

Ergänzende Gedanken zu Interkommunalen Kooperationen und Rechtsschutz – aktuelle Neuerungen auf Grundlage der Verwaltungsreform und des Vergaberichtlinienpakets 2014

Philipp Götzl

Der vorliegende ÖWAV Arbeitsbehelf 33 soll auch in seiner 2. Auflage den Umgang der Mitglieder mit dem Vergaberecht erleichtern. Da die angesprochenen Themen aber durchaus umfassend sind und den Rahmen eines Leitfadens bei weitem sprengen würden, waren wir Autoren gehalten, detaillierte Informationen hintanzustellen und einer im Einzelfall notwendigen genaueren Analyse vorzubehalten.

Die vergaberechtlichen Neuerungen im Zuge der Neufassung der Vergaberichtlinien, der zu erwartenden Novelle des BVergG und der Verwaltungsreform sind tatsächlich derart umfassend, dass anhand zweier Beispiele - zu Interkommunalen Kooperationen und dem neuen vergaberechtlichen Rechtsschutz - zwei Regelungsbereiche herausgenommen werden sollen und damit ergänzende ggf praxisrelevante Umstände zum Arbeitsbehelf 33 angedacht sein sollen.

1. Verwaltungsreform in Österreich, das neue Vergaberichtlinienpaket und Ausnahmen vom Vergaberecht

Die mit 1. Januar 2014 in Österreich im Zuge der Verwaltungsreform¹ neu geschaffenen Verwaltungsgerichte sind nun bereits seit über einem Jahr tätig. Dies lässt einen Blick auf diesen grundlegenden Systemwechsel zu, bei dem die bisherigen Berufungsbehörden in Verwaltungssachen und auch die Vergabekontrollbehörden durch neun Landesverwaltungsgerichte und zwei Bundesverwaltungsgerichte ersetzt worden sind. Im Zuge der Neuordnung des Rechtsschutzsystems in Verwaltungsangelegenheiten durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013² wurde neben der Verabschiedung des neuen Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG)³ auch das Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG)⁴ tiefgreifend novelliert.⁵ Auf Grundlage des Art. 130 Abs. 2 Z. 2 B-VG wurde in Vergabesachen durch die Ausführungsgesetze⁶ vorgesehen, dass das (Landes- oder Bundes-)Verwaltungsgericht an die Stelle der bisherigen Vergabekontrollbehörden tritt. Inhaltlich hat sich durch die Neuordnung der Vergabebehörden der Vergaberechtsschutz erster Instanz nicht geändert.⁷ Nach wie vor besteht demnach vor Zuschlagserteilung die Möglichkeit,

¹ 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.

² BGBl I 33/2013.

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

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

⁵ Vgl. den Überblick bei *Gruber, G.*, Einige Problempunkte des VwGG, ZVG 2014, 18.

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

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

gesondert anfechtbare Entscheidungen des Auftraggebers mittels Nachprüfungsantrag⁸ zu überprüfen sowie die Nichtigkeit⁹ der bezüglichen Entscheidung zu begehren und zur Wahrung des effektiven Rechtsschutzes eine einstweilige Verfügung¹⁰ zu erwirken. Nach Zuschlagserteilung können Vergabeverstöße nur mehr festgestellt¹¹ werden und vergabewidrig abgeschlossene Verträge – bis hin zur zivilrechtlichen Nichtigkeit – sanktioniert werden. Änderungen haben sich im Rechtsschutz nur insofern ergeben, als die Anrufung des VwGH mittels einer Revision nun durch das Erfordernis der Zulässigkeit eingeschränkt ist.¹² Darauf wird unten noch eingegangen werden.

Gleichzeitig ist auf unionsrechtlicher Ebene das neue Vergaberichtlinienpaket¹³ zu beachten. Dieses sieht nach heutigem Stand (31.12.2013) eine klassische Richtlinie, eine Sektorenrichtlinie und (neu) eine Konzessionsrichtlinie vor, deren vorrangiges Ziel die Schaffung einfacherer und flexiblerer Verfahren für den Auftraggeber ist. Weiters wird die Möglichkeit „sekundäre“ Zielsetzungen vorgesehen, wie etwa die Berücksichtigung ökologischer, soziale oder innovativer Aspekte. Es soll ein besserer Zugang zu den Vergabeverfahren geschaffen werden und schließlich sollen neue „Governance“-Regelungen zur Professionalisierung der Vergabe führen.

