



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730  
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/077/15212/2023-27  
A.

Wien, 15.02.2024

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl über den Antrag der A., vertreten durch Rechtsanwälte OG, Rechtsanwalt in Wien, B.-markt, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren „Stadt Wien - Gebietsbetreuung Stadterneuerung (GB\*) - Los ...: GB\* ..., ... und ... Bezirk“, der Stadt Wien, Magistratsabteilung 25, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, Wien, C.-gasse,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Dem Antrag vom 04.12.2023 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 24.11.2023 wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 24.11.2023 wird nichtig erklärt.
- II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin € 11.403,00 an entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Handen ihrer Rechtsvertreterin zu ersetzen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 25 (im Folgenden: Antragsgegnerin), ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend „Gebietsbetreuung Stadterneuerung“. Das Vergabeverfahren ist in 6 Gebietslose geteilt. Das Nachprüfungsverfahren betrifft das Gebietslos ... betreffend den ..., ... und den ... Wiener Gemeindebezirk.

Die A. (im Folgenden: Antragstellerin) ist Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren und hat ein LBO gelegt.

Die Antragsgegnerin hat am 24.11.2023 eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D. GmbH, E. GmbH und F. (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) erlassen.

Die Antragstellerin hat gegen diese Zuschlagsentscheidung rechtzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, ihr Interesse am Erhalt des Auftrags und den ihr drohenden Schaden dargelegt sowie die Pauschalgebühren entrichtet.

Die einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 07.12.2023, VGW-124/077/15215/2023, erlassen.

### In ihrem Nachprüfungsantrag brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über ausreichende Personalressourcen und damit nicht über die technische Leistungsfähigkeit. Vielmehr würde die präsumtive Zuschlagsempfängerin das für die Erfüllung des Auftrags erforderliche Personal erst mittels Inseraten suchen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde weiters nicht über die erforderlichen Befugnisse verfügen. Insbesondere sei die Teilnahme an einer Ausschreibung bereits der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten und würde das F. daher auch

als gemeinnütziger Verein für die Teilnahme an der gegenständlichen Ausschreibung die entsprechenden Gewerbeberechtigungen benötigen.

Die Antragsgegnerin replizierte im Wesentlichen wie folgt:

Betreffend die technische Leistungsfähigkeit sei in den Eignungsanforderungen nicht festgelegt worden, dass eine konkret bestimmte Anzahl an Mitarbeiterinnen nachgewiesen werden müsse. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dürfe schon deshalb aus dem von der Antragstellerin vorgebrachten Grund nicht ausgeschieden werden. Die Antragsgegnerin habe konkrete Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit und zu den erforderlichen Nachweisen getroffen und die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die erfolgten Festlegungen nachweislich erfüllt.

Betreffend Befugnisse würde die präsumtive Zuschlagsempfängerin alle erforderlichen Gewerbeberechtigungen vorweisen. Bei der im Auftrag enthaltenen Sozialarbeit würde es sich um keine dem Gewerberecht unterliegende Tätigkeit handeln. Insbesondere sei für Sozialarbeit keine Befugnis als Lebens- und Sozialberatung erforderlich und würde Sozialarbeit auch nicht Gegenstand eines freien Gewerbes sein. Betreffend § 1 Abs. 6 GewO 1994 würde die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, bei Vereinen auch dann vorliegen, wenn die Tätigkeit des Vereins das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweise. Dies treffe auf die vom Verein F. erbrachte Sozialarbeit gerade nicht zu.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachte in ihrer Replik im Wesentlichen vor:

Die Durchführung der Sozialarbeit unterliege nach einhelliger Meinung nicht der Gewerbeordnung, da die Kompetenz zur Regelung dieser Berufe und dieser Tätigkeiten dem Landesgesetzgeber nach Art. 15 B-VG zukomme.

Die Stellungnahme enthält weiters Angaben zum Personal der Mitglieder der Bietergemeinschaft. Dass Personal gesucht werde, um eventuelle interne Verschiebungen von Personal nicht vornehmen zu müssen, sei zulässig.

Die Antragstellerin replizierte zu den beiden oben genannten Stellungnahmen im Wesentlichen wie folgt:

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin würde vorbringen, dass der Verein F. Schlüsselpersonal im Wesentlichen für Sozialarbeit beistellen werde. Bei Sozialarbeit handle sich um eine Tätigkeit, die in den Vorbehaltsbereich des reglementierten Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung falle. Diese Tätigkeit erfolge entgeltlich und damit gewerbsmäßig.

Zur technischen Leistungsfähigkeit werde ausgeführt, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin das Personal gezielt für den Standort in Wien suchen würde. Es sei nicht zulässig, das für die Ausführung des Auftrags benötigte Schlüsselpersonal erst nach der Angebotslegung zu suchen. Darüber hinaus habe ein Mitglied der Bietergemeinschaft unmittelbar nach der Zuschlagsentscheidung versucht, eine Mitarbeiterin der Antragstellerin abzuwerben. Es bestehe daher der begründete Verdacht, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin nicht über ausreichendes und geeignetes Personal verfügen würde.

In den Schriftsätzen der Parteien wurde insbesondere die Frage problematisiert, ob Tätigkeiten der Sozialarbeit, soweit sich diese inhaltlich mit Tätigkeiten des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung überschneiden sollten, vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen sind. Eine solche vorgebrachte Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 wurde insbesondere von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin damit argumentiert, dass Sozialarbeit kompetenzmäßig eine Angelegenheit des Art. 15 B-VG sei und deswegen nicht in den Anwendungsbereich der GewO 1994 fallen könne. Im Hinblick auf dieses Vorbringen hat das Verwaltungsgericht folgende Stellungnahmen eingeholt:

Auszug aus der Stellungnahme der Magistratsabteilung 63 vom 31.01.2024:

„Zu dem im Betreff angeführten Ersuchen des Verwaltungsgerichtes Wien vom 19.01.2024 sowie der Ergänzung vom 25.01.2024 erstattet die Magistratsabteilung 63 – Gewerberecht, Datenschutz und Personenstand aus Sicht ihres Zuständigkeitsbereiches die nachstehende Stellungnahme.

1.) Die Abgrenzung einer Tätigkeit von einem bestimmten (reglementierten)

Gewerbe setzt voraus, dass die abzugrenzende Tätigkeit hinlänglich bekannt ist. Es wurde daher eine Recherche zur „Sozialarbeit“ durchgeführt und werden an dieser Stelle einige relevant erscheinende Aspekte hervorgehoben.

Die Berufsgruppe verfügt über keine gesetzliche berufsrechtliche Regelung.  
 Angehörige der Berufsgruppen der Sozialen Arbeit sind von den (landes-)gesetzlichen Regelungen für Sozialbetreuungsberufe nicht erfasst [vgl. dazu etwa die Begründung zum Initiativantrag betreffend ein Sozialarbeits-Bezeichnungsgesetz 2023 (SozBezG 2023) vom 15.12.2023; [3814/A XXVII. GP](#)].

Das vom VWG übermittelte, von der Generalversammlung des Österreichischen Berufsverbandes der Sozialen Arbeit am 24.06. 2017 beschlossene Berufsbild der Sozialarbeit, wurde durch das Dokument „Soziale Arbeit in Österreich – Identifikationsrahmen für Sozialpädagogik und Sozialarbeit“ des Österreichischen Berufsverbandes der Sozialen Arbeit - obds (2022) ersetzt (vgl. S. 2 der Eigenveröffentlichung: *„Entsprechend dem Selbstverständnis des obds als Berufsverband, der Sozialpädagog\*innen und Sozialarbeiter\*innen gleichermaßen vertritt, ersetzt das Dokument das Berufsbild der Sozialarbeit aus dem Jahr 2017“*). Das Dokument ist als Beilage angeschlossen.

Das zitierte Dokument des obds 2022 nimmt unter anderem allgemein auf eine im Jahr 2014 verabschiedete weltweit gültige Definition der Sozialen Arbeit Bezug (vgl. dazu auch die Internetseite des obds, [Rubrik Soziale Arbeit](#)) und erörtert zudem, was Soziale Arbeit in Österreich sein kann bzw. leisten soll. An dieser Stelle werden auszugsweise einige Textpassagen wiedergegeben: *„Die zentrale Funktion Sozialer Arbeit ist die lebensweltliche Unterstützung von Menschen in besonderen Lebenslagen, die häufig als komplex oder herausfordernd beschrieben werden [...]“*; *„Festzuhalten ist dabei, dass es dabei nicht „die eine“ Methode oder „das richtige“ Verfahren gibt, sondern dass die Fachkräfte aufgrund ihrer Qualifikation und Berufserfahrung im individuellen Fall über die Anwendung entscheiden.“*; *„Fachkräfte der Sozialen Arbeit üben die unterschiedlichsten Tätigkeiten aus. Die konkret gesetzten Handlungen werden immer vor dem Hintergrund der Zielsetzungen und des Auftrags Sozialer Arbeit gesetzt. [...] Fachkräfte der Sozialen Arbeit [...]*

*unterstützen Adressat\*innen bei der Erschließung persönlicher, sozialer, rechtlicher, lebensweltlicher bzw. sozialräumlicher und institutioneller Ressourcen und aktivieren Selbsthilfepotentiale.  intervenieren in Krisensituationen und tragen zur Klärung komplexer Situationen bei [...]“*; *Soziale Arbeit [...] richtet sich im Rahmen spezialisierter Angebote an einzelne Adressat\*innengruppen (z.B. Menschen mit Lernschwierigkeiten, Suchtkranke, von Wohnungslosigkeit betroffene Menschen,...).“*

Der obds selbst geht offenbar von Überschneidungen der Tätigkeiten von Sozialarbeiter\*innen bzw. Sozialpädagog\*innen zu Tätigkeiten von gewerblich geregelten Berufen aus (vgl. die FAQ auf der Homepage des obds unter dem Link <https://obds.at/faq/>, Rubrik Soziale Arbeit als Beruf, die dort verlinkte Stellungnahme zur Selbstständigkeit in der Sozialen Arbeit sowie obds, Soziale Arbeit in Österreich – Identifikationsrahmen für Sozialpädagogik und Sozialarbeit, S. 33).

Das Dokument „Soziale Arbeit in Österreich – Identifikationsrahmen für Sozialpädagogik und Sozialarbeit“ signalisiert umfangreiche Aufgaben der in Rede stehenden Berufsgruppe. Vorausgeschickt wird, dass eine umfassende Analyse der teilweise bloß demonstrativ abgebildeten Tätigkeitsbereiche innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich ist, sodass auch keine abschließende Abgrenzung vorgenommen werden kann. Festgehalten werden kann jedoch, dass aus Sicht der Magistratsabteilung 63 gewisse Überschneidungen der Problemfelder,

in denen Sozialarbeiter\*innen und Lebens- und Sozialberater\*innen tätig sind, erkennbar sind. Die Unterstützung der Magistratsabteilung 63 kann daher ausschließlich in der Darstellung des reglementierten Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung, welches die psychosoziale Beratung (dieser Begriff hat sich mit Inkrafttreten der neuen Lebens- und Sozialberatungs-Verordnung, BGBl. II Nr. 116/2022, eingebürgert), die Ernährungsberatung und die sportwissenschaftliche Beratung umfasst, bestehen.

§ 119 GewO 1994 führt eine Reihe von Tätigkeiten an, die in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung fallen. Zu betonen ist, dass es sich dabei nach dem Wortlaut dieser Bestimmung um keine abschließende, sondern eine demonstrative Aufzählung handelt, die lediglich einige wichtige Problemkreise aufzeigt. Den Bereich der psychosozialen Beratung betreffend werden in § 119 Abs. 1 GewO 1994 explizit die „Beratung und Betreuung von Menschen, insbesondere im Zusammenhang mit Persönlichkeitsproblemen, Ehe- und Familienproblemen, Erziehungsproblemen, Berufsproblemen und sexuellen Problemen“ genannt. Dazu gehört auch die psychologische Beratung mit Ausnahme der Psychotherapie. Zu den verwendeten Begrifflichkeiten der „Beratung“ und „Betreuung“ darf auf die Ausführungen von *Wallner* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely* hingewiesen werden. Demnach umfasst der Begriff „Beratung“ entsprechend der semantischen Bedeutung über die bloße Sachinformation hinausgehend auch das Eingehen auf die individuellen Bedürfnisse und Fragestellungen der zu beratenden Person durch Abgabe und Erörterung von Handlungsempfehlungen durch die\*den Berater\*in nach Maßgabe des für den Beratungsgegenstand relevanten und aktuellen Wissenstandes in Frage kommenden Fachgebietes. Die „Betreuung“ umfasst in diesem Zusammenhang damit zwangsläufig den gesamten Kanon an Hilfestellungen betreffend die Umsetzung der Handlungsempfehlungen der\*des Beraters\*in sowie die begleitende Kontrolle der tatsächlichen Durchführung durch die beratene Person, mit Ausnahme psychotherapeutischer Maßnahmen (vgl. vgl. *Wallner* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, GewO § 119 Rz 2).

