



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Umgehungskonstruktionen und Gestaltungsmöglichkeiten
bei der Vergabe von Bauaufträgen in der Praxis“**

Verfasser

Mag. iur. Christian Macho

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist aus Interesse an dem, immer wieder von öffentlichen Auftraggebern artikulierten Wunsch, dass die beste vergaberechtliche Beratung jene sei, welche die Anwendbarkeit des Vergaberechts zu verhindern in der Lage ist, entstanden. Bei diesem Anspruch handelt es sich oftmals insofern um einen Trugschluss, als öffentlichen Auftraggebern die Reichweite der Gestaltungsmöglichkeiten und Spielräume innerhalb des Anwendungsbereiches des Vergaberechts nicht bewusst ist und eine Umgehung der vergaberechtlichen Bestimmungen daher nicht das primäre Ziel darstellen muss.

Meine Dissertation setzt sich dementsprechend sowohl mit Umgehungskonstruktionen auseinander, um Wege aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts aufzuzeigen, als auch mit Gestaltungsmöglichkeiten bei der Leistungsbeschaffung und versucht dadurch einen Beitrag zu leisten, das Vergaberecht nicht nur als „Last der Verwaltung“, sondern auch als „Lust zur Gestaltung“ zu verstehen.

Für die Bereitschaft zur Übernahme der Betreuung und Erstbegutachtung danke ich Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher. Ebenso gilt mein Dank Herrn em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci, dessen Interesse ich für die Zweitbegutachtung wecken konnte.

Last but not least danke ich meiner Lebensgefährtin sowie meinem gesamten privaten Umfeld für die Rücksichtnahme auf Grund der Erstellung der vorliegenden Arbeit parallel zu meiner Berufstätigkeit und den damit verbundenen arbeitsintensiven Abenden, Nächten und Wochenenden mit meiner Dissertation an ihrer statt.

Kottingbrunn, im Sommer 2013

Christian Macho

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
Inhaltsverzeichnis	5
Abkürzungsverzeichnis	11
I. Einleitung	17
A. Gegenstand der Arbeit	17
B. Aufbau der Arbeit	18
II. Allgemeine Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts	21
A. Einleitung	21
B. Vertragliche Beschaffungssituation	22
C. Entgeltlichkeit	25
D. Schriftlichkeit	26
E. Öffentlicher Bereich	27
F. Öffentlicher Auftraggeber (persönlicher Geltungsbereich)	28
1. Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände	30
2. Einrichtungen des öffentlichen Rechts	30
a. Teilrechtsfähige Einrichtung	31
b. Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben	32
c. Aufgaben nicht gewerblicher Art	33
d. Besonderer Gründungszweck	35
e. Staatliche Beherrschung	36
3. Verbände aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder Z 2	37
4. Private – an das Vergaberecht gebundene – Auftraggeber	38
a. Sektorenbereich	38
b. Öffentlicher Dienstleistungsbereich	39
c. Private Baukonzessionäre	39
d. Subventionierte private Auftraggeber	39

G.	Auftragsarten (sachlicher Geltungsbereich).....	42
1.	Bauftrag.....	42
a.	Bauwerk.....	44
b.	Bauvorhaben.....	44
c.	Bauleistung.....	45
2.	Lieferauftrag und Abgrenzung zum Bauauftrag.....	47
3.	Dienstleistungsauftrag und Abgrenzung zum Bauauftrag.....	49
4.	Konzessionsverträge.....	50
a.	Baukonzessionen.....	51
b.	Dienstleistungskonzessionen.....	53
H.	Ausnahmen vom Geltungsbereich.....	54
1.	Inhouse-Vergabe.....	57
a.	Kontrollkriterium.....	58
b.	Wesentlichkeitskriterium.....	59
c.	Zeitkriterium.....	59
2.	Liegenschafts- und Immobilientransaktionen.....	60
3.	Zusätzliche Bauleistungen bei Baukonzessionen.....	60
4.	Weitere „vergabeverfahrensfreie“ Beschaffungsvorgänge.....	61
a.	Nachträgliche Vertragsänderungen.....	61
b.	Interkommunale Zusammenarbeit.....	63
I.	Gestaltungsmöglichkeiten auf Grund des geschätzten Auftragswertes und der Schwellenwerte.....	65
1.	Schwellenwerte.....	65
2.	Auftragswert.....	66
a.	Allgemeines zur Ermittlung des geschätzten Auftragswertes.....	66
b.	Berechnung des geschätzten Auftragswertes.....	68
aa.	Baufträge.....	68
bb.	Lieferaufträge.....	68
cc.	Dienstleistungsaufträge.....	69
3.	Verbot des Auftragsplittings.....	69
a.	Einheitliches Beschaffungsvorhaben und losweise Vergabe.....	70
b.	Kleinlosregelung.....	72
aa.	Baufträge.....	72
bb.	Liefer- und Dienstleistungsaufträge.....	73

III. Anwendbarkeit des Vergaberechts bei der Erbringung

von Bauleistungen durch Dritte	75
A. Normzweck.....	75
B. Erbringung einer Bauleistung	77
C. Der „Dritte“ im Beschaffungsvorgang	77
D. Bauherrenfunktion bei der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte.....	78
E. Erfordernisse des Auftraggebers.....	80
1. Schrifttum zu den „Erfordernissen“	80
a. Österreichischer Meinungsstand.....	80
b. Deutscher Meinungsstand	85
2. Rechtsprechung iZm „Erfordernissen“ im Zuge der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte.....	89
a. Europäischer Gerichtshof	89
aa. Gestion Hotelera Internacional.....	89
bb. Ordine degli Architetti u.a.	90
cc. Universale-Bau AG	91
dd. Jean Auroux.....	93
ee. Messe Köln.....	95
ff. Helmut Müller	96
b. Österreichische Judikatur	99
c. Deutsche Judikatur	101
3. Eigene Meinung zum „Erfordernis-Begriff“	103
a. Rechtsqualität	103
b. Ursächlichkeit.....	104
c. Risikotragung	104
d. Technische Vorgaben	105
e. „Entscheidender Einfluss“ iSd Vergabe-RL-Entw.....	106
F. Mittel für die Leistungserbringung.....	106
G. Ausschreibungspflicht auf der „zweiten Stufe“.....	107
1. Meinungsstand im Schrifttum	107
a. Pro Ausschreibungspflicht.....	107
b. Contra Ausschreibungspflicht	108
2. Rechtsprechung zur Ausschreibungspflicht auf der „zweiten Stufe“	110
3. Zusammenfassung zur Ausschreibungspflicht auf der „zweiten Stufe“	111

IV. Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Immobiliengeschäften.....	113
A. Normzweck	113
B. Tatbestandselemente der Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG.....	114
1. Verträge über Erwerb, Miete oder Rechte	114
2. Grundstücke oder vorhandene Gebäude	115
3. Anderes unbewegliches Vermögen.....	117
4. Finanzierungsmodalitäten	118
5. Finanzdienstleistungen iZm Kauf- oder Mietverträgen	118
C. Beschaffungs- vs. Verwertungssituation von Immobilien	120
V. Anwendungsfälle in der Praxis	121
A. Erwerb von Verfügungsrechten der öffentlichen Hand über Immobilien	121
1. Immobilienankauf	121
2. Miete einer Immobilie.....	122
3. Mietkauf-Verträge.....	122
4. Immobilienleasing.....	123
a. Leasing im Allgemeinen	123
aa. Finanzierungsleasing.....	124
bb. Operating-Leasing.....	125
b. Immobilienleasing im Speziellen und dessen vergaberechtliche Relevanz.....	125
aa. Leasing von bereits bestehenden Immobilien.....	126
bb. Leasing von erst zu errichtenden Immobilien.....	127
B. Unternehmereinsatzformen bei der Abwicklung von Bauvorhaben.....	129
1. Alleinunternehmervertrag	130
2. Generalunternehmervertrag	131
3. Generalübernehmervertrag.....	133
4. Totalunternehmervertrag.....	134
5. Totalübernehmervertrag.....	134
6. Anlagenbauvertrag (Turn-Key-Vertrag).....	135
7. Projektentwicklungsvertrag	136
C. Baubetreuungsvertrag	136
D. Bauträgervertrag.....	138
1. Gemeinnützige Bauvereinigungen.....	139
2. Private Bauträger.....	141

E.	Verwertung von Immobilien durch die öffentliche Hand.....	141
1.	Liegenschaftsverkauf.....	142
2.	Investorenauswahlverfahren.....	144
3.	Sale and lease back.....	145
4.	Cross-Border-Leasing.....	146
5.	Baurechtseinräumung.....	147
6.	Vermietung oder Verpachtung von Immobilien durch die öffentliche Hand.....	149
F.	Raumordnungsbezogene und städtebauliche Vertragsgestaltungen.....	149
1.	Städtebauliche Verträge und Erschließungsverträge in Deutschland.....	150
a.	Städtebauliche Verträge samt vorhabenbezogenen Bebauungsplänen.....	150
b.	Erschließungsverträge.....	151
aa.	Echter Erschließungsvertrag.....	152
bb.	Unechter Erschließungsvertrag.....	154
2.	Vertragsraumordnung in Österreich.....	155
a.	Vertragstypen.....	157
aa.	Verwendungsverträge.....	157
bb.	Überlassungsverträge.....	158
cc.	Aufschließungsverträge.....	159
b.	Sicherungsmittel in der Vertragsraumordnung.....	159
c.	Vergaberechtliche Relevanz raumordnungsrechtlicher Verträge.....	160
G.	Contracting-Verträge.....	161
1.	Energiespar-Contracting.....	162
2.	Anlagen-Contracting.....	162
3.	Vergaberechtliche Beurteilung von Contracting-Verträgen.....	163
H.	Facility-Management-Verträge.....	164
I.	Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten.....	165
1.	Gesellschaftsgründung und anschließende Anteilsveräußerung.....	166
2.	Anteilswerb durch öffentliche Auftraggeber.....	167
J.	PPP-Projekte (Public Private Partnerships).....	168
1.	PPP ohne Vergesellschaftung.....	170
a.	Konzessionsmodell.....	170
b.	Betreibermodell.....	170
c.	Betriebsführungsmodell.....	171
2.	PPP mit Vergesellschaftung (Kooperationsmodell).....	172

VI. Zusammenfassung.....	173
A. Allgemeine Voraussetzungen.....	173
B. Erbringung von Bauleistungen durch Dritte und Immobiliengeschäfte	176
C. Anwendungsfälle in der Praxis	178
Literaturverzeichnis.....	183
Judikaturverzeichnis	197
Anhang.....	207
A. Abstract	207
B. Kurzbeschreibung	208
C. Lebenslauf.....	209

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Anm.	Anmerkungen
Art.	Artikel
BAO	Bundesabgabenordnung
BauGB	(dt.) Baugesetzbuch
BauO	Bauordnung
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BauRG	Baurechtsgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
bbI	Baurechtliche Blätter (Zeitschrift)
BGB	(dt.) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(dt.) Bundesgerichtshof
BHG	Bundshaushaltsgesetz
BKartA	(dt.) Bundeskartellamt
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMeiA	Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG	Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006), BGBl. I Nr. 17/2006
BVergGVS 2012	Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012), BGBl. I Nr. 1/2012
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
B-VKK	Bundes-Vergabekontrollkommission

CPC	Central Product Classification
DIN	Deutsche Industrienorm
dt.	deutsches
E	Entscheidung
EBRV	erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
ELR	European Law Reporter (Zeitschrift)
EP	Europäisches Parlament
ESt	Einkommensteuer
EStG	Einkommensteuergesetz 1988
EStR	Einkommensteuerrichtlinien 2000 idF vom 14.12.2011
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f	und der / die folgende
ff	und der / die folgenden
FM	Facility Management
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwältin / Generalanwalt
GBV	gemeinnützige Bauvereinigung
GewO	Gewerbeordnung
GP	Gesetzgebungsperiode
GPA	Agreement on Government Procurement
GrESt	Grunderwerbsteuer
GWB	(dt.) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I 2005, 2114

hM	herrschende Meinung
HOA 2002	Honorarordnung für Architekten der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten, Auflage 2002
Hrsg.	Herausgeber
IBR	Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift)
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
immolex	Neues Miet- und Wohnrecht (Zeitschrift)
iSd	im Sinne des / der
iSv	im Sinne von
iZm	im Zusammenhang mit
JBl	Juristische Blätter (Zeitschrift)
KG	(dt.) Kammergericht
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
KOM-E	Entscheidung der Europäischen Kommission
KöSt	Körperschaftsteuer
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit.	litera (Buchstabe)
lt.	laut
mE	meines Erachtens
NACE	Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne (Systematik der Wirtschaftszweige in der EG)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	(dt.) Oberlandesgericht
ÖJZ	Österreichische Juristen Zeitung
OVG	(dt.) Oberverwaltungsgericht
Pkt.	Punkt
PPP	Public Private Partnership
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RFG	Recht & Finanzen für Gemeinden (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
ROG	Raumordnungsgesetz
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (Zeitschrift)
RPIG	Raumplanungsgesetz
Rs	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
SA	Schlussanträge
Sektoren-RL	RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste
Slg	Sammlung
sog.	so genannte
st. Rspr.	ständige(r) Rechtsprechung
TKG	Telekommunikationsgesetz
u.a.	und andere
USt	Umsatzsteuer
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat

VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
Vergabe-RL	RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge
Vergabe-RL-Entw.	Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20.12.2011, KOM(2011) 896 endgültig
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VK	(dt.) Vergabekammer
VKS	Vergabekontrollsenat
VO	Verordnung
VOB	(dt.) Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	VOB Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
VOB/B	VOB Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
VÜA	(dt.) Vergabeüberwachungsausschuss
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz
wobl	Wohnrechtliche Blätter (Zeitschrift)
Z	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

I. Einleitung

A. Gegenstand der Arbeit

Die öffentliche Hand benötigt zur Erfüllung, der ihr obliegenden Aufgaben eine Vielzahl an Leistungen, welche sie selbst erbringen oder am Markt beschaffen kann.¹ Das Vergaberecht gibt ihr hierzu vereinfacht gesagt „Einkaufsregeln“² für die Beschaffung dieser Sachmittel und Leistungen vor, welche sich unionsweit auf ein Volumen von jährlich über rund 2,1 Billionen Euro belaufen.³ Die vergaberechtlichen Bestimmungen beschreiben dabei den Weg, den ein öffentlicher Auftraggeber (siehe II.F) zu beschreiten hat, um sich über die, dem sachlichen Anwendungsbereich unterliegenden Leistungen (siehe II.G) eine Marktübersicht⁴ zu verschaffen und sodann einen zivilrechtlichen Vertrag (siehe II.B) zu deren Beschaffung abzuschließen.⁵

Die Bestimmungen des Vergaberechts verfolgen dabei den Zweck öffentliche Auftraggeber, welche oftmals über ein „Nachfragemonopol“ verfügen und vielfach nicht nach den gleichen Kriterien wie Private handeln, zu einer ökonomischen Vorgehensweise zu verhalten.⁶ Die öffentlichen Auftraggeber sind dabei insofern gefordert Vergabeverfahren volkswirtschaftlich günstig und nicht an der Orientierung eines politischen Mehrwerts durchzuführen,⁷ um eine effizientere Nutzung öffentlicher Mittel zu erreichen.⁸ Den öffentlichen Stellen werden daher betriebswirtschaftlich-rationale Entscheidungen, an Stelle verwaltungsbehördlicher

¹ *Sachs/Trettnak-Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht – Leitfaden für Länder und Gemeinden³ (2012), 11.

² *Däubler-Gmelin*, Kann das neue Vergaberecht noch bis zum Ende der Legislaturperiode beschlossen werden?, *EuZW* 1997, 709, 710.

³ Arbeitsdokument der Europäischen Kommission, Evaluation Report – Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation vom 27.06.2011, SEC (2011) 853 final, i; *Holoubek/Fuchs/Holzinger* geben unter Verweis auf Schätzungen der Europäischen Kommission ein Volumen von ca. 2,2 Billionen Euro an (vgl. *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 12), während *Weyand* ebenso unter Berufung auf Schätzungen der Europäischen Kommission von rund 1,5 Billionen Euro ausgeht (vgl. *Weyand*, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013), Einleitung, 2. Wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts, Rz 1).

⁴ *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (2000), Rz 3.

⁵ *Werschitz*, Öffentliches Vergaberecht in *Brodel* (Hrsg.), Handbuch Kommunales Management (2008), 67, 68.

⁶ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 120; Grünbuch der Europäischen Kommission über das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft vom 27.11.1996, KOM 96, 583, 4f; *Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement (1996), 1; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 3ff.

⁷ *Schwartz*, Alles vergeben(s)? Gedanken zur Entwicklung des Vergaberechts in Österreich in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVerfG 2006 (2005), 143, 147; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (2000), Rz 4.

⁸ Arbeitsdokument der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen der Europäischen Kommission zur Wirkung und Wirksamkeit des EU-Rechts für das öffentliche Auftragswesen (2011), 5.

Verhaltensmuster abverlangt.⁹ Statt einer protektionistischen, ist eine objektive Entscheidungsfindung gefordert. Dennoch unterliegen öffentliche Auftraggeber immer wieder der Versuchung, einen Weg zu finden, um entweder keinem oder einem leichteren Vergaberegime zu unterliegen.¹⁰ Als Motivation lassen sich diesbezüglich oftmals vordergründig unbürokratischere Beschaffungen oder politische Hintergründe ausmachen.¹¹

Die vorliegende Arbeit geht daher der Frage nach, woran derartige, oftmals als vermeintlich sicher eingestufte, Umgehungskonstruktionen scheitern und welche zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten es innerhalb der rechtlichen Schranken gibt.

Nachdem das Bauvergaberecht das Vergaberecht im Allgemeinen außerordentlich geprägt hat,¹² der Verfasser der vorliegenden Arbeit eine spezifische Bauaffinität (siehe Anhang) aufweist und ohne entsprechender Eingrenzung der Umfang der Arbeit ausufern würde, erfolgt die Betrachtung des Themas der Umgehungsmöglichkeiten des Vergaberechts mit dem Fokus auf klassische öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Bauaufträgen, wobei insbesondere der „Erbringung von Bauleistungen durch Dritte“¹³ ein wesentlicher Teil der Arbeit gewidmet ist. Da die, in diesem Zusammenhang, einschlägigen und richtungsweisenden EuGH-Entscheidungen jüngeren Datums,¹⁴ einen starken Bezug zur Rechtslage in Deutschland aufweisen und diese Thematik Gegenstand zahlreicher juristischer Fachdiskussionen, sowohl in Österreich als auch in Deutschland, war und ist,¹⁵ wird das Thema der vorliegenden Arbeit unter Bedachtnahme auf die europäische, österreichische und deutsche Rechtslage beleuchtet.

B. Aufbau der Arbeit

Nach der grob umrissenen Darstellung des Gegenstands der vorliegenden Arbeit samt Aufbau in Kapitel I werden in Kapitel II die generellen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts, nämlich im Wesentlichen das Vorliegen einer entgeltlichen

⁹ *Elsner*, Bundesvergabegesetz³ (2010), Rz 3.

¹⁰ *Schramm/Moick* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 9, Rz 87.

¹¹ *Schwartz*, Alles vergeben(s)? Gedanken zur Entwicklung des Vergaberechts in Österreich in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005), 143, 147.

¹² *Elsner*, Bundesvergabegesetz³ (2010), Rz 26.

¹³ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 38.

¹⁴ EuGH 29.10.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln); EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller).

¹⁵ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 39.

Beschaffungssituation von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen (sachlicher Anwendungsbereich) eines öffentlichen Auftraggebers (persönlicher Anwendungsbereich), sowie davon normierte Ausnahmen und Gestaltungsmöglichkeiten auf Grund der Schwellenwerte und des geschätzten Auftragswertes, erläutert. Dieses Kapitel soll einen Überblick über die allgemeinen Voraussetzungen geben, um eine Basis für die nachfolgenden Ausführungen zu schaffen. Auf eine detaillierte Darstellung der Inhouse-Vergabe wurde mangels diesbezüglichem Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit und der bereits vorhanden Vielzahl an Publikationen zu dieser Thematik verzichtet.

Das Kapitel III widmet sich ausführlich der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte nach den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen iSv § 4 Z 3 BVergG und bespricht deren Tatbestandsmerkmale, wobei der Fokus auf der Auseinandersetzung mit der Frage liegt, was unter „Erfordernissen“ zu verstehen ist. Hierzu erfolgt eine Zusammenfassung des erfassbaren Meinungsstandes im österreichischen und deutschen Schrifttum, sowie der ergangenen Rechtsprechung des EuGH, deutscher und österreichischer Gerichte sowie Vergabekontrollbehörden samt Interpretation und Darstellung der Sichtweise des Autors.

Die Ausnahmebestimmung nach § 10 Z 8 BVergG hinsichtlich Immobilientransaktionen steht im Zentrum der Betrachtung des Kapitels IV und erläutert dessen Tatbestandselemente anhand der hierzu ergangenen Judikatur sowie vertretenen Meinungen im Schrifttum.

In Kapitel V werden Anwendungsfälle aus der Praxis dargestellt und typische Vertragsgestaltungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Bauleistungen und Immobilientransaktionen beschrieben, um darzulegen, wo Ansatzpunkte für einen Weg aus dem Vergaberecht gegeben sind bzw. warum und in welcher Form die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Bestimmungen geboten ist.

Im abschließenden Kapitel VI erfolgt die Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse und Schlussfolgerungen der vorliegenden Arbeit.

II. Allgemeine Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts

A. Einleitung

Das Vergaberecht regelt gemäß § 1 Abs. 1 BVergG das Verfahren zur Beschaffung von Leistungen¹⁶ durch öffentliche Auftraggeber (persönlicher Geltungsbereich; siehe II.E und II.F). Demgegenüber sind private Auftraggeber grundsätzlich nicht an das vergaberechtliche Regelungsregime gebunden.¹⁷ Hinsichtlich der Auftragsarten unterscheidet das BVergG zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie Bau- oder Dienstleistungskonzessionen (sachlicher Geltungsbereich; siehe II.G). In diesem Zusammenhang ist auch auf die im BVergG vorgesehenen Ausnahmen vom persönlichen und sachlichen Geltungsbereich, welche zum Teil sehr umfassend ausgestaltet sind und zu zahlreichen Abgrenzungsfragen führen,¹⁸ hinzuweisen (siehe II.H).

Bezüglich des örtlichen Anwendungsbereiches trifft das BVergG keine Festlegungen. Es ist dabei allgemein zu beachten, dass sich der örtliche Anwendungsbereich des „österreichischen“ Vergaberechts, entsprechend dem Territorialitätsprinzip nach Art. 49 Abs. 1 B-VG, grundsätzlich nur auf das Bundesgebiet beziehen kann.¹⁹ Der Gesetzgeber des BVergG hat zur Frage des örtlichen Anwendungsbereiches jedoch an die Eigenschaft der Beschaffungseinrichtung als österreichischen Auftraggeber, und nicht an den Ort der Leistungserbringung angeknüpft, sodass ein österreichischer öffentlicher Auftraggeber auch für Standorte im Ausland das BVergG – wie beispielsweise bei der Errichtung eines Botschaftsgebäudes durch das BMeiA²⁰ – anzuwenden hat.²¹

Im Ergebnis ist für die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts daher auf jene Umstände abzustellen, welche den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich begründen.²²

¹⁶ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 10.

¹⁷ Hinsichtlich der Ausnahmen von diesem Grundsatz siehe II.F.4.

¹⁸ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 126.

¹⁹ BVA 21.12.2005, 02N-111/05-24 = *Gast in Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 3, E 11; VwGH 02.07.1998, 97/07/0152; VwGH 29.04.2002, 2000/03/0016; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007), Rz 176.

²⁰ *Kropik/Mille/Sachs*, Das Vergaberecht in Österreich (2012), 22.

²¹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 26.

²² *Katary in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 433.

B. Vertragliche Beschaffungssituation

Für die Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Bestimmungen ist es erforderlich, dass Leistungen mittels entgeltlicher Verträge beschaffen werden und der öffentliche Auftraggeber daher am Markt als Nachfrager auftritt.²³ Das Vorhandensein eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses ist daher Voraussetzung,²⁴ während ein einseitiger, hoheitlicher „Beschaffungsvorgang“ durch Gesetz, Verordnung oder Bescheid nicht dem Vergaberecht unterliegt.²⁵

Die Rechtsnatur des Vertrages,²⁶ also die Frage, ob es sich hierbei um einen „privatrechtlichen“ oder „öffentlich-rechtlichen“, etwa in Form eines Erschließungsvertrages, handelt,²⁷ ist dabei genauso wenig von Relevanz,²⁸ wie dessen Bezeichnung²⁹ oder seine nationale, rechtliche Kategorisierung.³⁰ Ausschlaggebend ist, ob die Funktion des rechtlichen Gestaltungsaktes auf die „Beschaffung von Marktleistungen“ zur Bedarfsdeckung³¹ oder aber auf die „Ausübung öffentlicher Gewalt“ abzielt.³² Der Vertragsbegriff ist dabei in umfassender Weise zu verstehen und weit auszulegen.³³

²³ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2002 (2005), § 1, Rz 5; Zeiss in Blaufuß/Heiermann/Zeiss, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 34; BayObLG 04.02.2002, Verg 1/02 (Großflächenwerbung) = VergabeR 2002, 305; OLG Naumburg 19.10.2000, 1 Verg 9/00 = VergabeR 2001, 134; BVA 02.04.2004, 14N-19/04-22 = Rindler in Gast (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 1, E 22.

²⁴ Noch, Vergaberecht kompakt³ (2005), 44.

²⁵ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich – Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006 (2006), 51; Steiner/Windisch, Einführung in das Vergaberecht (2004), 36f; Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer, Kommentar Vergaberecht (2012), § 1, 1.

²⁶ De Koninck/Pelzer/Ronse, Europäisches Vergaberecht (2009), 160f.

²⁷ EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 71, 74.

²⁸ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 573; Burdinski, Zentrale Rechtsfragen des Bauvergaberichts – Ein Vergleich zwischen Deutschland und Österreich (2009), 21; Endler, Privatisierung und Vergaberecht, NZBau 2002, 125, 128; Würfel/Butt, Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge – oder: Schaut man einem geschenkten Gaul doch ins Maul?, NVwZ 2003, 153, 156; Schulte, Ausnahmen vom neuen Vergaberecht durch öffentlich-rechtliche Verträge?, NZBau 2000, 272, 276; aA OLG Celle 24.11.1999, 13 Verg 7/99 (Rettungsdienste) = NZBau 2000, 299.

²⁹ UVS Burgenland 15.08.2006, VNP/11/06002; Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 17.

³⁰ Dullinger/Harrer, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 134; Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 157; Zeiss in Blaufuß/Heiermann/Zeiss, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 90f; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 2032.

³¹ Probst, Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand unterliegen grundsätzlich nicht dem Vergaberechtsregime, ELR 5/2010, 182, 185.

³² Kullack in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 99 GWB, Rz 6.

³³ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 2032.

In der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechtsterminologie werden unter „Verträgen“ synallagmatische Vertragsbeziehungen³⁴ verstanden, also Rechtsgeschäfte, welche die Vertragsparteien zur gegenseitigen Vornahme der vereinbarten Hauptleistung verpflichten.³⁵ Derartige Vertragsbeziehungen können entsprechend der Judikatur des EuGH³⁶ grundsätzlich nur zwischen zwei Vertragsparteien bestehen, doch können auf Grund des weiten Entgeltbegriffs auch dreipersonale Verhältnisse, wie etwa Verträge zu Gunsten Dritter, in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen.³⁷ Demzufolge kommt es nicht auf einen unmittelbaren Austauschanspruch zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer an,³⁸ sondern reicht vielmehr auch die mittelbare Beschaffung durch Organisation der Leistung aus.³⁹

Es sind sämtliche, mit einem Beschaffungszweck in Zusammenhang stehende, Verträge als eine Einheit zu betrachten,⁴⁰ sodass auch ein, dem Zuschlag im Vergabeverfahren zeitlich nachfolgendes, Ereignis⁴¹ bei der rechtlichen Würdigung eines Sachverhaltes zu berücksichtigen ist, wenn es für den öffentlichen Auftraggeber zur Vergabe des Auftrages konkret ausschlaggebend gewesen ist, weil andernfalls die praktische Wirksamkeit der Gemeinschaftsrechtsvorschriften auf einfache Weise beeinträchtigt und das Vergaberecht umgangen werden könnte.⁴² Hierzu ist jedoch erforderlich, dass plausible Anhaltspunkte für eine derartige Umgehungs konstruktion ersichtlich sein müssen, da andernfalls die Rechtssicherheit in Bezug auf bereits abgeschlossene Verträge massiv in Mitleidenschaft gezogen werden würde.⁴³

³⁴ EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98 (University of Cambridge), Rz 25; SA GA *Cosmas* 01.07.1999, Rs C-107/98 (Teckal), Rz 52; SA GA *Alber* 11.05.2000, Rs C-380/98 (University of Cambridge), Rz 45f; *Heiermann*, Städtebauliche Verträge und Vergaberecht in *Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Österreichisches Institut für Baurecht* (Hrsg.), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008), 437, 445.

³⁵ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II¹³ (2007), 4; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 11.

³⁶ EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98 (Teckal), Rz 49; EuGH 11.05.2006, Rs C-340/04 (Carbotermo), Rz 32.

³⁷ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 203.

³⁸ VwGH 01.03.2005, 2003/04/0008 = RPA 2005, 230; VKS Wien 13.03.2006, VKS-248/06.

³⁹ VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201 = RPA 2010, 75 (mit Anm. *Arztmann*) = ZVB 2010/58;

⁴⁰ *Kullack* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 99 GWB, Rz 16, 19.

⁴¹ VK Baden-Württemberg 18.07.2001, 1 VK 12/01, welche bei einer Zeitspanne von einem Jahr zwischen der Auftragsvergabe und der Teilprivatisierung, den zeitlichen Zusammenhang bejahte; OLG Brandenburg 03.08.2001, Verg 3/01 (Kabelfernsehen) = VergabeR 2002, 45, wonach ein Zeitraum von sechs Jahren zwischen Auftragsvergabe und Anteilsveräußerung unerheblich ist; *Otting*, Privatisierung und Vergaberecht, VergabeR 2002, 11.

⁴² EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04 (Stadt Mödling), Rz 40ff.

⁴³ SA GA *Mengozzi* 17.11.2009, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 106, 107; *Hoffer/Innerhofer*, Umgehung des Vergaberechts bei PPPs?, *ecolex* 2006, 80.

Der Eigentumserwerb des Auftraggebers an der, im Wege des Vergabeverfahrens, zu beschaffenden Leistung ist keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des BVergG.⁴⁴ Ebenso ist es nicht zwingend geboten, dass die Beschaffung in jedem Fall der Erfüllung öffentlicher Interessen dient.⁴⁵ Demgegenüber ist jedoch der Bezug von Leistungen durch den öffentlichen Auftraggeber, also das Vorhandensein einer Nachfragesituation, jedenfalls erforderlich.⁴⁶

Oftmals werden in Fällen, in denen sich die öffentliche Hand von Vermögenswerten trennt und diese am Markt anbietet, terminologische Anleihen beim Vergaberecht genommen und daher Begrifflichkeiten, wie „Vergabe“, „Bieter“ oder „Zuschlag“ in diesem Zusammenhang verwendet. Dabei agiert die öffentliche Hand auf Grund der Verkaufssituation, allerdings nicht als Nachfragender, sondern als Anbieter am Markt.⁴⁷ Ein derartiger Veräußerungsvorgang darf jedoch nicht zur Umgehung des Vergaberechts hinsichtlich darin „eingekapselter Beschaffungsvorgänge“⁴⁸ – worunter die Begründung entgeltlicher Leistungsbeziehungen mit der öffentlichen Hand in Verbindung mit einer Veräußerung zu verstehen ist⁴⁹ – führen (siehe V.F). Dasselbe gilt für die hoheitliche „Vergabe“ von Berechtigungen (wie beispielsweise Frequenzzuteilungen nach dem TKG), welche ebenso nicht dem Vergaberecht unterliegen.⁵⁰

Es sei darauf hingewiesen, dass das Vergaberecht auch dann Anwendung findet, wenn der öffentliche Auftraggeber „auf der anderen Seite des Vertrages“ steht, weil er selbst Leistungen am Markt anbietet und sich daher als Bieter an einem Vergabeverfahren eines anderen öffentlichen Auftraggebers beteiligt.⁵¹

⁴⁴ EuGH 26.04.1994, Rs C-272/91 (Lottomatica), Rz 25; EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 47; VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201 = RPA 2010, 75 (mit Anm. *Arztmann*) = ZVB 2010/58.

⁴⁵ *Wegener* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011), § 99 GWB, Rz 32; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 13.

⁴⁶ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 205.

⁴⁷ *Holoubek/Fuchs*, Der sachliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in *Griller/Holoubek* (Hrsg.), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), 63, 66; OGH 07.08.2008, 6 Ob 146/08a = bbl 2008/214 = *Rindler* in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 1, E 51; EuGH 06.05.2010, verbundene Rs C-145/08 und C-149/08 (Loutraki und Aktor), Rz 59.

⁴⁸ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 206.

⁴⁹ *Potacs*, Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der Vergaberichtlinien: Unterliegt der Akt der Ausgliederung dem Vergaberecht? in *Rill/Griller* (Hrsg.), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe (2000), 35, 36f.

⁵⁰ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009), Rz 716.

⁵¹ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), §3, Rz 2; EuGH 18.11.2004, Rs C-126/03 (Heizkraftwerk München).

C. Entgeltlichkeit

Der sowohl den Vergaberichtlinien⁵² als auch dem BVergG (§§ 4 bis 6) für die Auftragseigenschaft zu Grunde liegende Entgeltlichkeitsbegriff ist in einem weiten Sinn zu verstehen⁵³ und umfasst neben Geld auch andere in Geld bewertbare Gegenleistungen,⁵⁴ wie die Übertragung eines Grundstückes sowie anderer Sachleistungen⁵⁵ oder Verwertungsrechte.⁵⁶ Die Entgeltlichkeit ist auch dann erfüllt, wenn der öffentliche Auftraggeber auf die Einhebung von Abgaben, wie etwa auf jene von „Erschließungsbeiträgen“, die ansonst für die Baureifmachung eines Grundstückes zu bezahlen wären, verzichtet.⁵⁷

Die in §§ 7 und 8 BVergG geregelten Konzessionsverträge betrachten den Entgeltbegriff ebenso in einem weiten Sinn und meinen damit das „Nutzungsrecht“ des privaten Konzessionärs „allenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises“ durch den öffentlichen Konzessionsgeber.⁵⁸

Der Umfang des Entgelts muss nach der Judikatur nicht von vornherein bestimmt sein und die Leistungserbringung nicht in einem einmaligen Vorgang erfolgen, sodass es ausreichend ist, wenn die Gegenleistung abstrakt festgesetzt ist.⁵⁹ Die Zahlungsmodalitäten sind für den Entgeltlichkeitsbegriff nicht von Relevanz, sodass es insbesondere nicht erforderlich ist, dass die Vergütung in einer Einmalzahlung besteht.⁶⁰ Es ist auch nicht gefordert, dass das Entgelt direkt vom Leistungsempfänger erstattet wird, sodass etwa der Zufluss von

⁵² Art. 1 Abs. 2 lit. a der Vergabe-RL sowie Art. 1 Abs. 2 lit. a der Sektoren-RL.

⁵³ *Schwartz*, Kurzkomentar Bundesvergabegesetz (2003), § 2 BVergG 2002, Rz 2; Leitfaden der Europäischen Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen (1997), 12.

⁵⁴ *Kaufmann/Schnabl*, Vergaberecht in der Praxis² (2006), 22; *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 57; *Marx* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 13.

⁵⁵ VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201 = RPA 2010, 75 (mit Anm. *Arztmann*) = ZVB 2010/58; Leitfaden der Europäischen Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Lieferaufträgen (1997), 9; BayObLG 27.02.2003, Verg 1/03 (Entsorgungspark Freimann) = VergabeR 2003, 329 hinsichtlich der Überlassung eines Grundstückes durch die öffentliche Hand kombiniert mit der Verpflichtung des Pächters bestimmte Abfallmengen der Gebietskörperschaft entgegenzunehmen und zu verwerten.

⁵⁶ OLG Düsseldorf 27.10.2004, Verg 41/04, (Altpapierverwertung) = VergabeR 2005, 90; EuGH 18.11.2004, Rs C-126/03 (Heizkraftwerk München); BGH 01.02.2005, X ZB 27/04 (Fabricom) = VergabeR 2005, 328; *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99 GWB, Rz 457.

⁵⁷ EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 77ff.

⁵⁸ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), §§ 7, 8, Rz 45.

⁵⁹ EuGH 26.04.1994, Rs C-272/91 (Lottomatica), Rz 25; *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 58.

⁶⁰ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 2009.

Veräußerungserlösen von zu errichtenden Bauwerken an den Leistungserbringer oder die Erzielung von Mieteinnahmen,⁶¹ also in allen Fällen die Entgegennahme von Zahlungen Dritter, für die Entgeltlichkeit als ausreichend zu betrachten ist.⁶² Eine Gewinnerzielungsabsicht des Vertragspartners ist für den Entgeltlichkeitsbegriff ebenso nicht erforderlich.⁶³

Die Entgeltlichkeit ist daher nicht ausschließlich am Kriterium zu messen, ob „Geld fließt“, sondern auf Basis einer umfassenden wirtschaftlichen Betrachtung zu beurteilen.⁶⁴

D. Schriftlichkeit

Die Vergaberichtlinien⁶⁵ sehen im Unterschied zum österreichischen BVergG (§§ 4 bis 6) sowie dem deutschen GWB (§ 99) für den „Auftragsbegriff“ als zusätzliches Erfordernis die Schriftlichkeit des Vertrages vor.

Es steht mit dem Sinn und Zweck des Vergaberechts im Einklang, dass die nationalen Gesetzgeber den Geltungsbereich des Vergaberechts daher auch auf mündliche Verträge erstrecken wollten⁶⁶ und daher auch der Abschluss von Verträgen ohne Einhaltung des Schriftformerfordernisses dem Vergaberecht unterliegt.⁶⁷ Dies ist letztlich auch aus Umgehungsgesichtspunkten zu befürworten, da anderenfalls die vergaberechtlichen Vorschriften leicht unterwandert werden könnten.⁶⁸

⁶¹ *Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig*, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 17.

⁶² EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 45; OLG Düsseldorf 13.06.2007, VII-Verg 2/07 (Fliegerhorst Ahlhorn) = VergabeR 2007, 634.

⁶³ *Weyand*, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013), § 99 GWB, Rz 36.

⁶⁴ *Heiermann*, Städtebauliche Verträge und Vergaberecht in *Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Österreichisches Institut für Baurecht* (Hrsg.), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008), 437, 443; *Würfel/Butt*, Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge – oder: Schaut man einem geschenkten Gaul doch ins Maul?, NVwZ 2003, 153, 156.

⁶⁵ Art. 1 Abs. 2 lit. a der Vergabe-RL sowie Art. 1 Abs. 2 lit. a der Sektoren-RL.

⁶⁶ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 242; *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99GWB, Rz 462; *Platzer/Öhlinger* weisen darauf hin, dass mündliche Auftragsvergaben als unstatthafte Umgehungsversuche zu betrachten sind (vgl. *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen² (1998), 36).

⁶⁷ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich – Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006 (2006), 52; *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99GWB, Rz 463; BayObLG 10.10.2000, Verg 5/00 = VergabeR 2001, 55; *Marx* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 15; BVA 06.11.1998, F-2/97-26; BVA 10.01.2011, N/0097-BVA/09/2010-68.

⁶⁸ *Pünder* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 3, Rz 38; BVA 06.11.1998, F-2/97-26 = *Sachs/Hahn*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 1.20.

Für die Schriftlichkeit ist es gemäß § 2 Z 30 BVergG ausreichend, wenn zentrale Vertragsbestandteile schriftlich, also in einer aus Wörtern und Ziffern bestehenden Darstellung, die gelesen, reproduziert und mitgeteilt werden kann (auch in elektronischer Form), vereinbart werden.⁶⁹

Das Schriftlichkeitserfordernis wird insbesondere im Oberschwellenbereich – den die Vergaberichtlinien vor Augen haben – kaum von praktischer Relevanz sein, da derartige Verträge in aller Regel ohnedies nicht mündlich geschlossen werden.⁷⁰ Anderes gilt allerdings für den – von den Vergaberichtlinien nicht durchdrungenen – Unterschwellenbereich, wo in der Praxis durchwegs auch mündliche Auftragsvergaben erfolgen und daher auch in diesen Fällen von der Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Bestimmungen auszugehen ist.

E. Öffentlicher Bereich

Das Vergaberecht unterscheidet zwischen sog. „klassischen öffentlichen Auftraggebern“ (2. Teil des BVergG) und sog. „Sektorenauftraggebern“ (3. Teil des BVergG).

Im klassischen Bereich knüpft das BVergG gemäß § 3 Abs. 1 ausschließlich an die rechtliche Qualifikation der Beschaffungseinrichtung an, ohne auf deren Tätigkeiten Bezug zu nehmen, während im Sektorenbereich gemäß § 164 BVergG zusätzlich die Ausübung einer bestimmten Sektorentätigkeit hinzu treten muss. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Tätigkeiten in den Bereichen Energie (Gas, Wärme, Elektrizität), Wasser, Verkehrsleistungen, Postdienste, Aufsuchen und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen, sowie der Bereitstellung von Häfen und Flughäfen. Eine Bindung an den 3. Teil des BVergG ist jedoch nur dann gegeben, wenn der konkret zu beurteilende Beschaffungsvorgang in tatsächlichem Zusammenhang mit der Sektorentätigkeit steht.⁷¹

Ein öffentlicher Auftraggeber kann, auf Grund des zwischen dem 2. und 3. Teil des BVergG bestehenden Ausschließlichkeitsverhältnisses,⁷² bei einem konkreten Beschaffungsvorgang

⁶⁹ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht⁹ (2010), Rz 243.

⁷⁰ *Hahnl*, Kommentar BVergG 2002, § 2, K.3; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 2031.

⁷¹ BVA 19.09.2005, 16 F-10/02-21; EuGH 16.06.2005, verbundene Rs C-462/03 und C-463/03 (Strabag und Kostmann), Rz 37.

⁷² *Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 164, Rz 1.

jedoch stets nur entweder „klassischer öffentlicher Auftraggeber“ oder „Sektorenauftraggeber“ sein.⁷³ Die Bestimmungen für den Sektorenbereich sind gegenüber jenen des klassischen Bereiches als *leges speciales* zu betrachten und haben insofern „Vorrang“, wenn es zu Beschaffungsvorgängen im Sektorenbereich kommt.⁷⁴ Demgegenüber fallen sektorenfremde Auftragsvergaben von typischerweise als Sektorenauftraggeber zu qualifizierenden öffentlichen Auftraggebern, in Folge dieser „Doppelnatur“, unter die Bestimmungen des klassischen Bereiches.⁷⁵

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (BVergGVS 2012) ist es zu keiner Erweiterung des bisher bestehenden Vergaberegimes gekommen, sondern vielmehr nur zu einer neuen rechtlichen Basis für Beschaffungen im militärischen und sicherheitsrelevanten Bereich.⁷⁶ Gemäß § 2 Z 1 BVergGVS 2012 sind die Bestimmungen dieses Gesetzes allerdings als *leges speciales* zu den Regelungen des BVergG zu verstehen.

F. Öffentlicher Auftraggeber (persönlicher Geltungsbereich)

Als Auftraggeber ist gemäß § 2 Z 8 BVergG jeder Rechtsträger zu betrachten, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Nach der Rspr. ist dabei darauf abzustellen, wer zivilrechtlich als Vertragspartner des Leistungsschuldners anzusehen ist.⁷⁷ Es kommt also darauf an, wer nach dem objektiven Erklärungsbild der im Vergabeverfahren abgegebenen Willenserklärungen, Vertragspartner werden soll, sofern diese auf Grund einer wirksamen Vertretungsbefugnis gesetzt wurden.⁷⁸

⁷³ BVA 07.10.1998, N-24/98-8 = *Sachs/Hahnl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 3.29; *Stempkowski/Holzinger* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 162.

⁷⁴ EuGH 11.07.1991, Rs C-247/89 (Kommission gegen Portugal); EuGH 16.06.2005, verbundene Rs C-462/03 und C-463/03 (Strabag und Kostmann); *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 1993f.

⁷⁵ *Stempkowski/Holzinger* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 162.

⁷⁶ *Fruhmann*, Der Begutachtungsentwurf für ein BVergGVS, ZVB 2011/105, 363.

⁷⁷ BVA 12.07.1999, N-30/99-7 = *Strobl* in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 4, E 1; VfGH 12.06.2011, B 1035/99; VfGH 09.10.2001, G 10/01; VfGH 13.10.2005, KI-2/0, B573/05, B692/05, B560/05; VwGH 25.02.2002, 2001/04/0215 = ZVB 2002/63; VwGH 17.12.2002, 2002/04/0019; aA OGH 22.02.2002, 6 Ob 323/00v = *ecolex* 2001, 528 = RPA 2001, 81 (mit Anm. *Pock*).

⁷⁸ *Latzenhofer*, Haltet den Auftraggeber! Probleme des Auftraggeberwechsels im Vergabeverfahren, RPA 2005, 147; *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 2 Z 8, Rz 2.

Die Bezeichnung des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen entfaltet keine konstitutive Wirkung,⁷⁹ sodass entsprechend dem Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ auch eine Falschbezeichnung nicht schadet, sofern der wahre Auftraggeber ermittelbar ist.⁸⁰ Eine Einflussnahme auf den Auftraggeber in Form von Mitwirkungsrechten Dritter und damit verbundenen Steuerungsmöglichkeiten (z.B. in Form von Baubeiräten), sowie eine (unter Umständen gänzliche) Drittfinanzierung, ändern grundsätzlich nichts daran, dass der zivilrechtliche Vertragspartner als Auftraggeber iSd BVergG anzusehen ist.⁸¹

Die Grenzen des Anknüpfungspunktes an den zivilrechtlichen Vertragspartner als Kriterium für die Auftraggebereigenschaft sind allerdings dort erreicht, wo durch das „Vorschieben“ einer anderen „offiziellen“ Vertragspartei durch die öffentliche Hand, vergaberechtliche Bestimmungen umgangen werden sollen.⁸² Dies ergibt sich auch daraus, dass es sich beim BVergG um ein Gesetz zum Schutz von Bietern und Bewerbern handelt.⁸³ Es ist daher letztlich darauf abzustellen, wer faktisch Auftraggeber einer Leistung ist.⁸⁴

Der Auftraggeberbegriff ist nicht in einem streng institutionellen, sondern vielmehr in einem funktionellen Sinn zu beurteilen.⁸⁵ Demnach ist nicht ausschlaggebend, ob es sich bei der beschaffenden Einrichtung formell um eine der staatlichen Verwaltung handelt, sondern vielmehr ob diese eine gewisse „Staatsnähe“ – etwa in Form von Einflussnahmen auf die Bestellung von Organen, Ausübung von Kontrollbefugnissen oder finanzielle Beherrschung durch die öffentliche Hand – aufweist.⁸⁶ Dabei ist es weder relevant, welcher Staatsgewalt (Verwaltung, Gesetzgebung oder Rechtsprechung) der öffentliche Auftraggeber zuzurechnen ist, noch auf welcher Ebene (Bund, Länder oder Gemeinden) dieser eingeordnet werden

⁷⁹ BVA 09.02.2004, 10N-137/03-20; aA Egger, *Europäisches Vergaberecht* (2008), Rz 446.

⁸⁰ Heid in Heid/Preslmayr, *Handbuch Vergaberecht*³ (2010), Rz 131.

⁸¹ VwGH 25.02.2002, 2001/04/0215 = ZVB 2002, 150; BVA 07.08.2007, N/0065-BVA/15/2007-75.

⁸² OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m = ecolex 2000/253; UVS Steiermark 20.06.2007, 443.15-2/2007; Heid in Heid/Preslmayr, *Handbuch Vergaberecht*³ (2010), Rz 130.

⁸³ OGH 19.10.1994, 7 Ob 568/94 = WBl 1995, 77 = ecolex 1995, 95; OGH 22.09.1995, 3 Ob564/94;

OGH 12.08.1998, 4 Ob 188/98w = ecolex 1999/30 (mit Anm. Heid).

⁸⁴ Heid, *Umgehungsgeschäfte im Vergaberecht*, ecolex 2000, 640; Kaufmann/Schnabl, *Vergaberecht in der Praxis*² (2006), 16.

⁸⁵ EuGH 20.09.1988, Rs C-31/87 (Beentjes), Rz 11; EuGH 17.12.1998, Rs C-306/97 (Connemara gegen Coillte Teoranta), Rz 31; EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding), Rz 62; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 53; Sachs in Gruber/Gruber/Sachs, *Europäisches Vergaberecht* (2005), 132; OGH 31.01.2002, 6 Ob 236/01a = Gast in Gast (Hrsg.), *BVergG–Leitsatzkommentar* (2010), § 3, E 8.

⁸⁶ Holoubek/Fuchs/Holzinger, *Vergaberecht*² (2012), 45.

kann.⁸⁷ Auch durch eine „Flucht in die Formen des Privatrechts“⁸⁸ kann sich der öffentliche Auftraggeber nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entziehen.

Nach § 3 Abs. 1 BVergG werden im klassischen Bereich drei Tatbestände für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber normiert, nämlich erstens die Gebietskörperschaften samt Gemeindeverbänden, zweitens Einrichtungen des öffentlichen Rechts, sowie drittens Verbände aus den beiden zuvor genannten.

1. Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände

Darunter sind einerseits die genannten juristischen Personen öffentlichen Rechts, sowie die, diesen zugeordneten Einrichtungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, wie insbesondere nachgeordnete Dienststellen, zu verstehen.⁸⁹ Sofern eine solche Einheit jedoch eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, ist sie nicht unter § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG, sondern gegebenenfalls unter § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG zu subsumieren.⁹⁰ Ob eine Einrichtung gesetzgebend, vollziehend oder rechtsprechend tätig ist, ist für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber nicht relevant,⁹¹ sodass auf Bundesebene etwa das Parlament, die Bundesministerien oder auch die Gerichte als dem Bund zugerechnete öffentliche Auftraggeber angesehen werden.⁹²

2. Einrichtungen des öffentlichen Rechts

Damit werden gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG jene, zumindest teilrechtsfähigen Einrichtungen (lit. b leg cit) angesprochen, welche zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (lit. a leg cit) und überwiegend von anderen öffentlichen Auftraggebern finanziert, beaufsichtigt oder verwaltet werden (lit. c leg cit).⁹³ Die in lit. a bis c leg cit angeführten

⁸⁷ *Reisner*, Wer ist öffentlicher Auftraggeber? in *Sachs* (Hrsg.), Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe(2007), 1.1.

⁸⁸ *Holly*, Bauträger und Vergaberecht, *immolex* 2002, 280; *Burdinski*, Zentrale Rechtsfragen des Bauvergaberechts – Ein Vergleich zwischen Deutschland und Österreich (2009), 1; *Noch*, Vergaberecht kompakt³ (2005), 41; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (2000), Rz 1.

⁸⁹ *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 449.

⁹⁰ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 23.

⁹¹ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 47.

⁹² *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 145.

⁹³ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 147.

Tatbestandselemente müssen kumulativ vorliegen, damit eine „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ iSd Vergaberechts vorliegt.⁹⁴ Der Begriff ist in einem weiten Sinn zu verstehen.⁹⁵

Es ist auch auf Anhang III der Vergabe-RL zu verweisen, welcher mitgliedstaatenspezifisch jene Einrichtungen anführt, welche im Zeitpunkt der Richtlinienerlassung als öffentliche Auftraggeber vom jeweiligen EU-Mitgliedstaat angesehen wurden. Die Auflistung hat zwar nur deklarativen Charakter,⁹⁶ doch besteht für die genannten Einrichtungen eine widerlegbare Vermutung⁹⁷ hinsichtlich der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber.⁹⁸

a. Teilrechtsfähige Einrichtung

Die Frage der (Teil-)Rechtsfähigkeit der Einrichtung ist unter Berücksichtigung der Zielsetzungen der Vergabe-RL, deren praktische Wirksamkeit zu gewährleisten ist,⁹⁹ zu beurteilen und kann daher nicht direkt mit der Begrifflichkeit der „juristischen Person“ im nationalen Recht gleichgesetzt werden.¹⁰⁰ Die Einordnung als juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts spielt daher keine Rolle,¹⁰¹ sodass sämtliche „ausgegliederte Rechtsträger“ in den Formen des öffentlichen sowie privaten Rechts erfasst werden,¹⁰² andernfalls die vergaberechtlichen Bestimmungen durch eine entsprechende Rechtsformwahl umgangen werden könnten.¹⁰³ Die Einrichtung muss lediglich in der Lage sein, Aufträge im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu vergeben und die mit einem Vergabeverfahren verbundenen Vorgänge (wie z.B. die Teilnahme an einem Verfahren im Rahmen des

⁹⁴ *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri*, Materielles Europarecht³ (2012), 158; EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00 (Truley), Rz 34; EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding), Rz 29; EuGH 22.05.2003, Rs C-18/01 (Korhonen), Rz 32; *De Koninck/Pelzer/Ronse*, Europäisches Vergaberecht (2009), 166.

⁹⁵ EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00 (Truley), Rz 43; EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 (Spanische Gefängnisse), Rz 73; *Sachs in Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht (2005), 133.

⁹⁶ EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding), Rz 50; *De Koninck/Pelzer/Ronse*, Europäisches Vergaberecht (2009), 169.

⁹⁷ *Müller-Wrede in Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), VOB/A, § 1a, Rz 9; EuGH 11.06.2009, Rs C-300/07 (Oymanns), Rz 42.

⁹⁸ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht⁹ (2010), Rz 148.

⁹⁹ 2. Erwägungsgrund der Vergabe-RL.

¹⁰⁰ *Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 3, Rz 30.

¹⁰¹ EuGH 13.01.2005, Rs C-84/03 (Kommission gegen Spanien), Rz 30.

¹⁰² *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 50.

¹⁰³ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 158f.

vergaberechtlichen Rechtsschutzes) selbst wahrnehmen zu können,¹⁰⁴ also fähig sein selbst Rechte und Pflichten begründen zu können.¹⁰⁵

Jedenfalls erfasst sind daher, die nach innerstaatlichem Recht, als juristische Person zu qualifizierenden Einrichtungen (wovon in der Mehrheit der Anwendungsfälle auszugehen sein wird), deren Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Bestimmungen,¹⁰⁶ in Österreich so hin insbesondere nach § 26 ABGB sowie den einschlägigen besonderen gesetzlichen Normierungen, zu beurteilen ist.¹⁰⁷

b. Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben

Dieses Erfordernis kommt den Begrifflichkeiten des „öffentlichen Interesses“ sowie des „Gemeinwohls“ nahe,¹⁰⁸ ist jedoch als autonomer Begriff des EU-Vergaberechts zu verstehen und dementsprechend auszulegen,¹⁰⁹ wobei der EuGH von einem weiten Begriffsverständnis ausgeht.¹¹⁰ Es geht dabei um Kernbereiche von Aufgaben, welche im Interesse des Gemeinwohls vom Staat als Träger der Interessen der Gesamtheit wahrgenommen werden, wobei regelmäßig davon auszugehen ist, dass das Handeln in hoheitlicher Rechtsform einer öffentlichen Zwecksetzung dient.¹¹¹ Es muss sich um Tätigkeitsfelder handeln, die im Regelfall eng mit dem institutionellen Funktionieren des Staates verbunden sind¹¹² und die, die öffentliche Hand traditionellerweise selbst erfüllt oder bei der sie sich einen entscheidenden Einfluss bewahren möchte.¹¹³ Es geht insofern um die Besorgung von

¹⁰⁴ *Holly*, Bauträger und Vergaberecht, *immolex* 2002, 280, Fn 10; *Reisner*, Wer ist öffentlicher Auftraggeber? in *Sachs* (Hrsg.), *Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe*(2007), 1.2.3; *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, *Kommentar BVergG 2006* (2009), § 3, Rz 30.

¹⁰⁵ *Dietlein*, Der Begriff des „funktionalen“ Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB, *NZBau* 2002, 136, 138.

¹⁰⁶ *Egger*, *Europäisches Vergaberecht* (2008), Rz 490.

¹⁰⁷ *Werschitz/Ragoßnig*, *Österreichisches Vergaberecht*² (2006), 56.

¹⁰⁸ *Seidel*, Zur Wandlung des Begriffsinhaltes „öffentlicher Auftraggeber“ im EG-Vergaberecht vom institutionellen zum funktionalen Begriff sowie zu aktuellen Anwendungsfragen des erweiterten Begriffs in *Doerry/Watzke* (Hrsg.), *FS für Wolfgang Heiermann* (1995), 293, 296.

¹⁰⁹ *Caesar/Gruber*, Die Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes 2006 auf ausgegliederte Rechtsträger am Beispiel Bahnhof City Wien Hauptbahnhof in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg.), *Jahrbuch Vergaberecht* 2008 (2008), 277, 283; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 50ff

¹¹⁰ EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00 (Truley); EuGH 22.05.2003, Rs C-18/01 (Korhonen).

¹¹¹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 23.

¹¹² *Werschitz/Ragoßnig*, *Österreichisches Vergaberecht*² (2006), 56; EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG), Rz 24.

¹¹³ EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding), Rz 51.

Aufgaben mit einer gemeinwohlorientierten Zielsetzung,¹¹⁴ wie beispielsweise im Bereich der Daseinsvorsorge.¹¹⁵

Als in Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wurden beispielsweise das Abholen und die Behandlung von Haushaltsabfällen,¹¹⁶ das Betreiben einer Kläranlage,¹¹⁷ die Errichtung von Gefängnissen,¹¹⁸ die Liegenschaftsentwicklung auf einem Bahnhofsareal,¹¹⁹ das Leichen- und Bestattungswesen¹²⁰ oder etwa die Errichtung von gewerblichen Bauten für private Unternehmen, wenn durch die damit beabsichtigte Gewerbeansiedlung auch positive kommunale Effekte erreicht werden sollen,¹²¹ qualifiziert. Andererseits geht der OGH etwa bei der Errichtung eines Pflegeheimes nicht automatisch davon aus, dass diese Aufgabenbesorgung im Allgemeininteresse gelegen ist.¹²²

c. Aufgaben nicht gewerblicher Art

Bei der Beurteilung der „nicht gewerblichen Tätigkeit“ ist nicht die Gewerbeordnung als Prüfmaßstab heranzuziehen,¹²³ wenngleich eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht iSv § 1 GewO ein Indiz für die Nicht-Gewerblichkeit darstellt.¹²⁴ Die Begrifflichkeit „nicht gewerblicher Art“ wurde aus den Vergaberichtlinien¹²⁵ übernommen und ist insofern iSd EU-Vergaberechts auszulegen. Es ist dabei jedoch nicht auf die einzelnen übertragenen Aufgaben abzustellen, sondern vielmehr auf den Charakter der Einrichtung.¹²⁶

¹¹⁴ *Aicher*, Gemeinnützige Bauvereinigungen mit gebietskörperschaftlicher Mehrheitsbeteiligung als öffentliche Auftraggeber? in *Kramer/Schuhmacher* (Hrsg.), Beiträge zum Unternehmensrecht – FS für *Hans-Georg Koppensteiner* (2001), 525, 529; *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 148.

¹¹⁵ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 50.

¹¹⁶ EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding), Rz 52.

¹¹⁷ EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 46.

¹¹⁸ EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 (Spanische Gefängnisse), Rz 58.

¹¹⁹ BVA 03.03.2008, N/0012-BVA/07/2008-33 = RPA 2008, 84 (mit Anm. *Hofer*); *Caesar/Gruber*, Die Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes 2006 auf ausgegliederte Rechtsträger am Beispiel Bahnhof City Wien Hauptbahnhof in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg.), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008), 277, 283f.

¹²⁰ VKS Wien 07.11.2003, VKS-8242/03 = *Gast* in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 3, E 76.

¹²¹ EuGH 22.05.2003, Rs C-18/01 (Korhonen), Rz 45, 62.

¹²² OGH 12.08.1998, 4 Ob 188/98w = *ecolex* 1999/30 (mit Anm. *Heid*).

¹²³ *Korinek*, Rechtsfragen der Anwendungsbereiche der Vergabegesetze in *Rill/Griller* (Hrsg.), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe (2000), 7, 21.

¹²⁴ *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 482; *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 152; EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 24; VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179.

¹²⁵ Art. 1 Abs. 9 lit. a der Vergabe-RL sowie Art. 2 Abs. 1 lit. a der Sektoren-RL.

¹²⁶ *Aicher*, Gemeinnützige Bauvereinigungen mit gebietskörperschaftlicher Mehrheitsbeteiligung als öffentliche Auftraggeber? in *Kramer/Schuhmacher* (Hrsg.), Beiträge zum Unternehmensrecht – FS für *Hans-Georg Koppensteiner* (2001), 525, 531.

Dem Gesetzgeber ging es darum, auch jene Einrichtungen zu erfassen, welche einen anderen Charakter als den eines typischen Handels- oder Industrieunternehmens haben und bei welchen eine Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach „*staatspezifischen Kriterien*“ erfolgt.¹²⁷ Es ist daher auf die Nähe des Unternehmens zum „*originär staatlichen Tätigkeitsbereich*“ sowie auf die Möglichkeit der Einflussnahme und Kontrolle durch den Staat abzustellen, wobei eine Entscheidungsbeeinflussung (ex ante) nach „*spezifisch staatsbezogenen Kriterien*“ möglich sein muss.¹²⁸ Sofern eine solche Einflussnahme besteht, ist mitunter die Gefahr gegeben, dass sich die betreffende Einrichtung von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt,¹²⁹ weshalb die Anwendbarkeit des Vergaberechts als Korrekturmechanismus dienen muss.¹³⁰

Nach der Judikatur des EuGH ist das wirtschaftliche Umfeld der betreffenden Einrichtung zu beleuchten, was durch die Beurteilung der konkret herrschenden Wettbewerbssituation¹³¹ und betriebswirtschaftlichen Risikotragung¹³² zu erfolgen hat. Es ist dementsprechend zu hinterfragen, ob die Einrichtung „unter Marktbedingungen“ agiert, sodass eine Tätigkeit gewerblicher Art vorliegen würde.¹³³ Als Indikatoren können beispielsweise das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht sowie von Wettbewerb am Markt, die Übernahme einer „Ausfallhaftung“ durch die öffentliche Hand oder die Finanzierung durch öffentliche Mittel genannt werden.¹³⁴

Als Einrichtung nicht gewerblicher Art wurden so beispielsweise die ÖBB-Immobilienmanagement GmbH¹³⁵ oder die Österreichische Staatsdruckerei¹³⁶ eingestuft.

¹²⁷ EBRV 323 BlgNR XX. GP, 78ff.

¹²⁸ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 24.

¹²⁹ EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 52.

¹³⁰ B-VKK 09.06.1998, G-4/98-6; *Caesar/Gruber*, Die Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes 2006 auf ausgegliederte Rechtsträger am Beispiel Bahnhof City Wien Hauptbahnhof in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg.), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008), 277, 285.

¹³¹ Es ist für die mangelnde Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nicht ausreichend, dass die Einrichtung in Konkurrenz mit anderen Unternehmen am Markt tätig ist (vgl. EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding), Rz 49 sowie EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00 (Truley), Rz 60).

¹³² Diesbezüglich kommt es nicht alleine darauf an, ob es einen offiziellen Mechanismus zum Ersatz etwaiger finanzieller Verluste gibt, sondern ob es wahrscheinlich ist, dass eine Zahlungsunfähigkeit der entsprechenden Einrichtung de facto in Kauf genommen werden wird (vgl. EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 (Spanische Gefängnisse)).

¹³³ *Aicher*, Europäische Rahmenbedingungen gemeinnütziger Wohnungswirtschaft in *Korinek/Nowotny* (Hrsg.), Handbuch der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft (1994), 459, 469; EuGH 10.05.2001, Rs C-223/99 (Agorà Srl), Rz 38.

¹³⁴ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 54; *Kropik/Mille/Sachs*, Das Vergaberecht in Österreich (2012), 15.

¹³⁵ BVA 03.03.2008, N/0012-BVA/07/2008-33 = RPA 2008, 84 (mit Anm. *Hofer*).

d. Besonderer Gründungszweck

Sofern ein Auftraggeber in einem seiner Geschäftsbereiche, als in Erfüllung von im Allgemeininteresse gelegenen Aufgaben nicht gewerblicher Art, tätig wird, ist er insgesamt als öffentlicher Auftraggeber zu charakterisieren. Es ist für die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber unerheblich, ob dieser daneben auch wie ein privater Anbieter am Markt auftritt. Dies bedeutet, dass selbst ein geringer Anteil nicht gewerblicher Tätigkeiten für die Einordnung als öffentlicher Auftraggeber ausreicht und daher sämtliche Beschaffungsvorhaben – einschließlich jener im kommerziellen Geschäftsbereich – entsprechend den vergaberechtlichen Bestimmungen abzuwickeln sind. Das gesamte Unternehmen wird insofern vom nicht kommerziellen Geschäftsbereich „infiziert“.¹³⁷

Die „vergaberechtliche Infektionsgrenze“ ist jedoch dort erreicht, und somit die Anwendung des Vergaberechts nicht mehr geboten, wo ein zur Gänze im Eigentum eines öffentlichen Auftraggeber stehendes Tochterunternehmen zu rein kommerziellen Zwecken gegründet wird.¹³⁸ Im Zuge der Gründung einer Tochtergesellschaft ist daher anzuraten den kommerziellen Zweck der Unternehmung bereits in den Gründungsakt aufzunehmen und darin sämtliche nicht gewerblichen Tätigkeiten auszuschließen.¹³⁹ Im Fall der späteren Übernahme nicht kommerzieller Tätigkeiten dieser Gesellschaft kommt es zur „Auftraggebermetamorphose“ und aus dem ursprünglich privaten wird ein öffentlicher Auftraggeber.¹⁴⁰ Auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrages kommt es dabei nicht an, sofern die Übernahme dieser Aufgaben objektiv – etwa auf Grund einer diesbezüglichen Vereinbarung – festgestellt werden kann.¹⁴¹

Demgegenüber verliert eine zu nicht kommerziellen Zwecken gegründete Einrichtung ihre Auftraggebereigenschaft nicht per se, wenn der Gründungszweck im Laufe der Zeit de facto

¹³⁶ EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG), Rz 29.