IdZ soll nach der Intention der neuen Vergaberichtlinien jedes Vergabeverfahren elektronisch durchgeführt werden, was die Verfahren beschleunigen soll. Fraglich war bisher immer, ob die im Vergaberecht vorgesehenen Erleichterungen durch elektronische Verfahrensteile in der Praxis angenommen werden.¹⁴ Nunmehr wird aber die elektronische Durchführung zwingend vorgesehen, damit dem Rechtsanwender kein Spielraum mehr gelassen. 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. Diese Möglichkeit bestand zwar auch auf Grundlage des BVergG 2006, wurde aber bisher von der Praxis nicht als Standard übernommen.

Gleichzeitig regeln die genannten neuen Rahmenbedingungen auch neue Ausnahmen vom Vergaberecht. Dabei ist die In-house-Vergabe seit ihrer Entwicklung durch den EuGH und der Kodifizierung in den Vergaberichtlinien und im nationalen Recht die in der Vergabepaxis wohl bedeutendste Ausnahme von der Anwendung des öffentlichen Vergaberechts. Eine Fallgruppe daraus hat der EuGH in den letzten Jahren als neuen Ausnahmetatbestand entwickelt: die interkommunale Zusammenarbeit. Mit den neuen Vergaberichtlinien fand diese Judikatur auch Eingang in das kodifizierte europäische Vergaberecht. Der VwGH¹⁵ hat – noch vor der innerstaatlichen Umsetzung der Vergaberichtlinien – ausgesprochen, dass dieser Ausnahmetatbestand bereits in Österreich gelten soll, was die Bedeutung dieses Ausnahmetatbestands und die Notwendigkeit seiner Analyse im vorliegenden Zusammenhang unterstreicht.

⁸ Vgl. *Gruber, G.*, VwGH – Bezeichnung des Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren, ZVB 2012, 207.

⁹ Vgl. *Gruber, G., Eisner*, VwGH – Rechtmäßigkeit der Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung?, ZVB 2010, 73.

¹⁰ *Gruber, G./Eisner*, VwGH – Einstweilige Verfügung und drohende Schäden, ZVB 2011, 383.

¹¹ Vgl. i.d.Z. *Gruber, G./Eisner*, VwGH – Schadenersatz und Feststellungsantrag, ZVB 2014, 303.

¹² Art. 133 Abs. 4 B-VG u. § 25a Abs. 1 VwGG; Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit Rz. 4 zu Art. 133 B-VG.

¹³ Richtlinie 2014/24/EU vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe; Richtlinie 2014/25/EU vom 26.2.2014 über den Sektorenbereich und die Richtlinie 2014/23/EU vom 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe.

¹⁴ *Reisner/Lehner*, Die Begutachtungsentwürfe 2011, RPA 2011, 245.

¹⁵ VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020, *Korneuburg*.