Nähere Erläuterungen zu den in § 119 Abs. 1 angeführten – die psychosoziale Beratung betreffenden Problemfeldern – ergeben sich aus der „Job-Description“, die anlässlich des Beitrittes Österreichs zur EU vom damaligen Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit unter Mitwirkung der Wirtschaftskammerorganisation sowie Einbindung der dieser zugehörigen Fachorganisationen übermittelt wurde, und als Beilage angeschlossen ist. Unter Berücksichtigung des § 29 GewO 1994 kann diese zur Feststellung des Gewerbeumfangs herangezogen werden. Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass die „Job-Description“ auf die Bereiche der Ernährungsberatung und sportwissenschaftlichen Beratung keinen Bezug nimmt, da diese erst später (vgl. die Novellen der GewO 1994 durch das BGBl. I Nr. 111/2002 bzw. BGBl. I Nr. 131/2004) in den Berechtigungsumfang des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung aufgenommen wurden.

Die „Job-Description“ führt nun etwa folgende Tätigkeiten an: Persönlichkeitsberatung, Zielfindung, Entscheidungsfindung, Bearbeiten von persönlichen Wertesystemen, Konfliktberatung, Lernschwierigkeit- und Prüfungsbewältigung, Aggressionsbewältigung, Anleitung für gesundes Leben, Beratung über Drogensuchtverhalten, Ressourcenmanagement, Bildungsberatung etc.

Darauf aufbauend hat der Fachverband der Personenberatung und

Personenbetreuung der Wirtschaftskammer Österreich im März 2006 einen Tätigkeitskatalog der Lebens- und Sozialberatung veröffentlicht. Auf die Wiedergabe des Inhalts wird an dieser Stelle verzichtet, zumal der Katalog unter <https://www.lebensberater.at/media/195> abgerufen werden kann. Für den Bereich der psychosozialen Beratung steht zudem unter <https://www.lebensberater.at/media/142> ein Methodenkatalog zur Verfügung, der nähere Ausführungen zum philosophischer Dialog sowie der tiefenpsychologischen, humanistisch-existenziellen, systemischen und verhaltensmodifizierenden Orientierung enthält.

Dementsprechend führen auch *Gruber/Pallege-Barfuß* aus, dass alle Tätigkeiten, die nicht dem psychotherapeutischen Beruf vorbehalten sind, jedenfalls Gegenstand des Gewerbes der Lebens- und Sozialberater sein können. Beispielsweise sehen sie die Persönlichkeitsberatung (Beratung und Betreuung bei der Persönlichkeitsentwicklung im körperlichen, seelischen und geistigen Bereich, Beratung zur Steigerung des körperlichen, seelischen und geistigen Wohlbefindens im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtungsweise [Einheit von Körper, Seele und Geist], Kreativitätsförderung, psychologische Beratung mit Ausnahme der Psychotherapie, Beratung zur Selbstfindung und Problemlösung, Suchtberatung, Beratung über die den persönlichen Neigungen entsprechende Berufswahl, Beratung zur Herstellung eines gesünderen psychosozialen Umfeldes, Beratung im emotionalen Umgang mit Geld, Freizeitberatung), die Kommunikationsberatung, die Konfliktberatung, die Mediation, die Ehe-, Partnerschafts- und Familienberatung, die Scheidungsberatung, die Erziehungsberatung, die Berufsberatung, Karriereberatung, Coaching, die Sozialberatung, die Gruppenberatung und die Supervision im Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung. Auch das Anbieten und die Durchführung von die verschiedenen Lebensbereiche betreffenden philosophischen Diskussionen, z.B. nach einem Todesfall mit Familienmitgliedern, schreiben sie dem Tätigkeitsbereich dieses Gewerbes zu [vgl. *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO<sup>7</sup> § 119 (Stand 1.10.2022, rdb.at)].

Der Vielschichtigkeit der Tätigkeit wird durch folgenden Satz verdeutlicht: „Lebens- und Sozialberatern (§ 94 Z 46) obliegt ganz allgemein die Beratung von Menschen im Zusammenhang mit Problemen, die durch das menschliche Zusammenleben entstehen [Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher in *Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher* (Hrsg), GewO<sup>4</sup> (2020) zu § 2 GewO 1994 Rz 54].“

#### Auszug aus der Stellungnahme des Österreichischen Berufsverbandes der Sozialen Arbeit (OBDS) vom 01.02.2024:

„Die heutige „Soziale Arbeit“ hat sich ab dem Beginn des 20. Jahrhunderts (die erste Ausbildungseinrichtung in Wien wurde 1912 gegründet, 1908 die erste Schule im deutschsprachigen Raum in Berlin) aus den beiden Traditionslinien „Sozialpädagogik“ und „Sozialarbeit“ herausgebildet. Vgl. dazu auch das Dokument „Soziale Arbeit in Österreich – Identifikationsrahmen für Sozialpädagogik und Sozialarbeit“.

Im Band „Wörterbuch Soziale Arbeit“ findet sich unter dem Stichwort „Zur Geschichte der Sozialen Arbeit in Österreich“ (Hrsg. Amthor, Goldberg, Hansbauer,

Landes, Wintergerst (Hrsg.); 9. Auflage; 2021 Beltz Verlag à da diese Quelle zu groß zum Senden war, kann diese bei Bedarf auch per WeTransfer übermittelt werden. Bitte in diesem Fall um eine kurze Email-Nachricht):

*„Die Geschichte der professionellen Sozialarbeit beginnt in Ö. mit der Gründung der ersten Ausbildungseinrichtung durch Ilse Arlt 1912, die selbst als Theoretikerin der SozArb hervortrat (Theorien der Sozialen Arbeit). In ihren Schriften entwickelte sie eine Lehre von den Bedürfnissen. Die soziale Berufstätigkeit wurde in der ersten Republik vor allem im „Roten Wien“ zügig ausgebaut. Die sozialdemokratische Sozialpolitik Wiens verstand sich als Gegenmodell zur christlich-sozial dominierten Bundespolitik. Ein damals ehrgeiziges Wohnbauprogramm, die Errichtung von Kindergärten, der Ausbau der Familienfürsorge, von Mütterberatungsstellen und der Erziehungsberatung waren in ein Programm der Gesundheits- und Hygieneerziehung eingebunden. Für die Entwicklung der Sozialpädagogik war die Arbeit von August Aichhorn, einem Schüler Sigmund Freuds, wegweisend.“ (S 796)*

Zum fraglichen Zeitpunkt vor Beschlussfassung des B-VG existierten bereits seit mehreren Jahren in Österreich Ausbildungseinrichtungen für Personen, die als „Fürsorgerinnen“ oder „Volkspflegerinnen“ bezeichnet wurden. Zu Ilse Arlt und dem damaligen Verständnis der wohlfahrtsorientierten Fürsorge siehe die Zeitschrift SIÖ 02/2010 besonders ab S. 16ff.

Belege für die berufliche Tätigkeit der Fürsorgerinnen und Volkspflegerinnen finden sich im Beitrag „Soziale Arbeit in Österreich, die Geburt eines Berufs. Ein historischer Ausflug von 1919 bis 1960“ im Band „Profession Soziale Arbeit in Österreich“ (gesamt im Anhang). Hieraus einige Zitate:

*„Die neue Berufsgruppe der Fürsorgerinnen wurde vor allem in staatlichen Programmen eingesetzt, die vornehmlich den Gesundheitszustand von Kindern und Erwachsenen überprüfen sollten. Diese Programme standen fast ausschließlich unter ärztlicher Leitung und waren abhängig von deren Expertise und den neu verabschiedeten Sozialgesetzen der Ersten Republik“ S. 12.*

*„Die Absolventinnen der Arlt-Schule stiegen mit ihrer neuen Tätigkeit in dieses System der Jugend- und Familienfürsorge in Wien ein. Da der Bedarf an geschulten Professionistinnen aber damit nach Ende des Ersten Weltkrieges bei weitem nicht gedeckt war, eröffnete die Stadt Wien eine eigene Fürsorgerinnenschule. Im Jahr 1919 gab es bereits fünf Jahrgänge von Fürsorgerinnen, die die Ausbildung bei Ilse Arlt abgeschlossen hatten. Ein österreichisches Berufsspezifikum zeigt sich hier, da das Wiener Wohlfahrtswesen dreigliedert aufgebaut wurde: „1. Die allgemeine Fürsorge, später Sozialhilfe genannt, welche die Nachfolgeeinrichtung des Armenwesens war; 2. die Jugendfürsorge, und 3. das Gesundheitswesen. Anders als in anderen Ländern ist der Beruf der Fürsorgerin nicht auf dem Boden des Armutswesens entstanden.“ (S.13f)*

Zu den Anstellungsbedingungen (vermutlich in den 1920er Jahren) heißt es im gleichen Beitrag: *„Die Anstellungsbedingungen und die Dienstverträge waren je nach Bundesland unterschiedlich. Länder, Bezirke, Gemeinden, Zweckverbände und private Vereine traten als Arbeitgeber auf.“ (S. 16).* Hinweise auf gewerbliche / selbstständige Tätigkeiten finden sich im Beitrag nicht.

Im Gegenteil gibt es Hinweise, dass unter dem heute verwendeten Begriff der „Betrieblichen Sozialarbeit (BSA)“ Sozialarbeiterinnen Anfang des 20. Jhdts. entweder in große Produktionsstätten entsendet wurden oder diese direkt von Produktionsstätten beschäftigt wurden um – ergänzend zu Betriebsärzt\*innen, die bei der Produktionsstätten beschäftigte Arbeitnehmer\*innen in sozialen Belangen zu unterstützen. Hier ein kurzer Auszug dazu aus einer Bachelorarbeit (Beleg siehe Anhang) mit dem Titel „Betriebliche Sozialarbeit - Chancen auf dem österreichischen Markt“, die sich auf eine Dissertation (Standort der Diss. siehe Bibliothekenverbundkatalog: <https://shorturl.at/mtwZ9>) von Karin Wachter bezieht: *„Die Bezeichnungen für die Ausübung von BSA in Österreich variieren in der Geschichte von Sozialsekretär/-in, über Betriebswohlfahrtspfleger/-in, Betriebsfürsorger/-in oder auch Fabrikschwester (vgl.*



Wachter 2011, S. 182f.). [...] Wachter beweist [...] die Existenz der BSA in Österreich schon ab dem Ende des Ersten Weltkrieges. Zum einen sieht sie Beweise dafür in Schriften von Ilse Arlt, welche z. B. in einem Werk aus dem Jahr 1950 darauf hinweist, dass in allen fürsorglichen Berufen, auch in der Betriebsfürsorge, Absolventinnen ihrer Fürsorgeschule zu finden seien (vgl. Wachter 2011, S. 179ff.), zum anderen führt sie drei Unternehmen an, welche zu diesem Zeitraum bereits nachweislich Werksfürsorger/-innen angestellt hatten. Die Werksfürsorge in der Hütte Donawitz, heute unter dem Namen „voestalpine Stahl Donawitz GmbH & Co KG“ bekannt, gab es von 1919 bis 1986 (vgl. Wachter 2011, S. 193). Im Unternehmen Mayr-Melnhof, der heutigen Mayr-Melnhof Karton AG, gibt es Werksfürsorge seit dem Ende des Ersten Weltkriegs und das Unternehmen beschäftigt heute noch eine/-n Sozialberater/-in (vgl. Wachter 2011, S. 200ff.). Als drittes Unternehmen nennt Wachter (2011, S. 204ff.) die Brauerei Schwechat, welche zumindest in den Jahren 1951 und 1952, laut der damaligen Betriebszeitung, eine Fürsorgeschwester beschäftigte.“ (S. 20f)

Auch hier zeigt sich, dass der Beruf seit seiner Entstehung unselbstständig und nicht gewerblich ausgeübt wurde. Belege für Gewerbeanmeldungen aus dieser Zeit liegen uns für Österreich nicht vor.