¹³⁷ „Infektionstheorie“ bzw. „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ des EuGH; EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG); EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00 (Truley); EuGH 22.05.2003, Rs C-18/01 (Korhonen); EuGH 10.04.2008, Rs C-393/06 (Fernwärme Wien), Rz 19; *Griller/Tremmel*, Ausgliederte Rechtsträger im Vergaberecht – Alles oder Nichts?, *ecolex* 1998, 369; BVA 05.08.2008, F/0003-BVA/10/2008-43 = *Rindler in Gast* (Hrsg.), *BVergG–Leitsatzkommentar* (2010), § 1, E 28.

¹³⁸ EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG), Rz 41.

¹³⁹ *Heid in Heid/Preslmayr*, *Handbuch Vergaberecht*⁹ (2010), Rz 142.

¹⁴⁰ *Oder*, EuGH – Zum Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts, *ZVB* 2003/31; *Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, *Kommentar BVergG 2006* (2009), § 3, Rz 75; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 63.

¹⁴¹ EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 62.

in den Hintergrund tritt oder ganz entfällt.¹⁴² Hier wird jedoch eine Änderung der Rechtsgrundlage der Einrichtung (Satzung, Gesellschaftsvertrag, Statuten, etc.) vom nicht gewerblichen zum kommerziellen Unternehmen, dem Transparenz- und Rechtssicherheitsbedürfnis gerecht und stellt eine Rechtfertigung für das Entfallen der Auftraggebereigenschaft dar.¹⁴³

Im Ergebnis ist daher die tatsächlich ausgeübte, sowie objektiv feststellbare, und nicht jene zum Zeitpunkt der Gründung geplante, Tätigkeit der Einrichtung ausschlaggebend.¹⁴⁴

e. Staatliche Beherrschung

Als weiteres Element ist die staatliche Beherrschung erforderlich, welche in der überwiegenden Finanzierung, Beaufsichtigung oder Einflussnahme auf die Zusammensetzung von Organen durch die öffentliche Hand liegen kann. Bei diesen Kriterien handelt es sich um typische Erscheinungsformen staatlicher Beherrschung, welche in einem beweglichen System eingebettet sind.¹⁴⁵ Es kann daher für den Fall der nicht vollständigen Erfüllung eines einzelnen Kriteriums, auch die weitgehende Erfüllung mehrerer anderer Kriterien im Wege einer Gesamtbetrachtung¹⁴⁶ zum Vorliegen einer staatlichen Beherrschung führen. All diesen Formen ist gemein, dass sich der Staat im Regelfall einen bestimmenden Einfluss auf die Einrichtung vorbehält, sodass diese in seinem Einfluss- und Verantwortungsbereich verbleibt.¹⁴⁷

Von einer überwiegenden Finanzierung iSd Beherrschung ist dann auszugehen, wenn mehr als die Hälfte der finanziellen Mittel durch Zuwendungen der öffentlichen Hand ohne Gegenleistung erfolgen.¹⁴⁸ Auf die Anzahl der finanzierenden Gebietskörperschaften und/oder

¹⁴² Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 142.

¹⁴³ Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 3, Rz 76.

¹⁴⁴ Potacs, Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek (Hrsg.), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), 43, 49; Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² (2012), 56.

¹⁴⁵ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² (2012), 62.

¹⁴⁶ EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG), Rz 28f.

¹⁴⁷ Gutknecht, Vergaberechtliche Aspekte der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben in Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Österreichisches Institut für Baurecht (Hrsg.), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008), 419, 422.

¹⁴⁸ EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98 (University of Cambridge), Rz 32f; BVA 24.04.2006, 17F-7/05-29; BVA 24.04.2009, N/0012-BVA/02/2009-31 = Gast in Gast (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 3, E 163.

Einrichtungen öffentlichen Rechts kommt es dabei nicht an.¹⁴⁹ Die Sicherstellung der Finanzierung durch Nutzungsgebühren¹⁵⁰ oder durch staatlich gesicherte öffentlich-rechtliche Vorschriften¹⁵¹ ist als hinreichend für die Erfüllung des Kriteriums der Finanzierung durch die öffentliche Hand einzustufen. Hinsichtlich „gemischt“ – d.h. von Privaten und der öffentlichen Hand gemeinsam – finanzierten Auftraggebern stellt der EuGH auf die jährliche Basis, also auf die im jeweiligen Haushaltsjahr – in das die Beschaffung fällt – veranschlagten Zahlen, ab. Dadurch kann es zu einem jährlichen Schwanken der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber kommen.¹⁵²

Die Beaufsichtigung iSd Beherrschung hat sich auf die Leitung der Einrichtung und nicht unmittelbar auf deren Tätigkeiten zu beziehen, sodass dem Staat Steuerungsmöglichkeiten hinsichtlich der operativen Führung zukommen müssen.¹⁵³ Die (begleitende) Kontrolle der öffentlichen Hand ohne Eingriff in das Tagesgeschäft ist für das Vorliegen einer Beaufsichtigung bereits ausreichend, wenn zumindest das Geschäftsführungsprofil vorgegeben werden kann.¹⁵⁴ Eine bloß nachfolgende Rechtmäßigkeitskontrolle ist hingegen nicht als ausreichend zu qualifizieren.¹⁵⁵ Bei der Einflussnahme auf die Zusammensetzung von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen kommt es auf die mehrheitliche Beschickung der für die Geschicke einer Unternehmung verantwortlichen Organe durch die öffentliche Hand an, wobei diese Bestellbefugnisse sowohl unmittelbar, als auch mittelbar ausgeübt werden können.¹⁵⁶

3. Verbände aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder Z 2

In diesem, als Auffangtatbestand¹⁵⁷ ausgestalteten, in § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG geregelten Auftraggebertypus sind jene Auftraggeber einzuordnen, welche weder der Kategorie nach § 3

¹⁴⁹ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 60.

¹⁵⁰ EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06 (Bayerischer Rundfunk).

¹⁵¹ EuGH 11.06.2009, Rs C-300/07 (Oymanns), Rz 57.

¹⁵² EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98 (University of Cambridge), Rz 39ff.

¹⁵³ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 60f.

¹⁵⁴ EuGH 01.02.2001, Rs C-237/99 (Sozialwohnungsaktiengesellschaften), Rz 57; EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06 (Bayerischer Rundfunk).

¹⁵⁵ EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00 (Truley), Rz 74; Im konkreten Fall gelangt der EuGH jedoch zum Ergebnis, dass die Kontrolle durch das Kontrollamt der Stadt Wien auf Grund dessen konkreter Befugnisse über eine bloß nachprüfende Kontrolle hinausgeht.

¹⁵⁶ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 61f.

¹⁵⁷ EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding), Rz 27.

Abs. 1 Z 1 noch Z 2 zugeordnet werden können¹⁵⁸ und ungeachtet ihrer Rechtsform¹⁵⁹ einen „Zusammenschluss“ öffentlicher Auftraggeber darstellen.¹⁶⁰ Dabei sind beispielsweise jene staatlichen Einheiten angesprochen, welche von Bund und Ländern gemeinsam beherrscht oder finanziert werden.¹⁶¹

4. Private – an das Vergaberecht gebundene – Auftraggeber

Im Allgemeinen sind private Auftraggeber nicht an das Vergaberecht gebunden. Dieser Grundsatz wird jedoch in den nachfolgend näher erläuterten Bereichen in unterschiedlicher Intensität durchbrochen.¹⁶²

a. Sektorenbereich

Im Sektorenbereich sind neben öffentlichen Unternehmen iSv § 165 Abs. 2 BVergG auch private Sektorenauftraggeber gemäß § 166 BVergG auf Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten, bei der Ausübung einer Sektorentätigkeit an den 3. Teil des BVergG gebunden. Durch die Einbeziehung dieser privaten Unternehmen soll verhindert werden, dass sich diese, infolge der ihnen verliehenen besonderen oder ausschließlichen Rechte und der insofern wettbewerbsfremden marktbezogenen Sonderstellung, von anderen als wirtschaftlichen Motiven bei der Auftragsvergabe leiten lassen.¹⁶³

Unter besonderen oder ausschließlichen Rechten sind gemäß § 166 Abs. 2 solche Rechte zu verstehen, die von der zuständigen Behörde gewährt wurden und dazu führen, dass die Ausübung einer Sektorentätigkeit einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten ist und die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Die Übertragung dieser Rechte kann im Wege von Rechts- sowie Verwaltungsvorschriften, aber auch mittels zivilrechtlichen Verträgen erfolgen.¹⁶⁴ Räumt ein EU-Mitgliedstaat

¹⁵⁸ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 23.

¹⁵⁹ Werner in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 98, Rz 367.

¹⁶⁰ Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 3, Rz 89.

¹⁶¹ Schwartz, Kurzkomentar Bundesvergabegesetz (2003), § 7 BVergG 2002, Rz 12.

¹⁶² Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 196.

¹⁶³ Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB⁴ (2007), § 98, Rz 160; Werner in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 98, Rz 372; Jochum in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union (2009), Band IV – Sekundärrecht, B 21, Rz 10.

¹⁶⁴ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 168; Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement (1996), 387; EuGH 22.12.1993, Rs C-302/94 (British Telecommunications).

hingegen einer begrenzten Zahl von Unternehmen in beliebiger Form – auch über Konzessionen – Rechte auf der Grundlage objektiver, verhältnismäßiger und nicht diskriminierender Kriterien ein, die allen interessierten Unternehmen, welche diese erfüllen, die Möglichkeit zur Inanspruchnahme solcher Rechte bietet, so sind diese nicht als besondere oder ausschließliche Rechte zu betrachten.¹⁶⁵ Diese Unternehmen sind trotz dessen, dass in diesen Bereichen am Markt selbst kein Wettbewerb stattfindet, nicht an das Vergaberecht gebunden, weil zuvor ein Wettbewerb um den diesbezüglichen Markt stattgefunden hat.¹⁶⁶

b. Öffentlicher Dienstleistungsbereich

Nach § 3 Abs. 5 BVergG haben Einrichtungen, die kein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 BVergG sind – also auch private Unternehmen – sowie Einrichtungen, denen besondere oder ausschließliche Rechte zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereiches¹⁶⁷ zuerkannt sind, bei der Vergabe von Lieferaufträgen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit iSv § 19 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG zu beachten.

c. Private Baukonzessionäre

Bei der Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch private Baukonzessionäre ist gemäß § 3 Abs. 4 BVergG die Anwendbarkeit eines eingeschränkten Vergaberegimes geboten (siehe II.G.4.a).

d. Subventionierte private Auftraggeber

Zur Anwendbarkeit der gesamten vergaberechtlichen Bestimmungen, wie für klassische öffentliche Auftraggeber, kommt es gemäß § 3 Abs. 2 und Abs. 3 BVergG auch dann, wenn private Auftraggeber im Oberschwellenbereich Bauaufträge über Tiefbauarbeiten iSd

¹⁶⁵ 25. Erwägungsgrund der Sektoren-RL.

¹⁶⁶ *Holoubek/Fuchs/Zellhofer* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 166, Rz 11.

¹⁶⁷ Damit sind insbesondere Einrichtungen angesprochen, welche Dienstleistungen der Daseinsvorsorge erbringen und etwa auf dem Gebiet des Rettungswesens, der Arbeitsvermittlung (vgl. *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 3, Fn 330) oder der Bestattung (vgl. *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 514) tätig sind.

Anhangs I¹⁶⁸ BVergG oder Hochbauten iSd Anhangs II¹⁶⁹ BVergG oder damit verbundene Dienstleistungsaufträge,¹⁷⁰ die zu mehr als 50 Prozent direkt subventioniert und damit einer staatlichen Beherrschung ausgesetzt sind, vergeben. Der private Auftraggeber (worunter sowohl juristische als auch natürliche Rechtssubjekte erfasst sind)¹⁷¹ muss bei seinen Beschaffungsvorgängen daher die vergaberechtlichen Bestimmungen einhalten. Auf das Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Stelle als Fördergeber und dem Privaten sind diese hingegen nicht anzuwenden, sodass die öffentliche Stelle bei der Auswahl ihres Fördernehmers nicht an das Vergaberecht gebunden ist.¹⁷²

Unter einer direkten Subventionierung sind solche Leistungen der öffentlichen Hand zu verstehen, wofür keine Gegenleistungen erbracht werden¹⁷³ und es sich daher aus Sicht der öffentlichen Stelle um „verlorene Zuschüsse“ handelt.¹⁷⁴ Der Subventionsbegriff umfasst dabei jedenfalls Beihilfen iSd Judikatur des EuGH,¹⁷⁵ also einseitige, unter Umständen auch bloß mittelbare Leistungsgewährungen oder Verminderungen von Belastungen durch einen öffentlichen Auftraggeber,¹⁷⁶ jedoch auch andere Zuwendungsformen, die unmittelbar dem

¹⁶⁸ Darunter sind insbesondere Aufträge in den Bereichen Allgemeiner Tiefbau, Brücken- und Tunnelbau, Straßenbau und Eisenbahnoberbau, Wasserbau, Brunnen- und Schachtbau, Siedlungswasserbau sowie Grundbau zu verstehen.

¹⁶⁹ In Anhang II des BVergG werden die Errichtung von Krankenhäusern, Sportanlagen, Erholungsanlagen, Freizeitanlagen, Schulen und Hochschulen, sowie Verwaltungsgebäuden genannt. Die Aufzählung hat nach Ansicht der Europäischen Kommission hinweisenden Charakter (vgl. Leitfaden der Europäischen Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen (1997), 13), sodass eine weite Auslegung zulässig ist. Nach *Egger* handelt es sich hingegen um eine erschöpfende Auflistung und interpretiert die Ausführungen der Europäischen Kommission dahingehend, dass lediglich die angeführten Gebäudetypen einer weiten Auslegung zu unterziehen sind (vgl. *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 509). Der gemeinnützige Wohnbau ist nach *Korinek* nicht von dieser Bestimmung erfasst (vgl. *Korinek*, Vergaberecht in *Raschauer*, Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts² (2003), Rz 719).

¹⁷⁰ Hierunter sind insbesondere Planungsleistungen sowie bauspezifische Projektmanagementleistungen zu verstehen (vgl. *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 198).

¹⁷¹ *Mecenovic*, Private Auftraggeber im Vergaberecht – Ein Beitrag zur Auslegung des Begriffs „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte“, wbl 2001, 258.

¹⁷² *Hamerl*, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts, ZVB 2010/53, 185.

¹⁷³ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 3, Rz 107; *Diehl* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kommentar GWB-Vergaberecht (2009), § 98, Rz 173.

¹⁷⁴ *Prieß* in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe (1999), 66.

¹⁷⁵ EuGH 01.12.1998, Rs C-200/97 (*Ecotrade Srl gegen Altiforni e Ferriere di Servola SpA*);

EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98 (*University of Cambridge*), Rz 21.

¹⁷⁶ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 199; *Eilmansberger*, Überlegungen zum Verhältnis zwischen Staatsbeihilfen und Vergaberecht in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP V (2008), 9, 18.

betreffenden Bauauftrag zu Gute kommen.¹⁷⁷ Auf das gemeinschaftsrechtskonforme Zustandekommen der Subvention ist dabei nicht abzustellen.¹⁷⁸

Bei der Ermittlung der Subventionshöhe sind „drittmarktkonforme“ Leistungen, wie etwa Zahlungen eines Mietzinses oder Baurechtsentgelts (wie sie auch Dritten gegenüber zur Verrechnung gelangen würden) in Abzug zu bringen, sodass nur der „spezifisch ökonomische Vorteil“¹⁷⁹ als Subvention zu berücksichtigen ist. Andererseits sind jene Maßnahmen der öffentlichen Stelle, welche (im Drittvergleich) zu einer Verminderung der Belastung des Fördernehmers führen, wie beispielsweise die Veräußerung einer Liegenschaft unter dem Marktwert oder Ermäßigungen oder Befreiungen von Abgaben oder Steuern, ebenso zu bewerten und bei der Ermittlung der Subventionshöhe hinzuzurechnen.¹⁸⁰ Subventionen unterschiedlicher öffentlicher Stellen einschließlich solcher aus Gemeinschaftsmitteln, die unmittelbar für den betreffenden Bauauftrag bestimmt sind, sind bei der Berechnung zusammenzuzählen.¹⁸¹

Die Verweise in § 3 Abs. 2 und Abs. 3 BVergG, welche zu einer Einordnung als öffentlicher Auftraggeber führen, sind abschließend und restriktiv zu interpretieren, während die einzelnen Anknüpfungspunkte in den Anhängen I und II weit auszulegen sind.¹⁸²

Nach § 3 Abs. 3 BVergG ist die Anwendbarkeit des Vergaberechts, wie für klassische öffentliche Auftraggeber jedenfalls auch dann gegeben, wenn die öffentliche Stelle als Subventionsgeber zugleich auch als vergebende Stelle für den Förderungsnehmer auftritt und weder im eigenen Namen noch auf eigene Rechnung tätig wird.¹⁸³ Die vergaberechtlichen Bestimmungen sind nur dann nicht anzuwenden, wenn der öffentliche Auftraggeber (ohne gleichzeitig Fördergeber zu sein) für ein privates Unternehmen auf dessen Rechnung tätig

¹⁷⁷ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 26; *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 3, Rz 107.

¹⁷⁸ *Breitenfeld/Ertl*, Europäisches Beihilfenrecht und öffentliche Aufträge, RPA-Spezial (2007), 50f.

¹⁷⁹ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 3, Rz 107; aA *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 199.

¹⁸⁰ *Holly*, Bauträger und Vergaberecht, *immolex* 2002, 280; aA *Prieß* in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe (1999), 66; *Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer*, Kommentar Vergaberecht (2012), § 4, 4.

¹⁸¹ *Steiner/Windisch*, Einführung in das Vergaberecht (2004), 71; EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 26.

¹⁸² *Müller-Wrede* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), VOB/A, § 1a, Rz 41.

¹⁸³ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 26.

wird – und insofern als vergebende Stelle agiert – und das Bauvorhaben von Anfang an zur Gänze dem Gesellschaftszweck des Privaten entspricht.¹⁸⁴

G. Auftragsarten (sachlicher Geltungsbereich)

Die vergaberechtlichen Bestimmungen unterscheiden bei den Auftragsarten zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, wobei der Bezeichnung der Auftragsart durch den öffentlichen Auftraggeber keine konstitutive Wirkung zukommt. Vielmehr ist der tatsächliche Charakter des Ausschreibungsgegenstands für die Einordnung maßgeblich.¹⁸⁵

1. Bauauftrag

Baufträge sind entsprechend § 4 BVergG entgeltliche Aufträge, welche die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben iZm einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten (Z 1 leg cit), die Ausführung eines Bauwerks (Z 2 leg cit) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt (Z 3 leg cit; siehe dazu ausführlich III), zum Gegenstand haben.

Mit der Wortfolge „gleichzeitige Ausführung und Planung“ ist die Planung und zeitlich daran anschließende Ausführung angesprochen, wobei der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet ist die Planungs- und Bauleistungen in einem zu vergeben.¹⁸⁶ Vielmehr wird ihm lediglich die Möglichkeit eingeräumt, die ansonsten als Dienstleistungsauftrag zu qualifizierenden Planungsleistungen gemeinsam mit den Bauleistungen nach den Regelungen für Bauaufträge zu vergeben,¹⁸⁷ wenn diese in „zeitlicher Nähe“ zueinander erbracht werden.¹⁸⁸ Der Tatbestand bezieht sich sowohl auf die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben als auch Bauwerken.¹⁸⁹

¹⁸⁴ BVA 12.03.1998, N-13/95-32 = Rindler in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 1, E 41.

¹⁸⁵ BVA 07.11.2011, N/0094-BVA/06/2011-26.

¹⁸⁶ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich – Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006 (2006), 53; BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29 = ZVB 2004/52 (mit Anm. *Sachs*).

¹⁸⁷ *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 96, 99.

¹⁸⁸ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 32; *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 232; *Hailbronner* nennt eine Dauer von max. sechs Monaten (vgl. *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99GWB, Rz 354).

¹⁸⁹ *Schramm*, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP III (2006), 167, 168f; *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 231; *Marx* in

Das BVergG differenziert insofern zwischen „Bauvorhaben“ und „Bauwerk“. Der Hintergrund dafür dürfte – zumal diese Differenzierung zu keinen unterschiedlichen Rechtsfolgen führt – im System unterschiedlicher Vertragstypen für Bauaufträge in den EU-Mitgliedstaaten liegen.¹⁹⁰ Gemein ist all diesen Gestaltungsformen, dass vom Auftragnehmer nicht eine bloße Tätigkeit, sondern ein Erfolg geschuldet wird, sodass ein Bauauftrag oftmals einen zivilrechtlichen Werkvertrag darstellt,¹⁹¹ wenngleich diese zivilrechtliche Klassifikation keine zwingende Voraussetzung für den vergaberechtlichen Bauauftragsbegriff darstellt.¹⁹² Erfasst werden sollen, ganz allgemein formuliert, alle möglichen Bautätigkeiten inklusive sämtlicher erdenklichen Gestaltungsformen des mittelbaren und unmittelbaren Erwerbs von Bauleistungen.¹⁹³ Der Begriff des „öffentlichen Bauauftrages“ ist daher als weit gefasster Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des Vergaberechts zu verstehen.¹⁹⁴

Eine Unterscheidung zwischen „Kunstabauten“ mit ästhetischer Funktion¹⁹⁵ und „Zweckbauten“ ist dem BVergG nicht zu entnehmen,¹⁹⁶ sodass auch künstlerisch wertvolle Bauleistungen als Bauauftrag zu qualifizieren sind.¹⁹⁷ Eine Einschränkung ist nur hinsichtlich Kunstwerken, die überhaupt keine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen¹⁹⁸ und deren Zweck ausschließlich in ihrer künstlerischen Gestaltung liegt,¹⁹⁹ anzunehmen, welche daher nicht als Bauauftrag zu qualifizieren sind.

Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 27; *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 100; *Seidel/Mertens* in *Dausen*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2 (2012), H. IV., Öffentliches Auftragswesen, Rz 131.

¹⁹⁰ *Mathoi*, Neue Projektabwicklungs- und Bauvertragsmodelle, 3. PM-Bau Symposium, Tagungsband 2008, 28.

¹⁹¹ *Ax/Schneider/Siewert*, Auftragsvergabe² (2010), Rz 13; *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99GWB, Rz 476; BayObLG 28.08.2002, Verg 20/02 (Leichtmetallarbeiten) = VergabeR 2003, 76; aA OLG Dresden 02.11.2004, WVerg 11/04 (Berufsschulzentrum) = VergabeR 2005, 258, nach dem es nicht entscheidend ist, ob die Leistung entsprechend der zivilrechtlichen Qualifikation als Werkvertrag einzustufen ist und daher im Einzelfall auch ein Kaufvertrag als Bauleistung im vergaberechtlichen Sinne anzusehen sein kann.

¹⁹² *Prieß* in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe (1999), 65.

¹⁹³ *Althaus/Heindl/Stolz* in *Althaus/Heindl*, Der öffentliche Bauauftrag – Handbuch für den VOB-Vertrag (2011), Einleitung, Rz 17.

¹⁹⁴ *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri*, Materielles Europarecht³ (2012), 165; *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 89; BVA 10.06.1998, N-4/98-17 = *Sachs/Hahnl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 1.28.

¹⁹⁵ *Hornbanger*, Vergabe von Restaurierungsarbeiten, ZVB 2009/62, 234.

¹⁹⁶ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 212.

¹⁹⁷ *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 711; *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99GWB, Rz 483.

¹⁹⁸ *Eschenbruch* in *Kularitz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 161.

¹⁹⁹ *Gölles/Link*, ÖNORM-Bauvertrag – Praxiskommentar (2011), Rz 64.

a. Bauwerk

Nach § 2 Z 11 BVergG ist unter einem „Bauwerk“ das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten zu verstehen, welches seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Es geht also um die Herstellung eines funktionsfähigen Ganzen, das bis zur letzten Ausbaustufe vollendet ist²⁰⁰ – beispielsweise eines Gebäudes, eines Tunnels oder einer Brücke – und zu dem es einzelner Bauleistungen²⁰¹ bedarf. Der zeitliche sowie räumliche Zusammenhang dieser Einzelleistungen – also dem Zusammenfügen von Stoffen sowie Bauteilen und deren Einfügen in eine bauliche Anlage²⁰² – ist bei der Beurteilung der Bauwerksfunktion zu berücksichtigen.²⁰³ Für die Anknüpfung an den Bauwerks-Begriff sind die Anzahl der Auftraggeber sowie die Möglichkeit der Leistungserbringung durch ein einziges Unternehmen irrelevant.²⁰⁴

b. Bauvorhaben

Der Bauvorhabensbegriff stellt auf jene Ausführungshandlungen ab, welche für die Verwirklichung eines Bauvorhabens, unabhängig davon, ob es sich um eine oder mehrere Einzelleistungen handelt, erforderlich sind.²⁰⁵ Er ist im Vergleich zum Bauwerks-Begriff, der Umfassendere,²⁰⁶ da er neben der Erstellung eines Bauwerks auch andere Bauleistungen wie beispielsweise Gebäuderevitalisierungen, Umbauten oder etwa Instandsetzungs- und Reparaturarbeiten, umfasst.²⁰⁷ Dies führt im Ergebnis dazu, dass zwar jede Erstellung eines Bauwerks ein Bauvorhaben darstellt, jedoch nicht jedes Bauvorhaben automatisch auch die Erstellung eines Bauwerks zum Gegenstand haben muss.²⁰⁸

²⁰⁰ VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030 = *Rindler* in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 2, E 99; *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 213; *Schramm/Porsch* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 2 Z 11, Rz 1.

²⁰¹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 27.

²⁰² *Rusam/Weyand* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 1 VOB/A, Rz 5.

²⁰³ *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 708.

²⁰⁴ EuGH 05.10.2000, Rs C-16/98 (Kommission gegen Frankreich), Rz 42f.

²⁰⁵ *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 91.

²⁰⁶ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 27; BVA 03.08.2005, 17N-61/02-17 = *Rindler* in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 2, E 100.

²⁰⁷ *Lutz* in *König/Streit*, Das neue Vergaberecht (2008), 3.2.1; VwGH 26.06.2001, 2001/04/0132 = *Rindler* in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 2, E 98.

²⁰⁸ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich – Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006 (2006), 52.

In Anhang I BVergG werden all jene Tätigkeiten nach der „Allgemeinen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft“ (NACE)²⁰⁹ angeführt, welche für das Vorliegen des Bauvorhabensbegriffs den Anknüpfungspunkt bilden.²¹⁰ Die Aufzählung der NACE umfasst jedoch nicht alle Bauleistungen und ist daher trotz „Auffangklassen“, wie etwa der Klasse 45.44 „Baugewerbe anderwärtig nicht genannt“, lückenhaft.²¹¹ Es ist im Anlassfall daher einer Ergänzung des Bauvorhabensbegriffs durch den funktional determinierten Terminus des Bauwerks geboten, um auch die nicht in Anhang I BVergG genannten Bauleistungen unter den Bestimmungen über Bauaufträge zu erfassen.²¹²

Den gleichen Zugang verfolgt auch das GPA (Agreement on Government Procurement),²¹³ indem die länderspezifischen Annexe 5 in ihrer identen Definition des Bauvertrages²¹⁴ auf die Abteilung 51 der zentralen Gütersystematik (CPC) verweisen. Welche von den, in der CPC angeführten Bauleistungen von den jeweiligen Vertragspartnern übernommen wurden, ist länderspezifisch zu beurteilen.²¹⁵

c. Bauleistung

Das BVergG verwendet den Begriff der „Bauleistung“ zwar an vielen Stellen, hat dafür jedoch keine Legaldefinition vorgesehen. Demgegenüber ist sowohl der österreichischen Ö-Norm B 2110, als auch der deutschen VOB/A eine Begriffsdefinition zu entnehmen.

Die Ö-Norm B 2110²¹⁶ definiert unter Punkt 3.1, dass Bauleistungen die „*Herstellung, Änderung, Instandsetzung, Demontage oder Abbruch von Bauwerken und Bauteilen, Landschaftsbau, und sonstige Bauarbeiten jeder Art im Rahmen eines Werkvertrages, ferner erforderliche Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten, sowie Errichtung und Demontage oder Abbruch von Hilfsbauwerken, sowie Leistungen der Haustechnik*“ umfassen, wobei „zu den

²⁰⁹ VO (EWG) 3037/90 zuletzt geändert durch VO (EG) 1893/2006.

²¹⁰ Der Abschnitt F „Baugewerbe“ umfasst die 5 Untergruppen vorbereitende Baustellenarbeiten, Hoch- und Tiefbau, Bauinstallation, sonstiges Baugewerbe sowie Vermietung von Baumaschinen und -geräten mit Bedienungspersonal.

²¹¹ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 214.

²¹² Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 10.

²¹³ Dabei handelt es sich um das WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen.

²¹⁴ “A construction services contract is a contract which has as its objective the realization by whatever means of civil or building works, in the sense of Division 51 of the Central Product Classification.”

²¹⁵ Schnitzer, Internationales Vergaberecht (2007), 136; Arrowsmith, Government Procurement in the World Trade Organization (2002), 131f.

²¹⁶ ÖNORM B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen idF 2011-03-01.

Leistungen der Haustechnik die Herstellung, Änderung, Reparatur und Demontage von haustechnischen Anlagen und von Teilen derselben, z.B. aus den Bereichen der Lüftungstechnik, Kältetechnik, Heizungstechnik, Sanitärtechnik, Elektrotechnik, Nachrichtentechnik, des Aufzugbaues sowie weiterer technischer Gebäudeausrüstungen [gehören].“ Die Bauleistung wird demnach als spezifische Art von Leistung in systematischer Abgrenzung zu anderen Wirtschaftsgebieten umschrieben²¹⁷ und ist weit auszulegen.²¹⁸ Die Aufzählung ist exemplarischen Charakters und bietet insofern Beispiele von vertraglich zu vereinbarenden Bauleistungen an,²¹⁹ wobei Planungsleistungen vom Anwendungsbereich nicht erfasst sind.²²⁰

Nach § 1 VOB/A²²¹ werden Bauleistungen, als *„Arbeiten jeder Art [definiert], durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.“* Eine „*bauliche Anlage*“ ist mit dem Erdboden verbunden und zumindest für eine gewisse Dauer erstellt,²²² wobei es nicht relevant ist, ob sich diese ober- oder unterhalb der Erdoberfläche befindet.²²³ Der Begriff der Bauleistung erfasst sämtliche Tätigkeiten, die für oder an einem Bauwerk – unabhängig davon, ob es sich um einen Neu-, Zu- oder Umbau handelt – erbracht werden.²²⁴ Es werden damit alle für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlichen Leistungen angesprochen,²²⁵ wobei sich die Funktionsfähigkeit nach dem Nutzungszweck, den der öffentliche Auftraggeber mit diesem erreichen will, richtet.²²⁶ Entscheidend ist insofern, dass das Gebäude ohne die entsprechende Leistung nicht als vollständig fertig gestellt anzusehen ist.²²⁷ Der Begriff der Bauleistung ist dementsprechend stark ausführungsbezogen geprägt²²⁸ und in einem weiten Sinn zu verstehen.²²⁹

²¹⁷ Reckerzügl/Schwarz in Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNORM B 2110³ (2003), Pkt. 3.1, Rz 105.

²¹⁸ Gölles/Link, ÖNORM-Bauvertrag – Praxiskommentar (2011), Rz 64.

²¹⁹ Straube, Bauleistung in *Straube/Aicher* (Hrsg.), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Band II (2010), 1.2.

²²⁰ Langer, Die Bauvertragsnorm B 2110³ (2003), 15.

²²¹ DIN 1960: 2010-08, VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen.

²²² Franke/Stoye in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB-Kommentar⁴ (2011), § 1 VOB/A, Rz 4.

²²³ Boesen, Das neue Vergaberecht – Ein Leitfaden für Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben (1999), 21; BGH 16.09.1971, VII ZR 5/70 = BauR 1971, 259-260.

²²⁴ Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 91; Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 156.

²²⁵ Rusam/Weyand in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 1 VOB/A, Rz 3.

²²⁶ Franke/Woyand in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB-Kommentar⁴ (2011), § 1a VOB/A, Rz 59.

²²⁷ BayObLG 23.07.2002, Verg 17/02 = NZBau 2003, 340.

²²⁸ Althaus/Heindl/Stolz in Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag – Handbuch für den VOB-Vertrag (2011), Einleitung, Rz 23.

²²⁹ Müller-Wrede in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), VOB/A, § 1a, Rz 46.

2. Lieferauftrag und Abgrenzung zum Bauauftrag

Lieferaufträge sind nach § 5 BVergG entgeltliche Aufträge hinsichtlich der Beschaffung von Waren im Wege von Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf mit oder ohne Kaufoption, einschließlich Nebenarbeiten, wie dem Verlegen und der Installation.

Das BVergG enthält keine eigene Legaldefinition für den Begriff „Ware“, weshalb auf das europarechtliche Begriffsverständnis in Anlehnung an Art. 34 AEUV²³⁰ und nicht etwa auf den Begriff „bewegliche Sache“ iSd Zivilrechts abzustellen ist.²³¹ Der Begriff „Ware“ ist demnach in einem weiten Sinn²³² zu verstehen und umfasst sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen.²³³ Die Versorgung mit Gas, Wasser, Strom²³⁴ oder Brennstoffen²³⁵ ist daher ebenso als Warenlieferung einzustufen.²³⁶

Die Aufzählung der Vertragstypen in § 5 BVergG ist demonstrativ, sodass sämtliche auf die Beschaffung von Waren abzielende Verträge unter diesen Auftragsstypus zu subsumieren sind,²³⁷ um allfällige Umgehungsversuche hintanzuhalten.²³⁸

Unter den „Nebenarbeiten“ sind die erforderlichen Tätigkeiten zur Herstellung der Einsatzfähigkeit der gelieferten Waren zu verstehen,²³⁹ welche lediglich eine untergeordnete Rolle im Vergleich zum Hauptgegenstand des Vertrages spielen.²⁴⁰

²³⁰ *Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 5, Rz 10.

²³¹ *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 722; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 2105.

²³² *Hahnl*, Kommentar BVergG 2002, § 2, K.5.

²³³ *Elsner*, Bundesvergabegesetz³ (2010), Rz 27; *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 206; *Gölles in Gölles*, Praxisleitfaden Bundesvergabegesetz 2006 (2009), Rz 99; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 2108; *Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 5, Rz 10; aA (der Warenbegriff umfasse nur körperliche Sachen) *Schwartz*, Kurzkommentar Bundesvergabegesetz (2003), § 2 BVergG 2002, Rz 4 unter Berufung auf EuGH 11.07.1985, Rs 60/84 (Cinemas Francais); *Werschitz*, Unternehmenspachtvertrag als Leistungsvertrag des BVergG?, ZVB 2005/106, 332.

²³⁴ EuGH 27.04.1994, Rs C-393/92 (Gemeente Almelo), Rz 28; EuGH 23.10.1997, Rs C-158/94 (Kommission gegen Italien), Rz 17.

²³⁵ EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98 (Teckal), Rz 48.

²³⁶ *Hailbronner in Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union (2009), Band IV – Sekundärrecht, B 7, Rz 3.

²³⁷ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 215; *Gerscha/Huber-Mataushek/Pesendorfer*, Kommentar Vergaberecht (2012), § 5, 5f; aA *Gölles in Gölles*, Praxisleitfaden Bundesvergabegesetz 2006 (2009), Rz 97.

²³⁸ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 2109; *Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 5, Rz 5.

²³⁹ Leitfaden der Europäischen Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Lieferaufträgen (1997), 10.

²⁴⁰ *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 86.

Weder den Vergaberichtlinien noch dem BVergG ist eine Regelung für die Abgrenzung zwischen Bau- und Lieferaufträgen zu entnehmen, sodass in der Rspr. und im Schrifttum entsprechende Kriterien entwickelt wurden, wonach der Funktionalität sowie der Beweglichkeit der Beschaffungsgegenstände besondere Bedeutung beigemessen wird.²⁴¹ Sofern diese für die Funktion des Gebäudes (oder eines Teils davon)²⁴² von Bedeutung sind und eine feste (aber nicht zwangsläufig unauflösbare) Verbindung mit der Bausubstanz eingehen,²⁴³ sind sie als Teil eines Bauauftrages zu qualifizieren. In jenen Fällen, in denen der bauleistungsspezifische Anteil auf technisch einfache Leistungen reduziert ist, ist die Annahme von Nebenarbeiten, wie dem Verlegen und der Installation iSv § 5 BVergG und damit die Einordnung als Lieferauftrag, geboten.²⁴⁴ Von Nebenarbeiten ist daher dann auszugehen, wenn diese im Verhältnis zu den anderen zu erbringenden Leistungen inhaltlich und wertmäßig ein sehr eingeschränktes Ausmaß annehmen²⁴⁵ und nicht etwa auf die Herstellung eines Zustandes an einem Bauwerk²⁴⁶ abzielen.

Die Frage der zeitlichen Einordnung der Leistungsbeschaffung, also ob es sich bei den zu beschaffenden Objekten um eine Erstausrüstung im Zuge der Neuerrichtung oder um Ersatzleistungen bzw. Nachrüstungen im Laufe des Lebenszyklus eines Bauwerks handelt, ist dabei nicht von Relevanz.²⁴⁷

²⁴¹ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 215.

²⁴² Das BVA qualifizierte die Erneuerung einer Tunnelfunkanlage als Bauauftrag, bei welchem die erforderlichen Liefer- und Dienstleistungen als Nebenarbeiten beurteilt wurden (vgl. BVA 26.02.2003, 15N-08/03-11). Ebenso als Bauauftrag wurde die technische Funktionssanierung der elektrischen Anlagen eines Gebäudes bewertet (vgl. BVA 21.10.2009, N/0099-BVA/14/2009-29).

²⁴³ BVA 13.12.2002, 17N-54/02-14; BVA 31.07.2000, N-41/00-10.

²⁴⁴ Das BVA beurteilte den Einbau von Komponenten einer Tunnelfunkanlage in Funkschränke, welche in bauseits hergestellten Aufstellungsnischen montiert und an ebenso bereits vorhandene Leitungen angeschlossen wurden, als Lieferauftrag (vgl. BVA 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78 und N/0100-BVA/09/2008-18 = RPA 2008, 284 (mit Anm. *Estermann*) = *Rindler* in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 2, E 107).

²⁴⁵ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 216; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 5, Rz 14; aA *Pachner*, der auf den rein wertmäßigen Anteil der Nebenarbeiten im Verhältnis zum Auftragswert abstellt und bis zu einem Ausmaß von 50 Prozent vom Auftragswert vom Vorliegen eines Lieferauftrages ausgeht (vgl. *Pachner*, Abgrenzung Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge in *Fruhmam/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner*, Bundesvergabegesetz – Kommentar mit einführenden Aufsätzen²(1999), 103, 106).

²⁴⁶ *Müller-Wrede/Kaelble* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kommentar GWB-Vergaberecht (2009), § 99, Rz 136.

²⁴⁷ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 217.

3. Dienstleistungsauftrag und Abgrenzung zum Bauauftrag

Unter Dienstleistungsaufträgen sind gemäß § 6 BVergG entgeltliche Aufträge zu verstehen, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und Dienstleistungen iSd Anhangs III (prioritäre Dienstleistungsaufträge)²⁴⁸ oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge)²⁴⁹ BVergG zum Inhalt haben. Die Subsidiarität von Dienstleistungsaufträgen²⁵⁰ im Verhältnis zu Bau- und Lieferaufträgen und deren Auffangfunktion gehen somit bereits aus der gesetzlichen Definition hervor.²⁵¹

Für die Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen stellt § 9 Abs. 2 BVergG eine Sonderregelung zur Verfügung, wonach Bauleistungen iSd Anhangs I zum BVergG als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand für die Einordnung als Dienstleistungsauftrag nicht schädlich sind. Sofern diese Bauleistungen nur Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptgegenstand des Vertrages darstellen und eine mögliche Folge oder Ergänzung des Letzteren sind, rechtfertigt die Tatsache, dass der Vertrag diese Bauleistungen umfasst, nicht die Einstufung des Vertrages als öffentlicher Bauauftrag.²⁵²

Anders als bei der Abgrenzung zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen – wonach gemäß § 9 Abs. 1 BVergG der jeweilige wertmäßige Anteil am Gesamtwert der Leistungen für die Einordnung ausschlaggebend ist („main-value test“) – knüpft der EuGH²⁵³ in st. Rspr. bei der Frage der Unterwerfung eines Vertrages unter die Bestimmungen des Bau- oder Dienstleistungsauftrages daran an, welcher Teil inhaltlich und funktional den Hauptgegenstand bildet und welcher nur von untergeordneter Bedeutung ist („main-object test“).²⁵⁴ Die jeweiligen Wertanteile können hierbei allenfalls eine Orientierungs- und Kontrollfunktion für die Bestimmung des Hauptgegenstands bilden.²⁵⁵

²⁴⁸ Auf die in Anhang III taxativ aufgezählten prioritären Dienstleistungen, wie beispielsweise Instandhaltung und Reparatur (Kategorie 1) oder Architektur, technische Beratung und Planung (Kategorie 12) sind grundsätzlich alle vergaberechtlichen Vorschriften anwendbar.

²⁴⁹ Für die in Anhang IV demonstrativ aufgezählten nicht prioritären Dienstleistungen normiert § 141 BVergG die Anwendung eines verdünnten Vergaberegimes.

²⁵⁰ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 6, Rz 2.

²⁵¹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 28.

²⁵² 10. Erwägungsgrund der Vergabe-RL.

²⁵³ EuGH 19.04.1994, Rs C-331/92 (*Gestion Hotelera Internacional*), Rz 26ff; EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (*Jean Auroux*), Rz 36f; EuGH 21.02.2008, Rs C-412/04 (*Kommission gegen Italien*), Rz 47ff; EuGH 06.05.2010, verbundene Rs C-145/08 und C-149/08 (*Loutraki und Aktor*), Rz 48ff; EuGH 26.05.2011, Rs C-306/08 (*Kommission gegen Spanien*), Rz 90ff.

²⁵⁴ *Schramm/Moick* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 9, Rz 36f; aA *Marx*, nach dem nicht die Funktionalität des Vertrages im Vordergrund steht und dieser bereits dann als

Demzufolge ist etwa bei durchgreifenden Renovierungsarbeiten, welche aus wirtschaftlicher und technischer Sicht mit umfassenden Eingriffen in die Objeksubstanz verbunden sind,²⁵⁶ ebenso von einem Bauauftrag (und nicht von einem prioritären Dienstleistungsauftrag iSv Kategorie 1 [Instandhaltung und Reparatur] des Anhangs III BVergG) auszugehen, wie bei Immobiliendevelopment-Verträgen, bei denen typischerweise die Errichtung eines Bauwerks verfolgt wird und nicht nur technische Beratung iSv Kategorie 12 des Anhangs III BVergG geschuldet wird.²⁵⁷ Auf der anderen Seite kann bei Aufträgen, welche über einen längeren Zeitraum laufen und nur geringe technische Komplexität aufweisen das Dienstleistungselement aus funktionaler Sicht überwiegen²⁵⁸ und so beispielsweise ein Vertrag mit dem auch die Erbringung von geringfügigen Bauleistungen und Wartungsarbeiten geschuldet wird, als Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren sein.²⁵⁹ Auf Grund der subsidiären Auffangfunktion von Dienstleistungsaufträgen ist in Zweifelsfällen jedoch vom Vorliegen eines Bauauftrages auszugehen.²⁶⁰

4. Konzessionsverträge

Bei Konzessionsverträgen besteht die Gegenleistung für den Auftragnehmer gemäß §§ 7 und 8 BVergG, anders als bei klassischen Aufträgen, in dem Recht zur Nutzung und Verwertung der eigenen Leistung oder in diesem zuzüglich der Zahlung eines Entgelts durch den öffentlichen Auftraggeber. Dies stellt ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal zwischen Auftrag und Konzession dar,²⁶¹ wobei bei Letzterer regelmäßig eine direkte Verbindung

Bauftrag zu qualifizieren ist, wenn er nicht nur „marginale“ Bauleistungen zum Gegenstand hat (vgl. Marx in Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 14 und 31).

²⁵⁵ EuGH 21.02.2008, Rs C-412/04 (Kommission gegen Italien), Rz 49; SA GA Kokott 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 39; BVA 14.06.2002, N-9/02-48; aA Egger, demzufolge auch bei der Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen auf den Wert der Anteile abzustellen ist (vgl. Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 769).

²⁵⁶ Korbion in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), VOB/A, § 1, Rz 22; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 26.

²⁵⁷ Hamerl, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts, ZVB 2010/53, 183.

²⁵⁸ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 226.

²⁵⁹ BVA 20.11.2001, N-122/01-25 = RPA 2002, 105 (mit Anm. Madl).

²⁶⁰ Elsner, Bundesvergabegesetz³ (2010), Rz 28; Hamerl, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts, ZVB 2010/53, 182f.

²⁶¹ Leitfaden der Europäischen Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen (1997), 59f; Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.04.2000, 2000/C 121/02, 3; BVA 13.08.2002, N-37/02-6.

zwischen dem Konzessionär und den Endnutzern,²⁶² welche für dessen Leistung ein Entgelt an diesen entrichten,²⁶³ besteht.

Darüber hinaus sind die Folgen dieser Nutzungsberechtigung, nämlich der Transfer der damit verbundenen Risiken, ein weiteres zentrales Unterscheidungsmerkmal.²⁶⁴ Dabei ist sowohl das „technische Risiko“ bei der Leistungserbringung, als auch das „finanzielle Risiko“ (dieses reicht vom Betriebs- oder Verwendungsrisiko über das Absatz- und Vergütungsrisiko bis hin zum Insolvenzrisiko) beim Betrieb zu bedenken.²⁶⁵

a. Baukonzessionen

Die Berechtigung zur Nutzung des Bauwerks beinhaltet auch die diesbezügliche Verantwortung des Konzessionärs sowohl in technischer als auch finanzieller Hinsicht sowie bezüglich der Verwaltung und Erhaltung des Bauwerks.²⁶⁶ Der Konzessionär hat insofern die notwendigen Investitionen zu tätigen, damit das Bauwerk den Nutzern in ordnungsgemäßem Zustand zur Verfügung steht sowie für dessen Verwertung zu sorgen. Ihm obliegt daher nicht nur das Risiko für die Errichtung, sondern auch jenes für die Instandhaltung²⁶⁷ und Auslastung²⁶⁸ des Bauwerks und somit auch jenes hinsichtlich der Amortisation der Investition durch entsprechende Benützungsgebühren.²⁶⁹ Die Übernahme eines Teils der Nutzungskosten durch die öffentliche Hand, um den Preis für den Benutzer zu senken, schadet dem Vorliegen einer Baukonzession per se nicht.²⁷⁰

²⁶² Resch in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 384.

²⁶³ So etwa die Einhebung von Gebühren von Nutzern eines öffentlichen Parkplatzes (vgl. EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03 (Parking Brixen), Rz 40) oder von Nutzungsentgelten für die Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung (vgl. EuGH 10.09.2009, Rs C-206/08 (Eurawasser), Rz 80).

²⁶⁴ Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.04.2004, KOM (2004), 327 endgültig, Rz 36; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), §§ 7, 8, Rz 30; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03 (Parking Brixen), Rz 40; EuGH 10.09.2009, Rs C-206/08 (Eurawasser), Rz 59.

²⁶⁵ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 783.

²⁶⁶ Resch in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 390.

²⁶⁷ Holoubek/Segalla, Instrumente kommunaler Daseinsvorsorge – Evaluierung und Fortentwicklung in Österreichischer Gemeindebund und Österreichischer Städtebund (Hrsg.), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2000), 63, 90.

²⁶⁸ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), §§ 7, 8, Rz 36.

²⁶⁹ Resch in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 390.

²⁷⁰ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 784; Resch in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 391; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), §§ 7, 8, Rz 54.

Für die Kategorisierung eines konkreten Vertrages ist letztlich die Zuordnung des wirtschaftlichen (Letzt-)Risikos der Einnahmen aus dem Bauvorhaben entscheidend. Liegt dieses beim Auftraggeber, ist von einem Bauauftrag auszugehen, anderenfalls von einer Baukonzession.²⁷¹ In der Unsicherheit, ob eine Behörde Pläne eines Projektes billigen wird oder nicht, ist kein für das Vorliegen einer Konzession erforderliches Risiko zu sehen.²⁷²

Hinsichtlich der Dauer der Nutzungsberechtigung gibt es im österreichischen BVergG keine mit der in Deutschland in § 99 Abs. 6 GWB getroffenen Regelung, vergleichbare Bestimmung, wonach es sich lediglich um ein befristetes Nutzungsrecht handeln darf. Zu dieser Einschränkung ist der deutsche Gesetzgeber vor dem Hintergrund gekommen, dass Grundstücksveräußerungen – also die Übertragung unbefristeter Berechtigungen – nicht zur Rechtsfigur der Baukonzession führen sollen.²⁷³

Für die Frage der Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungskonzessionen sind die Regelungen für die Unterscheidungen von Bau- und Dienstleistungsaufträgen analog anzuwenden.²⁷⁴

Bei der Vergabe einer Baukonzession gelangt nach den §§ 142 bis 145 BVergG ein eingeschränktes Vergaberegime²⁷⁵ zur Anwendung, wobei grundsätzlich zwei Phasen zu unterscheiden sind: Einerseits die Vergabe der Baukonzession durch den öffentlichen Auftraggeber an den Baukonzessionär und andererseits die Auftragserteilung von Bauaufträgen durch diesen an Dritte. Diesbezüglich ist zwischen „öffentlichen“ und „privaten“ Konzessionären zu unterscheiden. Während für Erstere das BVergG – wie sonst auch – zur Anwendung gelangt, werden hier ausnahmsweise auch Private in eingeschränktem Ausmaß vom Vergaberecht erfasst.

²⁷¹ Resch in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 391.

²⁷² EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 76.

²⁷³ Leinemann, Das neue Vergaberecht (2010), Rz 134; ebenso SA GA Mengozzi 17.11.2009, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 96f.

²⁷⁴ Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.04.2000, 2000/C 121/02, 5.

²⁷⁵ Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe der Baukonzession gemäß § 142 Abs. 2 BVergG frei zwischen offenem, nicht offenem mit vorheriger Bekanntmachung, Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und dem wettbewerblichen Dialog (sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen nach § 34 BVergG erfüllt sind) wählen. Für diese Vergabe gelten die Bestimmungen der §§ 142 bis 145 (Vergabe von Baukonzessionsverträgen und Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre), des 1. Teil, die §§ 3, 4, 7, 9 Abs. 2, 10, 12 bis 14, 18 bis 23, 37, 38, 41, 43 bis 52, 55, 68 bis 70, 76, 78, 91 bis 94, 98, 113 bis 116, 117 Abs. 3 und 4, 120, 129 bis 140, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften, auf die in diesem Abschnitt verwiesen wird.

Diese haben nämlich gemäß § 145 Abs. 1 BVergG bei der Vergabe von Bauaufträgen an Dritte die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, sowie das Diskriminierungsverbot zu beachten und soweit es auf Grund des Wertes und Gegenstands des Auftrages erforderlich erscheint, diesen grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch welches ein angemessener Grad an Öffentlichkeit gewährleistet wird und das den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs entspricht, zu vergeben. Darüber hinaus gelangen nach § 142 Abs. 3 einige weitere allgemeine Bestimmungen des BVergG zur Anwendung.²⁷⁶

Auf Grund der Festlegungen in § 145 Abs. 3 BVergG, wonach sowohl Unternehmen, die sich zusammengeschlossen haben, um die Konzession zu erhalten, als auch mit den betreffenden Unternehmen verbundene Unternehmen, nicht als Dritte gelten, kommt der Erfassung dieser Privaten, in dem skizzierten eingeschränkten Anwendungsbereich, keine große praktische Bedeutung zu.²⁷⁷ Als verbundenes Unternehmen ist hierbei entsprechend § 2 Z 40 BVergG jedes Unternehmen zu betrachten, dessen Jahresabschluss mit demjenigen des betreffenden Unternehmens konsolidiert wird. Diese Unternehmen sind gemäß § 145 Abs. 4 BVergG zur Gänze in einer laufend zu aktualisierenden Liste anzuführen, sodass darin nicht genannte Unternehmen, als „Dritte“ zu werten sind.²⁷⁸

b. Dienstleistungskonzessionen

Als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zum Dienstleistungsauftrag stellt sich, wie auch bei der Baukonzession, die Frage der Risikoverteilung. Es geht um die Übernahme eines, über das „normale“ – einer jeden Auftragsvergabe innewohnenden – Risiko, hinausgehenden Risikos des Auftragnehmers. Damit ist das unternehmerische (iSd Nutzungs- und Betriebsrisikos) und nicht etwa das kalkulatorische Risiko angesprochen.²⁷⁹ Der Konzessionär hat insofern das Betriebsrisiko in vollem oder zumindest in erheblichem Ausmaß vom

²⁷⁶ Das sind die §§ 142 bis 145 (Vergabe von Baukonzessionsverträgen und Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre), der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 4, 4, 9 Abs. 2, 10, 12 bis 14, 19 Abs. 1, 20 Abs. 2, 3 und 5, 23, 49, 51, 55 und 140 Abs. 9, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften, auf die in diesem Abschnitt verwiesen wird.

²⁷⁷ Resch in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 399.

²⁷⁸ Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.04.2000, 2000/C 121/02, 9.

²⁷⁹ Holoubek/Segalla, Instrumente kommunaler Daseinsvorsorge – Evaluierung und Fortentwicklung in Österreichischer Gemeindebund und Österreichischer Städtebund (Hrsg.), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002), 63, 92; Lurger, PPP und Vergaberecht, ecolex 2004, 242.

öffentlichen Auftraggeber zu übernehmen.²⁸⁰ Sofern hingegen der öffentliche Auftraggeber dem Erbringer der Dienstleistung unmittelbar eine, das Risiko einschränkende wirtschaftliche Absicherung, etwa in Form von Einnahmegarantien oder Verlustausgleichen gewährt, ist von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen.²⁸¹ Für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ist grundsätzlich von einem beweglichen System, das sich an den wesentlichen Anhaltspunkten der Nutzungseinräumung und Risikoübertragung zu orientieren hat, auszugehen.²⁸²

Bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gelangt das BVergG gemäß § 11 leg cit mit Ausnahme weniger Bestimmungen²⁸³ nicht zur Anwendung. Öffentliche Auftraggeber haben sie demnach ebenso wie Baukonzessionen unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, sowie des Diskriminierungsverbots und soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstands des Vertrages erforderlich erscheint, grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet wird und das den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs entspricht, zu vergeben. Davon umfasst sind die primärrechtlichen Grundsätze,²⁸⁴ wobei insbesondere das Diskriminierungsverbot, das Transparenzgebot sowie der Wettbewerbsgrundsatz zu nennen sind.²⁸⁵

H. Ausnahmen vom Geltungsbereich

Nur sofern die Voraussetzungen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches des BVergG gegeben sind, also dem Grunde nach ein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang eines öffentlichen Auftraggebers vorliegt, kann sich dieser allenfalls auf das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes nach § 10 BVergG berufen.²⁸⁶ Die in § 10 BVergG aufgezählten Ausnahmetatbestände bilden (grundsätzlich)²⁸⁷ einen abschließenden

²⁸⁰ EuGH 10.09.2009, Rs C-206/08 (Eurawasser), Rz 65, 77.

²⁸¹ *Dullinger/Gruber*, Dienstleistungskonzessionen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, JBl 2002, 19.

²⁸² *Katary in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 412.

²⁸³ Dabei handelt es sich um die Bestimmungen der §§ 3 Abs. 1, 6, 8, 49, 336, 344 und 345 Abs. 1 bis 3.

²⁸⁴ Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.04.2000, 2000/C 121/02, 6ff; EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98 (Telaustria), Rz 60; EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03 (Coname), Rz 16; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03 (Parking Brixen), Rz 52.

²⁸⁵ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 33.

²⁸⁶ EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rz 66.

²⁸⁷ Weitere Ausnahmenbestimmungen sind unter direkter Berufung auf den AEUV möglich (vgl. *Fruhmam* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 9).

Katalog,²⁸⁸ sodass die Unanwendbarkeit des BVergG nur in den vom Gesetz beschriebenen Fällen gegeben ist.²⁸⁹ Die angeführten Ausnahmebestimmungen sind eng auszulegen²⁹⁰ und deren Voraussetzungen von demjenigen zu beweisen, der sich darauf berufen will, also typischerweise vom Auftraggeber.²⁹¹ Die Anwendung eines Ausnahmetatbestandes muss das gelindeste Mittel zur Zielerreichung,²⁹² sowie angemessen und geeignet sein.²⁹³

Hinsichtlich der Leistungsbeschaffung bedeutet die Anwendbarkeit einer der Ausnahmebestimmungen aber nicht automatisch auch die freie Vergabemöglichkeit dieser. Vielmehr sind diese Beschaffungsvorgänge nach st. Rspr.²⁹⁴ an die Grundsätze des AEUV gebunden, sofern dessen Geltungsbereich begründet ist,²⁹⁵ also an diesem Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.²⁹⁶ Das Vorliegen einer derartigen Binnenmarktrelevanz ist dann zu verneinen, wenn die Vergabe eines Auftrages für Wirtschaftsteilnehmer in anderen EU-Mitgliedstaaten „wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung“ nicht von Interesse ist, da in einem solchen Fall die „Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten zu zufällig

²⁸⁸ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 29; EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98 (Teckal), Rz 43; EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 (Kommission gegen Spanien), Rz 10; EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Aurox), Rz 59; Hahnl, Kommentar BVergG 2002, § 6, K.1; Summa in Blaufuß/Heiermann/Zeiss, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 100 GWB, Rz 19; Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht⁴ (2012), 25.

²⁸⁹ EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03 (Stadt Halle), Rz 24; EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92 (Kommission gegen Spanien), Rz 12; EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 (Kommission gegen Spanien), Rz 10 und 22.

²⁹⁰ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 29; EuGH 10.03.1987, Rs 199/85 (Kommission gegen Italien), Rz 14; EuGH 16.09.1999, Rs C-414/97 (Kommission gegen Spanien), Rz 21; EuGH 14.09.2004, Rs C-385/02 (Hochwasserrückhaltebecken Stadt Parma) Rz 19; EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rz 64; EuGH 28.03.1996, Rs C-318/94 (Kommission gegen Deutschland), Rz 13; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 183; Sachs in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), 200.

²⁹¹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 29; EuGH 10.03.1987, Rs 199/85 (Kommission gegen Italien), Rz 14; EuGH 20.10.2008, Rs C-157/06 (Kommission gegen Italien), Rz 23; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0126; Schwartz, Kurzkommentar Bundesvergabegesetz (2003), § 6 BVergG 2002, Rz 2; Sachs/Trettnak-Hahnl, Das neue Bundesvergaberecht – Leitfaden für Länder und Gemeinden³ (2012), 8; Aicher in Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 8, Rz 9.

²⁹² EuGH 05.12.1989, Rs 3/88 (Kommission gegen Italien), Rz 15.

²⁹³ BVA 28.11.1997, N-29/97-14.

²⁹⁴ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 1725; Aicher in Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 8, Rz 4; Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 15; Breitenfeld/Ertl, Europäisches Beihilfenrecht und öffentliche Aufträge, RPA-Spezial (2007), 43; Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom 23.06.2006, 2; EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03 (Kommission gegen Irland), Rz 26.

²⁹⁵ Fruhmann, Das Vergaberegime des EG-Vertrages, ZVB 2006/76, 261.

²⁹⁶ EuGH 15.05.2008, Rs C-147/06 und Rs C-148/06 (SECAP SpA), Rz 21; EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03 (Kommission gegen Irland), Rz 29; EuGH 21.02.2008, Rs C-412/04 (Kommission gegen Italien), Rz 66.

und zu mittelbar“ wären.²⁹⁷ Die Entscheidung, wann ein Auftrag für einen Wirtschaftsteilnehmer eines anderen EU-Mitgliedstaates von Interesse sein könnte, obliegt der Beurteilung des öffentlichen Auftraggebers, welcher dabei die Umstände des Einzelfalls (Auftragsgegenstand, geschätzter Auftragswert, Besonderheiten des betroffenen Marktes, geographische Lage des Ortes der Leistungserbringung, etc.) zu berücksichtigen hat.²⁹⁸

Der EuGH hat in diesem Sinne die Anwendung der AEUV-Grundsätze für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen²⁹⁹ und nicht prioritären Dienstleistungen³⁰⁰ sowie Beschaffungsvorgänge unterhalb der Schwellenwerte³⁰¹ ausdrücklich festgehalten. Es sind daher die Grundfreiheiten des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit sowie der Dienstleistungsfreiheit ebenso zu beachten, wie der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitigen Anerkennung.³⁰² Zudem kann auch innerhalb des Anwendungsbereiches des AEUV eine dessen Ausnahmen – von denen in § 10 BVergG einige direkt übernommen sind oder unmittelbar auf diesen fußen³⁰³ – vorliegen.³⁰⁴

Sofern der Hauptgegenstand eines gemischten Vertrages auf Grund einer Ausnahmebestimmung nicht dem Vergaberecht unterliegt, ist auch keine Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Bestimmungen auf einzelne Teile des Vertrages gegeben.³⁰⁵

²⁹⁷ EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03 (Coname), Rz 20.

²⁹⁸ Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom 23.06.2006, 5.

²⁹⁹ EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98 (Telaustria), Rz 60; EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03 (Coname), Rz 16; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03 (Parking Brixen), Rz 52.

³⁰⁰ EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03 (Contse SA), Rz 47; EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03 (Kommission gegen Irland), Rz 30f.

³⁰¹ EuGH 20.10.2005, Rs C-264/03 (Kommission gegen Frankreich), Rz 33; EuGH 03.12.2001, Rs C-59/00 (Vestergaard), Rz 20.

³⁰² Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom 23.06.2006, 4; 2. Erwägungsgrund der Vergabe-RL; *Mittendorfer/Ettmayer*, Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Zuge von (Teil-) Privatisierungen ausschreibungsfrei?, RFG 2010/44, 177.

³⁰³ Damit sind die Ziffern 1, 2 und 5 bis 7 leg cit angesprochen, während es sich bei den übrigen Ziffern um vergabespezifische Ausnahmetatbestände handelt (vgl. *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 16).

³⁰⁴ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 182f; *Aicher* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Compendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 8, Rz 2f; Grünbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vom 27.01.2011, KOM (2011), 15 endgültig, 10f.

³⁰⁵ *Mittendorfer/Ettmayer*, Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Zuge von (Teil-) Privatisierungen ausschreibungsfrei?, RFG 2010/44, 176.

1. Inhouse-Vergabe

Nach § 10 Z 7 BVergG gilt das Vergaberecht nicht für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber durch eine Einrichtung erbringen lässt, über die er eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und die ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzt. Der österreichische Gesetzgeber³⁰⁶ hat damit in gemeinschaftsrechtskonformer Weise³⁰⁷ die vom EuGH in der Rechtssache *Teckal*³⁰⁸ entwickelten Grundsätze in § 10 Z 7 BVergG aufgenommen, während dieser Ausnahmetatbestand in der Vergabe-RL bis dato³⁰⁹ keinen normativen Niederschlag gefunden hat.³¹⁰

Der Hintergrund dieser Regelung liegt darin, dass die öffentliche Hand nicht an das Vergaberecht gebunden sein soll, wenn sie Leistungen mit eigenen Ressourcen erbringt, ohne dabei am Markt als Nachfrager aufzutreten.³¹¹ Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der, die Leistung anfordernden, sowie der, diese erbringenden Stelle, um zwei verschiedene Rechtssubjekte mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt (wie dies beispielsweise bei, aus der staatlichen Verwaltung, ausgegliederten Rechtsträgern der Fall sein kann) und diese in einem organisationsrechtlichen und beschaffungsrelevanten Naheverhältnis zueinander stehen („Quasi-Inhouse-Vergabe“).³¹²

Für das Vorliegen einer Inhouse-Vergabe ist die kumulative Erfüllung der beiden auch dem BVergG zu entnehmenden Tatbestandselemente „Kontrollkriterium“ und „Wesentlichkeitskriterium“ sowie des ausschließlich in der Rspr. des EuGH³¹³ entwickelten „Zeitkriteriums“ erforderlich. Hinsichtlich der beiden Erstgenannten muss eine prognostizierte Erfüllung während der gesamten Vertragslaufzeit gegeben sein, andernfalls

³⁰⁶ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 30.

³⁰⁷ EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04 (ANAV), Rz 25.

³⁰⁸ EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98 (*Teckal*).

³⁰⁹ Art. 11 Vergabe-RL-Entw. sieht umfassende Regelungen für die Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen vor, wodurch eine Erweiterung der Möglichkeiten der Inhouse-Vergabe im Vergleich zu den von der Rspr. entwickelten Kriterien erfolgen soll (vgl. *Feuchtmüller*, Vorschlag der Kommission für neue Vergaberichtlinien, ZVB 2012/30, 95f; kritisch *Fruhmman*, Die neue Ausnahme für Vergaben zwischen öffentlichen Auftraggebern – ein Zwischenbericht von den Verhandlungen im Rat in *Schuhmacher/Stockenhuber/Straube/Torggler/Zib* (Hrsg.), FS für *Josef Aicher* (2012), 157, 164).

³¹⁰ *Steiner* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 529.

³¹¹ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 89.

³¹² SA GA *Stix-Hackl* 23.09.2004, Rs C-26-03 (Stadt Halle), Rz 49; *Steiner* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 539.