2. Die Entwicklung der In-house-Vergabe zur Interkommunalen Zusammenarbeit¹⁶

Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer In-house-Vergabe – als Ausgangspunkt der Entwicklung zur interkommunalen Zusammenarbeit – bediente sich der EuGH der in der Rs *Teckal*¹⁷ entwickelten Kriterien, die durch die weiteren folgenden Urteile¹⁸ noch konkretisiert wurden. Während der Anwendungsbereich der In-house-Vergabe nach dem Urteil *Teckal* relativ weit gefasst war, ist dieser insbesondere durch Entscheidung in der Rs *Stadt Halle*¹⁹ restriktiv eingeschränkt worden. Zur Rs *Mödling*²⁰ hat der EuGH ausgesprochen, dass eine Beeinträchtigung des fairen und lautereren Wettbewerbs nicht nur dann gegeben ist, wenn Auftragsvergabe und Anteilsveräußerung an einen Privaten zeitlich zusammenfallen, sondern auch, wenn die Auftragsvergabe zeitlich vorverlagert wurde, mit dem Ziel, mit einer späteren Anteilsveräußerung an einen Privaten der strengen Judikatur des EuGH zu entkommen. Mit EuGH *Asemfo*²¹ wurde erkannt, dass bei In-house-Vergaben die erforderliche Kontrolle auch von öffentlichen Stellen gemeinsam ausgeübt werden kann. Dies war praktisch die Geburtsstunde vergaberechtsfreier interkommunaler Kooperation.²² Durch EuGH *Stadtreinigung Hamburg*²³ wurde die interkommunale Zusammenarbeit – als weiterer Schritt – bei gemeinsamen Gemeinwohlaufgaben durch schlichten privatrechtlichen Vertrag, also ohne echte Delegation und damit ohne klassisches In-house-Verhältnis ermöglicht. Seither²⁴ kann bei interkommunaler Zusammenarbeit das Kontrollkriterium quasi entfallen, mit der Folge, dass die bis dahin notwendige Zwischenschaltung eines Rechtsträgers zur Erfüllung des In-house-Privilegs nun nicht mehr notwendig ist.²⁵ Seit den Entscheidungen EuGH Rs *Ordine degli Ingegneri*,²⁶ Rs *Piepenbrock*,²⁷ Rs *TU Hamburg-Harburg*²⁸ und Rs *Econord*²⁹ ist nun im Ergebnis klaggestellt, dass es iZm mit öffentlichen Einrichtungen zwei Arten der Auftragsvergabe ohne Ausschreibung geben kann: einerseits die klassische In-house-Vergabe,³⁰ die durch ein Kontrollverhältnis zu einer Dienststelle geprägt ist, und andererseits die Zusammenarbeit gleichgestellter öffentlicher Einrichtungen als sog. „interkommunale Kooperation“. ³¹ Erstere ist nach zutreffender Ansicht³² durch ihre vertikale Struktur geprägt, die sich iS der *Teckal*-Kriterien entwickelten Kontrolle über den Leistungserbringer und den Umstand kennzeichnet, dass dieser seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringt. Die interkommunale Zusammenarbeit ist hingegen durch ihre horizontale Struktur geprägt, bei der die Vertragspartner rein vertraglich gebunden und faktisch gleichwertig sind. Dies erscheint Anlass genug, den „neuen“ Tatbestand der interkommunalen Zusammenarbeit näher zu betrachten.

¹⁶ Grundlage der bezüglichen Analyse sind die Ausführungen des Autors in Gast/Götzl, Einzug der interkommunalen Zusammenarbeit – Auszug des Vergaberecht?, RPA 2015/2 (in press).

¹⁷ EuGH 18.11.1998, Rs C-107/98, *Teckal*.

¹⁸ Vgl. EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*; EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04, *Mödling*; EuGH 11.05.2006, Rs C-340/04, *Carbotermo*; EuGH 19.04.2007, Rs C-295/05, *Asemfo*; EuGH 18.12.2007, Rs C-220/06, *Asociación Profesional*.

¹⁹ EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*.

²⁰ Vgl. EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04, *Mödling*, Rn 38.

²¹ EuGH 19.04.2007, C-295/05, *Asemfo*.

²² IdS *Oppel*, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014, 32 f.

²³ EuGH 09.06.2009, Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*.

²⁴ EuGH 19.12.2012, Rs C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*; EuGH 13.6.2013, Rs C-386/11, *Piepenbrock*.

²⁵ Vgl. *Oppel*, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014, 34.

²⁶ EuGH 19.12.2012, Rs C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*.

²⁷ EuGH 13.06.2013, Rs C-386/11, *Piepenbrock*.

²⁸ EuGH 08.05.2014, Rs C-15/13, *TU Hamburg-Harburg*.

²⁹ EuGH 29.11.2012, Rs C-182/11 u. C-183/11, *Econord*, RPA 2013, 106 [Reisner].

³⁰ Statt vieler: Reisner, Neues zur In-House-Vergabe, RPA 2013, 69; Götzl/Möller, Aktueller Stand der In-House-Vergabe - Der Versuch einer Systematisierung, RPA 2008, 66.

³¹ VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020, RPA 2014, 324 [Anm. Casati].

³² Reisner, Neues zur In-House-Vergabe, RPA 2013, 74.

2.1. Kennzeichen interkommunaler Zusammenarbeit

Ausgangspunkt für eine interkommunale Zusammenarbeit ist, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit eigenen Mitteln oder in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.³³ Demnach obliegt es der öffentlichen Hand, die von ihr zu erfüllenden Aufgaben im Allgemeininteresse selbst zu erbringen oder durch andere öffentliche Stellen erbringen zu lassen; jedenfalls ist aber die Zwischenschaltung eines Rechtsträgers nicht notwendig, da ein Kontrollkriterium, wie eingangs dargestellt, nicht mehr gefordert wird. Grundidee dabei ist, dass öffentliche Stellen ihre gemeinsamen und im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben erfüllen können sollen, ohne dafür einen eigenen Rechtsträger gründen zu müssen.³⁴ Das insofern entfallende Kontrollkriterium wird aber durch andere Kriterien ersetzt, deren Schwerpunkt die gemeinsame Gemeinwohlaufgabe (eine öffentliche Dienstleistung im öffentlichen Interesse, siehe unten) darstellt.