Nach wie vor ist ein Großteil der Berufsangehörigen unselbstständig beschäftigt. Im Wörterbuch heißt es dazu beim Stichwort Arbeitgeber der Sozialen Arbeit (S 796f): *„Neben der behördlichen Sozialarbeit in der KJH sind Sozialarbeitende bei Bund und Ländern auch in der Justiz (Familiengerichtshilfe, Vollzugsanstalten) sowie in der noch wenig ausgebauten Schulsozialarbeit tätig. Unter den nicht-staatlichen Organisationen des Sozialwesens spielt im traditionell katholisch geprägten Ö. erwartungsgemäß die Caritas eine herausragende Rolle. Sie fungiert als Trägerin vieler Institutionen des Sozialwesens und beteiligt sich aktiv an der sozialpolitischen Diskussion. Im Zuge der Ausweitung der Sozialen Dienste wie Heimhilfe, Hauskrankenpflege, Essen auf Rädern u. ä., vor allem im Gefolge des Pflegegeldgesetzes, wuchs die Bedeutung der freien Träger im österreichischen Sozialwesen beträchtlich. Weitere bedeutende freie Träger sind das Hilfswerk, die Volkshilfe, das Rote Kreuz und die Diakonie. Dazu kommen noch spartenspezifische Organisationen wie Pro Mente (Psychiatrie), Lebenshilfe (Behinderung), Rettet das Kind (Kinder- und Jugendhilfe) etc. Zahlreiche Arbeitgeber sind im Verband der Sozialwirtschaft organisiert, der auch die Kollektivverträge für die Branche mit den Gewerkschaften verhandelt.“*

Berufe wie Psychotherapie, Lebens- und Sozialberatung, Psycholog\*innen, sowie Sozialbetreuungsberufe werden in Österreich zu „Nachbarberufen“ (Wörterbuch S. 798) gezählt. Ein kurzer Vergleich der Berufsumschreibungen macht die Unterschiede zu Sozialer Arbeit deutlich:

- *„Die Ausübung der Psychotherapie im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die nach einer allgemeinen und besonderen Ausbildung erlernte, umfassende, bewußte und geplante Behandlung von psychosozial oder auch psychosomatisch bedingten Verhaltensstörungen und Leidenszuständen mit wissenschaftlich-psychotherapeutischen Methoden in einer Interaktion zwischen einem oder mehreren Behandelten und einem oder mehreren Psychotherapeuten mit dem Ziel, bestehende Symptome zu mildern oder zu beseitigen, gestörte Verhaltensweisen und Einstellungen zu ändern und die Reifung, Entwicklung und Gesundheit des Behandelten zu fördern.“* (§1(1) Psychotherapiegesetz, Stand 30.04.2023)
- *„Einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung (§ 94 Z 46) bedarf es für die Beratung und Betreuung von Menschen, insbesondere im Zusammenhang mit Persönlichkeitsproblemen, Ehe- und Familienproblemen, Erziehungsproblemen, Berufsproblemen und sexuellen Problemen. Dazu gehört auch die psychologische Beratung mit Ausnahme der Psychotherapie.“* (§119 GewO 1994, Stand vom 30.04.2023).
- *„Die Ausübung der Gesundheitspsychologie und der Klinischen Psychologie umfasst die durch den Erwerb fachlicher Kompetenz erlernte Anwendung von*

gesundheitspsychologischen und klinisch-psychologischen Erkenntnissen und Methoden bei der Untersuchung, Behandlung, Auslegung, Änderung und Vorhersage des Erlebens und Verhaltens von Menschen und ihrer Lebensbedingungen einschließlich der Prävention, Gesundheitsförderung, Rehabilitation und Evaluation.“ (§6(2) Psychologengesetz 2013, Stand vom 30.04.2023)

- *„Fach-Sozialbetreuer/innen sind ausgebildete Fachkräfte für die Mitgestaltung der Lebenswelt von Menschen, die aufgrund von Alter, Behinderung oder einer anderen schwierigen Lebenslage in ihrer Lebensgestaltung benachteiligt sind. Sie verfügen über umfangreiches Wissen um die vielfältigen Aspekte eines Lebens mit Benachteiligung und können eine breite Palette an Möglichkeiten der Begleitung, Unterstützung und Hilfe realisieren, und zwar in allen Fragen der Daseinsgestaltung, von Alltagsbewältigung bis hin zu Sinnfindung. Das Besondere dieses Berufes besteht nicht in hoher Spezialisierung auf eng umrissene Felder oder in Konzentration auf Pflege, sondern in der Bündelung all jener Kompetenzen, die für eine umfassende, lebensweltorientierte Begleitung in den unmittelbaren Lebensbereichen der betreffenden Menschen erforderlich sind.“* *„Diplom-Sozialbetreuer/innen üben sämtliche Tätigkeiten aus, die auch von Fach-Sozialbetreuer/innen ausgeführt werden, können dies aber auf Basis ihrer vertieften, wissenschaftlich fundierten Ausbildung und den bei der Verfassung einer Diplomarbeit erworbenen Kompetenzen mit höherer Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit.“* (Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über Sozialbetreuungsberufe, Stand 30.04.2023).

Im Vergleich hier die Konkretisierung der Definition Sozialer Arbeit durch den obds, die für Österreich Gültigkeit hat:

*„Professionelle Soziale Arbeit in ihren Ausprägungsformen Sozialarbeit und Sozialpädagogik umfasst berufsmäßige, umfassende, geplante, individuell abgestimmte und wissenschaftlich fundierte Unterstützungs- und Hilfsprozesse für Einzelpersonen, Gruppen oder das Gemeinwesen. Dabei sind die Fachkräfte der Sozialen Arbeit den Grundsätzen der weltweit gültigen Definition der Sozialen Arbeit sowie ihren ethischen Grundsätzen und den Menschenrechten verpflichtet. Das Ziel Sozialer Arbeit ist die Förderung und Sicherstellung von selbstbestimmter sozialer Teilhabe, Inklusion und Übernahme sozialer Verantwortung sowie die Durchsetzung sozialer Rechte.*

*Die Bedingungen, unter denen Menschen geboren werden, aufwachsen, arbeiten, leben und altern bestimmen wesentlich die Möglichkeiten für soziale Teilhabe und Inklusion und stehen daher im Fokus Sozialer Arbeit. Damit trägt Soziale Arbeit wesentlich zur positiven Gestaltung der sozialen Determinanten von Gesundheit auf individueller und struktureller Ebene bei. Die soziale Dimension der Gesundheit ist integraler Bestandteil Sozialer Arbeit. Kernkompetenzen von Fachkräften der Sozialen Arbeit: Fachkräfte der Sozialen Arbeit, nämlich Sozialarbeiter\*innen und Sozialpädagog\*innen, verfügen über facheinschlägige Qualifikationen entsprechend der internationalen Empfehlungen und nationalen Vorgaben, die sowohl zur praktischen Berufsausübung als auch zur Durchführung von und zur Teilnahme an facheinschlägiger Forschung befähigen. Die Kernkompetenzen von Sozialpädagog\*innen und Sozialarbeiter\*innen liegen in der eigenverantwortlichen Planung, Organisation, Durchführung, Steuerung, Kontrolle und Evaluierung von passgenau ausgestalteten sozialarbeiterischen bzw. sozialpädagogischen Unterstützungsprozessen und Interventionen, die dazu geeignet sind, selbstbestimmte soziale Teilhabe und Inklusion zu fördern und positiv auf die sozialen Determinanten von Gesundheit einzuwirken. Diese Prozesse werden unter größtmöglicher Einbeziehung und Beteiligung von Einzelpersonen, Personengruppen und dem Gemeinwesen unter Bezugnahme auf aktuelle fachliche Standards und die der Disziplin eigenen Methoden und Theorien gestaltet.“*

Hinweise darauf, dass Soziale Arbeit weder als freier Beruf noch als Gewerbe zu klassifizieren ist, findet sich in einem uns vorliegenden Emailverkehr mit einem Mitarbeiter

des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort vom 4.6.2020, Sektion VI/A/1 Gewerberecht, das uns von einem Kollegen per Email weitergeleitet wurde:

*„zu den freien Berufen werden gemeinhin Berufe gezählt, für die eine besondere berufsrechtliche Regelung existiert, die die Ausübung von einer besonderen Qualifikation abhängig macht, wobei die Ausübung des Berufs nicht der Gewerbeordnung unterliegt (zB Ärzte, Rechtsanwälte, Ziviltechniker usw.). Die Sozialarbeit kann nach diesem Begriffsverständnis schon deswegen nicht als freier Beruf angesehen werden, weil für die Ausübung dieses Berufs kein eigenes Berufsgesetz existiert (siehe jedoch zB das Ärztegesetz, die Rechtsanwaltsordnung, das Ziviltechnikergesetz).*

*Die Gewerbeordnung gilt für alle gewerbsmäßig ausgeübten Tätigkeiten, soweit sie nicht vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen oder gesetzlich verboten sind. Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (vgl. § 1 Abs. 1 und 2 GewO 1994).*

*Die Ausübung eines Gewerbes muss bei der Bezirksverwaltungsbehörde angemeldet werden. Die Anmeldung muss eine genaue Bezeichnung des Gewerbes enthalten (§ 339 Abs. 2 GewO 1994). Die Bezeichnung „Sozialarbeit“ oder „Sozialarbeiter“ bzw. „Sozialarbeiterin“ erfüllt dieses Erfordernis nicht. Es muss eine möglichst präzise Umschreibung der in Aussicht genommenen Tätigkeit erfolgen. Fällt die Tätigkeit unter ein reglementiertes Gewerbe, ist dieses - allenfalls in eingeschränktem Umfang - anzumelden. Die Bezeichnung „Sozialarbeit“ bzw. „Sozialarbeiter“ weist überdies auf die Ausübung der Tätigkeit im Rahmen einer unselbständigen Beschäftigung hin, die nicht unter die Gewerbeordnung fällt. Unter der Bezeichnung „Sozialarbeit“ bzw. „Sozialarbeiter“ ist daher keine Gewerbeanmeldung möglich, da das Bestimmtheitserfordernis des § 339 Abs. 2 GewO 1994 nicht erfüllt ist.“*

Aufgrund von fehlenden gesetzlichen Regelungen zu Sozialer Arbeit (ein erster Schritt zu einer gesetzlichen Regelung wurde am 15.12.2023 mit dem Initiativantrag zum SozBezG 2023 gesetzt, der in den Erläuterungen weitere Klärungen zu Gegenstand und Ausbildung beinhaltet) gibt es für die Berufe Sozialarbeit und Sozialpädagogik keine eindeutigen berufsrechtlichen Bestimmungen. Weder gehört Sozialarbeit / Soziale Arbeit zu reglementierten Berufen noch kann Soziale Arbeit / Sozialarbeit mit dem Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung gleichgesetzt werden, auch wenn (wie bei allen beratungs- und betreuungsberufen) Methodenkompetenzen in Bereichen wie Gesprächsführung, Deeskalation, Reframing, Lösungsfokussierung, Einbeziehung relevanter Systeme etc. bestehen.“

Es wurde am 07.02.2024 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Inhalt und Verlauf:

*„Auf die Frage, was unter den Tätigkeiten, die als soziale Arbeit bezeichnet wurden, zu verstehen sei, erläutert die AG, es seien insbesondere Beratungsleistungen und Partizipationsprojekte darunter zu verstehen, Leistungsinhalt seien jedenfalls keine Beratungen von Einzelpersonen.*

