

Anmerkung zu:	EuGH 5. Kammer, Urteil vom 22.04.2021 - C-537/19
Autoren:	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Josefa Dengler, RA'in
Erscheinungsdatum:	14.09.2021
Quelle:	
Normen:	§ 107 GWB, EURL 24/2014, 12016E258, EGRL 18/2004
Fundstelle:	jurisPR-VergR 9/2021 Anm. 2
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Dengler, jurisPR-VergR 9/2021 Anm. 2

Abgrenzung öffentlicher Bauaufträge von (ausschreibungsfreien) Mietverträgen bei der Anmietung noch zu errichtender Gebäude

Orientierungssätze zur Anmerkung

- 1. Ein entscheidender Einfluss auf die Gestaltung eines angemieteten, noch zu errichtenden Gebäudes ist festzustellen, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Spezifikationen über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine Immobilie wie das betreffende Bauwerk hinausgehen oder nachgewiesen werden kann, dass dieser Einfluss auf die architektonische Struktur des Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände ausgeübt wird.**
- 2. Anforderungen, die die Gebäudeeinteilung betreffen, können nur dann als Beleg für einen entscheidenden Einfluss angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben.**

A. Problemstellung

Im Urteil „Wiener Wohnen“ beschäftigt sich der EuGH mit der Abgrenzung von öffentlichen Bauaufträgen und – von der Anwendung des EU- bzw. GWB-Vergaberechts ausgenommenen – Mietverträgen bei der Anmietung eines noch zu errichtenden Gebäudes. Es handelt sich dabei um einen vergaberechtlichen Dauerbrenner, denn besonders im Bauwesen besteht die Gefahr, dass Ausschreibungspflichten für öffentliche Bauaufträge durch geschickte Vertragsgestaltungen umgangen werden könnten. Mit der Entscheidung bestätigt der EuGH seine Rechtsprechung zu den Fällen der sog. „Anmietung vom Reißbrett“ und konkretisiert die Voraussetzungen eines ausschreibungspflichtigen öffentlichen Bauauftrages. Zwar bezieht sich das Urteil noch auf die inzwischen außer Kraft getretene Richtlinie 2004/18/EG, allerdings findet sich die für die Entscheidung ausschlaggebende Ausnahme nach Art. 16 Buchst. a für den Erwerb oder die Miete von Grundstücken oder (vorhandenen) Gebäuden inhaltsgleich in der neuen Richtlinie 2014/24/EU wieder, welche durch § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB in deutsches Recht umgesetzt worden ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Europäische Kommission leitete im Juli 2019 ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 AEUV gegen die Republik Österreich ein. Sie beehrte die Feststellung, dass Österreich gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 2, 28 und 35 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG (die Richtlinie) verstoßen habe, indem eine Dienststelle des Magistrats der Stadt Wien, die Wiener Wohnen (die größte kommunale Hausverwaltung in Europa), den „Gate 2“-Bürokomplex ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und ohne entsprechende Bekanntmachung angemietet hatte. Bei dem „Gate 2“-Bürokomplex handelte sich um zwei - noch zu errichtende - fünfgeschossige Bauteile auf dem Grundstück Guglgasse 2-4 in Wien.

Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob es sich bei diesem Vertrag um einen öffentlichen Bauauftrag gemäß der Richtlinie 2004/18/EG oder um einen Mietvertrag über ein Grundstück oder vorhandenes Gebäude handelt, der gemäß Art. 16 Buchst. a der Richtlinie ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens direkt vergeben werden darf.

Der EuGH hält dabei zunächst fest, dass die Benennung des Vertrages von Seiten der Parteien als „Mietvertrag“ auf die etwaige rechtliche Einordnung als öffentlicher Bauauftrag im Sinne der Unionsvorschriften keinen Einfluss habe (Rn. 43). Vielmehr komme es bei einem Vertrag, der zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines Auftrags anderer Art aufweist, maßgeblich auf seinen Hauptgegenstand an (Rn. 46).

Sodann verweist er unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung darauf, dass sich die Ausnahme in Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG auch auf die Miete nicht vorhandener, d.h. noch nicht errichteter Gebäude erstrecken kann. Auch in dieser - hier vorliegenden - Situation der „Anmietung vom Reißbrett“ sei allein entscheidend, ob der Vertrag als öffentlicher Bauauftrag gemäß Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie zu qualifizieren ist (Rn. 48 f.). Ein solcher öffentlicher Bauauftrag zeichnet sich dadurch aus, dass ein öffentlicher Auftraggeber eine Leistung erhält, die in der Erbringung der von ihm gewünschten Bauleistung besteht und an der er ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat (Rn. 44).

