

Philipp Götzl

## **Die neue Verwaltungsgerichtszuständigkeit in Vergabesachen**

### **Ein erster Praxisbericht zu Umsetzung, Anwendung und Kooperation am Beispiel des Zulässigkeitsausspruches vergaberechtlicher Revisionen**

---

Seit 1. Januar 2014 haben die Verwaltungsgerichte in Bund und den Ländern die Vergabekontrollagen übernommen. Ein Jahr danach lassen sich die praktischen Auswirkungen dieser Änderung erstmals vorsichtig abschätzen. Der vorliegende Praxisbericht soll die Umsetzung des Vergaberechtsschutzes, seine Anwendung und mögliche Synergien durch Kooperation analysieren. Die bezügliche Spruchpraxis der neuen Vergabekontrollbehörden ist Legion, daher wird ein für den Vergaberechtsbereich neues Rechtsschutzinstrument, der Zulässigkeitsausspruch vergaberechtlicher Revisionen vor dem Verwaltungsgerichtshof betrachtet.

---

Collection: Conference Proceedings IRIS 2015

Category: Articles

Field of law: IT-Law

Region: Austria

Citation: Philipp Götzl, Die neue Verwaltungsgerichtszuständigkeit in Vergabesachen, in: Jusletter IT 26. Februar 2015 – IRIS

## Inhaltsübersicht

- 1 Ausgangslage
  - 1.1 Verwaltungsreform in Österreich
  - 1.2 Vergaberechtlicher Rechtsschutz auf Grundlage der österreichischen Verwaltungsreform
  - 1.3 Praxisbeispiel Zulässigkeitsausspruch vergaberechtlicher Revisionen
- 2 Umsetzung und Anwendung der neuen Zulässigkeitsbestimmungen vergaberechtlicher Revisionen
  - 2.1 Ausspruch der Zulässigkeit der Revision, Grundlage und Praxis
  - 2.2 Kriterien für das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung
  - 2.3 Sonstiges zum Zulässigkeitsausspruch vergaberechtlicher Revisionen
- 3 Ergebnis

## 1 Ausgangslage

### 1.1 Verwaltungsreform in Österreich

[Rz 1] Die mit 1. Januar 2014 in Österreich im Zuge der Verwaltungsreform<sup>1</sup> neu geschaffenen Verwaltungsgerichte sind nun bereits seit einem Jahr tätig. Dies lässt einen Blick auf diesen grundlegenden Systemwechsel zu, bei dem die bisherigen Berufungsbehörden (die je nach angesprochener Materie sehr unterschiedlich sein konnten) durch neun Landesverwaltungsgerichte und zwei Bundesverwaltungsgerichte ersetzt worden sind. Im Zuge der Neuordnung des Rechtsschutzsystems in Verwaltungsangelegenheiten durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013<sup>2</sup> wurde neben der Verabschiedung des neuen Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG)<sup>3</sup> auch das Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG)<sup>4</sup> tiefgreifend novelliert.<sup>5</sup> Auf Grundlage des Art. 130 Abs. 2 Z. 2 B-VG wurde in Vergabesachen durch die Ausführungsgesetze<sup>6</sup> vorgesehen, dass das (Landes- oder Bundes-)Verwaltungsgericht an die Stelle der bisherigen Vergabekontrollbehörden tritt. Inhaltlich hat sich durch die Neuordnung der Vergabebehörden der Vergaberechtschutz erster Instanz nicht geändert.<sup>7</sup> Nach wie vor besteht demnach vor Zuschlagserteilung die Möglichkeit, gesondert anfechtbare Entscheidungen des Auftraggebers mittels Nachprüfungsantrag<sup>8</sup> zu überprüfen sowie die Nichtigkeit<sup>9</sup> der bezüglichen Entscheidung zu begehren und zur Wahrung des effektiven Rechtsschutzes eine einstweilige Verfügung<sup>10</sup> zu erwirken. Nach Zuschlagserteilung können Vergabeverstöße nur mehr festgestellt<sup>11</sup> werden und vergabewidrig ab-

---

<sup>1</sup> Vgl. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 2012/51; Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz BGBl I 2013/33 i.d.F. BGBl I 2013/122; Verwaltungsgerichtsbarkeits-Überleitungsgesetz BGBl I 2013/33 i.d.F. BGBl I 2013/122.

<sup>2</sup> BGBl I 2013/33.

<sup>3</sup> Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz BGBl I 2013/33 i.d.F. BGBl I 2013/122.

<sup>4</sup> Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 BGBl 10/1985 i.d.F. BGBl I 2013/122.

<sup>5</sup> Vgl. den Überblick bei GRUBER, G., Einige Problempunkte des VwGG, ZVG 2014, 18.