*Beispielhaft könne man sich darunter vorstellen, dass eine Person mit dem Anliegen, Förderungen zu erhalten, in das Lokal der Gebietsbetreuung Stadterneuerung kommt und dann an die richtige Stelle weiterverwiesen wird. Ein anderer Aspekt ist die Durchführung von Partizipationsprojekten. Beispielsweise kommt auch einen konsumfreien Raum für derartige Projekte Bedeutung zu.*

*Zum Umfang der sozialen Arbeit gibt die AG an, für die gesamte Leistung seien zumindest 6 Vollzeitäquivalente erforderlich. Für den Anteil der sozialen Arbeit sei zumindest ein Vollzeitäquivalent erforderlich. Dies entspreche grob 15 % der gesamten Leistung.*

*Das Weiterverweisen mache einen großen Teil der Gesamtleistung aus. Es werde allerdings nicht nur von den Sozialarbeitern weiterverwiesen. Die Einbindung von Sozialarbeitern sei dem AG vor allem deswegen wichtig gewesen, weil Sozialarbeiter die entsprechenden Möglichkeiten und Einrichtungen im sozialen Bereich kennen würden und Personen daher zielgerichtet an einschlägige Institutionen, die etwa psychosoziale Beratung durchführen, weiterverweisen zu können.*

*Es erfolge jedenfalls keine psychosoziale Beratung. Es solle bewusst keine Parallelstruktur zu bereits vorhandenen Einrichtungen auf diesem Gebiet aufgebaut werden. Darüber hinaus soll überhaupt keine Parallelstruktur zu bereits vorhandenen Einrichtungen aufgebaut werden.*

*Der Hauptteil der Leistung würde grundsätzlich im technischen Bereich liegen. Es komme aber auf die konkrete Situation im Grätzel an, welche Themen im Vordergrund stehen. Es erfolge jedenfalls keine klassische Sozialarbeit im Sinne von „Streetwork“.*

*Die AST bringt dazu vor, sie habe die Leistung in den vergangenen Jahren erbracht und könne daher sehr gut überblicken, welche Leistungen anfallen. Es sei im Vorhinein nicht abschätzbar, mit welchen Problemen die Personen herankommen. Diese könnten unterschiedlich sein, beispielsweise Nachbarschaftskonflikte. Man versuche dann, die Personen an allenfalls vorhandene einschlägige Einrichtungen weiterzuverweisen oder das Problem selbst zu lösen. Dies Lösung würde beispielsweise Leistungen des Konfliktmanagements erfordern. Auch Hilfestellung der Förderansuchen sei immer wieder erforderlich. Die Ausführungen der AG würden das Leistungsspektrum sehr gut beschreiben.*

*Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bringt dazu vor, die Beschreibung der Leistung durch die AG in der Verhandlung würde zutreffen. Zum Vorbringen der AST werde angemerkt, dass frühere Ausschreibungen und die in früheren Aufträgen zu erbringenden Leistungen nicht relevant wären, zumal es auf die nunmehrige Ausschreibung ankomme. (...)*

*Erörtert wird, dass in der Vorbereitung der heutigen Verhandlung eine Verknüpfung von Sozialarbeit mit dem Fehlen von Ertragserzielungsabsicht vorgefunden wurde, wobei Sozialarbeit in einem solchen Sinn als nicht dem Gewerberecht unterliegend gesehen wurde.*

*Es ergeht daher zunächst an die AST die Frage, in wie weit sie die Leistungen, die sie als Sozialarbeit betrachtet, als Leistungen sieht, die ohne Ertragserzielungsabsicht erbracht werden.*

*Die AST bringt dazu vor, als Unternehmen müsse ein Gewinn angestrebt werden, um das Unternehmen zu finanzieren. Die Teilnahme an einem Vergabeverfahren werde von der AST als wettbewerbliche Tätigkeit gesehen, bei der es um die Erwirtschaftung eines Gewinns gehe.*

*Die präsidentive Zuschlagsempfängerin verweist dazu darauf, dass der anerkannte Gemeinnützigkeitsstatus des F. eine Ertragserzielungsabsicht an sich ausschließen würde. Darüber hinaus sei dem Initiativantrag zur Erlassung eines Sozialarbeits-Bezeichnungsgesetzes 2023, Antragsnummer 3814/A XXVII. GP, ein Abstellen auf das Fehlen von Ertragserzielungsabsicht fremd und würde der Verfassungsdienst vom Vorliegen einer Länderkompetenz ausgehen. Daraus würde sich ergeben, dass Gewerbeordnung auf Sozialarbeit nicht anzuwenden sei.*

*Der AGV erstattet ein inhaltlich übereinstimmendes Vorbringen, wie bereits in seinen Schriftsätzen ausgeführt worden sei.*

*Die AST, der ASTV und die Öffentlichkeit verlassen den Verhandlungssaal um 10:51 Uhr.“*

In Abwesenheit der Antragstellerin und der Öffentlichkeit hat die präsidentive Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen dargelegt, dass die F. ihre Preise lediglich auf Kostenersatz kalkuliert habe und für ihre Leistungen lediglich Kostenersatz erhalten würde. Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu zielen, würde daher bei der F. nicht vorliegen.

Unterlagen zur Kalkulation der F. konnten jedoch nicht vorgelegt werden.

*„Die AST, der ASTV und die Öffentlichkeit betreten den Verhandlungssaal wieder um 11:03 Uhr.*

*Der ASTV verweist zum Thema der Ertragserzielungsabsicht darauf, dass es nur einen Stundensatz gebe und die präsidentive Zuschlagsempfängerin als Gesellschaft nach bürgerlichem Recht nur eine Gesamtleistung zu einem Stundensatz anbieten würde. Ein isoliertes Abstellen darauf, ob das F. als Mitglied der Bietergemeinschaft Sozialarbeit lediglich gegen Kostenersatz erbringen würde, sei daher unzulässig.*

*Der AGV bestreitet und hält dem entgegen, für die Frage der Ertragserzielungsabsicht der F. würde es darauf ankommen, ob diese im Innenverhältnis einen Ertrag erwirtschaften oder lediglich Kostenersatz erhalten wolle.*

*Der ASTV führt aus, typische Leistungen des reglementierten Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung seien im Konfliktmanagement und in der Kommunikationsberatung gelegen, welche Teil der zu erbringenden Leistungen seien.*

*Der AGV hält dem entgegen, Konfliktmanagement und Kommunikationsberatung seien in der Leistungsbeschreibung nicht genannt. Maßstab könne nur die aktuelle Leistungsbeschreibung sein.*

*Die präsumentive Zuschlagsempfängerin schließt sich dem Vorbringen der AG an. Sollte wider Erwarten und entgegen der Ausschreibungsunterlage der Schluss gezogen werden, dass gewisse Leistungen des Konfliktmanagements und der Kommunikationsberatung inkludiert wären, so würde der Anteil solcher Leistungen weit unter 15 % liegen und könnte als Nebenrecht mit den anderen Tätigkeiten mitgemacht werden und wäre von den vorhandenen Gewerbeberechtigungen im Rahmen der Bietergemeinschaft abgedeckt.*

*Der ASTV bringt vor, fehlende Gewerbeberechtigungen eines Mitglieds der Bietergemeinschaft könnten nicht durch Gewerbeberechtigungen anderer Mitglieder der Bietergemeinschaft substituiert werden. Darüber hinaus habe die präsumentive Zuschlagsempfängerin in ihrem letzten Schriftsatz selbst ausgeführt, dass der Anteil der Sozialarbeit an der gesamten Leistung jedenfalls mehr als 15 % betragen würde.*

*Die präsumentive Zuschlagsempfängerin bemerkt dazu, dass sich diese Prozentangabe auf den gesamten Leistungsteil der Sozialarbeit beziehen würde und Konfliktmanagement bzw. Kommunikationsberatung allenfalls einen geringen Teil innerhalb der Sozialarbeit ausmachen würde.*

*Der AGV bringt vor, dass er lediglich ein Schlussvorbringen wie folgt erstatten wolle:*

*Aus dem übermittelten Schreiben des OBDS ist die Rechtsansicht des Bundesministeriums für Digitalisierung wiedergegeben, wonach es keine Gewerbeberechtigung für Sozialarbeit gibt. Dies bestätigt auch das Schreiben der MA 63 vom 31.01.2024 und die Stellungnahme des BKA - VD von 2007. Selbst wenn soziale Arbeit hier relevant sein sollte, beträgt der Anteil weniger als 15 % und könnte in dem Rahmen von einem der Mitglieder der Bietergemeinschaft abgedeckt werden. Im Übrigen wird auf die Judikatur des EuGH verwiesen wonach der Wegfall eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft nicht schadet, soweit der Rest der Mitglieder der Bietergemeinschaft die Eignungsanforderungen abdeckt. Außerdem würde die bloße Teilnahme an einer Ausschreibung für sich nicht bedeuten, dass gemeinnützige Einrichtungen in Ertragsabsicht handeln würden. Es sei eine langjährige Praxis, dass gemeinnützige Institutionen an Ausschreibungen im Bereich von Sozialleistungen teilnehmen, ohne dafür eine Gewerbeberechtigung nachzuweisen und ohne über eine solche zu verfügen.“*

Die Vorsitzende des Senats schloss das Beweisverfahren.

*„Die AST weist in ihren Schlussausführungen darauf hin, dass die F. ebenso wie andere gemeinnützige Einrichtungen Gewerbeberechtigungen halten würden. Es sei nicht schlüssig, wenn argumentiert werde, wegen der Gemeinnützigkeit sei eine Gewerbeberechtigung nicht erforderlich, und die gemeinnützigen Vereine*

*dennoch Gewerbeberechtigungen halten würden.*

*Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ergänzt ihr Vorbringen dahingehend, dass sie anstatt lediglich die Abweisung des Nachprüfungsantrags auch dessen Zurückweisung beantrage, und verzichtet im Übrigen auf Schlussausführungen.“*

Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt wurde festgestellt:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 25, führt ein Verhandlungsverfahren Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend Gebietsbetreuung Stadterneuerung. Das Vergabeverfahren ist in 6 Gebietslose geteilt. Der Nachprüfungsantrag bezieht sich auf Los ... betreffend den ..., ... und den ... Wiener Gemeindebezirk.

Die bestandsfeste Leistungsbeschreibung umfasst Wirkungen auf individueller Ebene, auf Gruppen-Ebene und auf Stadtteil-Ebene und beschreibt damit die zu erbringende Leistung funktional. Auf individueller Ebene sollen die Bewusstseinsbildung, vor allem zum Thema Umwelt, Stadt und Gemeinschaft, gefördert, neue Kompetenzen und Handlungsspielräume geschaffen, die Selbstwirksamkeit der BewohnerInnen gefördert, die Bewohnerinnen aktiviert, die Mitgestaltung im Stadtteil gefördert, die Identifikation mit dem Stadtteil gesteigert, Aneignungsprozesse im öffentlichen Raum gefördert und die Akzeptanz für Veränderungen im Stadtteil gesteigert werden.

Auf Gruppen-Ebene sollen Begegnungen und Interaktionen zwischen verschiedenen Gruppen angeregt, die soziale Integration gefördert, Vielfalt ermöglicht und die kulturelle Integration gefördert, lokale Initiativen unterstützt und die Dialogkultur entwickelt werden.

Auf Stadtteil-Ebene sollen eine aktive Zivilgesellschaft im Stadtteil gefördert, der nachbarschaftliche Zusammenhalt gestärkt, die Lebensqualität im Stadtteil gesteigert, unterschiedliche AkteurInnen im Stadtteil vernetzt, die positive Beeinflussung des Stadtklimas gefördert, das Zusammenwachsen von alten und neuen Stadtteilen unterstützt und die Berücksichtigung lokaler Bedürfnisse und Expertisen bei Planung- und Umsetzungsprozessen im Stadtteil unterstützt werden.

Die Leistungsbeschreibung umfasst die Handlungsfelder Klimafitter Stadtteil, resilienter Stadtteil, partizipativer Stadtteil, wachsender Stadtteil und wandelbarer Stadtteil.

Im Detail sind die zu erbringenden Leistungen im Vergabeakt in der Leistungsbeschreibung Gebietsbetreuung Stadterneuerung auf den Seiten 11 und 12 über Wirkungen und auf den Seiten 13 bis 25 über Handlungsfelder definiert.

