

Nr. 45 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 43 SubV i.V.m. Art. 64 und 46 Abs. 1 VRPV. Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Beschwerdelegitimation. Eine aus mehreren Unternehmungen zusammengesetzte Anbietergemeinschaft (einfache Gesellschaft) bildet eine notwendige Streitgenossenschaft. Ein an der Anbietergemeinschaft beteiligter Unternehmer ist deshalb nicht selbstständig zur Anfechtung eines Vergabeentscheides legitimiert.

Obergericht, 31. Januar 2005, OG V 04 30 (siehe Nr. 44)

Aus den Erwägungen:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde durch die ARGE X erhoben. In der Replik wird klargestellt, dass Beschwerdeführerin die Y ist. Sie vertrete aber auch die übrigen Gesellschafter der ARGE (Arbeitsgemeinschaft). Die ARGE selbst ist eine einfache Gesellschaft und als solche nicht rechtsfähig und somit auch nicht parteifähig. Die Aktiv- und Passivlegitimation zur Ergreifung eines Rechtsmittels kann allein den Gesellschaftern zukommen (Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004, § 12 N. 15; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 260).

2. a) Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob ein einzelnes Mitglied der in der Rechtsform der einfachen Gesellschaft gekleideten ARGE allein legitimiert ist, gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 12. Juli 2004 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzureichen. Die anwendbare Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsverordnung, SubV, RB 3.3112) enthält keine selbstständige Regelung der Beschwerdelegitimation. Art. 43 SubV verweist für das Verfahren auf die VRPV, soweit die SubV nichts anderes bestimmt. Gemäss Art. 64 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VRPV ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Regelung lehnt sich an Art. 103 lit. a OG an (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16. Februar 1994 an den Landrat zur Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege [VRPV], S. 28), welche Bestimmung wiederum derjenigen in Art. 48 lit. a VwVG entspricht (Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 914). Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ist der nicht berücksichtigte Bewerber als Adressat der angefochtenen Zuschlagsverfügung von dieser direkt berührt (VPB 64 [2000] Nr. 29 S. 402) und folglich beschwerdelegitimiert.

b) Die Mitglieder der einfachen Gesellschaft wären an den aus dem Zuschlag folgenden Rechten gesamthänderisch berechtigt (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rnr. 249). Die gesamthänderische Berechtigung folgt aus dem materiellen Zivilrecht und ist auch im Verwaltungsprozess zu berücksichtigen. Die Gesellschafter haben deshalb

auch im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gegen die abschlägige Zuschlagsverfügung zusammen als notwendige Streitgenossen aufzutreten (BEZ 2000 Nr. 7 E. 3b mit Verweis auf Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 21 N. 10; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl., St. Gallen 2003, Rz. 331; Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 484; Denis Esseiva, in BR 2000 S. 127).

c) Den einzelnen Gesamthandschaffern kann im Verwaltungsprozess nur dann eine selbstständige Beschwerdebefugnis zukommen, wenn mit der Anfechtung eine belastende oder pflichtbegründende Anordnung abgewendet werden soll (Isabelle Häner, a.a.O., Rz. 486; Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 533). Mit der den Zuschlag an die ARGE X ablehnenden Verfügung werden dieser bzw. den Gesellschaftern aber keine Pflichten oder Lasten auferlegt, sondern die aus dem Zuschlag folgenden Rechtsfolgen verweigert (BEZ 2000 Nr. 7 E. 3c; Denis Esseiva, a.a.O.). Bei diesen Rechtsfolgen handelt es sich zudem um unteilbare Leistungen, die nur an die Gemeinschaft als ganze ergehen könnten. Denn die Übernahme eines öffentlichen Auftrags kann nur durch die Bietergemeinschaft als ganze erfolgen. Dem einzelnen Mitglied der Gemeinschaft würde daher die Gutheissung der Beschwerde keinen unmittelbaren Vorteil verschaffen, den es unabhängig von den anderen Mitgliedern wahrnehmen könnte. Damit fehlt ihm insofern ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung (BEZ 2000 Nr. 7 E. 3c; vgl. Isabelle Häner, a.a.O., Rz. 488; Denis Esseiva, a.a.O.). Das bedeutet, dass die Verfügung vom 12. Juli 2004 nur durch alle Mitglieder der ARGE X zusammen und nicht durch die Y allein mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde hätte angefochten werden können.