<sup>6</sup> BVergG 2006 und die Landesvergabekontrollgesetze. Vgl. § 2 Z. 41, 291—296, 311—319 BVergG 2006 i.d.F. BGBl I 2013/128.

<sup>7</sup> Vgl. GÖTZL in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte Kommentar, Rz. 15 zu § 7 VwGVG.

<sup>8</sup> Vgl. GRUBER, G., VwGH — Bezeichnung des Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren, ZVB 2012, 207.

<sup>9</sup> Vgl. GRUBER, G., EISNER, VwGH — Rechtmäßigkeit der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung?, ZVB 2010, 73.

<sup>10</sup> GRUBER, G./EISNER, VwGH — Einstweilige Verfügung und drohende Schäden, ZVB 2011, 383.

<sup>11</sup> Vgl. i.d.Z. GRUBER, G./EISNER, VwGH — Schadenersatz und Feststellungsantrag, ZVB 2014, 303.

geschlossene Verträge — bis hin zur zivilrechtlichen Nichtigkeit — sanktioniert werden. Änderungen haben sich im Rechtsschutz aber insofern ergeben, als die Anrufung des VwGH mittels einer Revision nun durch das Erfordernis der Zulässigkeit eingeschränkt ist.<sup>12</sup> Diesem Zulässigkeitserfordernis möchte sich der Beitrag nun näher widmen.<sup>13</sup>

## 1.2 Vergaberechtlicher Rechtsschutz auf Grundlage der österreichischen Verwaltungsreform

[Rz 2] Gemäß Art. 130 Abs. 2 Z. 2 B-VG sind die Verwaltungsgerichte berufen, über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten öffentlichen Auftragswesens abzusprechen. Durch die Neuordnung der Vergabebehörden haben sich im Vergaberechtsschutz lediglich Änderungen insofern ergeben, als die Anfechtungsmöglichkeit beim VwGH durch das Erfordernis der Zulässigkeit einer Revision nun erschwert wurde und vom Vorliegen einer Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung abhängig ist.<sup>14</sup> Dieses Erfordernis gilt für «klassische» Vergaben nach der Intention der neuen Vergaberichtlinien genauso wie für jedes elektronisch durchgeführte Vergabeverfahren, gerade da nun die elektronische Durchführung von Vergaben auch zwingend vorgesehen werden soll und dem Rechtsanwender kein Spielraum mehr gelassen wird. Elektronisches Vergabeverfahren bedeutet in diesem Zusammenhang aber lediglich, dass (1.) die Bekanntmachung elektronisch erfolgt und (2.) die Ausschreibungsunterlagen elektronisch zur Verfügung gestellt werden (beide sind auf Grundlage des BVergG 2006 bereits Standard in Österreich). Neu ist allerdings, dass zwingend auch (3.) die Angebote elektronisch abgegeben werden müssen. Für alle diese vergaberechtlichen Spielarten gilt das eingangs erwähnte Rechtsschutzsystem einheitlich, daher stellt sich im neuen Rechtsschutzsystem einheitlich die Frage der Zulässigkeit einer Revision an den VwGH.

[Rz 3] Der Ausspruch des Verwaltungsgerichts über die Zu- oder Unzulässigkeit der Revision stellt damit eine Weichenstellung für das Revisionsverfahren an den VwGH dar.<sup>15</sup> So folgt beispielsweise aus einem Unzulässigkeitsausspruch, dass der Revisionswerber die Zulässigkeit besonders begründen<sup>16</sup> und damit Umstände anführen muss, weshalb die Revision entgegen des Ausspruches zulässig sein soll. Dies hat die wesentliche Rechtsfolge, dass der VwGH nach § 34 Abs. 1a 2. Satz VwGG die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen hat.<sup>17</sup> Dabei reichen zur Begründung nicht bereits nähere Ausführungen zur behaupteten Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung oder zu den Rechten, in denen sich der Revisionswerber verletzt erachtet.<sup>18</sup> Von einem solchen Ausspruch hängt es auch ab, ob das Vorverfah-

---

<sup>12</sup> Art. 133 Abs. 4 B-VG und § 25a Abs. 1 VwGG; FABER, Verwaltungsgerichtsbarkeit Rz. 4 zu Art. 133 B-VG.

<sup>13</sup> Grundlage des vorliegenden Beitrages ist eine Festgabe des Autors an GUNTHER GRUBER, Zum Ausspruch der Zulässigkeit der Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Vergabesachen, ZVG 2015/1, 15.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 133 Abs. 4 B-VG und § 25 a Abs. 1 VwGG; FABER, Verwaltungsgerichtsbarkeit Rz. 4 zu Art. 133 B-VG.