³¹³ EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04 (Stadt Mödling), Rz 38f; EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04 (ANAV), Rz 30.

eine Inhouse-Vergabe von vornherein nicht in Betracht kommt.³¹⁴ Die Beurteilung hat im Wege einer „funktionellen Gesamtbetrachtung“ zu erfolgen.³¹⁵

a. Kontrollkriterium

Hierbei geht es um den finanziellen sowie innerorganisatorischen Einfluss der leistungsbeziehenden Inhouse-Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft.³¹⁶ Den Ausgangspunkt bildet die Voraussetzung, dass von der beauftragenden öffentlichen Stelle „über die fragliche Person eine Kontrolle ausgeübt wird wie über eine eigene Dienststelle.“³¹⁷ Von einem derartigen „Kontroll-Level“ ist auszugehen, wenn der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit hat maßgeblichen Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person zu nehmen.³¹⁸ Davon ist auch dann auszugehen, wenn an der zu beauftragenden Tochtergesellschaft, mehrere öffentliche Auftraggeber beteiligt sind.³¹⁹ Die Ausübung der Kontrollrechte kann nämlich auch gemeinsam durch die an der Gesellschaft beteiligten öffentlichen Stellen erfolgen.³²⁰ Eine mittelbare bzw. indirekte Kontrolle über zwischengeschaltete Gesellschaften ist dann ausreichend, wenn hinsichtlich aller mit der Beauftragung in Zusammenhang stehenden gesellschaftsrechtlichen Verbindungen die Voraussetzungen einer (Quasi-)Inhouse-Vergabe gegeben sind.³²¹

³¹⁴ Fruhmant in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 142; Steiner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 542; aA GA Kokott, nach welcher die bloße Möglichkeit, dass die beiden Kriterien nicht dauerhaft erfüllt werden, per se nicht für den Ausschluss der Inhouse-Vergabe ausreicht (vgl. SA GA Kokott, 13.03.2008, Rs C-454/06 (Presstext), Rz 63ff). Art. 11 Abs. 5 Vergabe-RL-Entw. geht bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von der Anwendbarkeit der Inhouse-Vergabe bis zum Zeitpunkt der Beteiligung eines Privaten aus.

³¹⁵ UVS Tirol 29.10.2009, 2008/K4/0023-16.

³¹⁶ Steiner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 544.

³¹⁷ EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98 (Teckal), Rz 50.

³¹⁸ EuGH 11.05.2006, Rs C-340/04 (Carbotermo), Rz 36; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03 (Parking Brixen), Rz 65.

³¹⁹ EuGH 11.05.2006, Rs C-340/04 (Carbotermo), Rz 37 und 70; EuGH 19.04.2007, Rs C-295/05 (Asemfo), Rz 62.

³²⁰ Steiner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 580; EuGH 13.11.2008, Rs C-324/07 (Coditel), Rz 50; EuGH 18.12.2007, Rs C-220/06 (Asociación Profesional), Rz 62.

³²¹ EuGH 11.05.2006, Rs C-340/04 (Carbotermo), Rz 39.

Jegliche Beteiligung Privater am Kapital einer Gesellschaft, an welcher auch öffentliche Auftraggeber beteiligt sind, schließt die Anwendbarkeit der Inhouse-Vergabe jedoch zur Gänze aus.³²²

b. Wesentlichkeitskriterium

Danach muss die leistungserbringende Einrichtung im Wesentlichen für die beauftragende(n) öffentliche(n) Stelle(n), tätig sein. Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit sind alle rechtlichen und tatsächlichen Umstände³²³ in qualitativer sowie quantitativer³²⁴ Sichtweise unter Einbeziehung des wettbewerblichen Umfelds³²⁵ zu berücksichtigen, sodass keine starre Grenze herangezogen werden kann. Als Leitlinie sei auf die Rs *Asemfo*³²⁶ hingewiesen, in welcher der EuGH ein Ausmaß von 90 Prozent der Tätigkeiten (womit das Leistungsvolumen in Form des Umsatzes angesprochen sein dürfte)³²⁷ für die Anteilseigner als ausreichend für das Vorliegen einer Inhouse-Vergabe qualifizierte.³²⁸

c. Zeitkriterium

Neben den beiden zuvor genannten Kriterien spielt nach der Rspr. des EuGH³²⁹ auch die zeitliche Komponente eine maßgebliche Rolle. Danach sind neben der Erfüllung des Kontrollkriteriums im Zeitpunkt der Auftragserteilung auch besondere Umstände, die später eintretende Ereignisse betreffen – wie etwa die Abtretung von Gesellschaftsanteilen nach Auftragserteilung an die Inhouse-Tochter – zu berücksichtigen, sodass eine geplante oder bereits absehbare private Beteiligung, worüber insbesondere (interne) Beschlüsse des öffentlichen Auftraggebers Aufschluss geben können,³³⁰ die Zulässigkeit einer Inhouse-

³²² EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03 (Stadt Halle), Rz 49; EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04 (ANAV), Rz 31; EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03 (Coname), Rz 24; EuGH 13.11.2008, Rs C-324/07 (Coditel), Rz 30.

³²³ Steiner in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 596.

³²⁴ EuGH 11.05.2006, Rs C-340/04 (Carbotermo), Rz 65.

³²⁵ EuGH 18.12.2007, Rs C-220/06 (Asociación Profesional), Rz 62.

³²⁶ EuGH 19.04.2007, Rs C-295/05 (Asemfo), Rz 63.

³²⁷ *Fruhmman* in *Schramm/Aicher/Fruhmman/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 188.

³²⁸ Art. 11 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. b Vergabe-RL-Entw. zieht diese Grenze fix bei 90 Prozent der Tätigkeiten ein. Das EP spricht sich gegen eine fixe Grenze aus und will stattdessen auf den „Hauptteil der Tätigkeiten“ abstellen (vgl. Entwurf eines Berichts über den Vergabe-RL-Entw. des Europäischen Parlaments vom 03.05.2012, 2011/0438(COD), 33f), während auch der Kompromissvorschlag des Rates an dieser Fixgrenze festhält (vgl. Vorschlag für eine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe – Kompromisstext des Vorsitzes/konsolidierte Fassung vom 24.07.2012, 12878/12).

³²⁹ EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04 (Stadt Mödling), Rz 38f; EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04 (ANAV), Rz 30.

³³⁰ SA GA *Geelhoed* 21.04.2005, Rs C-29/04 (Stadt Mödling), Rz 7ff; EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04 (Stadt Mödling), Rz 6ff.

Vergabe verhindern.³³¹ Das Beherrschungsverhältnis muss daher im Zuge einer Prognosebetrachtung³³² während der gesamten Vertragslaufzeit sichergestellt sein.³³³

2. Liegenschafts- und Immobilientransaktionen

Gemäß § 10 Z 8 BVergG ist die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Verträge über Erwerb, Miete oder Rechte an Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen, ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten, ausgenommen Verträge über finanzielle Dienstleistungen jeder Form, die gleichzeitig, vor oder nach dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden, nicht gegeben (siehe dazu ausführlich IV).

3. Zusätzliche Bauleistungen bei Baukonzessionen

Die Vergabe von zusätzlichen Bauleistungen, die weder im ursprünglichen Konzessionsentwurf noch im Konzessionsvertrag vorgesehen sind, aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der Bauleistung erforderlich werden und die der öffentliche Auftraggeber an den Konzessionär vergibt, sind, sofern die Vergabe an den Konzessionär erfolgt, welcher die betreffende Bauleistung erbringt – sofern der Gesamtwert der zusätzlichen Bauleistungen 50 Prozent des Wertes der ursprünglichen Bauleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, nicht überschreitet, und entweder eine Trennung dieser zusätzlichen Bauleistungen vom ursprünglichen Bauauftrag in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber möglich ist, oder eine Trennung vom ursprünglichen Bauauftrag zwar möglich wäre, die zusätzlichen Bauleistungen aber für dessen Vollendung unbedingt erforderlich sind – nach § 10 Z 17 BVergG vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen.

Damit wird die direkte Beauftragung des bisherigen Baukonzessionärs hinsichtlich, im Vertrag nicht vorgesehener und daher ursprünglich auch nicht ausgeschriebener, zusätzlicher

³³¹ Steiner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 565; Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht² (2012), 92.

³³² Frenz, Vergaberecht und institutionalisierte PPP, NZBau 2008, 673, 679; Steiner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 542; Art. 11 Abs. 5 Vergabe-RL-Entw. geht bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von der Anwendbarkeit der Inhouse-Vergabe bis zum Zeitpunkt der Beteiligung eines Privaten aus.

³³³ EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04 (ANAV), Rz 30; Sundström, Neuere Rechtsprechung zu ausgewählten Fragen des Vergaberechts, ecollex 2007, 237.

Bauleistungen ohne dem Erfordernis der Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens ermöglicht.³³⁴ Der Hintergrund dieser Regelung liegt in der Unzweckmäßigkeit oder Unzumutbarkeit einer weiteren Ausschreibung für die zusätzlichen Leistungen, welche in engem Zusammenhang zum ursprünglichen Konzessionsauftrag stehen.³³⁵

4. Weitere „vergabeverfahrensfreie“ Beschaffungsvorgänge

In der Judikatur des EuGH wurden weitere, dem BVergG nicht zu entnehmende, Fallgestaltungen als nicht dem Vergaberecht unterliegend beurteilt. Hierbei ist insbesondere auf nachträgliche Vertragsänderungen und die interkommunale Zusammenarbeit als Fortentwicklung der Inhouse-Vergabe einzugehen.³³⁶

a. Nachträgliche Vertragsänderungen

Die unwesentliche Änderung und Anpassung von bestehenden Verträgen, welchen keine marktabschottende Wirkung zukommt,³³⁷ stellt dem Grunde nach keinen neuen Beschaffungsvorgang dar und unterliegt daher nicht dem Vergaberecht.³³⁸

Von einer wesentlichen Vertragsänderung und der Pflicht zur neuerlichen Ausschreibung ist demgegenüber dann auszugehen, wenn Bedingungen in ein bestehendes Vertragsverhältnis eingeführt werden, welche

- i) die Zulassung anderer Bieter oder die Annahme eines anderen Angebotes erlaubt hätten, sofern sie Gegenstand des ursprünglichen Verfahrens gewesen wären,³³⁹
- ii) der Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht enthaltene Leistungen erweitert wird,³⁴⁰ oder
- iii) das wirtschaftliche Gleichgewicht in einer im ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehenen Weise zu Gunsten des Auftragnehmers verändert wird.³⁴¹

³³⁴ *Heid/Mensdorff-Pouilly* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 526.

³³⁵ *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil II), ZVB 2005/56, 167.

³³⁶ Sowohl die interkommunale Zusammenarbeit (Art. 11 Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen) als auch nachträgliche Vertragsänderungen (Art. 72 Auftragsänderungen während der Laufzeit) sind im Vergabe-RL-Entw. unter Zugrundelegung der hierzu jeweils ergangenen Rspr. des EuGH erfasst.

³³⁷ *Jaeger*, Vertragsänderungen und Vergaberecht, EuZW 2008/16, 492, 492; *Heid/Steindl* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 632.

³³⁸ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06 (Presstext).

³³⁹ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06 (Presstext), Rz 35.

³⁴⁰ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06 (Presstext), Rz 36.

Die drei Kriterien³⁴² sind alternativ, sodass bereits die wesentliche Änderung eines Einzigen, eine neuerliche Ausschreibungspflicht auslöst.³⁴³ Bei der Beurteilung, ob eine Änderung wesentlich ist, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, auf eine wertende Betrachtung der wirtschaftlichen Auswirkungen abzustellen,³⁴⁴ wobei sowohl die Erweiterung, als auch die Reduktion des Leistungsumfanges den Vergabe-Wettbewerb verzerren und daher eine Neuausschreibung erforderlich machen können.³⁴⁵

Sofern Kernpunkte des Vertrages, wie etwa der Preis, die Laufzeit oder der Leistungsinhalt wesentlich geändert werden sollen, ist von einer vergaberechtlichen Relevanz dieser Vertragsanpassung auszugehen.³⁴⁶ Die bloß unwesentliche Anpassung eines im Kern unveränderten Vertrages ist demgegenüber vergaberechtlich neutral und deshalb ausschreibungsfrei.³⁴⁷ Hinsichtlich der Vertragsdauer ist etwa darauf abzustellen, ob eine Verlängerung in die Substanz des Vertrages eingreift, sodass eine solche im Rahmen eines bestehenden Bauvertrages zur Fertigstellung des vertraglich vereinbarten Bauwerks keinen vergaberechtlich neuen Beschaffungsvorgang darstellt.³⁴⁸

Von einer vergaberechtsrelevanten (wirtschaftlich bedeutsamen) Vertragsänderung ist dann nicht auszugehen, wenn diese bereits in konkreter Weise im Ursprungsvertrag angelegt ist (sog. „derivative“ Vertragsänderung) und daher bereits mit der Vergabe des seinerzeitigen Auftrages dem Wettbewerb unterzogen wurde.³⁴⁹ Es steht nämlich dem Sinn des Vergaberechts entgegen, Teile eines öffentlichen Auftrages doppelt auszuschreiben.³⁵⁰

³⁴¹ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06 (Presstext), Rz 37.

³⁴² Diese von der Judikatur entwickelten Kriterien sind im Wesentlichen auch in Art. 72 Abs. 2 Vergabe-RL-Entw. normiert (vgl. 45. Erwägungsgrund des Vergabe-RL-Entw. sowie *Feuchtmüller*, Vorschlag der Kommission für neue Vergaberichtlinien, ZVB 2012/30, 95).

³⁴³ *Jaeger*, Vertragsänderungen und Vergaberecht, EuZW 2008/16, 492, 493.

³⁴⁴ *Probst*, Zum Begriff „Vergabe eines Auftrags“ und zur Zulässigkeit der Änderung von Verträgen, ELR 7-8/2008, 242, 248.

³⁴⁵ *Müller*, Neue Regeln für komplexe Verträge, RPA 2008, 192, 198.

³⁴⁶ *Willenbruch* in *Willenbruch/Wieddekind*, Kompaktkommentar Vergaberecht² (2011), § 99 GWB, Rz 31.

³⁴⁷ VK Baden-Württemberg 26.03.2002, 1 VK 7/02 iZm einer „Vertragsänderung“, wonach ein bisher monatlich erscheinendes Printmedium durch ein wöchentlich erscheinendes und qualitativ sowie quantitativ höherwertiges ersetzt werden sollte. Die VK Baden-Württemberg befand jedoch, dass es sich hierbei nicht um eine Anpassung eines im Kern unverändert bleibenden Vertrages handelt und daher die Verpflichtung zur Ausschreibung des neuen Vertrages besteht.

³⁴⁸ *Willenbruch* in *Willenbruch/Wieddekind*, Kompaktkommentar Vergaberecht² (2011), § 99 GWB, Rz 32.

³⁴⁹ EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06 (Presstext), Rz 40 und 60; *Schramm/Feuchtmüller*, Konkretisierung der wesentlichen Vertragsänderung, ZVB 2008/46, 167; *Heid*, Eingriff in Altverträge mit komplexem Leistungsbild, RPA 2003, 318; *Heid/Steindl* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 639; *Schramm/Feuchtmüller*, Vertragsänderungen und Vergaberecht in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 337, 342; *Pünder* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts –

Nachdem bauwirtschaftliche Nachträge typischerweise als im ursprünglichen Vertrag angelegte Änderungen anzusehen sind, welche zur Erreichung des Leistungszieles erforderlich sind, begründen diese regelmäßig keine Neuausschreibungspflicht.³⁵¹ Die Grenze ist jedoch dort erreicht, wo über den Weg der Vertragsanpassung eine inhaltlich verfehlte Ausschreibung saniert oder die Bestimmungen des Vergaberechts umgangen werden sollen.³⁵²

b. Interkommunale Zusammenarbeit

Dabei handelt es sich um Kooperationen zwischen unterschiedlichen öffentlichen Stellen, weshalb sich hierfür auch der Begriff „Public Public Partnership“ entwickelt hat.³⁵³ Auf kommunaler Ebene sind in der Fülle an Gestaltungsmöglichkeiten insbesondere die Gründung eines Gemeindeverbandes, die Errichtung einer gemeinsamen Kapitalgesellschaft (an welcher ausschließlich die kooperierenden öffentlichen Stellen beteiligt sind) sowie die Übertragung nicht hoheitlicher Aufgaben im Wege eines zivilrechtlichen Vertrages auf eine andere Körperschaft (oder eine deren Einrichtungen) denkbar.³⁵⁴

Auf Grund der Ausnahmebestimmung für die Inhouse-Vergabe (siehe II.H.1) ist eine nicht dem Vergaberecht unterliegende Beauftragung einer derartigen Gesellschaft durch eine öffentliche Stelle, welche zugleich Gesellschafter dieser ist, dann möglich, wenn es sich bei allen Gesellschaftern um öffentliche Stellen handelt, welche über die Gesellschaft (gemeinsam) eine Kontrolle ausüben, wie über ihre eigenen Dienststellen und diese ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die öffentlichen Stellen erbringt.³⁵⁵

Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 3, Rz 43; aA *Jaeger*, Vertragsänderungen und Vergaberecht, EuZW 2008/16, 492, 493.

³⁵⁰ OLG Rostock 05.02.2003, 17 Verg 14/02 (Forschungsschiff II) = VergabeR 2003, 321;

OLG Celle 05.09.2002, 13 Verg 9/02 (Wesertunnel) = VergabeR 2003, 91; *Probst*, Zum Begriff „Vergabe eines Auftrags“ und zur Zulässigkeit der Änderung von Verträgen, ELR 7-8/2008, 242, 247.

³⁵¹ *Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil II), ZVB 2005/56; *Franke/Stoye* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, VOB-Kommentar⁴ (2011), § 1a VOB/A, Rz 62.

³⁵² *Schramm/Feuchtmüller*, Vertragsänderungen und Vergaberecht in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 337, 344.

³⁵³ *Lutz/Hochedlinger* in *König/Streit*, Das neue Vergaberecht (2008), 8.6.

³⁵⁴ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 96; *Lutz/Hochedlinger* in *König/Streit*, Das neue Vergaberecht (2008), 8.6; *Matschek*, Interkommunale Zusammenarbeit (2011), 28.

³⁵⁵ EuGH 13.11.2008, Rs C-324/07 (Coditel), Rz 50; *Müller*, Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der Inhouse-Vergabe?, ZVB 2007/49, 203.

Sofern es jedoch zu einer vertraglichen Kooperation mit einer Einrichtung einer anderen Gebietskörperschaft ohne der Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft oder eines Verbandes kommt – und daher nie die Kontrolle, wie über eine eigene Dienststelle ausgeübt werden kann (horizontale Kooperation)³⁵⁶ – ist dieses Vertragsverhältnis grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst.³⁵⁷

Im Falle einer derartigen (rein vertraglichen) interkommunalen Kooperation, welche jedoch zur Wahrnehmung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe dient, hat der EuGH in der Rs *Stadtreinigung Hamburg*³⁵⁸ klargestellt, dass das (für das Vorliegen einer Inhouse-Vergabe erforderliche) Kriterium der gemeinsamen Kontrolle über den, die Leistung erbringenden, Vertragspartner nicht gegeben sein muss, sodass die Leistungserbringung im Wege eines zivilrechtlichen Vertrages ohne vorheriger Ausschreibung vereinbart werden kann.³⁵⁹

Während es im gegenständlichen Fall um die Abfallentsorgung ging, ließ der EuGH jedoch offen, welche anderen Tätigkeiten unter „öffentliche Aufgaben“³⁶⁰ zu subsumieren sind. Es ist jedoch davon auszugehen, dass unter diesen unscharfen Begriff³⁶¹ auch andere kommunale Versorgungsleistungen,³⁶² welche den Kernbereich der Daseinsvorsorge betreffen,³⁶³ wie etwa die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung,³⁶⁴ fallen.

³⁵⁶ *Fuchs/Holzinger*, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht – EuGH stellt Weichen neu, RFG 2010/15, 63.

³⁵⁷ *Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner*, Kurzkommentar Bundesvergabegesetz 2006 (2010), 273; *Kahl*, Die Metamorphose der kommunalen Daseinsvorsorge unter dem Einfluss des EU-Rechts in *Kahl* (Hrsg.), Offen in eine gemeinsame Zukunft – FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2012), 161, 181; *Holoubek*, Bringing the State back in? in *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner* (Hrsg.), Staat und Recht in europäischer Perspektive – FS für *Heinz Schäffer* (2006), 257, 267f.

³⁵⁸ EuGH 09.06.2009, Rs C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*).

³⁵⁹ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 204; *Portz*, Der EuGH bewegt sich: Keine Ausschreibung kommunaler Kooperationen nach dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“, VergabeR 2009, 702; *Müller-Wrede*, Interkommunale Kooperation nach dem EuGH-Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 303, 312.

³⁶⁰ Art. 11 Abs. 4 Vergabe-RL-Entw. knüpft ebenso an die Wahrnehmung „öffentlicher Aufgaben“ an. Mit dieser Bestimmung sollen im Wesentlichen die in der Rs *Stadtreinigung Hamburg* (vgl. EuGH 09.06.2009, Rs C-480/06) entwickelten Grundsätze kodifiziert werden (vgl. 14. Erwägungsgrund des Vergabe-RL-Entw. sowie *Feuchtmüller*, Vorschlag der Kommission für neue Vergaberichtlinien, ZVB 2012/30, 96).

³⁶¹ *Kahl*, Die Metamorphose der kommunalen Daseinsvorsorge unter dem Einfluss des EU-Rechts in *Kahl* (Hrsg.), Offen in eine gemeinsame Zukunft – FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2012), 161, 182.

³⁶² *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 98; *Fuchs/Holzinger*, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht – EuGH stellt Weichen neu, RFG 2010/15, 64.

³⁶³ *Müller-Wrede*, Interkommunale Kooperation nach dem EuGH-Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 303, 312.

³⁶⁴ *Portz*, Der EuGH bewegt sich: Keine Ausschreibung kommunaler Kooperationen nach dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“, VergabeR 2009, 702.

I. Gestaltungsmöglichkeiten auf Grund des geschätzten Auftragswertes und der Schwellenwerte

Sofern die Voraussetzungen für den Anwendungsbereich des Vergaberechts dem Grunde nach erfüllt sind, ermöglicht die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes nach den §§ 13ff BVergG die Einordnung des jeweiligen Beschaffungsvorgangs in den Ober- oder Unterschwellenbereich nach § 12 BVergG. Die von der Auftragsart abhängigen Schwellenwerte bilden die Grenze zwischen dem Vergaberegime des „Oberschwellenbereiches“ und des „Unterschwellenbereiches“. Die Unterscheidung ist insofern von Relevanz, als im Unterschwellenbereich nur eine österreichweite und keine EU-weite Bekanntmachung zu erfolgen hat, aus einer größeren Anzahl an (vereinfachten) Verfahrensarten gewählt werden kann, kürzere Fristen einzuhalten sind und Unterschiede im Vergabekontrollverfahren bestehen.³⁶⁵ Die Einordnung eines Beschaffungsvorgangs in den Ober- oder Unterschwellenbereich erweist sich hinsichtlich dessen Abwicklung daher von nicht unwesentlicher Bedeutung und hat zur Folge, dass öffentliche Auftraggeber tendenziell bestrebt sind ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich abzuwickeln.

1. Schwellenwerte

Die Schwellenwerte werden auf Basis der Vergaberichtlinien sowie der hierzu alle zwei Jahre erlassenen Verordnungen der Kommission³⁶⁶ in Euro, exklusive Umsatzsteuer, angegeben und belaufen sich entsprechend § 12 Abs. 1 BVergG für klassische öffentliche Auftraggeber bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen auf EUR 200.000,- bzw. für „zentrale öffentliche Auftraggeber“ iSv Anhang V des BVergG³⁶⁷ auf EUR 130.000,- sowie bei Bauaufträgen generell auf EUR 5.000.000,-.

³⁶⁵ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 262.

³⁶⁶ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht⁴ (2012), 34; zuletzt VO (EU) 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011.

³⁶⁷ Damit sind das Bundeskanzleramt und die Bundesministerien, sowie die Österreichische Forschungs- und Prüfzentrum Arsenal GmbH, die Bundesbeschaffung GmbH und die Bundesrechenzentrum GmbH angesprochen.

Darüber hinaus gibt es im Unterschwellenbereich sog. „Subschwellenwerte“, welche zusätzliche Grenzen für die Auswahl einzelner vereinfachter Verfahrensarten (siehe insbesondere die §§ 37ff BVergG) darstellen.³⁶⁸

2. Auftragswert

a. Allgemeines zur Ermittlung des geschätzten Auftragswertes

Um ermitteln zu können, ob eine Beschaffung nach dem „Regime“ des Oberschwellenbereiches oder Unterschwellenbereiches abzuwickeln ist, hat der öffentliche Auftraggeber vorab den geschätzten Auftragswert zu ermitteln.

Die Grundlage für diese Berechnung bildet gemäß § 13 Abs. 1 BVergG der Gesamtwert der vom Auftraggeber voraussichtlich für die zu beschaffende Leistung ohne Umsatzsteuer zu bezahlen sein wird.³⁶⁹ Dabei ist der geschätzte Wert aller zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen,³⁷⁰ Vertragsverlängerungen³⁷¹ oder Prämien und Zahlungen an Bewerber bzw. Bieter,³⁷² ohne Nebenkosten (wie z.B. Rechtsgeschäftsgebühren) und ohne Preisgleitung³⁷³ zu berücksichtigen. Der geschätzte Auftragswert ist dabei jener Wert, „den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (z.B. durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen

³⁶⁸ Lutz in König/Streit, Das neue Vergaberecht (2008), 4.1; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 265.

³⁶⁹ EuGH 15.03.2012, Rs C-574/10 (Kommission gegen Deutschland), Rz 36.

³⁷⁰ OGH 12.09.2001, 4 Ob 159/01p: „Die Option ist ein Vertrag, durch den eine Partei das Recht erhält, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen. Sie gewährt also ein Gestaltungsrecht. Anders als der Vorvertrag gibt sie nicht bloß ein Recht auf Abschluss eines Hauptvertrages; ihre Ausübung begründet schon unmittelbar die vertraglichen Pflichten.“ Typischerweise werden in diesem Zusammenhang Vertragsverlängerungsoptionen vereinbart (vgl. Müller-Wrede/Kaelble in Müller-Wrede (Hrsg.), Kommentar GWB-Vergaberecht (2009), § 99, Rz 36).

³⁷¹ Budischowsky in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 13, Rz 6.

³⁷² Kropik/Mille/Sachs, Das Vergaberecht in Österreich (2012), 25; Budischowsky in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 13, Rz 10.

³⁷³ Steiner/Windisch, Einführung in das Vergaberecht (2004), 71.

*Leistung veranschlagen würde.*³⁷⁴ Es ist daher von einem, nach objektiven Gesichtspunkten zu ermittelnden Auftragswert auszugehen.³⁷⁵

Die Angemessenheit der Höhe des geschätzten Auftragswertes richtet sich insofern nach den zum Zeitpunkt der Erstellung der Kostenschätzung vorliegenden, auf den Erfahrungswerten und Kostenkennwerten des öffentlichen Auftraggebers beruhenden Preisen, die sich an der Marktlage zu orientieren haben. Der Auftraggeber sollte sich bei der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes an dem von ihm erstellten Leistungsverzeichnis orientieren und alle Positionen entsprechend auspreisen. Bei dieser Vorgehensweise ist jedenfalls nicht a priori davon auszugehen, dass die Kostenschätzung nicht sachgerecht erfolgt wäre. Der Nachweis des Gegenteils bleibt jedoch zulässig, erfordert aber eine entsprechende Beurteilung im Einzelfall.³⁷⁶

Der geschätzte Auftragswert ist vom Auftraggeber gemäß § 13 Abs. 3 BVergG vor der Durchführung des Vergabeverfahrens, also ex ante,³⁷⁷ sachkundig zu ermitteln. Ist der Auftraggeber dazu selbst nicht im Stande, hat er sich entsprechend sachkundiger Dritter zu bedienen.³⁷⁸ Der maßgebliche Zeitpunkt für die Ermittlung ist dabei jener der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den öffentlichen Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung nach § 46 BVergG, bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist es die erste außenwirksame Handlung des öffentlichen Auftraggebers, wie etwa die erste Kontaktaufnahme mit Unternehmern, die der Auftraggeber für die Teilnahme am Vergabeverfahren gewinnen will.³⁷⁹ Rein informelle Erkundigungen des Auftraggebers bei Unternehmern oder ausschließlich organisationsinterne Handlungen (Einsetzen eines Projektteams, Planung des Ablaufes eines Verfahrens, etc.) sind hingegen noch keine Maßnahmen, welche als verfahrenseinleitende Handlungen zu qualifizieren sind.³⁸⁰

³⁷⁴ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 34f; BVA 01.03.2000, N-52/99-22 = *Sachs/Hahnl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 2.23.

³⁷⁵ *Kaufmann/Schnabl*, Vergaberecht in der Praxis² (2006), 32; OLG Düsseldorf 08.05.2002, Verg 5/02 (Abschleppdienst) = VergabeR 2002, 665; BVA 04.12.1997, F-10/97-14.

³⁷⁶ BVA 10.05.2007, N/0007-BVA/15/2007-67; *Prünster*, Zur sachgerechten Ermittlung und zur Angemessenheit der Höhe des geschätzten Auftragswertes, ZVB 2007/59, 252.

³⁷⁷ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht² (2012), 101; *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht⁴ (2012), 35; BVA 13.11.1998, N-36/98-10 = *Sachs/Hahnl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 2.19.

³⁷⁸ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 35.

³⁷⁹ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 270.

³⁸⁰ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 35.

Wurden vom öffentlichen Auftraggeber die Vorschriften zur Ermittlung des geschätzten Auftragswertes eingehalten und stellt sich im Zuge des Vergabeverfahrens dann später heraus, dass dieser von den angebotenen Preisen abweicht,³⁸¹ so schadet dies dem Vergabeverfahren grundsätzlich nicht.³⁸²

b. Berechnung des geschätzten Auftragswertes

aa. Bauaufträge

Den Ausgangspunkt für die Ermittlung des Auftragswertes bilden grundsätzlich die „Herstellungskosten“³⁸³ für die vergabegegenständliche Bauleistung.³⁸⁴ Nach § 14 Abs. 2 BVergG sind dabei neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch die, für die Ausführung der Bauleistung erforderlichen Waren oder Dienstleistungen einzubeziehen, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Dementsprechend sind etwa die dem Auftragnehmer zur Arbeitsausführung zur Verfügung gestellten Ausrüstungen (z.B. Kräne oder LKW) bei der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes zu berücksichtigen.³⁸⁵ Demgegenüber sind die Kosten für den Grundstückserwerb sowie für die Aufschließung nicht in Ansatz zu bringen.³⁸⁶

bb. Lieferaufträge

Bei zeitlich befristeten Lieferaufträgen ist nach § 15 Abs. 1 BVergG der geschätzte Auftragswert anhand der gesamten Entgeltleistung während der Vertragsdauer zu ermitteln. Handelt es sich um unbefristete Verträge oder solche mit unklarer Vertragsdauer, ist das 48-fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgelts anzusetzen. Liegen hingegen

³⁸¹ *Sachs/Trettnak-Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht – Leitfaden für Länder und Gemeinden³ (2012), 20; BVA 16.06.2000, F-18/98 = bbl 2000/150 (Abweichung von 5 Prozent der Auftragssumme vom geschätzten Auftragswert); BVA 10.05.2007, N/0007-BVA/15/2007-67 (Abweichung in Höhe von 40 Prozent des geschätzten Auftragswertes vom arithmetischen Mittel der abgegebenen Angebote).

³⁸² *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 273; *Budischowsky* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 13, Rz 18; BVA 24.10.1997, N-20/97-12.

³⁸³ Die „Herstellungskosten“ umfassen nach § 8 Abs. 1 HOA 2002 sämtliche Kosten (ohne Umsatzsteuer), die zur Fertigstellung des Bauwerks (ohne Innenraumgestaltung) aufzuwenden sind, abzüglich der Kosten des Grunderwerbes sowie der Honorare und Nebenkosten der Ziviltechniker und sonstigen fachlich Beteiligten (Sonderfachleute).

³⁸⁴ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006), 74.

³⁸⁵ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 35.

³⁸⁶ BVA 26.08.2009, N/0066-BVA/09/2009-55; *Elsner*, Bundesvergabegesetz³ (2010), Rz 53.

regelmäßig wiederkehrende Aufträge vor, so wird gemäß § 15 Abs. 2 BVergG der geschätzte Auftragswert durch den tatsächlichen Gesamtwert der Aufträge im abgelaufenen Finanz- bzw. Haushaltsjahr oder innerhalb der letzten zwölf Monate oder alternativ dazu, durch den geschätzten Gesamtwert der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate bzw. das auf die erste Lieferung folgende Finanz- bzw. Haushaltsjahr, ermittelt.

cc. Dienstleistungsaufträge

Für Dienstleistungsaufträge, welche einer Gesamtpreisbildung nicht zugänglich sind, entspricht der geschätzte Auftragswert nach § 16 Abs. 2 Z 1 BVergG, bei bis zu 48 Monaten befristeten Verträgen, dem geschätzten Gesamtwert der Leistungen für die Laufzeit des Vertrages. Bei Verträgen mit einer über 48 Monate hinausgehenden Laufzeit oder unbefristeten Verträgen ist gemäß § 16 Abs. 2 Z 1 BVergG das 48-fache des zu leistenden Monatsentgelts anzusetzen. Bei Versicherungsleistungen sind die Versicherungsprämie und sonstige Entgelte, bei Bankdienstleistungen, die entsprechenden Entgelte und bei Planungsleistungen, die Honorare und sonstigen Vergütungen, als geschätzter Auftragswert anzusetzen. Bezüglich regelmäßig wiederkehrender Aufträge ist in § 16 Abs. 3 BVergG eine entsprechende Regelung wie bei den Lieferaufträgen vorgesehen.

3. Verbot des Auftragsplittings

Ein sehr nahe liegender Ansatz zur Umgehung des Vergaberechts liegt in der Aufteilung der Leistungsbeschaffung auf einzelne Teilleistungen oder in der unsachlichen Ermittlung des geschätzten Auftragswertes, um so der Anwendbarkeit des Vergaberechts zu entgehen oder „einfachere“ Vergabeverfahren zum Einsatz bringen zu können.³⁸⁷

Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und daher in § 13 Abs. 4 BVergG normiert, dass die Wahl des Berechnungsverfahrens für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes nicht mit dem Ziel erfolgen darf, die Anwendbarkeit des Vergaberechts zu umgehen. Derartigen Intentionen öffentlicher Auftraggeber ebenso gegensteuernd, ist in § 22 Abs. 3 BVergG das Verbot des willkürlichen Auftragsplittings festgelegt.³⁸⁸

³⁸⁷ UVS Steiermark 14.11.2005, 44.15-6/2005.

³⁸⁸ Heid, Umgehungsgeschäfte im Vergaberecht, ecoloex 2000, 640.

In § 22 Abs. 1 BVergG wird andererseits normiert, dass Leistungen grundsätzlich gemeinsam oder getrennt vergeben werden können. Eine getrennte Vergabe kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht sowie nach Menge („Teillose“) oder Art der Leistung im Hinblick auf verschiedene Handwerks- und Gewerbebezüge oder Fachrichtungen („Fachlose“³⁸⁹ bzw. „Gewerke“³⁹⁰) erfolgen.³⁹¹ Für die gesamte oder getrennte Vergabe von Leistungen können wirtschaftliche und/oder technische Gesichtspunkte, wie etwa die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistungsregelung, ins Treffen geführt werden. Es besteht jedoch weder der Grundsatz der ungeteilten Vergabe, noch ein unbedingter gesetzlicher Vorbehalt zu Gunsten einer gewerkweisen Vergabe.³⁹²

a. Einheitliches Beschaffungsvorhaben und losweise Vergabe

Um überhaupt in den Fragenkreis einer losweisen Vergabe kommen zu können, muss die Voraussetzung gegeben sein, dass es sich um ein „einheitliches Beschaffungsvorhaben“ handelt.³⁹³ Darunter ist in Übereinstimmung mit § 57 BHG 2013, ein Vorhaben zu verstehen, welches einen in wirtschaftlicher, rechtlicher oder finanzieller Hinsicht einheitlichen Vorgang zum Gegenstand hat.³⁹⁴ Das Vorhaben umfasst dabei nach § 57 Abs. 2 BHG 2013 alle sich darauf beziehenden sachlich abgrenzbaren und wirtschaftlich zusammengehörigen Leistungen, die in der Regel auf Grund einer einheitlichen Planung erbracht werden. Dementsprechend können etwa Planungs- und Bauleistungen³⁹⁵ oder Planungsleistungen unterschiedlicher Art³⁹⁶ ein einheitliches Vorhaben darstellen, während beispielsweise die Abschnitte eines Bauvorhabens, welche in einem Gesamtkonzept enthalten sind, jedoch in

³⁸⁹ Seidel/Mertens in Dausers, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2 (2012), H. IV., Öffentliches Auftragswesen, Rz 136; Höfler/Ruppmann in Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003), 2. Teil, Rz 124.

³⁹⁰ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 290;

³⁹¹ Gölles/Leißer, Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002 (2003), 21.

³⁹² EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 42; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 30.

³⁹³ Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 22, Rz 10.

³⁹⁴ Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem Begriff des Einzelvorhabens gemäß § 23 BHG 1986, dem die Abgrenzung des Vorhabensbegriff im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesen zugrunde liegt, wobei klargestellt wurde, dass sich der einheitliche Vorgang nur aus wirtschaftlicher, rechtlicher oder finanzieller Sicht ergeben muss und die Kriterien keinesfalls kumulativ vorliegen müssen, um von einem einheitlichen Vorhaben sprechen zu können (vgl. EBRV 480 BlgNR XXIV. GP, 56); Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 286; Gölles in Gölles, Praxisleitfaden Bundesvergabegesetz 2006 (2009), Rz 165.

³⁹⁵ BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29 = ZVB 2004/52 (mit Anm. Sachs).

³⁹⁶ VwGH 08.10.2010, 2007/04/0188.

keinem technischen oder funktionellen Zusammenhang stehen,³⁹⁷ kein einheitliches Vorhaben bilden. Bei der Beurteilung ist darauf abzustellen, ob die Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen.³⁹⁸

Eine getrennte Vergabe in Losen wird insbesondere bei besonders umfangreichen Leistungen, welche über den durchschnittlichen Aufwand bei einer derartigen Beschaffung hinausgehen³⁹⁹ oder bei der Abwicklung eines Gesamtauftrages über mehrere Haushaltsjahre⁴⁰⁰ sinnvoll sein. Die getrennte Vergabe ist ebenso zu begrüßen, wenn es sich um Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebezweige oder Fachrichtungen handelt, wobei damit Leistungen angesprochen sind, welche typischerweise von unterschiedlichen Unternehmen erbracht werden, während berufsspezifische Kategorien nicht maßgebend sind.⁴⁰¹

Die Entscheidung für eine gemeinsame oder getrennte Vergabe einer Leistung liegt im Ermessen des Auftraggebers nach wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkten.⁴⁰² So wurden etwa Gründe des reibungslosen und termingerechten Bauablaufs⁴⁰³ oder einer einheitlichen Verantwortung für Gewährleistungsansprüche⁴⁰⁴ im Falle einer Gesamtvergabe als ausreichende Rechtfertigung angesehen. Die sachliche Rechtfertigung wird hierbei jedoch richtigerweise umso intensiver ausfallen müssen, je stärker der Wettbewerb durch eine derartige Gesamtvergabe eingeschränkt wird.⁴⁰⁵ Die Ermessensübung betrifft nicht nur das „Ob“ einer getrennten Vergabe, sondern auch das „Wie“ der Trennung, also nach welchen Kriterien (z.B. örtliche, zeitliche) oder Mengen bzw. Art diese zu erfolgen hat.⁴⁰⁶

³⁹⁷ BVA 05.12.2002, 17F-24/01-12; EuGH 05.10.2000, Rs C-16/98 (Kommission gegen Frankreich); BVA 08.01.1998, N-35/97-14; BVA 13.07.1998, N-18/98-16; BVA 04.11.2002, 17N-61/02-5; BVA 12.06.2001, F-3/99-20 = *Sachs/Hahl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 1.49.

³⁹⁸ EuGH 15.03.2012, Rs C-574/10 (Kommission gegen Deutschland), Rz 45.

³⁹⁹ BVA 10.06.1998, N-4/98-17.

⁴⁰⁰ EuGH 15.03.2012, Rs C-574/10 (Kommission gegen Deutschland), Rz 46.

⁴⁰¹ *Stickler/Zellhofer* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 22, Rz 11.

⁴⁰² BVA 22.12.2009, 03F-33/98-62 = ZVB 2010, 153 (mit Anm. *Hackl*); VwGH 24.02.2006, 2004/04/0083; BVA 28.01.2002, N-127/01-29; *Rindler/de Waal*, Zur Zusammenrechnung und Aufteilung („Splitting“) von Planungsleistungen, RPA 2011/1, 12; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 30.

⁴⁰³ BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29 = ZVB 2004/52 (mit Anm. *Sachs*); BVA 22.12.2009, 03F-33/98-62 = ZVB 2010, 153 (mit Anm. *Hackl*).

⁴⁰⁴ VKS Wien 30.10.2008, VKS-7550/08 und VKS-7552/08; BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29 = ZVB 2004/52 (mit Anm. *Sachs*); BVA 28.01.2002, N-127/01-29.

⁴⁰⁵ *Madl*, VKS Wien: Gesamtvergabe auch bei erheblicher Einschränkung des potentiellen Bieterkreises zulässig, RPA 2010, 286, 289f.

⁴⁰⁶ *Stickler/Zellhofer* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 22, Rz 6.

In § 22 Abs. 3 BVergG wird normiert, dass die Wahl zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrages oder die Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen darf, die Anwendung des Vergaberechts zu umgehen. Dieses Umgehungsverbot bezieht sich sowohl auf das willkürliche „Trennen“ von zusammengehörigen Aufträgen (z.B. zur Unterschreitung der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte, um einem EU-weiten Vergabeverfahren zu entgehen), aber auch auf das willkürliche „Koppeln“ von nicht zusammengehörigen Aufträgen (z.B. das Zusammenziehen von „ausgenommenen“ Aufträgen mit „nicht ausgenommenen“ Aufträgen) mit dem Ziel, dem Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts zu entgehen.⁴⁰⁷ Damit soll verhindert werden, dass der Auftraggeber durch willkürliche oder unsachliche Trennung von Leistungsteilen, also in nicht objektiv begründbarer Art und Weise,⁴⁰⁸ bestimmte Bieter oder Bietergruppen durch, auf bestimmte Bieter zugeschnittene Leistungspakete, bevorzugt.⁴⁰⁹

Darüber hinaus darf durch ein derartiges „Splitting“ auch im Unterschwellenbereich keine Umgehung der Vergabevorschriften, mit der Folge, dass Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln, wie insbesondere der Direktvergabe, gewählt werden können, ermöglicht werden.⁴¹⁰ Das Verbot des „Auftragssplittings“ gilt daher für jede Form der Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann.⁴¹¹

b. Kleinlosregelung

Eine Möglichkeit zur zulässigen „Aufteilung“ von Beschaffungsvorgängen bildet die Inanspruchnahme der Kleinlosregelung, welche sowohl bei Bau-, als auch Liefer- und Dienstleistungsaufträgen möglich ist.

aa. Bauaufträge

Hat sich ein öffentlicher Auftraggeber für eine getrennte Vergabe einer Bauleistung in mehreren Losen entschieden, so ist gemäß § 14 Abs. 1 BVergG als geschätzter Auftragswert

⁴⁰⁷ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 10; EBRV 127 BlgNR XXIII. GP, 5; Höfler/Ruppmann in Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003), 2. Teil, Rz 125.

⁴⁰⁸ VwGH 08.10.2010, 2007/04/0188.

⁴⁰⁹ Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 22, Rz 1.

⁴¹⁰ BVA 02.10.2012, F/0009-BVA/03/2012-17 = ZVB 2012/135 (mit Anm. Gruber).

⁴¹¹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 35.

der geschätzte Gesamtwert all dieser Lose für die Einordnung des Beschaffungsvorganges in den Ober- oder Unterschwellenbereich heranzuziehen.

Wenn der kumulierte Wert der Lose den Schwellenwert für Bauaufträge erreicht oder übersteigt, sind gemäß § 14 Abs. 3 BVergG die Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich grundsätzlich für die Vergabe aller Lose anzuwenden. Dies gilt jedoch nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert einzeln jeweils weniger als EUR 1.000.000,- beträgt und der kumulierte Wert dieser vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 Prozent des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich. Die Auswahl der Lose obliegt – sofern mehrere in Betracht kommen – dem öffentlichen Auftraggeber.⁴¹²

Wird der Schwellenwert für Bauaufträge durch den kumulierten Wert der Lose nicht erreicht oder überstiegen, gelten nach § 14 Abs. 4 BVergG die Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Für die Wahl des jeweiligen Vergabeverfahrens gilt als geschätzter Auftragswert der geschätzte Auftragswert des einzelnen Loses.

bb. Liefer- und Dienstleistungsaufträge

Wenn eine Lieferung aus der Beschaffung gleichartiger Lieferleistungen oder eine Dienstleistung aus der Erbringung gleichartiger Dienstleistungen in mehreren Losen besteht, so ist gemäß § 15 Abs. 3 BVergG bzw. § 16 Abs. 4 BVergG als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert all dieser Lose anzusetzen.

Von „gleichartigen Lieferleistungen“ ist dann auszugehen, wenn von einem einheitlichen Bieterkreis nach gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen, Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im Wesentlichen einheitlichen Verwendungszweck dienen.⁴¹³

⁴¹² *Gölles/Leißer*, Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002 (2003), 21.

⁴¹³ BVA 28.12.1995, N-12/95-10 = *Sachs/Hahn*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 2.1 im Zusammenhang mit Arbeitsmäntel, Arbeitsjacken, Latzhosen und Bundhosen bejahend; ebenso zustimmend BVA 21.03.1996, F-13/95-15 = *Sachs/Hahn*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 2.3 hinsichtlich Bürodrehsessel mit und ohne Armlehne.

Das Begriffspaar des „einheitlichen Bieterkreises“ und des „einheitlichen Verwendungszweckes“ ist eng auszulegen.⁴¹⁴

Wird der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge durch den kumulierten Wert der Lose erreicht oder überstiegen, so gelten gemäß § 15 Abs. 4 BVergG bzw. § 16 Abs. 5 BVergG die Bestimmungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt jedoch nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert einzeln jeweils weniger als EUR 80.000,- beträgt und der kumulierte Wert dieser vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 Prozent des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich.

Wenn der kumulierte Wert der Lose den Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge nicht erreicht, so gelten nach § 15 Abs. 5 bzw. § 16 Abs. 6 BVergG die Bestimmungen des Unterschwellenbereiches für die Vergabe aller Lose. Jene Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als EUR 50.000,- beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 40 Prozent des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt.

⁴¹⁴ B-VKK 23.11.1995, S-26/95 = wbl 1996/377 (mit Anm. *Grussmann*).

III. Anwendbarkeit des Vergaberechts bei der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte

Nach § 4 Z 3 BVergG⁴¹⁵ sind „*entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt*“, als Bauaufträge zu qualifizieren. Diese dritte Alternative des Bauauftragsbegriffs setzt Art. 1 Abs. 2 lit. b der Vergabe-RL inhaltskonform um.⁴¹⁶

A. Normzweck

Mit dieser Regelung werden sämtliche – im Einzelnen sehr unterschiedlich ausgeprägte – Gestaltungsformen von Verträgen erfasst,⁴¹⁷ bei welchen der öffentliche Auftraggeber die Bauherrenfunktion (zumindest vordergründig) an Dritte überträgt und somit nicht selbst in Erscheinung tritt,⁴¹⁸ sodass auch der mittelbare Erwerb von Bauleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber dem Vergaberecht unterliegt.⁴¹⁹ Der Gesetzgeber hatte dabei Bauträger-, Mietkauf- oder Leasingverträge vor Augen, bei welchen der öffentliche Auftraggeber nicht selbst baut, sondern für seine Zwecke (und nach seinen Vorgaben) bauen lässt.⁴²⁰

⁴¹⁵ Die inhaltsgleichen Vorgängerbestimmungen sind in § 1 Abs. 2 Z 3 BVergG 1993, § 2 Abs. 1 Z 3 BVergG 1997 und § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 zu finden.

⁴¹⁶ Art. 2 Abs. 8 lit. c Vergabe-RL-Entw. sieht demgegenüber vor, dass die „*Ausführung eines Bauvorhabens – gleichgültig mit welchen Mitteln – gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber, der einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat, genannten Erfordernissen*“ als Bauauftrag zu betrachten ist. Neben der Frage, was unter „*Erfordernissen*“ zu verstehen ist, tritt in dieser Definition auch noch das unbestimmte Tatbestandselement hinzu, dass der Auftraggeber „*entscheidenden Einfluss*“ auf die Art und die Planung des Vorhabens ausübt.

⁴¹⁷ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 46.

⁴¹⁸ Müller-Wrede in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), VOB/A, § 1a, Rz 47; Boesen, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 137.

⁴¹⁹ Mecenovic, Private Auftraggeber im Vergaberecht – Ein Beitrag zur Auslegung des Begriffs „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte“, wbl 2001, 258; Hailbronner in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99GWB, Rz 485; Seidel, Zur Wandlung des Begriffsinhaltes „öffentlicher Auftraggeber“ im EG-Vergaberecht vom institutionellen zum funktionalen Begriff sowie zu aktuellen Anwendungsfragen des erweiterten Begriffs in Doerry/Watzke (Hrsg.), FS für Wolfgang Heiermann (1995), 293, 299.

⁴²⁰ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 27; Grünbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vom 27.01.2011, KOM (2011), 15 endgültig, 8.

Dies ist insbesondere unter Berücksichtigung der Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG zu betrachten, wonach Dienstleistungsaufträge zur Beschaffung von Grundstücken und bestehenden Immobilien mangels Wettbewerbssituation⁴²¹ nicht dem Vergaberecht unterliegen (siehe IV). Um Umgehungsstrukturen⁴²² – im Wege der Errichtung eines Bauwerks durch ein privates Unternehmen und anschließender vergabefreier Übertragung auf den öffentlichen Auftraggeber⁴²³ – vorzubeugen und sämtliche von öffentlichen Auftraggebern in Betracht gezogene Vertragskonstellationen einzubeziehen, soll daher der vergaberechtliche Anwendungsbereich des § 4 Z 3 BVergG und die damit grundsätzlich verbundene Ausschreibungspflicht so weit wie möglich gefasst sein.⁴²⁴ Die praktische Wirksamkeit der sekundärrechtlichen Vergabevorschriften darf in keinem Falle – insbesondere in solchen, welche Besonderheiten auf Grund nationaler Rechtsvorschriften aufweisen, wie etwa die Möglichkeit der Errichtung von Erschließungsanlagen für die öffentliche Hand an Stelle der Entrichtung von Erschließungsbeiträgen⁴²⁵ – beeinträchtigt werden.

Die Norm erweitert insofern den Anwendungsbereich für öffentliche Bauaufträge,⁴²⁶ indem sie die ansonst als Dienstleistungsauftrag zu qualifizierenden Leistungen zur Verschaffung einer Immobilie für den öffentlichen Auftraggeber, welche entsprechend der Ausnahmebestimmung nach § 10 Z 8 BVergG vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind, bei der Definition als Bauauftrag einbezieht.⁴²⁷ Der Bestimmung kommt insofern die Funktion eines Auffangtatbestandes zu,⁴²⁸ um Umgehungsstrukturen zu verhindern.⁴²⁹

Die subjektive Umgehungsabsicht des öffentlichen Auftraggebers, das Vertragswerk gezielt so zu gestalten, um aus den Anwendungsbereich des Vergaberechts zu fallen, ist für das

⁴²¹ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 476.

⁴²² *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 714; *Schramm*, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP III (2006), 167, 176; *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 137.

⁴²³ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 2101.

⁴²⁴ Leitfaden der Europäischen Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen (1997), 12.

⁴²⁵ EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 55.

⁴²⁶ *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 135.

⁴²⁷ *Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement (1996), 129.

⁴²⁸ *Ganske* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 98.

⁴²⁹ *Marx* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 28; *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht: GWB⁴ (2007), § 99, Rz 101.

Vorliegen einer Umgehungshandlung nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, dass das Umgehungsgeschäft objektiv den Sinn und Zweck der umgangenen Norm vereiteln möchte.⁴³⁰ Es bedarf insofern nicht eines auf die Umgehung des Vergaberechts gerichteten Willens des öffentlichen Auftraggebers. Auf die gewählte Gestaltung des Umgehungsrechtsgeschäftes sind jene Rechtsnormen anzuwenden, welche auf das in Wahrheit beabsichtigte Geschäft anzuwenden sind,⁴³¹ sodass im gegenständlichen Zusammenhang die Bestimmungen über die Vergabe von Bauaufträgen einzuhalten sind.

B. Erbringung einer Bauleistung

Unter der „Erbringung einer Bauleistung“ sind unter Berücksichtigung des Normzweckes und Bedachtnahme auf andere Sprachfassungen⁴³² nicht bloß einzelne Bauarbeiten, sondern vielmehr die Realisierung von Bauwerken zu verstehen.⁴³³

C. Der „Dritte“ im Beschaffungsvorgang

Die Beifügung der Wortfolge „durch Dritte“ in der deutschen Fassung der Vergabe-RL⁴³⁴ und deren Übernahme ins BVergG hat vor Augen, dass der öffentliche Auftraggeber in diesem Sinne als „Erster“, sein Auftragnehmer, welcher quasi als „Vermittler“ der Leistungen agiert, als „Zweiter“ und dessen Vertragspartner, der die Bauleistungen tatsächlich erbringt, als „Dritter“ tätig werden.⁴³⁵

⁴³⁰ OGH 07.02.1989, 5 Ob 508/89; OGH 28.03.1990, 3 Ob 614/89; OGH 18.01.2011; 4 Ob 218/10b; *Krejci* in *Rummel*, ABGB, Band I³ (2000), § 879, Rz 40; *Apathy/Riedler* in *Schwimann* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 4³ (2006), § 879, Rz 6; *Heid*, Umgehungsgeschäft: Umgehungsabsicht Ja oder Nein?, *ecolex* 1992, 552; OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m; aA OGH 22.04.1999, 6 Ob 108/98w.

⁴³¹ OGH 02.09.1987, 1 Ob 654/87; OGH 21.12.1994, 7 Ob 639/94; OGH 29.04.2003, 5 Ob 9/03i; OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m; BVA 29.12.2011, F/0011-BVA/13/2011-37, F/0012-BVA/13/2011-18 und F/0013-BVA/13/2011-18 unter Bezugnahme auf Gutachten *Aicher*, Rz 36ff = ZVB 2012/44 (mit Anm. *Gruber*).

⁴³² EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 36, 38. Viele Sprachfassungen, wie etwa auch die französische („*ouvrage*“) oder die englische („*works*“) sehen für den zweiten und dritten Fall des Bauauftrages (siehe II.G.1) denselben Begriff als Anknüpfungspunkt für die Ausführung oder Realisierung eines Bauvorhabens vor.

⁴³³ *Hamerl*, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts, ZVB 2010/53, 182; *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Fn 1581.

⁴³⁴ Art. 2 Abs. 8 lit. c Vergabe-RL-Entw. sieht die Wortfolge „durch Dritte“ nicht mehr vor.

⁴³⁵ *Dullinger/Harrer*, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 135.

Die Formulierung „*durch Dritte*“ kommt in anderen Sprachfassungen der Vergabe-RL nicht vor.⁴³⁶ Nach st. Rspr. des EuGH⁴³⁷ ist die abweichende Formulierung in einer Sprachfassung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm nicht als alleinige Grundlage für die Auslegung dieser Bestimmung heranzuziehen. Vielmehr ist auf die allgemeine Systematik und den Zweck der Regelung abzustellen.⁴³⁸

Ob die Bauleistung letztlich (teilweise oder gänzlich) durch den Zweiten selbst oder durch Dritte – im Wege von, in der Baupraxis üblichen, Subunternehmerbeauftragungen⁴³⁹ – durchgeführt wird, ist dabei jedoch nicht entscheidend. Vielmehr ist von Relevanz, ob die Leistungserbringung nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers erfolgt.⁴⁴⁰ Von einer zwingenden Einbeziehung eines Dritten ist nach dem Sinn und Zweck der Regelung daher nicht auszugehen.⁴⁴¹

Andererseits führt die Einschaltung eines „privaten Vermittlers“, etwa in Form eines Bauträgers oder Baubetreuers, der mit der Bauleistungserbringung ohne Bedachtnahme auf die spezifischen Erfordernisse des öffentlichen Auftraggebers tätig wird, daher zutreffenderweise nicht zu einem Bauauftrag iSv § 4 Z 3 BVergG,⁴⁴² sondern – je nach vertraglicher Ausgestaltung und Schwerpunktsetzung – zu einem Bauauftrag nach § 4 Z 1 oder Z 2 BVergG oder einen Dienstleistungsauftrag nach § 6 BVergG.

D. Bauherrenfunktion bei der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte

Der Bauherr ist typischerweise „Herr des gesamten Baugeschehens“ und lässt die Bauleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erstellen. Die Berechtigungen und Verpflichtungen aus den, iZm der Bauführung geschlossenen Verträgen kommen

⁴³⁶ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 37; Die englische Fassung lautet etwa „*the realisation, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority.*“

⁴³⁷ EuGH 27.03.1990, Rs C-372/88 (Cricket St. Thomas), Rz 18; EuGH 12.11.1998, Rs C-149/97 (Institute of the Motor Industry), Rz 16; EuGH 20.11.2001, Rs C-268/99 (Jany), Rz 47; EuGH 19.04.2007, Rs C-455/05 (Velvet & Steel Immobilien), Rz 19; EuGH 09.10.2008, Rs C-239/07 (Sabatauskas), Rz 38; Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), 31.

⁴³⁸ EuGH 09.10.2008, Rs C-239/07 (Sabatauskas), Rz 39; EuGH 09.03.2000, Rs C-437/97 (EKW und Wein & Co), Rz 42; EuGH 01.04.2004, Rs C-1/02 (Borgmann), Rz 25.

⁴³⁹ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 45.

⁴⁴⁰ Schramm, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP III (2006), 167, 176; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 478.

⁴⁴¹ Hamerl, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts, ZVB 2010/53, 182.

⁴⁴² Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 478.

typischerweise ihm zu.⁴⁴³ Die öffentlichen Auftraggeber sind gefordert ihre Bauherrenfunktion aktiv wahrzunehmen und sich nicht auf die Auslagerung dieser auf Dritte zu beschränken.⁴⁴⁴

Die Errichtung einer baulichen Anlage durch den, die erforderliche Baugenehmigung innehabenden privaten Unternehmer im eigenen Namen und anschließende Nutzung durch die öffentliche Hand schließt deren Stellung als öffentlicher Auftraggeber und somit die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf diesen Beschaffungsvorgang jedoch nicht per se aus.⁴⁴⁵ Denn sämtliche Vertragsformen mit denen Aufgaben, die typischerweise von einem Bauherren selbst erbracht werden – wie z.B. auch die Finanzierung oder der Grundstückserwerb – auf einen Unternehmer übertragen werden, sind vom Tatbestand des § 4 Z 3 BVergG umfasst.⁴⁴⁶ Der private Unternehmer wird zwar selbst Bauherr, ist demnach für das gesamte Baugeschehen verantwortlich und hat die Bauleistung auf sein eigenes wirtschaftliches Risiko⁴⁴⁷ zu erbringen,⁴⁴⁸ doch wird das Baugeschehen letztlich vom öffentlichen Auftraggeber durch Vorgabe seiner Erfordernisse in eigentümerähnlicher Weise bestimmt.⁴⁴⁹ Der Private agiert insofern lediglich als „verlängerter Arm“ des öffentlichen Auftraggebers,⁴⁵⁰ sodass es aus vergaberechtlicher Perspektive auch irrelevant ist, ob das Bauwerk vom Auftragnehmer im eigenen oder fremden Namen bzw. auf eigene oder fremde Rechnung errichtet wird.⁴⁵¹ Ebenso ist es nicht von Bedeutung, ob das Grundstück, auf dem die Bauleistungen erbracht werden sollen, im Eigentum des öffentlichen Auftraggebers oder eines Dritten steht.⁴⁵²

⁴⁴³ *Dähne/Schelle*, VOB von A-Z³ (2001), 270f.

⁴⁴⁴ Tätigkeitsbericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2003/5, 20; *Goldeband/Eckel*, Die strategische Ausrichtung des Rechnungshofes als Bund-Länder-Organ und die öffentlichen Auftragsvergaben in der Prüfungspraxis in *Kandlhofer/Seyfried* (Hrsg.), Interne Revision und Vergaberecht (2008), 61, 74.

⁴⁴⁵ EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 95.

⁴⁴⁶ Leitfaden der Europäischen Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen (1997), 12.

⁴⁴⁷ *Bungenberg* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht² (2009), § 99 GWB, Rz 19; *Pünder* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 3, Rz 54; aA *Marx* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 28; VK Lüneburg 20.07.2004, 203-VgK-25/2004 = IBR 2004, 578.

⁴⁴⁸ *Steiner/Windisch*, Einführung in das Vergaberecht (2004), 60; *Kullack* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 99 GWB, Rz 51; *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 138f.

⁴⁴⁹ *Franke/Stoye* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, VOB-Kommentar⁴ (2011), § 1a VOB/A, Rz 63.

⁴⁵⁰ *Heid*, Umgehungsgeschäfte im Vergaberecht, *ecolex* 2000, 640.

⁴⁵¹ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 48.

⁴⁵² *Ganske* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 107; *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 176.

Ob die Bauherrenfunktion infolge der jeweiligen Vertragsgestaltung daher dem öffentlichen Auftraggeber oder dessen Auftragnehmer zukommt, ist für die Beurteilung, ob es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 Z 3 BVergG handelt nicht von Bedeutung.

E. Erfordernisse des Auftraggebers

Die Bauleistung ist „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ zu erbringen, um den Auftrag unter § 4 Z 3 BVergG subsumieren zu können. Es geht dabei um die Frage, ob und in welcher Form der Auftraggeber einen Einfluss auf die Erbringung der Bauleistung ausübt,⁴⁵³ also wie konkret die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers Eingang in die Leistungserbringung des Auftragnehmers finden.⁴⁵⁴

1. Schrifttum zu den „Erfordernissen“

Die Meinungen zur Frage, was unter „Erfordernissen“ zu verstehen ist, divergieren im Schrifttum, sodass nachfolgend eine Darstellung des aktuellen Standes in der österreichischen und deutschen Literatur erfolgt.

a. Österreichischer Meinungsstand

Für *Heid*⁴⁵⁵ steht der Gebäudetypus und die über eine „Standardimmobilie“ hinausgehende Maßschneiderung des Bauwerks auf die Bedürfnisse der öffentlichen Hand sowie der ihr zugerechneten Nutzer im Mittelpunkt der Betrachtung. Demzufolge unterstellt er Bauwerken, wie Schulen, Kindergärten, Gerichten, Krankenhäusern, Gefängnissen, etc., dass diese per se nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers errichtet werden. Dieser Sonder(nutzungs)zweck der Immobilie könne von Privaten nur nach umfangreichen Adaptierungsarbeiten wieder beseitigt werden.

Sofern die Erfordernisse des öffentlichen Auftraggebers jedoch einem „Drittvergleich“ standhalten, also Anforderungen betreffen, wie sie in üblichen Maßen auch von Privaten

⁴⁵³ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 478.

⁴⁵⁴ *Dullinger/Harrer*, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 140.

⁴⁵⁵ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 481.

getroffen werden, ist kein maßgeblicher Einfluss des Auftraggebers gegeben. Es muss nämlich auch der öffentlichen Hand – wie auch Privaten – unbenommen bleiben Wünsche anzubringen, ohne diesfalls gleich dem Vergaberecht zu unterliegen.

Die Beistellung eines Planungswerks („Bestellbau“) sowie die Genehmigung eines solchen, welches die spezifischen Anforderungen des Auftraggebers extensiv umsetzt, sind in der Regel Ausdruck eines maßgeblichen Einflusses des Auftraggebers. Es gehe daher um die Frage, wer die funktionalen sowie allenfalls architektonischen Anforderungen an das Gebäude definiert.

Das Vorliegen einer Bau- und Ausstattungsbeschreibung führt jedoch nur dann zu einem maßgeblichen Einfluss des öffentlichen Auftraggebers wenn diese über das übliche Maß⁴⁵⁶ hinausgeht, weil die Festlegung eines bestimmten Standards durch den zukünftigen Nutzer der Praxis der Immobilienbewirtschaftung entspricht. Ebenso ist ein „drittmarktfähiges“ Raum- und Funktionsprogramm kein Auslöser für das Vorliegen von Erfordernissen iSv § 4 Z 3 BVergG.

Die Qualifikation als „Standardimmobilie“ ist für *Heid*⁴⁵⁷ auch dahingehend von Relevanz, als im Falle der Errichtung einer solchen durch einen privaten „Vermittler“, der öffentliche Auftraggeber „bloß Auslöser“ ist und wertungsmäßig kein Unterschied zur außerhalb des Anwendungsbereiches des Vergaberechts liegenden Beschaffung von bestehenden Immobilien nach § 10 Z 8 BVergG liegt. In diesem Fall ist die „Standardimmobilie“ in funktionaler Sicht vom privaten Bauherren und nicht vom öffentlichen Auftraggeber geprägt. Könnte der Auftraggeber nämlich die Errichtung des Gebäudes abwarten und erst dann einen Kauf- oder Mietvertrag abschließen, würde er von der Vergabefreiheit des Beschaffungsvorgangs profitieren. Es darf seiner Meinung nach daher auch dann nichts anderes gelten, wenn der Auftraggeber aus wirtschaftlichen Überlegungen den Bestandsvertrag bereits vor Errichtung des Objektes unterzeichnet.

Die Auffassung von *Heid* überzeugt mE nicht gänzlich, weil die Frage wer Auslöser für die Verwirklichung eines Bauvorhabens ist, einen entscheidenden Ansatzpunkt für die

⁴⁵⁶ Darunter versteht *Heid* die Festlegung von Anforderungen hinsichtlich der Qualität von Böden, Wänden, Türen, Fenstern, Sanitäreinrichtungen, Beleuchtung, etc.

⁴⁵⁷ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 478.

Einordnung als Bauauftrag liefert, da das Immobilienprojekt andernfalls unter Umständen gar nicht realisiert worden wäre.

In der bloßen Eignung eines Bauwerks als öffentliches Gebäude, das von einem Privaten errichtet und sodann der öffentlichen Hand angeboten wird, erblickt **Egger**⁴⁵⁸ hingegen keinen vergaberechtlich relevanten Anknüpfungspunkt für die Leistungsbeschaffung.

