

# TE Vwgh Beschluss 2022/10/21 Ra 2019/04/0046

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.10.2022

## Index

Auswertung in Arbeit!

## Norm

Auswertung in Arbeit!

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger sowie die Hofrätin Mag. Hainz-Sator und den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision des M P in G (als Gesamtrechtsnachfolger der P KG in J), vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Gauermann-gasse 2, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2019, Zl. W123 2107458-1/34E, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Republik Österreich - Landespolizeidirektion Steiermark, 2. S GmbH & Co KG in G, vertreten durch die Frieders Tassul & Partner Rechtsanwälte in 1010 Wien, Stadiongasse 6-8), den Beschluss

## Spruch

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

## Begründung

1 1. Zur Vorgeschichte wird zunächst auf die Darstellung im hg. Erkenntnis vom 8. August 2018, Ra 2015/04/0023, verwiesen. Mit dem dort angefochtenen Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 1. Juli 2015 wurden die von der P KG (Rechtsvorgängerin des Revisionswerbers) in Zusammenhang mit „Direktvergaben von Verträgen zur Herstellung von Kennzeichentafeln“ gestellten Anträge auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Erstmitbeteiligte als Auftraggeberin rechtswidrig gewesen sei, als unzulässig zurückgewiesen.

Das BVwG begründete dies damit, dass es sich beim Bestellvorgang einer Kennzeichentafel bzw. eines Wunschkennzeichens um keinen Akt der Privatwirtschaftsverwaltung handle und daher der Anwendungsbereich des BVergG 2006 nicht eröffnet sei. Es liege ein Akt der Hoheitsverwaltung in Form der Beleihung vor, also der Übertragung von Hoheitsakten auf Privatpersonen mit der Verpflichtung diese wahrzunehmen.

2 Mit dem Erkenntnis VwGH Ro 2015/04/0023 hob der Verwaltungsgerichtshof dieses Erkenntnis des BVwG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. In seiner Begründung hielt der Verwaltungsgerichtshof - soweit für die vorliegende

Revisionssache von Relevanz - fest, dass durch die einschlägigen kraftfahrrechtlichen Vorgaben zwar bestimmte inhaltliche Aspekte der Beschaffung geregelt würden, nicht jedoch die Form des Beschaffungsaktes. Aus der hoheitlichen Determinierung des Entgelts und der Bedingungen für die Herstellung ergebe sich - so der Verwaltungsgerichtshof - noch nicht, dass die Beschaffung selbst hoheitlich erfolge und deshalb das BVergG 2006 keine Anwendung finde. Die Bestimmungen des Kraftfahrzeuggesetzes 1967 würden zudem auf die Auftraggebereigenschaft der Gebietskörperschaft (für die die Behörde tätig werde) hindeuten.

Im konkreten Fall fehlte es aber an Feststellungen zum Vorliegen eines Vertrages und gegebenenfalls zu dessen Inhalt, insbesondere in Hinblick auf § 2 Z 8 BVergG 2006, wer zivilrechtlicher Partner und damit Auftraggeber ist. Abhängig vom Ergebnis der Ermittlungen sei allenfalls - so der Verwaltungsgerichtshof - auch zu klären, ob nach den in VwGH 24.6.2015, Ra 2014/04/0043, beschriebenen Kriterien ein „Vorschieben“ eines Privaten vorliege.

3 2.1. Im fortgesetzten Verfahren wies das BVwG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Beschluss vom 5. März 2019 die Feststellungsanträge der P KG erneut zurück und erklärte die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig.