<sup>15</sup> GRUBER, G., in: Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 1 zu § 25a VwGG; RECHBERGER [Hrsg.], Kommentar zur ZPO3; Rz. 8 bei § 500.

<sup>16</sup> § 28 Abs. 3 VwGG.

<sup>17</sup> GRUBER, G., in: Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 1 zu § 25a VwGG.

<sup>18</sup> VwGH 25. März 2014, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vwgh/JWR\\_2014040001\\_20140325L01/JWR\\_2014040001\\_20140325L01.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vwgh/JWR_2014040001_20140325L01/JWR_2014040001_20140325L01.pdf) Ra 2014/04/0001; 28. Februar 2014, Ro 2014/03/0005.

ren vom Verwaltungsgericht oder dem VwGH zu führen ist.<sup>19</sup>

[Rz 4] Eine Analyse der Voraussetzungen des Zulässigkeitsausspruchs einer Revision und damit einhergehender Begründungserfordernisse scheint daher zielführend.

### 1.3 Praxisbeispiel Zulässigkeitsausspruch vergaberechtlicher Revisionen

[Rz 5] Ein Blick auf die vergaberechtliche Spruchpraxis der Verwaltungsgerichte im Jahr 2014 lässt vermuten, dass der Zulässigkeitsausspruch hinsichtlich der Revision in Vergabesachen zu vergleichbaren Sachverhalten uneinheitlich ausfällt. So ist das BVwG in zwei Entscheidungen vom 8. August 2014<sup>20</sup> in der Begründung der Zulässigkeit der Revision zur Antragslegitimation des Bieters von der ständigen Rechtsprechung des VwGH<sup>21</sup> ausgegangen, nach der ein Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zukommt, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinne des § 320 Abs. 1 BVergG entstehen bzw. drohen kann. Dennoch wird hinsichtlich der Rechtsfrage der Antragslegitimation die Revision mit dem Argument zugelassen, dass sich «der VwGH — soweit ersichtlich — mit den konkreten Ausführungen des EuGH zur Antragslegitimation [Anm.: EuGH RS C-100/12, Fastweb], noch nicht auseinandersetzen» musste. «*Angesichts der (tatsächlich und historisch) beträchtlichen Bedeutung der Antragslegitimation im Vergabekontrollverfahren, soll der Antragstellerin der Weg einer ordentlichen Revision nicht «abgeschnitten» werden.*»

[Rz 6] In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob darin tatsächlich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG, § 25a Abs. 1 VwGG, gelegen ist, gerade, da die bezügliche Ausspruchpraxis zur Zulässigkeit zu divergieren scheint. I.d.Z. wird bspw. in der E des BVwG vom 14. November 2014<sup>22</sup> ebenfalls zur Antragslegitimation des Bieters die Unzulässigkeit der Revision ausgesprochen, da die Entscheidung gerade nicht von der Lösung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung geprägt wäre. Wie ist nun anhand des Beispiels der Antragslegitimation mit der vergaberechtlichen Praxis derartiger Aussprüche umzugehen?

## 2 Umsetzung und Anwendung der neuen Zulässigkeitsbestimmungen vergaberechtlicher Revisionen

### 2.1 Ausspruch der Zulässigkeit der Revision, Grundlage und Praxis

[Rz 7] § 25a VwGG stellt klar, dass das Verwaltungsgericht im Spruch seiner Entscheidung auszusprechen hat, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Dieser Ausspruch ist auch kurz zu begründen (§ 25a Abs. 1 S2 VwGG). Zwar ist der VwGH an diesen Ausspruch nicht gebunden, im Falle des Unzulässigkeitsausspruches ist allerdings noch eine außerordentliche Revision an den VwGH möglich, in der die Zulässigkeit begründet werden muss. Art. 133 Abs. 4 B-VG fordert für die Zulässigkeit der Revision, dass sie von der Lösung einer Rechtsfrage grund-

---

<sup>19</sup> GRUBER, G., in: Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 1 zu § 25a VwGG.

<sup>20</sup> BVwG 8. August 2014, W1392006041-2 und W1392008320-1.

<sup>21</sup> VwGH 28. März 2007, 2005/04/0200 u.a.

<sup>22</sup> BVwG 14. November 2014, W1392013456-2, vgl. Punkt I. 3. der Entscheidung.

sätzlicher (nicht bloß erheblicher)<sup>23</sup> Bedeutung abhängt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des VwGH abweicht, keine Rechtsprechung des VwGH dazu existiert oder die Frage in der Rechtsprechung des VwGH uneinheitlich beantwortet wird. Klar ist i.d.Z. nur, dass es hier niemals um den Einzelfall<sup>24</sup> geht, sondern um die Gewährleistung der Rechtsicherheit, Rechtseinheit und Rechtsentwicklung als Ganzes.