Nach **Dullinger/Harrer**⁴⁵⁹ sind der Umfang und das Ausmaß der vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse und die Einflussmöglichkeiten auf die Beschaffungsvorgänge für die Einordnung als Bauauftrag nach § 4 Z 3 BVergG ausschlaggebend. Dabei sind im Einzelfall die inhaltlichen Einwirkungen auf das Bauvorhaben, etwa durch Planungsmaßnahmen,⁴⁶⁰ die sonstigen Einflussmöglichkeiten, wie jene auf die Beschaffungsvorgänge der Bauleistung auf der „zweiten Stufe“ und die Bedeutung der Bauleistung im Gesamtzusammenhang des Vertrages für die Beurteilung heranzuziehen.⁴⁶¹ Anderenfalls würde es ihrer Ansicht nach dem Normzweck widersprechen, wenn der öffentlichen Hand diese wirtschaftlichen Aktivitäten nur deshalb nicht zugerechnet würden, weil sie sich privatrechtlicher Rechtsformen bedient. Der Auftraggeber könnte in diesem Fall durch Zwischenschaltung eines Privaten ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens seinen Wunschkandidaten mit der Planung und Errichtung des Bauwerks beauftragen.⁴⁶²

Für **Platzer/Öhlinger**⁴⁶³ geht es darum, ob das Objekt ohne der Einflussnahme der öffentlichen Hand überhaupt oder in der vorgesehenen Art und Weise errichtet werden würde, wobei die Zweckbestimmung des zu errichtenden Gebäudes zu berücksichtigen ist. Während bei Schulen, Krankenhäusern oder Gefängnissen typischerweise von hinreichender Einflussnahme auszugehen ist, ist bei Bürogebäuden – bei denen eine Weiterverwendung

⁴⁵⁸ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 715.

⁴⁵⁹ Dullinger/Harrer, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 140.

⁴⁶⁰ so auch Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer, Kommentar Vergaberecht (2012), § 4, 4.

⁴⁶¹ Dullinger/Harrer, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 144.

⁴⁶² Dullinger/Harrer, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 143.

⁴⁶³ Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen² (1998), 36.

ohne den öffentlichen Auftraggeber möglich wäre – auf die konkrete Einflussnahme abzustellen. Sofern sich diese jedoch innerhalb der Grenzen, einer ortsüblichen Einflussnahme durch einen bedeutenden zukünftigen (nicht als öffentlichen Auftraggeber zu qualifizierenden) Nutzer bewegt, wird nicht vom Vorliegen von entsprechenden „Erfordernissen“ auszugehen sein.

Gemäß **Schwartz**⁴⁶⁴ ist ausschlaggebend, ob der öffentliche Auftraggeber für seine Zwecke und nach seinen Vorgaben bauen lässt, wovon allerdings nicht auszugehen ist, wenn die Bauleistung nur der Funktion nach beschrieben ist und keine Vorgaben hinsichtlich der konkreten Gestaltung (insbesondere bezüglich der technischen und baulichen Ausführung) getroffen wurden.

Haunold/Hechtner⁴⁶⁵ gestehen dem öffentlichen Auftraggeber ein beschränktes Mitspracherecht, wie es üblicherweise auch größeren privaten Mietern eingeräumt wird (wie etwa hinsichtlich der Gestaltung der Bodenbeläge) zu, ohne dadurch die Vorgabe von „Erfordernissen“ zu begründen.

Nach **Lutz**⁴⁶⁶ ist die Ausübung eines bedeutenden Einflusses auf die architektonischen und/oder funktionalen Anforderungen eines Gebäudes ausschlaggebend. Beispielhaft führt er dabei die Errichtung oder Sanierung von Schulen, Krankenanstalten oder ähnlichen Bauwerken an.

Für **Hamerl**⁴⁶⁷ müssen sich die Erfordernisse auf das zu errichtende oder umzubauende Objekt und nicht auf politische Zielvorgaben beziehen, wobei alleine durch die Vorgabe eines wirtschaftlichen Zweckes oder einer Zweckwidmung des Bauwerks noch keine Erfordernisse iSd § 4 Z 3 BVergG vorliegen. Soweit die Realisierung eines Projektes jedoch auf die nachhaltige Initiative des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich dessen Umsetzung zurückgeht, ist meistens vom Vorliegen von Erfordernissen auszugehen.

⁴⁶⁴ *Schwartz*, Kurzkommentar Bundesvergabegesetz (2003), § 3 BVergG 2002, Rz 5.

⁴⁶⁵ *Haunold/Hechtner*, Kurzkommentar Wiener Landesvergabegesetz (2000), § 6 WLVerG, Rz 4.

⁴⁶⁶ *Lutz* in *König/Streit*, Das neue Vergaberecht (2008), 3.2.1.

⁴⁶⁷ *Hamerl*, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts, ZVB 2010/53, 183f.

Gemäß **Gölles**⁴⁶⁸ ist die tatsächliche Einflussnahme des öffentlichen Auftraggebers im Planungs- oder Errichtungsstadium auf die Gestaltung des Bauwerks entscheidend. Sofern dieses für die Zwecke und nach den Vorgaben des Auftraggebers „maßgeschneidert“ ist und über Konkretisierungsmaßnahmen in geringem Umfang im Rahmen der Errichtungsfinalisierung (wie etwa der Wahl der Bodenbeläge oder der Wandgestaltungen) hinausgeht, ist vom Vorliegen von Erfordernissen auszugehen. Folgt die Gestaltung hingegen allgemeinen Bedürfnissen von diversen öffentlichen oder privaten Nutzern liegt kein öffentlicher Bauauftrag vor.

In der auftraggeberseitigen Vorgabe eines Raum- und Funktionsprogrammes erblickt **Schramm**⁴⁶⁹ nicht mehr allgemeine Bedürfnisse des Objektnutzers, sondern die Vorgabe von Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers iSd § 4 Z 3 BVergG. Diese können grundsätzlich sowohl die Ausführung der Bauarbeiten, als auch deren Ergebnis, also das Bauwerk an sich, betreffen und daher auch in der Ausübungsbefugnis eines Änderungsrechts begründet liegen.

Schramm/Öhler⁴⁷⁰ stellen lediglich auf die Funktionalität des Vertrages und die Frage, ob dieser die wirtschaftliche und technische Funktion eines Bauvorhabens erfüllt, ab und statuieren, dass Erfordernisse dann vorliegen, wenn die Funktion des Vertrages ein Bauvorhaben ist. Der Einfluss des öffentlichen Auftraggebers auf das Baugeschehen sowie Mitentscheidungs- oder Kontrollbefugnisse, stellen dabei lediglich Subkriterien im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der „Funktion des Vertrages“ dar. Auf welche Weise diese Funktion erreicht wird, ist dabei nicht von Relevanz, sodass es etwa keiner Konkretisierung der Erfordernisse durch Pläne des öffentlichen Auftraggebers bedarf.⁴⁷¹

Das Begriffsverständnis von **Schramm/Öhler** löst sich insofern von der Bedeutung des Wortes „Erfordernisse“ und stellt zur Auslegung des § 4 Z 3 BVergG ausschließlich auf das funktionale Gefüge des Vertrages ab. Andererseits halten die Autoren fest, dass „*die Ermittlung der Erfordernisse eines öffentlichen Auftraggebers [nicht sehr einfach] ist, weil*

⁴⁶⁸ Gölles in Gölles, Praxisleitfaden Bundesvergabegesetz 2006 (2009), Rz 50f; Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar BVergG 2002 (2005), § 3, Rz 26.

⁴⁶⁹ Schramm, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP III (2006), 167, 174.

⁴⁷⁰ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 57.

⁴⁷¹ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 59.

*diese üblicherweise nur mittelbar vorliegen.*⁴⁷² Diese Eingrenzung widerspricht letztlich ihrem aufgestellten Grundsatz, dass lediglich auf die Funktionalität abzustellen sei. Diese ausschließlich funktionale Interpretation des § 4 Z 3 BVergG geht mE zu weit, weil dadurch der Tatbestand obsolet werden würde, nachdem der funktionale Bauauftragsbegriff bereits dem § 4 Z 1 BVergG innewohnt und dadurch keine Abgrenzung zwischen den einzelnen Bauauftragstatbeständen des § 4 BVergG gegeben wäre.

b. Deutscher Meinungsstand

Die mit der österreichischen Regelung vergleichbare Bestimmung findet sich in § 99 Abs. 3 GWB, wonach unter Bauaufträgen auch jene Verträge zu verstehen sind, nach denen eine *„dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommende Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“* erbracht wird.

Der Unterschied zur österreichischen Regelung besteht in der seit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2009 – als Folge der „Ahlhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf⁴⁷³ (siehe III.E.2.c) – aufgenommenen Wortfolge *„unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung“*, wodurch klargestellt werden sollte, dass ein eigener Beschaffungsbedarf beim Auftraggeber vorliegen muss,⁴⁷⁴ also eine unmittelbare wirtschaftliche Zweckverfolgung⁴⁷⁵ gegeben sein muss. Die Verwirklichung einer angestrebten städtebaulichen Entwicklung oder etwa die Umsetzung von kulturellen oder touristischen Zielen sollen hingegen nicht (mehr) ausreichen.⁴⁷⁶

Für *Leinemann*⁴⁷⁷ bildet die Einflussnahme des Auftraggebers durch Vertragsgestaltungen auf die Frage „was gebaut werden soll“, den Anknüpfungspunkt für die Vorgabe von Erfordernissen und somit das Vorliegen eines dem Vergaberecht unterliegenden Bauauftrages.

⁴⁷² Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 60.

⁴⁷³ OLG Düsseldorf 13.06.2007, VII-Verg 2/07 (Fliegerhorst Ahlhorn) = VergabeR 2007, 634.

⁴⁷⁴ Gesetzesbegründung zu § 99 Abs. 3 GWB idF Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009, BT-DRS 16/10117, 18.

⁴⁷⁵ Krist in Glöckner/v.Berg, Fachanwaltskommentar Bau- und Architektenrecht (2011), Teil C/IV, Rz 46.

⁴⁷⁶ Willenbruch in Willenbruch/Wiedekind, Kompaktcommentar Vergaberecht² (2011), § 99 GWB, Rz 6.

⁴⁷⁷ Leinemann, Das neue Vergaberecht (2010), Rz 145.

Nach **Ganske**⁴⁷⁸ ist zum einen auf den Grad der Beschaffungsinitiative des Auftraggebers, also die Frage, ob und in wie weit die Projektverwirklichung ursprünglich auf den öffentlichen Auftraggeber oder auf einen privaten Dritten zurückzuführen ist, sowie zum anderen auf den Grad der unmittelbaren oder mittelbaren Einflussnahme des Auftraggebers („Konkretisierungsdichte“) abzustellen. Ausreichend ist nach seiner Ansicht, wenn der Auftraggeber am Markt mit einem „bestimmten immobilien-spezifischen Beschaffungsbedarf“⁴⁷⁹ samt einem von ihm entwickelten Anforderungsprofil an das Objekt, welches über mieterübliche Belange hinausgeht,⁴⁸⁰ aufgetreten ist. Wenn dem Vertrag demnach beispielsweise eine Mieterbaubeschreibung zu Grunde gelegt wird, die neben rein funktionalen Anforderungen für den Mietgebrauch auch solche an die bauliche Ausgestaltung (insbesondere in architektonischer Hinsicht), in einem nicht unerheblichen Maße enthält, ist vom Vorliegen von „Erfordernissen“ des Auftraggebers auszugehen. Nicht umfasst sind hingegen jene Anforderungen an ein Objekt, welche auf der Anwendung öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften beruhen.⁴⁸¹

Gemäß **Willenbruch**⁴⁸² ist relevant, dass die Bauleistung auf den öffentlichen Auftraggeber als Urheber zurückgeht und dieser Einfluss auf die Bauleistung nehmen kann, wobei es jedoch ausreicht, wenn dieser die von einem Privaten (etwa dem Projektentwickler oder Architekten) erstellten Planungsunterlagen billigt und sich insofern zu Eigen macht. Es kommt also darauf an, dass im Sinne eines „Bestellbaus“ die Vorgabe der Pläne oder deren Genehmigung durch den öffentlichen Auftraggeber zur Erfüllung des Kriteriums „Erfordernisse des Auftraggebers“ führt. Als Bauwerke, die für einen öffentlichen Auftraggeber erstellt werden, kommen insbesondere kommunale Bauten (Schulen, Rathäuser, Schwimmbäder, etc.), Verkehrsbauten, sowie Bauwerke im Verteidigungsbereich in Betracht.

Soweit der Private jedoch einen möglichen Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand lediglich antizipiert und nicht der öffentliche Auftraggeber den Anstoß für die Erstellung des Bauwerks gegeben hat (wobei insbesondere auf den zeitlichen Ablauf Bedacht zu nehmen ist)

⁴⁷⁸ Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 102.

⁴⁷⁹ Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 104.

⁴⁸⁰ Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 105.

⁴⁸¹ Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 105.

⁴⁸² Willenbruch in Willenbruch/Wieddekind, Kompaktkommentar Vergaberecht² (2011), § 99 GWB, Rz 61ff.

ist nach *Wegener*⁴⁸³ nicht vom Vorliegen von, vom Auftraggeber „genannten Erfordernissen“ auszugehen.

Für *Eschenbruch*⁴⁸⁴ ist entscheidend, ob die Realisierung auf der Beschaffungsinitiative des öffentlichen Auftraggebers oder auf der eigenständigen Projektentwicklung eines Privaten beruht. Sofern daher ein Privater auf einen allgemein bekannten Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand reagiert und dieser, die Anmietung einer bereits geplanten Immobilie anbietet, ist nicht vom Vorliegen von Erfordernissen des Auftraggebers auszugehen. Für deren Vorhandensein ist vielmehr ausschlaggebend, dass der öffentliche Auftraggeber am Markt mit einem bestimmten immobilienpezifischen Beschaffungsbedarf samt Anforderungsprofil an das zu errichtende Gebäude auftritt.⁴⁸⁵ Soweit sich dieses jedoch lediglich mit nutzerspezifischen Belangen befasst, wie sie für einen Mieter üblich sind, ist mangels inhaltlicher Konkretisierungsdichte nicht vom Vorliegen entsprechender Erfordernisse auszugehen. Anderes soll gelten, wenn die Mieterbaubeschreibung über rein funktionale Kriterien hinausgeht und auf die bauliche Ausgestaltung, wie insbesondere die Architektur, nicht unerheblichen Einfluss nimmt.⁴⁸⁶

Nach *Zeiss*⁴⁸⁷ liegen dann keine Erfordernisse vor, wenn es sich um allgemeine Vorgaben (wie z.B. die Größe der zu errichtenden Büroflächen oder allgemeine Anforderungen an die EDV- und Telekommunikationsinfrastrukturausstattung) handelt, welche jeder Bauherr an die Bauleistung stellen würde.

Sofern der öffentliche Auftraggeber, auf Grund der von ihm in Betracht gezogenen Nutzung und angestrebten Funktion, die Vorgaben an die Erbringung der Bauleistung und die Anforderungen an das fertig gestellte Objekt festlegt, wird nach *Boesen*⁴⁸⁸ das Bauwerk gemäß den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers errichtet. Dies ist dann der Fall, wenn die Bauleistung nach den Wünschen des Auftraggebers oder nach den von ihm beigestellten oder zumindest gebilligten Plänen erbracht wird.

⁴⁸³ *Wegener* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011), § 99 GWB, Rz 80.

⁴⁸⁴ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 177.

⁴⁸⁵ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 179.

⁴⁸⁶ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 180.

⁴⁸⁷ *Zeiss* in *Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 249.

⁴⁸⁸ *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 141.

Nach **Marx**⁴⁸⁹ liegen „Erfordernisse“ vor, wenn der öffentliche Auftraggeber zumindest „maßgeblichen Einfluss“ auf das Bauvorhaben ausübt, ohne jedoch näher zu spezifizieren wodurch dieser gegeben sein könnte.

Für **Riese**⁴⁹⁰ ist die Interessenlage des öffentlichen Auftraggebers entscheidend, sodass von einem öffentlichen Bauauftrag iSd dritten Alternative dann auszugehen ist, wenn mit der Festlegung von Erfordernissen die gleichen Interessen verfolgt werden, wie bei einem „normalen“ Bauleistungsvertrag.

Gemäß **Höfler/Ruppmann**⁴⁹¹ ist ausschlaggebend, ob der öffentliche Auftraggeber dem Unternehmer seine konkreten Vorgaben und Wünsche in einer Art und Weise vorgeben kann, dass sich dieser einzig und alleine auf dessen Bedürfnisse bei der Erbringung der Bauleistung einzustellen hat. Wenn das Objekt jedoch auch in anderer Weise als durch den öffentlichen Auftraggeber zu nutzen ist, ist nicht von einer Errichtung nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers auszugehen. Dies ist beispielsweise bei einem Verwaltungsgebäude gegeben, welches nicht nur von der öffentlichen Verwaltung, sondern auch von einer Bank oder Versicherung genutzt werden könnte.⁴⁹²

Weyand⁴⁹³ stellt auf den Einfluss des öffentlichen Auftraggebers auf die Baupläne und die Ausführung des Bauwerks ab. Sofern das Objekt nach den sehr detaillierten und deutlich formulierten Spezifikationen – in Form einer exakten Beschreibung des zu errichtenden Gebäudes, seiner Beschaffenheit und Ausstattung – welche über die Vorgaben, die ein Mieter einer neu zu errichtenden Immobilie einer gewissen Größe üblicherweise vorgibt, hinausgeht, ist vom Vorliegen entsprechender Erfordernisse auszugehen. Als Argument gegen eine gezielte Errichtung für einen öffentlichen Auftraggeber kann die Überdimensionierung des Objektes ins Treffen geführt werden. Die Vorgabe von „größenmäßig bestimmten Mietflächen“ und einer „üblichen Ausstattung“, wie etwa einer EDV-Verkabelung im Zuge der Anmietung eines Objektes führt daher noch nicht zum Vorliegen von Erfordernissen. Davon ist jedoch dann auszugehen, wenn es zu zusätzlichen Vorgaben, wie etwa hinsichtlich

⁴⁸⁹ Marx in Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 28.

⁴⁹⁰ Riese, Vergaberecht (1998), 86.

⁴⁹¹ Höfler/Ruppmann in Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003), 2. Teil, Rz 619.

⁴⁹² Höfler/Ruppmann in Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003), 2. Teil, Rz 620.

⁴⁹³ Weyand, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013), § 99 GWB, Rz 178f.

der Fassaden-Architektur, einer differenzierten Ausgestaltung von Boden- oder Wandflächen oder der Ausweisung von Sonderflächen (wie z.B. für eine Cafeteria) kommt.⁴⁹⁴

Für *Müller-Wrede*⁴⁹⁵ ist entscheidend, dass die Bauleistungen gezielt für den öffentlichen Auftraggeber erbracht werden, wobei das Vorliegen einer mit funktionellen Elementen versehenen Leistungsbeschreibung oder einer Raumliste von Seiten des öffentlichen Auftraggebers ausreichend ist, um von Erfordernissen ausgehen zu können. Sofern allerdings lediglich entsprechend den Anforderungen des Marktes gebaut wird, liegt kein Bauauftrag iSd dritten Alternative vor.

2. Rechtsprechung iZm „Erfordernissen“ im Zuge der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte

a. Europäischer Gerichtshof

Der EuGH hat sich in einer Reihe an Entscheidungen mit der Thematik der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte auseinandergesetzt und Ansatzpunkte dafür geliefert, was unter „Erfordernissen“ zu verstehen ist.

aa. Gestion Hotelera Internacional

In der Rs *Gestion Hotelera Internacional* ging es um die Vergabe von Konzessionen für die Einrichtung und den Betrieb eines Spielcasinos, sowie eines Hotels in bestehenden – jedoch zu adaptierenden – Räumlichkeiten, die der Stadt Las Palmas gehörten.⁴⁹⁶ Die Bieter mussten sich unter anderem dazu verpflichten in die Einrichtung zu investieren und die notwendigen Instandsetzungs-, Umbau- und Renovierungsarbeiten an den Einrichtungen durchzuführen.⁴⁹⁷ Die Bieter waren hierzu aufgefordert ihre Teilnahmeanträge, Pläne und Entwürfe mit Angabe aller technischen Daten einschließlich der erforderlichen Ergänzungs- oder

⁴⁹⁴ *Weyand*, Auftragsbauten für einen öffentlichen Auftraggeber: Vergabe nach VOB/A!, IBR 2004, 578.

⁴⁹⁵ *Müller-Wrede/Kaelble* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kommentar GWB-Vergaberecht (2009), § 99, Rz 142.

⁴⁹⁶ EuGH 19.04.1994, Rs C-331/92 (*Gestion Hotelera Internacional*), Rz 3.

⁴⁹⁷ EuGH 19.04.1994, Rs C-331/92 (*Gestion Hotelera Internacional*), Rz 8.

Anpassungsarbeiten für das Spielcasino,⁴⁹⁸ die veranschlagten Kosten sowie Durchführungsfristen für die Arbeiten im Hotel vorzulegen.⁴⁹⁹

Der EuGH führte hierzu aus, dass die vom Auftraggeber erstellten und insofern den Beschaffungsgegenstand beschreibenden Unterlagen „eine Beschreibung des Gegenstands der durchzuführenden Arbeiten weder in Bezug auf die Einrichtung und die Eröffnung des Spielcasinos noch hinsichtlich des Hotelbetriebes enthielten.“⁵⁰⁰ Im Ergebnis hält der EuGH fest, dass die Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand des Vertrages von untergeordneter Bedeutung sind und daher kein Bauauftrag vorliegt.⁵⁰¹

Die Vorgabe von, durch den Auftrag zu erreichenden Zielen durch den öffentlichen Auftraggeber, verbunden mit der Billigung von, vom Auftragnehmer zu erstellenden Plänen, ist nicht als ausreichend für das Vorliegen eines Bauauftrages anzusehen, zumal der Hauptgegenstand des Vertrages nicht auf die Beschaffung einer Bauleistung gerichtet war.

bb. Ordine degli Architetti u.a.

In der Rs *Ordine degli Architetti u.a.* hat die Stadt Mailand mit Bauträgern einen Erschließungsvertrag⁵⁰² abgeschlossen, wonach Letztere im Zuge eines Großbauvorhabens – auf Grund städtebaulicher Planungen – Koordinierungs- Planungs-, Renovierungs- und Umbauarbeiten an bestehenden Gebäudekomplexen, sowie die Errichtung des äußeren Baukörpers eines neuen Theaters (auf einem der Stadt kostenlos zu übereignenden Grundstück) als sekundäre Erschließungsanlage durchführen sollten.⁵⁰³ Die Stadt genehmigte

⁴⁹⁸ EuGH 19.04.1994, Rs C-331/92 (Gestion Hotelera Internacional), Rz 5.

⁴⁹⁹ EuGH 19.04.1994, Rs C-331/92 (Gestion Hotelera Internacional), Rz 8.

⁵⁰⁰ EuGH 19.04.1994, Rs C-331/92 (Gestion Hotelera Internacional), Rz 24.

⁵⁰¹ EuGH 19.04.1994, Rs C-331/92 (Gestion Hotelera Internacional), Rz 26.

⁵⁰² Die einschlägigen italienischen Rechtsvorschriften sehen vor, dass Private im Zuge ihres Antrages auf Erteilung der Baugenehmigung zusätzlich beantragen können, ihnen die unmittelbare Herstellung einer oder mehrerer primärer (darunter fallen beispielsweise Gemeindestraßen, Erholungs- und Parkflächen, die Wasserver- und -entsorgung, die Strom- und Gasversorgung sowie öffentliche Beleuchtungsanlagen und Grünflächen) oder sekundärer (hierzu zählen etwa die Errichtung von Kinderbetreuungsstätten, Schulbauten, Stadtverwaltungsgebäuden, Kirchen und anderen Kultstätten, Sportanlagen, sowie von Einrichtungen für soziale, kulturelle oder gesundheitliche Zwecke) Erschließungsanlagen zu genehmigen, sodass die dafür anfallenden Kosten ganz oder teilweise von dem von ihnen zu entrichtenden Erschließungsbeiträgen in Abzug gebracht werden können. Der diesfalls abzuschließende Vertrag – von dem die Erteilung der Baugenehmigung abhängt – hat vorzusehen, dass die Errichtung der erforderlichen Anlagen durch die Eigentümer zu erfolgen hat.

⁵⁰³ EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 32.

den Vorentwurf für den Theater-Neubau, bestätigte die Errichtung durch die Bauträger und setzte einen Termin für die Fertigstellung der Arbeiten fest.⁵⁰⁴

Der EuGH führt iZm der Frage, ob ein Bauauftrag vorliegt aus, dass die Erschließungsanlagen „Bauwerke [sind], die ihrem Wesen nach eine wirtschaftliche und technische Funktion erfüllen sollen“ und deshalb von der Erbringung von Bauleistungen nach den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, auszugehen ist.⁵⁰⁵

Der EuGH hat in dieser Entscheidung die Entgeltlichkeit des Vertrages auf Grund des, der öffentlichen Stelle zukommenden wirtschaftlichen Vorteils, bejaht. Hinsichtlich der Auftragsvergabe hat er eine wirtschaftliche Betrachtungsweise als Beurteilungsmaßstab herangezogen und auf Grund der mit dem Projekt zu erreichenden Funktion in Kombination mit den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich des Gebäudezwecks, dessen erforderlicher Plangenehmigungen und der Billigung der Durchführungsmodalitäten, das Vorliegen eines Bauauftrages bestätigt. Entscheidend ist für die Qualifikation als Bauauftrag demnach, dass es um die Errichtung eines Bauwerks geht, welches vom öffentlichen Auftraggeber veranlasst wurde.⁵⁰⁶

cc. *Universale-Bau AG*

In der Rs ***Universale-Bau AG*** hat die Stadt Wien der Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH den Betrieb der Hauptkläranlage im Wege eines Pachtvertrages übertragen. Die Gesellschaft verpflichtete sich zudem zum Ausbau von Kanalisationsbauten und zur Erweiterung der Hauptkläranlage im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Die Stadt Wien stellte das für den Betrieb erforderliche Personal zur Verfügung und verpflichtete sich zur Entrichtung eines angemessenen Entgelts, welches einen kostendeckenden Betrieb gewährleisten sollte, sowie zur Abgeltung aller im Zuge des Betriebes und der Investitionen entstehenden Aufwendungen.⁵⁰⁷ Die Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH beantragte die Erteilung der Baugenehmigung für die auf einem Grundstück der Stadt Wien zu errichtende Kläranlagenerweiterung, welche zunächst im Eigentum der Gesellschaft stehen und erst im

⁵⁰⁴ EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 34.

⁵⁰⁵ EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 58f.

⁵⁰⁶ Müller-Wrede, Ausschreibungspflicht öffentlich-rechtlicher Verträge, VergabeR 2001, 380, 391.

⁵⁰⁷ SA GA Alber 08.11.2001, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 14.

Falle der Kündigung des unbefristet abgeschlossenen Pacht- und Betriebsführungsvertrages auf die Stadt Wien, gegen Abgeltung des Zeitwerts, übereignet werden sollte.⁵⁰⁸ Hinsichtlich der Gestaltung der Anlage wurden seitens der Stadt Wien keine spezifischen Anforderungen, ausgenommen der Festlegung, dass die Anlage geeignet sein sollte alle anfallenden Abwässer bis zu 18 m³/sek zu reinigen, getroffen.⁵⁰⁹

Für das Vorliegen eines Bauvertrages spricht nach GA *Alber*, dass es um die Erweiterung einer Einrichtung ging, für deren Funktionieren die Stadt Wien im Rahmen der Daseinsvorsorge verantwortlich ist, was in der Kostenübernahme, der Bereitstellung des erforderlichen Personals, sowie in der Ankaufspflicht im Kündigungsfalle zum Ausdruck gelangt.⁵¹⁰ Demgegenüber führt er ins Treffen, dass neben der Vorgabe der zu erfüllenden Kapazität von 18 m³/sek keinerlei Angaben der Stadt Wien über die konkrete Gestaltung, insbesondere die technische und bauliche Ausführung – etwa durch Vorgabe entsprechender Leistungsbeschreibungen – getroffen wurden und ihr auch in weiterer Folge bei der Vergabe der einzelnen (Sub)Aufträge oder der Formulierung der Lastenhefte keine Mitwirkungsmöglichkeiten offen standen.⁵¹¹ GA *Alber* kommt daher zum Ergebnis, dass im gegenständlichen Fall kein Bau- sondern ein Dienstleistungsvertrag vorliegt, weil eine vertragliche Vereinbarung zur Fortsetzung des bestehenden Dienstleistungsvertrages getroffen wurde, bei welcher die Bauleistung nur der zu erfüllenden Funktion nach beschrieben wurde.⁵¹²

Nach GA *Alber* sind demnach reine Funktionsvorgaben ohne Leistungsbeschreibung und Mitwirkungsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers nicht als „Erfordernisse“ iSd dritten Alternative des Bauauftrages zu beurteilen. Der EuGH hat sich in seiner Entscheidung mit der diesbezüglichen Vorlagefrage leider nicht auseinander gesetzt.⁵¹³

⁵⁰⁸ SA GA *Alber* 08.11.2001, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 16.

⁵⁰⁹ SA GA *Alber* 08.11.2001, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 15, 59.

⁵¹⁰ SA GA *Alber* 08.11.2001, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 59.

⁵¹¹ SA GA *Alber* 08.11.2001, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 60.

⁵¹² SA GA *Alber* 08.11.2001, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 62f.

⁵¹³ EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 64.

dd. Jean Auroux

In der Rs *Jean Auroux* betraute die Stadt Roanne die „SEDL“, eine gemischtwirtschaftliche Stadtentwicklungsgesellschaft, im Wege einer, nach dem französischen Recht vorgesehenen, öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvereinbarung⁵¹⁴ mit der Errichtung eines Freizeitzentrums, bestehend aus Multiplex-Kinos und Geschäftsräumen, welche für die Veräußerung an Dritte bestimmt waren, sowie von öffentlichen Parkplätzen und Wegen, welche nach Baufertigstellung dem öffentlichen Auftraggeber übergeben werden sollten,⁵¹⁵ um „einen gering geschätzten Stadtteil aufzuwerten und den Ausbau des Freizeitangebotes und des Tourismus zu fördern.“⁵¹⁶ Die Gesellschaft war mit umfangreichen Tätigkeiten beauftragt, wozu unter anderem zählte, Grundstücke zu kaufen, ein Auswahlverfahren für Planer zu organisieren, Planungen und Bauarbeiten vornehmen zu lassen, die Finanzierung auf die Beine zu stellen, sowie die Leitung und Koordination des Vorhabens durchzuführen.⁵¹⁷ Die Gesellschaft hatte nach Projektende eine von der Stadt Roanne zu genehmigende Schlussrechnung zu erstellen. Zudem war vereinbart, dass Letztere automatisch Eigentümerin aller bis dahin nicht bestimmungsgemäß an Dritte veräußerten baulichen Anlagen wird⁵¹⁸ und das Verlustrisiko des Projektes übernimmt.⁵¹⁹

Nach den Ausführungen der GA *Kokott* verwirklicht die Gesellschaft das Freizeitzentrum „unter Zuhilfenahme von Bauleistungen dritter Unternehmer nach den von der Stadt Roanne detailliert aufgestellten Erfordernissen sowie unter deren Kontrolle“, da Letzterer die Entwürfe zur Genehmigung vorzulegen waren, diese die Vorlage aller Dokumente verlangen, die Baustelle überwachen und betreten, sowie Einwände geltend machen konnte.⁵²⁰ Darüber hinaus erfülle das Freizeitzentrum, als Ergebnis einer Gesamtheit von Bauarbeiten, angesichts der beabsichtigten Infrastrukturverbesserung, eine wirtschaftliche Funktion.⁵²¹ Die Stadt hat insofern die Verwirklichung des Freizeitzentrums nach ihren Vorgaben in Auftrag gegeben und sich nicht bloß zum Kauf eines fertigen Bauwerks entschlossen.⁵²²

⁵¹⁴ SA GA *Kokott* 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 10.

⁵¹⁵ EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 13.

⁵¹⁶ EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 14.

⁵¹⁷ SA GA *Kokott* 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 11; EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 15.

⁵¹⁸ EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 18.

⁵¹⁹ SA GA *Kokott* 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 13.

⁵²⁰ SA GA *Kokott* 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Fn 23.

⁵²¹ SA GA *Kokott* 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 33.

⁵²² SA GA *Kokott* 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 44.

Der EuGH führt iZm der Frage, ob ein Bauwerk vorliegt, aus, dass dies in Anbetracht der wirtschaftlichen und technischen Funktion des Ergebnisses der ausgeführten Arbeiten zu beurteilen ist. Das Freizeitzentrum soll, entsprechend der zwischen der Stadt Roanne und der Gesellschaft geschlossenen Vereinbarung, wirtschaftlichen Tätigkeiten und Dienstleistungen offen stehen, sodass davon auszugehen ist, dass die Vereinbarung eine wirtschaftliche Funktion erfüllen soll.⁵²³ „Im Übrigen entspricht die Errichtung des Freizeitzentrums den von der Stadt Roanne in der Vereinbarung genannten Bedürfnissen“,⁵²⁴ zumal sich aus mehreren Punkten der Vereinbarung ergibt, dass die Stadt das Bahnhofsviertel aufzuwerten und zu beleben versuchte.⁵²⁵ Im Ergebnis hält der EuGH fest, dass eine Vereinbarung womit die Errichtung eines Bauwerks übertragen wird – unabhängig von den diesbezüglichen Eigentumsverhältnissen – einen öffentlichen Bauauftrag darstellt.⁵²⁶

Sowohl GA *Kokott*⁵²⁷ als auch der EuGH⁵²⁸ knüpfen hinsichtlich des Vorliegens von Erfordernissen an die vertraglich vereinbarten Rechte der Stadt im Zusammenhang mit der Bauführung (Entwurfsgenehmigung, Dokumentenvorlage, Baustellenüberwachung, Möglichkeit zur Erhebung von Einwänden sowie Vorgabe der Bestandteile und Zweck der baulichen Anlage) an und gehen auf Grund dieser, jeweils von einem hinreichenden Grad der Einflussnahme auf das Baugeschehen aus, um von „Erfordernissen“ iSd dritten Alternative des Bauauftrages sprechen zu können.

Dies übersehen *Schramm/Öhler*⁵²⁹ mE, wenn sie – unter expliziter Bezugnahme auf diese Entscheidung – bei der Beurteilung von „Erfordernissen“ lediglich auf die Kriterien des Bauwerks-Begriffs (siehe II.G.1.a) abstellen und ausführen, dass Erfordernisse dann vorliegen, wenn die Funktion des Vertrages ein Bauvorhaben ist. Unzweifelhaft müssen Bauleistungen vorliegen, wozu auch auf die wirtschaftliche und technische Funktion der Leistung abzustellen ist, doch sind damit nicht die Erfordernisse iSd dritten Alternative des Bauauftrages definiert. Diese Betrachtungsweise würde nämlich den Tatbestand des § 4 Z 3 BVergG überflüssig machen, da dann ebenso eine Subsumtion unter § 4 Z 1 BVergG möglich

⁵²³ EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 41f.

⁵²⁴ Der Terminus „Bedürfnisse“ ist in diesem Zusammenhang im Sinne von „Erfordernisse“ zu verstehen (vgl. *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Fn 89).

⁵²⁵ EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 42.

⁵²⁶ EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 47.

⁵²⁷ SA GA *Kokott* 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 33 und Fn 23.

⁵²⁸ EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 41f.

⁵²⁹ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 57.

wäre, was dem Gesetzgeber jedoch nicht zu unterstellen ist. Die Funktion des Vertrages ist vielmehr für die Frage relevant, ob es sich um ein einheitliches Beschaffungsvorhaben handelt und worin der Hauptgegenstand des Vertrages begründet liegt.

ee. Messe Köln

In der Rs *Messe Köln* schloss die Stadt Köln mit der Grundstücksgesellschaft Kölnmesse GmbH einen Vertrag mit der Bezeichnung „Mietvertrag über die Anmietung eines Grundstückes mit vier Messehallen“, worin der Stadt das 30-jährige Nutzungsrecht am Baugrundstück und den darauf zu errichtenden Bauwerken eingeräumt wurde. Für die, von der Gesellschaft zu errichtenden Bauwerke wurde eine Ausführung mindestens mittlerer Art und Güte vereinbart, deren Beschaffenheit durch die Baugenehmigungsplanung der Stadt Köln festgelegt wurde.⁵³⁰

Nach den Schlussanträgen der GA *Trestenjak* lag die Verpflichtung zur Errichtung der Messehallen implizit bereits im „Mietvertrag“ beschlossen, da zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die „vermieteten“ Bauwerke noch vollständig zu errichten waren. Der Vertrag sah nämlich unter anderem Regelungen hinsichtlich der „Ausführung, Ausstattung und Nutzung des Mietobjektes“ vor,⁵³¹ worin detaillierte Bauherrenvorgaben (Angaben hinsichtlich Ausstattung, Größe, Art und Beschaffenheit auf Basis von Plänen sowie Leistungsbeschreibungen und -verzeichnissen)⁵³² für die von der Gesellschaft geschuldete Bauausführung der Messehallen getroffen wurden. Es stand daher „die zügige Errichtung der Messehallen gemäß den von der Stadt Köln genannten Erfordernissen und demnach die Bauleistung der Gesellschaft eindeutig im Vordergrund.“⁵³³ Darüber hinaus sah der Vertrag eine Vorkehrung für den Ausgleich von baulichen Mehr- oder Minderkosten in Folge von Planungsänderungen, auf Grund von Forderungen der Behörden, des Prüfstatikers oder von Ver- und Entsorgungsunternehmen vor, worunter eine – typischerweise im Bauvertrag getroffene – wirtschaftliche Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu verstehen ist.⁵³⁴ Das Hauptziel des Vertrages lag daher nicht so sehr in der Nutzungsüberlassung der zu errichtenden Gebäude auf Zeit, sondern in der Errichtung der

⁵³⁰ EuGH 29.10.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln), Rz 10.

⁵³¹ SA GA *Trestenjak* 04.06.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln), Rz 95, 97.

⁵³² SA GA *Trestenjak* 04.06.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln), Fn 49.

⁵³³ SA GA *Trestenjak* 04.06.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln), Rz 108.

⁵³⁴ SA GA *Trestenjak* 04.06.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln), Rz 114.

Bauwerke, wobei die „Mietkonstruktion“ lediglich zur Finanzierung des Bauvorhabens diente.⁵³⁵

Der EuGH folgte der Auffassung von GA *Trestenjak* und hielt fest, dass der Vertrag nicht die unmittelbare Anmietung von Immobilien zum Ziel haben konnte, da mit deren Bau noch nicht begonnen worden war, weshalb denotwendigerweise nur die Errichtung der betreffenden Bauwerke von den Vertragsparteien zum Vertragsgegenstand erklärt worden sein konnte.⁵³⁶ Der Hauptgegenstand des Vertrages war daher die Errichtung der Bauwerke nach den im Vertrag von der Stadt Köln klar detaillierten Spezifikationen, welche weit über die üblichen Anforderungen eines Mieters an eine Neubau-Immobilie hinausgingen.⁵³⁷ Das Ziel war daher die Errichtung der Messehallen gemäß den Erfordernissen der Stadt Köln.⁵³⁸

Dieser Entscheidung ist insofern beizupflichten, als Gegenstand des Vertrages nicht die Gebrauchsüberlassung, sondern die Erbringung einer Bauleistung wurde, welche von der Stadt Köln veranlasst und inhaltlich determiniert wurde.

ff. Helmut Müller

In der Rs *Helmut Müller* ging es um die Veräußerung einer Liegenschaft durch die (deutsche) Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, welche sich aus städtebaulichen Überlegungen und zur Attraktivitätssteigerung der Stadt Wildeshausen für ein iZm dem Grundstücksverkauf entwickeltes Konzept eines Mitbewerbers der Helmut Müller GmbH entschied.⁵³⁹ Die Stadt Wildeshausen hatte sich die Planungen ebenso wie die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben vorstellen lassen⁵⁴⁰ und sich auch für das Projekt des Mitbewerbers ausgesprochen, sowie ein Bauleitplanverfahren zur Aufstellung eines entsprechenden Bebauungsplanes – unter Hinweis gegenüber der Gesellschaft, dass es ihr vor Abschluss des Verfahrens verwehrt ist, verbindliche Zusagen hinsichtlich der Bebaubarkeit zu treffen – eingeleitet.⁵⁴¹ Danach

⁵³⁵ SA GA *Trestenjak* 04.06.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln), Rz 115.

⁵³⁶ EuGH 29.10.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln), Rz 56.

⁵³⁷ EuGH 29.10.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln), Rz 58.

⁵³⁸ EuGH 29.10.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln), Rz 59.

⁵³⁹ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 19.

⁵⁴⁰ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 18.

⁵⁴¹ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 21.

verkaufte die Bundesanstalt im Einvernehmen mit der Stadt, die Liegenschaft an den Mitbewerber.⁵⁴²

Nach den Schlussanträgen des GA *Mengozzi* ist von der Vergabe eines Bauauftrages nur dann auszugehen, wenn zwischen der öffentlichen Hand und den zu verwirklichenden Arbeiten oder Werken eine „*triftige unmittelbare Verbindung*“ besteht, welche sich regelmäßig daraus ergibt, dass die Arbeiten „*auf Veranlassung der öffentlichen Verwaltung*“ hin realisiert werden.⁵⁴³ Eine derartige unmittelbare Verbindung ist dann anzunehmen, wenn die öffentliche Verwaltung Eigentum oder eine andere Rechtsposition, welche ihr eine entsprechende Verfügungsmöglichkeit einräumt, an der zu erbringenden Leistung erwirbt,⁵⁴⁴ öffentliche Mittel eingesetzt werden,⁵⁴⁵ oder die Leistung auf Grund der Initiative der öffentlichen Verwaltung erbracht wird.⁵⁴⁶ Die Wahrnehmung gewöhnlicher städtebaulicher Befugnisse reicht für das Vorliegen einer unmittelbaren Verbindung jedoch nicht aus,⁵⁴⁷ sodass die von der öffentlichen Verwaltung durchgeführten Genehmigungs- und Bauplanungstätigkeiten nicht als „Erfordernisse“ iSd dritten Alternative des Bauauftragsbegriffs zu werten sind.⁵⁴⁸

Der EuGH führt unter Berufung auf Art 16 lit. a der Vergabe-RL aus, dass der Verkauf eines unbebauten oder bebauten Grundstückes durch eine öffentliche Stelle (hier die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben) keinen Bauauftrag iSd Vergaberechts darstellt.⁵⁴⁹ Zum Verhältnis zwischen der Gesellschaft und der Stadt Wildeshausen hält der EuGH fest, dass die Vergabe-RL die Beschaffung von Leistungen erfasst, an denen der öffentliche Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat, welches dadurch zum Ausdruck gelangen kann, dass der Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung wird, einen Rechtstitel erlangt, der ihm die Verfügbarkeit des Bauwerks sicherstellt oder anderwärtig einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann (finanzielle Beteiligung, Ausfallsrisiko).⁵⁵⁰ Die Beschaffung eines „*gegenständlichen oder körperlichen Objektes*“ ist

⁵⁴² EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 23.

⁵⁴³ SA GA *Mengozzi* 17.11.2009, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 52.

⁵⁴⁴ SA GA *Mengozzi* 17.11.2009, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 55.

⁵⁴⁵ SA GA *Mengozzi* 17.11.2009, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 56.

⁵⁴⁶ SA GA *Mengozzi* 17.11.2009, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 59.

⁵⁴⁷ SA GA *Mengozzi* 17.11.2009, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 61.

⁵⁴⁸ SA GA *Mengozzi* 17.11.2009, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 71.

⁵⁴⁹ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 41ff. Dieser Ausnahmetatbestand wurde in § 10 Z 8 BVergG umgesetzt (siehe hierzu Kapitel IV).

⁵⁵⁰ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 49ff.

indes nicht erforderlich.⁵⁵¹ Die Ausübung von Behördenkompetenzen des öffentlichen Auftraggebers, wie im gegenständlichen Fall die Überprüfung von Plänen, sowie die Wahrnehmung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten hinsichtlich der Verwirklichung des allgemeinen Interesses sind nicht auf die Befriedigung eines derartigen unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses gerichtet⁵⁵² und dementsprechend auch nicht als „Erfordernisse“ des öffentlichen Auftraggebers zu werten.⁵⁵³ Diese würden dann vorliegen, wenn der öffentliche Auftraggeber *„Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf ihre Konzeption auszuüben.“*⁵⁵⁴

Für das Vorliegen von „Erfordernissen“ ist demnach ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Bauleistung erforderlich, welches in unterschiedlicher Ausprägung (Verfügungsgewalt über das Bauwerk, finanzielle Beteiligung, Übernahme des wirtschaftlichen Risikos bei Misserfolg, etc.) gegeben sein kann, während die Wahrnehmung genehmigungsrechtlicher Belange durch die öffentliche Stelle im Rahmen von (bau)behördlichen Bewilligungsverfahren⁵⁵⁵ keine Erfordernisse iSd Vergaberechts determinieren können. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, worin das unmittelbare wirtschaftliche Interesse des öffentlichen Auftraggebers in der Bauführung begründet liegt.⁵⁵⁶ Die bauplanerische Regelungszuständigkeit wird jedenfalls nicht vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst, sodass mE durch Festlegungen in Flächenwidmungs- und Bebauungsplänen, sowie der Erteilung von Auflagen im Rahmen von Baubewilligungsverfahren keine „Erfordernisse“ vorgegeben werden können. Die Bauleistung unterliegt zudem keinem Körperlichkeitsbegriff, deren Erbringung jedoch durch eine einklagbare Verpflichtung durchsetzbar sein muss.

⁵⁵¹ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 54.

⁵⁵² EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 57.

⁵⁵³ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 68.

⁵⁵⁴ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 67.

⁵⁵⁵ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 58; *Tomerius*, Kommunale Flächenentwicklung in öffentlich-privater Partnerschaft und Vergaberecht, ZfBR 2012, 332, 337.

⁵⁵⁶ *Haak*, Jenseits von "Ahlhorn" – die vergaberechtliche Beurteilung kommunaler Grundstücksgeschäfte, VergabeR 2011, 351.

b. Österreichische Judikatur

In der Rs *HBLA Oberwart*⁵⁵⁷ beauftragte das Bundesministerium für Unterricht und Kunst (BMUK) einen Architekten mit der Abwicklung von Adaptierungsarbeiten eines Schulgebäudes. Das Grundstück, auf dem die Arbeiten durchgeführt werden sollten, stand im Eigentum der Republik Österreich. Der Architekt sollte als „Bauherr“ im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig werden und hatte eine vom BMUK vorgegebene Finanzierungshöchstgrenze einzuhalten. Die Ausschreibung der beabsichtigten Auftragsvergabe hinsichtlich der erforderlichen Um- und Zubauarbeiten erfolgte durch den Architekten als „ausschreibende Stelle“ und wurde von diesem veröffentlicht.

Der OGH hat hierzu erwogen, dass für den Fall, dass ein Rechtsträger, der selbst öffentlicher Auftraggeber ist, die Durchführung eines Bauvorhabens – mit welchem eine im allgemeinen Interesse wahrzunehmende Aufgabe nicht gewerblicher Art erfüllt werden soll – einem Dritten in welcher vertraglichen Gestaltung auch immer, überträgt, dieser Rechtsträger selbst, als der (öffentliche) Auftraggeber zu betrachten ist. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers ist nämlich nicht in einem formal-institutionellen, sondern vielmehr in einem erweiterten funktionellen Sinn zu begreifen.

Der OGH stützt sich in seiner Entscheidung auf die von *Platzer/Öhlinger*⁵⁵⁸ getroffene Kategorisierung, wonach die Zweckbestimmung des zu errichtenden Gebäudes bei der Einordnung als öffentlicher Bauauftrag zu berücksichtigen ist und die Herstellung von Zu- und Umbauten an einem öffentlichen (Schul-)Gebäude daher als ein, dem Vergaberecht unterliegender Vorgang zu betrachten ist. Dieser Beurteilung ist mE nicht zu folgen, weil die Zweckbestimmung alleine nicht zur Anwendbarkeit des Vergaberechts führen kann, da diesfalls die Errichtung von privaten Kindergärten, Schulen, Krankenhäusern, etc. stets – und nicht nur im Falle der Subventionierung durch einen öffentlichen Auftraggeber (siehe II.F.4.d) – dem Vergaberecht unterliegen würde.

⁵⁵⁷ BVA 01.08.1995, F-7/95-7 = *Sachs/Hahl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 1.2; OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m = *ecolex* 2000/253 = JBl 2000, 519 = RdW 2000/584.

⁵⁵⁸ *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen² (1998), 36.

In der Rs **Wiener Stadthalle**⁵⁵⁹ hat die Wiener Stadthalle Betriebs- und Veranstaltungs GmbH zur Finanzierung der Erweiterung der Stadthalle eine Leasingvereinbarung mit einer Immobilien Leasing GmbH geschlossen, wonach Letztere Eigentümerin des von ihr zu errichtenden Zubaus wird und diesen an die Wiener Stadthalle GmbH verleast.

Der VKS Wien hat diesbezüglich festgestellt, dass das Bauvorhaben nach den Vorgaben und Erfordernissen der Wiener Stadthalle GmbH als zukünftige Nutzerin durchgeführt wurde, weil diese unter anderem die Planungen samt Leistungsbeschreibungen vorgegeben hatte. Die Immobilien Leasing GmbH plante das Bauvorhaben daher nicht selbstständig, sondern stellte eine „maßgeschneiderte Immobilie“ für die Nutzung durch die Wiener Stadthalle GmbH her. Die Leasingkonstruktion diene insofern lediglich der Finanzierung des Bauaufwandes. Der VKS folgerte daher, dass es nicht angehe durch eine derartige Vertragsgestaltung das Vergaberecht auszuschalten, während es gerade die Zielerreichung des (nunmehrigen) § 4 Z 3 BVergG ist, auch Bauleistungen durch Dritte vom Anwendungsbereich des Vergaberechts zu erfassen.

In der Rs **e-Medikation**⁵⁶⁰ hat das BVA iZm Ausführungen zu vergaberechtlichen Umgehungsverboten, hinsichtlich der Bestimmung des § 4 Z 3 BVergG mE zutreffender Weise festgehalten, dass auch die Suche nach einem Unternehmer, welcher selbst keine Bauleistungen erbringt, sondern nur für das „Entstehenlassen eines Bauwerks“ durch Auftragsvergaben an Dritte verantwortlich zeichnet, als Bauauftrag zu qualifizieren ist. Durch eine derartige Einschaltung Privater (Bauleasinggeber, Baubetreuer) kann der Anwendungsbereich des Vergaberechts daher nicht umgangen werden, weil bereits das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Privaten (also dem „Zweiten“) dem Vergaberecht unterworfen wird, obwohl von Letzterem selbst keine Bauleistungen erbracht werden.

⁵⁵⁹ VKS Wien 05.08.2005, VKS-2298/05 = *Rindler in Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 1, E 35.

⁵⁶⁰ BVA 29.12.2011, F/0011-BVA/13/2011-37, F/0012-BVA/13/2011-18 und F/0013-BVA/13/2011-18 unter Bezugnahme auf Gutachten *Aicher*, Rz 25 = ZVB 2012/44 (mit Anm. *Gruber*).

c. Deutsche Judikatur

In Deutschland hat insbesondere das OLG Düsseldorf eine Reihe an einschlägigen Entscheidungen erlassen, welche zu kontroversiellen Meinungen im Schrifttum und letztlich zur Präzisierung des § 99 Abs. 3 GWB durch den deutschen Gesetzgeber im Wege des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes geführt haben (siehe III.E.1.b).

So hat das OLG Düsseldorf in der Rs *Fliegerhorst Ahlhorn* ausgeführt, dass es für das Vorliegen eines Bauauftrages ausreichend ist, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer mit der Erstellung von Bauwerken entsprechend seiner Erfordernisse beauftragt, ohne dass diese zur Befriedigung eines eigenen Bedarfes des Auftraggebers dienen, diesem also nicht unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen müssen. Die Erreichung städtebaulicher Ziele, mit dem als eine Einheit zu betrachtenden und sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht zusammenhängenden Grundstücksveräußerungs- und städtebaulichen Durchführungsvertrag, ist als ausreichend zu beurteilen. Das OLG Düsseldorf ging daher vom Vorliegen einer Baukonzession aus.⁵⁶¹

In der Rs *Stadt Wuppertal* hat das OLG Düsseldorf einen Grundstücksveräußerungsvertrag mit einer darin enthaltenen Bebauungsverpflichtung, welche im Interesse der Stadt zur Aufwertung eines Stadtteils gelegen war und über die Festsetzungen des vorhandenen Bebauungsplanes hinausging,⁵⁶² als öffentliche Baukonzession beurteilt. Das Gericht hat ausgeführt, dass es für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages unbeachtlich sei, ob der Auftraggeber das Bauwerk selbst nutzen oder es der Allgemeinheit bzw. Dritten zur Verfügung stehen werde. Weiters sei die Qualifikation als Bauauftrag iSd dritten Alternative weder von der Ausgestaltung als Bauauftrag noch von einer Verpflichtung des Auftragnehmers zur Herstellung eines Bauwerks abhängig zu machen. Auf die Frage, ob das Vorliegen eines Bebauungsplanes bereits ausreicht, um von „vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ zu sprechen, geht das OLG hingegen nicht ein.⁵⁶³

⁵⁶¹ OLG Düsseldorf 13.06.2007, VII-Verg 2/07 (Fliegerhorst Ahlhorn) = VergabeR 2007, 634.

⁵⁶² Die Fassaden- und Farbgestaltung sowie Materialwahl sollte mit der Gemeinde abgestimmt und die Vorgaben des städtischen Gestaltungsbeirates umgesetzt werden. Weiters sollten in der gesamten Gebäudetiefe des Erdgeschosses Einzelhandelsnutzungen sowie gastronomische Betriebe angesiedelt werden.

⁵⁶³ OLG Düsseldorf 12.12.2007, VII-Verg 30/07 (Stadt Wuppertal) = VergabeR 2008, 99.

Um einen Grundstücksveräußerungsvertrag, in welchem städtebauliche Pflichten – bei gleichzeitigem Fehlen eines generellen Bebauungsplanes – normiert waren, ging es auch in der Rs **Stadt Oer-Erkenschwick**. Das OLG Düsseldorf führte aus, dass es nicht auf den tatsächlichen Verwendungszweck des Bauwerks ankomme. Für das Vorliegen eines Bauauftrages sei ausreichend, wenn der öffentliche Auftraggeber ein auf die öffentliche Zweckbestimmung zugeschnittenes Bauwerk erstellen lässt, ohne selbst Bauherr sein zu müssen. Das Vorhandensein eines Bebauungsplanes begründet für sich nicht das Vorliegen von „vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“. Der Grundstücksverkaufsvertrag und der Bauauftrag hängen inhaltlich zusammen, sind daher rechtlich in einer Zusammenschau zu beurteilen und als öffentliche Baukonzession einzustufen, da der Auftragnehmer das Recht zur Verwertung der Bauwerke erhält.⁵⁶⁴

Der Judikaturlinie des OLG Düsseldorf folgten im Wesentlichen das OLG Bremen⁵⁶⁵ und das OLG Karlsruhe⁵⁶⁶ sowie die VK Brandenburg,⁵⁶⁷ während das OLG München⁵⁶⁸ sowie die VK Baden-Württemberg⁵⁶⁹ und VK Darmstadt⁵⁷⁰ Zweifel an der eingeschlagenen Rspr. hegten.

Nach der Entscheidung des EuGH in der Rs **Helmut Müller**⁵⁷¹ hat das OLG Düsseldorf in der Rs **Haan**⁵⁷² ausgeführt, dass ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ dann vorliegen kann, wenn eine Gemeinde ein Grundstück unter seinem Wert verkauft und dies insofern zu einer finanziellen Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers am Projekt führt.

Nach der früheren Judikatur des OLG Düsseldorf ist es demnach nicht auf einen eigenen Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers im herkömmlichen Sinn (der öffentliche Auftraggeber wird Eigentümer des Bauwerks oder nutzt dieses selbst) angekommen. Ausreichend war vielmehr, dass das Bauwerk der vom öffentlichen Auftraggeber angestrebten öffentlichen Zweckbestimmung (städtebauliche oder raumordnerische Funktion) dienen

⁵⁶⁴ OLG Düsseldorf 06.02.2008, VII-Verg 37/07 (Stadt Oer-Erkenschwick) = VergabeR 2008, 229.

⁵⁶⁵ OLG Bremen 13.03.2008, Verg 5/07 (Windpark) = VergabeR 2008, 558.

⁵⁶⁶ OLG Karlsruhe 13.06.2008, 15 Verg 3/08 (Lebensmittelverbrauchermarkt) = VergabeR 2008, 826.

⁵⁶⁷ VK Brandenburg 15.02.2008, VK 2/08 = IBR 2008, 228.

⁵⁶⁸ OLG München 04.04.2008, Verg 4/08.

⁵⁶⁹ VK Baden-Württemberg 07.03.2008, 1 VK 1/08.

⁵⁷⁰ VK Hessen 05.03.2008, 69d-VK-06/2008. Der, diesem Verfahren zu Grunde liegende Kaufvertrag enthielt weder eine ausdrückliche Bauverpflichtung, noch Hinweise auf städtebauliche Ziele, welche durch den Verkauf erreicht werden sollten.

⁵⁷¹ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller).

⁵⁷² OLG Düsseldorf 09.06.2010, VII-Verg 9/10 (Haan) = VergabeR 2010, 971.

sollte.⁵⁷³ Diese Judikaturlinie war nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *Helmut Müller*⁵⁷⁴ jedoch nicht mehr haltbar.

3. Eigene Meinung zum „Erfordernis-Begriff“

Der Begriff „Erfordernisse“ ist mE nicht, wie in einer Vielzahl der dargestellten, im Schrifttum vertretenen Meinungen, mit einem rein technischen Begriffsverständnis, das auf die körperliche Beschaffenheit der Bauleistung Bezug nimmt, aufzufassen, sondern in einen umfassenden wirtschaftlich-technisch-rechtlichen Kontext zu stellen. Um von „Erfordernissen“ ausgehen zu können, bedarf es mE der kumulativen Erfüllung nachfolgend beschriebener Kriterien.

a. Rechtsqualität

Bei der Beurteilung der Frage, wann „Erfordernisse“ des öffentlichen Auftraggebers vorliegen, ist zunächst abzuklären, ob Vorgaben im öffentlichen Interesse von Seiten der öffentlichen Stelle, welche auch die Eigenschaften als öffentliche Auftraggeber erfüllt, getroffen werden, deren Grundlage in einer normativen Ermächtigung liegen – und diese insofern in ihrer Behördenfunktion tätig wird – oder es sich um solche handelt, welche von jedem privaten Rechtssubjekt getroffen werden können. Jener, dem öffentlichen Auftraggeber als Behörde zukommender Spielraum bei der Wahrnehmung der Befugnisse unter Berücksichtigung der Ermessensausübung, wie etwa im Rahmen raumordnungsrechtlicher Instrumentarien (Flächenwidmungs- und Bebauungspläne, Schutzzonen, etc.) oder der Erteilung von Auflagen im Rahmen eines baubehördlichen Bewilligungsverfahrens,⁵⁷⁵ begründet daher nicht das Vorliegen von Erfordernissen iSd § 4 Z 3 BVergG.⁵⁷⁶

Es ist daher relevant, ob der öffentliche Auftraggeber in der Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen tätig wird oder nicht. Dementsprechend ist in einer durchsetzbaren

⁵⁷³ *Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig*, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 18.

⁵⁷⁴ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (*Helmut Müller*).

⁵⁷⁵ So sieht etwa § 23 Abs. 2 NÖ BauO vor, dass die Behörde Auflagen, also pflichtbegründende Nebenbestimmungen, in der Erteilung der Baubewilligung aufnehmen kann (vgl. *Pallitsch/Pallitsch/Kleewein*, Niederösterreichisches Baurecht⁸ (2013), 439f).

⁵⁷⁶ So, auch der EuGH in der Rs *Helmut Müller* (vgl. EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08).

vertraglichen Vereinbarung zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und privaten Unternehmen die Erfüllung des ersten Kriteriums des Erfordernis-Begriffes zu erblicken.

b. Ursächlichkeit

Als weiteres Abgrenzungskriterium ist mE die Kausalität des öffentlichen Auftraggebers für das Projekt heranzuziehen. Sofern ein Bauvorhaben nicht auf dessen Initiative oder umfassender Billigung entwickelt oder realisiert wird, sondern vielmehr ein Privater das Projekt vorantreibt und der öffentliche Auftraggeber lediglich seine Meinung zu diesem Vorhaben, wie etwa zum äußeren Erscheinungsbild oder der Anbindung an die vorhandene öffentliche Infrastruktur artikuliert, werden dadurch – selbst wenn der Private Anregungen der öffentlichen Stelle aufgreift – keine Erfordernisse des öffentlichen Auftraggebers festgelegt.

In der Vereinbarung einer langen Nutzungsdauer durch den öffentlichen Auftraggeber kann allerdings ein Indiz für die Ursächlichkeit und daher der Grund für die Projektrealisierung liegen, weil der private Investor ohne die Sicherheit der späteren Nutzung durch den öffentlichen Auftraggeber, das Projekt nicht errichtet hätte.⁵⁷⁷

c. Risikotragung

Darüber hinaus ist auch auf die Tragung des wirtschaftlichen Risikos abzustellen.⁵⁷⁸ Wenn mit dem Engagement des öffentlichen Auftraggebers für ein Bauprojekt, die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos (wie z.B. die zumindest anteilige Kostentragung eines erhöhten Projektaufwandes oder die Haftung im Falle geringerer Verwertungserlöse) verbunden ist, dann nimmt der öffentliche Auftraggeber typischerweise auch eine Funktion im Projekt ein, welche ihn zur aktiven Wahrnehmung seiner Interessen – wie etwa in Form von Plangenehmigungen, Anordnungsbefugnissen, Entscheidungsbefugnissen bei Subvergaben oder dergleichen – veranlasst und daher in diesem speziellen Zusammenhang vom Vorliegen von „Erfordernissen“ auszugehen ist.

⁵⁷⁷ In diesem Sinne ist mE auch die Entscheidung des EuGH in der Rs *Messe Köln* zu verstehen (vgl. EuGH 29.10.2009, Rs C-536/07).

⁵⁷⁸ Vgl. die Entscheidung des EuGH in der Rs *Helmut Müller* (vgl. EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08).

Die bloße Subventionierung eines Projektes ist dabei so lange nicht schädlich als die in § 3 Abs. 2 und Abs. 3 BVergG aufgestellten Grenzen (siehe II.F.4.d) nicht erreicht werden und die Förderung lediglich in der Zuwendung einer Zahlung ohne Übernahme einer Beteiligung oder Haftung liegt und daher keine Projektrisiken – wie etwa Steigerungen der Projektkosten oder Einnahmehausfälle in der Verwertung – vom öffentlichen Auftraggeber übernommen werden.

d. Technische Vorgaben

Die im Schrifttum oftmals angesprochenen Pläne, Bau-, Leistungs- und Ausstattungsbeschreibungen sowie Raum- und Funktionsprogramme stellen auf ein technisches Begriffsverständnis der „Erfordernisse“ ab und sind als viertes Kriterium heranzuziehen. Die technischen Vorgaben alleine, führen jedoch, ohne die Erfüllung der anderen drei Kriterien, nicht zum Vorliegen von Erfordernissen. Es handelt sich bei den eingangs aufgezählten Instrumenten allerdings oftmals um jene Mittel, welche typischerweise Konsequenz des Vorliegens der anderen Kriterien sind. Denn, wenn der öffentliche Auftraggeber ursächlich für das Projekt ist oder ein wirtschaftliches Risiko übernimmt, ist er im Regelfall auch bestrebt einen Einfluss auf die Gestaltung und Ausführung des Bauwerks auszuüben. Die konkrete Vorgabe der Art und Weise der Bauausführung führt daher nicht zwangsläufig – sondern nur im Zusammenspiel mit den anderen Kriterien – zum Vorliegen von Erfordernissen.

Sofern die Leistung dabei im Wege einer funktionalen Leistungsbeschreibung charakterisiert wird, welche lediglich den Effekt, den die Leistung haben soll, beschreibt – wie z.B. nutzbare Bürofläche für Verwaltungszwecke in einem festgelegten Ausmaß und Qualitätsniveau – und der Weg dorthin offen gelassen wird,⁵⁷⁹ also nur die Zielvorstellungen⁵⁸⁰ bzw. die Funktionsanforderungen⁵⁸¹ des öffentlichen Auftraggebers vorgegeben werden, ohne dadurch die Bauleistung im technischen Sinne konkret zu spezifizieren – und insofern kein Unterschied zu Auswahlkriterien für die vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nach § 10 Z 8 BVergG ausgenommene Anschaffung oder Anmietung von bereits bestehenden

⁵⁷⁹ *Sturm*, Die funktionale Ausschreibung nach dem BVergG 2002, ZVB 2002/121, 337.

⁵⁸⁰ UVS Tirol 26.07.2005, 2004/K11/001-24 = *Hörmandinger* in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 96, E 34.

⁵⁸¹ *Pachner/Gruber* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 95, Rz 12.

Immobilien besteht – ist auch nicht von einem hinreichenden technischen Konkretisierungsgrad auszugehen, welcher zum Vorliegen des vierten Erfordernis-Kriteriums führt. Dafür bedarf es vielmehr einer Beschreibung der Leistung, welche über bloße Funktions- und Zielvorstellungen hinausgeht.⁵⁸²

e. „Entscheidender Einfluss“ iSd Vergabe-RL-Entw.