4 2.2. Begründend hielt das BVwG fest, dass die P KG weder im Jahr 2015 noch zum gegenwärtigen Zeitpunkt über die gemäß § 49 Abs. 5 KFG. 1967 erforderliche Gewerbeberechtigung verfüge (bzw. verfügt habe). Die P KG habe auch zu keinem Zeitpunkt des Feststellungsverfahrens den Nachweis darüber erbringen können, dass ihr die für die Ausführung des Auftrages bei anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stünden. Es sei zwar bereits in der mündlichen Verhandlung am 23. Juni 2015 auf eine mögliche Kooperationsvereinbarung mit der E GmbH verwiesen worden. In einem vorgelegten Schreiben der E GmbH werde von dieser jedoch in Abrede gestellt, in einer aufrechten Geschäftsbeziehung mit der P KG zu stehen. Die E GmbH habe in diesem Schreiben zudem bekräftigt, dass eine Kooperation weder im Gespräch gestanden habe noch eine solche möglich wäre. Dies könne auch nicht durch eine von der P KG übermittelte Kopie einer Rechnung vom 2. Februar 2015 an die E GmbH (als Beweis für das Bestehen einer aufrechten Geschäftsbeziehung zwischen der P KG und der E GmbH im Jahr 2015) entkräftet werden. Hätte die E GmbH im Jahr 2015 tatsächlich die Möglichkeit in Betracht gezogen, in eine Kooperation mit der P KG zu treten (in Form einer Bietergemeinschaft oder als Subunternehmerin), dann wäre es völlig unerfindlich, warum sie dann so deutlich zum Ausdruck bringe, an einer solchen Kooperation nicht interessiert zu sein. Abgesehen davon sei die vorgelegte Rechnung vom 2. Februar 2015 schon deshalb kein Beweis für eine allfällige Kooperation mit der E GmbH, weil es sich bei der diesbezüglichen Rechnung um ein gänzlich anderes Geschäftsfeld handle. Die P KG habe somit weder im Jahr 2015 noch im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 31. Jänner 2019 nachweisen können, dass sie auf einen Subunternehmer (oder eine Bietergemeinschaft) zum Zeitpunkt der Beschaffung im Jahr 2015 tatsächlich hätte zurückgreifen können. Die P KG habe in der mündlichen Verhandlung am 31. Jänner 2019 lediglich behauptet, dass es „Gespräche mit mehreren Kennzeichenherstellern gab“, jedoch keine diesbezügliche schriftliche Korrespondenz zwischen ihr und potenziellen Kooperationspartnern vorlegen können.

5 Es sei zudem nicht nachvollziehbar, warum sich die P KG nicht schon längst um eine Bewilligung gemäß § 49 Abs. 5 KFG. 1967 bemüht habe. Zwar könne eingewendet werden, dass außer der E GmbH auch andere Unternehmer existierten, die über die erforderliche kraftfahrzeuggesetzliche Bewilligung verfügten und mit denen eine Kooperation möglich wäre. Die P KG habe aber weder konkrete Kennzeichenhersteller benennen können, mit denen es (angeblich) bereits Gespräche über eine allfällige Kooperation gegeben hätte, noch diesbezüglich schriftliche Korrespondenz vorlegen können. Die Antragslegitimation der P KG sei daher nicht gegeben gewesen.

6 Ungeachtet dieser Tatsache hielt das BVwG noch „obiter“ fest, dass die Verlängerung des Wunschkennzeichens von der Zulassungsstelle, konkret der G AG, vorzunehmen sei. Bei dieser handle es sich jedoch um ein privates Unternehmen und keinen öffentlichen Auftraggeber, weshalb auch aus diesem Grund keine Ausschreibungspflicht bestanden habe. Die Landespolizeidirektion Steiermark sei in den Nachbestellungsvorgang nicht eingebunden gewesen.

7 3. Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision des Revisionswerbers (als Gesamtrechtsnachfolger der P KG).

8 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).

9        Gemäß § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

10       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.

11       5. In der vorliegenden außerordentlichen Revision wird zur Begründung ihrer Zulässigkeit vorgebracht, dass der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung die Antragslegitimation in einem (vergaberechtlichen) Feststellungsverfahren nur dann verneine, wenn ein Antragsteller nach den unstrittigen Sachverhaltsfeststellungen in besagtem Verfahren seinen Betrieb erst nach Erteilung des Zuschlags aufgenommen hatte und daher in zeitlicher Hinsicht nicht in der Lage gewesen wäre, die Leistung ab Vertragsbeginn zu erbringen. In diesem Fall sei es aus faktischen Gründen ausgeschlossen gewesen, dass der Antragsteller die Leistung erbringen hätte können.

12       In einem anderen Fall habe der Verwaltungsgerichtshof das Vorliegen der Antragslegitimation verneint, weil es aus rechtlichen Gründen beinahe ausgeschlossen gewesen sei, dass die Antragstellerin die Leistungen erbringen hätte dürfen.

13       Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei es daher für die Bejahung der Antragslegitimation im Feststellungsverfahren ausreichend, wenn (unter anderem) ein entstandener Schaden plausibel dargelegt worden sei. Ein Nachweis, dass der Antragsteller zu dem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt der Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre, somit die Durchführung einer „fiktiven“ Eignungsprüfung, sei hingegen nicht verlangt. Nur wenn es auf Grund der konkreten Leistungsumstände bzw. -anforderungen äußerst unwahrscheinlich sei, dass der Antragsteller die Leistungen erbringen könnte, sei die Antragslegitimation zu verneinen.