[Rz 8] Art. 133 Abs. 4 S1 B-VG nennt die drei Fälle, in denen einer Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung zukommt, lediglich demonstrativ («insbesondere»)<sup>25</sup>. Inhaltlich entsprechen diese Fälle den negativ formulierten Ablehnungstatbeständen des Art. 131 Abs. 3 B-VG a.F. und erfassen nur Rechts- nicht auch Tatfragen. Art. 133 Abs. 4 B-VG ist unmittelbar anzuwenden und darf der einfache Verfahrensgesetzgeber die drei angeführten Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht ändern.<sup>26</sup> Er darf aber weitere — vergleichbare — Fälle nennen, in denen eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Über Art. 133 Abs. 4 B-VG hinausgehende und gleichwertige Zulässigkeitstatbestände sieht § 25a VwGG allerdings nicht vor.

[Rz 9] Zur Frage nun, wie der Zulässigkeitstatbestand des Art. 133 Abs. 4 B-VG inhaltlich zu verstehen ist, ist zu berücksichtigen, dass sich dieser an den Regelungen zur Revision nach der ZPO orientiert.<sup>27</sup> Dabei sind vor allem drei Strukturelemente wesentlich. So soll erstens das VwG selbst über die Zulässigkeit der Revision gegen sein Erkenntnis bzw. seinen Beschluss absprechen (§ 25a Abs. 1 VwGG). Zweitens soll im Falle der Unzulässigkeitserklärung der Revision eine außerordentliche Revision beim VwGH möglich sein (§ 28 Abs. 3 VwGG). Schließlich soll die außerordentliche Revision sofort auszuführen sein; sie hat also nicht nur die Zulässigkeitsgründe zu enthalten, sondern auch den sonstigen Anforderungen einer Revision im Allgemeinen zu entsprechen (§ 28 Abs. 1 und 3 VwGG).<sup>28</sup>

[Rz 10] Dieses System ist freilich i.Z.m. dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz<sup>29</sup> zu sehen, mit dem einem Betroffenen ein effektiver Rechtsbehelf zur Verfügung stehen muss. In den Schutzbereich dieses Grundrechts fällt die Verletzung von (subjektiven) Rechten oder von Freiheiten, die durch Unionsrecht garantiert werden. Das hier auf Grundlage des Art. 47 GRC angesprochene Recht ist akzessorisch zur Geltendmachung der Verletzung eines entsprechenden materiellen Rechts. Der effektive Rechtsschutz bezieht sich damit auf die effektive Durchsetzung der materiellen Rüge. I.d.Z. ist aber auch ein außerordentliches Rechtsmittel ausreichend<sup>30</sup>, weshalb ein negativer Zulässigkeitsausspruch das Recht auf effektiven Rechtsschutz tatsächlich nicht verletzen kann. Daher ist m.E. auch der Umstand, dass sich die drei beispielhaften Fälle des Art. 133 Abs. 4 B-VG (das Abweichen von der Rechtsprechung des VwGH, der Umstand, dass eine solche fehlt oder uneinheitlich ist) ausdrücklich nur auf die Rechtsprechung des VwGH, nicht auch auf jene anderer Spruchkörper, wie etwa des EuGH beziehen, nicht schädlich. Bei einheitlicher Rechtsprechung des VwGH (beispielsweise zur Antragslegitimation) bleibt dennoch fraglich, ob eine

---

<sup>23</sup> Vgl. § 502 Abs. 1 ZPO.

<sup>24</sup> Vgl. OGH 25. Juni 1998, 2 Ob 162/98g; 14. Januar 1999, 2 Ob 357/98h; 30. Juni 2010, 3 Ob 92/10s; 29. Mai 2013, 9 Ob 32/13s; 12. Juni 2014, 2 Ob 47/14x u.v.m.

<sup>25</sup> Vgl. FABER, Verwaltungsgerichtsbarkeit Rz. 13 zu Art. 133 B-VG.

<sup>26</sup> FABER, Verwaltungsgerichtsbarkeit Rz. 14 zu Art. 133 B-VG.

<sup>27</sup> RV 1618 BlgNR 24. GP, 16; FABER, Verwaltungsgerichtsbarkeit Rz. 4, 17 zu Art. 133 B-VG.

<sup>28</sup> FABER a.a.O. Rz. 17.

<sup>29</sup> Nach Art. 47 Abs. 1 GRC und Art. 6 MRK.