Ein öffentlicher Bauauftrag liegt dem Gerichtshof zufolge daher vor, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen (Rn. 50). So verhalte es sich insbesondere, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Spezifikationen über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine Immobilie wie das betreffende Bauwerk hinausgehen (Rn. 51). Ein entscheidender Einfluss lasse sich ferner feststellen, wenn nachgewiesen werden kann, dass dieser Einfluss auf die architektonische Struktur eines Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände ausgeübt wird. Anforderungen, die die Gebäudeeinteilung betreffen, könnten nur dann als Beleg für einen entscheidenden Einfluss angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben (Rn. 53). Die Beweislast trage hierbei nach ständiger Rechtsprechung zum Vertragsverletzungsverfahren des Art. 258 AEUV die Kommission. Der betroffene Mitgliedstaat sei allerdings verpflichtet, auf von der Kommission vorgetragene Anhaltspunkte substantiiert zu erwidern (Rn. 55).

Nach diesen allgemeinen Ausführungen widmet sich der Gerichtshof den beiden zentralen Argumenten der Kommission, aus welchen diese einen (entscheidenden) Einfluss auf die eigentliche Gestaltung der Struktur der „Gate 2“-Immobilie ableitete: den Bau der Obergeschosse 6 bis 8 des Bauteils B und die Brücken zwischen den Bauteilen A und B des Gebäudes (Rn. 63).

Mit Blick auf den Bau der Obergeschosse sieht der Gerichtshof keinen entscheidenden Einfluss. Der streitgegenständliche Vertrag habe eine einseitige Option („Call-Option“) nicht für den Bau, sondern für die Miete zusätzlicher Flächen vorgesehen (Rn. 64 f.). Darüber hinaus wies der Gerichtshof darauf hin, dass der Bau der betreffenden Geschosse bereits in der Bebauungsstudie

vom 23.01.2012 und demnach unabhängig vom Vertragsschluss am 25.05.2021 vorgesehen (Rn. 66). Da die Obergeschosse somit nicht geplant wurden, um einem von Wiener Wohnen geäußerten Bedürfnis zu entsprechen, lasse sich ein (entscheidender) Einfluss nicht annehmen (Rn. 67 bzw. Rn. 71).

Hinsichtlich der Brücke zwischen den Bauteilen A und B des „Gate 2“-Gebäudes kommt der Gerichtshof zum gleichen Ergebnis: Wieder verweist er dafür auf die Bebauungsstudie vom 23.01.2012, welche bereits den Vermerk „Option Brücke“ zwischen den Bauteilen enthalte (Rn. 69). Auch die Brücken seien daher nicht gebaut worden, um ein Bedürfnis der Wiener Wohnen zu erfüllen, von einem (entscheidenden) Einfluss sei damit nicht auszugehen (Rn. 70 f.).

Der Gerichtshof beschäftigt sich dann detailliert mit den weiteren Gesichtspunkten, die nach Auffassung der Kommission für eine Qualifikation des Mietvertrages als öffentlichem Bauauftrag sprechen. Diese berief sich auf das Fehlen einer Baugenehmigung, die lange Laufzeit des Mietvertrages, die von der Wiener Wohnen in Auftrag gegebene Kontrolle der Arbeiten und die zu ausgeprägte Eigenart des Bauwerks (Rn. 72). Der Gerichtshof befindet im Ergebnis jedoch keinen der genannten Punkte als geeignet dafür, einen öffentlichen Bauauftrag anzunehmen:

Bezüglich der fehlenden Baugenehmigung bezieht sich der EuGH auf die gängige Geschäftspraxis bei Großbauvorhaben, nach welcher das Baugenehmigungsverfahren erst dann eingeleitet wird, wenn bereits Zusagen künftiger Mieter für die geplante Gebäudefläche vorliegen (Rn. 74). Der Umstand, dass die Baugenehmigung erst nach Abschluss des Mietvertrages beantragt und erteilt wurde, stehe somit der Annahme nicht entgegen, dass die „Gate 2“-Immobilie zu diesem Zeitpunkt bereits geplant und ausführungsfähig war. Die Ausübung eines entscheidenden Einflusses auf die Gestaltung des betreffenden Bauwerks kann sich dem Gerichtshof zufolge also nicht aus dem Fehlen eines vollständigen Bauvorhabens ergeben (Rn. 74).