Nur wenn die Aufgaben an private Unternehmen übertragen werden sollen, kommt demnach das Vergaberecht zur Anwendung.³⁵ Solange die Aufgaben in der öffentlichen Hand bleiben, ist keine Ausschreibung erforderlich, sofern die weiteren von der Judikatur entwickelten Voraussetzungen erfüllt sind.

2.2. Die Vergaberichtlinien 2014

Die vorgenannte EuGH-Judikatur wurde in den neuen Vergaberichtlinien der EU umgesetzt. Art 12 Abs 4 und 5 Richtlinie 2014/24/EU und Art 28 Abs 4 und 5 Richtlinie 2014/25/EU, welche bis 17.04.2016 in nationales Recht umzusetzen sind, bestimmen:

(4) Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

- a) der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;*
- b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und*
- c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.*

(5) Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten gemäß [...] Abs 4 Buchstabe c wird der durchschnittliche Gesamtumsatz, oder ein geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Wert wie z. B. Kosten, die der betreffenden juristischen Person oder dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber während der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrags in Bezug auf Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen entstanden sind, herangezogen.

Liegen für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert wie z. B. Kosten vor oder sind sie nicht mehr relevant, weil die betreffende juristische Person oder der betreffende öffentliche Auftraggeber gerade gegründet wurde oder erst vor kurzem ihre beziehungsweise seine Tätigkeit aufgenommen hat oder weil sie ihre beziehungsweise er seine Tätigkeiten umstrukturiert hat, genügt es, wenn sie

³³ EuGH 13.11.2008, Rs C-324/07, *Coditel*.

³⁴ *Oppel*, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014, 34.

³⁵ Vgl. EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04, *Mödling*.

beziehungsweise er — vor allem durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung — den tätigkeitsgestützten Wert glaubhaft macht.

Die neue Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU enthält in Art 17 eine nahezu idente Bestimmung. Damit wird die bisherige Judikatur des EuGH umgesetzt und näher präzisiert.

Das BVergG 2006 idF BGBl I Nr 128/2013 berücksichtigt freilich die von der Judikatur des EuGH zuletzt entwickelte und in den Vergaberichtlinien 2014 niedergeschriebene interkommunale Zusammenarbeit als solche noch nicht. Dennoch ist interkommunale Zusammenarbeit in der jüngsten Spruchpraxis des VwGH als Ausnahmetatbestand auch im Regime des BVergG 2006 in Österreich direkt anzuwenden:³⁶

2.3. Voraussetzungen für eine interkommunale Zusammenarbeit

Es ist somit davon auszugehen, dass die interkommunale Zusammenarbeit entsprechend der Judikatur und den Vorgaben der Vergaberichtlinien bereits jetzt einen Ausnahmetatbestand vom Vergaberechts darstellt. Bei Vorliegen der angeführten Voraussetzungen liegt folglich eine Ausnahme von der Anwendung des BVergG 2006 vor. Diese Voraussetzungen für eine formfreie interkommunale Zusammenarbeit sind die Folgenden:

1. Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern;
2. keine Beteiligung Privater bei der Zusammenarbeit;
3. die Ausführung von zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen dient der Erreichung gemeinsamer Ziele;
4. die Zusammenarbeit liegt ausschließlich im öffentlichen Interesse;
5. die öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt gemeinsam weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

Zu den fünf Voraussetzungen im Detail:

2.3.1. Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern

Ausgangspunkt dieses Tatbestandselementes ist idR ein Vertrag, mit dem eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart wird.³⁷ Erforderlich scheint nach der Absicht des europäischen Gesetzgebers, dass alle Vertragspartner zumindest einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden Dienstleistung erbringen. Ist dies der Fall, können die wesentlichen vertraglichen Pflichten durchaus einem oder mehreren aller Vertragspartner übertragen werden. Idealerweise basiert diese wechselseitige Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept. Ein solches Konzept stellt aber im Ausnahmefall gerade auch ein Vertrag oder wohl auch eine Punktation dar.

Die Zusammenarbeit sollte sohin auf einem kooperativen Konzept beruhen. Die Zusammenarbeit setzt dabei nicht voraus, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, zumindest einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten.³⁸

2.3.2. Keine Beteiligung Privater

³⁶ VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020, RPA 2014, 324..