<sup>30</sup> Vgl. zuletzt OGH 4. März 2013, 8 Ob 7/13g; 14. März 2013, 2 Ob 107/12t.

Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bei abweichender EuGH-Judikatur vorliegen kann. Kernpunkt zur Lösung dieser Frage bleibt, was unter einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu verstehen ist.

## 2.2 Kriterien für das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

[Rz 11] Art. 133 Abs. 4 B-VG knüpft die Zulässigkeit der Revision an eine Rechtsfrage von «*grundsätzlicher* Bedeutung». Wie erwähnt orientiert sich diese Bestimmung an den Bestimmungen zur Revision der ZPO<sup>31</sup>. Dem entgegen knüpft § 502 Abs. 1 ZPO allerdings nur an eine Rechtsfrage von «*erheblicher*» Bedeutung an. Die Literatur<sup>32</sup> betont, dass Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung jedenfalls von Rechtsfragen erheblicher Bedeutung zu unterscheiden sind, wenngleich sich beide in gewisser Weise überdecken. Eine erhebliche Rechtsfrage umfasst dabei einen weiteren und die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung einen engeren Kreis. Demnach liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dann vor, wenn deren Lösung von «*großer Bedeutung für die Rechtsordnung, so etwa für weite Teile der Bevölkerung von unmittelbarer rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung*» ist.<sup>33</sup> So reicht etwa das bloße Abweichen des Gerichts von der Rechtsprechung des VwGH alleine oder das Fehlen einer einheitlichen Rechtsprechung noch nicht aus, um eine solche Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung annehmen zu können.<sup>34</sup> Daher können auch nicht erhebliche Rechtsfragen im Sinne der bisherigen Judikatur des OGH keine solchen von grundsätzlicher Bedeutung begründen.<sup>35</sup> Eine die Zulässigkeit der Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt auch nur dann vor, wenn die Entscheidung über die Revision von der Lösung ebendieser Rechtsfrage abhängt.<sup>36</sup>

[Rz 12] Jedenfalls keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt daher in den von der bisherigen Judikatur des OGH abgesprochenen Fallgruppen<sup>37</sup> vor, die — wo sinnvoll — auch für den Zulässigkeitsausspruch nach Art. 133 Abs. 4 S1 B-VG übernommen werden können. So ist etwa bei klarem und eindeutigem Gesetzeswortlaut, selbst bei Fehlen einer Rechtsprechung hierzu, keine erhebliche und damit auch keine grundsätzliche Rechtsfrage anzunehmen<sup>38</sup>, ebenso, wenn sich seit etlichen Jahren eine allenfalls von der früheren Rechtsprechung abweichende Judikatur gefestigt hat<sup>39</sup> oder auch bei Vorhandensein zwar bloß einer einzigen, jedoch ausführlich begründeten, grundlegenden und veröffentlichten Entscheidung, die auch im Schrifttum auf keine be-

---

<sup>31</sup> VwGH 25. März 2014, Ra 2014/04/0001; FABER, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 133 B-VG; vgl. RV 1618 BlgNR 24. GP, 16.

<sup>32</sup> DANZL, Erhebliche Rechtsfrage und Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung — zwei Instrumente zur Vereinheitlichung der oberstgerichtlichen Rechtsprechung, in: Festschrift für Irmgard Griss (2001), 120. ZECHNER in *Fasching/Konecny*2; IV/1, Vor § 502 ff. ZPO Rz. 119; FELZMANN/DANZL/HOPF, Oberster Gerichtshof<sup>2</sup>, Anm. 4 zu § 8 OGH-Gesetz.

<sup>33</sup> OGH 26. August 1992, 1 Ob 560/92 (verstärkter Senat); vgl. DANZL, a.a.O., 121 m.w.N. in FN 149 und 150.

<sup>34</sup> DANZL, a.a.O., 107, m.w.N. in FN 53.

<sup>35</sup> Dazu ausführlich DANZL, a.a.O., 108 FN 58 mit typischen Begründungsformeln der (Zivil-)Gerichte zum Zulässigkeitsausspruch.

<sup>36</sup> VwGH 29. April 2014, Ra 2014/04/0003 unter Hinweis auf VwGH 25. März 2014, Ra 2014/04/0001.

<sup>37</sup> Dazu die übersichtliche und hilfreiche Fallgruppenbildung bei DANZL, a.a.O., 110 ff.

<sup>38</sup> OGH 22. März 1992, 5 Ob 105/90; 19. September 2014, 6 Ob 146/14k.