Das in Art. 2 Abs. 8 lit. c Vergabe-RL-Entw. zusätzlich aufgenommene Tatbestandsmerkmal des „entscheidenden Einflusses“ dürfte seinen Eingang in die Definition der dritten Alternative des Bauauftrages der Entscheidung des EuGH in der Rs *Müller*⁵⁸³ zu verdanken haben, da dieser darin den „entscheidenden Einfluss“ auf die Konzeption der Bauleistung als Maßnahme beschreibt, welche geeignet ist „Erfordernisse“ zu begründen. Der EuGH hat damit mE allerdings nur festgehalten, dass der entscheidende Einfluss auf die Konzeption der Bauleistung, eine von mehreren Möglichkeiten ist, dass Erfordernisse gegeben sind und nicht jedenfalls zusätzlich zum Vorliegen von Erfordernissen gegeben sein muss, wie dies allerdings dem Vergabe-RL-Entw. zu entnehmen ist. Dieser zusätzlichen Normierung bedarf es mE daher nicht. Vielmehr kann diese Formulierung zu einem Verständnis führen, dass der Anwendungsbereich des Bauauftrages eingeeengt wurde, da die kumulative Erfüllung des Vorliegens von Erfordernissen und eines entscheidenden Einflusses erforderlich sein muss und daher nicht von einem Bauauftrag auszugehen ist, wenn es an einer der beiden Voraussetzungen mangelt.

F. Mittel für die Leistungserbringung

Die Bauleistung kann „gleichgültig mit welchen Mitteln“ erbracht werden und umfasst daher auch die Einschaltung von Subunternehmer.⁵⁸⁴ Der Auftragnehmer muss entsprechend st. Rspr.⁵⁸⁵ nicht in der Lage sein, die Leistung unmittelbar mit eigenen Mitteln selbst erbringen zu können. Es ist vielmehr als ausreichend anzusehen, wenn er die Planung und

⁵⁸² In diesem Sinne auch GA *Alber* (vgl. SA GA *Alber* 08.11.2001, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG), Rz 62f).

⁵⁸³ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 67.

⁵⁸⁴ SA GA *Kokott* 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 52.

⁵⁸⁵ EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 (Holst Italia SpA), Rz 26; EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 (Ballast Nedam Groep NV gegen Belgischer Staat), Rz 13 und 15; EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 38.

Ausführung der Arbeiten durch Rückgriff auf Subunternehmer sicherstellen kann.⁵⁸⁶ Der Unternehmer muss daher weder die Absicht noch die Mittel haben, die Arbeiten selbst auszuführen, um an einem Vergabeverfahren teilnehmen zu können.⁵⁸⁷ Die gesonderte Festlegung in der dritten Alternative des Bauauftrages, dass die Leistungserbringung „gleichgültig mit welchen Mitteln“ zu erfolgen hat, ist daher nicht erforderlich.

G. Ausschreibungspflicht auf der „zweiten Stufe“

Als „zweite Stufe“ ist das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftragnehmer des öffentlichen Auftraggebers und dessen, die Bauleistung tatsächlich ausführenden, Vertragspartner, also jenes zwischen „Zweiten“ und „Dritten“ zu verstehen.⁵⁸⁸

Sofern der Auftragnehmer (der „Zweite“) selbst öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 BVergG ist, besteht für diesen die Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens für die Beschaffung der Leistung bei „Dritten“.⁵⁸⁹ Ist der Auftragnehmer hingegen ein Privater iSd Vergaberechts, gilt es zu prüfen, ob dieser als „Zweiter“ bei der Auftragsvergabe an den „Dritten“ – wie dies etwa im Anwendungsbereich des Wiener Landesvergabegesetzes sogar ausdrücklich vorgesehen war⁵⁹⁰ – auch die Bestimmungen des BVergG einzuhalten hat.

1. Meinungsstand im Schrifttum

a. Pro Ausschreibungspflicht

Für eine Ausschreibungspflicht auf der zweiten Stufe spricht für **Platzer/Öhlinger**,⁵⁹¹ dass das Bauwerk auch bei Zwischenschaltung eines Privaten, dem öffentlichen Auftraggeber – auf Grund der Ausgestaltung nach dessen Erfordernissen – zurechenbar bleibt und sich der

⁵⁸⁶ EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 90; EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 44; EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 61.

⁵⁸⁷ EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 (Ballast Nedam Groep NV gegen Belgischer Staat), Rz 14.

⁵⁸⁸ *Dullinger/Harrer*, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 135.

⁵⁸⁹ *Dullinger/Harrer*, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 144f.

⁵⁹⁰ Das Wiener Landesvergabegesetz hatte in § 13 vorgesehen, dass bei der Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, diese vertraglich zu verpflichten sind, ihrerseits bei der Vergabe von Aufträgen die Bestimmungen des Vergabegesetzes (ausgenommen der Regelungen über den Rechtsschutz) einzuhalten.

⁵⁹¹ *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen² (1998), 35f.

private „Zweite“ daher wie ein öffentlicher Auftraggeber behandeln lassen muss und zwar unabhängig davon wie das Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten „Zweiten“ ausgestaltet ist.

Eine Ausschreibungspflicht besteht für *Heid*⁵⁹² jedenfalls auf der ersten Stufe und in Folge der Rspr. des OGH⁵⁹³ auch auf der zweiten, sodass bei der Übertragung der Abwicklung eines Bauvorhabens auf einen Privaten, dieser die erforderlichen Bauleistungen wie ein öffentlicher Auftraggeber auszuschreiben hat.

In diese Richtung argumentiert auch *Hailbronner*,⁵⁹⁴ nach dessen Ansicht eine Einbeziehung Privater in das Vergaberecht dann zu erfolgen hat, wenn dieser zwar nicht für Rechnung des öffentlichen Auftraggebers tätig wird, das Gebäude allerdings nach dessen Erfordernissen errichtet.

b. Contra Ausschreibungspflicht

Für *Mecenovic*⁵⁹⁵ hat sich der öffentliche Auftraggeber durch eine ordnungsgemäße Vergabe der Leistungen auf der ersten Stufe aller späteren vergaberechtlichen Pflichten entledigt, sodass die Vergabe der Professionistenaufträge auf der zweiten Stufe durch den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers außerhalb des Anwendungsbereiches des BVergG erfolgen kann.

Diese Ansicht teilt auch *Holly*⁵⁹⁶ und führt ergänzend aus, dass es Auftragnehmern nach dem BVergG explizit gestattet sei Subunternehmer zu beauftragen, ohne dabei an die Bestimmungen des Vergaberechts gebunden zu sein, sodass auch in der Fallgestaltung der Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, nichts anderes gelten kann und daher eine „doppelte Vergabepflicht“ nicht anzunehmen ist.

⁵⁹² *Heid*, Umgehungsgeschäfte im Vergaberecht, *ecolex* 2000, 640.

⁵⁹³ OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m = *ecolex* 2000/253; OGH 12.08.1998, 4 Ob 188/98w = *ecolex* 1999/30 (mit Anm. *Heid*).

⁵⁹⁴ *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99GWB, Rz 487.

⁵⁹⁵ *Mecenovic*, Private Auftraggeber im Vergaberecht – Ein Beitrag zur Auslegung des Begriffs „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte“, *wbl* 2001, 258.

⁵⁹⁶ *Holly*, Bauträger und Vergaberecht, *immolex* 2002, 280.

In dieselbe Richtung argumentiert auch **Egger**,⁵⁹⁷ wonach die vergaberechtliche Einbeziehung des Vertragsabschlusses auf der ersten Stufe den Ausgleich für die Nichterfassung der zweiten Stufe bildet. Ebenso **Schwartz**⁵⁹⁸ und **Schramm**⁵⁹⁹ nach denen die Beauftragung auf der zweiten Stufe, mit der Vergabe von Subaufträgen vergleichbar ist.

Unter Verweis auf das Verhältnis zwischen § 4 Z 3 und § 142 BVergG berufen sich **Dullinger/Harrer**⁶⁰⁰ auf die Ausschreibungsfreiheit auf der zweiten Stufe, da anderenfalls § 142 BVergG keinen Anwendungsbereich hätte, weil ohnedies ein Vergabeverfahren durchgeführt werden müsste. Die Bestimmung des § 142 BVergG wäre dann allerdings überflüssig und sinnloser Weise erlassen worden, was dem Gesetzgeber jedoch nicht unterstellt werden dürfe.⁶⁰¹

Auch nach den meisten deutschen Autoren (**Müller-Wrede**,⁶⁰² **Ganske**,⁶⁰³ **Lederer**,⁶⁰⁴ **Riese**⁶⁰⁵ und **Wegener**⁶⁰⁶) ist nur das Vertragsverhältnis auf der ersten Stufe als Bauauftrag iSd Vergaberechts zu betrachten und daher ein entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen, weil die Subunternehmerbeauftragung auf der zweiten Stufe einen (vergaberechtlich) selbstständigen Akt darstellt und nur dann zur Ausschreibungspflicht führt, wenn es sich beim „Zweiten“ ebenso um einen öffentlichen Auftraggeber handelt.

Für **Boesen**⁶⁰⁷ steht insbesondere der Normzweck im Vordergrund, demzufolge es nicht im Interesse des Vergaberechts liegen kann, denselben Bauauftrag auf mehreren Stufen auszuschreiben, zumal dem wettbewerbsfördernden Zweck des Vergaberechts dadurch ausreichend entsprochen wird, dass der Vertrag auf der ersten Stufe ausgeschrieben wird.

⁵⁹⁷ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 714.

⁵⁹⁸ Schwartz, Kurzkomentar Bundesvergabegesetz (2003), § 3 BVergG 2002, Rz 6.

⁵⁹⁹ Schramm, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP III (2006), 167, 171.

⁶⁰⁰ Dullinger/Harrer, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 148.

⁶⁰¹ Bydlinski in *Rummel*, ABGB, Band I³ (2000), § 6, Rz 16ff.

⁶⁰² Müller-Wrede in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), VOB/A, § 1a, Rz 47; Müller-Wrede/Kaelble in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kommentar GWB-Vergaberecht (2009), § 99, Rz 143.

⁶⁰³ Ganske in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 108.

⁶⁰⁴ Lederer in *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeordnung (VgV)³ (2010), § 1 VOB/A, Rz 16.

⁶⁰⁵ Riese, Vergaberecht (1998), 86.

⁶⁰⁶ Wegener in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011), § 99 GWB, Rz 81.

⁶⁰⁷ Boesen, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 149.

Auch *Marx*⁶⁰⁸ und *Eschenbruch*⁶⁰⁹ sprechen sich nur für eine Ausschreibungspflicht auf der ersten Stufe aus. Sie stützen ihre Argumentation auf die historische Entwicklung, wonach früher gemäß § 57a Abs. 1 Nr. 8 HGrG (dt. Haushaltsgrundsätzegesetz) auch private Leasinggeber und Bauträger als öffentliche Auftraggeber qualifiziert worden sind, wenn sie mit einem öffentlichen Auftraggeber einen Vertrag über die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte abgeschlossen hatten.⁶¹⁰ Diese Regelung wurde jedoch nicht in § 98 GWB übernommen, weshalb davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber den Wettbewerb bewusst nur auf die erste Stufe beschränken wollte.

2. Rechtsprechung zur Ausschreibungspflicht auf der „zweiten Stufe“

Der EuGH hat in der Rs *Mannesmann Anlagenbau*⁶¹¹ dargelegt, dass ein Vertrag seine Qualifikation als öffentlicher Bauauftrag nicht dadurch verliert, dass der öffentliche Auftraggeber seine Rechte und Pflichten auf ein privates Unternehmen überträgt. Damit ist das Vertragsverhältnis auf der ersten Stufe angesprochen und dieses grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Vergaberechts einbezogen. Eine Ausnahme davon könne nur dann in Betracht gezogen werden, wenn das Vorhaben von Beginn an, zur Gänze dem Gesellschaftszweck des, auf der „zweiten Ebene“ tätigen, Unternehmens entsprach und der Bauauftrag vom öffentlichen Auftraggeber erwiesenermaßen auf Rechnung dieses Unternehmens vergeben wurde.

Nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *Ballast Nedam Groep NV*⁶¹² wird ein privates Bauunternehmen, welches auf Grund eines Vergabeverfahrens mit der Erbringung einer Gesamtleistung beauftragt wurde und später Subunternehmer mit einem Teil der Leistungserbringung beauftragt, selbst nicht zu einem dem Vergaberecht unterliegenden Auftraggeber.

⁶⁰⁸ *Marx* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 28.

⁶⁰⁹ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 98 GWB, Rz 369.

⁶¹⁰ *Höfler/Ruppman* in *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003), 2. Teil, Rz 42, Rz 621.

⁶¹¹ EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96 (*Mannesmann Anlagenbau Austria AG*), Rz 43f.

⁶¹² EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 (*Ballast Nedam Groep NV gegen Belgischer Staat*); so auch OLG Celle 05.09.2002, 13 Verg 9/02 (*Wesertunnel*) = VergabeR 2003, 91.

3. Zusammenfassung zur Ausschreibungspflicht auf der „zweiten Stufe“

Die Ausschreibungspflicht auf der „zweiten Stufe“ findet weder im Gesetzes- oder Richtlinien text noch in der Rspr. eine klare Deckung. Zutreffenderweise sprechen die dargestellten systematischen Überlegungen sowie der Vergleich mit der Vergabe von Subunternehmerleistungen gegen die verpflichtende Durchführung eines Vergabeverfahrens auf der zweiten Stufe, sofern es sich bei diesem Auftraggeber nicht selbst um einen öffentlichen Auftraggeber iSd Vergaberechts handelt.⁶¹³

⁶¹³ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 62.

IV. Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Immobiliengeschäften

Gemäß § 10 Z 8 BVergG gilt das BVergG nicht für Verträge⁶¹⁴ über Erwerb, Miete oder Rechte an Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen, ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten, ausgenommen Verträge über finanzielle Dienstleistungen jeder Form, die gleichzeitig, vor oder nach dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden. Diese Regelung setzt Art. 16 lit. a der Vergabe-RL inhaltskonform um, wonach diese auf derartige öffentliche Dienstleistungsaufträge nicht zur Anwendung gelangt.⁶¹⁵

A. Normzweck

Dienstleistungsaufträge, hinsichtlich des Erwerbs oder der Miete von unbeweglichem Vermögen oder Rechten daran, weisen Merkmale auf, welche die Anwendung des Vergaberechts unangemessen erscheinen lassen,⁶¹⁶ da ein grenzüberschreitender Bieterwettbewerb typischerweise nicht zu Stande kommt.⁶¹⁷ Angesprochen ist damit, dass bei der Beschaffung von Grundstücken und anderen bestehenden Immobilien mangels deren Substituierbarkeit – in Folge ihrer spezifischen Lage, Topographie, Infrastrukturanbindung, etc. – nur ein sehr eingeschränkter Wettbewerb möglich ist, weshalb der öffentliche Auftraggeber bei diesbezüglichen Beschaffungsvorgängen nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen soll.⁶¹⁸ Der öffentliche Auftraggeber hat daher das Recht der „freien Standortwahl“.⁶¹⁹

Die Ausnahmebestimmung ist entsprechend Art. 16 lit. a der Vergabe-RL ausschließlich auf öffentliche Dienstleistungsaufträge iZm dem Erwerb oder der Miete von Immobilien und

⁶¹⁴ Die Formulierung des BVergGVS 2012 ist insofern klarer, als dieses in der äquivalenten Ausnahmebestimmung des § 9 Z 11 ausdrücklich „Dienstleistungsaufträge“ und nicht „Verträge“ nennt.

⁶¹⁵ Art. 10 lit. a Vergabe-RL-Entw. hält an der in der Vergabe-RL statuierten Definition fest.

⁶¹⁶ 24. Erwägungsgrund der Vergabe-RL sowie 33. Erwägungsgrund der Sektoren-RL.

⁶¹⁷ *Pünder* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 3, Rz 49; *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 204.

⁶¹⁸ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 476; *Diehr* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 100 GWB, Rz 65; *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 100GWB, Rz 570; *Schwartz*, Kurzkomentar Bundesvergabegesetz (2003), § 6 BVergG 2002, Rz 10; *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht: GWB⁴ (2007), § 100, Rz 55.

⁶¹⁹ *Aicher* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 8, Rz 28.

nicht auf Bauaufträge anzuwenden.⁶²⁰ Ein, den Hauptgegenstand eines Auftrages⁶²¹ bildender, Bauauftrag kann dem Vergaberecht daher nicht dadurch entzogen werden, dass ein Unternehmen eine Immobilie „zufälligerweise“ exakt nach den Wünschen des öffentlichen Auftraggebers errichtet (siehe III) und diesem dann unter Berufung auf die Ausnahmebestimmung vermietet oder verkauft.⁶²² Derartige Vorgänge wären als Umgehungsgeschäft zu beurteilen, für welches die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung keinen Anwendungsspielraum bietet.⁶²³

Im Ergebnis unterliegen Immobilienverträge eines öffentlichen Auftraggebers daher im Wesentlichen dann nicht dem Vergaberecht, wenn sie keine Bauleistungen zum Inhalt haben.⁶²⁴

B. Tatbestandselemente der Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG

1. Verträge über Erwerb, Miete oder Rechte

Auf den Abschluss eines Vertrages über die Anmietung oder den Kauf einer Immobilie, der in keinem Zusammenhang mit einem Vertrag steht, welcher auf die Errichtung oder den Umbau eines Objektes auf dieser Liegenschaft abzielt,⁶²⁵ finden die vergaberechtlichen Bestimmungen keine Anwendung.

Neben den beiden explizit in § 10 Z 8 BVergG genannten Vertragstypen des Kauf- und Mietvertrages fallen nach hM auch andere Verträge, welche eine (zumindest beschränkte) Verfügbarkeit des Objektes für den öffentlichen Auftraggeber vermitteln, wie etwa Leasing, Ratenkauf oder Pacht⁶²⁶ ebenso in den Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung.⁶²⁷

⁶²⁰ Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 31; Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 206.

⁶²¹ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 61.

⁶²² Elsner, Bundesvergabegegesetz³ (2010), Rz 40.

⁶²³ Steiner/Windisch, Einführung in das Vergaberecht (2004), 92.

⁶²⁴ Summa in Blaufuß/Heiermann/Zeiss, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 100 GWB, Rz 57.

⁶²⁵ Leitfaden der Europäischen Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen (1997), 12.

⁶²⁶ BVA 24.08.2005, 04N-76/05-23 = Hofer in Gast (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 10, E 78.

⁶²⁷ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 475; Aicher in Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 8, Rz 29; Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 207.

Bei gemischten Verträgen, die neben der bestandrechtlichen Komponente auch andere Leistungen, wie etwa die Betriebsführung umfassen, ist eine Anwendung der Ausnahmebestimmung – und somit eine vergabeverfahrensfreie Beschaffung – nur dann möglich, wenn im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der ausschreibungspflichtige Teil von untergeordneter Bedeutung ist.⁶²⁸

Mit der in § 10 Z 8 BVergG normierten Wortfolge „Rechte daran“ sind die, an einer Liegenschaft haftenden Berechtigungen, wie etwa die Einräumung eines Baurechts oder anderer dinglicher Rechte, angesprochen.⁶²⁹

2. Grundstücke oder vorhandene Gebäude

Vom Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung sind nach dem Wortlaut sämtliche Verträge erfasst, bei denen Vertragsgegenstand ein „leeres“ Grundstück ohne bauliche Anlagen oder ein Gebäude, welches ohne Mitwirkung des öffentlichen Auftraggebers bereits errichtet wurde, ist. Von einem existierenden Bauwerk ist jedenfalls dann auszugehen, wenn das Objekt bereits von Dritten genutzt wurde, sofern keine umfangreichen Umbauarbeiten⁶³⁰ für den öffentlichen Auftraggeber stattfanden oder im Falle eines Neubaus, jener in der Errichtungsphase keinen Einfluss auf die Bauführung genommen hat.⁶³¹

Der Ausnahmebestimmung werden nach hM – entgegen dem Wortlaut und der Prämisse restriktiver Interpretation von Ausnahmebestimmungen⁶³² – allerdings auch jene Fallkonstellationen unterstellt, bei denen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses das Objekt zwar noch nicht vorhanden ist, aber bereits ein Mietvertrag wie über eine schon bestehende Immobilie abgeschlossen wird.⁶³³

⁶²⁸ OLG Frankfurt 30.08.2011, 11 Verg 3/11 (Wasserversorgung) = VergabeR 2012, 47.

⁶²⁹ *Diehr* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 100 GWB, Rz 66; *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 100 GWB, Rz 50.

⁶³⁰ *Schellenberg* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011), § 100 GWB, Rz 60; OLG Schleswig 01.04.2010, 1 Verg 5/09; *Amelung*, Abschluss eines Mietvertrages über Bestandsimmobilie auch bei Umbauten vergabefrei!, IBR 2010, 578.

⁶³¹ *Ganske* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 103.

⁶³² EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 29; EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98 (Teckal), Rz 43; EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 (Kommission gegen Spanien), Rz 10; EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux), Rz 59; EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03 (Stadt Halle), Rz 24; EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92 (Kommission gegen Spanien), Rz 12; EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 (Kommission gegen Spanien), Rz 10 und 22; *Hahn*, Kommentar BVergG 2002, § 6, K.1; *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht⁴ (2012), 25.

⁶³³ *Fruhmant* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 208; *Dreher*, Mietverträge mit Neubau- oder Umbauverpflichtungen im Kartellvergaberecht, NZBau 2009, 542, 543f;

Der Einschränkung in § 10 Z 8 BVergG auf „vorhandene“ Gebäude liegt zu Grunde, dass Mietverträge dann dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entzogen sein sollen, wenn der öffentliche Auftraggeber auf die Immobilienentwicklung (insbesondere die Planung und Errichtung des Gebäudes) keinen Einfluss genommen hat.⁶³⁴

Der Abschluss eines Mietvertrages über ein erst zu errichtendes Gebäude darf sich im Fall fehlender Einflussnahme des öffentlichen Auftraggebers auf dieses Projekt jedoch nicht vom Vertragsabschluss im Zusammenhang mit einem bereits bestehenden Objekt unterscheiden.⁶³⁵ Dies entspricht gemäß dem 24. Erwägungsgrund⁶³⁶ der Vergabe-RL auch den ihr zu Grunde liegenden Überlegungen des EP und des Rates, weil darin keine Einschränkung auf bereits existente Bauwerke getroffen wird.

Sofern das Objekt jedoch nach den „Erfordernissen“ des öffentlichen Auftraggebers errichtet werden soll, liegt ein Bauauftrag gemäß § 4 Z 3 BVergG (siehe III) und kein Dienstleistungsauftrag über die Verschaffung einer Immobilie vor.⁶³⁷

In Zusammenschau der beiden Bestimmungen nach § 4 Z 3 und § 10 Z 8 BVergG ist mE relevant, ob Ziel des öffentlichen Auftraggebers die Errichtung eines Gebäudes oder die bloße Nutzungsüberlassung auf Zeit ist. Als Abgrenzungskriterium ist dabei vor allem die Frage, wer einen mangels Verwertung des Objektes unter Umständen entstehenden Einnahmenausfall zu tragen hat und daher das Leerstandsrisiko der Immobilie übernimmt, heranzuziehen.

Aicher in Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 8, Rz 30; VK Südbayern 22.05.2003, 17-04/03; Die VK Lüneburg verneinte die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung, da es sich beim gegenständlichen Vertrag um einen Mietkauf eines nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers zu errichtenden Objektes handelte und dieser daher als Bauauftrag zu qualifizieren war (vgl. VK Lüneburg 08.03.2004, 203-VgK-03/04).

⁶³⁴ *Weyand, Vergaberecht – Praxiskommentar*⁴ (2013), § 99 GWB, Rz 178.

⁶³⁵ VK Südbayern 22.05.2003, 17-04/03 zur Anmietung eines erst zu errichtenden Objektes ohne Kaufoption, welches gegenüber dem vorgegebenen Flächenbedarf der öffentlichen Stelle um 6.000 m² größer dimensioniert wurde.

⁶³⁶ „*Dienstleistungsaufträge, die den Erwerb oder die Miete von unbeweglichem Vermögen oder Rechten daran betreffen, weisen Merkmale auf, die die Anwendung von Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen unangemessen erscheinen lassen.*“ (vgl. 24. Erwägungsgrund der Vergabe-RL).

⁶³⁷ *Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 100 GWB, Rz 50.*

Insofern ist die ursprüngliche Zielsetzung des öffentlichen Auftraggebers für die Einordnung als vom Vergaberecht erfasster Bauauftrag oder als der Ausnahmebestimmung unterliegendes Immobiliengeschäft, relevant.

Falls es sich um „Gebäude“ handelt, die mit der Absicht, sie alsbald wieder zu entfernen, erst auf das Grundstück verbracht werden sollen, liegt kein Fall der Ausnahmebestimmung nach § 10 Z 8 BVergG vor.⁶³⁸

Bei Mischverträgen sind die Einordnung des Auftrages sowie die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung vom Schwerpunkt des Vertrages abhängig.⁶³⁹ Die Meinung, wonach im Falle von abtrennbaren Elementen des Vertrages, auf den jeweiligen Teil die spezifischen Vergabevorschriften anzuwenden sind,⁶⁴⁰ und daher eine getrennte Ausschreibung der Bau- und Dienstleistungen erfolgen soll,⁶⁴¹ kann unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGH in der Rs *Gestion Hotelera Internacional*⁶⁴² nicht gefolgt werden.

3. Anderes unbewegliches Vermögen

Neben Grundstücken und Gebäuden bildet auch „anderes unbewegliches Vermögen“ einen Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung. Für die Beurteilung des Kriteriums „unbeweglich“ ist iSd Zivilrechts relevant, ob eine Ortsveränderung ohne Substanzverlust möglich ist.⁶⁴³ Unter „Vermögen“ sind grundsätzlich in Geld bewertbare Rechte und Verbindlichkeiten einer bestimmten Person zu verstehen.⁶⁴⁴ Im gegenständlichen Zusammenhang sind damit insbesondere bauliche Anlagen als Ergebnis eines Bauvorhabens (siehe II.G.1.b) zu verstehen, die kein Gebäude darstellen (wie beispielsweise Straßen oder Brücken) oder nur einen Bestandteil eines solchen bilden, mit diesem verbunden sind und

⁶³⁸ VK Hessen 24.03.2004, 69d-VK-09/04 zur Anmietung von noch zu liefernden Containern mit mangelnder Belassungsabsicht; *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 100 GWB, Rz 50; *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 208.

⁶³⁹ *Schellenberg* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011), § 100 GWB, Rz 61; *Marx* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 100 GWB, Rz 23.

⁶⁴⁰ *Holoubek/Segalla*, Instrumente kommunaler Daseinsvorsorge – Evaluierung und Fortentwicklung in *Österreichischer Gemeindebund und Österreichischer Städtebund* (Hrsg.), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002), 63, 96; EuGH 05.12.1989, Rs 3/88 (Kommission gegen Italien), Rz 19.

⁶⁴¹ *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 100GWB, Rz 570.

⁶⁴² EuGH 19.04.1994, Rs C-331/92 (*Gestion Hotelera Internacional*).

⁶⁴³ *Hofmann* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 2⁴ (2012), § 293, Rz 1.

⁶⁴⁴ OGH 25.10.2002, 1 Ob 133/02v.

eine Lösung der Verbindung nur mit Substanzverlust möglich ist (wie etwa im Fall von haustechnischen Anlagen).

4. Finanzierungsmodalitäten

Mit der Beschreibung „ungeachtet ihrer Finanzierungsmodalitäten“ wird zum Ausdruck gebracht, dass es nicht darauf ankommt wie der öffentliche Auftraggeber das Immobiliengeschäft finanziert. Die damit in Zusammenhang stehenden Finanzdienstleistungen sind vielmehr von der Ausnahmebestimmung ausgenommen und daher gesondert zu beurteilen.⁶⁴⁵

Sollte sich ein Leasingvertrag daher als Alternative zu einem Kaufvertrag mit einer Kreditfinanzierung darstellen, unterliegt ein derartiger Vertrag den vergaberechtlichen Bestimmungen.⁶⁴⁶ Sofern es sich jedoch (mangels finanzieller Dienstleistungen) um einen schlichten Mietvertrag handelt, ist dieses Tatbestandselement der Ausnahmebestimmung erfüllt.⁶⁴⁷

5. Finanzdienstleistungen iZm Kauf- oder Mietverträgen

Die Verträge über finanzielle Dienstleistungen gleich welcher Form, die iZm dem Immobiliengeschäft abgeschlossen werden, sind nicht von der Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG erfasst, sondern unterliegen ihrerseits dem Anwendungsbereich des Vergaberechts,⁶⁴⁸ soweit sie nicht unter die gesonderte Ausnahmebestimmung des § 10 Z 11 BVergG zu subsumieren sind.⁶⁴⁹

⁶⁴⁵ *Bungenberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht² (2009), § 100 GWB, Rz 35.

⁶⁴⁶ *Pünder in Müller-Wrede* (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 3, Rz 49; *Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 211.

⁶⁴⁷ *Schwifcz*, Leasing und Europarecht (2000), 38.

⁶⁴⁸ *Zeiss in Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 251.

⁶⁴⁹ *Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 217; *Egger/Tiefenthaler/Seiringer*, Die Durchführung eines PPP-Modells in *Sachs* (Hrsg.), Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe (2007), 7.2.3.1; *Aicher in Müller-Wrede* (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 8, Rz 31; *Diehr in Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 100 GWB, Rz 69; *Schellenberg in Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011), § 100 GWB, Rz 62.

Finanzdienstleistungen sind nach Kategorie 6 des Anhangs III BVergG grundsätzlich als prioritäre Dienstleistungen zu qualifizieren.

Nach § 10 Z 11 BVergG werden Finanzdienstleistungen iZm der Ausgabe, dem Verkauf, dem Ankauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten, insbesondere für Geschäfte, die der Geld- oder Kapitalbeschaffung von öffentlichen Auftraggebern dienen, sowie Finanzdienstleistungsverträge, welche die öffentliche Kreditpolitik betreffen, vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen.

Auf beratende, vorbereitende oder begleitende Finanzdienstleistungen,⁶⁵⁰ die in engem bzw. unmittelbarem Zusammenhang⁶⁵¹ mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Ankauf oder der Übertragung von Wertpapieren (z.B. Inhabertifikate, Schuldverschreibungen, Aktien sowie andere Anteilsrechte oder Beteiligungen an Unternehmen)⁶⁵² oder anderen Finanzinstrumenten (z.B. Pfandbriefe, Schatzanweisungen, Einlagenzertifikate)⁶⁵³ stehen, sind die vergaberechtlichen Bestimmungen daher nicht anzuwenden.⁶⁵⁴

Ebenso sind Kredit- oder Darlehensaufnahmen von öffentlichen Auftraggebern im Bereich der öffentlichen Kreditpolitik („public debt management“) vom Anwendungsbereich ausgenommen. Davon ist dann auszugehen, wenn der Kreditnehmer nach der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung dem Staat zuzurechnen ist.⁶⁵⁵ So ist etwa eine Kreditaufnahme für die Umsetzung von kommunalen Infrastrukturprojekten als Maßnahme der öffentlichen Kreditpolitik vom Anwendungsbereich ausgenommen, während eine solche im nicht-Maastricht-relevanten Bereich, wie beispielsweise bei Betrieben mit marktbestimmter Tätigkeit, nicht gegeben ist und daher in diesem Fall die Bestimmungen für die Vergabe von prioritären Dienstleistungen zur Anwendung gelangen.⁶⁵⁶

⁶⁵⁰ *Hoffer/Epler*, US Cross Border Leasing und Vergaberecht, *ecolex* 2003, 802.

⁶⁵¹ *Schneider/Neumayr*, Zur Frage der Ausschreibungspflicht von Finanzierungen bei öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern, RPA 2004, 297; *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 275.

⁶⁵² *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 262.

⁶⁵³ *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 264.

⁶⁵⁴ *Heid/Mensdorff-Pouilly* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 498.

⁶⁵⁵ *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 292.

⁶⁵⁶ *Heid/Mensdorff-Pouilly* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 504.

C. Beschaffungs- vs. Verwertungssituation von Immobilien

Es sei darauf hingewiesen, dass der umgekehrte Vorgang, nämlich die reine Veräußerung (siehe V.E.1) oder In-Bestandgabe (siehe V.E.6) von Immobilien durch den öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegt, weil es sich hierbei um keine Beschaffungssituation handelt, sondern vielmehr ein Verwertungsvorgang gegeben ist.⁶⁵⁷

⁶⁵⁷ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006), 70; *Werschitz*, Unternehmenspachtvertrag als Leistungsvertrag des BVergG?, ZVB 2005/106, 334.

V. Anwendungsfälle in der Praxis

In der Fülle möglicher Vertragsgestaltungen iZm der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte und Immobiliengeschäften wird zunächst oftmals an Bauträger-, Miet- oder Leasingmodelle unter Einbeziehung einer Objektgesellschaft gedacht,⁶⁵⁸ wenngleich in der Praxis eine Vielzahl an Variationen anzutreffen sind, mit denen von öffentlichen Auftraggebern der Versuch unternommen wird, dem Vergaberecht zur Gänze zu entgehen oder zumindest Gestaltungsspielräume zu ihren Gunsten zu nutzen.

A. Erwerb von Verfügungsrechten der öffentlichen Hand über Immobilien

1. Immobilienankauf

Der Ankauf eines von einem privaten Immobilienentwickler bereits errichteten Gebäudes, welches nicht nach den von der öffentlichen Hand vorgegebenen Anforderungen konzipiert wurde, unterliegt nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen.⁶⁵⁹

Demgegenüber ist der Ankauf einer Liegenschaft, auf welcher entsprechend dem Kaufvertrag vom Verkäufer noch ein Bauwerk nach den spezifischen Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers errichtet werden soll, als öffentlicher Bauauftrag zu qualifizieren.⁶⁶⁰ Unter Berücksichtigung, dass es sich beim Eigentumsrecht um ein Ausschließlichkeitsrecht iSd § 28 Abs. 2 Z 2 BVergG handelt, ist jedoch die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung mit nur einem Bieter zur Vergabe des diesbezüglichen Bauauftrages möglich. Es wird für die Verfahrenswahl jedoch ein strenger Maßstab anzulegen und nachzuweisen sein, warum nur dieses eine Grundstück geeignet ist, um die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers zu erfüllen⁶⁶¹ und die Bauführung nur durch den bisherigen Liegenschaftseigentümer möglich ist.

Bei der Errichtung von Bauwerken, die auf die Bedürfnisse der öffentlichen Hand ausgelegt sind, durch einen Privaten und deren zeitnahe Veräußerung an die öffentliche Hand ist daher

⁶⁵⁸ Müller-Wrede in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), VOB/A, § 1a, Rz 47.

⁶⁵⁹ Hailbronner in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99 GWB, Rz 474.

⁶⁶⁰ Zeiss in *Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 248.

⁶⁶¹ *Trettnak-Hahnl*, Grundstückskauf und -verkauf als Bauauftrag? in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 181, 186.

zu vermuten, dass nicht bloß ein Liegenschafts Kauf vorliegt, sondern ist vielmehr von einem dem Vergaberecht unterliegenden Bauauftrag auszugehen.⁶⁶² Diese Vermutung wird mE nur durch eine sachlich nachvollziehbare Darstellung – unter Einbeziehung der zeitlichen Dimension des Projektablaufes – zu widerlegen sein, wonach der private Betrieb des Objektes und nicht die Veräußerung an die öffentliche Hand vorgesehen war.

2. Miete einer Immobilie

Die Anmietung einer, unter Umständen noch nicht fertig gestellten, von einem Privaten – nicht auf Grund der Erfordernisse des öffentlichen Auftraggebers – entwickelten Immobilie durch einen öffentlichen Auftraggeber stellt einen verfahrensrechtlichen Beschaffungsvorgang dar.⁶⁶³ Anderes hat zu gelten, wenn das Objekt erst nach den spezifischen Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers errichtet werden soll und tatsächliches Ziel des Vertrages nicht die Nutzungsüberlassung, sondern die Gebäudeerrichtung für den öffentlichen Auftraggeber ist (siehe sinngemäß V.A.4.b).

Anders als beim Immobilienleasing in Form des Teilamortisationsleasing, enthalten die laufenden Mietzinszahlungen bei einem herkömmlichen Mietvertrag keinen Tilgungsbestandteil und ist ein Ankaufsrecht des Mieters nach Ablauf der Vertragslaufzeit zum Restbuchwert typischerweise nicht vorgesehen, sodass der Ankauf – wenn überhaupt – nur zum Verkehrswert möglich sein wird.⁶⁶⁴

3. Mietkauf-Verträge

Hierbei kommt es zu einer Kombination von miet- und kaufvertraglichen Elementen, wobei der Erwerb des Wirtschaftsgutes von Anfang an, von den Vertragsparteien beabsichtigt ist.⁶⁶⁵ Der Auftragnehmer errichtet das Objekt auf eigene Rechnung und vermietet dieses an den öffentlichen Auftraggeber unter gleichzeitiger Einräumung des Rechtes, das von ihm errichtete Bestandobjekt innerhalb einer bestimmten Frist (unter teilweiser oder gänzlicher

⁶⁶² *Casati/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2006 – Anregungen für die Praxis, Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes 3.2006, 35.

⁶⁶³ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 180.

⁶⁶⁴ *Eschenbruch/Leicht* in *Kuffer/Wirth*, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht³ (2011), Kapitel 6B, Rz 6.

⁶⁶⁵ *Graf von Westphalen* in *Graf von Westphalen* (Hrsg.), Der Leasingvertrag (2008), Kapitel B, Rz 78.

Anrechnung der Mietzahlungen)⁶⁶⁶ zu erwerben.⁶⁶⁷ Der Unterschied zum Leasing liegt in der differierenden steuerlichen Zuordnung des Wirtschaftsgutes sowie der abweichenden zivilrechtlichen Beurteilung.⁶⁶⁸ Beim Mietkauf treffen nämlich typischerweise sowohl die Gefahrtragung, als auch die Mängelhaftung und die Instandhaltungspflichten den Vermieter und nicht den Nutzer des Objektes.⁶⁶⁹

Soweit das Mietkauf-Objekt nach den Vorgaben des Mieters errichtet wird und die Mietkauf-Raten samt Restkaufpreis, die Errichtungskosten zuzüglich Grundstückswert abdecken, stellen die „Mietzahlungen“ im Endeffekt nicht eine Gegenleistung für die Raumüberlassung, sondern eine Finanzierung der Gebäudeerrichtung dar, sodass im Ergebnis ein Bauauftrag nach § 4 Z 3 BVergG vorliegt.⁶⁷⁰

4. Immobilienleasing

a. Leasing im Allgemeinen

Ein einheitlicher, rechtlich klar abgegrenzter Leasing-Begriff ist weder dem österreichischen⁶⁷¹ noch dem europäischen⁶⁷² Recht zu entnehmen. Ein charakteristisches Merkmal des Leasings ist jedenfalls die Trennung des Nutzungsrechts an einer Sache und der zivilrechtlichen Eigentümerstellung an dieser.⁶⁷³ Je nach Ausgestaltung des Vertrages ist Leasing zwischen Miete und Ratenkauf angesiedelt.⁶⁷⁴

Es handelt sich um ein Rechtsgeschäft eigener Art, mit welchem die entgeltliche und zeitlich festgelegte Überlassung von Nutzungsrechten an Wirtschaftsgütern, deren Spezifikation und Auswahl in der Regel durch den Nutzer selbst erfolgt, vereinbart wird. In Abgrenzung zu den

⁶⁶⁶ BGH 15.03.1990, I ZR 120/88; BayObLG 29.10.2004, Verg 22/04 (Mietverkäufer) = VergabeR 2005, 74; Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB⁴ (2007), § 99, Rz 108; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 66.

⁶⁶⁷ Franke/Stoye in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB-Kommentar⁴ (2011), § 1a VOB/A, Rz 66; Lederer in Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeordnung (VgV)³ (2010), § 1 VOB/A, Rz 16.

⁶⁶⁸ Graf von Westphalen in Graf von Westphalen (Hrsg.), Der Leasingvertrag (2008), Kapitel B, Rz 78.

⁶⁶⁹ Weidenkaff in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2011), vor § 535 BGB, Rz 30.

⁶⁷⁰ Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB⁴ (2007), § 99, Rz 109.

⁶⁷¹ Würth in Rummel, ABGB, Band I³ (2000), § 1090, Rz 25.

⁶⁷² Fink in Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing (1998), § 39, Rz 9.

⁶⁷³ Kuhnle/Kuhnle-Schadn, Leasing (2005), 15.

⁶⁷⁴ EStR 2000, Rz 135; Hanreich, Öffentliche Auftragsvergabe und Leasing in Wenger (Hrsg.), Ausgewählte Probleme des öffentlichen Vergabewesens (1978), 91f.

Bestandsverträgen einerseits und in Abänderung der typischerweise mit der Eigentümerstellung im Falle eines Kaufvertrages andererseits, verbundenen Risiken, werden dem Leasingnehmer als Nutzungsberechtigten jedoch – je nach Ausprägung des Leasingvertrages – insbesondere das Investitionsrisiko,⁶⁷⁵ sowie die Sach-⁶⁷⁶ und Preisgefahr⁶⁷⁷ zur Gänze oder teilweise übertragen.⁶⁷⁸

aa. Finanzierungsleasing

Beim „Finanzierungsleasing“ werden auf den Leasingnehmer typischerweise weitgehende Risiken (insbesondere das Investitionsrisiko sowie die Sach- und Preisgefahr)⁶⁷⁹ zur Gänze überwältigt, sodass der Leasinggeber im Wesentlichen „nur“ das Finanzierungsrisiko (Ausfallsrisiko des Leasingnehmers) zu tragen hat und dementsprechend die „Finanzierungsfunktion“ des Vertrages im Vordergrund steht.⁶⁸⁰

Die typischen Unterscheidungsmerkmale von Finanzierungsleasing und Miete sind (je nach konkreter Vertragsgestaltung), dass das Objekt nach den Wünschen und Erfordernissen des Nutzers geschaffen wird und auf eine unkündbare fixe Laufzeit genutzt werden kann, der Nutzer die Möglichkeit hat auf das Finanzierungsvolumen Einfluss zu nehmen (beispielsweise durch Vereinbarung von Leasingsonderzahlungen), der Nutzer am Ende der Vertragslaufzeit das Objekt zu einem vorab vereinbarten Preis erwerben kann sowie dieser auch die Kosten der Instandhaltung und das Risiko des zufälligen Untergangs trägt.⁶⁸¹

Je nach dem, ob mit den Leasingraten der Gesamtpreis der Leasinggeberleistungen bezahlt wird oder nur ein Teilbetrag und somit ein kalkulierter Restwert des Leasingobjektes

⁶⁷⁵ Unter dem „Investitionsrisiko“ sind im Wesentlichen das „Spezifikationsrisiko“ (richtige Auswahl und optimale Nutzungsmöglichkeiten des Leasingobjektes, Wahl des Lieferanten sowie Lieferrisiken) und das „Amortisationsrisiko“ (Amortisation der Investitionskosten während der Leasingvertragsdauer sowie kalkulierter Restwert) zu verstehen.

⁶⁷⁶ Die „Sachgefahr“ beschreibt die Risiken des Betriebes, der Instandhaltung sowie Instandsetzung des Leasinggutes während der Vertragslaufzeit.

⁶⁷⁷ Mit „Preisgefahr“ ist das Risiko, die Leasingraten unabhängig von der Verfügbarkeit des Leasinggutes infolge Untergangs oder Beschädigung der Sache bezahlen zu müssen, angesprochen.

⁶⁷⁸ *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005), 17; *Binder in Schwimann* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 5³ (2006), § 1090, Rz 71.

⁶⁷⁹ *Würth in Rummel*, ABGB, Band I³ (2000), § 1090, Rz 27; *Weidenkaff in Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2011), vor § 535 BGB, Rz 39.

⁶⁸⁰ EStR 2000, Rz 135; *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005), 18 und 30; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II¹³ (2007), 245.

⁶⁸¹ *Engel*, Miete, Kauf, Leasing (1993), Rz 581; *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005), 21f.

verbleibt, liegt Vollamortisationsleasing (full-pay-out-Modell) oder Teilamortisationsleasing (non-pay-out-Modell) vor.⁶⁸²

bb. Operating-Leasing

Im Falle des, typischerweise auf eine eher kurzfristige Nutzung abzielenden, „Operating-Leasing“⁶⁸³ verbleiben mehr Risiken in der Sphäre des Leasinggebers, als beim Finanzierungsleasing (neben dem Finanzierungsrisiko insbesondere auch das Investitionsrisiko sowie die Gefahr des zufälligen Untergangs des Leasingobjektes), sodass in Annäherung an einen Mietvertrag die „Nutzungsfunktion“ des Vertrages im Vordergrund steht.⁶⁸⁴ Ein Operating-Leasing-Vertrag wird typischerweise als kündbarerer Vertrag abgeschlossen, bei dem der Ankauf des Leasinggutes am Ende der Laufzeit nicht möglich ist und die Deckung der Investitionskosten des Leasinggebers durch die vom Leasingnehmer während der Vertragsdauer bezahlten Leasingraten nicht gegeben ist, sodass eine mehrmalige Verleasung erforderlich ist, um eine gänzliche Amortisation der Kosten zu erreichen.⁶⁸⁵

b. Immobilienleasing im Speziellen und dessen vergaberechtliche Relevanz

Mittels Immobilienleasing wird dem Leasingnehmer klassischerweise die mittel- bis langfristige Nutzung (typische Vertragslaufzeiten betragen zwischen 10 und 30 Jahren)⁶⁸⁶ von Grundstücken, Gebäuden oder ganzen Industrieanlagen nach dessen Anforderungen und Wünschen ermöglicht.⁶⁸⁷ Neben der Finanzierungsfunktion erbringt der Leasinggeber oftmals auch zusätzliche Dienstleistungen für den Leasingnehmer, wie beispielsweise die Beratung bei der Grundstückssuche und -auswahl, die kaufmännische und juristische Beratung iZm der Errichtung des Leasingobjektes, die laufende Betreuung und Abwicklung von

⁶⁸² Würth in Rummel, ABGB, Band I³ (2000), § 1090, Rz 27a; OGH 29.11.1990, 6 Ob 691/90; Schwifcz, Leasing und Europarecht (2000), 12.

⁶⁸³ Würth in Rummel, ABGB, Band I³ (2000), § 1090, Rz 26.

⁶⁸⁴ Kuhnle/Kuhnle-Schadn, Leasing (2005), 19 und 30; Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II¹³ (2007), 245.

⁶⁸⁵ Weidenkaff in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2011), vor § 535 BGB, Rz 40; Kuhnle/Kuhnle-Schadn, Leasing (2005), 31.

⁶⁸⁶ Kuhnle/Kuhnle-Schadn, Leasing (2005), 349; Weidenkaff in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2011), vor § 535 BGB, Rz 41.

⁶⁸⁷ Eschenbruch/Leicht in Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht³ (2011), Kapitel 6B, Rz 4.

Instandhaltungsarbeiten oder das gesamte Facility Management einer Immobilie während der Nutzungsphase.⁶⁸⁸

Bei der konkreten Ausformung des Immobilienleasings ist zwischen unterschiedlichen Varianten zu differenzieren. Einerseits ist danach zu unterscheiden wie die Rechtsbeziehungen zur betreffenden Liegenschaft gestaltet sind und andererseits, ob sich der Vertrag auf ein bereits vorhandenes oder auf ein erst zu errichtendes Bauwerk bezieht.⁶⁸⁹ Davon, sowie von der konkreten Vertragsgestaltung, ist auch die steuerliche Zurechnung des Leasingobjektes,⁶⁹⁰ also ob nach der ökonomischen Betrachtungsweise⁶⁹¹ der Leasinggeber oder (ausnahmsweise) der Leasingnehmer als wirtschaftlicher Eigentümer iSd § 24 Abs. 1 lit. d BAO anzusehen ist,⁶⁹² abhängig.⁶⁹³

aa. Leasing von bereits bestehenden Immobilien

Soweit sich der Leasingvertrag auf eine bereits existente Immobilie bezieht, zielt dieser darauf ab, dem öffentlichen Auftraggeber entweder die Verfügungsgewalt über das Objekt zu verschaffen⁶⁹⁴ oder, sofern dieser davor bereits Eigentümer war, Finanzmittel durch den Verkauf und das gleichzeitige Zurückleasen (sale-and-lease-back) zu verschaffen (siehe V.E.3).

Mit der Ausgestaltung als Leasing wird nur eine entsprechende Finanzierungsform des Beschaffungsvorgangs an Stelle von Kauf oder Miete gewählt, sodass grundsätzlich ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vorliegt,⁶⁹⁵ auf welchen je nach Schwerpunkt des Leasingvertrages (Finanzierungs- oder Mietkomponente)⁶⁹⁶ die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG zur Anwendung gelangen kann (siehe IV).

⁶⁸⁸ *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005), 33 und 352; *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 480.

⁶⁸⁹ *Schwifcz*, Leasing und Europarecht (2000), 37.

⁶⁹⁰ Neben dem Gebäude als Leasingobjekt ist der Grund und Boden gesondert zu beurteilen; EStR 2000, 142ff.

⁶⁹¹ VwGH 05.12.1972, 2391/71.

⁶⁹² VwGH 17.08.1994, 91/15/0083; VwGH 17.02.1999, 97/14/0059.

⁶⁹³ *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005), 217.

⁶⁹⁴ *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99 GWB, Rz 503.

⁶⁹⁵ *Noch*, Vergaberecht kompakt³ (2005), 394.

⁶⁹⁶ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 480.

bb. Leasing von erst zu errichtenden Immobilien

Beim Leasing von erst zu errichtenden Immobilien lässt der öffentliche Auftraggeber von einem privaten Leasingunternehmer das Bauwerk erstellen und schließt mit diesem gleichzeitig einen langfristigen Vertrag über die Nutzung des Leasingobjektes ab.⁶⁹⁷ Hinsichtlich Planung und Errichtung des Objektes trifft oftmals der Leasingnehmer selbst die maßgeblichen Entscheidungen,⁶⁹⁸ sodass die Kernaufgabe des Leasinggebers in der Finanzierung des Projektes zu sehen ist.⁶⁹⁹ Je nach Ausprägung des Vertrages übernimmt dieser gegebenenfalls auch das komplette Bauprojektmanagement, die Abwicklung des Bauvorhabens, sowie die Instandhaltung und den Betrieb des fertig gestellten Objektes.⁷⁰⁰

Das Grundstück auf dem das Leasingobjekt errichtet werden soll, kann dabei sowohl im Eigentum des öffentlichen Auftraggebers als Leasingnehmer,⁷⁰¹ des Leasinggebers,⁷⁰² oder auch eines Dritten⁷⁰³ stehen. Sofern das Grundstück, auf dem das Bauwerk errichtet werden soll, im Eigentum des Leasingnehmers oder eines Dritten steht, ist dem Leasinggeber die Befugnis einzuräumen auf dieser fremden Liegenschaft das Leasingobjekt zu errichten. Dies kann in Form eines langfristigen Bestandsvertrages und der Errichtung des Bauwerks als Superädifikat oder in der Einräumung eines Baurechts erfolgen.⁷⁰⁴

Bei einem „Superädifikat“ handelt es sich entsprechend §§ 297 und 435 ABGB um ein Bauwerk, welches auf einer fremden Liegenschaft in der Absicht errichtet wird, dass es nicht stets darauf verbleiben soll. Hinsichtlich der mangelnden Belassungsabsicht ist dabei auf ein bewegliches System zwischen dem äußeren Erscheinungsbild des Bauwerks, seiner Zweckwidmung und dem zu Grunde liegende Grundnutzungsverhältnis (insbesondere Miete, Pacht oder Bittleihe) abzustellen.⁷⁰⁵ Ein bereits bestehendes Bauwerk kann nachträglich nicht in ein Superädifikat „umgewandelt“ werden, da dieses als Zubehör zur Liegenschaft und nicht

⁶⁹⁷ Lederer in Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeordnung (VgV)³ (2010), § 1 VOB/A, Rz 16.

⁶⁹⁸ Schwifcz, Leasing und Europarecht (2000), 12.

⁶⁹⁹ Büschgen in Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing (1998), § 4, Rz 4.

⁷⁰⁰ Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 283;

Büschgen in Büschgen (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing (1998), § 4, Rz 5.

⁷⁰¹ Franke/Stoye in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB-Kommentar⁴ (2011), § 1a VOB/A, Rz 67; Schwifcz, Leasing und Europarecht (2000), 38.

⁷⁰² Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 283.

⁷⁰³ Kuhnle/Kuhnle-Schadn, Leasing (2005), 347.

⁷⁰⁴ Kuhnle/Kuhnle-Schadn, Leasing (2005), 347f.

⁷⁰⁵ Rechberger/Oberhammer, Das Superädifikat in Kletečka/Rechberger/Zitta (Hrsg.), Bauten auf fremden Grund² (2004), 89, Rz 58.

als eigenes Rechtsobjekt zu betrachten ist.⁷⁰⁶ Demgegenüber kann ein „Baurecht“, also das nach § 1 BauRG dingliche, veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Bodenfläche eines fremden Grundstückes ein Bauwerk zu haben, auch an bereits existierenden Bauwerken begründet werden.⁷⁰⁷

Eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Leasingobjekt nach Ablauf der Vertragslaufzeit besteht grundsätzlich nicht. Vielmehr kommt dem Leasingnehmer typischerweise ein Optionsrecht zu, die Immobilie zurückzugeben oder zu einem vorab kalkulierten Restwert zu erwerben.⁷⁰⁸ Je nach Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen an der Liegenschaft ist mit dem Ankauf des Leasingobjektes auch der des Grundstückes oder des Baurechts bzw. der Eintritt in den Bestandsvertrag zu verbinden.

Hinsichtlich der vergaberechtlichen Relevanz derartiger Vertragsgestaltungen ist in allen Fällen auf den, mit dem Leasingvertrag verfolgten Zweck⁷⁰⁹ – also ob dieser auf die Errichtung eines Bauwerks (nach den Erfordernissen des Leasingnehmers), auf die Finanzierung der Bauführung oder die bloße Nutzungsüberlassung von Gebäudeflächen abzielt⁷¹⁰ – abzustellen.

Soweit der Fokus auf der Verfügbarkeit einer, nach den spezifischen Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers als Leasingnehmer, in der Verantwortung des Leasinggebers errichteten Immobilie (wovon in einer Vielzahl der Fälle auszugehen sein wird)⁷¹¹ liegt, steht deren Errichtung im Vordergrund. Der Hauptgegenstand des Vertrages ist dementsprechend die Erbringung der Bauleistung, während die Finanzierungskomponente des Leasings (also die Dienstleistung) in den Hintergrund tritt, sodass entsprechend der Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen (siehe II.G.3) von einem öffentlichen Bauauftrag auszugehen ist.⁷¹²

⁷⁰⁶ Engelhart, Baurecht und Superädifikat – Vergleich in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg.), *Bauten auf fremden Grund*² (2004), 16, Rz 15.

⁷⁰⁷ *Kletečka*, Das Baurecht – Begriff und Inhalt in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg.), *Bauten auf fremden Grund*² (2004), 23, Rz 33.

⁷⁰⁸ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, *Kommentar zum GWB-Vergaberecht* (2006), § 99 GWB, Rz 283

⁷⁰⁹ *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, *Kommentar zum Vergaberecht*² (2005), § 99 GWB, Rz 504.

⁷¹⁰ *Schwifcz*, *Leasing und Europarecht* (2000), 39.

⁷¹¹ *Engelhart*, *Leasing und Bauten auf fremden Grund* in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg.), *Bauten auf fremden Grund*² (2004), 135, Rz 84.

⁷¹² *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, *Kommentar zum Vergaberecht*² (2005), § 99 GWB, Rz 504; *Schwifcz*, *Leasing und Europarecht* (2000), 40.

Sofern der Leasinggeber allerdings ein Objekt errichtet und dem Leasingnehmer als öffentlichen Auftraggeber zur Nutzung zur Verfügung stellt, welches lediglich allgemeinen Bedürfnissen eines generellen Interessentenkreises gerecht wird und ohne weiteres auch privat genutzt werden könnte, ist nicht von einer Errichtung nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers und daher nicht von einem öffentlichen Bauauftrag auszugehen.⁷¹³ Dies wird insbesondere dann deutlich, wenn der geschäftliche Kontakt zwischen Leasinggeber und dem öffentlichen Auftraggeber als Leasingnehmer erst nach oder während der Bauabwicklung entsteht.⁷¹⁴ Vielmehr liegt in diesem Fall ein Dienstleistungsvertrag vor, welcher, sofern die Finanzierungskomponente den Hauptgegenstand des Vertrages bildet, als ein dem Vergaberecht unterliegender Finanzdienstleistungsvertrag zu beurteilen ist,⁷¹⁵ während andernfalls, ein vom Anwendungsbereich des Vergaberechts gemäß § 10 Z 8 BVergG ausgenommener (atypischer) Mietvertrag gegeben ist.⁷¹⁶

B. Unternehmereinsatzformen bei der Abwicklung von Bauvorhaben

Dem öffentlichen Auftraggeber steht es grundsätzlich offen, die für die Projektabwicklung erforderlichen Planungs- und Bauleistungen im Rahmen der vergaberechtlich aufgezeigten Möglichkeiten (siehe II.I.3) einzeln an entsprechende Fachplaner und Professionisten zu vergeben oder in unterschiedlicher Intensität zu bündeln.⁷¹⁷ Bei den Gestaltungsmöglichkeiten und der Entscheidungsfindung des passenden Modells für das jeweilige Projekt sind insbesondere Fragen der Haftung, Vollständigkeit der Leistung (Schnittstellen zwischen den einzelnen Leistungsbereichen) und Kostensicherheit zu berücksichtigen.⁷¹⁸

Nach den Empfehlungen des Rechnungshofes sollen öffentliche Auftraggeber verstärkt auf die Trennung von Funktionen im Bauablauf achten,⁷¹⁹ womit insbesondere der „Grundsatz

⁷¹³ Kullack in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 99 GWB, Rz 52.

⁷¹⁴ Schwifcz, Leasing und Europarecht (2000), 38.

⁷¹⁵ Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 210.

⁷¹⁶ Hailbronner in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99 GWB, Rz 504; Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 211.

⁷¹⁷ Baden in Neuenfeld/Baden/Dohna/Groscurth, Handbuch des Architektenrechts, Band 1 – Allgemeine Grundlagen³ (2012), Teil VI – Der Bauunternehmer, Rz 10; Lechner, Vergabearten im Hochbau (2008), 10.

⁷¹⁸ Karasek, ÖNORM B 2110² (2009), Rz 693ff.

⁷¹⁹ Tätigkeitsbericht des Rechnungshofes, Reihe Bund 2003/5, 20; Goldeband/Eckel, Die strategische Ausrichtung des Rechnungshofes als Bund-Länder-Organ und die öffentlichen Auftragsvergaben in der Prüfungspraxis in Kandlhofer/Seyfried (Hrsg.), Interne Revision und Vergaberecht (2008), 61, 74.

der Trennung von Planung und Bauausführung⁷²⁰ angesprochen ist. Dem steht jedoch die Möglichkeit der Vergabe eines Bauauftrages auf Grund der gleichzeitigen Ausführung und Planung nach § 4 Z 1 BVergG (siehe II.G.1) gegenüber, innerhalb welcher im Wege einer losweisen Vergabe (siehe II.I.3.b) wiederum Handlungsspielräume, wie insbesondere die Anwendung vereinfachter Verfahrensarten für einzelne Los-Vergaben, eröffnet werden können.

Aus dem Blickwinkel der Umgehung des Vergaberechts ist für den Fall, dass der geschätzte Auftragswert alleine für die Planungsleistungen über dem Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge liegt, der Gesamtauftragswert jedoch unter jenem für Bauaufträge, und somit kein Vergabeverfahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich durchgeführt werden muss, von Relevanz, ob eine (nach § 19 Abs. 4 BVergG jedenfalls erforderliche) tatsächliche Vergabeabsicht hinsichtlich beider Leistungsteile besteht. Sofern die Ausführung der Bauleistung noch fraglich ist, erscheint eine gemeinsame Vergabe äußerst zweifelhaft,⁷²¹ während andernfalls die Ausübung des Wahlrechts zu Gunsten der gemeinsamen Vergabe mit dem Vorteil der Möglichkeit die Planungsleistung im Wege einer losweisen Vergabe in einem vereinfachten Verfahren – an Stelle einer Vergabe nach den Bestimmungen des Oberschwellenbereiches – vergeben zu können,⁷²² einen rechtskonformen Vorgang darstellt.⁷²³

1. Alleinunternehmervertrag

Der Alleinunternehmervertrag, bei dem der Unternehmer sämtliche zum Auftrag gehörigen Leistungen eigenverantwortlich in seinem Betrieb durchführt, stellt den Ausgangsfall der Unternehmereinsatzformen im Rahmen der Abwicklung von Bauvorhaben dar.⁷²⁴ Der vom öffentlichen Auftraggeber als Bauherren erteilte Auftrag kann dabei die gesamte Bauleistung oder ein Teil- oder Fachlos (siehe II.I.3.a) eines Projektes umfassen.⁷²⁵ Die Koordinierung der, im Wege von Einzelvergaben beauftragten Unternehmen, obliegt dem

⁷²⁰ Oberndorfer/Straube, Kommentar zur ÖNORM A 2050 – Vergabe- und Verdingungswesen (1993), 1.3.2, Fn 11.

⁷²¹ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 32.

⁷²² Sofern die Voraussetzungen der Kleinlosregelung nach § 14 Abs. 3 BVergG erfüllt sind (siehe II.I.3.b), ist diese Vorgehensweise auch im Oberschwellenbereich möglich.

⁷²³ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 234.

⁷²⁴ Korbion in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 2.

⁷²⁵ Brauns in Leinemann, VOB/B-Kommentar⁴ (2011), § 1 VOB/B, Rz 77.

Verantwortungsbereich des öffentlichen Auftraggebers, sofern er diese Leistungen nicht an einen Dritten vergibt.

2. Generalunternehmervertrag

Beim Generalunternehmervertrag verpflichtet sich der Generalunternehmer gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zur vollständigen Herstellung eines Werkes, also der Erbringung sämtlicher zu einem Bauvorhaben gehörigen Leistungen⁷²⁶ aller Gewerke,⁷²⁷ im eigenen Namen und auf eigene Rechnung entsprechend einer bereits vorliegenden Planung.⁷²⁸

Der Generalunternehmer erbringt typischerweise einen nicht unwesentlichen Teil der von ihm übernommenen Bauleistungen im eigenen Betrieb selbst, während er die anderen Leistungen im eigenen Namen⁷²⁹ an Subunternehmer (weiter)vergibt.⁷³⁰ Der öffentliche Auftraggeber hat dadurch den Vorteil, sämtliche Bauleistungen aus einer Hand abrufen zu können, um zu einer weit reichenden Kosten- und Terminalsicherheit bei gleichzeitig geringerem Koordinierungsaufwand als bei Einzelvergaben, zu gelangen.⁷³¹

Gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber ist nur der Generalunternehmer vertraglich gebunden und zur Erbringung der vereinbarten Gesamtleistung verpflichtet. Die Subunternehmer sind ihrerseits wiederum nur dem Generalunternehmer, der insoweit selbst zum (privaten) Auftraggeber wird, ohne dabei selbst Bauherr zu sein,⁷³² verantwortlich und steht in keiner vertraglichen Beziehung zum öffentlichen Auftraggeber,⁷³³ sodass General- und Nachunternehmer auch nicht Gesamtschuldner des öffentlichen Auftraggebers sind.⁷³⁴

⁷²⁶ *Sprau in Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2011), § 631 BGB, Rz 9a; *Korbion in Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 159.

⁷²⁷ *Schmitz*, Bauvertragsrecht – Gestaltung von Architekten-, Ingenieur- und Bauverträgen (2002), Rz 4.

⁷²⁸ *Karasek*, ÖNORM B 2110² (2009), Rz 728.

⁷²⁹ *Krejci in Rummel*, ABGB, Band I³ (2000), §§ 1165, 1166, Rz 44.

⁷³⁰ BGH 13.12.1973, VII ZR 200/71 = BauR 1974, 134; OLG Düsseldorf, 05.07.2000, Verg 5/99 = BauR 2000, 1639; *Gölles*, Generalunternehmer und Subunternehmer in *Straube/Aicher* (Hrsg.), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Band I (2010), 4.1; *Locher*, Das private Baurecht⁶ (1996), Rz 15.

⁷³¹ *List in Ulbrich*, Formularbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht² (2012), Teil A, Rz 92;

Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 22, Rz 13.

⁷³² *Korbion in Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 156; BGH 26.01.1978, VII ZR 50/77 = BauR 1978, 220.

⁷³³ BKartA 04.10.2004, VK3-152/04; *Gölles*, Generalunternehmer und Subunternehmer in *Straube/Aicher* (Hrsg.), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Band I (2010), 4.4.2.1; *Krejci in Rummel*, ABGB, Band I³ (2000), §§ 1165, 1166, Rz 44; OGH 29.11.1989, 1 Ob 704/89 = ecolex 1990, 143; OGH 15.10.1998, 6 Ob 40/98w = RdW 1999, 199.

⁷³⁴ BGH 23.04.1981, VII ZR 196/80 = BauR 1981, 383.

Der Generalunternehmer handelt dementsprechend – anders als etwa der Baubetreuer (siehe V.C) – auch nicht als Vertreter des Bauherren.⁷³⁵

Die Weitergabe von Teilen der für einen öffentlichen Auftraggeber zu erbringenden Leistungen an einen Subunternehmer war grundsätzlich als Ausnahme und nicht als Regelfall zu betrachten.⁷³⁶ Diesem Grundsatz folgend hatte der Auftragnehmer in den Fassungen des Bundesvergabegesetzes vor 2006 noch „überwiegende“ bzw. „wesentliche“ Teile der beauftragten Leistungen selbst zu erbringen,⁷³⁷ während nunmehr ausschließlich die Weitergabe des gesamten Auftrages an Dritte (ausgenommen Kaufverträge, sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen) entsprechend § 83 Abs. 1 BVergG unzulässig ist, um einen „Auftragshandel“ zu unterbinden.⁷³⁸

Die vom Generalunternehmer eingesetzten Subunternehmer müssen ihrerseits gemäß § 83 Abs. 3 BVergG die erforderliche Eignung besitzen und sind vom Generalunternehmer als Auftragnehmer gemäß § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG dem öffentlichen Auftraggeber bekannt zu geben, soweit sich dieser auf die Kapazitäten der Subunternehmer für dessen Eignung stützt („erforderlicher Subunternehmer“).⁷³⁹ Hinsichtlich Lieferanten von Materialien oder Bestandteilen, welche für die Leistungserbringung erforderlich sind, ist nicht von Subunternehmern auszugehen.⁷⁴⁰

Der Generalunternehmer (sofern es sich bei diesem nicht selbst um einen öffentlichen Auftraggeber handelt) ist seinerseits als Auftraggeber des jeweiligen Subunternehmers nicht verpflichtet eine Ausschreibung entsprechend den vergaberechtlichen Bestimmungen durchzuführen.⁷⁴¹

⁷³⁵ Frotz, Generalunternehmer und Subunternehmer im Vergabewesen in *Wenger* (Hrsg.), *Ausgewählte Probleme des öffentlichen Vergabewesens* (1978), 133.