³⁷ EuGH 09.06.2009 Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 37; VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020.

³⁸ Erwägung 33 zu Richtlinie 2014/24/EU.

Nach der Judikatur darf kein privater Dienstleistungserbringer bessergestellt werden, als seine Wettbewerber.³⁹ Auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Grundsatz des fairen Wettbewerbes entsprechend⁴⁰ müssen alle privaten Unternehmer gleich behandelt werden. Profitiert somit ein Privater von einer vereinbarten Zusammenarbeit,⁴¹ und sei es nur durch minderheitliche Beteiligung an einem Vertragspartner,⁴² liegt eine dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegende Auftragsvergabe vor. Dem gegenüber schadet es laut Judikatur nicht, wenn durch die interkommunale Zusammenarbeit ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber bessergestellt werden als Mitbewerber mit oder ohne private Beteiligung.

2.3.3. Dienstleistungen dienen der Erreichung gemeinsamer Ziele

Die der Zusammenarbeit zugrunde liegenden Dienstleistungen müssen der Erreichung gemeinsamer Ziele dienen. Dabei müssen die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen nicht notwendigerweise identisch sein, sie können sich auch ergänzen.⁴³ Es ist also zu hinterfragen, welche Ziele die Vertragspartner haben. Würde eine Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern nicht mehr diesen gemeinsamen Zielen, sondern anderen Interessen dienen, ist diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Zusammenarbeit (überwiegend) Interessen Dritter oder (überwiegend) einem Vertragspartner dient.

Schließlich geht aus der Formulierung der Vergaberichtlinien hervor, dass es sich bei der interkommunalen Zusammenarbeit jedenfalls um die *Erbringung von Dienstleistungen* handeln muss. Das BVergG unterteilt Aufträge in Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Demnach ist eine interkommunale Zusammenarbeit nur im Bereich von Dienstleistungen, nicht aber im Bereich von Bau- und Lieferaufträgen möglich. Durch die Zusammenarbeit müssen somit Dienstleistungen im öffentlichen Bereich erbracht werden. Abgrenzungsschwierigkeiten können sich allenfalls ergeben, wenn Dienstleistungen im Bereich von Bauvorhaben oder bei Lieferungen zu erbringen sind. Rein vom Wortlaut der Richtlinie ausgehend sind Dienstleistungen zulässig, auch wenn sie im Zusammenhang mit Bauaufträgen oder Lieferaufträgen erbracht werden. Somit sind auch die Planung von Bauvorhaben oder Dienstleistungen zu Lieferaufträgen über eine interkommunale Zusammenarbeit zulässig. Das Ausführen von Bauwerken und die Erbringung von Lieferungen selbst sind hingegen der interkommunalen Zusammenarbeit nicht zugänglich.

Damit setzt diese interkommunale Zusammenarbeit (auch als Beitrag zur gemeinsamen Ausführung) keine echte Zusammenarbeit in dem Sinn voraus, dass jeder der Vertragspartner gegenüber dem anderen (wechselseitig) entsprechende Dienstleistungen als wesentliche vertragliche Pflichten erbringt; es genügt für eine solche Kooperation, dass eine Gebietskörperschaft gegenüber einer anderen im *gemeinsamen* allgemeinen Interesse (gemeinsames Ziel) gelegene Dienstleistungen gegen Entgelt erbringt, so lange der Vertragspartner noch einen über das Entgelt hinausgehenden Beitrag leistet. Dem kooperativen Konzept wird daher durch eine Tätigkeit im gemeinsamen allgemeinen Interesse entsprochen.

2.3.4. Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse

Eine nicht unwesentliche Einschränkung von formfreien Auftragsvergaben ist dadurch vorgegeben, dass die Durchführung der interkommunalen Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse gefordert wird. Das ist vermutlich vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die EU auf vier Grundfreiheiten aufbaut, nämlich freier

³⁹ EuGH 09.06.2009, Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 44 u 47 mVa EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rn 50 u 51.

⁴⁰ Vgl etwa Art 7 B-VG und § 19 BVergG.

⁴¹ Vgl etwa EuGH 19.12.2001, Rs C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*.

⁴² EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rn 50 u 51.

⁴³ Erwägung 33 zu Richtlinie 2014/24/EU.