14       Die P KG habe in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG vorgebracht, dass die Bewilligung (gemäß § 49 Abs. 5 KFG. 1967) rasch erteilt werden könne und sie in der Lage wäre, innerhalb der üblichen Fristen in einem Vergabeverfahren die erforderlichen Berechtigungen zu erlangen. Damit sei der drohende bzw. eingetretene Schaden im Sinn der dargestellten Rechtsprechung plausibel dargetan worden. Außerdem habe das BVwG keine Feststellungen getroffen, dass die P KG die Voraussetzungen für die Erteilung dieser Bewilligung nicht erfüllt hätte bzw. nicht in der Lage gewesen wäre, die Bewilligung im Zeitraum der Angebotsfrist einzuholen. Ohne diese Feststellungen sei der Zurückweisung der Feststellungsanträge mangels Antragslegitimation der Boden entzogen.

15       Das BVwG habe das Fehlen der Antragslegitimation außerdem mit dem fehlenden Nachweis einer tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit auf einen Subunternehmer bzw. auf eine Bietergemeinschaft begründet. Dabei sei von der P KG bereits im verfahrenseinleitenden Schriftsatz vorgebracht worden, dass sie ein offensichtliches Interesse daran habe, sich - allenfalls im Rahmen einer Bietergemeinschaft oder unter Heranziehung von Subunternehmern - an einem Vergabeverfahren zur Beschaffung von Kennzeichentafeln gemäß § 49 KFG. 1967 zu beteiligen. In der mündlichen Verhandlung am 31. Jänner 2019 habe die P KG zudem vorgebracht, dass die Beteiligung an einem solchen Vergabeverfahren auch im Weg einer Bietergemeinschaft oder mit Hilfe eines Subunternehmers möglich wäre. Somit habe die P KG ihren Schaden auf Grund der unterbliebenen Teilnahmemöglichkeit an einem Vergabeverfahren zur Herstellung von Kennzeichentafeln nicht nur damit begründet, dass sie an diesem ausschließlich mit Hilfe weiterer Unternehmer, die über die dafür erforderliche Eignung verfügten, teilnehmen könne. Das BVwG weiche daher von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, weil die P KG selbst die fehlende Bewilligung gemäß § 49 Abs. 5 KFG. 1967 innerhalb der Angebotsfrist einholen hätte können.

16       Ein Abweichen von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liege auch deshalb vor, weil das BVwG erhebliche Zweifel gehegt habe, ob die P KG im gegenwärtigen Zeitpunkt überhaupt ein rechtliches Interesse am Abschluss des angefochtenen Vertrages habe. Nach der (näher bezeichneten) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes komme es aber darauf an, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung (an einen anderen Bieter) ein Interesse am Vertragsabschluss gehabt habe und ihm durch die Nichterteilung des Zuschlages ein Schaden entstanden sei. Lügen diese Voraussetzungen bei Zuschlagserteilung vor, so gehe die

Antragslegitimation nicht allein dadurch verloren, dass der (rechtlich weiterhin existente) Antragsteller nachträglich seine Befugnis, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit verliere. Aus diesem Grund sei es für die Beurteilung der Antragslegitimation auch unerheblich, ob die P KG (bzw. der Revisionswerber) zum „gegenwärtigen Zeitpunkt“ über die erforderliche „Gewerbeberechtigung“ gemäß § 49 Abs. 5 KFG. 1967 verfüge.

17 Schließlich widerspreche auch die obiter angeführte Begründung des BVwG den nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geltenden Anforderungen an die Begründung von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte. Es bleibe nämlich unklar, ob das BVwG seine Ausführungen als tragende Begründung oder beiläufige Bemerkung habe verstanden wissen wollen. Das Schicksal der Revision hänge von der Zulässigkeit dieser Form der Begründung ab, weil sich die Zurückweisung des Feststellungsantrages zumindest hilfsweise darauf stützen könnte, wenn es sich um eine tragende Begründung handeln sollte und sich die Begründung als richtig erweise. Soweit es sich um eine tragende Begründung handle, weiche das BVwG jedoch von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 63 VwGG (Bindungswirkung für Verwaltungsgerichte) ab.