⁷³⁶ Korbion in *Ingenstau/Korbion*, *VOB Teile A und B Kommentar*¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 172.

⁷³⁷ Gölles, Generalunternehmer und Subunternehmer in *Straube/Aicher* (Hrsg.), *Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Band I* (2010), 4.3.1.

⁷³⁸ Zellhofer/Schramm in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, *Kommentar BVergG 2006* (2009), § 83, Rz 20.

⁷³⁹ Pachner, Probleme, die das Vergaberecht schafft, aber nicht löst in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), *Vergaberecht und PPP V* (2008), 105, 109.

⁷⁴⁰ *Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner*, *Kurzkommentar Bundesvergabegesetz 2006* (2010), 502.

⁷⁴¹ *Gast*, *Das öffentliche Vergabewesen in Österreich – Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006* (2006), 54.

3. Generalübernehmervertrag

Der Generalübernehmer schuldet dem öffentlichen Auftraggeber die Erbringung sämtlicher für ein Bauvorhaben erforderlichen Bauleistungen, ohne jedoch selbst Ausführungsleistungen im eigenen Betrieb zu erbringen.⁷⁴² Die Ausführung der Bauleistungen erfolgt zur Gänze durch Subunternehmer, während sich der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers als Generalübernehmer auf die Vermittlung, Koordination und Überwachung dieser Leistungen beschränkt.⁷⁴³ Der Generalübernehmer, bei dem es sich vielfach um einen Architekten oder Bauträger handelt,⁷⁴⁴ erbringt dementsprechend ein breites Spektrum an Baumanagement- und Koordinierungsleistungen.⁷⁴⁵ Er agiert daher als „Zwischenauftraggeber“ gegenüber den die Bauleistungen tatsächlich erbringenden Unternehmen, ohne selbst Bauherr zu sein⁷⁴⁶ und fungiert daher als „Generaltreuhänder“.⁷⁴⁷

Bauleistungen dürfen nur an geeignete Bieter vergeben werden, welche in der Lage sein müssen, die Leistungen auch selbst auszuführen, sodass Generalübernehmer auf den ersten Blick ungeeignet erscheinen, Auftragnehmer eines öffentlichen Bauauftrages zu sein.⁷⁴⁸ Soweit ein derartiger Unternehmer jedoch nachweisen kann, dass er tatsächlich über die zur Ausführung der Leistung erforderlichen Mittel – etwa durch Beauftragung geeigneter Subunternehmer – verfügen kann, darf er von einem Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen werden.⁷⁴⁹

⁷⁴² *Hermann* in *Ulbrich*, Formularbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht² (2012), Teil A, Rz 117; *Neuenfeld/Baden/Dohna/Groscurth*, Handbuch des Architektenrechts, Band 1 – Allgemeine Grundlagen³ (2012), Teil VI – Der Bauunternehmer, Rz 13.

⁷⁴³ BGH 26.01.1978, VII ZR 50/77 = BauR 1978, 220; OLG Saarbrücken 21.04.2004, 1 Verg 1/04.

⁷⁴⁴ *Korbion* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 174.

⁷⁴⁵ *Kromik* in *Wirth*, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 1 (2001), VII. Teil, Rz 13.

⁷⁴⁶ *Brauns* in *Leinemann*, VOB/B-Kommentar⁴ (2011), § 1 VOB/B, Rz 77; *Gölles*, Generalunternehmer und Subunternehmer in *Straube/Aicher* (Hrsg.), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Band I (2010), 4.1.

⁷⁴⁷ *Krejci* in *Rummel*, ABGB, Band I³ (2000), §§ 1165, 1166, Rz 44.

⁷⁴⁸ *Korbion* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 180; *Riese*, Vergaberecht (1998), 84.

⁷⁴⁹ EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 (Ballast Nedam Groep NV gegen Belgischer Staat), Rz 12; EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 (Ballast Nedam Groep NV gegen Belgischer Staat II), Rz 13; *Höfler/Ruppmann* in *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003), 2. Teil, Rz 69; *Boesen/Upleger*, Das Gebot der Selbstaussführung und das Recht zur Unterbeauftragung, NVwZ 2004, 919; *Gruber* in *Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht (2005), 375; *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 564.

4. Totalunternehmervertrag

Der Totalunternehmer erbringt neben den für das Bauvorhaben erforderlichen Bauleistungen auch sämtliche Planungsarbeiten (Architekten- und Ingenieurleistungen), wobei er in der Praxis zumeist einen Teil dieser Leistungen selbst und einen anderen durch Subunternehmer und Subplaner ausführen lässt.⁷⁵⁰ Ein derartiger Vertrag stellt oftmals einen Bauauftrag iSd „gleichzeitigen Planung und Ausführung“ von Bauvorhaben (siehe II.G.1) dar,⁷⁵¹ weil typischerweise die Bauleistungen im Verhältnis zu den Planungsleistungen überwiegen.⁷⁵²

Die Beschreibung der zu erbringenden Leistungen erfolgt hierbei im Regelfall im Wege einer funktionalen Leistungsbeschreibung, bei welcher die Leistung nach § 95 Abs. 3 BVergG als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- und Funktionsanforderungen definiert wird⁷⁵³ und im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach § 28 Abs. 1 Z 3 BVergG vergeben werden kann, da es sich bei Totalunternehmerleistungen typischerweise um Bauleistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken einer vorherigen globalen Preisgestaltung nicht zugänglich sind.⁷⁵⁴ Davon ist dann auszugehen, wenn zu erwarten ist, dass die Bieter keinen festen Preis für ihre Leistung angeben können, sondern Eventualitäten berücksichtigen müssen, die einen direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen.⁷⁵⁵

5. Totalübernehmervertrag

Ein Unternehmer, der sich gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zur Erbringung der gesamten, für ein Bauvorhaben erforderlichen, Bau- und Planungsleistungen aus einer Hand verpflichtet, ohne jedoch selbst diese Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen, ist als

⁷⁵⁰ Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts³ (2008), Teil 11, Rz 8; Eschenbruch/Leicht in Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht³ (2011), Kapitel 6E, Rz 4; Korbion in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 159.

⁷⁵¹ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 32.

⁷⁵² BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29 = Sachs/Hahnl, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht, Band II (2005), Rz 6.16.

⁷⁵³ Pachner/Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 96, Rz 50; UVS Steiermark 20.12.2005, 44.15-8/2005 = Hörmandinger in Gast (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 96, E 35.

⁷⁵⁴ BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29 = Sachs/Hahnl, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht, Band II (2005), Rz 6.16; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 236;

aA Pachner/Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 96, Rz 51.

⁷⁵⁵ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 47.

Totalübernehmer zu qualifizieren⁷⁵⁶ und übernimmt im Wesentlichen die Baumanagementfunktion.⁷⁵⁷ Dem Totalübernehmer werden insofern weitgehende Bauherrenaufgaben übertragen.⁷⁵⁸

Ein Gestaltungsmodell in Form der Zwischenschaltung eines Architekten, welcher neben den Planungsleistungen auch die Bauleistungen in eigener Person schuldet, jedoch der dahinter stehende öffentliche Auftraggeber realiter alle bau- und vergaberechtlich relevanten Entscheidungen trifft und somit de facto als Bauherr anzusehen ist, wird vom OGH als Umgehungsfall gewertet.⁷⁵⁹ Das Ziel, dem Anwendungsbereich des Vergaberechts zu entkommen, wird vom OGH dadurch verhindert, dass die umgangenen Bestimmungen auf den „privaten Bauauftrag“ ausgedehnt werden.⁷⁶⁰ Es ist mE jedoch nicht die Ausdehnung des persönlichen, sondern des sachlichen Anwendungsbereiches geboten, sodass die Beauftragung des Architekten mit der Erbringung der Bauleistung dem Vergaberecht zu unterstellen ist und nicht dessen Subvergaben an die ausführenden Unternehmen (siehe III.G).

6. Anlagenbauvertrag (Turn-Key-Vertrag)

In diesem Fall wird dem Auftragnehmer nicht nur die Erbringung der Bauleistungen samt allfälliger Planungsarbeiten, sondern typischerweise auch die Beschaffung der erforderlichen Betriebsausstattung übertragen, sodass Leistungsgegenstand die Bereitstellung eines für die unmittelbare Betriebsaufnahme funktionsfähigen Objektes („at the turn of the key“), ist.⁷⁶¹

Einem Anlagenbauvertrag liegt im Regelfall eine funktionale Leistungsbeschreibung zu Grunde, bei der eine ergebnisorientierte Beschreibung des zu errichtenden Objektes samt Ausstattung erfolgt,⁷⁶² während demgegenüber eine konstruktive Leistungsbeschreibung alle Einzelleistungen auf Basis durchkoordinierter Ausführungspläne zum Inhalt hat.⁷⁶³

⁷⁵⁶ *Eschenbruch/Leicht in Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht³ (2011), Kapitel 6B, Rz 5; Schmitz, Bauvertragsrecht – Gestaltung von Architekten-, Ingenieur- und Bauverträgen (2002), Rz 171.*

⁷⁵⁷ *Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 29.*

⁷⁵⁸ *Hermann in Ulbrich, Formularbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht² (2012), Teil A, Rz 117.*

⁷⁵⁹ OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m = ecolex 2000/253.

⁷⁶⁰ *Wilhelm, Methodisches zur Umgehung des Bestbieterprinzips, ecolex 2000, 786.*

⁷⁶¹ *Korbion in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 184.*

⁷⁶² *Lechner, Vergabearten im Hochbau (2008), 12.*

⁷⁶³ *Lechner, Vergabearten im Hochbau (2008), 10.*

Bei derartigen Vertragsgestaltungen können somit auch – einzeln als Lieferleistungen zu beurteilende – Leistungsbestandteile der Erst-Betriebsausstattung als Teil eines insgesamt, auf Grund des Schwerpunktes des Vertrages, als Bauauftrag zu qualifizierenden Vertrages nach den für Bauaufträge relevanten Bestimmungen vergeben werden,⁷⁶⁴ was insbesondere dann von Interesse sein kann, wenn der geschätzte Auftragswert dieser Leistungsteile den Schwellenwert für Lieferaufträge übersteigt, jedoch unter jenem der Bauaufträge liegt bzw. von der Losregelung im Oberschwellenbereich (siehe II.I.3.b) Gebrauch gemacht werden kann.

7. Projektentwicklungsvertrag

Bei derartigen Verträgen geht es typischerweise um die gesamte Ent- und Abwicklung eines Immobilienprojektes, welche je nach individueller Ausgestaltung als Baubetreuungsvertrag (siehe V.C) oder als Bauträgervertrag (siehe V.D) eingestuft werden können.⁷⁶⁵

C. Baubetreuungsvertrag

Die organisatorische, technische, wirtschaftliche und finanzielle Abwicklung von Bauvorhaben steht im Fokus von Baubetreuungsverträgen.⁷⁶⁶ Der Baubetreuer errichtet auf einem im Eigentum des Betreuten oder einem von diesem vor Bauführung noch zu erwerbenden Grundstück,⁷⁶⁷ in dessen Namen und auf dessen Rechnung ein Bauwerk⁷⁶⁸ und erbringt daher selbst keine Bauleistungen im eigentlichen Sinn, sondern vielmehr baubezogene Organisations- und Koordinierungsleistungen.⁷⁶⁹

⁷⁶⁴ BVA 22.04.1999, F-28/98-15 = *Sachs/Hahnl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 1.35 hinsichtlich einer Schließanlage; BVA 13.12.2002, 17N-54/02-14 = *Sachs/Hahnl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004), Rz 1.71 im Zusammenhang mit Elektro-Verteiler.

⁷⁶⁵ *Jagenburg*, Juristisches Projektmanagement – bauvorbereitende und baubegleitende Rechtsberatung bei Projektentwicklung und Projektdurchführung in *Doerry/Watzke* (Hrsg.), FS für *Wolfgang Heiermann* (1995), 157, 159.

⁷⁶⁶ *Korbion* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), VOB/A, § 1, Rz 36; *Locher*, Das private Baurecht⁶ (1996), Rz 16.

⁷⁶⁷ BGH 25.10.1968, V ZR 80/65; *Kromik* in *Wirth*, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 1 (2001), VII. Teil, Rz 21; *Korbion* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 272.

⁷⁶⁸ *Krejci* in *Rummel*, ABGB, Band I³ (2000), §§ 1165, 1166, Rz 24; *Kromik* in *Wirth*, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 1 (2001), VII. Teil, Rz 1.

⁷⁶⁹ *Korbion* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), VOB/A, § 1, Rz 36; *Jagenburg*, Juristisches Projektmanagement – bauvorbereitende und baubegleitende Rechtsberatung bei

Hinsichtlich der zivilrechtlichen Einordnung derartiger Verträge, die sowohl Elemente des Werkvertrages (technische Betreuung bezüglich Planung, Errichtung und Abwicklung von Bauprojekten) als auch des Auftragsvertrages (wirtschaftliche Betreuung betreffend Organisation und Koordination der Projektabläufe) enthalten, ist auf die Vertragsgestaltung im Einzelfall abzustellen,⁷⁷⁰ wobei typischerweise von gemischten Verträgen auszugehen sein wird.⁷⁷¹

Für diesen Vertragstypus ist charakteristisch, dass der Baubetreuer vom Betreuten bevollmächtigt wird in seinem Namen die jeweiligen Bauverträge mit den einzelnen Baubeteiligten abzuschließen,⁷⁷² sodass der Betreute in der Funktion als Bauherr verbleibt und alle damit verbundenen Bauherrenrisiken selbst trägt.⁷⁷³ Vom Generalübernehmer unterscheidet sich der Baubetreuer dadurch, dass er dem Auftraggeber nicht die Erbringung der Bauleistung im eigenen Namen, sondern lediglich die Wahrnehmung der diesbezüglichen Managementaufgaben schuldet.⁷⁷⁴ Der Baubetreuer ist insofern auch nicht als „Dritter“ zu betrachten, sondern vielmehr als Erfüllungsgehilfe oder Stellvertreter des Auftraggebers anzusehen.⁷⁷⁵ Je nach vertraglicher Ausgestaltung kann der Baubetreuer – unter Berücksichtigung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise – auch als Bauträger iSd BTVG zu qualifizieren sein.⁷⁷⁶

Aus vergaberechtlicher Perspektive ist der Baubetreuungsvertrag je nach Schwerpunkt des Vertrages, als Bauauftrag (bei der Verpflichtung zur Objekterrichtung) oder als Dienstleistungsauftrag (sofern lediglich Bau-Consultingdienstleistungen geschuldet werden) zu qualifizieren.⁷⁷⁷

Projektentwicklung und Projektdurchführung in *Doerry/Watzke* (Hrsg.), FS für *Wolfgang Heiermann* (1995), 157, 159.

⁷⁷⁰ *Neuenfeld/Baden/Dohna/Groscurth*, Handbuch des Architektenrechts, Band 1 – Allgemeine Grundlagen³ (2012), Teil VI – Der Bauunternehmer, Rz 33f.

⁷⁷¹ *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON 1.01, §§ 1165, 1166, Rz 85.

⁷⁷² *Koebler* in *Kniffka/Koebler*, Kompendium des Baurechts³ (2008), Teil 11, Rz 4.

⁷⁷³ *Kromik* in *Wirth*, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 1 (2001), VII. Teil, Rz 23.

⁷⁷⁴ *Neuenfeld/Baden/Dohna/Groscurth*, Handbuch des Architektenrechts, Band 1 – Allgemeine Grundlagen³ (2012), Teil VI – Der Bauunternehmer, Rz 13.

⁷⁷⁵ *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 717.

⁷⁷⁶ *Gartner*, Praxiskommentar Bauträgervertragsgesetz (2008), § 2 BTVG, Rz 3.

⁷⁷⁷ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 484.

D. Bauträgervertrag

Bei einem Bauträgervertrag verpflichtet sich ein Unternehmen (der Bauträger), ein Bauwerk nach den vom Auftraggeber gebilligten Plänen auf dessen eigenem oder einem fremden Grundstück⁷⁷⁸ zu errichten, welches dieser sodann nach Fertigstellung erwirbt.⁷⁷⁹ Das Bauvorhaben wird vollständig vom Unternehmer finanziert und ausgeführt,⁷⁸⁰ wobei nicht notwendigerweise erforderlich ist, dass dieser das Bauwerk selbst errichtet.⁷⁸¹ Der Bauträger wird insofern im eigenen Namen und für eigene Rechnung⁷⁸² tätig und erlangt zunächst Eigentum an dem, in seiner Verantwortung, ausgeführten Bauwerk, bevor er dieses nach Fertigstellung an den Auftraggeber oder Dritte überträgt.⁷⁸³

Anders als beim Baubetreuungsvertrag tritt der Auftraggeber beim Bauträgervertrag nicht in direkte Vertragsbeziehungen mit den – vom Bauträger beauftragten – an der Bauwerkserstellung Beteiligten⁷⁸⁴ und erlangt die, ihm auf Grund des Vertrages zukommende Rechtsposition erst nach Fertigstellung des Bauwerks,⁷⁸⁵ sodass der Auftraggeber im Regelfall auch erst dann Eigentümer der Liegenschaft wird.⁷⁸⁶ Der Bauträger erhält für seine Leistungen ein Entgelt, welches neben den Kosten für die Vorfinanzierung und Bauerrichtung⁷⁸⁷ auch ein Bauträgerhonorar⁷⁸⁸ beinhaltet.

⁷⁷⁸ Jagenburg, Juristisches Projektmanagement – bauvorbereitende und baubegleitende Rechtsberatung bei Projektentwicklung und Projektdurchführung in *Doerry/Watzke* (Hrsg.), FS für *Wolfgang Heiermann* (1995), 157, 159.

⁷⁷⁹ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 175; *Marx* in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 28; *Dullinger/Harrer*, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133, 138; *Franke/Stoye* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, VOB-Kommentar⁴ (2011), § 1a VOB/A, Rz 65.

⁷⁸⁰ Leitfaden der Europäischen Kommission zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen (1997), 12.

⁷⁸¹ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 4, Rz 65.

⁷⁸² *Brauns* in *Leinemann*, VOB/B-Kommentar⁴ (2011), § 1 VOB/B, Rz 77; *Korbion* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 282; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON 1.01, §§ 1165, 1166, Rz 86.

⁷⁸³ *Kromik* in *Kuffer/Wirth*, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht³ (2011), Kapitel 5B, Rz 2; *Basty*, Der Bauträgervertrag – Schwerpunkte der Vertragsgestaltung (2002), Rz 1.

⁷⁸⁴ *Kooble* in *Kniffka/Kooble*, Compendium des Baurechts³ (2008), Teil 11, Rz 21; *Korbion* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 283.

⁷⁸⁵ *Gartner*, Praxiskommentar Bauträgervertragsgesetz (2008), § 2 BTVG, Rz 2.

⁷⁸⁶ *Korbion* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 268.

⁷⁸⁷ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 484.

⁷⁸⁸ *Resch* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 387.

Der Bauträgervertrag enthält insofern Elemente des Kaufvertrages (betreffend das Grundstück), des Werkvertrages (hinsichtlich der Bauleistungen zur Errichtung des Bauwerks) sowie der Geschäftsbesorgung (bezüglich der Beratung und Betreuung der Bauabwicklung),⁷⁸⁹ sodass es sich dabei um einen Vertrag eigener Art handelt,⁷⁹⁰ welcher auf Grund der typischen Schwerpunktsetzung hinsichtlich der Bauleistungen als Bauauftrag iSd Vergaberechts zu qualifizieren ist.

Darüber hinaus gilt es abzuklären, ob Bauträger als öffentliche Auftraggeber zu betrachten und daher bei der Vergabe von Leistungen an Dritte an das Vergaberecht gebunden sind. Hierbei ist zwischen gemeinnützigen und privaten Bauträgern zu unterscheiden.

1. Gemeinnützige Bauvereinigungen

Im gemeinnützigen Bauvereinigungen (GBV) ist festzuhalten, dass eines der grundlegenden Prinzipien des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts in der funktionellen Inpflichtnahme dieser für Zwecke des öffentlichen Wohls besteht.⁷⁹¹ Dementsprechend legt § 1 Abs. 2 WGG fest, dass GBV ihre Tätigkeit unmittelbar auf die Erfüllung von dem Gemeinwohl dienenden Aufgaben des Wohnungs- und Siedlungswesens zu richten und ihr Vermögen der Erfüllung solcher Aufgaben zu widmen haben.

Derartige Einrichtungen sind mit ihrer – oftmals auch satzungsmäßig festgeschriebenen – Ausrichtung der sozialen Wohnraumversorgung von breiten Bevölkerungsschichten,⁷⁹² Teil der gemeinwohlorientierten Daseinsvorsorge und erfüllen daher das Kriterium der Besorgung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG.⁷⁹³

⁷⁸⁹ BGH 28.09.2000, IX ZR 279/99 = BauR 2001, 397; *Krejci in Rummel*, ABGB, Band I³ (2000), §§ 1165, 1166, Rz 25.

⁷⁹⁰ *Basty*, Der Bauträgervertrag – Schwerpunkte der Vertragsgestaltung (2002), Rz 3; BGH 21.11.1985; VII ZR 366/83 = BauR 1986, 208; *Gartner*, Praxiskommentar Bauträgervertragsgesetz (2008), § 2 BTVG, Rz 1.

⁷⁹¹ *Aicher*, Gemeinnützige Bauvereinigungen mit gebietskörperschaftlicher Mehrheitsbeteiligung als öffentliche Auftraggeber? in *Kramer/Schuhmacher* (Hrsg.), Beiträge zum Unternehmensrecht – FS für *Hans-Georg Koppensteiner* (2001), 525, 530.

⁷⁹² *Wiedekind in Willenbruch/Wiedekind*, Kompaktkommentar Vergaberecht² (2011), § 98 GWB, Rz 65.

⁷⁹³ *Aicher*, Gemeinnützige Bauvereinigungen mit gebietskörperschaftlicher Mehrheitsbeteiligung als öffentliche Auftraggeber? in *Kramer/Schuhmacher* (Hrsg.), Beiträge zum Unternehmensrecht – FS für *Hans-Georg Koppensteiner* (2001), 525, 531; *Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 98 GWB, Rz 212; EuGH 01.02.2001, Rs C-237/99 (Sozialwohnungsaktiengesellschaften), Rz 45; *Prieß*, Sind kommunale Wohnungsunternehmen Auftraggeber im Sinne des EG-Vergaberechts?, BauR

Die GBV stehen sowohl im geförderten, wie auch im nicht geförderten Wohnbau untereinander sowie gegenüber gewerblichen Wohnbauunternehmungen und Gemeinden im Anbieterwettbewerb, woraus iSd Judikatur des EuGH⁷⁹⁴ nicht automatisch auf die Gewerblichkeit der Tätigkeit iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG geschlossen werden kann (siehe II.F.2.c). Der EuGH betont jedoch, dass „das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs und insbesondere der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht“, auf eine gewerbliche Tätigkeit hinweisen kann.⁷⁹⁵

Im Regelfall verfolgen GBV – wenn auf Grund des Kostendeckungsprinzips des WGG auch in eingeschränktem Maße⁷⁹⁶ – eine gewerbliche Tätigkeit im weiteren Sinne, weil eine Gewinnerzielung zwar nicht im Vordergrund steht,⁷⁹⁷ aber zumeist nicht gänzlich ausgeschlossen ist, sie in der angesprochenen Wettbewerbssituation stehen und sich insofern marktorientiert verhalten, sodass sie sich vom Marktauftritt gewerblicher Bauträger nicht wesentlich unterscheiden⁷⁹⁸ und der Markt daher ein hinreichendes Korrektiv darstellt, um sich nicht von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten zu lassen.⁷⁹⁹

In einer Gesamtbetrachtung ist daher davon auszugehen, dass eine gemeinnützige Bauvereinigung mangels einer Aufgabenerfüllung „nicht gewerblicher Art“ nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts und somit nicht als öffentlicher Auftraggeber iSd BVergG zu qualifizieren ist und daher eine zwingende Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen nicht zu erfolgen hat.⁸⁰⁰

1999, 1354, 1359; aA Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Fn 1122; OGH 31.01.2002, 6 Ob 236/01a = *Gast in Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 3, E 70.

⁷⁹⁴ EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding), Rz 47; EuGH 10.05.2001, Rs C-223/99 (Agorà Srl), Rz 38.

⁷⁹⁵ EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding), Rz 49; EuGH 10.05.2001, Rs C-223/99 (Agorà Srl), Rz 38.

⁷⁹⁶ *Gutknecht*, Auftragsvergabe im geförderten Wohnbau in *Griller/Korinek/Potacs* (Hrsg.), Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts – FS für *Heinz Peter Rill* (1995), 447, 468.

⁷⁹⁷ *Wiedekind* in *Willenbruch/Wiedekind*, Kompaktkommentar Vergaberecht² (2011), § 98 GWB, Rz 65.

⁷⁹⁸ *Aicher*, Gemeinnützige Bauvereinigungen mit gebietskörperschaftlicher Mehrheitsbeteiligung als öffentliche Auftraggeber? in *Kramer/Schuhmacher* (Hrsg.), Beiträge zum Unternehmensrecht – FS für *Hans-Georg Koppensteiner* (2001), 525, 537.

⁷⁹⁹ *Sundström*, Neuere Rechtsprechung zu ausgewählten Fragen des Vergaberechts, *ecolex* 2007, 237; *Lessiak*, Sozialwohnungsaktiengesellschaften als öffentliche Auftraggeber, *ZVB* 2001/21.

⁸⁰⁰ UVS Vorarlberg 16.08.2006, 314-008/06 = *Gast in Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 3, E 104; VKS Wien 08.02.2007, VKS-3453/06.

In Deutschland werden Wohnbaugesellschaften unter Verweis auf Anhang III⁸⁰¹ der Vergabe-RL regelmäßig in den Anwendungsbereich des § 98 Z 2 GWB (Einrichtungen öffentlichen Rechts) einbezogen und daher als öffentliche Auftraggeber betrachtet.⁸⁰² Es bedarf jedoch auch in diesem Fall der Erfüllung der Kriterien einer „Einrichtung des öffentlichen Rechts“, also insbesondere der Wahrnehmung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art durch die Wohnbaugesellschaft.

2. Private Bauträger

Auf private Bauträger, welche unter Umständen zwar als gemeinnützige Bauvereinigung iSd WGG zu betrachten sind, jedoch nicht von der öffentlichen Hand beherrscht werden, ist das BVergG mangels Staatsnähe⁸⁰³ und Gewerblichkeit (siehe V.D.1) ebenso wenig anzuwenden. Dies betrifft jedoch nur das Rechtsverhältnis zwischen dem jeweiligen Bauträger und den von ihm beauftragten Unternehmen, nicht jedoch jenes zu einem, den Bauträger mit der Projektumsetzung beauftragenden, öffentlichen Auftraggeber, welches in unterschiedlicher Intensität (siehe V.B und V.C) ausgeprägt sein kann und im Regelfall dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegt.

E. Verwertung von Immobilien durch die öffentliche Hand

Dabei geht es um die Veräußerung und Verwertung von Nutzungsrechten von, im Eigentum der öffentlichen Hand befindlichen, Immobilien. Aus vergaberechtlicher Perspektive ist dabei relevant, ob mit dem – grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegenden –

⁸⁰¹ Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts: Für Deutschland sind unter anderem die juristischen Personen des Privatrechts, die der staatlichen Kontrolle unterliegen, im Allgemeininteresse tätig werden und nichtgewerblicher Art sind, angeführt, wobei „Bauwesen und Wohnungswirtschaft (Stadtplanung, Stadtentwicklung, Wohnungsunternehmen soweit im Allgemeininteresse tätig, Wohnraumvermittlung)“ explizit als Betätigungsbereich genannt wird.

⁸⁰² *Werner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 98, Rz 418; *Rusam/Weyand* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), Vorbemerkungen zur VOB/A, Rz 37; *Franke/Stoye* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, VOB-Kommentar⁴ (2011), § 1a VOB/A, Rz 43; *Prieß*, Sind kommunale Wohnungsunternehmen Auftraggeber im Sinne des EG-Vergaberechts?, *BauR* 1999, 1354, 1360; *Müller-Wrede/Greb*, Sind Wohnungsbauunternehmen der öffentlichen Hand öffentliche Auftraggeber im Sinne des EG-Vergaberechts?, *VergabeR* 2004, 565, 576; *Seidel*, Zur Wandlung des Begriffsinhaltes „öffentlicher Auftraggeber“ im EG-Vergaberecht vom institutionellen zum funktionalen Begriff sowie zu aktuellen Anwendungsfragen des erweiterten Begriffs in *Doerry/Watzke* (Hrsg.), FS für *Wolfgang Heiermann* (1995), 293, 301; KG Berlin 12.04.2000, KartVerg9/99 (Berliner Wohnungsbaugesellschaft); KG Berlin 06.02.2003, 2 Verg 1/03 = *VergabeR* 2003, 355; aA *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 99, Rz 92, nach dem der Markt ein ausreichendes Korrektiv darstellt, um eine wirtschaftliche und transparente Beschaffung zu gewährleisten.

⁸⁰³ *Holly*, Bauträger und Vergaberecht, *immolex* 2002, 280.

immobilienspezifischen Verwertungsvorgang auch ein Beschaffungszweck verbunden ist.⁸⁰⁴ Sofern dies zu bejahen ist und dadurch Leistungen – wenn auch nur mittelbar – beschafft werden sollen, die im Verhältnis zum Immobiliengeschäft eine nicht unwesentliche Bedeutung haben,⁸⁰⁵ liegt ein vergaberechtsrelevanter Vorgang vor.⁸⁰⁶ Für einen derartigen Beschaffungswillen des öffentlichen Auftraggebers stellt der sachlich-zeitliche Zusammenhang zwischen den immobilienbezogenen Handlungen und der Leistungsbeschaffung ein wesentliches Indiz dar.⁸⁰⁷

1. Liegenschaftsverkauf

Die reine Vermögensprivatisierung, also die Veräußerung von Vermögensgegenständen durch die öffentliche Hand stellt isoliert betrachtet keinen öffentlichen Auftrag dar, weil die öffentliche Stelle nicht als „Beschaffender“, sondern vielmehr als „Lieferant“ auftritt und daher keine für das Vergaberecht typische „Einkaufssituation“ gegeben ist (siehe II.B).⁸⁰⁸ Sofern der Hauptgegenstand des Vertrages daher auf der Erzielung von Einnahmen liegt, sind derartige „Veräußerungsgeschäfte, durch die der Staat nur eine Einnahmequelle aufzun möchte“ grundsätzlich nicht vom Vergaberecht erfasst.⁸⁰⁹

Sofern daher eine Liegenschaft an einen Privaten veräußert werden soll und in diesem Zusammenhang keine speziellen baulichen Verpflichtungen, welche über die ohnedies einzuhaltenden öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften und generellen Bebauungspläne hinausgehen,⁸¹⁰ vereinbart werden, liegt mangels eines (zumindest indirekten) Leistungsbezuges kein öffentlicher Auftrag vor.⁸¹¹ Die bloße Wahrnehmung städtebaulicher

⁸⁰⁴ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2002 (2005), § 1, Rz 23f.

⁸⁰⁵ Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 270.

⁸⁰⁶ Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 269.

⁸⁰⁷ Klein, Veräußerung öffentlichen Anteils- und Grundstücksvermögens nach dem Vergaberecht, VergabeR 2005, 22; aA Burgi, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601, 605.

⁸⁰⁸ Hamerl, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts, ZVB 2010/53, 181; Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 22; Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 153; Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 263.

⁸⁰⁹ OGH 07.08.2008, 6 Ob 146/08a = bbl 2008/214 = Rindler in Gast (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 1, E 51.

⁸¹⁰ Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 24f.

⁸¹¹ Burgi, BauGB-Verträge und Vergaberecht, NVwZ 2008, 929, 934; Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 158; Heiermann, Städtebauliche Verträge und Vergaberecht in Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Österreichisches Institut für Baurecht (Hrsg.), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008), 437, 439.

Regelungszuständigkeiten ist für eine vergabeverfahrensfreie Abwicklung insofern nicht schädlich.⁸¹² Die Zweckwidmung einer Liegenschaft (z.B. für Zwecke der Daseinsvorsorge) und deren Verankerung im Verkaufsvertrag ist hierbei aus vergaberechtlicher Sicht solange nicht schädlich, so lange der öffentliche Auftraggeber nicht selbst beabsichtigt diese zur Erfüllung eigener Aufgaben heranzuziehen⁸¹³ und der Veräußerung daher eigentlich ein Beschaffungsvorgang zu Grunde liegt.⁸¹⁴ Anderes gilt hingegen, wenn der Erwerber auch infrastrukturelle Maßnahmen zu ergreifen und eine entsprechende Bautätigkeit zu entfalten hat, welche über das grundstücksbezogene Projektentwicklungsinteresse des Grundstückserwerbers hinausgeht⁸¹⁵ und dem öffentlichen Auftraggeber ein durchsetzbarer Anspruch auf Vornahme dieser Bauleistungen zukommt,⁸¹⁶ sodass mit der Grundstücksveräußerung eigentlich die Nachfrage der öffentlichen Hand nach einer Bauleistung befriedigt wird.⁸¹⁷

Hinzuweisen ist noch darauf, dass der Verkauf von Bauten oder Grundstücken aus beihilfenrechtlicher Sicht von Relevanz sein kann, wenn die betreffende Immobilie zu einem nicht marktgerechten (in der Praxis meist zu niedrigen) Preis veräußert wird.⁸¹⁸ Einem derartigen Beihilfeverdacht kann durch den Verkauf an den einzigen oder meistbietenden Kaufinteressenten im Rahmen eines transparenten, allgemein offenen und bedingungsfreien Bieterverfahrens (ähnlich einer Versteigerung) begegnet werden.⁸¹⁹ Es ist dementsprechend ein öffentliches und nachvollziehbares „Erwerbenauswahlverfahren“⁸²⁰ durchzuführen (Transparenzkriterium),⁸²¹ an welchem alle Interessenten teilnehmen können

⁸¹² *Ax/Schneider/Siewert*, Auftragsvergabe² (2010), Rz 13.

⁸¹³ *Rosenkötter/Seidler*, Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand und deren Auswirkungen auf das europäische Vergaberecht, RPA 2008, 257, 257; *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 266.

⁸¹⁴ *Trettnak-Hahnl*, Grundstückskauf und –verkauf als Bauauftrag? in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 181, 182.

⁸¹⁵ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 265.

⁸¹⁶ *Weyand*, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013), § 99 GWB, Rz 191.

⁸¹⁷ *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2002 (2005), § 1, Rz 24.

⁸¹⁸ *Eilmansberger* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), Staatsbeihilfen und Vergaberecht, Rz 6.

⁸¹⁹ Mitteilung der Europäischen Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand vom 10.07.1997, 97/C 209/03, 3ff; *Eilmansberger*, Überlegungen zum Verhältnis zwischen Staatsbeihilfen und Vergaberecht in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP V (2008), 9, 13; *Kristoferitsch*, Eine „vergaberechtliche“ Interpretation des Bieterverfahrens bei Privatisierungen? Zum Rechtsschutz für unterlegene Bieter in Privatisierungsverfahren, EuZW 2006, 428, 429f.

⁸²⁰ *Probst*, Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand unterliegen grundsätzlich nicht dem Vergaberechtsregime, ELR 5/2010, 182, 185.

⁸²¹ Damit ist nicht die Einhaltung der Vergaberichtlinien gemeint, sondern vielmehr eine entsprechende Publikation in der internationalen Presse oder in allen wichtigen Wirtschaftszeitungen der EU (vgl.

(Offenheitskriterium)⁸²² und keine marktunüblichen Bedingungen zu erfüllen haben (Bedingungskriterium).⁸²³ Diesbezüglich bietet sich ein Verfahren in Anlehnung an ein vergaberechtliches Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung an.⁸²⁴

2. Investorenauswahlverfahren

Ein Investorenauswahlverfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass ein öffentlicher Auftraggeber eine Liegenschaft verwerten und diese gleichzeitig einer bestimmten Funktion zuführen möchte, wozu er einen Investor sucht, der das Grundstück dementsprechend nutzen wird.⁸²⁵

Es geht also einerseits darum einen möglichst guten Kaufpreis zu erzielen und andererseits die Bebauung der Liegenschaft zu optimieren, weshalb jeder Interessent ein Kaufangebot sowie einen Wettbewerbsentwurf vorzulegen hat.⁸²⁶ Soweit damit jedoch die eigene Nachfrage des öffentlichen Auftraggebers nach baulichen Anlagen befriedigt wird und nicht die Realisierung der Interessen des Investors im Vordergrund steht, liegt auch in dieser Konstruktion ein öffentlicher Bauauftrag vor,⁸²⁷ während es sich andernfalls um einen vergabeverfahrensfreien Vorgang handelt.⁸²⁸

Eilmansberger, Überlegungen zum Verhältnis zwischen Staatsbeihilfen und Vergaberecht in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP V (2008), 9, 13).

⁸²² KOM-E 22.07.1998, K (1998) 2406 (Banque Occidentale), Abl 1999 L103/19, 25; KOM-E 08.09.1999, K (1999) 3148 (Stardust Marine), Abl 2000 L206/6, 20.

⁸²³ *Bauer*, Das Bietverfahren im EG-Beihilfenrecht bei der übertragenden Sanierung rechtswidrig begünstigter Unternehmen, EuZW 2001, 748, 752.

⁸²⁴ *Probst*, Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand unterliegen grundsätzlich nicht dem Vergaberechtsregime, ELR 5/2010, 182, 185.

⁸²⁵ *Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig*, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 8; VÜA Niedersachsen, 01.09.1997, 34.2-35.66, Tgb.-Nr. 11/97; *Ax/Schneider/Siewert*, Auftragsvergabe² (2010), Rz 176.

⁸²⁶ *Ax/Schneider/Siewert*, Auftragsvergabe² (2010), Rz 177.

⁸²⁷ *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht: GWB⁴ (2007), § 99, Rz 15; *Wagner/Görs*, Ausschreibungspflichtigkeit von Investorenwettbewerben, NVwZ 2007, 900, 902; OLG Düsseldorf 02.10.2008, VII-Verg 25/08.

⁸²⁸ *Ax/Schneider/Siewert*, Auftragsvergabe² (2010), Rz 178; *Schelle*, Unterliegen Investorenwettbewerbe der Vergabenachprüfung?, IBR 1998, 417; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (2000), Rz 58.

3. Sale and lease back

Bei sale-and-lease-back-Geschäften wird ein bestehendes Objekt an einen Dritten veräußert und gleichzeitig von diesem zurückgeleast,⁸²⁹ sodass es zu keiner Änderung des unmittelbaren Besitzes kommt.⁸³⁰ Hintergrund derartiger Transaktionen sind oftmals die Kapitalbeschaffung durch die Veräußerung und die damit verbundene Realisierung stiller Reserven⁸³¹ ohne auf die Nutzung des Objektes verzichten zu müssen, eine Optimierung der Steuerlasten⁸³² sowie die Verbesserung der Bilanzoptik.⁸³³

IZm der „steuerlichen Optimierung“ ist auf § 22 BAO hinzuweisen, wonach durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden darf. Sofern ein derartiger Missbrauch vorliegen würde, sind die Abgaben so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären. Die Abwicklung von sale-and-lease-back-Verträgen ist per se allerdings nicht missbrauchsverdächtig,⁸³⁴ kann dies im Falle der Verwendung entsprechender Vertragsbedingungen jedoch werden.⁸³⁵ Ebenso gilt es im Rahmen der Wirtschaftlichkeit zu beachten, ob die Ersparnisse in der ESt oder KöSt sowie USt gegenüber den Aufwendungen für die GrESt und die Eintragungsgebühr im Grundbuch sowie die mit der Vertragserrichtung und -abwicklung verbundenen Beratungskosten in einer Gesamtbetrachtung überwiegen.⁸³⁶

Sale-and-lease-back-Geschäfte bestehen im Regelfall aus zwei wesentlichen Transaktionen, nämlich erstens der Veräußerung der Liegenschaft und zweitens dem Abschluss des Leasingvertrages, um die „Rücknutzung“ durch den veräußernden öffentlichen Auftraggeber

⁸²⁹ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 294; EStR 2000, Rz 135; *Weidenkaff* in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2011), vor § 433 BGB, Rz 16; *Beringhaus* in *Büschgen* (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing (1998), § 17, Rz 1; OGH 01.02.1983, 5Ob771/82.

⁸³⁰ *Hansen* in *Graf von Westphalen* (Hrsg.), Der Leasingvertrag (2008), Kapitel N, Rz 5.

⁸³¹ Darunter sind nach § 12 Abs. 2 EStG die Unterschiedsbeträge zwischen den Veräußerungserlösen und den Buchwerten der veräußerten Wirtschaftsgüter zu verstehen, welche im Falle der Realisierung durch natürliche Personen unter den Voraussetzungen des § 12 EStG wiederum auf andere Wirtschaftsgüter übertragen werden können; *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005), 259f; *Beringhaus* in *Büschgen* (Hrsg.), Praxishandbuch Leasing (1998), § 17, Rz 3; *Engel*, Miete, Kauf, Leasing (1993), Rz 145.

⁸³² *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005), 53.

⁸³³ *Korbion* in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 411; *Hansen* in *Graf von Westphalen* (Hrsg.), Der Leasingvertrag (2008), Kapitel N, Rz 7.

⁸³⁴ VwGH 16.12.1998, 93/13/0257.

⁸³⁵ EStR 2000, Rz 147.

⁸³⁶ *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005), 53.

sicherzustellen.⁸³⁷ Typischerweise werden mit einem derartigen Vertrag keine zusätzlichen Leistungen, wie etwa die Erbringung von Baumaßnahmen, vereinbart.⁸³⁸

Aus vergaberechtlicher Sicht ist hinsichtlich des Verkaufsvorgangs die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht geboten (siehe V.E.1) und iZm dem Abschluss des Leasingvertrages kann auf die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG (siehe IV) verwiesen werden, sodass bei getrennter Betrachtung der beiden Vorgänge der Schluss gezogen werden könnte, dass derartige Vertragskonstruktionen nicht dem Vergaberecht unterliegen.⁸³⁹ Das sale-and-lease-back-Geschäft ist bei wirtschaftlicher Betrachtung allerdings nicht in zwei unterschiedliche Transaktionen aufzuspalten, sondern als einheitlicher Vorgang zu werten⁸⁴⁰ und regelmäßig als Finanzierungsinstrument einzustufen,⁸⁴¹ auf welches die Ausnahmebestimmung nach § 10 Z 8 BVergG jedoch nicht anzuwenden ist,⁸⁴² sodass hinsichtlich der Finanzdienstleistungen die Anwendbarkeit des Vergaberechts geboten ist,⁸⁴³ soweit diesbezüglich nicht wiederum die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 11 BVergG greift (siehe IV.B.5).

4. Cross-Border-Leasing

Bei einem „Cross-Border-Leasing-Vertrag“ handelt es sich um einen speziellen Fall eines sale-and-lease-back-Vertrages, bei dem sich in Abkehr vom sog. „Domestic Leasing“ (also eines rein innerstaatlichen Vertrages) entweder der Leasinggeber, der Leasingnehmer oder das

⁸³⁷ Prieß in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe (1999), 55.

⁸³⁸ *Summa in Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 100 GWB, Rz 60.

⁸³⁹ *Dreher in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht: GWB⁴ (2007), § 99, Rz 13; *Kullack in Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 99 GWB, Rz 52; *Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 294.

⁸⁴⁰ *Fruhmant in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 212; *Engel*, *Miete, Kauf, Leasing* (1993), Rz 146; *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 123; VK Baden-Württemberg 30.11.2001, 1 VK 40/01 = IBR 2002, 157.

⁸⁴¹ *Schwartz*, Kurzkommentar Bundesvergabegesetz (2003), § 6 BVergG 2002, Rz 10; *Prieß in Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe (1999), 55; *Hausmann*, Der öffentliche Auftrag – neue und alte Grenzen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts in *Pünder/Prieß* (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch (2005), 74.

⁸⁴² *Bungenberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht² (2009), § 100 GWB, Rz 35.

⁸⁴³ *Hailbronner in Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union⁴⁰ (2009), Band IV – Sekundärrecht, B 7, Rz 43; *Schellenberg in Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011), § 100 GWB, Rz 62; *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 100, Rz 110; aA *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rz 2234; *Hoffer/Epler*, US Cross Border Leasing und Vergaberecht, *ecolex* 2003, 802; VKS Salzburg 05.05.2003, SVKS/12/7; aA VK Baden-Württemberg 30.11.2001, 1 VK 40/01 = IBR 2002, 157.

Leasingobjekt in einem anderen Staat befindet.⁸⁴⁴ Hintergrund derartiger Vertragsgestaltungen ist, dass die steuerliche Zuordnung des Leasingobjektes in den beteiligten Staaten unterschiedlicher Natur ist und daher Steuervorteile lukriert werden können.⁸⁴⁵

Derartige Verträge wurden in der Vergangenheit insbesondere mit, in den USA ansässigen Leasinggebern geschlossen, welche jedoch auf Grund einer Änderung der rechtlichen Grundlagen der US-amerikanischen Steuergesetze im Jahr 2004 an Bedeutung verloren haben,⁸⁴⁶ sodass US-Cross-Border-Leasingverträge aktuell nicht mehr neu begründet werden.⁸⁴⁷

Die vergaberechtliche Beurteilung ist mit jener von sale-and-lease-back-Verträgen (siehe V.E.3) ident, sodass ebenso auf eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung abzustellen ist,⁸⁴⁸ bei der typischerweise das Hauptaugenmerk auf der finanziellen Dienstleistung liegt.⁸⁴⁹

5. Baurechtseinräumung

Unter dem Baurecht ist das an einer fremden Liegenschaft bestehende, dingliche Recht, auf oder unter der Bodenoberfläche ein Bauwerk zu haben, zu verstehen,⁸⁵⁰ welches in der Regel entgeltlich eingeräumt wird.⁸⁵¹ Das bereits bestehende oder noch zu errichtende Baurechts-Bauwerk⁸⁵² bildet dabei einen unselbstständigen Bestandteil des Baurechts und teilt daher dessen rechtliches Schicksal, sodass der Eigentümer des Baurechts gleichzeitig auch Eigentümer des Baurechts-Bauwerks ist.⁸⁵³

⁸⁴⁴ *Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005), 47.

⁸⁴⁵ *Noch*, Vergaberecht kompakt³ (2005), 387.

⁸⁴⁶ *Summa* in *Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 100 GWB, Rz 61; *Noch*, Vergaberecht kompakt³ (2005), 387; *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 124;

⁸⁴⁷ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 483.

⁸⁴⁸ *Kullack* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 100 GWB, Rz 11; *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 10, Rz 213.

⁸⁴⁹ *Hoffer/Epler*, US Cross Border Leasing und Vergaberecht, *ecolex* 2003, 802.

⁸⁵⁰ *Kletečka*, Das Baurecht – Begriff und Inhalt in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg.), *Bauten auf fremden Grund*² (2004), 23, Rz 31.

⁸⁵¹ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I¹³ (2006), 436.

⁸⁵² *Engelhart*, Baurecht und Superädifikat – Vergleich in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg.), *Bauten auf fremden Grund*² (2004), 16, Rz 15.

⁸⁵³ *Bydlinski*, Das Recht der Superädifikate (1982), 6; *Spruzina* in *Schwimann* (Hrsg.), *ABGB Praxiskommentar*, Band 3³ (2006), § 1 BauRG, Rz 9.

Bei der Einräumung eines Baurechts („Erbbaurecht“ in Deutschland) durch eine öffentliche Stelle zu Gunsten eines Privaten ist auf den ersten Blick von einer Verkaufssituation auszugehen, bei der der öffentliche Auftraggeber als Verkäufer des Nutzungsrechts auftritt,⁸⁵⁴ sodass die Baurechtseinräumung grundsätzlich wie die Veräußerung einer Liegenschaft (siehe V.E.1) und daher nicht als öffentlicher Bauauftrag zu beurteilen ist.⁸⁵⁵

In Abhängigkeit von den Vertragsbestimmungen (Vertragsdauer, Höhe des laufenden Entgelts, bauliche Vorgaben, Regelung des Eigentumsübergangs am Bauwerk bei Erlöschen des Baurechts) ist jedoch auch die Einordnung als Baukonzession⁸⁵⁶ (siehe II.G.4.a) oder Bauauftrag⁸⁵⁷ (siehe II.G.1) denkbar.

Nach § 9 BauRG fällt das Bauwerk bei Erlöschen des Baurechts – mangels einer anderen Vereinbarung⁸⁵⁸ – an den Grundeigentümer, welcher dem Bauberechtigten dafür eine Entschädigung in Höhe eines Viertels des vorhandenen Wertes zu zahlen hat. Der öffentliche Auftraggeber ist daher nicht als reiner Verkäufer des Nutzungsrechts anzusehen, sondern beschafft letztlich auch eine Leistung iSd § 1 BVergG,⁸⁵⁹ zumal in dem Erwerb des Bauwerks durch den Grundeigentümer nach Vertragsende ein Beweggrund für die Einräumung eines Baurechts zu erblicken ist.⁸⁶⁰

Wenn der Baurechtsnehmer daher nach den Erfordernissen der, das Baurecht einräumenden, öffentlichen Stelle bauen muss und nicht zum Rückbau des Bauwerks verpflichtet wird⁸⁶¹ oder jener ein bestimmtes Gebäude errichten muss, an dem sich die öffentliche Hand eine Rechtsposition einräumen lässt, welche ihr eine eigene wirtschaftliche Nachnutzung ermöglicht, ist auch in diesem Fall von einem vergaberechtsrelevanten Vorgang auszugehen.⁸⁶²

⁸⁵⁴ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 485; *Ganske in Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 158.

⁸⁵⁵ *Weyand*, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013), § 100 GWB, Rz 100/13.

⁸⁵⁶ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 485.

⁸⁵⁷ *Schramm*, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP III (2006), 167, 184.

⁸⁵⁸ *Spruzina in Schwimann* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 3³ (2006), § 9 BauRG, Rz 1.

⁸⁵⁹ *Schramm*, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP III (2006), 167, 183.

⁸⁶⁰ *Spruzina in Schwimann* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 3³ (2006), § 9 BauRG, Rz 1.

⁸⁶¹ *Dietlein*, Anteils- und Grundstücksveräußerungen als Herausforderung für das Vergaberecht, NZBau 2004, 472, 474; VK Südbayern 20.12.2002, 50-11/02.

⁸⁶² *Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 264.

6. Vermietung oder Verpachtung von Immobilien durch die öffentliche Hand

Die reine Verpachtung von Grundstücksflächen⁸⁶³ oder die Vermietung von Immobilien durch die öffentliche Hand stellen für sich alleine betrachtet keinen Beschaffungsvorgang dar.⁸⁶⁴ In der „Vergabe“ einer Berechtigung zur Grundstücksbenutzung gegen Entgelt ist daher kein öffentlicher Auftrag zu erblicken.⁸⁶⁵

Die Situation ist jedoch anders zu beurteilen, wenn sich die öffentliche Stelle iZm dem Vertragsabschluss Leistungen versprechen lässt, die über jene, welche ein Mieter üblicherweise zu Ausstattungszwecken oder zur Instandhaltung vornimmt, hinausgehen⁸⁶⁶ und daher ein, in der Inbestandgabe „eingekapselter Beschaffungsvorgang“ vorliegt.⁸⁶⁷ Dies könnte etwa in der Übernahme von umfangreichen Erhaltungsarbeiten durch den Unternehmer als Mieter auf eigene Rechnung und spätere Abgeltung im Wege eines Investitionskostenersatzes durch den öffentlichen Auftraggeber oder in der Vereinbarung entsprechend niedriger Mietzinse erblickt werden.

F. Raumordnungsbezogene und städtebauliche Vertragsgestaltungen

Darunter sind Verträge zu verstehen, die zwischen (privaten) Liegenschaftseigentümern und Gemeinden – als der für Raumordnungsangelegenheiten im Wesentlichen zuständigen und gleichzeitig dem persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegenden Gebietskörperschaft – abgeschlossen werden und Umwidmungen durch die Kommune und/oder vom Privaten vorzunehmende Erschließungsmaßnahmen zum Inhalt haben.

Bei „Umwidmungen“ geht es um die Änderung von Widmungskategorien (z.B. Bauland, Verkehrsflächen, Grünland)⁸⁶⁸ sowie Widmungsarten als deren funktionale Untergliederung (z.B. Bauland Wohn-, Kern-, Betriebs-, Industrie-, Agrar- oder Sondergebiet)⁸⁶⁹ und den

⁸⁶³ *Weyand*, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013), § 100 GWB, Rz 100/14.

⁸⁶⁴ BayObLG 27.02.2003, Verg 1/03 (Entsorgungspark Freimann) = VergabR 2003, 329; *Fuchs/Müller*, Kommunale Immobiliengeschäfte am Prüfstand des Vergaberechts, RFG 2011/37, 149; *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 268; *Seidel/Mertens* in *Dauses*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2 (2012), H. IV., Öffentliches Auftragswesen, Rz 143.

⁸⁶⁵ VfGH 07.06.1999, B 1859/97 = *Rindler* in *Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010), § 1, E 42.

⁸⁶⁶ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 268.

⁸⁶⁷ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 206; *Müller-Wrede/Kaelble* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kommentar GWB-Vergaberecht (2009), § 99, Rz 4.

⁸⁶⁸ *Pallitsch/Pallitsch/Kleewein*, Niederösterreichisches Baurecht⁸ (2013), 1290.

⁸⁶⁹ *Pallitsch/Pallitsch/Kleewein*, Niederösterreichisches Baurecht⁸ (2013), 1305ff.

damit verbundenen Möglichkeiten der Bebaubarkeit, während es bei der „Erschließung“ um die grundsätzlich kommunale Verpflichtung geht, einem Bauland-Grundstück die technische Infrastruktur für seine Bebaubarkeit (wie insbesondere Straßen, Wasserversorgung, Kanalisation, etc.) zur Verfügung zu stellen.⁸⁷⁰

In Österreich besteht die, in nahezu allen Landesgesetzen vorgesehene, jedoch unterschiedlich ausgeprägte Möglichkeit zum Abschluss derartiger Verträge im Rahmen der sog. „Vertragsraumordnung“, während im dt. BauGB insbesondere städtebauliche Verträge nach § 11 samt Durchführungsverträgen nach § 12 sowie „echte“ und „unechte“ Erschließungsverträge nach §§ 124 bzw. 127ff möglich sind.

Für die vergaberechtliche Beurteilung derartiger Verträge ist stets auf deren wirtschaftlichen Gehalt abzustellen. Von einem vergaberechtsrelevanten Vorgang auf Grund des Vertragsabschlusses ist daher nur dann auszugehen, wenn der Vertrag einen Beschaffungscharakter aufweist und daher ein Austauschverhältnis zwischen der staatlichen Leistung und der dafür, vom Privaten zu erbringenden Gegenleistung besteht.⁸⁷¹ In der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben einer öffentlichen Stelle, welche diese gegenüber jedermann wahrzunehmen hat, ist jedenfalls keine vergaberechtliche Relevanz festzumachen.⁸⁷²

1. Städtebauliche Verträge und Erschließungsverträge in Deutschland

a. Städtebauliche Verträge samt vorhabenbezogenen Bebauungsplänen

Die städtebaulichen Verträge nach § 11 dt. BauGB sind ein Mittel zur Zusammenarbeit zwischen privaten Investoren und der öffentlichen Hand zur Erfüllung städtebaulicher Aufgaben und werden zumeist in Verbindung mit einem Bebauungsplanverfahren abgeschlossen.⁸⁷³

⁸⁷⁰ Ganske in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 167.

⁸⁷¹ *Willenbruch* in *Willenbruch/Wieddekind*, Kompaktcommentar Vergaberecht² (2011), § 99 GWB, Rz 42.

⁸⁷² EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller), Rz 68; *Zeiss* in *Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 11, 32; *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 58; *Tomerius*, Kommunale Flächenentwicklung in öffentlich-privater Partnerschaft und Vergaberecht, ZfBR 2012, 332, 337.

⁸⁷³ *Schiffer* in *Glöckner/v.Berg*, Fachanwaltskommentar Bau- und Architektenrecht (2011), Teil C/III/1, Rz 1; *Kirchmeier* in *Ferner/Kröniger/Aschke*, Nomos Kommentar Baugesetzbuch² (2008), § 11 BauGB, Rz 2.

Hierbei ist insbesondere der vorhabenbezogene Bebauungsplan nach § 12 dt. BauGB von Bedeutung, worunter ein Planungsinstrument für konkrete Einzelvorhaben zu verstehen ist, bei welchem die Initiative im Regelfall von einem privaten Investor ausgeht und daher eine „nachfrageorientierte“ Möglichkeit der Bauleitplanung darstellt. Parallel dazu muss sich dieser private Vorhabenträger in einem Durchführungsvertrag verpflichten, das Projekt binnen einer bestimmten Frist zu realisieren, sodass eine Bauverpflichtung seinerseits begründet wird.⁸⁷⁴

Mit dem Erlass eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes samt Durchführungsvertrag für ein bestimmtes Bauprojekt werden zwar grundsätzlich Anforderungen an das Projekt festgelegt, weil damit die „*Verfügbarkeit des Bauwerks im Interesse einer geordneten städtebaulichen Entwicklung*“ gewährleistet werden soll,⁸⁷⁵ doch bilden die hoheitlichen Befugnisse der Gemeinde die Grundlage für deren Vorgabe, sodass nicht von „Erfordernissen“ iSd dritten Alternative des Bauauftrages auszugehen ist.

Sofern die öffentliche Hand ein derartiges Projekt finanziell unterstützt (z.B. im Wege der Erstattung von Erschließungsabgaben), sodass die Entgeltlichkeit eines solchen Vertrages gegeben ist und ihr auch ein vertraglicher Anspruch auf Durchsetzung der Bauausführung eingeräumt wird, welcher auf Grund rein städtebaulicher Regelungskompetenzen nicht gegeben wäre,⁸⁷⁶ ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts in einem solchen Fall – je nach vertraglicher Ausgestaltung – typischerweise schon in Folge der ersten beiden Alternativen des Bauauftrages⁸⁷⁷ eröffnet, sodass es keiner Argumentation hinsichtlich des Vorliegens von „Erfordernissen“ iSd dritten Alternative bedarf.

b. Erschließungsverträge

Im Anwendungsbereich des dt. BauGB kann die Gemeinde die Erschließung durch Abschluss eines entsprechenden Vertrages auf einen (privaten) Dritten übertragen. Die Erschließungslast nach § 123 Abs. 1 dt. BauGB verbleibt jedoch bei der Gemeinde, sodass diese nach außen –

⁸⁷⁴ *Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig*, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 26.

⁸⁷⁵ *Ganske in Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 165.

⁸⁷⁶ *Otting*, EuGH bestätigt den deutschen Gesetzgeber: Grundstücksgeschäfte ausschreibungsfrei!, IBR 2010, 284; *Hertwig*, Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht nach der Entscheidung des EuGH zu "Bad Wildeshausen", Vergaberecht 2010, 554; *Ganske in Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 165.

⁸⁷⁷ § 99 Abs. 3 1. und 2. Fall GWB entspricht § 4 Z 1 und Z 2 BVergG.

etwa im Falle der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung des Erschließungsvertrages – verantwortlich bleibt.⁸⁷⁸

Bei den Erschließungsverträgen, welche als echte oder unechte Erschließungsverträge ausgeprägt sein können, handelt es sich um spezielle Formen des in § 11 dt. BauGB geregelten städtebaulichen Vertrages.⁸⁷⁹ Gegenstand eines Erschließungsvertrages können sowohl beitragsfähige⁸⁸⁰ als auch nicht beitragsfähige⁸⁸¹ Erschließungsanlagen⁸⁸² sein, während Einrichtungen, die zur allgemeinen Infrastruktur außerhalb des Erschließungsgebietes beitragen⁸⁸³ nicht hinzuzuzählen sind.

aa. Echter Erschließungsvertrag

Im Falle eines echten Erschließungsvertrages nach § 124 Abs. 1 dt. BauGB überträgt die Gemeinde einem Privaten (dem Erschließungsunternehmer) die gänzliche oder teilweise Durchführung der, an sich ihr obliegenden Erschließung, welche von diesem im eigenen Namen und auf eigene Rechnung abgewickelt wird.⁸⁸⁴ Damit in Zusammenhang stehend wird typischerweise vereinbart, dass der Unternehmer die errichteten Anlagen später unentgeltlich an die Kommune überträgt, welche deren Betrieb und Erhaltung übernimmt.⁸⁸⁵

⁸⁷⁸ Franckenstein in Wirth, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 2 (2001), VI. Teil, Rz 35; Kniest in Ferner/Kröniger/Aschke, Nomos Kommentar Baugesetzbuch² (2008), § 124 BauGB, Rz 2; OVG Nordrhein-Westfalen 21.04.1971, III A 670/69 = BauR 1972, 53; Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch¹¹ (2009), § 124, Rz 4; Johlen/Oerder in Schütze/Weipert (Hrsg.), Münchner Vertragshandbuch, Band 2 – Wirtschaftsrecht I⁵ (2004), 684.

⁸⁷⁹ Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch¹¹ (2009), § 124, Rz 1; Driehaus in Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow, Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch³ (2002), 10. Lfg., § 124 BauGB, Rz 3.

⁸⁸⁰ Hierzu zählen insbesondere Anbaustraßen und Wege, Grünanlagen, Lärmschutzwände, Schmutz- und Regenwasserkanäle sowie Wasserleitungen.

⁸⁸¹ Dabei ist etwa an Kinderspielplätze, Sammelstraßen, Parkflächen sowie fußläufige Verbindungswege zu denken.

⁸⁸² Franckenstein in Wirth, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 2 (2001), VI. Teil, Rz 44.

⁸⁸³ Damit sind beispielsweise Freibäder, Kindergärten oder Kläranlagen angesprochen.

⁸⁸⁴ Kniest in Ferner/Kröniger/Aschke, Nomos Kommentar Baugesetzbuch² (2008), § 124 BauGB, Rz 2; Franckenstein in Wirth, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 2 (2001), VI. Teil, Rz 38; Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 32; OVG Saarland 07.11.1988, 1 R 322/87; Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch¹¹ (2009), § 124, Rz 13a.

⁸⁸⁵ Wilke, Erschließungsverträge und Vergaberecht, ZfBR 2002, 231, 231; Driehaus in Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow, Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch³ (2002), 10. Lfg., § 124 BauGB, Rz 4; Wilke, Vergaberechtliche Aspekte städtebaulicher Verträge, ZfBR 2004, 141, 144.

Bei diesem öffentlich-rechtlichen Vertragstypus⁸⁸⁶ ist der Erschließungsunternehmer selbst gefordert die Refinanzierung seiner Investition (etwa durch Kostenerstattungsvereinbarungen mit den Grundstückesanliegern) sicherzustellen, sodass es zu keiner kommunalen Einhebung von Erschließungsabgaben kommt.⁸⁸⁷

Darin erblickt ein Teil des Schrifttums⁸⁸⁸ die mangelnde Entgeltlichkeit des Vertrages und verneint daher mE unzutreffender Weise die Eigenschaft als öffentlicher Auftrag. Andere verneinen die Ausschreibungspflicht auf Grund der Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag,⁸⁸⁹ was jedoch auf Grund des weiten Vertragsbegriffes⁸⁹⁰ (siehe II.B) ebenso nicht zu überzeugen vermag.

Die gegenteilige und mE zutreffende Sichtweise verweist auf die gebotene weite Auslegung des Entgeltlichkeitsbegriffs (siehe II.C), welche hier darin liegt, dass die Gemeinde auf die eigene Erschließung und damit die Einhebung entsprechender Beiträge verzichtet.⁸⁹¹ Das Nichtentstehen eines eigenen Erschließungsaufwandes führt zum Nichtentstehen einer Beitragsschuld der Grundeigentümer gegenüber der Gemeinde. Auch im Verzicht auf die Einhebung von derartigen Erschließungsbeiträgen liegt jedoch die Entgeltlichkeit⁸⁹² begründet, weshalb ein vergaberechtsrelevanter Beschaffungsvorgang vorliegt.⁸⁹³

⁸⁸⁶ Kniest in *Ferner/Kröniger/Aschke*, Nomos Kommentar Baugesetzbuch² (2008), § 124 BauGB, Rz 2.

⁸⁸⁷ Eschenbruch in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 51; Würfel/Butt, Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge – oder: Schaut man einem geschenkten Gaul doch ins Maul?, NVwZ 2003, 153, 157.

⁸⁸⁸ Noch, Vergaberecht kompakt³ (2005), 48f; Wilke, Erschließungsverträge und Vergaberecht, ZfBR 2002, 231, 232; Johlen/Oerder in *Schütze/Weipert* (Hrsg.), Münchner Vertragshandbuch, Band 2 – Wirtschaftsrecht I⁵ (2004), 685f; Stemmer/Aschl, Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, VergabeR 2005, 287, 296.

⁸⁸⁹ Franckenstein in *Wirth*, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 2 (2001), VI. Teil, Rz 56.

⁸⁹⁰ EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 71, 74; Heiermann, Städtebauliche Verträge und Vergaberecht in *Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Österreichisches Institut für Baurecht* (Hrsg.), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008), 437, 441f.

⁸⁹¹ Zeiss in *Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 95.

⁸⁹² EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.), Rz 77ff; VK Baden-Württemberg 20.06.2002, 1 VK 27/02; Horschitz, Müssen Erschließungsträgerleistungen öffentlich ausgeschrieben werden?, IBR 2002, 619.