<sup>39</sup> OGH 18. Oktober 1994, 4 Ob 1611/94; 25. Mai 2010, 3 Ob 52/10h, 27. Februar 2014, 1 Ob 138/13w u.v.m.

achtenswerte Kritik gestoßen ist<sup>40</sup>. Weiters bei Vertragsauslegungen<sup>41</sup> oder Prozessklärungen<sup>42</sup>, die i.d.R. ohnehin Einzelfälle darstellen, sofern nicht in Verkennung der Auslegungsgrundsätze ein unvertretbares Auslegungsergebnis erzielt wurde. Keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung liegt u.a. auch bei der Beantwortung einer Frage von rein theoretischem Interesse<sup>43</sup> vor. Dazu zählen auch bloß hypothetische Rechtsfragen, die durch ein Vorabentscheidungsersuchen gelöst werden sollen.<sup>44</sup> Gleiches gilt für einzelfallabhängige Fragen der Fristenberechnung.<sup>45</sup>

[Rz 13] Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung kennt das Zivilrecht in § 8 Abs. 1 OGHG. Die Literatur<sup>46</sup> betont auch i.Z.m. § 8 OGHG, dass der Gesetzgeber nicht näher definiert hat, was von «grundsätzlicher» Bedeutung ist.<sup>47</sup> Eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung liegt aber dann vor, wenn deren Lösung von großer Bedeutung für die Rechtsordnung ist, so etwa wenn diese für weite Teile der Bevölkerung von unmittelbarer rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung ist.<sup>48</sup> Allein das Vorliegen einer präjudiziellen Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung genügt dafür nicht. In jedem Fall erforderlich ist vielmehr zusätzlich noch ein Abgehen von der ständigen Rechtsprechung des obersten Spruchorgans oder die Beseitigung einer Rechtsprechungsdivergenz.<sup>49</sup> Was andererseits eine erhebliche Rechtsfrage darstellt, die Voraussetzung einer grundsätzlichen im Sinne der vorgenannten Bestimmung ist, ergibt sich aus den gerade oben aufgezählten Fallgruppen<sup>38–45</sup>. Demnach reicht für die Annahme der Erheblichkeit bereits das Abweichen des Gerichts von der Rechtsprechung des VwGH oder das Fehlen einer einheitlichen Rechtsprechung ohne, dass eine Rechtsfrage besonderer Wichtigkeit vorliegen muss.<sup>50</sup> Die Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung geht darüber hinaus; ihr ist die große Bedeutung für die Rechtsordnung immanent.<sup>51</sup>

[Rz 14] Daher lässt sich für den Bereich des Art. 133 Abs. 4 B-VG zusammenfassen, dass das Vorliegen der darin genannten drei Fallgruppen alleine für die Annahme einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung nicht ausreicht. Sehr wohl ist aber die Erfüllung einer dieser Fallgruppen im Sinne der für die grundsätzliche Bedeutung notwendigen Erheblichkeit der Rechtsfrage Voraussetzung. Da Art. 133 Abs. 4 B-VG als Verfassungsbestimmung (anders als bspw. § 502 ZPO) den einfachen Gesetzgeber lediglich ermächtigt, weitere Fallgruppen zu bilden, die den genannten gleichwertig sind (arg: «insbesondere») und der einfache Gesetzgeber in § 25a VwGG oder anderer Stelle hiervon nicht Gebrauch gemacht hat, ist von der Notwendigkeit des Vorliegens einer der drei Fallgruppen in einem ersten Prüfschritt auszugehen, erst im zweiten Prüfschritt ist dann die Frage der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage zu klären.

<sup>40</sup> OGH 25. Juni 1996, 4 Ob 2154/96k; 2. Oktober 2014, 2 Ob 165/14z u.v.m.

<sup>41</sup> OGH 19. November 2003, 9 Ob 136/03w; 6. Juli 2010 1 Ob 43/10w ua.

<sup>42</sup> OGH 24. Juli 2013, 9 Ob 28/13b.

<sup>43</sup> OGH 28. März 2000, 1 Ob 57/00i; 25. März 2014, 4 Ob 30/14m.

<sup>44</sup> VwGH 25. März 2014, Ra 2014/04/0001.

<sup>45</sup> OGH 4. März 2010, 2 Ob 140/09s.

<sup>46</sup> FELZMANN/DANZL/HOPF, Oberster Gerichtshof — Bundesgesetz über den OGH und die Geschäftsordnung des OGH 2005<sup>2</sup>, Anm. 4 zu § 8 OGH-Gesetz.

<sup>47</sup> ZECHNER in *Fasching/Konecny*2; IV/1, Vor § 502 ff. ZPO Rz. 119; FELZMANN/DANZL/HOPF, Oberster Gerichtshof<sup>2</sup>, Anm. 4 zu § 8 OGH-Gesetz.