Warenverkehr, Personenfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit und freier Kapital- und Zahlungsverkehr. Dem folgend soll die Preisfindung grundsätzlich am freien Markt selbst durch Angebot und Nachfrage erfolgen. Das öffentliche Vergaberecht soll dabei bei öffentlichen Auftragsvergaben den fairen Wettbewerb gewährleisten. Wenn nun öffentliche Auftraggeber nicht selbst Leistungen erbringen, sondern gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern zusammenarbeiten, soll der freie Wettbewerb eingeschränkt werden können; dies aber nur dann, wenn diese interkommunale Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse gelegen ist.

Mit anderen Worten kann eine interkommunale Zusammenarbeit öffentlicher Stellen das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – nicht in Frage stellen, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.⁴⁴ Es ist somit eine qualitative Abwägung zwischen dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs und dessen Einschränkung im öffentlichen Interesse vorzunehmen.

2.3.5. Keine Marktbeherrschung

Erforderlich ist schließlich, dass die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen. Mit diesem Tatbestandselement wird darauf abgestellt, dass der freie Markt durch interkommunale Zusammenarbeit nicht übermäßig eingeschränkt wird. Der europäische Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, einen Schwellenwert einzuführen, bei dessen Überschreiten der freie Markt gefährdet und somit eine (weitere) formfreie Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern ohne Ausschreibung nicht mehr zulässig ist. Neben dem vorgenannten qualitativen Tatbestandselement der Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse wird somit eine quantitative Schranke eingezogen, welche vom EuGH bislang nicht aufgegriffen wurde.⁴⁵

Ist der einschlägige Markt ein lokaler (zB bei der Trinkwasserversorgung oder Abwasserentsorgung), ist die Marktbeherrschung der beiden Auftraggeber auf dem lokalen Markt relevant. Ist der einschlägige Markt jedoch ein weiter (zB bei Stromerzeugung und -handel), ist die Marktbeherrschung der beiden Auftraggeber auf dem europaweiten Strommarkt relevant. Letztendlich bedarf auch dieses Tatbestandsmerkmal immer einer Einzelfallbetrachtung.

2.4. Ergebnis zu interkommunalen Kooperationen in Österreich

Das BVergG 2006 sieht zwar derzeit die von der Judikatur des EuGH entwickelte und in den Vergaberichtlinien 2014 niedergeschriebene interkommunale Zusammenarbeit dezitiert noch nicht vor. Es ist aber zu erwarten, dass mit der nächsten BVergG Novelle auch das jeweils aktuelle Unionsrecht und damit die Regelungen zur interkommunalen Zusammenarbeit umgesetzt werden. Die vom EuGH entwickelten und in den Vergaberichtlinien 2014 kodifizierten Ausnahmen von der Anwendung des unionsrechtlichen Vergaberechts gelten bis dahin auch infolge der E des VwGH vom 17.06.2014⁴⁶ bereits jetzt in Österreich.

Die interkommunale Zusammenarbeit kann die Pflicht zur Durchführung öffentlicher Vergabeverfahren wesentlich einschränken. Öffentliche Auftraggeber können bei Vorliegen der aufgezeigten Voraussetzungen ohne Ausschreibung eine Zusammenarbeit begründen. Private Unternehmen dürfen dabei nicht begünstigt werden. Bei der Zusammenarbeit müssen nicht alle Vertragspartner wesentliche Hauptleistungen erbringen; es genügt, wenn alle Vertragspartner einen

⁴⁴ EuGH 09.06.2009, Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 44 und 47 mVa EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rn 50 und 51.

⁴⁵ EuGH 09.06.2009, Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*; EuGH 19.12.2012, Rs C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*; EuGH 13.06.2013, Rs C-386/11, *Piepenbrock*; EuGH 08.05.2014, Rs C-15/13, *TU Hamburg-Harburg*.

⁴⁶ VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020.

Beitrag zur Zusammenarbeit leisten. Wesentlich ist jedoch die qualitative Einschränkung, dass die Zusammenarbeit gemeinsamen Zielen dienen und im öffentlichen Interesse gelegen sein muss. Schließlich darf durch die Zusammenarbeit der relevante Markt quantitativ nur unter 20 % erfasst werden.

Der Anwendungsbereich der interkommunalen Zusammenarbeit kann ein breiter sein. Wenn sich öffentliche Auftraggeber entscheiden, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Auftraggebern gemeinsam zu erfüllen, werden sie bei Begründung der Zusammenarbeit vom Vergaberecht ausgenommen und von Ausschreibungen befreit. Die genaue Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen bleibt aber unerlässlich. Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, kann eine unzulässige Direktvergabe vorliegen; es drohen vor allem Sanktionen wie die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages und die Verhängung einer Geldbuße.