Die lange Laufzeit des Mietvertrages hält der Gerichtshof nicht für erheblich. Dieser Aspekt vermöge nichts daran zu ändern, dass ein öffentlicher Bauauftrag nur unter den genannten Voraussetzungen angenommen werden könne. Im Übrigen sei die Dauer auch nicht unüblich (Rn. 76).

Dass der Auftraggeber eine Kontrolle der Ausführung der Arbeiten durch eine spezialisierte Bauprojektierung ausgeübt habe, hält der Gerichtshof ebenfalls für üblich, besonders angesichts des Ausmaßes der Unternehmung. Eine solche begleitende Kontrolle bedeute auch keine Ausübung eines entscheidenden Einflusses auf die Gestaltung des Gebäudes (Rn. 78 f.).

Auf das Vorbringen der Kommission, die von Wiener Wohnen formulierten Spezifikationen gingen weit über das hinaus, was üblicherweise verlangt werden könne (vgl. Rn. 25), reagiert der Gerichtshof mit einer ausführlichen Prüfung der Einzelaspekte (Rn. 82 ff.). Er stellt fest, dass die begehrte Verbindung sämtlicher Aufzüge auf allen Ebenen, die Verlegung eines Hohlraumbodens, die Kühlung des Gebäudes durch bauteilaktivierte Decken sowie die Errichtung gemäß den Richtlinien des Zertifizierungssystems ÖGNI Stufe Gold weder unüblich noch geeignet seien, entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung des Gebäudes zu nehmen. Zwar seien die von Wiener Wohnen gestellten Anforderungen zahlreich und detailliert gewesen, allerdings würde dadurch eine Nutzung durch nachfolgende andere Mieter nicht in Frage gestellt (Rn. 86 ff.).

Im Ergebnis sei das entscheidende Kriterium, dass die Anforderungen über die eines üblichen Mieters an ein ähnliches Gebäude hinausgehen, nicht erfüllt (Rn. 87 f.). Da demzufolge kein öffentlicher Bauauftrag vorliege, wies der Gerichtshof die Klage der Kommission ab.

C. Kontext der Entscheidung

Mit der Entscheidung setzt der EuGH seine bisherige Spruchpraxis zur Abgrenzung von öffentlichen Bauaufträgen zu Mietverträgen nach dem Unionsrecht fort. Er konkretisiert die in seinen Ur-

teilen „Auroux“ (EuGH, Urt. v. 18.01.2007 - C-220/05), „Köln Messe“ (EuGH, Urt. v. 29.10.2009 - C-536/07), „Helmut Müller“ (EuGH, Urt. v. 25.03.2010 - C-451/08) und „Impresa Pizzarotti“ (EuGH, Urt. v. 10.07.2014 - C-213/13) entwickelten Voraussetzungen für die Qualifizierung eines Vertrages als öffentlichen Bauauftrag. Hiernach setzt ein öffentlicher Bauauftrag voraus, dass

a) das entsprechende Bauwerk gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen errichtet wird (EuGH, Urt. v. 29.10.2009 - C-536/07 „Köln Messe“ Rn. 55),

b) der Auftraggeber mit der Bauleistung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse verfolgt (EuGH, Urt. v. 25.03.2010 - C-451/08 „Helmut Müller“ Rn. 49 ff.) oder

c) der Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen (EuGH, Urt. v. 10.07.2014 - C-213/13 „Impresa Pizzarotti“ Rn. 44).

Mit dem „Wiener Wohnen“-Urteil präzisiert der Gerichtshof die Voraussetzung des entscheidenden Einflusses auf die Bauleistung, indem er dessen konkrete Anforderungen erstmalig ausformuliert. So sei ein entscheidender Einfluss dann gegeben, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Spezifikationen über das Übliche hinausgingen oder sich die Einflussnahme auf die architektonische Struktur eines Gebäudes, wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände beziehe (Rn. 51 ff.).