Für die gesamte Leistungserbringung sind zumindest 6 Vollzeitäquivalente erforderlich, von denen zumindest 1 Vollzeitäquivalent Sozialarbeiter (Qualifikation als Sozialarbeiter) zu sein hat.

Der von der Person mit der Qualifikation als Sozialarbeiter einzubringende Leistungsteil wurde im Nachprüfungsverfahren von allen Verfahrensparteien als „Sozialarbeit“ bezeichnet.

Die Tätigkeit, die der Person mit der Qualifikation als Sozialarbeiter zufällt, besteht einerseits darin, dass sie Personen, die sich mit unterschiedlichsten Anliegen und Problemen an sie wenden, an zuständige Beratungseinrichtung wie z.B. an Einrichtungen für psychosoziale Beratung und an sonstige Einrichtungen verweist. Zum anderen sollen von der Gebietsbetreuung Arbeitsprojekte und sonstige Tätigkeitsprojekte durchgeführt werden. Dabei wurde es von der Auftraggeberin als wesentlich erachtet, dass im Team der Gebietsbetreuung auch zumindest ein Sozialarbeiter vertreten ist.

Insgesamt überwiegen bei der zu erbringenden Gesamtleistung die Planungsleistungen.

Der Anteil der von Sozialarbeitern zu erbringenden Leistung an der gesamten Leistung beträgt rund 15 %. Dieser Anteil wurde im Nachprüfungsverfahren von den Verfahrensparteien übereinstimmend als Sozialarbeit bzw. - in synonyme Verwendung - als soziale Arbeit bezeichnet.



Inhaltliche Unterschiede zwischen den Leistungen, die von Sozialarbeitern zu erbringen sind, und den Leistungen, die von den anderen Mitgliedern des Teams zu erbringen sind, sind der Leistungsbeschreibung nicht zu entnehmen. Der Antragsgegnerin war es insoweit wichtig, dass zumindest ein Sozialarbeiter im Team ist, damit auch die Kenntnisse und Erfahrungen eines Sozialarbeiters vertreten sind.

Das Erfordernis eines Sozialarbeiters im Team gründet auf Folgendem:

- Sozialarbeiter kennen grundsätzlich Förder- und Unterstützungsmöglichkeiten und können Personen, die entsprechende Anliegen haben, an die entsprechenden Stellen weiter verweisen.
- Wenden sich Personen mit dem Anliegen nach psychosozialer Betreuung an die Gebietsbetreuung, so kennen Sozialarbeiter das entsprechende Betreuungsangebot und können zielgerichtet weiter verweisen.

Das Hauptgewicht der Tätigkeit liegt in Gruppenarbeit, wobei die Kommunikation in der Gruppe und mit der Gruppe einen wichtigen Stellenwert hat. Diese Gruppenarbeit soll in einer konsumfreien Zone erfolgen. Die Gruppenarbeit ist in den Gesamtzusammenhang der Stadtentwicklung eingebunden. Darüber hinaus betrifft die Kommunikation auch die Schiene zwischen Stadtplanung und öffentlicher Verwaltung einerseits und den Bewohnern andererseits.

Nicht Teil der ausgeschriebenen Leistung sind insbesondere:

- Psychosoziale Beratung im Sinne eines Eingehens auf individuelle psychosoziale Beratungserfordernisse. In Fällen eines solchen Beratungsbedarfs erfolgt eine Verweisung an eine zuständige Beratungseinrichtung.
- Kommunikationsmanagement im Sinne von Kommunikationstraining, Gruppenberatung und Gruppencoaching. Das Kommunikationsmanagement geht gemäß der Leistungsbeschreibung nicht über das Maß hinaus, das Gruppenarbeit bereits allgemein inhärent ist.
- Konfliktlösung im Sinne einer systematischen Aufarbeitung des Konflikts und im Sinne von systematischen Lösungsansätzen.

Die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin haben jeweils einen Teilnahmeantrag gestellt, ein Erstangebot und schließlich ein LBO abgegeben.

Weder die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch die Antragstellerin verfügt über eine Befugnis für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist eine Bietergemeinschaft, deren Mitglied das F. ist. Das F. ist per Satzung ein gemeinnütziger mildtätiger Verein, dessen Zwecke unter anderem die Ausübung und Förderung von Sozialarbeit sowie die Errichtung und der Betrieb von Einrichtungen der Sozialarbeit sind. Das F. ist gemeinnützig im Sinne der Bundesabgabenordnung.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die sich aus der D. GmbH, der E. GmbH und dem Verein F. zusammensetzt, hat im Zuge der von der Antragsgegnerin durchgeführten vertieften Angebotsprüfung eine Liste an Mitarbeitern vorgelegt, die für die ausschreibungsgegenständliche Leistung verfügbar sind. Diese Liste enthält unter anderem Mitarbeiter des F., die den Anteil der Sozialarbeiter an der Leistungserbringung stellen.

Inhaltliche Unterschiede zwischen den Tätigkeiten, die von Sozialarbeitern zu erbringen sind, und den Tätigkeiten, die von den anderen Mitgliedern der Gebietsbetreuung zu erbringen sind, sind in der funktionalen Leistungsbeschreibung nicht festgelegt. Die Festlegung, wonach in der Gebietsbetreuung auch Sozialarbeiter (zumindest ein Vollzeitäquivalent) vertreten sein sollen, erfolgte mit der Zielsetzung, in der Gebietsbetreuung auch die Erfahrungen und Kenntnisse zumindest eines Sozialarbeiters verfügbar zu haben. Die Tätigkeiten, die im Rahmen der Gebietsbetreuung durch Sozialarbeiter erbracht werden, wurden im Nachprüfungsverfahren von der Antragsgegnerin und von den anderen Verfahrensparteien als Sozialarbeit bzw. im Sinne eines Synonyms als soziale Arbeit bezeichnet. Ein Vorliegen von Sozialarbeit auch in inhaltlicher Hinsicht ist aus der Leistungsbeschreibung nicht schlüssig ableitbar.

Der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kalkulierte Stundensatz ist im Vergabeakt dokumentiert und ist - wie auch in der Zuschlagsentscheidung

angegeben ist – höher als der von der Antragstellerin kalkulierte Stundensatz. Dieser Stundensatz differenziert bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht zwischen einem Stundensatz der F. und den anderen Mitgliedern der Bietergemeinschaft, sondern ist einheitlich. Ein allenfalls niedrigerer Stundensatz der F. würde das Innenverhältnis der Bietergemeinschaft betreffen (Aufteilung des Entgelts auf die einzelnen Mitglieder der Bietergemeinschaft).

Das Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, dass das F. lediglich die Kosten der Erbringung ihrer Leistung kalkuliert hätte, konnte nicht auf seine Richtigkeit geprüft werden, weil diesbezüglich keine ausgefüllten Kalkulationsblätter oder vergleichbare Nachweise im Vergabeakt sind und die präsumtive Zuschlagsempfängerin solche Kalkulationsblätter oder vergleichbaren Nachweise auch in der mündlichen Verhandlung nicht mithatte. Die Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin hat den Aspekt bloßer Kostendeckung nicht eingeschlossen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat im Vergabeverfahren sowie im Nachprüfungsverfahren durch Vorlage umfangreicher Unterlagen nachgewiesen, dass sie durch ihr Mitglied F. eine ausreichende Zahl an Personen beschäftigt hat, die über die geforderte Qualifikation als Sozialarbeiter verfügen. Die Zahl an Sozialarbeitern, welche die F. beschäftigt, übersteigt das für die Ausführung des Auftrags erforderliche Ausmaß von einem Vollzeitäquivalent um ein Vielfaches.

Darüber hinaus hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch für ihre beiden anderen Mitglieder, somit für alle drei Mitglieder, ein Konvolut von Nachweisen über das jeweils verfügbare Personal, über dessen Qualifikation und über dessen Beschäftigungsstand nachgewiesen. Das nachgewiesene Personal übersteigt dabei zahlenmäßig das für die ausgeschriebene Leistung erforderliche Personal. Der Umstand, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die Ausführung des gegenständlichen Auftrags Personal gesucht hat, ist darauf zurückzuführen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin interne Umschichtungen für die Ausführung des gegenständlichen Auftrages nach Möglichkeit vermeiden wollte.

Die Gewerbeberechtigungen und Befugnisse, über die die präsuntive Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin verfügen, sind zum Teil im Akt ausgewiesen.

Die Antragstellerin verfügt über Gewerbeberechtigungen für Ingenieurbüros (beratende Ingenieure) auf dem Fachgebiet für Raumplanung und Raumordnung, für Markt- und Meinungsforschung und für PR-Beratung.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin verfügt über eine Ziviltechnikerbefugnis für die Fachgebiete Architektur sowie Raumplanung und Raumordnung und über Gewerbeberechtigungen für Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation, für PR-Berater, für Markt- und Meinungsforscher und für Werbeagentur. Dabei entfallen die Ziviltechnikerbefugnis auf die E. GmbH und die Gewerbeberechtigungen auf die D. GmbH. Das F. verfügt über Gewerbeberechtigungen für Elektrotechnik, für Gastgewerbe in der Betriebsart Buffet und für Tischler. Diese Befugnisse des F. wurden bei der Prüfung der Befugnisse der Bietergemeinschaft durch die Antragsgegnerin nicht berücksichtigt. In der Ausschreibung ist es nicht verlangt, dass die Sozialarbeiter über eine Ausbildung oder Erfahrungen in den Bereichen Elektrotechnik, Gastgewerbe oder Tischler verfügen müssen. Auch ist im Vergabeakt nicht ersichtlich, dass die Sozialarbeiter Leistungen der Gewerbe Elektrotechnik, Gastgewerbe oder Tischler zu erbringen hätten. Ein Konnex zwischen diesen Befugnissen des F. und dem vom F. zu erbringenden Teil der ausschreibungsgegenständlichen Leistung wurde im Vergabeakt nicht hergestellt und lässt sich nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens auch nicht herleiten.

Bei der Beweiswürdigung hat der Senat erwogen:

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf dem Vergabeakt, auf dem Parteivorbringen und den diesen angeschlossenen Unterlagen sowie auf der durchgeführten mündlichen Verhandlung.

Zu den Feststellungen der Gewerbeberechtigungen des F. ist auszuführen, dass die Antragstellerin diese Gewerbeberechtigungen über das Gewerberegister recherchiert und in ihrem Nachprüfungsantrag mit den Zahlen des

Gewerberegisters angeführt hat. Das Verwaltungsgericht hat daher keine Zweifel, dass das F. mit diesen Gewerbeberechtigungen im Gewerberegister eingetragen ist und über diese Gewerbeberechtigungen daher verfügt. Die Angaben der präsuntiven Zuschlagsempfängerin und der Antragsgegnerin zu den Gewerbeberechtigungen der Bietergemeinschaft wurden daher als hinsichtlich der Gewerbeberechtigungen des F. unvollständig gewertet.

Nachweise über höhere Personalressourcen, als für die Ausführung des gegenständlichen Auftrags erforderlich sind, hat die präsuntive Zuschlagsempfängerin für jedes ihrer Mitglieder nachgewiesen. Das Vorbringen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, dass sie zusätzliches Personal gesucht habe, um für die Ausführung des gegenständlichen Auftrags interne Umschichtungen des bereits vorhandenen Personals nach Möglichkeit vermeiden zu können, erschien daher schlüssig und nachvollziehbar. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass vorhandenes Personal in der Regel bereits Aufgaben zugewiesen hat und bei zusätzlichen Aufgaben durch einen größeren Auftrag entweder zusätzliches Personal aufgenommen oder interne Umschichtungen beim eingesetzten Personal vorgenommen werden müssen. Der Umstand, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin Personal für die Ausführung des Auftrags gesucht hat, lässt daher in Anbetracht der nachgewiesenen Personalressourcen keinen Rückschluss auf eine unzureichende Personalausstattung zu.

In rechtlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht erwogen:

§ 1 GewO 1994 lautet:

*„Geltungsbereich*

*§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.*

*(2) Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden*

*Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.*

*(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.*

*(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Die Veröffentlichung über eine den Gegenstand eines Gewerbes bildende Tätigkeit in Registern gilt nicht als Ausübung, wenn die Veröffentlichung auf Grund von gesetzlichen Verpflichtungen erfolgt.*

*(5) Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.*

*(6) Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit – sei es mittelbar oder unmittelbar – auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiel, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, daß die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.“*

§ 2 GewO 1994 lautet:

*„§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz ist – unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften – auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden:*

- 1. die Land- und Forstwirtschaft (Abs. 2 und 3);*
- 2. die Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft (Abs. 4);*
- 3. die Vermittlung von im Abs. 4 Z 4 bis 8 angeführten Leistungen durch Vereine im Sinne des Vereinsgesetzes 1951, BGBl. Nr. 233, deren satzungsgemäßer Zweck diese Vermittlungstätigkeit umfaßt, zwischen ihren Mitgliedern;*
- 4. die nachstehenden Tätigkeiten land- und forstwirtschaftlicher Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nach Maßgabe des Abs. 7, soweit der Geschäftsbetrieb dieser Genossenschaften im wesentlichen der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dient: (...)*
- 5. den Buschenschank (Abs. 9);*

6. *den Bergbau (Abs. 10);*
7. *die literarische Tätigkeit, die Ausübung der schönen Künste (Abs. 11) sowie die Ausübung des Selbstverlages der Urheber;*
8. *die gegen Stunden- oder Taglohn oder gegen Werksentgelt zu leistenden Verrichtungen einfachster Art;*
9. *die nach ihrer Eigenart und ihrer Betriebsweise in die Gruppe der häuslichen Nebenbeschäftigungen fallenden und durch die gewöhnlichen Mitglieder des eigenen Hausstandes betriebenen Erwerbszweige;*
10. *die zur Berufsausübung zählenden und in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten der Rechtsanwälte, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ziviltechniker, Patentanwälte, Versicherungstechniker, Wirtschaftstreuhänder, Bilanzbuchhalter, Personalverrechner, Buchhalter und Börsesensale, den Betrieb von autorisierten Untersuchungs-, Erprobungs- und Materialprüfungsanstalten und den Betrieb von akkreditierten (zugelassenen) Prüf-, Überwachungs- und Zertifizierungsstellen und von öffentlichen Wäg- und Messanstalten sowie die Tätigkeiten sonstiger Personen oder Anstalten, die von der Behörde hiefür besonders bestellt und in Pflicht genommen wurden, die Revision und die damit im Zusammenhang ausgeübte Beratung von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und ihnen gleichgestellten Vereinen, alle Auswanderungsgeschäfte;*
11. *die Ausübung der Heilkunde, der Psychotherapie und des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens, die zur Berufsausübung zählenden und in deren Rahmen vorgenommenen Tätigkeiten der Dentisten, Hebammen, der Tierärzte sowie der Apotheker, die Krankenpflegefachdienste, die medizinisch-technischen Dienste sowie die Sanitätshilfsdienste, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten, die in Anstalten zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit oder im Rahmen von Rehabilitationsprogrammen öffentlich-rechtlicher Körperschaften zu leistenden gewerblichen Arbeiten;*
12. *die Ausübung der Erwerbszweige des Privatunterrichtes und der Erziehung und den Betrieb jener Anstalten, die diesen Aufgaben dienen, ferner die gewerblichen Arbeiten von öffentlichen Schulen oder mit dem Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Privatschulen;*
13. *die gewerblichen Arbeiten von Anstalten, die von öffentlichen Wohlfahrts- und Fürsorgeeinrichtungen betrieben werden, ferner von Integrativen Betrieben im Rahmen der Behindertenhilfe sowie von Anstalten für den Vollzug von Freiheitsstrafen und von mit Freiheitsentzug verbundenen vorbeugenden Maßnahmen;*
14. *den Betrieb von Bankgeschäften einschließlich der nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 erbrachten Dienstleistungen mit Ausnahme der Tätigkeiten eines vertraglich gebundenen Vermittlers gemäß § 1 Z 44 oder eines Wertpapiervermittlers gemäß § 1 Z 45 des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2018 – WAG 2018,*

*BGBI. I Nr. 107/2007, den Betrieb von Versicherungsunternehmen sowie den Betrieb von Pensionskassen, Zahlungsinstituten oder E-Geld-Instituten. Soweit das BWG nicht besondere Regelungen vorsieht, gelten für die Ausübung der Versicherungsvermittlung durch Kreditinstitute die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, ausgenommen die Bestimmungen über Betriebsanlagen;*

*15. den Betrieb von Eisenbahnunternehmen und von deren Hilfseinrichtungen sowie deren Hilfstätigkeiten einschließlich des Betriebes von Seilbahnen im Sinne des Seilbahngesetzes 2003, BGBI. I Nr. 103, im Falle der Gegenseitigkeit die Bewirtschaftung von Speisewagen und Schlafwagen in- und ausländischer Eisenbahnunternehmen durch ausländische Unternehmen bei Fahrten vom Ausland aus durch Österreich oder vom Ausland aus nach Österreich oder umgekehrt, den Betrieb von Schifffahrtsunternehmen mit Wasserfahrzeugen, im Falle der Gegenseitigkeit die Bewirtschaftung von Schiffsrestaurants und -buffets auf Wasserfahrzeugen ausländischer Schifffahrtsunternehmen durch ausländische Unternehmen bei Fahrten vom Ausland aus durch Österreich oder vom Ausland aus nach Österreich oder umgekehrt, den Betrieb von Fähren (Überfuhren) und von Kraftfahrlinienunternehmen;*

*16. den Betrieb von Luftverkehrsunternehmen (Luftbeförderungsunternehmen und Luftfahrzeug-Vermietungsunternehmen), von Zivilflugplatzunternehmen sowie von Hilfsbetrieben der Luftbeförderungs- und Zivilflugplatzunternehmen;*

*17. den Betrieb von Theatern und Lichtspieltheatern und von Unternehmen öffentlicher Belustigungen und Schaustellungen aller Art, musikalische und literarische Darbietungen;*

*18. die Herausgabe, das Herstellen und das Verbreiten periodischer Druckwerke durch das Medienunternehmen des Medieninhabers sowie den Kleinverkauf solcher Druckwerke;*

*19. die Tätigkeit der Berg- und Schiführer;*

*20. den Betrieb von Elektrizitätsunternehmen (§ 7 Z 11 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 – EIWOG 2010) und jenen Erdgasunternehmen (§ 7 Abs. 1 Z 16 Gaswirtschaftsgesetz 2011 – GWG 2011), die nicht Erdgashändler (§ 7 Abs. 1 Z 14 GWG 2011) sind;*

*21. die unter das Sprengmittelgesetz 2010 – SprG fallenden Erzeugungs-, Verarbeitungs- und Verkaufstätigkeiten;*

*22. die Vermittlung und den Abschluß von Wetten aus Anlaß sportlicher Veranstaltungen (Tätigkeit der Totalisateure und Buchmacher);*

*23. die vom Arbeitsmarktservice oder gemeinnützigen Einrichtungen durchgeführte Arbeitsvermittlung und Berufsberatung;*

*24. den Betrieb der dem Bund zustehenden Monopole und Regalien sowie die Erzeugung von Blatternimpfstoff;*



25. *die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Rahmen und Umfang von Veranstaltungen im Sinne des § 5 Z 12 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 durch Körperschaften des öffentlichen Rechtes sowie sonstige juristische Personen, die im Sinne der §§ 34 BAO gemeinnützig, kirchlich tätig sind, und durch deren Dienststellen sowie juristische Personen, die gemäß § 1 Abs. 3 Z 2 und § 5 Z 12 lit. b und c des Körperschaftsteuergesetzes 1988 wie Körperschaften des öffentlichen Rechts zu behandeln sind. Diese Veranstalter haben § 112 Abs. 4 und 5 und § 114 sowie die einschlägigen gesundheits-, lebensmittel-, wasser- und abfallrechtlichen Vorschriften einzuhalten. (...).*“

§ 29 GewO 1994 lautet:

*„6. Umfang der Gewerbeberechtigung*

*§ 29. Für den Umfang der Gewerbeberechtigung ist der Wortlaut der Gewerbebeanmeldung (§ 339) oder des Bescheides gemäß § 340 Abs. 2 im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Im Zweifelsfalle sind die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen.“*

§ 31 Abs. 1 GewO 1994 lautet:

*„Einfache Tätigkeiten und Teilgewerbe mit vereinfachtem Zugang*

*§ 31. (1) Einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, sind den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten. Als einfache Tätigkeiten gelten jedenfalls nicht die für ein Gewerbe typischen Kerntätigkeiten, welche die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen voraussetzen.*

*(2) ....“*

§ 32 GewO 1994 lautet auszugsweise:

*„Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden*

*§ 32. (1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:*

1. *alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben, sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen;*
2. *die ausschließlich für die Erbringung von Leistungen des eigenen Unternehmens bestimmten Maschinen, Werkzeuge und sonstigen Werksvorrichtungen anzufertigen;*
3. *ihre Betriebseinrichtungen, Maschinen, Werkzeuge, Betriebsmittel, sonstigen Betriebsbehelfe und Betriebsgebäude instand zu halten und instand zu setzen;*
4. *die Beistellung des zu verwendenden Materials, wenn Aufträge zur Herstellung von Waren erteilt werden;*
5. *die zum Verkauf der von ihnen erzeugten oder vertriebenen Waren dienenden Verpackungen und Umhüllungen (Säcke, Kartonagen, Tuben, Dosen, Kisten und ähnliche Gegenstände), Etiketten oder sonstigen handelsüblichen Hilfsmittel herzustellen und zu bedrucken;*
6. *das Aufstellen, die Montage, der Austausch schadhaft gewordener Bestandteile, die Nachfüllung von Behältern, das Anbringen von Zubehör und die regelmäßige Wartung der hergestellten, verkauften oder vermieteten Gegenstände;*
7. *das Sammeln und Behandeln von Abfällen; abfallrechtliche Regelungen bleiben hievon unberührt;*
8. *Arbeiten, die im zulässigen Umfang ihrer Gewerbeausübung liegen, zu planen;*
9. *Gesamtaufträge zu übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages ihrem Gewerbe zukommt, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie die Arbeiten, für deren Ausführung sie keine Gewerbeberechtigung besitzen, durch befugte Gewerbetreibende ausführen lassen;*
10. *Waren zurückzunehmen, zu kaufen, zu verkaufen, zu vermieten und zu vermitteln, soweit diese Tätigkeiten nicht Gegenstand eines reglementierten Gewerbes sind;*
11. *einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, auszuüben;*
12. *Teilgewerbe (§ 31 Abs. 2 ff) und die in § 162 Abs. 1 genannten freien Gewerbe auszuüben, soweit diese in fachlichem Zusammenhang mit der hauptberuflich ausgeübten gewerblichen Tätigkeit stehen;*
13. *die Ausübung des nicht konzessionspflichtigen Werkverkehrs mit Gütern;*
14. *die Ausübung des nicht konzessionspflichtigen, nicht linienmäßigen Personenwerkverkehrs;*

15. die unentgeltliche Ausschank von Getränken; hierfür darf jedoch nicht geworben werden und dürfen keine zusätzlichen Hilfskräfte noch ausschließlich diesem Ausschank dienende Räume verwendet werden.

(1a) Gewerbetreibenden steht auch das Erbringen von Leistungen anderer Gewerbe zu, wenn diese Leistungen die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Dabei dürfen die ergänzenden Leistungen insgesamt bis zu 30 vH des im Wirtschaftsjahr vom Gewerbetreibenden erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen. Innerhalb dieser Grenze dürfen auch ergänzende Leistungen reglementierter Gewerbe erbracht werden, wenn sie im Fall von Zielschuldverhältnissen bis zur Abnahme durch den Auftraggeber oder im Fall von Dauerschuldverhältnissen bis zur Kündigung der ergänzten eigenen Leistungen beauftragt werden und sie außerdem bis zu 15 vH der gesamten Leistung ausmachen.

(2) Bei Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 und Abs. 1a müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen. (...).“

Das Vorbringen der Antragstellerin umfasst zunächst die Ansicht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin und dabei insbesondere das F. für die ausgeschriebene Leistung eine Gewerbeberechtigung für Lebens- und Sozialberatung benötigen würde, eine solche Gewerbeberechtigung jedoch nicht hat.