3. Vergaberechtlicher Rechtsschutz auf Grundlage der österreichischen Verwaltungsreform

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.⁴⁷ Der Ausspruch des Verwaltungsgerichts über die Zu- oder Unzulässigkeit der Revision stellt damit eine Weichenstellung für das Revisionsverfahren an den VwGH dar.⁴⁸ So folgt beispielsweise aus einem Unzulässigkeitsausspruch, dass der Revisionswerber die Zulässigkeit besonders begründen⁴⁹ 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.⁵⁰ 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.⁵¹ Von einem solchen Ausspruch hängt es auch ab, ob das Vorverfahren vom Verwaltungsgericht oder dem VwGH zu führen ist.⁵² Eine Analyse der Voraussetzungen des Zulässigkeitsausspruchs einer Revision und damit einhergehender Begründungserfordernisse scheint daher zielführend.

3.1. Ausspruch der Zulässigkeit der Revision, Grundlage und Praxis

§ 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 grundsätzlicher (nicht bloß erheblicher)⁵³ Bedeutung abhängt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des

⁴⁷ Vgl. Art. 133 Abs. 4 B-VG u. § 25 a Abs. 1 VwGG; *Faber*, Verwaltungsgerichtbarkeit Rz. 4 zu Art. 133 B-VG.

⁴⁸ *Gruber, G.*, in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 1 zu § 25a VwGG; *Rechberger* [Hrsg.], Kommentar zur ZPO³ Rz. 8 bei § 500.

⁴⁹ § 28 Abs. 3 VwGG.

⁵⁰ *Gruber, G.*, in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 1 zu § 25a VwGG.

⁵¹ VwGH 25. März 2014, Ra 2014/04/0001; 28. Februar 2014, Ro 2014/03/0005.

⁵² *Gruber, G.*, in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht, Rz. 1 zu § 25a VwGG.

⁵³ Vgl. § 502 Abs. 1 ZPO.

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 Einzelfall⁵⁴ geht, sondern um die Gewährleistung der Rechtsicherheit, Rechtseinheit und Rechtsentwicklung als Ganzes.

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.⁵⁵ 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).⁵⁶

Dieses System ist freilich i.Z.m. dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz⁵⁷ 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 ausreichend⁵⁸, 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.

3.2. Kriterien für das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

Die Literatur⁵⁹ betont, dass Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung dann vorliegen, wenn deren Lösung von „großer Bedeutung für die Rechtsordnung, so etwa für weite Teile der Bevölkerung von unmittelbarer rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung“ ist.⁶⁰ 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.⁶¹ Daher können auch nicht erhebliche Rechtsfragen im Sinne der bisherigen Judikatur des OGH keine solchen von grundsätzlicher Bedeutung begründen.⁶² 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.⁶³

⁵⁴ 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.

⁵⁵ RV 1618 BlgNR 24. GP, 16; *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Rz. 4, 17 zu Art. 133 B-VG.

⁵⁶ *Faber* a.a.O. Rz. 17.

⁵⁷ Nach Art. 47 Abs. 1 GRC u. Art. 6 MRK.

⁵⁸ Vgl. zuletzt OGH 4. März 2013, 8 Ob 7/13g; 14. März 2013, 2 Ob 107/12t.

⁵⁹ *Danzl*, Erhebliche Rechtsfrage und Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung – zwei Instrumente zur Vereinheitlichung der oberstergerichtlichen 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 Gerichtshof², Anm. 4 zu § 8 OGH-Gesetz.

⁶⁰ OGH 26. August 1992, 1 Ob 560/92 (verstärkter Senat); vgl. *Danzl*, a.a.O., 121 m.w.N. in Fn. 149 und 150.

⁶¹ *Danzl*, a.a.O., 107, m.w.N. in Fn. 53.

⁶² Dazu ausführlich *Danzl*, a.a.O., 108 Fn. 58 mit typischen Begründungsformeln der (Zivil-)Gerichte zum Zulässigkeitsausspruch.

⁶³ VwGH 29. April 2014, Ra 2014/04/0003 unter Hinweis auf VwGH 25. März 2014, Ra 2014/04/0001.