Des Weiteren bestätigt der EuGH mit der Entscheidung seine bisherige Rechtsprechungslinie zur Abgrenzung von öffentlichen Bauaufträgen und Mietverträgen. Das betrifft etwa die Aspekte der Unbeachtlichkeit der Benennung des Auftrags (EuGH, Urt. v. 29.10.2009 - C-536/07 „Köln Messe“ Rn. 54), der Maßgeblichkeit des Hauptgegenstandes (EuGH, Urt. v. 18.01.2007 - C-220/05 „Auroux“ Rn. 37) und der potentiellen Anwendbarkeit des vergaberechtlichen Ausnahmetatbestandes in Fällen der „Anmietung vom Reißbrett“ (EuGH, Urt. v. 18.01.2007 - C-220/05 „Auroux“; EuGH, Urt. v. 29.10.2009 - C-536/07 „Köln Messe“; EuGH, Urt. v. 25.03.2010 - C-451/08 „Helmut Müller“; EuGH, Urt. v. 10.07.2014 - C-213/13 „Impresa Pizzarotti“). Entgegen dem insofern eindeutigen Wortlaut des Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG spricht sich der EuGH erneut für die Erstreckung der Ausnahmeregelung auf noch nicht vorhandene Gebäude aus (so auch Gurlit in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, 3. Aufl., § 107 Abs. 1 GWB Rn. 17; Schellenberg in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl., § 107 GWB Rn. 21 f.; a.A. Antweiler in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 107 GWB Rn. 28). Dabei fehlt allerdings eine Begründung.

Nennenswert ist, dass der EuGH in „Wiener Wohnen“ vom Vorschlag des Generalanwalts Sánchez-Bordona (GA Sánchez-Bordona, Schlussanträge v. 22.10.2020 - C-537/19) abgewichen ist. In den beiden wesentlichen Fragen, nämlich ob von einem entscheidenden Einfluss auf die Bauleistung bzw. ihre Planung auszugehen ist und ob der „Gate 2“-Bürokomplex nach den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen errichtet wurde, folgte er der rechtlichen Bewertung des Generalanwalts nicht. Der Abweichung liegt aber keine unterschiedliche materiell-rechtliche Auffassung zugrunde, sie beruht wohl im Wesentlichen darauf, dass der Generalanwalt die vom EuGH für ganz maßgeblich befundene Bebauungsstudie vom 23.01.2012 in seinen Schlussanträgen nicht beachtete sowie auf einer unterschiedlichen Würdigung der von den Parteien vorgebrachten Argumente. So verwies der EuGH hinsichtlich der Frage eines entscheidenden Einflusses der Wiener Wohnen durch die Optionen „Obergeschosse“ und „Brücke“ insbesondere auf die in Rede stehende Bebauungsstudie (Rn. 66 bzw. Rn. 69). Der Generalanwalt hingegen bemängelte die Vorlage entsprechender Beweise, ohne auf die Bebauungsstudie einzugehen (vgl. GA Sánchez-Bordona, Schlussanträge v. 22.10.2020 - C-537/19 Rn. 61). In diesem Zusammenhang stellte der Gerichtshof auch ausdrücklich klar, dass der streitgegenständliche Vertrag nur entsprechende Mietoptionen und nicht etwa Errichtungsoptionen beinhaltete (so aber GA Sánchez-Bor-

dona, Schlussanträge v. 22.10.2020 - C-537/19 Rn. 65 ff.). Zudem bewertete der Gerichtshof das Fehlen der Baugenehmigung, die Bedeutung des Management Summaries der Marktanalyse und den Aspekt der Kontrolle durch die Bauprojektierung – anders als Generalanwalt Sánchez-Bordona – nicht als Indiz für einen entscheidenden Einfluss der Wiener Wohnen (vgl. GA Sánchez-Bordona, Schlussanträge v. 22.10.2020 - C-537/19 Rn. 59, Rn. 70 ff., Rn. 76 ff.). Die weiteren Argumente des Generalanwalts wie das vorliegende Gutachten der IC Group, die beinahe ausschließliche Nutzung des „Gate 2“-Bürokomplexes durch Wiener Wohnen sowie das anfängliche Schuldeingeständnis der Republik Österreich ihm Rahmen der Korrespondenz mit der Kommission, die für eine Klassifizierung des von Wiener Wohnen abgeschlossenen Vertrages als öffentlicher Bauauftrag sprachen (GA Sánchez-Bordona, Schlussanträge v. 22.10.2020 - C-537/19 Rn. 82, Rn. 89 ff., Rn. 98 ff.), berücksichtigte der EuGH in seinem Urteil nicht.