<sup>48</sup> OGH 26. August 1992, 1 Ob 560/92; FELZMANN/DANZL/HOPF, Oberster Gerichtshof<sup>2</sup>, Anm. 5 zu § 8 OGH-G m.w.N.

<sup>49</sup> OGH 7. August 2008, 6 Ob 148/08w, ZECHNER in *Fasching/Konecny*2; IV/1, Vor § 502 ff. ZPO Rz. 123; FELZMANN/DANZL/HOPF, Oberster Gerichtshof<sup>2</sup>, Anm. 5 zu § 8 OGH-G.

<sup>50</sup> KODEK in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup> § 502 Rz. 11; FELZMANN/DANZL/HOPF, Oberster Gerichtshof<sup>2</sup>, Anm. 5 zu § 8 OGH-G.

<sup>51</sup> KODEK in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup> § 502 Rz. 11.

[Rz 15] Der Blick auf die oben zitierte bezügliche bisherige Judikatur<sup>52</sup> und der in diesem Punkt klare Wortlaut des Art. 133 Abs. 4 S1 B-VG lassen im Ergebnis festhalten, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung lediglich eine solche ist, die weitreichende Bedeutung hat. Gleichzeitig ist aber davon auszugehen, dass das Erkenntnis von der Rechtsprechung des VwGH abweichen muss, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage bisher nicht einheitlich beantwortet wurde.

[Rz 16] Bezogen auf den Ausgangsfall der Zulässigkeitsaussprüche im Zusammenhang mit der vergaberechtlichen Antragslegitimation sind die hier aufgeworfenen Rechtsfragen zwar allenfalls (soweit sie über den Einzelfall hinausgehen und nicht bloß theoretischer Natur sind) im Sinne EuGH *Fastweb*<sup>53</sup> von grundsätzlicher Bedeutung, m.E. allerdings für einen positiven Zulässigkeitsausspruch solange nicht ausreichend, als es bisher einheitliche Judikatur zur Antragslegitimation des VwGH gegeben hat. Für den Ausgangsfall bedeutet dies, dass tatsächlich die Revisionen an den VwGH mangels einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in jedem Fall nicht zuzulassen gewesen wären.<sup>54</sup> Der effektive Rechtsschutz ist dabei durch die Möglichkeit eines außerordentlichen Rechtsmittels ausreichend gewahrt.

### 2.3 Sonstiges zum Zulässigkeitsausspruch vergaberechtlicher Revisionen

[Rz 17] Weitere sich im Zusammenhang stellende Rechtsfragen können mit Blick auf das Schrifttum zügig beantwortet werden. Zur Frage, was zu gelten hat, wenn das VwG einen Zulässigkeitsausspruch zur Revision in einer Vergabesache gänzlich unterlässt, ist zutreffend davon auszugehen, dass eine mangels eines in die angefochtene Entscheidung aufgenommenen Ausspruches erhobene Revision als ordentliche Revision anzusehen ist.<sup>55</sup>

[Rz 18] Wird in einer Vergabesache über mehrere Angelegenheiten abgesprochen, ist denkbar, dass diese in keinem inneren Zusammenhang stehen; dann kann grundsätzlich gesondert abgesprochen werden, soweit jedem Spruchpunkt eine gesonderte normative Bedeutung zukommt. Im vergaberechtlichen Zusammenhang wird dies aber im Zweifel zu verneinen sein.<sup>56</sup> Wenn insbesondere getrennte Spruchpunkte ohne den jeweils anderen keinen Bestand haben können, liegt jedenfalls eine untrennbare Sache vor<sup>57</sup>, sodass in diesen Fällen ein einheitlicher Abspruch über die Zulässigkeit der Revision zu treffen sein wird und zwar auch dann, wenn (für sich) bei einem der Spruchpunkte eine Unzulässigkeit der Revision vorliegt, weil dieser Spruchpunkt bei isolierter Betrachtung nicht von der Lösung der Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.<sup>58</sup>

[Rz 19] Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Begründungspflicht hinsichtlich der Zuläs-

---

<sup>52</sup> Vgl. VwGH 25. März 2014, Ra 2014/04/0001 u. Fn. 51–59.

<sup>53</sup> EuGH RS C-100/12, *Fastweb*.

<sup>54</sup> Im Ergebnis ebenso, die bzgl. Frage aber offenlassend, da dort, anders als in EuGH RS C-100/12, *Fastweb*, die Antragslegitimation bejaht wurde: VwGH 25. März 2014, Ra 2014/04/0001.

<sup>55</sup> GRUBER, G. in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 1 zu § 25a VwGG; vgl. VwGH 23. Juni 2014, Fr 2014/12/001, Ro 2014/12/0037.