Jedenfalls keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt daher in den von der bisherigen Judikatur des OGH abgesprochenen Fallgruppen⁶⁴ 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 eindeutigen Gesetzeswortlaut, selbst bei Fehlen einer Rechtsprechung hierzu, keine erhebliche und damit auch keine grundsätzliche Rechtsfrage anzunehmen⁶⁵, ebenso, wenn sich seit etlichen Jahren eine allenfalls von der früheren Rechtsprechung abweichende Judikatur gefestigt hat⁶⁶ oder auch bei Vorhandensein zwar bloß einer einzigen, jedoch ausführlich begründeten, grundlegenden und veröffentlichten Entscheidung, die auch im Schrifttum auf keine beachtenswerte Kritik gestoßen ist⁶⁷. Weiters bei Vertragsauslegungen⁶⁸ oder Prozesserkklärungen⁶⁹, 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 Interesse⁷⁰ vor. Dazu zählen auch bloß hypothetische Rechtsfragen, die durch ein Vorabentscheidungsersuchen gelöst werden sollen.⁷¹ Gleiches gilt für einzelfallabhängige Fragen der Fristenberechnung.⁷²

Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung kennt das Zivilrecht in § 8 Abs. 1 OGHG. Die Literatur⁷³ betont auch i.Z.m. § 8 OGHG, dass der Gesetzgeber nicht näher definiert hat, was von „grundsätzlicher“ Bedeutung ist.⁷⁴ 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.⁷⁵ 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.⁷⁶ Was andererseits eine erhebliche Rechtsfrage darstellt, die Voraussetzung einer grundsätzlichen im Sinne der vorgenannten Bestimmung ist, ergibt sich aus den gerade oben aufgezählten Fallgruppen. 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.⁷⁷ Die Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung geht darüber hinaus; ihr ist die große Bedeutung für die Rechtsordnung immanent.⁷⁸ 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.

⁶⁴ Dazu die übersichtliche und hilfreiche Fallgruppenbildung bei *Danzl*, a.a.O., 110 ff.

⁶⁵ OGH 22. März 1992, 5 Ob 105/90; 19. September 2014, 6 Ob 146/14k .

⁶⁶ 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.

⁶⁷ OGH 25. Juni 1996, 4 Ob 2154/96k; 2. Oktober 2014, 2 Ob 165/14z u.v.m.

⁶⁸ OGH 19. November 2003, 9 Ob 136/03w; 6. Juli 2010 Ob 43/10w u.a.

⁶⁹ OGH 24. Juli 2013, 9 Ob 28/13b.

⁷⁰ OGH 28. März 2000, 1 Ob 57/00i; 25. März 2014, 4 Ob 30/14m.

⁷¹ VwGH 25. März 2014, Ra 2014/04/0001.

⁷² OGH 4. März 2010, 2 Ob 140/09s.

⁷³ *Felzmann/Danzl/Hopf*, Oberster Gerichtshof – Bundesgesetz über den OGH und die Geschäftsordnung des OGH 2005², Anm. 4 zu § 8 OGH-Gesetz.

⁷⁴ *Zechner in Fasching/Konecny*² IV/1, Vor § 502 ff. ZPO Rz. 119; *Felzmann/Danzl/Hopf*, Oberster Gerichtshof², Anm. 4 zu § 8 OGH-Gesetz.

⁷⁵ OGH 26. August 1992, 1 Ob 560/92; *Felzmann/Danzl/Hopf*, Oberster Gerichtshof², Anm. 5 zu § 8 OGH-G m.w.N.

⁷⁶ 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 Gerichtshof², Anm. 5 zu § 8 OGH-G.

⁷⁷ *Kodek in Rechberger*, ZPO⁴ § 502 Rz. 11; *Felzmann/Danzl/Hopf*, Oberster Gerichtshof², Anm. 5 zu § 8 OGH-G.

⁷⁸ *Kodek in Rechberger*, ZPO⁴ § 502 Rz. 11.

3.3. Ergebnis zur Zulässigkeit vergaberechtlicher Revisionen⁷⁹

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). Dieser Zulässigkeitsausspruch ist vom Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abhängig. Für den damit angesprochenen 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.

Der Blick auf die bisher ergangene Judikatur des OGH zu § 8 OGHG ist zur Beantwortung der Frage grundsätzlicher Bedeutung 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.

⁷⁹ Diese Ergebnis beruht auf der Analyse, die der Autor in einen Aufsatz Zum Ausspruch der Zulässigkeit der Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Vergabesachen, ZVG 2015, 15 gegeben hat.