Auch in der deutschen Rechtsprechung ist die Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Bauaufträgen und Mietverträgen, die vom Anwendungsbereich des EU- bzw. GWB-Vergaberechts ausgenommen sind, ein vergaberechtlicher Dauerbrenner (vgl. hierzu etwa schon OLG Jena, Beschl. v. 27.04.2009 - 9 Verg 2/09; OLG Jena, Beschl. v. 07.10.2015 - 2 Verg 3/15; VK Saarland, Beschl. v. 03.03.2016 - 2 VK 01/2015; VK Bund, Beschl. v. 30.09.2016 - VK 1 - 86/16). Die Entscheidungspraxis der Vergabekammer des Bundes zu einer etwaigen Ausschreibungspflicht der Anmietung noch zu errichtender Gebäude entspricht dabei der Rechtsprechungslinie des EuGH (vgl. etwa BKartA, Beschl. v. 17.12.2019 - VK 2 - 88/19). Ähnlich wie der EuGH geht die Vergabekammer davon aus, dass ein zur Qualifizierung als öffentlicher Bauauftrag führender entscheidender Einfluss gegeben sei, wenn die ursprüngliche Gebäudekonzeption des Beauftragten spürbar von dem abweicht, was schließlich im streitgegenständlichen Mietvertrag vereinbart wurde (VK Bund, Beschl. v. 17.12.2019 - VK 2 - 88/19).

D. Auswirkungen für die Praxis

Mit seiner Entscheidung hat der EuGH seine Maßstäbe für die Abgrenzung vergaberechtsrelevanter öffentlicher Bauaufträge von (vergabefreien) Mietverträgen erneut geschärft. Im Vergleich zu früheren Entscheidungen scheint der EuGH eine weniger strenge Handhabung seiner bisherigen Maßstäbe bei der Prüfung einer Vergabefreiheit von immobilienbezogenen Geschäften öffentlicher Auftraggeber anzusetzen. Das gilt insbesondere für die Auslegung des Kriteriums des entscheidenden Einflusses auf die Bauleistung, der nach der bisherigen Rechtsprechung für einen öffentlichen Bauauftrag (mit-)entscheidend ist. Angesichts der durchaus hohen Anzahl der von der Wiener Wohnen verlangten Spezifikationen und der Schlussanträge des Generalanwalts Sánchez-Bordona, der sich für eine Qualifikation als öffentlichen Bauauftrag aussprach, ist dieses Ergebnis durchaus überraschend. Hinzu kam, dass die Republik Österreich selbst zugegeben hatte, dass die Direktvergabe in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG falle und eine Ausschreibung durchgeführt hätte werden müssen (Rn. 16). Es hätte daher auch erwartet werden können, dass der Gerichtshof zum Ergebnis eines entscheidenden Einflusses – und in der Folge einer Ausschreibungspflicht – kommt. Die Entscheidung lässt sich daher möglicherweise so verstehen, dass der EuGH nun etwas höhere Hürden für eine Ausschreibungspflicht bei öffentlichen Bauaufträgen aufstellen wollte. Sollte der EuGH mit „Wiener Wohnen“ eine neue Phase einer größeren Zurückhaltung eingeläutet haben, würden sich für die Mitgliedsstaaten in der Praxis größere Spielräume bei der Direktvergabe von Immobiliengeschäften eröffnen. Es sollte trotzdem nicht vorschnell von einer Vergabefreiheit eines Immobiliengeschäfts ausgegangen werden, da die Ausschreibungspflicht immer vom jeweiligen Einzelfall abhängen wird. Zwar spricht sich der EuGH vorliegend sehr klar und eindeutig gegen eine Ausschreibungspflicht aus, angesichts der sehr spezifischen einzelnen Argumente, die zu diesem Schluss führten, lässt sich daraus jedoch keine allgemein gültige Prognose für die zukünftige Handhabung der richterlichen Maßstäbe ziehen. Es ist daher auch völlig offen, ob das Urteil Auswirkungen auf die nationale Rechtsprechung haben wird.

Mit Spannung darf daher erwartet werden, ob der EuGH auch künftig lockerer mit einer Ausschreibungspflicht immobilienbezogener Geschäfte öffentlicher Auftraggeber umgehen wird.

© juris GmbH