⁸⁹³ Wegener in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011), § 99 GWB, Rz 38; Zeiss in *Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 88; Reuber, Grundstücksverkauf mit Bauverpflichtung – städtebaulicher Vertrag nach § 11 BauGB – Baukonzession – Verwirkung, VergabeR 2008, 826; VK Baden-Württemberg 20.06.2002, 1 VK 27/02; Rautenberg, Ausschreibungspflicht von Leistungen in städtebaulichen Verträgen, ZfBR 2002, 238, 241; Grziwotz in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, Kommentar Baugesetzbuch (2012), § 124 BauGB, Rz 90.

Dieser ist als Baukonzession zu werten, weil dem privaten Erschließungsunternehmer die (öffentliche) Aufgabe der Errichtung von Erschließungsanlagen übertragen wird und dieser seine Refinanzierung durch die Veräußerungserlöse erzielen muss, also dahingehend das wirtschaftliche Risiko im Zusammenhang mit der Leistungserbringung trägt.⁸⁹⁴

bb. Unechter Erschließungsvertrag

Beim unechten Erschließungsvertrag (auch als „Vorfinanzierungsvertrag“ bezeichnet) errichtet der Erschließungsunternehmer die Erschließungsanlagen iSd §§ 127ff dt. BauGB, wobei vereinbart wird, dass dieser die Erstattung seines Aufwandes für die Herstellung dieser Anlagen von der Kommune verlangen kann.⁸⁹⁵ Die Gemeinde hebt in diesem Fall Beiträge von den im Erschließungsgebiet gelegenen Grundstückseigentümern nach den erschließungsbeitragsrechtlichen Regeln der §§ 127 ff dt. BauGB ein.⁸⁹⁶ Dies wäre im Falle eines echten Erschließungsvertrages, mangels Vorliegen eines eigenen Aufwandes iSv § 129 dt. BauGB nicht möglich. Gegenüber dem Erschließungsunternehmer (der oftmals selbst Eigentümer einer Liegenschaft im betroffenen Gebiet ist) wird im Regelfall auf die Einhebung – entsprechend einer Ablösevereinbarung nach § 133 Abs. 3 Satz 5 dt. BauGB – verzichtet.⁸⁹⁷ Der Unternehmer erhält von der Gemeinde dementsprechend ein, allenfalls im Umfang seines Erschließungsanteils reduziertes Entgelt, womit dessen Aufwand für die Errichtung der Erschließungsanlagen erstattet wird und daher die Entgeltlichkeit des Vertrages begründet liegt.⁸⁹⁸ Der unechte Erschließungsvertrag ist daher als klassischer öffentlicher Bauauftrag zu beurteilen.⁸⁹⁹

⁸⁹⁴ Wegener in Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011), § 99 GWB, Rz 37; Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 32; Burgi, BauGB-Verträge und Vergaberecht, NVwZ 2008, 929, 934; Pünder in Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008), Kap. 3, Rz 40; Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 54; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar BVergG 2006 (2009), §§ 7, 8, Rz 22. Für eine Beurteilung als Bauauftrag sprechen sich Köster/Häfner aus (vgl. Köster/Häfner, Ausschreibungspflichtigkeit des Erschließungsvertrages nach § 124 BauGB – das Ende eines bewährten Handlungsinstruments?, NVwZ 2007, 410, 414), während Seufert/Tilmann für das Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages plädieren (vgl. Seufert/Tilmann, Vergaberecht: Erschließungsvertrag mit einem Erschließungsunternehmer nach § 124 BauGB als Dienstleistungsauftrag, NVwZ 2007, 1273, 1274).

⁸⁹⁵ Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008), 33.

⁸⁹⁶ Driehaus in Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow, Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch³ (2002), 10. Lfg., § 124 BauGB, Rz 5.

⁸⁹⁷ Wilke, Erschließungsverträge und Vergaberecht, ZfBR 2002, 231, 234; Kniest in Ferner/Kröniger/Aschke, Nomos Kommentar Baugesetzbuch² (2008), § 133 BauGB, Rz 20ff.

⁸⁹⁸ Würfel/Butt, Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge – oder: Schaut man einem geschenkten Gaul doch ins Maul?, NVwZ 2003, 153, 157; Burgi, BauGB-Verträge und Vergaberecht, NVwZ 2008, 929, 934;

2. Vertragsraumordnung in Österreich

Die Eigentümer von Grundstücken sind auf Grund der öffentlich-rechtlichen raumordnungsbezogenen Steuerungsinstrumente (insbesondere Flächenwidmungs- und Bebauungspläne)⁹⁰⁰ mangels eines gesetzlich normierten Bebauungsgebotes⁹⁰¹ nicht verpflichtet ihre Liegenschaften einer widmungsgemäßen Verwendung tatsächlich zuzuführen, was im Ergebnis dazu führt, dass ein Großteil der als Bauland ausgewiesenen Flächen, nicht für eine Bebauung verwendet wird und oftmals zusätzliche Bauland-Umwidmungen erforderlich macht, um den Flächenbedarf sicherzustellen.⁹⁰² Um dieser Entwicklung gegenzusteuern haben Gemeinden die Möglichkeit⁹⁰³ privatrechtliche (und nicht öffentlich-rechtliche)⁹⁰⁴ Verträge mit Liegenschaftseigentümern – im Regelfall anlässlich deren Umwidmung⁹⁰⁵ – abzuschließen,⁹⁰⁶ damit diese Grundstücke ihrer vorgesehenen Nutzung auch tatsächlich zugeführt werden („Baulandmobilisierung“).⁹⁰⁷ Auf Grund dieser Kombination von Instrumenten der Raumordnung und privatrechtlichen Verträgen wird daher allgemein von „Vertragsraumordnung“ gesprochen.⁹⁰⁸

Bei den, in den einzelnen Landesgesetzen angeführten Vertragstypen handelt es sich nicht um taxative Aufzählungen möglicher Vertragsgestaltungen.⁹⁰⁹ Die umfassende Privatrechtsfähigkeit der Gemeinden entsprechend Art. 116 Abs. 2 B-VG und die

Köster/Häfner, Ausschreibungspflichtigkeit des Erschließungsvertrages nach § 124 BauGB – das Ende eines bewährten Handlungsinstrumentes?, NVwZ 2007, 410, 414; *Seufert/Tilmann*, Vergaberecht:

Erschließungsvertrag mit einem Erschließungsunternehmer nach § 124 BauGB als Dienstleistungsauftrag, NVwZ 2007, 1273, 1274; *Franckenstein* in *Wirth*, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 2 (2001), VI. Teil, Rz 40.

⁸⁹⁹ *Eschenbruch* in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 52; *Ganske* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 169.

⁹⁰⁰ *Kleewein*, Vertragsraumordnung in der Praxis – Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, RFG 2005/16; *Lienbacher* in *Bachmann/Baumgartner/Feik/Giese/Jahnel/Lienbacher* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht⁹ (2012), 469.

⁹⁰¹ *Funk*, Hoheitliche Raumplanung und Vertragsraumordnung – Legitimation durch Kontraktmanagement? in *Norer* (Hrsg.) Agrarrecht im Lichte des öffentlichen Rechts – FS für *Gottfried Holzer* (2007), 147, 149.

⁹⁰² *Dullinger*, Vertragsraumordnung aus privatrechtlicher Sicht, ZfV 1997, 11.

⁹⁰³ Derartige gesetzliche Grundlagen finden sich etwa in § 11a Abs. 3 Bgld RPIG, § 22 Krnt GemeindeplanungsG 1995, § 16a Abs. 2 Nö ROG 1976, § 16 Oö ROG 1994, § 18 Sbg ROG 2009, § 35 Stmk ROG 2010, § 33 Abs. 2 Tir ROG 2006, sowie § 38a Vbg RPIG.

⁹⁰⁴ *Öhlinger*, Phantasie und Recht oder Vertragsraumordnung und Bundesverfassung in *Baudenbacher/Mayer/Torggler* (Hrsg.), Ein Leben in Praxis und Wissenschaft – FS für *Walter Barfuss* (2002), 197, 200.

⁹⁰⁵ *Weber*, Tiroler Vertragsraum(un)ordnung, *ecolex* 2000, 162.

⁹⁰⁶ OGH 17.12.2012, 5 Ob 198/12x.

⁹⁰⁷ *Adler*, Staatliche Grundlagen und Instrumente zur Baulandmobilisierung, *ecolex* 2011, 384, 384.

⁹⁰⁸ *Liehr/Riegler*, NÖ Bauordnung 1996 – Kurzkomentar² (2010), 442.

⁹⁰⁹ *Kleewein*, Vertragsraumordnung in der Praxis – Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, RFG 2005/16; *Pallitsch/Pallitsch/Kleewein*, Niederösterreichisches Baurecht⁸ (2013), 1348.

demonstrative Aufzählung der Vertragstypen veranlassen Kommunen in der Praxis daher immer wieder, neben der Verpflichtung zur Bauführung binnen bestimmter Frist, auch Vereinbarungen etwa hinsichtlich einer bestimmten Dimensionierung sowie der qualitativen Ausführung der Bauwerke, eines festgelegten Verhältnisses von Miet- und Eigentumswohnungen, der Einräumung von Mitbestimmungsmöglichkeiten, der Übernahme von Planungskosten iZm der Umwidmung oder etwa der Einhaltung von ökologisch sinnvollen Maßnahmen zum Gegenstand von derartigen Raumordnungsverträgen, zu erklären.⁹¹⁰

Die Zulässigkeit von, weit in das Eigentumsgrundrecht, die Freiheit des Liegenschaftsverkehrs und den Gleichheitsgrundsatz eingreifender, Vereinbarungen⁹¹¹ in Raumordnungsverträgen ist im Lichte der Judikatur des VfGH⁹¹² als restriktiv zu beurteilen. Die Gemeinden sind beim Abschluss derartiger Verträge auf die Wahrnehmung öffentlicher Interessen beschränkt, für die es eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung gibt.⁹¹³ Durch die Vertragsraumordnung sollen daher lediglich die Vorgaben der räumlichen Entwicklungsziele privatrechtlich ergänzt⁹¹⁴ und abgesichert⁹¹⁵ werden, sodass eine Verwirklichung der raumordnerischen Planungsziele ermöglicht wird.⁹¹⁶ Diese von der Gemeinde im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung abgeschlossenen Verträge unterstützen somit lediglich die hoheitlichen Planungsinstrumente und dürfen ausschließlich zur Verfolgung öffentlicher Interessen eingesetzt werden.⁹¹⁷ Die Gemeinde kann sich in einem derartigen privatrechtlichen Vertrag daher auch nicht zu einer bestimmten Widmung des bezughabenden Grundstückes verpflichten,⁹¹⁸ da sie diesbezüglich an die Bestimmungen

⁹¹⁰ *Böhm*, Zivilrechtliche Anmerkungen zur Vertragsraumordnung, wobl 1996, 17; *Weber*, Tiroler Vertragsraum(un)ordnung, *ecolex* 2000, 162.

⁹¹¹ *Kleewein*, Konsequenzen aus dem Erkenntnis des VfGH zur Salzburger Vertragsraumordnung, *JBl* 2000, 562.

⁹¹² VfGH 13.10.1999, G 77/99, V 29/99; *Auer*, Salzburger Vertragsraumordnung verfassungswidrig, *bbl* 2000, 1.

⁹¹³ VwGH 28.04.1992, 91/05/0204; *Kalss*, Vereinbarungen über die Verwendung von Grundflächen, *ZfV* 1993, 551, 552; *Weber*, Tiroler Vertragsraum(un)ordnung, *ecolex* 2000, 162; *Pallitsch/Pallitsch/Kleewein*, *Niederösterreichisches Baurecht*⁸ (2013), 1348; *Mast*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Alternative zur Tiroler Vertragsraumordnung? (2003), 112.

⁹¹⁴ OGH 02.09.2009, 7 Ob 144/09s.

⁹¹⁵ OGH 17.12.2012, 5 Ob 198/12x.

⁹¹⁶ *Aichleitner*, Entwicklungstendenzen im Bau- und Raumordnungsrecht, *ÖJZ* 1997, 179; *Dullinger*, Vertragsraumordnung aus privatrechtlicher Sicht, *ZfV* 1997, 11.

⁹¹⁷ *Kleewein*, Vertragsraumordnung in der Praxis – Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, *RFG* 2005/16.

⁹¹⁸ VwGH 28.04.1992, 91/05/0204; OGH 23.02.1995, 2 Ob 511/95; *Böhm*, Zivilrechtliche Anmerkungen zur Vertragsraumordnung, wobl 1996, 17; *Tschaler*, Die zivilrechtlichen Folgen der Aufhebung der

der jeweiligen raumordnungsrechtlichen Gesetzesgrundlage gebunden ist und die Widmungen durch hoheitlichen Rechtsakt festzulegen hat. Da die Kommunen nur im öffentlichen Interesse agieren dürfen und grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten haben, verfügen sie über einen eingeschränkten Gestaltungsspielraum und unterliegen daher einem beschränkten Inhaltszwang.⁹¹⁹

a. Vertragstypen

Den einzelnen Landesgesetzen sind unterschiedliche Ausgestaltungen raumordnungsrechtlicher Verträge zu entnehmen, wobei insbesondere Verwendungs-, Überlassungs- und Aufschließungsverträge in nahezu allen Gesetzen explizit angeführt sind.⁹²⁰

aa. Verwendungsverträge

Durch diese Verträge soll eine zeitgerechte und widmungsgemäße Verwendung der Grundstücke erreicht werden,⁹²¹ wobei deren Inhalt über das durch Raumordnungspläne Regelbare hinausgehen und etwa detaillierte Nutzungspflichten, architektonische Gestaltungsvorschriften (wie etwa einem Ensembleschutz in Altstadtgebieten) oder ökologische Vorgaben enthalten kann.⁹²² Es sind innerhalb einer allgemein und abstrakt gehaltenen Widmungskategorie daher bestimmte Nutzungen durchsetzbar, während andere verboten werden können.⁹²³ Ebenso ist es möglich die Bebauungsbestimmungen im Einzelnen näher zu konkretisieren, wobei hinsichtlich des Detaillierungsgrades derartiger Vorgaben, die aus dem Eigentumsgrundrecht abgeleitete Baufreiheit zu berücksichtigen ist.⁹²⁴ Zudem besteht die Möglichkeit Unterlassungspflichten (welche auch als Dienstbarkeiten im Grundbuch eingetragen werden können), wie etwa die Unzulässigkeit der Errichtung von, mit

Bestimmungen des Salzburger Raumordnungsrechts über die Vertragsraumordnung durch den Verfassungsgerichtshof, bbl 2001, 10.

⁹¹⁹ Kleewein, Vertragsraumordnung (2003), 287.

⁹²⁰ Binder, Zivilrechtliche Aspekte der Vertragsraumordnung unter besonderer Berücksichtigung der Salzburger Situation, ZfV 1995, 609, 611ff.

⁹²¹ Mast, Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Alternative zur Tiroler Vertragsraumordnung? (2003), 122.

⁹²² Kleewein, Vertragsraumordnung in der Praxis – Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, RFG 2005/16.

⁹²³ Pallitsch/Pallitsch/Kleewein, Niederösterreichisches Baurecht⁸ (2013), 1349.

⁹²⁴ Kleewein, Vertragsraumordnung (2003), 291.

einem spezifischen Baustil in Widerspruch stehenden, Objekten⁹²⁵ oder die Pflicht, Flächen unbebaut zu belassen,⁹²⁶ zu normieren.

Diese Verträge sind iSd zivilrechtlichen Kategorisierung als atypische Verträge, welche nicht synallagmatisch, sondern lediglich konditional miteinander verknüpft sind, zu verstehen.⁹²⁷ Den Vertragsbestimmungen ist vom Grundeigentümer daher nur dann Folge zu leisten, wenn das Grundstück als Bauland ausgewiesen wird.⁹²⁸ Derartige Vereinbarungen sind als entgeltliche Verträge zu qualifizieren, sodass die für entgeltliche Rechtsgeschäfte vorgesehenen Bestimmungen des ABGB, wie insbesondere jene über Rücktritt, Gewährleistung und *lesio enormis* anwendbar sind.⁹²⁹

bb. Überlassungsverträge

Durch den Abschluss von Überlassungsverträgen soll der Gemeinde, einem öffentlich-rechtlichen Bodenbeschaffungsfonds, einer privatrechtlichen Baulandsicherungsgesellschaft oder einem privaten Dritten (wie etwa einer Wohnbaugesellschaft)⁹³⁰ iZm einer Widmungsänderung, ein dingliches Recht an zumindest einem Teil der umgewidmeten Liegenschaft für einen bestimmten Zweck (wie insbesondere dem sozialen Wohnbau), eingeräumt werden, um eine zeitgerechte widmungsgemäße Verwendung zu erzielen.⁹³¹

Eine derartige, auf vertraglicher Basis beruhende Überlassung stellt ein Surrogat zur hoheitlichen Enteignung dar, sodass auf Grund des Umstandes, dass die Grundrechte auch in der nicht hoheitlichen Verwaltung zu berücksichtigen sind, an diese Verträge vergleichbar

⁹²⁵ OGH 23.04.1963, 8 Ob 112/63.

⁹²⁶ OGH 21.11.2000, 5 Ob 281/00k = wobl 2002/48 (mit Anm. *Bittner*).

⁹²⁷ *Kalss*, Vereinbarungen über die Verwendung von Grundflächen, ZfV 1993, 551, 552; *Binder*, Zivilrechtliche Aspekte der Vertragsraumordnung unter besonderer Berücksichtigung der Salzburger Situation, ZfV 1995, 609, 612; *Tschaler*, Die zivilrechtlichen Folgen der Aufhebung der Bestimmungen des Salzburger Raumordnungsrechts über die Vertragsraumordnung durch den Verfassungsgerichtshof, bbl 2001, 10.

⁹²⁸ *Kleewein*, Vertragsraumordnung in der Praxis – Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, RFG 2005/16.

⁹²⁹ *Dullinger*, Vertragsraumordnung aus privatrechtlicher Sicht, ZfV 1997, 11; *Kleewein*, Vertragsraumordnung (2003), 289.

⁹³⁰ *Kleewein*, Vertragsraumordnung (2003), 293; *Mast*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Alternative zur Tiroler Vertragsraumordnung? (2003), 127.

⁹³¹ *Böhm*, Zivilrechtliche Anmerkungen zur Vertragsraumordnung, wobl 1996, 17; *Weber*, Tiroler Vertragsraum(un)ordnung, *ecolex* 2000, 162.

hohe Anforderungen, wie an Enteignungen zu stellen sind. Die Verträge müssen daher im öffentlichen Interesse liegen, sowie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.⁹³²

cc. Aufschließungsverträge

Mittels Aufschließungsverträgen kann die Tragung von Aufschließungs- und Infrastrukturkosten, anlässlich der Erbringung von Erschließungsmaßnahmen zwischen dem Grundeigentümer und der Gemeinde privatrechtlich vereinbart werden.⁹³³ Die Leistungen der Gemeinde stehen dabei in einem synallagmatischen Austauschverhältnis mit dem vom Grundeigentümer zu entrichtenden Entgelt.⁹³⁴

Der Abschluss derartiger Verträge ist innerhalb der von der Verfassung und den jeweiligen Landesgesetzen⁹³⁵ vorgegebenen Schranken zulässig.⁹³⁶ Eine direkte Verknüpfung mit der Umwidmung ist allerdings auch in diesem Fall unzulässig. Vielmehr bedarf es des Vorliegens der gesetzlichen Widmungsvoraussetzungen, welche für den Fall, dass ein Grundstück nicht ausreichend erschlossen ist oder die Gemeinde dafür unverhältnismäßige bzw. unwirtschaftliche Aufwendungen tragen müsste, durch den Abschluss eines entsprechenden Vertrages, mit dem die Kostentragung durch den jeweiligen Grundeigentümer übernommen wird, geschaffen werden können.⁹³⁷

b. Sicherungsmittel in der Vertragsraumordnung

Die gesetzliche Ermächtigung zum Abschluss von Raumordnungsverträgen umfasst auch die Zulässigkeit der Vereinbarung von, zur Sicherstellung der Hauptleistungspflichten erforderlichen, Nebenpflichten, sodass auch Bestimmungen zur Durchsetzung der

⁹³² *Kleewein*, Konsequenzen aus dem Erkenntnis des VfGH zur Salzburger Vertragsraumordnung, JBl 2000, 562; *Kleewein*, Vertragsraumordnung in der Praxis – Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, RFG 2005/16.

⁹³³ *Kanonier*, Raumplanungsrechtlicher Umgang mit Betriebsansiedlungen in *Aicher/Fina* (Hrsg.), FS *Manfred Straube* (2009), 481, 510.

⁹³⁴ *Kleewein*, Vertragsraumordnung (2003), 302.

⁹³⁵ Derartige gesetzliche Grundlagen finden sich etwa in § 19 Abs. 5 Bgld RPIG, § 22 Krmt GemeindeplanungsG 1995, § 16a Abs. 2 Z 3 Nö ROG 1976, § 18 Sbg ROG 2009, sowie § 43 Abs. 2 Stmk ROG 2010.

⁹³⁶ *Kleewein*, Vertragsraumordnung (2003), 303.

⁹³⁷ *Eisenberger/Steineder*, Privatrechtliche Vereinbarungen mit der Gemeinde zur Beseitigung von Umwidmungshindernissen, bbl 2011, 157, 161.

Vertragspflichten vereinbart werden können.⁹³⁸ Dabei ist etwa an die Einräumung eines Options-, Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechts zu Gunsten der Gemeinde, die Bestellung einer Kautions-, die Übernahme einer Bürgschaft durch Dritte, die Einräumung eines Veräußerungsverbots oder die Vereinbarung einer Konventionalstrafe zu denken.⁹³⁹ Diese, typischerweise nur für den Fall vertragswidrigen Handelns durch den Liegenschaftseigentümer, vorgesehenen Vertragsbestimmungen müssen ebenso im öffentlichen Interesse begründet liegen, sowie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.⁹⁴⁰

c. Vergaberechtliche Relevanz raumordnungsrechtlicher Verträge

Im Wege der Vertragsraumordnung ist die Festlegung von Bauwerksanforderungen durch eine Gemeinde, die als Gebietskörperschaft auch dem persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegt, nur im öffentlichen Interesse zulässig.⁹⁴¹ Aus vergaberechtlicher Sicht, liegen dann keine „Erfordernisse“ iSv § 4 Z 3 BVergG vor, wenn der öffentliche Auftraggeber lediglich im Rahmen seiner hoheitlichen Befugnisse, also in Wahrnehmung öffentlicher Interessen, Vorgaben trifft.⁹⁴²

Es können daher im Rahmen der, für den Abschluss von Verwendungsverträgen, abgesteckten Grenzen, Anforderungen einer Gemeinde an ein Bauwerk im Zuge eines Raumordnungsvertrages vorgegeben werden, ohne bei dessen Errichtung durch einen Privaten und anschließender Nutzung durch den öffentlichen Auftraggeber in den Anwendungsbereich des § 4 Z 3 BVergG zu gelangen. Das von einem Privaten unter Einhaltung der vertragsraumordnungsrechtlichen Vorgaben errichtete Objekt kann vielmehr von der Gemeinde im Wege eines nach § 10 Z 8 BVergG vergabeverfahrensfreien Abschlusses eines Miet- oder Leasingvertrages (siehe V.A) genutzt oder auf Grund der Geltendmachung eines zu Sicherungszwecken raumordnungsvertraglich vereinbarten Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechts ohne Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen erworben werden.

⁹³⁸ Kleewein, Vertragsraumordnung (2003), 323.

⁹³⁹ Dullinger, Vertragsraumordnung aus privatrechtlicher Sicht, ZfV 1997, 11.

⁹⁴⁰ Kleewein, Vertragsraumordnung (2003), 323.

⁹⁴¹ VwGH 28.04.1992, 91/05/0204.

⁹⁴² EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller).

Falls darüber hinaus jedoch die Finanzierung des Projektes durch die Gemeinde sichergestellt wird und insofern die Entgeltlichkeit des Vertrages gegeben ist und der Kommune – je nach Ausgestaltung des Vertrages – ein vereinbarter Anspruch auf Erbringung der Bauleistung zusteht, weil diese mit dem Projekt etwa einen eigenen Beschaffungsbedarf befriedigen möchte, ist in einem solchen Fall von der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Grund von § 4 Z 1 oder Z 2 BVergG auszugehen, sodass es keiner Argumentation für das Vorliegen von „Erfordernissen“ iSv § 4 Z 3 BVergG bedarf.

IZm Aufschließungsverträgen ist auf die vergleichbare Situation in Deutschland zu verweisen (siehe V.F.1.b.aa), sodass die Errichtung von öffentlichen Infrastruktureinrichtungen durch Private bei gleichzeitigem Verzicht auf die Einhebung von Aufschließungsabgaben durch die öffentliche Stelle, zu einem vergaberechtlich relevanten Vorgang führt.

G. Contracting-Verträge

Darunter sind typischerweise Verträge unterschiedlichster Ausprägung zu verstehen mit welchen die Energiebewirtschaftung (effiziente Energieversorgung und -bereitstellung sowie Realisierung von Energiesparmaßnahmen)⁹⁴³ eines Objektes durch einen Dritten gegen Vergütung übernommen wird,⁹⁴⁴ wobei im Wesentlichen zwischen den Varianten des Energiespar-Contractings (auch als „Einspar-Contracting“ bezeichnet) und Anlagen-Contractings (auch als „Energieliefer-Contracting“ benannt) unterschieden werden kann.⁹⁴⁵ Gemein ist diesen Verträgen, dass es zum Einsatz von (oftmals drittfinanziertem)⁹⁴⁶ privaten Kapital und Know-How des „Contractors“ – also des Vertragspartners des Auftraggebers – auf dessen unternehmerisches Risiko, kommt.⁹⁴⁷ Eine einheitliche Definition von Contracting-Vertragstypen ist in Österreich, anders als in Deutschland,⁹⁴⁸ nicht gegeben.⁹⁴⁹

Der Bezugsgegenstand eines Contracting-Vertrages ist im Regelfall nicht das gesamte Immobilienprojekt, sondern nur die bauliche und technische Gebäudeausstattung, sodass

⁹⁴³ *Unterweger*, Contracting von A bis Z (2002), 32.

⁹⁴⁴ *Rusam/Weyand* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 1 VOB/A, Rz 32a; *Höfler/Ruppman* in *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003), 2. Teil, Rz 628.

⁹⁴⁵ *Unterweger*, Contracting – Einführung und Musterverträge² (2000), 22.

⁹⁴⁶ *Straube/Zehetner*, Vergaberechtliche Aspekte von Einspar-Contracting-Modellen (1999), 5.

⁹⁴⁷ *Zeiss* in *Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 307.

⁹⁴⁸ DIN 8930-5: Kälteanlagen und Wärmepumpen – Terminologie – Teil 5: Contracting idF November 2003.

⁹⁴⁹ *Auer*, Contracting-Fibel³ (2009), 7.

typischerweise Schnittstellen zu den parallel bestehenden Vertragswerken, wie etwa Immobilienleasingverträge, zu definieren sind.⁹⁵⁰

1. Energiespar-Contracting

Hierbei geht es um die Verbesserung des Energiemanagements sowie der bau- und anlagentechnischen Ausstattung (z.B. Einbau neuer Fenster, Erneuerung der Gebäudeaußenhaut, Austausch von Beleuchtungskörpern, Installation von Regelungssystemen, etc.) von bestehenden Immobilien.⁹⁵¹ Der Contractor garantiert typischerweise, dass der Energieverbrauch und die damit zusammenhängenden Kosten während der Vertragslaufzeit in einem definierten Ausmaß reduziert werden und trägt daher das entsprechende (unternehmerische) Betriebsrisiko.⁹⁵² Die Aufwendungen des Contractors werden durch die ersparten Energie- und sonstigen Betriebskosten, gegebenenfalls unter Erfolgsbeteiligung des Auftraggebers, refinanziert.⁹⁵³

2. Anlagen-Contracting

Bei derartigen Verträgen installiert der Unternehmer eine Anlage zur Bereitstellung von Energie auf eigene Rechnung und verkauft diese dem Auftraggeber.⁹⁵⁴ Der Contractor übernimmt sowohl Planung, Bau und Finanzierung der Anlage, als auch die technische und wirtschaftliche Betriebsführung.⁹⁵⁵

Für den Auftraggeber steht hierbei nicht die Lieferung von Strom, Heizöl oder Gas im Vordergrund, sondern vielmehr die Verfügbarkeit von Licht, Kraft, Wärme oder Kälte.⁹⁵⁶ Der Contractor verpflichtet sich daher etwa dazu, die Räumlichkeiten des Auftraggebers innerhalb eines definierten Zeitraums auf einem vereinbarten Temperatur-Niveau zu halten und nicht

⁹⁵⁰ Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 285.

⁹⁵¹ Unterweger, Contracting – Einführung und Musterverträge² (2000), 23; Weyand, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013), § 99 GWB, Rz 600.

⁹⁵² Auer, Contracting-Fibel³ (2009), 9; Unterweger, Contracting – Einführung und Musterverträge² (2000), 23.

⁹⁵³ Rusam/Weyand in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 1 VOB/A, Rz 32a; DIN 8930-5, Kälteanlagen und Wärmepumpen – Terminologie – Teil 5: Contracting idF November 2003, Pkt. 4.2.

⁹⁵⁴ Auer, Contracting-Fibel³ (2009), 20; Unterweger, Contracting – Einführung und Musterverträge² (2000), 24.

⁹⁵⁵ DIN 8930-5, Kälteanlagen und Wärmepumpen – Terminologie – Teil 5: Contracting idF November 2003, Pkt. 4.1; Unterweger, Contracting von A bis Z (2002), 21.

⁹⁵⁶ Unterweger, Contracting – Einführung und Musterverträge² (2000), 26.

das erforderliche Gas für den Betrieb der Heizungsanlage zu liefern.⁹⁵⁷ Im Anlagen-Contracting ist daher typischerweise die Erbringung einer Dienstleistung und nicht die Lieferung von Waren zu erblicken.

3. Vergaberechtliche Beurteilung von Contracting-Verträgen

Der Begriff des Contractings ist den vergaberechtlichen Rechtsquellen nicht zu entnehmen.⁹⁵⁸ Es handelt sich dabei typischerweise um gemischte Verträge mit Bau-, Liefer- und Dienstleistungselementen, sodass für die vergaberechtliche Einordnung entscheidend ist, welche Leistung vertragscharakteristischerweise im Vordergrund steht, wo also im Wege einer ganzheitlichen Betrachtungsweise des Vertragswerkes,⁹⁵⁹ der rechtliche und wirtschaftliche Schwerpunkt der Leistungserbringung liegt⁹⁶⁰ und wie die Risikoverteilung ausgestaltet ist.⁹⁶¹

Soweit bauliche Maßnahmen (wie z.B. insbesondere iZm Anlagen der Mess-, Steuer- und Regelungstechnik) zwar einen Teil des Auftrages bilden, jedoch funktional nur von untergeordneter Bedeutung sind („main-object test“)⁹⁶² und sich nicht in der Vornahme von Nebenarbeiten der Bauteil-Lieferung erschöpfen (siehe II.G.2), ist vom Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages auszugehen (siehe II.G.3), auf welchen auch die Ausnahmebestimmung nach § 10 Z 8 BVergG (siehe IV.A) zur Anwendung gelangen kann, wenn derartige Dienstleistungen auf dem Erwerb oder der Miete dieser Anlagenteile als „anderes unbewegliches Vermögen“ (siehe IV.B.3) basieren.

Sofern der Fokus des Vertrages auf der Planung und Finanzierung des Projektes (wie z.B. der Energie- und Finanzberatung) liegt, wird ebenso ein Dienstleistungsauftrag vorliegen,⁹⁶³

⁹⁵⁷ *Unterweger*, Contracting von A bis Z (2002), 35.

⁹⁵⁸ So bereits *Straube/Zehetner*, Vergaberechtliche Aspekte von Einspar-Contracting-Modellen (1999), 17.

⁹⁵⁹ *Straube/Zehetner*, Vergaberechtliche Aspekte von Einspar-Contracting-Modellen (1999), 47.

⁹⁶⁰ VK Bremen 03.11.2000, VK 3/00; *Schelle*, Energiespar-Contracting: Vergabe nach VOB/A oder VOL/A?, IBR 2001, 138; *Weyand*, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013), § 99 GWB, Rz 601.

⁹⁶¹ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 218; OLG Düsseldorf 12.03.2003, VII-Verg 49/02 = BauRB 2004, 51; *Rusam/Weyand in Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 1 VOB/A, Rz 32b; *Willenbruch in Willenbruch/Wieddekind*, Kompaktkommentar Vergaberecht² (2011), § 99 GWB, Rz 65.

⁹⁶² *Schramm/Moick in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), § 9, Rz 36f.

⁹⁶³ *Straube/Zehetner*, Vergaberechtliche Aspekte von Einspar-Contracting-Modellen (1999), 35; *Höfler/Ruppmann in Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003), 2. Teil, Rz 638.

während im Fall der Vornahme umfangreicher baulicher Maßnahmen, von einem Bauauftrag auszugehen sein wird.⁹⁶⁴

H. Facility-Management-Verträge

Unter Facility Management (FM) ist das ganzheitliche Management einer Immobilie sowie der materiellen und immateriellen Infrastruktur einer Organisation mit dem Ziel der Produktivitätsverbesserung des Kerngeschäfts zu verstehen.⁹⁶⁵ Bei FM-Verträgen geht es daher im Wesentlichen um das Betreiben und die Instandhaltung von Gebäudeanlagen⁹⁶⁶ mit dem Ziel deren Funktion und Wert zu erhalten,⁹⁶⁷ sowie um die Optimierung der Wirtschaftlichkeit der Immobiliennutzung.⁹⁶⁸

Das Leistungsspektrum reicht dabei vom technischen (Betreiben und Bedienen von Anlagen, Inspektion, Störungsbeseitigung, Wartung, Instandhaltung und Instandsetzung, etc.) über das infrastrukturelle (Gebäudereinigung, Bewachung, Außenanlagenpflege, Energieversorgung, etc.) bis hin zum kaufmännischen (Betriebskostenverrechnung, Inkasso, Abschluss und Kündigung von Mietverträgen und Versicherungen, Wahrnehmung sämtlicher Vermieteragenden, Abwicklung von Gewährleistungsfällen, etc.) Facility Management.⁹⁶⁹

Aus vergaberechtlicher Sicht bedarf es einer exakten Abgrenzung, worin die spezifische Leistung des jeweiligen Vertrages (Substanzbeschaffung oder Erbringung von Dienstleistungen)⁹⁷⁰ liegt, um eine vergaberechtliche Einordnung als Bau- oder Dienstleistungsauftrag vornehmen zu können.⁹⁷¹ In der Praxis steht – insbesondere bei bereits

⁹⁶⁴ Zeiss in *Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 310; Agricola/Seifried in *Umweltbundesamt* (Hrsg.), *Energiespar-Contracting als Beitrag zu Klimaschutz und Kostensenkung: Ratgeber für Energiespar-Contracting in öffentlichen Liegenschaften – Teil 5: Werkzeuge zur Projektrealisierung* (2000), 8.

⁹⁶⁵ Maimer/Hödl/Schuchter/Nowotny, *Facility Management – Ein Leitfaden für die Praxis*, Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes 3.2005, 11 unter Bezugnahme auf die ÖNORM A7000, *Facility Management – Grundkonzepte*.

⁹⁶⁶ Korbion in *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010), Anhang 2, Rz 412.

⁹⁶⁷ Schick/Stickler, *Vergabe von Facility Management Leistungen durch öffentliche Auftraggeber in Schramm/Aicher* (Hrsg.), *Vergaberecht und PPP VI* (2010), 325, 325.

⁹⁶⁸ Maimer/Hödl/Schuchter/Nowotny, *Facility Management – Ein Leitfaden für die Praxis*, Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes 3.2005, 11.

⁹⁶⁹ Najork in *Najork* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Facility Management* (2009), 61ff.

⁹⁷⁰ Hamerl, *Immobilienentwicklung und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts*, ZVB 2010/53, 183.

⁹⁷¹ Heid in *Heid/Preslmayr*, *Handbuch Vergaberecht³* (2010), Rz 225; OLG Düsseldorf 18.10.2006, Verg 35/06 (Sicherheitsanlagen) = VergabeR 2007, 200.

bestehenden Gebäuden⁹⁷² – typischerweise die Dienstleistungskomponente (prioritäre Dienstleistungen iSv Kategorie 1 [Instandhaltung und Reparatur] und Kategorie 14 [Gebäudereinigung und Hausverwaltung] des Anhangs III BVergG) im Vordergrund.⁹⁷³

Sofern hingegen die Bauleistungen den Hauptgegenstand des Vertrages (siehe II.G.3) bilden – wovon insbesondere dann auszugehen ist, wenn die FM-Leistungen Teil eines Gesamtpaketes eines erst zu errichtenden Immobilienprojektes sind⁹⁷⁴ – können die mit dem Beschaffungsvorgang verbundenen Dienstleistungen (auch wenn diese alleine betrachtet über dem für Dienstleistungen zu beachtenden Schwellenwert liegen) ebenso nach den Bestimmungen für Bauaufträge vergeben werden. Je nach Höhe des geschätzten Auftragswertes der Dienstleistungen können diese unter Berücksichtigung der Kleinlosregelung (siehe II.I.3.b.aa) daher unter Umständen nach den Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen im Unterschwellenbereich beschafft werden.

I. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Dabei ist zum einen an eine Situation zu denken, bei der ein öffentlicher Auftraggeber eine Gesellschaft gründet, an diese im Wege einer Inhouse-Vergabe einen Auftrag vergibt und dann Anteile dieser Gesellschaft an einen Privaten veräußert, welcher die Leistung sodann ohne vorhergehender Durchführung eines Vergabeverfahrens tatsächlich erbringt (siehe nachfolgend V.I.1).⁹⁷⁵

Zum anderen kommt eine Konstruktion in Frage, bei welcher ein öffentlicher Auftraggeber und ein Privater ein „gemischtwirtschaftliches Unternehmen“ gründen, welches nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (siehe II.F.2) zu qualifizieren ist und daher (in rechtskonformer Weise) Aufträge außerhalb des Anwendungsbereiches des BVergG an den privaten Partner vergeben kann. Mit einem daran anschließenden Erwerb der Anteile des privaten Partners durch den öffentlichen Auftraggeber übernimmt dieser auch

⁹⁷² Lamm in Najork (Hrsg.), Rechtshandbuch Facility Management (2009), 31.

⁹⁷³ Rusam/Weyand in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), Vorbemerkungen zur VOB/A, Rz 45; Schick/Stickler, Vergabe von Facility Management Leistungen durch öffentliche Auftraggeber in Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 325, 329.

⁹⁷⁴ Lamm in Najork (Hrsg.), Rechtshandbuch Facility Management (2009), 33.

⁹⁷⁵ Diesen Vorgang wählte die Stadt Mödling iZm der städtischen Abfallbewirtschaftung (vgl. EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04 (Stadt Mödling)); Gutknecht, Vergaberechtliche Aspekte der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben in *Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Österreichisches Institut für Baurecht* (Hrsg.), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008), 419, 428.

den, an den Privaten – ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens – vergebenen Auftrag (siehe nachfolgend V.I.2).

Im Ergebnis erbringt in beiden Fällen ein Privater Leistungen für einen öffentlichen Auftraggeber, sodass es die vergaberechtliche Relevanz dieser, mit der Übertragung von Unternehmensanteilen verbundenen, (Beschaffungs-)Vorgänge zu beurteilen gilt.

1. Gesellschaftsgründung und anschließende Anteilsveräußerung

Die Gründung einer Gesellschaft sowie die Veräußerung von Unternehmensanteilen stellen für sich alleine betrachtet keine vergaberechtlich relevanten Vorgänge dar.⁹⁷⁶ Sofern die Gesellschaftsgründung oder die Veräußerung von Geschäftsanteilen im Wege einer funktionalen Gesamtbetrachtung⁹⁷⁷ jedoch wirtschaftlich in eine Konstruktion mit Beschaffungsbezug eingebettet sind, die neben der Kapitaleinlage des Privaten auch die Übernahme, den Abschluss, die Verlängerung oder wesentliche Änderung eines – dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden – Vertrages beinhalten, ist von einem vergaberechtsrelevanten Vorgang auszugehen,⁹⁷⁸ bei dem die Veräußerung von Geschäftsanteilen lediglich Mittel zum Zweck der Auftragsvergabe ist.⁹⁷⁹ Das Ziel derartiger Vertragskonstruktionen liegt dabei im Regelfall in der Umgehung des Vergaberechts begründet und ist als „mehrgliedriger Beschaffungsprozess“⁹⁸⁰ (Gesellschaftsgründung, anschließende Auftragsvergabe und Anteilsveräußerung) zu betrachten und daher die Suche nach einem privaten Mitgesellschafter ausschreibungspflichtig.⁹⁸¹ Bei der Beurteilung ob ein für die Ausschreibungspflicht erforderlicher, einheitlicher Vorgang vorliegt, ist insbesondere

⁹⁷⁶ *Krutisch*, Materielle Privatisierung – Wann unterliegen Veräußerungen von Geschäftsanteilen dem Vergaberecht?, NZBau 2003, 650, 650; *Endler*, Privatisierung und Vergaberecht, NZBau 2002, 125, 132; *Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000), § 100, Rz 105; *Burgi*, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601, 605; *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99 GWB, Rz 518; *Tomerius*, Kommunale Flächenentwicklung in öffentlich-privater Partnerschaft und Vergaberecht, ZfBR 2012, 332, 332.

⁹⁷⁷ *Müller-Wrede*, Erfahrungen mit PPP-Modellen in Deutschland in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP (2004), 223, 226.

⁹⁷⁸ *Weyand*, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013), § 99 GWB, Rz 548ff; *Otting*, Privatisierung und Vergaberecht, VergabeR 2002, 11; *Kullack* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 99 GWB, Rz 30; *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 119.

⁹⁷⁹ *Krutisch*, Materielle Privatisierung – Wann unterliegen Veräußerungen von Geschäftsanteilen dem Vergaberecht?, NZBau 2003, 650, 653.

⁹⁸⁰ *Kullack* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008), § 99 GWB, Rz 57.

⁹⁸¹ *Tomerius*, Kommunale Flächenentwicklung in öffentlich-privater Partnerschaft und Vergaberecht, ZfBR 2012, 332, 333; *Stemmer/Aschl*, Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, VergabeR 2005, 287, 294.

auf den inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhang der Gesellschaftsgründung, Auftragsvergabe und Anteilsveräußerung abzustellen.⁹⁸²

Eine Ausschreibungsfreiheit der Gesellschaftsgründung oder Anteilsveräußerung und der damit verbundenen Auftragsvergabe kann nach der Judikatur des EuGH⁹⁸³ dann bestehen, wenn der Leistungsteil gegenüber dem Anteilsverkauf eine zweifellos untergeordnete Bedeutung im Gesamtvertrag hat.⁹⁸⁴ Es ist daher im Einzelfall zu überprüfen, ob die Ausgliederung aus Gründen der Leistungsbeschaffung oder aus organisatorischen, konzernstrategischen bzw. fiskalischen Motiven erfolgt.⁹⁸⁵

2. Anteilserwerb durch öffentliche Auftraggeber

Beim Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch den öffentlichen Auftraggeber ist grundsätzlich nicht von einem vergaberechtsrelevanten Beschaffungsvorgang auszugehen.⁹⁸⁶ Sofern dieser jedoch ebenso den Zweck der Beschaffung von Leistungen verfolgt und die gesellschaftsrechtliche Konstruktion insofern nur der Umgehung vergaberechtlicher Bestimmungen dient, in dem der öffentliche Auftraggeber an Stelle der vergabepflichtigen Leistungen, den Leistungserbringer erwirbt,⁹⁸⁷ ist auch der Erwerb von Unternehmensanteilen auf Grund des damit verbundenen Beschaffungsvorganges als dem Vergaberecht unterliegend zu betrachten.⁹⁸⁸

Soweit allerdings bereits die Auswahl des privaten Partners für die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens im Wege eines Vergabeverfahrens erfolgte und diese Gesellschaft sodann den privaten Partner mit der Leistungserbringung beauftragt und dieser dann seine Unternehmensanteile an den öffentlichen Auftraggeber überträgt, ist von keiner

⁹⁸² *Ganske* in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 155; *Zeiss* in *Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011), § 99 GWB, Rz 128; Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.04.2004, KOM (2004), 327 endgültig, Rz 69; *Frenz*, Vergaberecht und institutionalisierte PPP, NZBau 2008, 673, 678f.

⁹⁸³ EuGH 06.05.2010, verbundene Rs C-145/08 und C-149/08 (Loutraki und Aktor), Rz 28.

⁹⁸⁴ *Casati*, Mergers & Acquisitions in den Fängen des Vergaberechts, RPA 2001, 58; *Tomerius*, Kommunale Flächenentwicklung in öffentlich-privater Partnerschaft und Vergaberecht, ZfBR 2012, 332, 333.

⁹⁸⁵ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 208.

⁹⁸⁶ *Hailbronner* in *Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005), § 99 GWB, Rz 518.

⁹⁸⁷ *Müller-Wrede/Kaelble* in *Müller-Wrede* (Hrsg.), Kommentar GWB-Vergaberecht (2009), § 99, Rz 84.

⁹⁸⁸ VK Düsseldorf 07.07.2000, VK-12/2000L; OLG Brandenburg 03.08.2001, Verg 3/01 (Kabelfernsehen) = VergabeR 2002, 45.

„Doppelausschreibungspflicht“ auszugehen,⁹⁸⁹ sodass der Anteilerwerb in diesem Fall nicht dem Vergaberecht unterliegt

J. PPP-Projekte (Public Private Partnerships)

Unter dem Sammelbegriff „Public Private Partnership“⁹⁹⁰ sind all jene – in unterschiedlichster Ausprägung gestalteten – Kooperationsformen zusammengefasst, bei denen es um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch staatliche Stellen in Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen geht.⁹⁹¹

Das BVergG hält, wie auch die vergaberechtlichen Regelwerke auf europäischer Ebene, keine eigene Definition von „Public Private Partnership“ bereit,⁹⁹² sodass für das Begriffsverständnis auf Ausführungen im Schrifttum oder beispielsweise eine Stellungnahme des Bundeskanzleramtes⁹⁹³ zurückgegriffen werden kann, wonach *„PPP eine auf Dauer angelegte Kooperation von öffentlicher Hand und privater Wirtschaft bei der Planung, der Erstellung, der Finanzierung, dem Betreiben oder der Verwertung von (bislang) öffentlichen Aufgaben mit angemessener Verteilung der Risiken und Verantwortlichkeiten ist.“*

Typischerweise finanzieren sich PPP-Projekte unabhängig von deren individuellen Ausgestaltung⁹⁹⁴ und Bezeichnung⁹⁹⁵ aus den erzielten Erträgen des verwirklichten Vorhabens sowie Zuschüssen der öffentlichen Hand, welche in unterschiedlicher Intensität

⁹⁸⁹ EuGH 15.10.2009, Rs C-196/08 (Acoset SpA), Rz 61; Frenz, Vergaberecht und institutionalisierte PPP, NZBau 2008, 673, 680.

⁹⁹⁰ Holoubek/Segalla, Instrumente kommunaler Daseinsvorsorge – Evaluierung und Fortentwicklung in Österreichischer Gemeindebund und Österreichischer Städtebund (Hrsg.), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002), 63, 96.

⁹⁹¹ Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 148; Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.04.2004, KOM (2004), 327 endgültig, Rz 1.

⁹⁹² Karas, Vergaberecht und PPP aus europäischer Sicht in Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP II (2005), 229, 230; Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht⁴ (2012), 25; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 120.

⁹⁹³ Stellungnahme der Republik Österreich (Bundeskanzleramt) zum Grünbuch hinsichtlich öffentlich-privater Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004), 327 (BKA-671.801/0051-V/A/8/2004).

⁹⁹⁴ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 238.

⁹⁹⁵ Es hat sich eine Vielzahl an Bezeichnungen für PPP-Projekte in Abhängigkeit der Intensität der Einbeziehung der Konzeptions-, Errichtungs- und Betriebsphase herausgebildet, welche allesamt versuchen den jeweiligen Umfang des Leistungsspektrums des Vertrages zu umschreiben. Zu nennen sind insbesondere die Bezeichnungen BOT („build-operate-transfer“), DBFO („design-build-finance-operate“), BLT („build-lease-transfer“) sowie ROT („refurbish-operate-transfer“).

und Form ausgeprägt sein können (fixe, nutzungsabhängige oder kapazitätsbezogene Zuschüsse).⁹⁹⁶ Als zentrales Charakteristikum für sämtliche Betreibermodelle ist die Abhängigkeit der Projektfinanzierung vom Betriebserfolg anzuführen.⁹⁹⁷ Damit einhergehend spielt bei PPP der „Lebenszyklusansatz“, welcher neben den Anschaffungskosten (im wesentlichen Kosten für Planung und Errichtung) auch die Betriebskosten bei der Preisermittlung berücksichtigt, eine zentrale Rolle.⁹⁹⁸

Ein weiteres wesentliches Merkmal ist eine sinnvolle Risikoverteilung zwischen den Partnern, sodass derjenige ein spezifisches Risiko übernehmen soll, zu dessen Beherrschung er in der Lage ist.⁹⁹⁹

Bei der Wahrnehmung ehemals öffentlicher Aufgaben durch einen Privaten, erbringt dieser keine Leistungen an die privatisierende öffentliche Stelle, sondern an die Aufgabenadressaten. Dies ist selbst dann noch zutreffend, wenn sich die öffentliche Stelle zu Gunsten der Aufgabenadressaten eine Kontrollfunktion über die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch den Privaten vorbehält.¹⁰⁰⁰

Sofern dem Privaten die öffentliche Aufgabe jedoch nicht vollständig, sondern nur die Wahrnehmung selbiger für die öffentliche Stelle übertragen wird und dieser eine Restverantwortung zukommt, die über jene der bloßen Kontrolle hinausgeht, liegt keine Aufgabenprivatisierung, sondern nur eine funktionale (Erfüllungs-)Privatisierung vor,¹⁰⁰¹ welche unter Berücksichtigung ihrer (im Regelfall) entgeltlichen vertraglichen Basis als öffentlicher Auftrag zu betrachten ist.¹⁰⁰²

⁹⁹⁶ Lessiak, Vertragsgestaltungen bei PPP-Modellen in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), *Vergaberecht und PPP* (2004), 243, 245.

⁹⁹⁷ Lessiak, Vertragsgestaltungen bei PPP-Modellen in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), *Vergaberecht und PPP* (2004), 243, 247.

⁹⁹⁸ Seiringer, PPP – Von der Idee zur Umsetzung! in *Sachs* (Hrsg.), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005), 111, 114.

⁹⁹⁹ Egger/Tiefenthaler/Seiringer, Die Durchführung eines PPP-Modells in *Sachs* (Hrsg.), *Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe* (2007), 7.1.1.

¹⁰⁰⁰ Behr, Zur vergaberechtlichen Relevanz von Privatisierungen, *VergabeR* 2009, 136.

¹⁰⁰¹ Ganske in *Reidt/Stickler/Glahs*, *Vergaberecht Kommentar*³ (2011), § 99 GWB, Rz 151.

¹⁰⁰² Burgi, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, *NVwZ* 2001, 601, 604; Marx in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, *Beck'scher VOB-Kommentar*, VOB/A (2001), § 99 GWB, Rz 22; Behr, Zur vergaberechtlichen Relevanz von Privatisierungen, *VergabeR* 2009, 136

Die Erscheinungsformen von PPP ließen sich anhand unterschiedlichster Kriterien systematisch darstellen,¹⁰⁰³ wobei im gegenständlichen Kontext die Differenzierung nach der Frage, ob damit eine (gemischtwirtschaftliche) Vergesellschaftung der öffentlichen Hand und des privaten Partners verbunden ist, am zielführendsten erscheint.

1. PPP ohne Vergesellschaftung

a. Konzessionsmodell

Im Wesentlichen geht es hierbei um die private Vorfinanzierung einer öffentlichen Aufgabe, indem ein Privater ein Bauwerk auf einem im Regelfall vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Grundstück,¹⁰⁰⁴ auf sein eigenes wirtschaftliches Risiko¹⁰⁰⁵ errichtet. Für die Nutzung des Objektes durch Dritte erhält er von diesen ein Entgelt, um seine Investitionen zu refinanzieren.¹⁰⁰⁶ Der private Partner steht bei derartigen Modellen zwar unter der Aufsicht der öffentlichen Stelle¹⁰⁰⁷ und erhält oftmals auch eine staatliche Anschubfinanzierung,¹⁰⁰⁸ trägt jedoch das wirtschaftliche Risiko hinsichtlich der Inanspruchnahme der Leistung durch Dritte selbst.¹⁰⁰⁹

Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Bau- oder Dienstleistungskonzession iSd BVergG (siehe II.G.4) sind daher typischerweise gegeben, sodass diese Bestimmungen für deren Vergabe anzuwenden sind.

b. Betreibermodell

Bei diesem auch als „Contracting out“ bezeichneten Modell erbringt der Private die Leistung, wie etwa die Planung, Errichtung, Finanzierung, Instandhaltung und Betriebsführung einer

¹⁰⁰³ Lutz/Hochedlinger in König/Streit, Das neue Vergaberecht (2008), 8.3.

¹⁰⁰⁴ Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 286.

¹⁰⁰⁵ Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 288.

¹⁰⁰⁶ Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 148.

¹⁰⁰⁷ Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.04.2004, KOM (2004), 327 endgültig, Rz 22.

¹⁰⁰⁸ Goede in Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht³ (2011), Kapitel 11E, Rz 34.

¹⁰⁰⁹ Lutz/Hochedlinger in König/Streit, Das neue Vergaberecht (2008), 8.3.1.2.

Immobilie¹⁰¹⁰ gegenüber der öffentlichen Hand und erhält von dieser sein Entgelt,¹⁰¹¹ sodass der öffentlichen Stelle die Kontrolle über die Erbringung der Aufgabenbesorgung durch den Privaten verbleibt.¹⁰¹² Die Verpflichtung zur Betriebsführung wird direkt gegenüber der öffentlichen Hand übernommen,¹⁰¹³ sodass sich die Leistungen des privaten Partners gegenüber dem Endnutzer als solche des öffentlichen Auftraggebers darstellen.¹⁰¹⁴

Der wesentliche Unterschied des Betreibermodells zum Konzessionsmodell liegt darin, dass das Refinanzierungsrisiko, also die Frage, ob sich die getätigten Investitionen auf Grund der, von den Endnutzern, vereinnahmten Entgelte amortisieren, hier bei der öffentlichen Hand und nicht beim privaten Partner liegt.¹⁰¹⁵

Das Betreibermodell ist im Regelfall nach den vergaberechtlichen Bestimmungen über gewöhnliche Aufträge und nicht nach jenen über Konzessionen ausschreibungspflichtig, weil das wirtschaftliche Risiko beim öffentlichen Auftraggeber verbleibt und daher ein „herkömmlicher“ Beschaffungsvorgang vorliegt.¹⁰¹⁶

c. Betriebsführungsmodell

Hierbei überträgt die öffentliche Stelle dem Auftragnehmer lediglich die Betriebsführung einer Immobilie, bleibt jedoch selbst Betreiberin und hat daher das wirtschaftliche Risiko zu tragen.¹⁰¹⁷ Es liegt daher typischerweise ein herkömmlicher Dienstleistungsauftrag vor, der je nach Ausprägung des Vertrages auch Regelungen zur Personalübernahme durch den Auftragnehmer beinhalten kann.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁰ Goede in *Kuffer/Wirth*, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht³ (2011), Kapitel 11E, Rz 34.

¹⁰¹¹ Lutz/Hochedlinger in *König/Streit*, Das neue Vergaberecht (2008), 8.3.1.2.

¹⁰¹² Ganske in *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWB, Rz 148.

¹⁰¹³ Eschenbruch in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 287.

¹⁰¹⁴ Lutz/Hochedlinger in *König/Streit*, Das neue Vergaberecht (2008), 8.3.1.2.

¹⁰¹⁵ Schramm/Öhler in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009), §§ 7, 8, Rz 73.

¹⁰¹⁶ Resch in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), Rz 384; Eschenbruch in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 287; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 122; Lutz/Hochedlinger in *König/Streit*, Das neue Vergaberecht (2008), 8.3.1.2.

¹⁰¹⁷ Lutz/Hochedlinger in *König/Streit*, Das neue Vergaberecht (2008), 8.3.1.3.

¹⁰¹⁸ Prieß in *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe (1999), 54; Eschenbruch in *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006), § 99 GWB, Rz 289.

2. PPP mit Vergesellschaftung (Kooperationsmodell)

Der Private und die öffentliche Stelle gründen bei diesem Modell eine gemeinsame Projektgesellschaft als sog. „gemischtwirtschaftliches“ Unternehmen (siehe V.I), welches die Abwicklung des Bauvorhabens übernimmt.¹⁰¹⁹ Aus vergaberechtlicher Perspektive sind dabei zwei Phasen von zentraler Bedeutung, nämlich zum einen die der Auswahl des privaten Mitgesellschafters und zum anderen jene der Beauftragung dieser Gesellschaft durch eine öffentliche Stelle bzw. die Auftragsvergabe an Dritte durch das gemischtwirtschaftliche Unternehmen.¹⁰²⁰

Die Suche und Auswahl des privaten Partners hat grundsätzlich nach klaren und objektiven Kriterien zu erfolgen¹⁰²¹ und hat dann eine vergaberechtliche Relevanz, wenn damit im Rahmen einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung ein Beschaffungsvorgang verbunden ist.¹⁰²² Sofern die von der öffentlichen Stelle und dem privaten Partner gemeinsam gegründete Gesellschaft hingegen ausschließlich Aufträge von der öffentlichen Hand erhält, welche im Wettbewerb mit anderen Unternehmen unter Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen vergeben werden, ist von keiner derartigen Bedeutung auszugehen, sodass das gemischtwirtschaftliche Unternehmen selbst, bei der Vergabe von Leistungen nicht an das Vergaberecht gebunden ist. Die beiden Phasen dürfen jedoch nicht vermengt werden, um ein vergaberechtlich gebotenes Vergabeverfahren zu umgehen.¹⁰²³

¹⁰¹⁹ Goede in Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht³ (2011), Kapitel 11E, Rz 34.

¹⁰²⁰ Lutz/Hochedlinger in König/Streit, Das neue Vergaberecht (2008), 8.3.2.

¹⁰²¹ Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.04.2004, KOM (2004), 327 endgültig, Rz 58.

¹⁰²² Kaufmann/Schnabl, Vergaberecht in der Praxis² (2006), 26; Lutz/Hochedlinger in König/Streit, Das neue Vergaberecht (2008), 8.3.2.

¹⁰²³ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 121; Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.04.2004, KOM (2004), 327 endgültig, Rz 59f.

VI. Zusammenfassung

A. Allgemeine Voraussetzungen

Dem Vergaberecht unterliegen Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand auf Grund entgeltlicher, privat- oder öffentlich-rechtlicher Verträge, deren Funktion in der zumindest mittelbaren Nachfrage von Leistungen besteht. Die Veräußerung von Vermögenswerten wird demgegenüber nicht erfasst. Für das Vorliegen eines Auftrages iSd Vergaberechts ist daher das Vorhandensein eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses, in dem der öffentliche Auftraggeber als Nachfragender auftritt, erforderlich. Von der Entgeltlichkeit sind auch in Geld bewertbare Gegenleistungen, wie die Übertragung eines Grundstückes oder der Verzicht auf die Einhebung von Abgaben, erfasst.

Bei der vergaberechtlichen Beurteilung eines Beschaffungsvorganges sind sämtliche Einzelverträge, die in einem zeitlich-sachlichen Zusammenhang mit diesem Vorgang stehen, zu berücksichtigen, um die praktische Wirksamkeit der vergaberechtlichen Vorschriften zu gewährleisten und Umgehungen des Vergaberechts zu verhindern.

Der Auftraggeberbegriff ist nicht in einem institutionellen, sondern funktionellen Sinn zu verstehen, sodass sich die öffentliche Hand durch eine „Flucht in die Rechtsformen des Privatrechts“ nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entziehen kann. Als öffentlicher Auftraggeber ist grundsätzlich der zivilrechtliche Vertragspartner des Auftragnehmers anzusehen, wobei auf das objektive Erklärungsbild der im Vergabeverfahren abgegebenen Willenserklärungen abzustellen ist. Die Grenze ist jedoch dort erreicht, wo durch das „Vorschieben“ einer anderen scheinbar „offiziellen“ Vertragspartei durch die öffentliche Hand, vergaberechtliche Bestimmungen umgangen werden sollen und in Wahrheit diese selbst Auftraggeber der Leistung ist.

Als öffentliche Auftraggeber kommen neben Bund, Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG auch die zumindest teilrechtsfähigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts in Betracht, welche zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen und überwiegend von anderen öffentlichen Auftraggebern finanziert, beaufsichtigt oder verwaltet werden. Dadurch sind auch jene eigens gegründeten „ausgegliederten

Rechtsträger“, welche im Bereich der Daseinsvorsorge – worunter beispielsweise das Betreiben einer Kläranlage, die Errichtung von Gefängnissen oder die Liegenschaftsentwicklung auf einem Bahnhofsareal zu verstehen sind – tätig sind und nicht unter den, für das Bestehen einer Wettbewerbssituation typischen Marktbedingungen agieren, in den Anwendungsbereich des Vergaberechts einzubeziehen.

Im sachlichen Geltungsbereich ist hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht auf die Bezeichnung des Auftrages durch den öffentlichen Auftraggeber, sondern auf den tatsächlichen Charakter des Ausschreibungsgegenstandes abzustellen. Die Bau- und Dienstleistungskonzessionen unterscheiden sich von den klassischen Aufträgen dadurch, dass dem Auftragnehmer Nutzungs- und Verwertungsrechte an der von ihm erbrachten Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber eingeräumt werden und dieser insofern das Nutzungs- und Betriebsrisiko übernimmt.

Als Bauauftrag ist die Ausführung oder gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben, die Ausführung eines Bauwerks sowie die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln, zu verstehen. Der Auftragnehmer schuldet demnach nicht nur eine bloße Tätigkeit, sondern typischerweise einen Erfolg, sodass Bauaufträge zumeist als Werkverträge iSd Zivilrechts zu beurteilen sind.

Im der Entwicklung von Immobilienprojekten sind oftmals gemischte Verträge anzutreffen, welche insbesondere Elemente von Bau- und Dienstleistungsaufträgen enthalten. Hinsichtlich der vergaberechtlichen Einordnung eines solchen Auftrages ist darauf abzustellen, welcher Teil inhaltlich und funktional den Hauptgegenstand („main object“) bildet und welcher hingegen nur von untergeordneter Bedeutung ist.

Sofern die Voraussetzungen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches gegeben sind, ist die Berufung auf einen der Ausnahmetatbestände (Dienstleistungsaufträge iZm Immobilientransaktionen, Inhouse-Vergabe, interkommunale Zusammenarbeit, nachträgliche Vertragsänderungen, etc.) möglich, deren Vorliegen vom öffentlichen Auftraggeber zu beweisen ist. Sofern der Hauptgegenstand eines gemischten Vertrages auf Grund einer Ausnahmebestimmung nicht dem Vergaberecht unterliegt, ist auch keine Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Bestimmungen auf einzelne Teile des Vertrages gegeben.

Bei Vertragsänderungen ist zunächst zu hinterfragen, ob diese bereits im ursprünglichen Vertrag angelegt waren und daher bereits dem Wettbewerb unterzogen wurden oder ob es sich um nachträgliche Vertragsänderungen handelt, bei welchen auf die Wesentlichkeit abzustellen ist. Bei bauwirtschaftlichen Nachträgen, welche zur Fertigstellung des vertraglich vereinbarten Bauwerks erforderlich werden, ist typischerweise davon auszugehen, dass diese bereits im Ursprungsvertrag begründet liegen und daher keine Neuausschreibungspflicht besteht. Die Grenze ist jedoch dort erreicht, wo im Wege von Vertragsanpassungen eine inhaltlich verfehlte Ausschreibung korrigiert oder das Vergaberecht umgangen werden soll.

Wenn die Anwendbarkeit des Vergaberechts, in Folge des Vorliegens der Voraussetzungen des persönlichen und sachlichen Geltungsbereiches, sowie mangels zulässiger Berufung auf einen Ausnahmetatbestand, gegeben ist, verbleibt dem öffentlichen Auftraggeber ein Handlungsspielraum bei der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes und der damit verbundenen Einordnung des Auftrages in den Ober- oder Unterschwellenbereich sowie der Möglichkeit vereinfachte Verfahren bei Unterschreiten der jeweiligen verfahrensbezogenen Subschwellenwerte anwenden zu können. Der geschätzte Auftragswert ist vor Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig und nach objektiven Gesichtspunkten vom öffentlichen Auftraggeber zu ermitteln. Bei Bauaufträgen ist hierbei grundsätzlich von den Herstellungskosten exklusive Grunderwerbs- und Aufschließungskosten auszugehen.

Um Umgehungen des Vergaberechts entgegenzusteuern normiert § 13 Abs. 4 BVergG, dass die Wahl des Berechnungsverfahrens zur Ermittlung des geschätzten Auftragswertes nicht mit dem Ziel erfolgen darf, dass die Anwendbarkeit des Vergaberechts eingeschränkt oder gänzlich unterbunden wird. Weiters legt § 22 Abs. 3 BVergG das Verbot des willkürlichen Auftragsplittings fest, sodass es zu keiner beliebigen Trennung aber auch zu keiner willkürlichen Koppelung von Auftragsteilen kommen darf. Demgegenüber sieht das Vergaberecht die Möglichkeit der losweisen Beschaffung im Rahmen eines einheitlichen Beschaffungsvorhabens vor, welche es dem öffentlichen Auftraggeber erlaubt, sachlich gerechtfertigte Teil- oder Fachlose zu bilden. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt bei der Festlegung einer gemeinsamen oder getrennten Vergabe ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum zu, welcher von diesem nach wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkten wahrzunehmen ist.

B. Erbringung von Bauleistungen durch Dritte und Immobiliengeschäfte

Nach § 4 Z 3 BVergG sind „*entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt*“, als Bauaufträge zu qualifizieren. Von dieser Regelung werden sämtliche Gestaltungsformen von Verträgen erfasst, bei welchen der öffentliche Auftraggeber die Bauherrenfunktion (zumindest vordergründig) an Dritte überträgt und somit nicht selbst in Erscheinung tritt, sondern für seine Zwecke bauen lässt, sodass auch der mittelbare Erwerb von Bauleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber dem Vergaberecht unterliegt.