<sup>56</sup> Vgl. VwGH 27. Februar 2013, 2010/03/0141; GRUBER, G. in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 3 zu § 25a VwGG.

<sup>57</sup> VwGH 30. Juni 2009, 2005/20/0108.

<sup>58</sup> GRUBER, G. in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 3 zu § 25a VwGG mit weiteren allenfalls auch für das Vergaberecht relevanten Überlegungen bei Trennbarkeit der Spruchpunkte.



sigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG sowohl den positiven als auch den negativen Ausspruch betrifft, da das Gesetz diesbezüglich nicht differenziert. Zutreffend weist G. GRUBER<sup>59</sup> darauf hin, dass das Ausmaß der Begründungspflicht des VwG nach § 25a Abs. 1 IS VwGG vor dem Hintergrund der Begründungspflicht des Revisionswerbers nach § 28 Abs. 3 VwGG zu sehen ist, wobei eine Verletzung der Begründungspflicht nur dann wesentlich ist, wenn sie die Partei an der Verfolgung ihrer Rechte hindert.<sup>60</sup> Dabei wird letztendlich darauf abgestellt, ob es dem Revisionswerber auch ohne Kenntnis seiner Begründung oder detaillierter Begründungselemente unschwer möglich ist, seiner Begründungspflicht nach § 28 Abs. 3 VwGG nachzukommen.<sup>61</sup>

### 3 Ergebnis

[Rz 20] Aufgrund der Verwaltungsreform in Österreich haben die Verwaltungsgerichte in Bund und den Ländern die Agenden der bisherigen Vergabekontrollbehörden mit 1. Januar 2014 übernommen. Für den Bereich (auch elektronischer) Vergaben hat sich im Rechtsschutzsystem hier insbesondere der Zugang zum VwGH geändert. Revisionen an das verwaltungsrechtliche Höchstgericht müssen nun zulässig sein. Dazu muss das in Vergabesachen in 1. Instanz entscheidende Verwaltungsgericht in seinem Erkenntnis aussprechen, ob die Revision an den VwGH zulässig ist (dann spricht man, wie im Zivilbereich, von einer ordentlichen Revision) oder nicht zulässig ist (dann außerordentliche Revision).

[Rz 21] Der Zulässigkeitsausspruch ist vom Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abhängig. Für den Bereich des Art. 133 Abs. 4 B-VG kann festgehalten werden, dass das Vorliegen der darin genannten drei Fallgruppen alleine für die Annahme einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung nicht ausreicht, sehr wohl aber die Erfüllung einer dieser Fallgruppen im Sinne der für die grundsätzliche Bedeutung notwendigen Erheblichkeit der Rechtsfrage Voraussetzung ist. Da Art. 133 Abs. 4 B-VG als Verfassungsbestimmung (anders als beispielsweise § 502 ZPO) den einfachen Gesetzgeber lediglich ermächtigt, weitere Fallgruppen zu bilden, die den genannten gleichwertig sind und der einfache Gesetzgeber bisher (vgl. § 25a VwGG) hiervon nicht Gebrauch gemacht hat, ist von der Notwendigkeit des Vorliegens einer der drei Fallgruppen in einem ersten Prüfschritt auszugehen, erst im zweiten Prüfschritt ist dann die Frage der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage zu klären.

[Rz 22] Der Blick auf die bisher ergangene Judikatur des OGH zu § 8 OGHG ist hier hilfreich und lässt i.Z.m. dem in diesem Punkt klaren Wortlaut des Art. 133 Abs. 4 S. 1 B-VG im Ergebnis festhalten, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung lediglich eine solche ist, die — im Sinne der von der Judikatur im Zivilbereich entwickelten Fallgruppen — weitreichende, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat. Dabei muss die Entscheidung über die Revision von der Lösung ebendieser Rechtsfrage abhängen. Dadurch soll die Rechtssicherheit, Rechtseinheit und Rechtsentwicklung mit großer Bedeutung für die Rechtsordnung gewährleistet werden.

---

PHILIPP GÖTZL, Rechtsanwalt/Partner, Götzl Thiele Eurolawyer® Rechtsanwälte, Imbergstraße 19,

---

<sup>59</sup> GRUBER, G. in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 4 zu § 25a VwGG.

<sup>60</sup> Vgl. VwGH 18. Februar 1981, 0874/78 u.a.

<sup>61</sup> Weiterführend: GRUBER, G. in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht, Anm. 5 zu § 28 VwGG.

5020 Salzburg, AT, philipp.goetzl@vergabekanzlei.at; www.vergabekanzlei.at