1 8 6.1. Nach der - auch von der Revision ins Treffen geführten - Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es bei einem (erst nach Zuschlagserteilung möglichen) Antrag auf Feststellung einer Vergaberechtswidrigkeit darauf an, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung (an einen anderen Bieter) ein Interesse am Vertragsabschluss hatte und ihm durch die Nichterteilung des Zuschlags ein Schaden entstanden ist (vgl. etwa VwGH 26.9.2005, 2005/04/0021, und VwGH 8.9.2021, Ra 2019/04/0079).

19 Mit dem (auf diese Rechtsprechung bezugnehmenden) Vorbringen, das BVwG habe bei der Beurteilung der Antragslegitimation zu Unrecht auf den „gegenwärtigen Zeitpunkt“ abgestellt, übersieht die Revision, dass das BVwG in Zusammenhang mit dem von ihm angenommenen fehlenden rechtlichen Interesse der P KG (bzw. des Revisionswerbers) am Abschluss des angefochtenen Vertrages nicht nur auf die Stellungnahme der P KG in der mündlichen Verhandlung am 31. Jänner 2019 Bezug nahm, sondern sich (ohnehin) auf deren frühere Aussage in der mündlichen Verhandlung am 23. Juni 2015 stützte.

2 0 6.2. Auch mit dem weiteren Vorbringen, wonach ein drohender oder eingetretener Schaden bereits dargetan werde, wenn die entsprechende Behauptung plausibel sei, und es keines Nachweises bedürfe, dass der Antragsteller zum Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt habe, vermag die Revision kein Abweichen von der hg. Rechtsprechung aufzuzeigen:

21 Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits im Erkenntnis vom 16. Dezember 2015, Ro 2014/04/0065, ausgesprochen hat, ist für die Antragslegitimation betreffend die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht der Nachweis erforderlich, dass der Antragsteller zu dem - in diesen Fällen in der Vergangenheit liegenden - Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt hat. Dies wäre - so der Verwaltungsgerichtshof - schon deshalb überschießend, weil bei Durchführung eines (für den Fall, dass dem Feststellungsantrag Berechtigung zukommt: gebotenen) Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Angebotsfrist auch dafür genutzt werden kann, die Erfüllung der geforderten Eignungsanforderungen erst herzustellen. In solchen Fällen ist daher keine Eignungsprüfung rückwirkend für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durchzuführen, sondern eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen, für die alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden können.

22 Anknüpfend daran hat es der Verwaltungsgerichtshof in Hinblick auf die - für die Beurteilung der Antragslegitimation im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung als bedeutsam anerkannte - Eigenart des Leistungsgegenstandes aber auch nicht beanstandet, dass das Verwaltungsgericht eine von der Antragstellerin als bloße Möglichkeit ins Treffen geführte, aber nicht plausibel gemachte Kooperation mit einem Arztsoftwarehersteller als nicht hinreichend für die Darlegung der Antragslegitimation ansah (vgl. VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010). Dem lag ein nicht weiter substantiiertes Vorbringen der Antragstellerin zu Grunde, wonach diese „nicht daran gehindert gewesen wäre, eine Kooperation mit einem Dritten einzugehen“. Hinzu kam, dass der Leistungsgegenstand in diesem Fall nicht in einem bloßen Zukauf von am Markt frei erhältlichen Leistungen bestand.

23 Vor diesem Hintergrund ist dem BVwG auch im vorliegenden Fall nicht entgegen zu treten, wenn es in Hinblick auf die Eigenart des Leistungsgegenstandes (der in einer der ministeriellen Genehmigung unterliegenden Tätigkeit besteht) und auf das wenig substantiierte Vorbringen der P KG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die

Antragslegitimation verneinte.

2 4 6.3. Damit ist aber auch dem weiteren Zulässigkeitsvorbringen, wonach in Zusammenhang mit der „obiter Begründung“ des BVwG ein Abweichen von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliege, der Boden entzogen.

25 Beruht eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung nämlich - wie im vorliegenden Fall - auf einer tragfähigen Alternativbegründung und wird in Zusammenhang damit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgezeigt (siehe die obigen Ausführungen unter Pkt. 6.1. und 6.2.), so erweist sich die Revision als unzulässig (vgl. etwa VwGH 5.3.2021, Ra 2018/04/0175, mwN).

2 6 7. In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

Wien, am 21. Oktober 2022

### **Schlagworte**

Auswertung in Arbeit!

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

ECLI:AT:VWGH:2022:RA2019040046.L00

### **Im RIS seit**

24.11.2022

### **Zuletzt aktualisiert am**

24.11.2022

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

© 2026 JUSLINE

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

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