Dies ist insbesondere unter Berücksichtigung der Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG zu betrachten, wonach Dienstleistungsaufträge zur Beschaffung von Grundstücken und bestehenden Immobilien mangels Wettbewerbssituation nicht dem Vergaberecht unterliegen. Um Umgehungskonstruktionen – im Wege der Errichtung eines Bauwerks durch ein privates Unternehmen und anschließender vergabefreier Übertragung auf den öffentlichen Auftraggeber – vorzubeugen und sämtliche von öffentlichen Auftraggebern in Betracht gezogene Vertragskonstellationen einzubeziehen, soll der vergaberechtliche Anwendungsbereich des § 4 Z 3 BVergG so weit wie möglich gefasst sein. Die Norm erweitert insofern den Anwendungsbereich für öffentliche Bauaufträge, indem sie die andernfalls als Dienstleistungsauftrag zu qualifizierenden Leistungen zur Verschaffung einer Immobilie für den öffentlichen Auftraggeber, welche nach § 10 Z 8 BVergG vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind, bei der Definition des Bauauftrages einbezieht.

Unter der „Erbringung einer Bauleistung“ ist ganz allgemein jede Realisierung von Bauwerken zu verstehen. Ob diese Leistungen durch den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers selbst oder durch Dritte erfolgen ist nicht entscheidend. Vielmehr ist von Relevanz, ob die Leistungserbringung nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers erfolgt. Ebenso ist es nicht von Bedeutung, ob die Bauherrenfunktion auf Grund der jeweiligen Vertragsgestaltung dem öffentlichen Auftraggeber oder dessen Vertragspartner zukommt. Entscheidend ist letztlich, ob das Baugeschehen vom öffentlichen Auftraggeber durch Vorgabe seiner Erfordernisse in eigentümerähnlicher Weise bestimmt wird.

Für das Vorliegen von „Erfordernissen“ iSd § 4 Z 3 BVergG ist mE an ein umfassendes wirtschaftlich-technisch-rechtliches Begriffsverständnis anzuknüpfen, welches an Hand der kumulativen Erfüllung nachfolgender vier Kriterien zu beurteilen ist:

Erstens ist es von Bedeutung, dass der öffentliche Auftraggeber Vorgaben auf Basis einer durchsetzbaren vertraglichen Vereinbarung und nicht auf Grund der Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen trifft.

Zweitens ist es erforderlich, dass die Projektrealisierung dem öffentlichen Auftraggeber zurechenbar ist und das Objekt ohne dessen Nutzungs- oder Verwertungswillen, nicht realisiert worden wäre.

Drittens ist zu betrachten, ob mit dem Auftrag die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos (wie z.B. die zumindest anteilige Kostentragung eines erhöhten Projektaufwandes oder die Haftung im Falle geringerer Verwertungserlöse) durch den öffentlichen Auftraggeber verbunden ist, welches ihn typischerweise zur aktiven Wahrnehmung seiner Interessen veranlasst, sodass in daraus resultierenden Maßnahmen (wie z.B. Plangenehmigungs- oder Anordnungsbefugnissen) auf Grund der Risikoübernahme, ein weiteres Kriterium für das Vorliegen von „Erfordernissen“ zu erblicken ist.

Viertens ist entscheidend, ob durch den öffentlichen Auftraggeber technische Vorgaben getroffen werden, welche über die einer funktionalen – lediglich die zu erreichenden Ziele und Funktionen vorgebenden – Leistungsbeschreibung hinausgehen und detailliertere Anforderungen vom Auftraggeber festgelegt werden, als sie für die vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nach § 10 Z 8 BVergG ausgenommene Anschaffung oder Anmietung von Immobilien als zulässig erachtet werden.

Sofern die Kriterien für das Vorliegen von „Erfordernissen“ erfüllt sind und daher in weiterer Folge ein Bauauftrag gemäß § 4 Z 3 BVergG gegeben ist, sind die vergaberechtlichen Bestimmungen auf das Vertragsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dessen (privaten) Auftragnehmer und nicht auf jenes zwischen diesem und dessen, die Bauleistung tatsächlich ausführenden, Vertragspartner anzuwenden. Es besteht daher entgegen einzelner Meinungen im Schrifttum keine Ausschreibungspflicht auf der „zweiten

Stufe“, sofern es sich beim „Zweiten“ nicht ebenso um einen öffentlichen Auftraggeber iSd Vergaberechts handelt.

Gemäß § 10 Z 8 BVergG gilt das BVergG nicht für Dienstleistungsaufträge betreffend Erwerb, Miete oder Rechte an Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen, ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten, ausgenommen Verträge über finanzielle Dienstleistungen jeder Form, die gleichzeitig, vor oder nach dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden.

Die Ausnahmebestimmung ist ausschließlich auf öffentliche Dienstleistungsaufträge iZm dem Erwerb oder der Miete von Immobilien und nicht auf Bauaufträge anzuwenden. Ein, den Hauptgegenstand eines Auftrages bildender, Bauauftrag kann dem Vergaberecht daher nicht dadurch entzogen werden, dass ein Unternehmen eine Immobilie „zufälligerweise“ exakt nach den Wünschen des öffentlichen Auftraggebers errichtet und diesem dann unter Berufung auf diese Ausnahmebestimmung vermietet oder verkauft.

Im Ergebnis unterliegen Immobilienverträge eines öffentlichen Auftraggebers daher im Wesentlichen dann nicht dem Vergaberecht, wenn sie keine Bauleistungen zum Inhalt haben.

In Zusammenschau der beiden Bestimmungen nach § 4 Z 3 und § 10 Z 8 BVergG ist relevant, ob Ziel des öffentlichen Auftraggebers die Errichtung eines Gebäudes oder die bloße Nutzungsüberlassung auf Zeit ist. Als Abgrenzungskriterium ist mE vor allem die Frage, wer das Leerstandsrisiko der Immobilie tatsächlich zu tragen hat, heranzuziehen.

Insofern ist die ursprüngliche Zielsetzung des öffentlichen Auftraggebers für die Einordnung, als vom Vergaberecht erfassten Bauauftrag oder als der Ausnahmebestimmung unterliegendes Immobiliengeschäft, relevant.

C. Anwendungsfälle in der Praxis

IZm der Erbringung von Bauleistungen durch Dritte und Immobiliengeschäften sind in der Praxis eine Vielzahl an Variationen anzutreffen, mit denen von öffentlichen Auftraggebern der Versuch unternommen wird, dem Vergaberecht zur Gänze zu entgehen oder zumindest Gestaltungsspielräume zu ihren Gunsten zu nutzen.

Beim **Erwerb von Verfügungsrechten** der öffentlichen Hand über Immobilien, also dem Immobilienankauf, der Miete von Immobilien, dem Abschluss von Mietkauf- oder Immobilienleasingverträgen ist stets zu hinterfragen, ob das tatsächliche Ziel des Vertrages die Gebäudeerrichtung oder die Überlassung der Raumnutzung auf Zeit ist. Sofern bei den laufenden Entgeltzahlungen des öffentlichen Auftraggebers die Finanzierungsfunktion für die Gebäudeerrichtung im Vordergrund steht und diese nicht als Gegenleistung für die Raumüberlassung zu betrachten sind, ist regelmäßig vom Vorliegen eines drittfinanzierten Bauauftrages auszugehen, auf welchen die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG nicht anzuwenden ist.

Dem öffentlichen Auftraggeber steht es grundsätzlich offen, die für die Projektabwicklung eines einheitlichen Beschaffungsvorhabens erforderlichen Planungs- und Bauleistungen einzeln an entsprechende Fachplaner und Professionisten zu vergeben oder in unterschiedlicher Intensität zu bündeln. Bei der Entscheidungsfindung der passenden **Unternehmereinsatzform** für das jeweilige Projekt sind insbesondere Fragen der Haftung, Vollständigkeit der Leistung (Schnittstellen zwischen den einzelnen Leistungsbereichen) und Kostensicherheit zu berücksichtigen. An Gestaltungsmöglichkeiten ist aus vergaberechtlicher Sicht auf die zulässige Vergabe von (Planungs)dienst- oder Lieferleistungen – welche zwar den Schwellenwert für Dienstleistungs- und Lieferaufträge, nicht aber jenen für Bauaufträge übersteigen – gemeinsam mit Bauleistungen, die den Schwerpunkt des Vertrages darstellen, hinzuweisen, weil im Wege einer derartigen gemeinsamen Vergabe, Liefer- und Dienstleistungen über EUR 200.000,- im Rahmen der Kleinlosregelung (zumindest teilweise) nach den Verfahrensbestimmungen des Unterschwellenbereiches vergeben werden können.

Der **Baubetreuungsvertrag** ist je nach Schwerpunkt des Vertrages als Bauauftrag (bei der Verpflichtung zur Objekterrichtung) oder als Dienstleistungsauftrag (sofern lediglich Bau-Consultingdienstleistungen geschuldet werden) zu qualifizieren, während beim **Bauträgervertrag**, auf Grund dessen typischer Schwerpunktsetzung hinsichtlich der Bauleistungen, von einem Bauauftrag auszugehen ist. Bei Bauträgern handelt es sich mangels der Erfüllung des Kriteriums der Nicht-Gewerblichkeit nicht um Einrichtungen des öffentlichen Rechts und somit nicht um öffentliche Auftraggeber, sodass diese bei der Vergabe von Leistungen an Dritte nicht an das Vergaberecht gebunden sind.

Bei der **Verwertung von Immobilien**, welche im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, ist aus vergaberechtlicher Perspektive relevant, ob mit dem immobilienpezifischen Vorgang (Liegenschaftsverkauf, Abschluss eines sale-and-lease-back-Vertrages, Baurechtseinräumung, Vermietung oder Verpachtung) auch ein Beschaffungszweck verbunden ist. Dabei stellt der sachlich-zeitliche Zusammenhang zwischen immobilienbezogenen und zur Leistungsbeschaffung dienenden Handlungen des öffentlichen Auftraggebers ein wesentliches Indiz für das Vorliegen eines Beschaffungsvorganges dar. Soweit der Hauptzweck des Vertrages in der Veräußerung oder einer anderen Art der Verwertung einer Immobilie besteht, ist von einem vergaberechtsfreien Vorgang auszugehen, während im Falle eines, auf der Errichtung von baulichen Anlagen liegenden Vertragsschwerpunktes, ein öffentlicher Bauauftrag gegeben ist.

Bei **raumordnungsbezogenen und städtebaulichen Vertragsgestaltungen** geht es um Verträge, die zwischen (privaten) Liegenschaftseigentümern und Gemeinden – als der für Raumordnungsangelegenheiten im Wesentlichen zuständigen und gleichzeitig dem persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegenden Gebietskörperschaft – abgeschlossen werden und Umwidmungen durch die Kommune und/oder von Privaten vorzunehmende Erschließungsmaßnahmen zum Inhalt haben. Dabei gilt es zunächst abzugrenzen, ob die öffentliche Stelle auf Grund hoheitlicher Befugnisse als Behörde oder im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig wird. Soweit im Rahmen letzterer, Verträge (wie insbesondere Verwendungs- Überlassungs- und Aufschließungsverträge nach den jeweiligen Landesgesetzen) zur Unterstützung der hoheitlichen Planungsinstrumente abgeschlossen werden, dürfen diese nur zur Verfolgung öffentlicher Interessen und nicht solcher des öffentlichen Auftraggebers eingesetzt werden. Darüber hinaus dürfen diese (privatrechtlichen) Verträge keine direkte Verknüpfung zur (hoheitlichen) Umwidmung aufweisen. Die raumordnungsbezogenen oder städtebaulichen Vorgaben der Gemeinde sind in Folge ihrer notwendigen Orientierung am öffentlichen Interesse auch nicht als Erfordernisse iSv § 4 Z 3 BVergG zu werten. Bei einer Finanzierung des Bauvorhabens durch die öffentliche Stelle und eines vertraglich vereinbarten Anspruchs auf Durchsetzung der Bauausführung werden jedoch typischerweise – je nach vertraglicher Ausgestaltung – auch die Voraussetzungen des § 4 Z 1 oder Z 2 BVergG erfüllt sein, sodass in einem solchen Fall die Anwendbarkeit des BVergG gegeben ist.

Mit **Contracting-Verträgen** wird die Energiebewirtschaftung von Immobilien (effiziente Energieversorgung und -bereitstellung sowie Realisierung von Energiesparmaßnahmen) an einen Auftragnehmer übertragen, dessen Entgelt zumindest teilweise aus den erzielten Einsparungen finanziert wird. Bei **Facility Management-Verträgen** geht es um das ganzheitliche Management einer Immobilie mit dem Ziel der Produktivitätsverbesserung des Kerngeschäfts, sodass im Wesentlichen das Betreiben und die Instandhaltung von Gebäudeanlagen, um deren Funktion und Wert zu erhalten, sowie die Optimierung der Wirtschaftlichkeit der Immobiliennutzung, im Vordergrund stehen. Aus vergaberechtlicher Sicht handelt es sich sowohl bei Contracting- als auch bei Facility Management-Verträgen typischerweise um gemischte Verträge mit Bau-, Liefer- und Dienstleistungselementen, sodass für die Kategorisierung entscheidend ist, welche Leistung vertragscharakteristischerweise im Vordergrund steht, wo also im Wege einer ganzheitlichen Betrachtungsweise des Vertragswerkes der rechtliche und wirtschaftliche Schwerpunkt der Leistungserbringung liegt.

Im Wege **gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten** ist sowohl an die Veräußerung von Unternehmensanteilen einer zuvor im Wege der Inhouse-Vergabe beauftragten Gesellschaft als auch den Erwerb von Geschäftsanteilen eines, nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG zu qualifizierenden, gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, welches zuvor einen Auftrag an einen Privaten vergeben hat, zu denken. Im Ergebnis erbringt in beiden Fällen ein Privater, auf Grund der Übertragung von Geschäftsanteilen, Leistungen für den öffentlichen Auftraggeber. Die Gründung einer Gesellschaft sowie die Veräußerung oder der Erwerb von Unternehmensanteilen stellen für sich alleine betrachtet keine vergaberechtlich relevanten Vorgänge dar, können jedoch zu solchen werden, wenn diese im Wege einer funktionalen Gesamtbetrachtung zu einer Leistungsbeschaffung für den öffentlichen Auftraggeber führen, weil mit der Anteilsübertragung auch die Übernahme, der Abschluss, die Verlängerung oder wesentliche Änderung eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages verbunden ist, sodass die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge lediglich Mittel zum Zweck der Auftragsvergabe sind. Sofern diese lediglich von untergeordneter Bedeutung sind und mit der Auftragsvergabe in einem sachlich-zeitlichen Zusammenhang stehen, ist daher ein mehrgliedriger Beschaffungsvorgang gegeben, sodass auch die Suche nach dem privaten Mitgesellschafter ausschreibungspflichtig ist. Es ist daher stets im Einzelfall zu überprüfen,

ob eine Ausgliederung aus Gründen der Leistungsbeschaffung oder aus organisatorischen, konzernstrategischen bzw. fiskalischen Motiven erfolgt.

Unter **Public Private Partnership** (PPP) sind all jene Kooperationsformen zusammengefasst, bei welchen es um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch staatliche Stellen in Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen geht. Wesentliche Merkmale von PPP-Projekten sind die Finanzierung aus den erzielten Erträgen des verwirklichten Vorhabens und Zuschüssen der öffentlichen Hand – welche in unterschiedlicher Intensität ausgeprägt sein können (fixe, nutzungsabhängige oder kapazitätsbezogene Zuschüsse) – sowie die, nach den jeweiligen Möglichkeiten der Beherrschbarkeit vorgenommene, Risikoverteilung zwischen den Partnern. Es ist dabei im Wesentlichen zwischen PPP-Modellen ohne Vergesellschaftung (Konzessionsmodell, Betreibermodell, Betriebsführungsmodell) und solchen mit Vergesellschaftung (Kooperationsmodell) zu unterscheiden, deren vergaberechtliche Beurteilung je nach Leistungsgegenstand und Risikoverteilung, als Konzessionsvertrag oder herkömmlicher Auftrag zu erfolgen hat.

Bei der Beurteilung der vergaberechtlichen Relevanz eines Vertragswerkes für die Realisierung eines Immobilienprojektes ist daher stets eine starke Einzelfallbeurteilung geboten, deren von der Gesetzgebung und Rspr. vorgegebenes Korsett, lediglich einen eingeschränkten Handlungsspielraum für vergabeverfahrensfreie Vorgänge bietet. Im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist abzuklären, welche Rechtshandlungen des öffentlichen Auftraggebers seinem Beschaffungsziel dienen, mit diesem in einem sachlich-zeitlichen Zusammenhang stehen und insofern Bestandteil des zu beurteilenden Beschaffungsvorganges sind. Sodann gilt es im Wesentlichen zu ermitteln, wo der Schwerpunkt der Leistungserbringung (Bau-, Liefer- oder Dienstleistung) liegt und wie die Risikoverteilung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Vertragspartner ausgestaltet ist, um eine vergaberechtliche Qualifizierung vornehmen zu können.

Literaturverzeichnis

- Adler*, Staatliche Grundlagen und Instrumente zur Baulandmobilisierung, *ecolex* 2011, 384
- Aicher*, Europarechtliche Rahmenbedingungen gemeinnütziger Wohnungswirtschaft in *Korinek/Nowotny* (Hrsg.), Handbuch der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft (1994), 459
- Aicher*, Gemeinnützige Bauvereinigungen mit gebietskörperschaftlicher Mehrheitsbeteiligung als öffentliche Auftraggeber? in *Kramer/Schuhmacher* (Hrsg.), Beiträge zum Unternehmensrecht – FS für *Hans-Georg Koppensteiner* (2001), 525
- Aichreiter*, Entwicklungstendenzen im Bau- und Raumordnungsrecht, *ÖJZ* 1997, 179
- Agricola/Seifried* in *Umweltbundesamt* (Hrsg.), Energiespar-Contracting als Beitrag zu Klimaschutz und Kostensenkung: Ratgeber für Energiespar-Contracting in öffentlichen Liegenschaften – Teil 5: Werkzeuge zur Projektrealisierung (2000)
- Althaus/Heindl*, Der öffentliche Bauauftrag, Handbuch für den VOB-Vertrag (2011)
- Amelung*, Abschluss eines Mietvertrages über Bestandsimmobilie auch bei Umbauten vergabefrei!, *IBR* 2010, 578
- Arrowsmith*, Government Procurement in the World Trade Organization (2002)
- Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement (1996)
- Auer*, Contracting-Fibel³ (2009)
- Auer*, Salzburger Vertragsraumordnung verfassungswidrig, *bbl* 2000, 1
- Ax/Schneider/Siewert*, Auftragsvergabe² (2010)
- Bachmann/Baumgartner/Feik/Giese/Jahnel/Lienbacher* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht⁹ (2012)
- Basty*, Der Bauträgervertrag – Schwerpunkte der Vertragsgestaltung (2002)
- Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch¹¹ (2009)
- Bauer*, Das Bietverfahren im EG-Beihilfenrecht bei der übertragenden Sanierung rechtswidrig begünstigter Unternehmen, *EuZW* 2001, 748
- Behr*, Zur vergaberechtlichen Relevanz von Privatisierungen, *VergabeR* 2009, 136
- Binder*, Zivilrechtliche Aspekte der Vertragsraumordnung unter besonderer Berücksichtigung der Salzburger Situation, *ZfV* 1995, 609
- Blaufuß/Heiermann/Zeiss*, juris Praxiskommentar Vergaberecht³ (2011)
- Boesen*, Das neue Vergaberecht – Ein Leitfaden für Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben (1999)

- Boesen*, Vergaberecht – Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000)
- Boesen/Upleger*, Das Gebot der Selbstaussführung und das Recht zur Unterbeauftragung, NVwZ 2004, 919
- Böhm*, Zivilrechtliche Anmerkungen zur Vertragsraumordnung, wobl 1996, 17
- Breitenfeld/Ertl*, Europäisches Beihilfenrecht und öffentliche Aufträge, RPA-Spezial (2007)
- Burdinski*, Zentrale Rechtsfragen des Bauvergaberechts – Ein Vergleich zwischen Deutschland und Österreich (2009)
- Burgi*, BauGB-Verträge und Vergaberecht, NVwZ 2008, 929
- Burgi*, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601
- Büschgen*(Hrsg.), Praxishandbuch Leasing (1998)
- Bydlinski*, Das Recht der Superädifikate (1982)
- Byok/Jaeger*, Kommentar zum Vergaberecht² (2005)
- Caesar/Gruber*, Die Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes 2006 auf ausgegliederte Rechtsträger am Beispiel Bahnhof City Wien Hauptbahnhof in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg.), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008), 277
- Casati*, Mergers & Acquisitions in den Fängen des Vergaberechts, RPA 2001, 58
- Casati/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2006 – Anregungen für die Praxis, Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes 3.2006
- Dähne/Schelle*, VOB von A-Z³ (2001)
- Däubler-Gmelin*, Kann das neue Vergaberecht noch bis zum Ende der Legislaturperiode beschlossen werden?, EuZW 1997, 709
- Dauses*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 2 (2012)
- De Koninck/Pelzer/Ronse*, Europäisches Vergaberecht (2009)
- Dietlein*, Anteils- und Grundstücksveräußerungen als Herausforderung für das Vergaberecht, NZBau 2004, 472
- Dietlein*, Der Begriff des „funktionalen“ Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB, NZBau 2002, 136
- Dreher*, Mietverträge mit Neubau- oder Umbauverpflichtungen im Kartellvergaberecht, NZBau 2009, 542
- Dullinger*, Vertragsraumordnung aus privatrechtlicher Sicht, ZfV 1997, 11

- Dullinger/Gruber*, Dienstleistungskonzessionen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, JBl 2002, 19
- Dullinger/Harrer*, Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte iSd § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 – das dreipersonale Verhältnis bei Bauaufträgen in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005), 133
- Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008)
- Egger/Tiefenthaler/Seiringer*, Die Durchführung eines PPP-Modells in *Sachs* (Hrsg.), Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe(2007)
- Eilmansberger*, Überlegungen zum Verhältnis zwischen Staatsbeihilfen und Vergaberecht in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP V(2008), 9
- Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri*, Materielles Europarecht³ (2012)
- Eisenberger/Steineder*, Privatrechtliche Vereinbarungen mit der Gemeinde zur Beseitigung von Umwidmungshindernissen, bbl 2011, 157
- Elsner*, Bundesvergabegesetz³ (2010)
- Endler*, Privatisierung und Vergaberecht, NZBau 2002, 125
- Engel*, Miete, Kauf, Leasing (1993)
- Engelhart*, Baurecht und Superädifikat – Vergleich in *Kletečka/Rechberger/Zitta*(Hrsg.), Bauten auf fremden Grund² (2004), 16
- Engelhart*, Leasing und Bauten auf fremden Grund in *Kletečka/Rechberger/Zitta*(Hrsg.), Bauten auf fremden Grund² (2004), 135
- Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, Kommentar Baugesetzbuch (2012)
- Europäische Kommission, Grünbuch über das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft vom 27.11.1996, KOM 96, 583
- Europäische Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.04.2004, KOM (2004), 327 endgültig
- Europäische Kommission, Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vom 27.01.2011, KOM (2011), 15 endgültig
- Europäische Kommission, Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen (1997)
- Europäische Kommission, Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen (1997)

Europäische Kommission, Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Lieferaufträgen (1997)

Europäische Kommission, Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand vom 10.07.1997, 97/C 209/03

Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.04.2000, 2000/C 121/02

Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom 23.06.2006

Europäische Kommission – Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen, Arbeitsdokument zur Wirkung und Wirksamkeit des EU-Rechts für das öffentliche Auftragswesen (2011)

Europäische Kommission, Evaluation Report – Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation vom 27.06.2011, SEC (2011) 853 final

Ferner/Kröniger/Aschke, Nomos Kommentar Baugesetzbuch² (2008)

Feuchtmüller, Vorschlag der Kommission für neue Vergaberichtlinien, ZVB 2012/30

Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB-Kommentar⁴ (2011)

Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht (2007)

Frenz, Vergaberecht und institutionalisierte PPP, NZBau 2008, 673

Frotz, Generalunternehmer und Subunternehmer im Vergabewesen in *Wenger* (Hrsg.), Ausgewählte Probleme des öffentlichen Vergabewesens (1978)

Fruhmann, Das Vergaberegime des EG-Vertrages, ZVB 2006/76

Fruhmann, Der Begutachtungsentwurf für ein BVergGVS, ZVB 2011/105

Fruhmann, Die neue Ausnahme für Vergaben zwischen öffentlichen Auftraggebern – ein Zwischenbericht von den Verhandlungen im Rat in

Schuhmacher/Stockenhuber/Straube/Torggler/Zib (Hrsg), FS für *Josef Aicher* (2012)

Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner, Kurzkommentar Bundesvergabegesetz 2006 (2010)

Fuchs/Holzinger, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht – EuGH stellt Weichen neu, RFG 2010/15

Fuchs/Müller, Kommunale Immobiliengeschäfte am Prüfstand des Vergaberechts, RFG 2011/37

- Funk*, Hoheitliche Raumplanung und Vertragsraumordnung – Legitimation durch Kontraktmanagement? in *Norer* (Hrsg.) Agrarrecht im Lichte des öffentlichen Rechts – FS für *Gottfried Holzer* (2007), 147
- Gamerith/Hagen*, Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen im Vergaberecht (Teil II), ZVB 2005/56
- Gartner*, Praxiskommentar Bauträgervertragsgesetz (2008)
- Gast* (Hrsg.), BVergG–Leitsatzkommentar (2010)
- Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich – Praxishandbuch zur Auftragsvergabe nach dem neuen Bundesvergabegesetz 2006 (2006)
- Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer*, Kommentar Vergaberecht (2012)
- Glöckner/v.Berg*, Fachanwaltskommentar Bau- und Architektenrecht (2011)
- Goldeband/Eckel*, Die strategische Ausrichtung des Rechnungshofes als Bund-Länder-Organ und die öffentlichen Auftragsvergaben in der Prüfungspraxis in *Kandlhofer/Seyfried* (Hrsg.), Interne Revision und Vergaberecht (2008), 61
- Gölles*, Generalunternehmer und Subunternehmer in *Straube/Aicher* (Hrsg.), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Band I (2010)
- Gölles*, Praxisleitfaden Bundesvergabegesetz 2006 (2009)
- Gölles/Leißer*, Praxisleitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002 (2003)
- Gölles/Link*, ÖNORM-Bauvertrag – Praxiskommentar (2011)
- Graf von Westphalen* (Hrsg.), Der Leasingvertrag (2008)
- Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union (2009)
- Griller/Tremmel*, Ausgegliederte Rechtsträger im Vergaberecht – Alles oder Nichts?, *ecolex* 1998, 369.
- Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht (2005)
- Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht⁴ (2012)
- Gutknecht*, Auftragsvergabe im geförderten Wohnbau in *Griller/Korinek/Potacs* (Hrsg.), Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts – FS für *Heinz Peter Rill* (1995), 447
- Gutknecht*, Vergaberechtliche Aspekte der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben in *Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Österreichisches Institut für Baurecht* (Hrsg.), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008), 419

- Haak*, Jenseits von "Ahlhorn" – die vergaberechtliche Beurteilung kommunaler Grundstücksgeschäfte, *VergabeR* 2011, 351
- Hahnl*, Kommentar BVergG 2002 (2002)
- Hamerl*, Immobiliendevelopment und Grundstückesverkauf im Griff des Vergaberechts, *ZVB* 2010/53
- Hanreich*, Öffentliche Auftragsvergabe und Leasing in *Wenger* (Hrsg.), *Ausgewählte Probleme des öffentlichen Vergabewesens* (1978)
- Haunold/Hechtner*, Kurzkommentar Wiener Landesvergabegesetz (2000)
- Hausmann*, Der öffentliche Auftrag – neue und alte Grenzen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts in *Pünder/Prieß* (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch* (2005)
- Heid*, Eingriff in Altverträge mit komplexem Leistungsbild, *RPA* 2003, 318
- Heid*, Umgehungsgeschäft: Umgehungsabsicht Ja oder Nein?, *ecolex* 1992, 552
- Heid*, Umgehungsgeschäfte im Vergaberecht, *ecolex* 2000, 640
- Heid/Preslmayr*, *Handbuch Vergaberecht*³ (2010)
- Heiermann*, Städtebauliche Verträge und Vergaberecht in *Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Österreichisches Institut für Baurecht* (Hrsg.), *Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht* (2008), 437
- Heiermann/Riedl/Rusam*, *Handkommentar zur VOB*¹¹ (2008)
- Hertwig*, Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht nach der Entscheidung des EuGH zu "Bad Wildeshausen", *VergabeR* 2010, 554
- Hertwig*, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe* (2000)
- Hoffer/Epler*, US Cross Border Leasing und Vergaberecht, *ecolex* 2003, 802
- Hoffer/Innerhofer*, Umgehung des Vergaberechts bei PPPs?, *ecolex* 2006, 80
- Holly*, Bauträger und Vergaberecht, *immolex* 2002, 280
- Holoubek*, Bringing the State back in? in *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner* (Hrsg.), *Staat und Recht in europäischer Perspektive – FS für Heinz Schäffer* (2006), 257
- Holoubek/Fuchs*, Der sachliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in *Griller/Holoubek* (Hrsg.), *Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002* (2004), 63
- Holoubek/Fuchs/Holzinger*, *Vergaberecht*² (2012)
- Holoubek/Segalla*, Instrumente kommunaler Daseinsvorsorge – Evaluierung und Fortentwicklung in *Österreichischer Gemeindebund und Österreichischer Städtebund* (Hrsg.), *40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962* (2002), 63
- Hornbanger*, Vergabe von Restaurierungsarbeiten, *ZVB* 2009/62

- Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003)
- Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht: GWB⁴ (2007)
- Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B Kommentar¹⁷ (2010)
- Jaeger*, Vertragsänderungen und Vergaberecht, EuZW 2008/16, 492
- Jagenburg*, Juristisches Projektmanagement – bauvorbereitende und baubegleitende Rechtsberatung bei Projektentwicklung und Projektdurchführung in *Doerry/Watzke* (Hrsg.), FS für *Wolfgang Heiermann* (1995), 157
- Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe (1999)
- Kahl*, Die Metamorphose der kommunalen Daseinsvorsorge unter dem Einfluss des EU-Rechts in *Kahl* (Hrsg.), Offen in eine gemeinsame Zukunft – FS 50 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2012), 161
- Kalss*, Vereinbarungen über die Verwendung von Grundflächen, ZfV 1993, 551
- Kanonier*, Raumplanungsrechtlicher Umgang mit Betriebsansiedlungen in *Aicher/Fina* (Hrsg.), FS *Manfred Straube* (2009), 481, 510
- Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeordnung (VgV)³ (2010)
- Karas*, Vergaberecht und PPP aus europäischer Sicht in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP II (2005), 229
- Karasek*, ÖNORM B 2110² (2009)
- Kaufmann/Schnabl*, Vergaberecht in der Praxis² (2006)
- Kleewein*, Konsequenzen aus dem Erkenntnis des VfGH zur Salzburger Vertragsraumordnung, JBl 2000, 562
- Kleewein*, Vertragsraumordnung (2003)
- Kleewein*, Vertragsraumordnung in der Praxis – Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, RFG 2005/16.
- Klein*, Veräußerung öffentlichen Anteils- und Grundstückesvermögens nach dem Vergaberecht, VergabeR 2005, 22
- Kletečka*, Das Baurecht – Begriff und Inhalt in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg.), Bauten auf fremden Grund² (2004), 23
- Kletečka/Schauer*(Hrsg.), ABGB-ON 1.01
- Kniffka/Koebler*, Kompendium des Baurechts³ (2008)

- Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I¹³ (2006)
- Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II¹³ (2007)
- König/Streit*, Das neue Vergaberecht (2008)
- Korinek*, Rechtsfragen der Anwendungsbereiche der Vergabegesetze in *Rill/Griller* (Hrsg.), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe (2000), 7
- Korinek*, Vergaberecht in *Raschauer*, Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts² (2003)
- Köster/Häfner*, Ausschreibungspflichtigkeit des Erschließungsvertrages nach § 124 BauGB – das Ende eines bewährten Handlungsinstruments?, NVwZ 2007, 410
- Kristoferitsch*, Eine „vergaberechtliche“ Interpretation des Bieterverfahrens bei Privatisierungen? Zum Rechtsschutz für unterlegene Bieter in Privatisierungsverfahren, EuZW 2006, 428
- Kropik/Mille/Sachs*, Das Vergaberecht in Österreich (2012)
- Krutisch*, Materielle Privatisierung – Wann unterliegen Veräußerungen von Geschäftsanteilen dem Vergaberecht?, NZBau 2003, 650
- Kuffer/Wirth*, Handbuch des Fachanwalts – Bau- und Architektenrecht³ (2011)
- Kuhnle/Kuhnle-Schadn*, Leasing (2005)
- Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht (2006)
- Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110³ (2003)
- Latzenhofer*, Haltet den Auftraggeber! Probleme des Auftraggeberwechsels im Vergabeverfahren, RPA 2005, 147
- Lechner*, Vergabearten im Hochbau (2008)
- Leinemann*, Das neue Vergaberecht (2010)
- Leinemann*, VOB/B-Kommentar⁴ (2011)
- Lessiak*, Sozialwohnungsaktiengesellschaften als öffentliche Auftraggeber, ZVB 2001/21
- Lessiak*, Vertragsgestaltungen bei PPP-Modellen in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP (2004), 243
- Liehr/Riegler*, NÖ Bauordnung 1996 – Kurzkomentar² (2010)
- Locher*, Das private Baurecht⁶ (1996)
- Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht² (2009)
- Lurger*, PPP und Vergaberecht, ecolex 2004, 242

- Madl*, VKS Wien: Gesamtvergabe auch bei erheblicher Einschränkung des potentiellen Bieterkreises zulässig, RPA 2010, 286
- Maimer/Hödl/Schuchter/Nowotny*, Facility Management – Ein Leitfaden für die Praxis, Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes 3.2005
- Mast*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Alternative zur Tiroler Vertragsraumordnung? (2003)
- Mathoi*, Neue Projektentwicklungs- und Bauvertragsmodelle, 3. PM-Bau Symposium, Tagungsband 2008, 28.
- Matschek*, Interkommunale Zusammenarbeit (2011)
- Mecenovic*, Private Auftraggeber im Vergaberecht – Ein Beitrag zur Auslegung des Begriffs „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte“, wbl 2001, 258
- Meißner/Keller/Öynhausen/Hertwig*, Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht (2008)
- Mittendorfer/Ettmayer*, Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Zuge von (Teil-)Privatisierungen ausschreibungsfrei?, RFG 2010/44
- Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A (2001)
- Müller*, Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der Inhouse-Vergabe?, ZVB 2007/49
- Müller*, Neue Regeln für komplexe Verträge, RPA 2008, 192
- Müller-Wrede*, Ausschreibungspflicht öffentlich-rechtlicher Verträge, VergabeR 2001, 380
- Müller-Wrede*, Erfahrungen mit PPP-Modellen in Deutschland in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP (2004), 223
- Müller-Wrede*, Interkommunale Kooperation nach dem EuGH-Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 303
- Müller-Wrede* (Hrsg.), Kommentar GWB-Vergaberecht (2009)
- Müller-Wrede* (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts (2008)
- Müller-Wrede/Greb*, Sind Wohnungsbauunternehmen der öffentlichen Hand öffentliche Auftraggeber im Sinne des EG-Vergaberechts?, VergabeR 2004, 565
- Najork* (Hrsg.), Rechtshandbuch Facility Management (2009)
- Neuenfeld/Baden/Dohna/Groscurth*, Handbuch des Architektenrechts, Band 1 – Allgemeine Grundlagen³ (2012)
- Noch*, Vergaberecht kompakt³ (2005)

- Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM A 2050 – Vergabe- und Verdingungswesen (1993)
- Oberndorfer/Straube*, Kommentar zur ÖNORM B 2110³ (2003)
- Oder*, EuGH – Zum Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts, ZVB 2003/31
- Otting*, EuGH bestätigt den deutschen Gesetzgeber: Grundstücksgeschäfte ausschreibungsfrei!, IBR 2010, 284
- Otting*, Privatisierung und Vergaberecht, VergabeR 2002, 11
- Öhlinger*, Phantasie und Recht oder Vertragsraumordnung und Bundesverfassung in *Baudenbacher/Mayer/Torggler* (Hrsg.), Ein Leben in Praxis und Wissenschaft – FS für *Walter Barfuss* (2002), 197
- Pachner*, Abgrenzung Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner*, Bundesvergabegesetz – Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999), 103
- Pachner*, Probleme, die das Vergaberecht schafft, aber nicht löst in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP V (2008), 105
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2011)
- Pallitsch/Pallitsch/Klewein*, Niederösterreichisches Baurecht⁸ (2013)
- Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen² (1998)
- Portz*, Der EuGH bewegt sich: Keine Ausschreibung kommunaler Kooperationen nach dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“, VergabeR 2009, 702
- Potacs*, Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in *Griller/Holoubek* (Hrsg.), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), 43
- Potacs*, Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne der Vergaberichtlinien: Unterliegt der Akt der Ausgliederung dem Vergaberecht? in *Rill/Griller* (Hrsg.), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe (2000), 35
- Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005)
- Prieß*, Sind kommunale Wohnungsunternehmen Auftraggeber im Sinne des EG-Vergaberechts?, BauR 1999, 1354
- Probst*, Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand unterliegen grundsätzlich nicht dem Vergaberechtsregime, ELR 5/2010, 182
- Probst*, Zum Begriff „Vergabe eines Auftrags“ und zur Zulässigkeit der Änderung von Verträgen, ELR 7-8/2008, 242

- Prünster*, Zur sachgerechten Ermittlung und zur Angemessenheit der Höhe des geschätzten Auftragswertes, ZVB 2007/59
- Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Handkommentar Vergaberecht (2011)
- Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009)
- Rautenberg*, Ausschreibungspflicht von Leistungen in städtebaulichen Verträgen, ZfBR 2002, 238
- Rechberger/Oberhammer*, Das Superädifikat in *Kletečka/Rechberger/Zitta* (Hrsg.), Bauten auf fremden Grund² (2004), 89
- Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht Kommentar³ (2011)
- Reisner*, Wer ist öffentlicher Auftraggeber? in *Sachs* (Hrsg), Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe (2007)
- Reuber*, Grundstückesverkauf mit Bauverpflichtung – städtebaulicher Vertrag nach § 11 BauGB – Baukonzession – Verwirkung, VergabeR 2008, 826
- Riese*, Vergaberecht (1998)
- Rindler/de Waal*, Zur Zusammenrechnung und Aufteilung („Splitting“) von Planungsleistungen, RPA 2011/1
- Rosenkötter/Seidler*, Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand und deren Auswirkungen auf das europäische Vergaberecht, RPA 2008, 257
- Rummel*, ABGB Kommentar, Band I³ (2000)
- Sachs/Hahnl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2004)
- Sachs/Hahnl*, BVergSlg – Entscheidungen zum Bundesvergaberecht, Band II (2005)
- Sachs/Trettnak-Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht – Leitfaden für Länder und Gemeinden³ (2012)
- Schelle*, Energiespar-Contracting: Vergabe nach VOB/A oder VOL/A?, IBR 2001, 138
- Schelle*, Unterliegen Investorenwettbewerbe der Vergabenachprüfung?, IBR 1998, 417
- Schick/Stickler*, Vergabe von Facility Management Leistungen durch öffentliche Auftraggeber in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 325
- Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow*, Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch³ (2002)
- Schmitz*, Bauvertragsrecht – Gestaltung von Architekten-, Ingenieur- und Bauverträgen (2002)

- Schneider/Neumayr*, Zur Frage der Ausschreibungspflicht von Finanzierungen bei öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern, RPA 2004, 297
- Schnitzer*, Internationales Vergaberecht (2007)
- Schramm*, Vergabe von Planungs- und Bauleistungen in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP III (2006), 167
- Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2002 (2005)
- Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Kommentar BVergG 2006 (2009)
- Schramm/Feuchtmüller*, Konkretisierung der wesentlichen Vertragsänderung, ZVB 2008/46
- Schramm/Feuchtmüller*, Vertragsänderungen und Vergaberecht in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 337
- Schütze/Weipert* (Hrsg.), Münchner Vertragshandbuch, Band 2 – Wirtschaftsrecht I⁵ (2004)
- Schwartz*, Alles vergeben(s)? Gedanken zur Entwicklung des Vergaberechts in Österreich in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005), 143
- Schwartz*, Kurzkomentar Bundesvergabegesetz (2003)
- Schwifcz*, Leasing und Europarecht (2000)
- Schulte*, Ausnahmen vom neuen Vergaberecht durch öffentlich-rechtliche Verträge?, NZBau 2000, 272
- Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 2⁴ (2012)
- Schwimann* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 3³ (2006)
- Schwimann* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 4³ (2006)
- Schwimann* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 5³ (2006)
- Seidel*, Zur Wandlung des Begriffsinhaltes „öffentlicher Auftraggeber“ im EG-Vergaberecht vom institutionellen zum funktionalen Begriff sowie zu aktuellen Anwendungsfragen des erweiterten Begriffs in *Doerry/Watzke* (Hrsg.), FS für *Wolfgang Heiermann* (1995), 293
- Seiringer*, PPP – Von der Idee zur Umsetzung! in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005), 111
- Seufert/Tilmann*, Vergaberecht: Erschließungsvertrag mit einem Erschließungsunternehmer nach § 124 BauGB als Dienstleistungsauftrag, NVwZ 2007, 1273
- Steiner/Windisch*, Einführung in das Vergaberecht (2004)
- Stemmer/Aschl*, Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, VergabeR 2005, 287
- Straube*, Bauleistung in *Straube/Aicher* (Hrsg.), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Band II (2010)
- Straube/Zehetner*, Vergaberechtliche Aspekte von Einspar-Contracting-Modellen (1999)

- Sturm*, Die funktionale Ausschreibung nach dem BVergG 2002, ZVB 2002/121
- Sundström*, Neuere Rechtsprechung zu ausgewählten Fragen des Vergaberechts, *ecolex* 2007, 237
- Tomerius*, Kommunale Flächenentwicklung in öffentlich-privater Partnerschaft und Vergaberecht, ZfBR 2012, 332
- Trettnak-Hahnl*, Grundstückskauf und –verkauf als Bauauftrag? in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP VI (2010), 181
- Ulbrich*, Formularbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht² (2012)
- Unterweger*, Contracting – Einführung und Musterverträge² (2000)
- Unterweger*, Contracting von A bis Z (2002)
- Wagner/Görs*, Ausschreibungspflichtigkeit von Investorenwettbewerben, NVwZ 2007, 900
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007)
- Weber*, Tiroler Vertragsraum(un)ordnung, *ecolex* 2000, 162.
- Werschitz*, Öffentliches Vergaberecht in *Brodel* (Hrsg.), Handbuch Kommunales Management (2008), 67
- Werschitz*, Unternehmenspachtvertrag als Leistungsvertrag des BVergG?, ZVB 2005/106
- Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006)
- Weyand*, Auftragsbauten für einen öffentlichen Auftraggeber: Vergabe nach VOB/A!, IBR 2004, 578
- Weyand*, Vergaberecht – Praxiskommentar⁴ (2013)
- Wilhelm*, Methodisches zur Umgehung des Bestbieterprinzips, *ecolex* 2000, 786
- Wilke*, Erschließungsverträge und Vergaberecht, ZfBR 2002, 231
- Wilke*, Vergaberechtliche Aspekte städtebaulicher Verträge, ZfBR 2004, 141
- Willenbruch/Wieddekind*, Kompaktkommentar Vergaberecht² (2011)
- Wirth*, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 1 (2001)
- Wirth*, Handbuch zur Vertragsgestaltung, Vertragsabwicklung und Prozessführung im privaten und öffentlichen Baurecht, Band 2 (2001)
- Würfel/Butt*, Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge – oder: Schaut man einem geschenkten Gaul doch ins Maul?, NVwZ 2003, 153

Judikaturverzeichnis

Europäischer Gerichtshof

- EuGH 11.07.1985, Rs 60/84 (Cinemas Francais)
EuGH 10.03.1987, Rs 199/85 (Kommission gegen Italien)
EuGH 20.09.1988, Rs C-31/87 (Beentjes)
EuGH 05.12.1989, Rs 3/88 (Kommission gegen Italien)
EuGH 27.03.1990, Rs C-372/88 (Cricket St. Thomas)
EuGH 11.07.1991, Rs C-247/89 (Kommission gegen Portugal)
EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 (Kommission gegen Spanien)
EuGH 22.12.1993, Rs C-302/94 (British Telecommunications)
EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 (Ballast Nedam Groep NV gegen Belgischer Staat)
EuGH 19.04.1994, Rs C-331/92 (Gestion Hotelera Internacional)
EuGH 26.04.1994, Rs C-272/91 (Lottomatica)
EuGH 27.04.1994, Rs C-393/92 (Gemeente Almelo)
EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92 (Kommission gegen Spanien)
EuGH 28.03.1996, Rs C-318/94 (Kommission gegen Deutschland)
EuGH 23.10.1997, Rs C-158/94 (Kommission gegen Italien)
EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 (Ballast Nedam Groep NV gegen Belgischer Staat II)
EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG)
EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding)
EuGH 12.11.1998, Rs C-149/97 (Institute of the Motor Industry)
EuGH 01.12.1998, Rs C-200/97 (Ecotrade Srl gegen Altiforni e Ferriere di Servola SpA)
EuGH 17.12.1998, Rs C-306/97 (Connemara gegen Coillte Teoranta)
EuGH 16.09.1999, Rs C-414/97 (Kommission gegen Spanien)
EuGH 18.11.1999, Rs C-107/98 (Teckal)
EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 (Holst Italia SpA)
EuGH 09.03.2000, Rs C-437/97 (EKW und Wein & Co)
EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98 (University of Cambridge)
EuGH 05.10.2000, Rs C-16/98 (Kommission gegen Frankreich)
EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98 (Telaustria)
EuGH 01.02.2001, Rs C-237/99 (Sozialwohnungsaktiengesellschaften)

- EuGH 12.07.2001, Rs C-399/98 (Ordine degli Architetti u.a.)
EuGH 20.11.2001, Rs C-268/99 (Jany)
EuGH 03.12.2001, Rs C-59/00 (Vestergaard)
EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG)
EuGH 27.02.2003, Rs C-373/00 (Truley)
EuGH 22.05.2003, Rs C-18/01 (Korhonen)
EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 (Spanische Gefängnisse)
EuGH 01.04.2004, Rs C-1/02 (Borgmann)
EuGH 14.09.2004, Rs C-385/02 (Hochwasserrückhaltebecken Stadt Parma)
EuGH 18.11.2004, Rs C-126/03 (Heizkraftwerk München)
EuGH 13.01.2005, Rs C-84/03 (Kommission gegen Spanien)
EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03 (Stadt Halle)
EuGH 16.06.2005, verbundene Rs C-462/03 und C-463/03 (Strabag und Kostmann)
EuGH 21.07.2005, Rs C-231/03 (Coname)
EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03 (Parking Brixen)
EuGH 20.10.2005, Rs C-264/03 (Kommission gegen Frankreich)
EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03 (Contse SA)
EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04 (Stadt Mödling)
EuGH 06.04.2006, Rs C-410/04 (ANAV)
EuGH 11.05.2006, Rs C-340/04 (Carbotermo)
EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux)
EuGH 19.04.2007, Rs C-295/05 (Asemfo)
EuGH 19.04.2007, Rs C-455/05 (Velvet & Steel Immobilien)
EuGH 13.11.2007, Rs C-507/03 (Kommission gegen Irland)
EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06 (Bayerischer Rundfunk)
EuGH 18.12.2007, Rs C-220/06 (Asociación Profesional)
EuGH 21.02.2008, Rs C-412/04 (Kommission gegen Italien)
EuGH 10.04.2008, Rs C-393/06 (Fernwärme Wien)
EuGH 15.05.2008, Rs C-147/06 und Rs C-148/06 (SECAP SpA)
EuGH 19.06.2008, Rs C-454/06 (Presstext)
EuGH 09.10.2008, Rs C-239/07 (Sabatauskas)
EuGH 20.10.2008, Rs C-157/06 (Kommission gegen Italien)
EuGH 13.11.2008, Rs C-324/07 (Coditel)
EuGH 09.06.2009, Rs C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg)

EuGH 11.06.2009, Rs C-300/07 (Oymanns)
 EuGH 10.09.2009, Rs C-206/08 (Eurawasser)
 EuGH 15.10.2009, Rs C-196/08 (Acoset SpA)
 EuGH 29.10.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln)
 EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller)
 EuGH 06.05.2010, verbundene Rs C-145/08 und C-149/08 (Loutraki und Aktor)
 EuGH 26.05.2011, Rs C-306/08 (Kommission gegen Spanien)
 EuGH 15.03.2012, Rs C-574/10 (Kommission gegen Deutschland)

Schlussanträge der Generalanwälte am Europäischen Gerichtshof

SA GA *Cosmas* 01.07.1999, Rs C-107/98 (Teckal)
 SA GA *Alber* 11.05.2000, Rs C-380/98 (University of Cambridge)
 SA GA *Alber* 08.11.2001, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG)
 SA GA *Stix-Hackl* 23.09.2004, Rs C-26-03 (Stadt Halle)
 SA GA *Geelhoed* 21.04.2005, Rs C-29/04 (Stadt Mödling)
 SA GA *Kokott* 15.06.2006, Rs C-220/05 (Jean Auroux)
 SA GA *Kokott*, 13.03.2008, Rs C-454/06 (Presstext)
 SA GA *Trestenjak* 04.06.2009, Rs C-536/07 (Messe Köln)
 SA GA *Mengozi* 17.11.2009, Rs C-451/08 (Helmut Müller)

Europäische Kommission

KOM-E 22.07.1998, K (1998) 2406 (Banque Occidentale), Abl 1999 L103/19
 KOM-E 08.09.1999, K (1999) 3148 (Stardust Marine), Abl 2000 L206/6

Verfassungsgerichtshof

VfGH 07.06.1999, B 1859/97
 VfGH 13.10.1999, G 77/99, V 29/99
 VfGH 09.10.2001, G 10/01
 VfGH 13.10.2005, KI-2/0, B573/05, B692/05, B560/05
 VfGH 12.06.2011, B 1035/99

Verwaltungsgerichtshof

VwGH 05.12.1972, 2391/71
 VwGH 28.04.1992, 91/05/0204

VwGH 17.08.1994, 91/15/0083
VwGH 02.07.1998, 97/07/0152
VwGH 16.12.1998, 93/13/0257
VwGH 17.02.1999, 97/14/0059
VwGH 26.06.2001, 2001/04/0132
VwGH 25.02.2002, 2001/04/0215
VwGH 29.04.2002, 2000/03/0016
VwGH 17.12.2002, 2002/04/0019
VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030
VwGH 01.03.2005, 2003/04/0008
VwGH 21.12.2005, 2003/04/0126
VwGH 24.02.2006, 2004/04/0083
VwGH 12.12.2007, 2006/04/0179
VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201
VwGH 08.10.2010, 2007/04/0188

Oberster Gerichtshof

OGH 23.04.1963, 8 Ob 112/63
OGH 01.02.1983, 5Ob771/82
OGH 02.09.1987, 1 Ob 654/87
OGH 07.02.1989, 5 Ob 508/89
OGH 29.11.1989, 1 Ob 704/89
OGH 28.03.1990, 3 Ob 614/89
OGH 29.11.1990, 6 Ob 691/90
OGH 19.10.1994, 7 Ob 568/94
OGH 21.12.1994, 7 Ob 639/94
OGH 23.02.1995, 2 Ob 511/95
OGH 22.09.1995, 3 Ob564/94
OGH 12.08.1998, 4 Ob 188/98w
OGH 15.10.1998, 6 Ob 40/98w
OGH 22.04.1999, 6 Ob 108/98w
OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m
OGH 21.11.2000, 5 Ob 281/00k
OGH 12.09.2001, 4 Ob 159/01p

OGH 31.01.2002, 6 Ob 236/01a
OGH 22.02.2002, 6 Ob 323/00v
OGH 25.10.2002, 1 Ob 133/02v
OGH 29.04.2003, 5 Ob 9/03i
OGH 07.08.2008, 6 Ob 146/08a
OGH 02.09.2009, 7 Ob 144/09s
OGH 18.01.2011; 4 Ob 218/10b
OGH 17.12.2012, 5 Ob 198/12x

Unabhängige Verwaltungssenate

UVS Tirol 26.07.2005, 2004/K11/001-24
UVS Steiermark 14.11.2005, 44.15-6/2005
UVS Steiermark 20.12.2005, 44.15-8/2005
UVS Burgenland 15.08.2006, VNP/11/06002
UVS Vorarlberg 16.08.2006, 314-008/06
UVS Steiermark 20.06.2007, 443.15-2/2007
UVS Tirol 29.10.2009, 2008/K4/0023-16

Bundesvergabeamt

BVA 01.08.1995, F-7/95-7
BVA 28.12.1995, N-12/95-10
BVA 21.03.1996, F-13/95-15
BVA 24.10.1997, N-20/97-12
BVA 28.11.1997, N-29/97-14
BVA 04.12.1997, F-10/97-14
BVA 08.01.1998, N-35/97-14
BVA 12.03.1998, N-13/95-32
BVA 10.06.1998, N-4/98-17
BVA 13.07.1998, N-18/98-16
BVA 07.10.1998, N-24/98-8
BVA 06.11.1998, F-2/97-26
BVA 13.11.1998, N-36/98-10
BVA 22.04.1999, F-28/98-15
BVA 12.07.1999, N-30/99-7

BVA 01.03.2000, N-52/99-22
BVA 16.06.2000, F-18/98
BVA 31.07.2000, N-41/00-10
BVA 12.06.2001, F-3/99-20
BVA 20.11.2001, N-122/01-25
BVA 28.01.2002, N-127/01-29
BVA 14.06.2002, N-9/02-48
BVA 13.08.2002, N-37/02-6
BVA 04.11.2002, 17N-61/02-5
BVA 05.12.2002, 17F-24/01-12
BVA 13.12.2002, 17N-54/02-14
BVA 26.02.2003, 15N-08/03-11
BVA 09.02.2004, 10N-137/03-20
BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29
BVA 02.04.2004, 14N-19/04-22
BVA 03.08.2005, 17N-61/02-17
BVA 24.08.2005, 04N-76/05-23
BVA 19.09.2005, 16 F-10/02-21
BVA 21.12.2005, 02N-111/05-24
BVA 24.04.2006, 17F-7/05-29
BVA 10.05.2007, N/0007-BVA/15/2007-67
BVA 07.08.2007, N/0065-BVA/15/2007-75
BVA 03.03.2008, N/0012-BVA/07/2008-33
BVA 05.08.2008, F/0003-BVA/10/2008-43
BVA 25.08.2008, N/0059-BVA/09/2008-78 und N/0100-BVA/09/2008-18
BVA 24.04.2009, N/0012-BVA/02/2009-31
BVA 26.08.2009, N/0066-BVA/09/2009-55
BVA 21.10.2009, N/0099-BVA/14/2009-29
BVA 22.12.2009, 03F-33/98-62
BVA 10.01.2011, N/0097-BVA/09/2010-68
BVA 07.11.2011, N/0094-BVA/06/2011-26
BVA 29.12.2011, F/0011-BVA/13/2011-37, F/0012-BVA/13/2011-18, u.a.
BVA 02.10.2012, F/0009-BVA/03/2012-17

Bundes-Vergabekontrollkommission

B-VKK 23.11.1995, S-26/95

B-VKK 09.06.1998, G-4/98-6

Vergabekontrollsenate

VKS Salzburg 05.05.2003, SVKS/12/7

VKS Wien 07.11.2003, VKS-8242/03

VKS Wien 05.08.2005, VKS-2298/05

VKS Wien 13.03.2006, VKS-248/06

VKS Wien 08.02.2007, VKS-3453/06

VKS Wien 30.10.2008, VKS-7550/08 und VKS-7552/08

(dt.) Bundesgerichtshof

BGH 25.10.1968, V ZR 80/65

BGH 16.09.1971, VII ZR 5/70

BGH 13.12.1973, VII ZR 200/71

BGH 26.01.1978, VII ZR 50/77

BGH 23.04.1981, VII ZR 196/80

BGH 21.11.1985; VII ZR 366/83

BGH 15.03.1990, I ZR 120/88

BGH 28.09.2000, IX ZR 279/99

BGH 01.02.2005, X ZB 27/04 (Fabricom)

(dt.) Oberlandesgerichte

OLG Celle 24.11.1999, 13 Verg 7/99 (Rettungsdienste)

OLG Düsseldorf, 05.07.2000, Verg 5/99

OLG Naumburg 19.10.2000, 1 Verg 9/00

OLG Brandenburg 03.08.2001, Verg 3/01 (Kabelfernsehen)

OLG Düsseldorf 08.05.2002, Verg 5/02 (Abschleppdienst)

OLG Celle 05.09.2002, 13 Verg 9/02 (Wesertunnel)

OLG Rostock 05.02.2003, 17 Verg 14/02 (Forschungsschiff II)

OLG Düsseldorf 12.03.2003, VII-Verg 49/02

OLG Saarbrücken 21.04.2004, 1 Verg 1/04

OLG Düsseldorf 27.10.2004, Verg 41/04 (Altpapierverwertung)

OLG Dresden 02.11.2004, WVerg 11/04 (Berufsschulzentrum)
OLG Düsseldorf 18.10.2006, Verg 35/06 (Sicherheitsanlagen)
OLG Düsseldorf 13.06.2007, VII-Verg 2/07 (Fliegerhorst Ahlhorn)
OLG Düsseldorf 12.12.2007, VII-Verg 30/07 (Stadt Wuppertal)
OLG Düsseldorf 06.02.2008, VII-Verg 37/07 (Stadt Oer-Erkenschwick)
OLG Bremen 13.03.2008, Verg 5/07 (Windpark)
OLG München 04.04.2008, Verg 4/08
OLG Karlsruhe 13.06.2008, 15 Verg 3/08 (Lebensmittelverbrauchermarkt)
OLG Düsseldorf 02.10.2008, VII-Verg 25/08
OLG Schleswig 01.04.2010, 1 Verg 5/09
OLG Düsseldorf 09.06.2010, VII-Verg 9/10 (Haan)
OLG Frankfurt 30.08.2011, 11 Verg 3/11 (Wasserversorgung)

(dt.) Oberverwaltungsgerichte

OVG Saarland 07.11.1988, 1 R 322/87

Bayerisches Oberstes Landesgericht

BayObLG 10.10.2000, Verg 5/00
BayObLG 04.02.2002, Verg 1/02 (Großflächenwerbung)
BayObLG 23.07.2002, Verg 17/02
BayObLG 28.08.2002, Verg 20/02 (Leichtmetallarbeiten)
BayObLG 27.02.2003, Verg 1/03 (Entsorgungspark Freimann)
BayObLG 29.10.2004, Verg 22/04 (Mietverkäufer)

(dt.) Kammergerichte

KG Berlin 12.04.2000, KartVerg9/99 (Berliner Wohnungsbaugesellschaft)
KG Berlin 06.02.2003, 2 Verg 1/03

(dt.) Bundeskartellamt

BKartA 04.10.2004, VK3-152/04

(dt.) Vergabeüberwachungsausschüsse

VÜA Niedersachsen, 01.09.1997, 34.2-35.66, Tgb.-Nr. 11/97

(dt.) Vergabekammern

VK Düsseldorf 07.07.2000, VK-12/2000L

VK Bremen 03.11.2000, VK 3/00

VK Baden-Württemberg 18.07.2001, 1 VK 12/01

VK Baden-Württemberg 30.11.2001, 1 VK 40/01

VK Baden-Württemberg 26.03.2002, 1 VK 7/02

VK Baden-Württemberg 20.06.2002, 1 VK 27/02

VK Südbayern 20.12.2002, 50-11/02

VK Südbayern 22.05.2003, 17-04/03

VK Lüneburg 08.03.2004, 203-VgK-03/04

VK Hessen 24.03.2004, 69d-VK-09/04

VK Lüneburg 20.07.2004, 203-VgK-25/2004

VK Brandenburg 15.02.2008, VK 2/08

VK Hessen 05.03.2008, 69d-VK-06/2008

VK Baden-Württemberg 07.03.2008, 1 VK 1/08

Anhang

A. Abstract

Public procurement law governs procurement transactions of public authorities on the basis of pecuniary contracts, which accommodate at least the indirect demand of goods and services, via public works, supply or service contracts. The alienation of property is not subject to this field of law.

Public works contracts are also contracts whose object is the realisation of a work (by third parties), by whatever means, corresponding to the requirements specified by the contracting authority. The definition of “requirements” implies that the specifications are not based on any sovereign power of the contracting authority. Furthermore the entity has to be causal for the realisation of the project and assumes the economic risk immanent with the project. At last the technical specifications, communicated by the contracting authority, have to be more detailed than functional work descriptions. Therefore a comprehensive meaning of the term “requirements” is necessary for its definition, which is linked to an economic, technical and judicial context.

In synopsis to the exemption clause for real estate transactions it is relevant, whether the target of the contracting authority is the construction of a building or merely the surrender of real estate use for a period of time. In this respect the original intention of the entity is crucial in order to distinguish if the contract is contemplated as a public works contract, which is covered by public procurement law, or as a public service contract in terms of a real estate deal, sheltered by the exemption clause for real estate transactions.

In the widespread field of applications it is always necessary to scrutinize, whether the function of the agreement is the realisation of a work or another purpose and if the contract serves a procurement demand of the public authority. Concerning an economic approach it has to be clarified which legal acts of the entity serve their procurement target and are associated in an objective-chronological correlation to be classified as a part of the procurement transaction. The legal opinion of those (mostly combined) treaties has to focus on the main object of the services obtained by the agreement. This has to be done with regard to the content and function of the treaty.

B. Kurzbeschreibung

Dem Vergaberecht unterliegen Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand auf Grund entgeltlicher Verträge, deren Funktion in der zumindest mittelbaren Nachfrage von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen besteht, während die reine Veräußerung von Vermögenswerten nicht erfasst wird.

Als Bauauftrag iSd Vergaberechts sind auch solche Verträge zu qualifizieren, deren Vertragsgegenstand die Erbringung einer Bauleistung (durch Dritte) gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln, zum Inhalt haben. Für das Vorliegen von „Erfordernissen“ des Auftraggebers ist entscheidend, dass dieser die Vorgaben nicht in Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen trifft, er ursächlich für die Realisierung des Projektes ist, mit dem Auftrag die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos für ihn verbunden ist, sowie technische Vorgaben von ihm getroffen werden, welche über die einer funktionalen Leistungsbeschreibung hinausgehen. Ausschlaggebend ist dabei ein umfassendes Begriffsverständnis von „Erfordernissen“, welches an einen wirtschaftlich-technisch-rechtlichen Kontext anknüpft.

In Zusammenschau mit der Ausnahmebestimmung für Immobilientransaktionen ist relevant, ob Ziel des öffentlichen Auftraggebers die Errichtung eines Gebäudes oder die bloße Nutzungsüberlassung des Bauwerks auf Zeit ist. Insofern ist die ursprüngliche Absicht des öffentlichen Auftraggebers für die Einordnung, als vom Vergaberecht erfasster Bauauftrag oder der Ausnahmebestimmung unterliegendes Immobiliengeschäft, relevant.

In der Fülle von Anwendungsfällen in der Praxis ist stets zu hinterfragen, ob die Funktion des Vertragswerkes in der Erbringung einer Bauleistung oder einem anderen Zweck begründet liegt und ob mit diesem auch ein Beschaffungszweck des öffentlichen Auftraggebers verbunden ist. Im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist daher abzuklären, welche Rechtshandlungen des Auftraggebers seinem Beschaffungsziel dienen, mit diesem in einem sachlich-zeitlichen Zusammenhang stehen und insofern Bestandteil des zu beurteilenden Beschaffungsvorganges sind. Die vergaberechtliche Beurteilung derartiger (zumeist gemischter) Verträge hat sodann nach dem Schwerpunkt der Leistungserbringung, also welcher Teil inhaltlich und funktionell den Hauptgegenstand bildet, zu erfolgen.

C. Lebenslauf

Der Verfasser der vorliegenden Arbeit ist gebürtiger Niederösterreicher und maturierte im Juni 2002 an der HTL Mödling, Abteilung für Bautechnik – Tiefbau, mit Auszeichnung. Im Zuge seiner Diplomarbeit gelang ihm der Brückenschlag in die Praxis mit einem im Jahr 2003 realisierten Holzbrückenprojekt im Mittelburgenland. Nach seinem HTL-Abschluss legte er den Präsenzdienst im Heeresbau- und Vermessungsamt ab, bevor er als Techniker in einem bautechnischen Planungsbüro den Einstieg ins Berufsleben fand.

Neben seiner Berufstätigkeit studierte Christian Macho Rechtswissenschaften an der Universität Wien mit den Schwerpunkten Bau- und Immobilienrecht sowie öffentliches Wirtschaftsrecht. Im August 2006 belegte er den Alpbacher Hochschulkurs für Europäische Integration und schloss das rechtswissenschaftliche Diplomstudium im Jänner 2007 unter den TOP 4 % für das Gesamtstudium ab. Danach war er als Vergabe-Jurist im öffentlichen Umwelt- und Gesundheitsbereich tätig und absolvierte berufsbegleitend das postgraduale Master-Studium „Environmental Management“, welches er im Jänner 2011 mit Auszeichnung beendete. Im Jahr 2011 wechselte er nach durchgeführter Gerichtspraxis im Sprengel des Oberlandesgerichtes Wien als Rechtsanwaltsanwärter in eine auf internationales Bauvertragsrecht spezialisierte Kanzlei und ist nunmehr ebenfalls als Konzipient im Bereich des Wirtschafts- und Insolvenzrechts tätig.

Neben diversen ehrenamtlichen Tätigkeiten in seiner Heimatgemeinde Kottlingbrunn ist Christian Macho seit einigen Jahren auch begeisterter Teilnehmer beim Europäischen Forum Alpbach und Vize-Präsident des Club Alpbach Niederösterreich.