Dazu hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass die Lebens- und Sozialberatung ein reglementiertes Gewerbe gemäß § 119 GewO 1994 darstellt. Das Berufsbild und damit der Tätigkeitsumfang und Vorbehaltsbereich dieses Gewerbes ist vielschichtig und umfangreich und umfasst die Beratung und Betreuung von Personen sowohl auf individueller Ebene (Einzelberatung) als auch auf Gruppenebene. Kommunikationsmanagement und Konfliktlösung fallen dabei mit Einschränkungen durchaus in den Vorbehaltsbereich dieses Gewerbes. Beispielsweise würden auch die systematische Aufarbeitung und Lösung von Kommunikationsschwierigkeiten, soweit diese etwa psychosozial bedingt sind, oder die systematische Aufarbeitung und Lösung von Nachbarschaftskonflikten in den Vorbehaltsbereich dieses Gewerbes fallen.

Eine generalisierende Zuordnung dahingehend, dass Kommunikationsmanagement und Konfliktlösung allgemein in den

Vorbehaltsbereich dieses Gewerbes fallen würden, ist jedoch aufgrund der Vielschichtigkeit von Kommunikationsmanagement und von Konfliktlösung und der allgemein in Betracht kommenden Herangehensweisen nicht möglich. So erfordert beispielsweise jedes menschliche Zusammenleben sowie jede menschliche Zusammenarbeit Kommunikation und damit grundsätzlich auch Kommunikationsmanagement und können dabei auch Konflikte auftreten, die einer Konfliktlösung bedürfen. Ein zu weit gesteckter Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung würde unweigerlich dazu führen, dass jede Unterstützung im menschlichen Zusammenleben und in der menschlichen Zusammenarbeit und Lösung von dabei auftretenden Konflikten in den Vorbehaltsbereich der Lebens- und Sozialberatung fallen würde, was unzutreffend wäre.

Rechtlich folgt daraus, dass Kommunikationsmanagement und Konfliktlösung daher nur insoweit dem Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung vorbehalten ist, als auf individueller Ebene oder auf Gruppenebene sowohl ein systematischer Ansatz der Erhebung der Bedürfnisse als auch ein systematischer Ansatz der Lösung erfolgen. Kommunikationsmanagement und Konfliktlösung, die außerhalb einer solchen systematischen Vorgehensweise erfolgen, sind dem Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung nicht vorbehalten. Die für gewerberechtliche Fragen als Fachabteilung zuständige Magistratsabteilung 63 hat dazu in der zuvor wiedergegebenen Stellungnahme zutreffend ausgeführt, dass „Beratung“ im Sinne des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung über die bloße Sachinformation hinausgehend auch das Eingehen auf die individuellen Bedürfnisse und Fragestellungen der zu beratenden Person durch Abgabe und Erörterung von Handlungsempfehlungen nach Maßgabe des für den Beratungsgegenstand relevanten und aktuellen Wissenstandes des infrage kommenden Fachgebietes umfasst. Besteht die Leistung darin, dass sich der Mitarbeiter der Gebietsbetreuung das Anliegen eines Bürgers anhört, diesen dann gegebenenfalls einige Informationen gibt (bloße Wissensweitergabe) und ihn an eine zuständige Einrichtung verweist (bloßes Verweisen), so fällt diese Tätigkeit daher nicht in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung. An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn diese Tätigkeit durch einen Sozialberater (und nicht durch ein anderes Mitglied der Gebietsbetreuung) erfolgt.

Die gegenständliche Ausschreibung umfasst kein Kommunikationsmanagement und keine Konfliktlösung, welche eine systematische Erhebung der Kommunikationsbedürfnisse eines einzelnen oder einer Gruppe oder eine systematische Konfliktlösung erfordern. Dem Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung vorbehaltene Tätigkeiten sind der Ausschreibung nicht zu entnehmen und in dieser daher auch nicht enthalten.

Ein Erfordernis einer Befugnis für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung ist der Ausschreibung daher nicht zu entnehmen.

Das Zwischenergebnis, dass die ausgeschriebene Leistung, soweit sie von Sozialarbeitern erbracht wird, nicht in den Vorbehaltsbereich des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung fällt, lässt jedoch noch nicht den Schluss zu, dass für diesen Leistungsteil keine Gewerbeberechtigung erforderlich wäre. Vielmehr ist gemäß § 1 GewO 1994 eine Gewerbeberechtigung erforderlich, wenn die Tätigkeit nicht gesetzlich verboten ist, selbstständig, regelmäßig und mit Ertragserzielungsabsicht ausgeübt wird sowie nicht gemäß den §§ 2 bis 4 GewO 1994 anderes bestimmt ist.

Ertragserzielungsabsicht ist dabei die Absicht, durch die Tätigkeit einen Ertrag oder einen sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig, wofür dieser Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil bestimmt ist.

Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang vorgebracht hat, gemäß § 1 Abs. 4 GewO 1994 sei die Teilnahme an einer Ausschreibung der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten, so ist dazu auszuführen, dass diese Regelung in Bezug auf das Erfordernis der Regelmäßigkeit steht. Fehlt der Tätigkeit die Ertragserzielungsabsicht, so stellt sie keine den Gegenstand eines Gewerbes bildende Tätigkeit im Sinne der zitierten Bestimmung dar und unterliegt in diesem Fall nicht dem Gewerberecht.

Zum Vorbringen, die vom F. zu erbringenden Leistungen wären weder einem reglementierten noch einem freien Gewerbe zuordenbar, ist zunächst auszuführen, dass Tätigkeiten, die weder einem reglementierten Gewerbe vorbehalten noch vom Anwendungsbereich des Gewerberechts ausgenommen sind, grundsätzlich

Gegenstand eines freien Gewerbes sind. Die von der Antragsgegnerin angesprochene Liste an freien Gewerben ist nicht taxativ. Im Fall eines freien Gewerbes, welches noch nicht in einer Liste an freien Gewerbe angeführt ist, obliegt es dem Gewerbetreibenden, die von ihm beabsichtigte Tätigkeit zu benennen und als freies Gewerbe bei der Gewerbebehörde anzumelden. Die von der Antragsgegnerin ausgeführte Problematik mangelnder Zuordenbarkeit zu einem reglementierten Gewerbe sowie zu einem Gewerbe aus verfügbaren Listen von freien Gewerbe stellt daher kein rechtliches Argument dafür dar, dass das F. keine Gewerbeberechtigung benötigen würde. Ein solcher Nachweis kann jedoch weiterhin durch den Nachweis fehlender Ertragserzielungsabsicht erfolgen.

Es ist daher grundsätzlich nicht auszuschließen, dass die Leistungen laut Leistungsbeschreibung auch insoweit eine Gewerbeberechtigung erfordern können, als diese vom F. erbracht werden. Eine Gewerbeberechtigung des F. für die von ihm zu erbringenden Leistungen ist daher grundsätzlich nur dann nicht erforderlich, wenn die vom F. zu erbringenden Leistungen auf einen Ausnahmetatbestand von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der GewO gestützt werden kann.

Daraus folgt, dass das F. für den von ihm zu erbringenden Teil der Leistung jedenfalls dann keine Gewerbeberechtigung benötigt, wenn das F. seine Leistungen tatsächlich lediglich mit den anfallenden Kosten kalkuliert haben sollte.

Der erfolgte Nachweis, dass das F. nach seinen Statuten gemeinnützig ist und die Gemeinnützigkeit steuerlich anerkannt ist, schließt die Möglichkeit nicht aus, dass das F. ihren Anteil an der ausgeschriebenen Leistung mit einer Gewinnspanne kalkuliert haben könnte, um einen Finanzierungsanteil für ihre gemeinnützigen Tätigkeiten zu erwirtschaften. Eine allenfalls angestrebte Erwirtschaftung eines Finanzierungsbeitrags für andere gemeinnützige Aktivitäten würde jedoch gerade Ertragserzielungsabsicht im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1994 darstellen.

Der somit für die Frage, ob das F. für ihren Leistungsanteil eine Gewerbeberechtigung benötigt, entscheidende Aspekt, wie das F. die von ihr zu erbringenden Leistungen kalkuliert hat, wurde weder von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachgewiesen noch von der Antragsgegnerin geprüft.

Das unsubstantiierte Vorbringen, das F. hätte keine Ertragserzielungsabsicht, konnte daher vom Senat für die Lösung der Befugnisfrage mangels erfolgter Prüfung durch die Antragsgegnerin nicht beurteilt werden.

Der Leistungsteil, der dem F. zu fallen soll, ist durch Sozialarbeiter zu erbringen. In der Ausschreibung ist nicht verlangt, dass die Sozialarbeiter über eine Ausbildung oder Erfahrungen in den Bereichen Elektrotechnik, Gastgewerbe oder Tischler verfügen müssen. Auch ist im Vergabeakt nicht ersichtlich, dass die Sozialarbeiter Leistungen der Gewerbe Elektrotechnik, Gastgewerbe oder Tischler zu erbringen hätten. Daher ist der vom F. zu erbringende Teil der Leistung nicht den Gewerben Elektrotechnik, Gastgewerbe oder Tischler zuzuordnen. Nach dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens und der Prüfung durch die Antragsgegnerin wäre der vom F. zu erbringende Teil der Leistung daher nicht als Tätigkeit des Elektrotechnikergewerbes, des Gastgewerbes oder des Tischlergewerbes durch die vorhandenen Gewerbeberechtigungen des F. abgedeckt.

Sollte der vom F. zu erbringende Teil der Leistung entgegen dem, was derzeit vom Verwaltungsgericht dem Vergabeakt schlüssig entnommen werden kann, durch die vorhandenen Gewerbeberechtigungen des F. für Elektrotechnik, Gastgewerbe in der Betriebsart eines Buffets oder Tischler abgedeckt sein, so wäre ein allfälliger Konnex dahingehend im Rahmen einer fortgesetzten Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin gegebenenfalls herauszuarbeiten und festzustellen.

Zu der im Nachprüfungsverfahren in den Schriftsätzen erfolgten umfangreichen Diskussion über Nebenrechte von Gewerbetreibenden (§ 32 GewO 1994) ist zunächst auszuführen, dass Nebenrechte nur im inhaltlichen Zusammenhang mit eigenen Gewerbeberechtigungen ausgeübt werden dürfen. Wäre es so, dass das F. im Rahmen der Erbringung seiner Leistung das Gewerbe Elektrotechnik, das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Buffets oder das Tischlerhandwerk ausüben würde, so würden dem F. auch im Zusammenhang mit der Ausübung ihres Gewerbes die Nebenrechte des § 32 GewO zukommen.

Die erfolgte Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin lässt jedoch eine Möglichkeit, den Leistungsteil des F. auf eines der drei angeführten Gewerbe und auf mit der Ausübung dieses Gewerbes in Zusammenhang stehenden Nebenrechten zu stützen, nicht erkennen. Die Tätigkeit des F. kann daher nach dem derzeitigen Stand der Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin nicht auf eine dieser drei Gewerbeberechtigungen und mit deren Ausübung in Zusammenhang stehende Nebenrechte gestützt werden.

Im Übrigen geht die Berufung auf die Nebenrechte der GewO 1994 seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragsgegnerin auch deswegen ins Leere, weil die Nebenrechte des § 32 GewO 1994 nur von einem Unternehmer ausgeübt werden können, der ein ihm zustehendes Gewerberecht ausübt und bei dem die Ausübung des Nebenrechts einen Konnex mit der Ausübung seiner Gewerbeberechtigung aufweist. Gewerbeberechtigungen, über die ein anderes Mitglied der Bietergemeinschaft verfügt, können daher dem F. nicht für die Ausübung von Nebenrechten gemäß § 32 GewO 1994 zu Gute gehalten werden. Die Bietergemeinschaft der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist nicht Trägerin von Gewerbeberechtigungen, weshalb die Nebenrechte des § 32 GewO 1994 auch nicht der Bietergemeinschaft als solche zustehen können.

