Gesellschafter" um einen Zuschuss im obigen Sinne, schon deshalb entgegen, weil es sich vielmehr um einen im Einzelfall vereinbarten entgeltlichen Leistungsaustausch zwischen der Revisionswerberin und ihren Gesellschaftern (Entsorgern) handelt. Die Gesellschafter übertragen aufgrund der festgestellten vertraglichen Vereinbarung keineswegs ihre Mittel in das Gesellschaftsvermögen der Revisionswerberin, sondern erbringen aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung gegenüber der sich an der Ausschreibung beteiligenden Revisionswerberin eine entgeltliche Leistung, die inhaltlich durch den von der Revisionswerberin übernommenen Auftrag determiniert wird. Die von der Revision gewählte Bezeichnung dieses vertraglich vereinbarten Vorgehens als "Zurverfügungstellung von Mitteln" kann an der rechtlichen Qualifikation nichts ändern.

30 Die Frage, ob ein Gesellschafter, der Zuschüsse an eine Kapitalgesellschaft erbringt, als Subunternehmer anzusehen ist, stellt sich daher fallbezogen gar nicht, sodass die Entscheidung von dieser ins Treffen geführten Rechtsfrage gar nicht abhängt.

31 4.3. Das weitere Vorbringen der Revision, die angefochtene Entscheidung widerspreche einem vom Verwaltungsgerichtshof obiter ausgesprochenen Grundsatz, dass der Zusammenschluss von Bietern als Kapitalgesellschaft zulässig sein müsse, geht schon insofern ins Leere, als das verfahrensgegenständliche Erkenntnis die Frage der Erlaubtheit eines Zusammenschlusses von Bietern in Form einer Kapitalgesellschaft nicht zum Gegenstand hat.

32 4.4. Die Revision führt in ihrer Zulässigkeitsbegründung ins Treffen, dass die angefochtene Entscheidung der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs widerspreche, wonach die Unterlassung einer mündlichen Verhandlung einen wesentlichen Verfahrensmangel darstelle, wenn nach Abhaltung der mündlichen Verhandlung eine andere Entscheidung möglich gewesen wäre bzw. die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung auch unabhängig von der bezüglichen Relevanz erforderlich sei. Damit wird jedoch ein die Zulässigkeit der Revision begründender Verfahrensmangel des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nicht aufgezeigt: Mit den Argumenten der Revision wird nämlich nicht dargetan, inwiefern die Voraussetzungen für das Absehen von der mündlichen Verhandlung gemäß § 316 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 fallbezogen nicht vorgelegen seien.

33 4.5. In der Revision werden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

Wien, am 27. Februar 2019

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VwGH:2019:RA2017040064.L00

**Im RIS seit**

08.07.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

08.07.2019

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

© 2025 JUSLINE

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

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