d) Gemäss der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) kann auch ein Mitglied einer unterlegenen Bietergemeinschaft in der Form der einfachen Gesellschaft allein gegen eine abschlägige Zuschlagsverfügung Beschwerde ergreifen. Auch das einzelne Mitglied sei durch die ablehnende Zuschlagsverfügung berührt und habe ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids, der die Rechte und Interessen der einfachen Gesellschaft beeinträchtigt. Auch die BRK verneint aber die Beschwerdebefugnis eines einzelnen Mitgliedes einer Bietergemeinschaft, wenn ein oder mehrere Mitglieder eines Konsortiums aus diesem ausgeschieden seien, sie ausdrücklich den Zuschlag an einen Mitbewerber gebilligt oder klargemacht hätten, dass sie sich nicht mehr beteiligen wollen (VPB 64 [2000] Nr. 29 S. 402 f.). Eine Beschwerde ist damit auch gemäss der BRK nur möglich, wenn sie von der Zustimmung aller Mitglieder ausgehen kann. Ohne die erwähnten Anhaltspunkte vermutet sie diese Zustimmung. Für eine solche Vermutung besteht aber keine Grundlage. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass ein Mitglied einer Bietergemeinschaft den Zuschlag an einen Konkurrent akzeptiert, wenn er sich an einer Beschwerde nicht beteiligt. Das gilt auch im vorliegenden Fall für

die weiteren Mitglieder der ARGE X. Wären sie an der Verwaltungsgerichtsbeschwerde interessiert gewesen, hätten sie an der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ohne weiteres teilnehmen können. Das taten sie nicht. Damit fehlt die Zustimmung aller Mitglieder der ARGE X.

e) Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Y allein zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung vom 12. Juli 2004 nicht legitimiert ist, weshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten ist.

3. Ausserdem beruft sich die Beschwerdeführerin auf die SIA-Norm 118 Art. 28 Abs. 2. Danach vertritt der federführende Gesellschafter die Arbeitsgemeinschaft rechtsverbindlich gegenüber dem Bauherrn. Als Bauherr bzw. Vertreterin des Bauherrn tritt die Vorinstanz auf. Das Obergericht als Rechtsmittelinstanz ist dagegen nicht mehr Bauherr. Die Y kann also im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren die anderen Mitglieder der ARGE X nicht gestützt auf SIA-Norm 118 Art. 28 Abs. 2 vertreten.

4. Nach Art. 543 Abs. 3 OR wird eine Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters, die einfache Gesellschaft oder sämtliche Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, vermutet, sobald ihm die Geschäftsführung überlassen ist. Gemäss Art. 535 Abs. 1 OR steht die Geschäftsführung allen Gesellschaftern einer einfachen Gesellschaft zu, soweit sie nicht durch Vertrag oder Beschluss einem oder mehreren Gesellschafter oder Dritten ausschliesslich übertragen ist. Nach Art. 535 Abs. 3 OR ist aber zur Bestellung eines Generalbevollmächtigten und zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen, die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich, sofern nicht Gefahr im Verzuge liegt. Die Y wurde von den Mitgliedern der ARGE X als federführend bezeichnet. Aber auch wenn die Federführung als Geschäftsführung für die ganze Bietergemeinschaft verstanden wird, folgt daraus keine Vermutung der Vertretungsmacht zur Ergreifung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Obergericht. Denn die Anfechtung einer abschlägigen Zuschlagsverfügung geht über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte i.S. von Art. 535 Abs. 3 OR hinaus. Deshalb wäre dafür die Zustimmung aller Mitglieder der ARGE notwendig gewesen. Entsprechend besteht ohne diese Zustimmung auch keine Vermutung i.S. von Art. 543 Abs. 3 OR. Ob diese Vermutung überhaupt gilt, soweit ein Gesellschafter nur aufgrund der dispositiven Ordnung von Art. 535 Abs. 1 OR zur Geschäftsführung befugt ist, kann offen bleiben (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., § 12 N. 61 f.).

5. Die Vertretung vor Obergericht bestimmt sich nach Art. 10 VRPV. Nach Art. 10 Abs. 3 VRPV gelten die Anwälte als Inhaber einer Vollmacht der Partei, für die sie handeln. Der auftretende Rechtsvertreter handelt aber nur für die Y. Er macht nur geltend, dass diese die übrigen Mitglieder der ARGE vertrete, nicht aber, dass er sie selbst vertrete. Damit kann er sich auch nicht

auf Art. 10 Abs. 3 VRPV berufen.