Zu dem Hinweis der Antragsgegnerin (Schriftsatz vom 15.12.2023 und mündliche Verhandlung) sowie der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf EuGH C-396/14 vom 24.05.2016 ist Folgendes auszuführen:

Es mag zutreffen, dass nach dem Wegfall eines Mitglieds der Bietergemeinschaft die verbleibenden Mitglieder weiterhin als Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren teilnehmen können, sofern es sich erweist, dass die vom Auftraggeber festgelegten Anforderungen weiter erfüllt werden und die weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt. Es mag gegebenenfalls zutreffen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Bietergemeinschaft die vom Auftraggeber festgelegten Anforderungen auch dann weiterhin erfüllen würde, wenn das F. mangels Befugnis aus der Bietergemeinschaft ausgeschieden wäre.



Diesem Vorbringen ist jedoch entgegen zu halten, dass das F. aus der Bietergemeinschaft nicht ausgeschieden ist und das LBO von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin als Bietergemeinschaft gelegt wurde, der das F. angehört. Auch die Zuschlagsentscheidung lautet auf die präsumentive Zuschlagsempfängerin als Bietergemeinschaft, der das F. angehört. Die im zitierten Urteil des EuGH behandelte Situation, dass ein Mitglied einer Bietergemeinschaft während des Vergabeverfahrens ausgeschieden ist, liegt daher gegenständlich nicht vor.

Kurz einzugehen ist schließlich auf das Vorbringen der Antragsgegnerin und der präsumentiven Zuschlagsempfängerin, der Anteil des F. wäre als Sozialarbeit bzw. - im Sinne eines Synonym verwendet - als soziale Arbeit vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen.

Die Liste der Ausnahmen gemäß § 2 GewO 1994 enthält unter anderem auch Materien, die in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache (Art. 15 B-VG) sind und daher bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen der GewO 1994 nicht unterliegen können und folglich ausdrücklich ausgenommen wurden. Diese Liste enthält keine Ausnahme zu Gunsten von Sozialarbeit bzw. sozialer Arbeit. Insbesondere fällt Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit nicht per se unter die Ausnahme gemäß § 2 Abs. 1 Z 10 GewO 1994, weil ein freier Beruf für Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit gesetzlich nicht eingerichtet ist und eine Bestellung bzw. Verpflichtung zur Ausübung des Berufs der Sozialarbeit bzw. der sozialen Arbeit durch die Behörde gegenständlich nicht nachgewiesen worden ist.

Es trifft zu, dass in der Literatur unter anderem zum Gesundheitsrecht mehrheitlich, aber nicht einhellig, die Auffassung vertreten wird, dass Sozialarbeit nicht dem Gewerberecht unterliegt. Wäre eine rein quantitative Abwägung der Äußerungen in der Literatur ausschlaggebend, so müsste man von einer solchen Ausnahme ausgehen. Eine Besonderheit dieser Äußerungen in der Literatur besteht jedoch darin, dass häufig keine Begründung angegeben wird und damit nicht nachvollziehbar ist, aufgrund welcher Argumente der jeweilige Autor zu diesem Ergebnis kommt. Die Literaturangaben der Verfahrensparteien vermögen insoweit das Erfordernis, die von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin und von der Antragsgegnerin behauptete Ausnahme vom Anwendungsbereich des Gewerberechts auch argumentativ nachvollziehen zu können, nicht zu erfüllen.

Der Senat hat dazu erwogen, dass die behauptete Ausnahme unter anderem auch dann argumentativ nachvollziehbar wäre, wenn nachvollzogen werden kann, dass der Bundesgesetzgeber eine Ausnahme der Sozialarbeit bzw. der sozialen Arbeit vom Anwendungsbereich des Gewerberechts historisch vorgefunden hätte. Eine solche Ausnahme wäre insbesondere dann schlüssig nachvollziehbar, wenn Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit zum Zeitpunkt der Erlassung des B-VG als von der damals geltenden GewO 1859 ausgenommener Beruf historisch vorgefunden worden wäre.

Die eingeholten Stellungnahmen und die eigene Literaturrecherche des Senats haben jedoch nicht dazu geführt, dass der Senat eine Ausnahme für regelmäßig und selbstständig sowie mit Ertragserzielungsabsicht ausgeübte Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit über die Argumentation des historischen Vorfindens hätte schlüssig nachvollziehen können.

Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit wurde zwar bereits vor Erlassung des B-VG historisch vorgefunden. Etwaige inhaltliche Überschneidungen mit dem Gewerberecht unterliegenden Tätigkeiten, die eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Gewerberechts erforderlich gemacht hätten, konnten vom Senat jedoch nicht festgestellt werden. Soweit Sozialarbeit historisch als Beruf mit Ertragserzielungsabsicht ausgeübt wurde, fehlte es meist am Vorliegen von Selbständigkeit und wurde dieser Beruf in einem Dienst- oder Beamtenverhältnis ausgeübt. Die Dienstgeber, die unselbstständige Sozialarbeiter beschäftigt haben, erbrachten die Leistungen der Sozialarbeit jedoch grundsätzlich aus dem Gedanken der Fürsorge und nicht aus dem Gedanken, durch diese Tätigkeit einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die vom Senat eingeholte Stellungnahme des OBDS sowie der dieser angeschlossenen Beilagen zu verweisen.

Dieses Ergebnis deutet darauf hin, dass Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit zwar tatsächlich grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Gewerberechts ausgenommen ist, dass der argumentativ nachvollziehbare Grund für diese Ausnahme aber darin liegt, dass dieses Ergebnis mit den bestehenden Ausnahmen vom Anwendungsbereich der GewO 1994 erreicht wird. Einen nicht unwesentlichen

Anteil an diesen Ausnahmen hat der Umstand, dass Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit zumindest überwiegend ohne Ertragserzielungsabsicht ausgeübt wird und bereits aus diesem Grund nicht dem Gewerberecht unterliegt. Darüber hinaus stehen für eine Ausnahme der Sozialarbeit bzw. der sozialen Arbeit, soweit diese überhaupt in Ertragserzielungsabsicht erfolgen sollte, alle denkbaren Ausnahmen des § 2 GewO 1994 zur Verfügung. Insbesondere kämen - über die „Ausnahme“ des Fehlens von Ertragserzielungsabsicht hinausgehend – für spezifische Fallgruppen von Sozialarbeit auch allfällige Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Gewerberechts aufgrund von einem allfälligen Behördenakt der Bestellung und Inpflichtnahme (§ 2 Abs. 1 Z 10 GewO 1994), die Ausnahme des § 2 Abs. 1 Z 13 GewO 1994 zu Gunsten gewerblicher Arbeiten von Anstalten, die von öffentlichen Wohlfahrt- und Fürsorgeeinrichtungen betrieben werden, ferner von integrativen Betrieben im Rahmen der Behindertenhilfe etc. in Betracht.

Im Anlassfall konnte der Senat jedoch aufgrund der Vergabeakten und des durchgeführten Beweisverfahrens keine der für den vom zu erbringenden Teil der ausgeschriebenen Leistung in Betracht kommende Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 schlüssig nachvollziehen, zumal sowohl die erbrachten Nachweise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch die Prüfung der Antragsgegnerin für ein solches Ergebnis nicht ausreichend waren.

Zu den in Betracht kommenden Ausnahmen vom Anwendungsbereich der GewO 1994 betreffend das F. ist daher zusammenfassend auszuführen, dass der Nachweis, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin über alle erforderlichen Gewerbeberechtigungen für die ausgeschriebene Leistung verfügt, deswegen noch nicht erbracht wurde, weil dafür der Nachweis des Zutreffens einer Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 zu erbringen gewesen wäre. Es wäre dabei für das Ergebnis ohne Bedeutung gewesen, auf welche Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 die Behauptung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, dass das F. keine Gewerbeberechtigung benötigen würde, konkret gestützt wird. Erforderlich wäre jedoch gewesen, dass das Zutreffen der Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 auf das F. von den erbrachten Nachweisen und von der erfolgten Überprüfung her auch schlüssig nachvollzogen werden kann.

Als für den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens nicht entscheidungsrelevant hat sich schließlich die Frage herausgestellt, ob die ausschreibungsgegenständliche Tätigkeit dadurch zur Sozialarbeit bzw. zur sozialen Arbeit wird, dass die Tätigkeit durch Sozialarbeiter zu erbringen ist und dass insbesondere die Kenntnis von Sozialarbeitern über vorhandene Institutionen für Sozialförderungen und für psychosoziale Betreuung in die Leistungserbringung einfließen soll, um Verweisungen an solche Einrichtungen mit größerer Treffsicherheit durchführen zu können. Für den Fall, dass der auf das F. entfallende Leistungsteil rechtlich nicht unter Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit subsumierbar sein sollte, würde sich am Erfordernis, das Zutreffen einer konkreten Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 auf das F. nachweisen und die Angebotsprüfung diesbezüglich ergänzen zu müssen, nichts ändern. Auch in diesem Fall könnte die von der Antragsgegnerin behauptete Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 auf das F. gegebenenfalls alternativ durch den Nachweis herausgearbeitet werden, dass das F. entweder seinen Leistungsteil ohne Ertragserzielungsabsicht kalkuliert hat oder dass eine der Ausnahmen des § 2 GewO 1994 auf das F. zutrifft.

Die erfolgte Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin war daher insoweit unvollständig, als das Vorhandensein ausreichender Befugnisse für die Leistungserbringung bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht nachvollzogen werden konnte. Insbesondere erwiesen sich die Argumente, dass das F. aufgrund seiner Gemeinnützigkeit keine Ertragserzielungsabsicht habe und dass der dem F. zufallende Teil der ausgeschriebenen Leistung Sozialarbeit bzw. soziale Arbeit sei und deswegen vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen sei, als nicht nachvollziehbar und damit als nicht ausreichend.

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin ist auszuführen, dass das von der Antragstellerin behauptete und in den Schriftsätzen der Parteien erörterte Erfordernis einer Gewerbeberechtigung für Lebens- und Sozialberatung nicht zutrifft. Dem Leistungsverzeichnis sind keine Tätigkeiten zu entnehmen, deren Ausführung eine Befugnis für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung erfordern würde. Ein Befugnismangel der Antragstellerin ist daher nicht zu entnehmen. Darüber hinaus wäre die Antragslegitimation der Antragstellerin auch dann gegeben, wenn sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive

Zuschlagsempfängerin nicht über die erforderlichen Befugnisse verfügt hätten und das Vergabeverfahren aus diesem Grunde hätte widerrufen werden müssen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin und im Besonderen das F. nicht über das erforderliche Personal verfügen würden, zumal die präsumtive Zuschlagsempfängerin dieses Personal erst über Stelleninserate suchen würde, ist wie folgt auszuführen:

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass diesbezüglich als Personalressourcen zumindest ein Sozialarbeiter mit einem Vollzeitäquivalent erforderlich ist. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat im Vergabeverfahren nachgewiesen, dass das F. über ein Vielfaches dieses Mindestanfordernisses an Sozialarbeitern verfügt. Darüber hinaus hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch für die beiden anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft, somit für alle drei Mitglieder der Bietergemeinschaft, ein Konvolut an Nachweisen über das jeweils verfügbare Personal, über dessen Qualifikation und über dessen Beschäftigungsstand beim jeweiligen Mitglied der Bietergemeinschaft vorgelegt.

Es mag zutreffen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin, wenn sie kein zusätzliches Personal aufnehmen sollte, innerhalb des jeweiligen Mitglieds der Bietergemeinschaft interne Umschichtungen des Personals vornehmen müsste, um den bereits vorhandenen Beschäftigtenpool für die ausgeschriebene Leistung einzusetzen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat dazu jedoch rechtlich zutreffend angegeben, dass ein solches Erfordernis interner Umschichtung für die Frage des Vorliegens der erforderlichen Personalressourcen nicht relevant ist.

Die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit betreffend einen Mangel an Personalressourcen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin trifft daher nicht zu.

Zu den Pauschalgebühren ist auszuführen, dass der von der Antragsgegnerin geschätzte Auftragswert für die gegenständliche Leistung das Zehnfache des EU-Schwellenwertes (für 3 Jahre) überschreitet. Für die Bemessung der Pauschalgebühren war daher § 2 Abs. 1 der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2020 anzuwenden. Die Antragstellerin hat die

Pauschalgebühren in der gesetzlichen Höhe entrichtet. Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag erfolgreich war, hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 15 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 spruchgemäß zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr.<sup>in</sup> Lettner