

Mietverträge mit der öffentlichen Hand sind – nicht immer – auszuschreiben!

BEITRAG. Der Abschluss von Bestandverträgen mit der öffentlichen Hand als Bestandnehmerin ist grundsätzlich vom Vergaberecht ausgenommen. In gewissen Konstellationen wurde von der Rsp allerdings eine Ausschreibungspflicht als Bauauftrag angenommen. Der EuGH hat jüngst in einem Urteil mit Österreich-bezug auch für den bisherigen Paradefall solcher Bauaufträge, die Anmietung noch zu errichtender Gebäude, die Ausnahme vom Vergaberecht bekräftigt. Dies hat Auswirkungen auf die Gestaltung von Bestandverträgen mit öffentlichen Auftraggebern. **ecolex 2021/514**



Mag. **Rudolf Pekar** ist Rechtsanwalt und Partner bei Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH mit den Schwerpunkten Vergabe- und Immobilienrecht, Regulatory & Compliance.

A. Ausnahme von der Ausnahme vom BVerG 2018

Wenn öffentliche Auftraggeber Leistungen beschaffen, muss dabei in der Regel das BVerG 2018¹⁾ eingehalten werden. Bestimmte Beschaffungen und Verträge sind von der Anwendbarkeit des BVerG 2018 ausgenommen. Dies gilt etwa für Liegenschaftsgeschäfte gem § 9 Abs 1 Z 10 BVerG 2018, wonach insb Verträge über Erwerb, Miete oder Pacht von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden nicht vom Anwendungsbereich des BVerG 2018 erfasst sind. Diese Aus-

nahmen vom BVerG 2018 sind erforderlich, weil aufgrund der Eigenschaften von Grundstücken und Gebäuden, wie zB Lage, Beschaffenheit, Ausstattung etc, diese grundsätzlich nur schwer substituierbar sind und insofern ein Wettbewerb nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich ist.²⁾ Häufig werden Miet-

¹⁾ BG über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVerG 2018) BGBl I 2018/65.

²⁾ Vgl *Heid* in *Heid/Deutschmann/Hofbauer/Reisner* (Hrsg), BVerG 2018 (2019) zu § 9 BVerG 2018 Rz 33.

bzw Pachtverträge aber noch lange vor der Fertigstellung von Gebäuden abgeschlossen („Forward Lease“). Auch im Rahmen von Forward (Funding) Purchases erwerben Investoren Gebäude noch im Projektentwicklungsstadium, oftmals noch vor Vorliegen einer Baugenehmigung. Die Struktur solcher Projekte sieht regelmäßig auch den Abschluss von Mietverträgen als eine Voraussetzung für die Kaufpreisfälligkeit vor, deren Eckpunkte schon im Vorfeld festgelegt werden. Die öffentliche Hand ist nicht nur bei diesen Transaktionen meist gern gesehene Mieterin. Das Vergaberecht wird bei der Gestaltung der Bestandverträge aber nicht immer mitgedacht und kann sich zu einem echten Problem für das Gelingen solcher Deals ausweiten: Denn der Abschluss eines Bestandvertrags über ein noch nicht existentes Gebäude durch einen öffentlichen Auftraggeber kann als ausschreibungspflichtiger Bauauftrag gem § 5 BVerG 2018 zu qualifizieren sein.³⁾ Wird das Vergaberecht nicht eingehalten, drohen uU schwerwiegende Rechtsfolgen, wie die Nichtigerklärung des Vertrags, Bußgelder oder Schadenersatzansprüche.

Schon die bisherige Rsp hat allerdings nicht jegliche Inbestandnahme von noch zu errichtenden Gebäuden als ausschreibungspflichtigen Bauauftrag angesehen, sondern zusätzliche Maßnahmen der öffentlichen Hand als erforderlich angesehen, mit denen der Auftraggeber die Merkmale des Vorhabens vorgibt oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf dessen Planung gehabt haben muss.⁴⁾ Anhand eines aktuellen Urteils des EuGH⁵⁾ zur Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf einen Mietvertrag über ein noch nicht errichtetes Gebäude sollen diese Kriterien erörtert werden, um daraus maßgebliche Leitlinien für die Gestaltung von Bestandverträgen ableiten zu können.

B. Anforderungen an einen Bauauftrag gem § 5 BVerG 2018

Die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte stellt gem § 5 Z 3 BVerG 2018 dann einen grundsätzlich ausschreibungspflichtigen Bauauftrag dar, wenn die Bauleistungen nach den „Erfordernissen“ des öffentlichen Auftraggebers erfolgen, „sofern der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat“. Damit ein – vom BVerG 2018 grundsätzlich ausgenommener – Miet- oder Pachtvertrag als Bauauftrag einer Ausschreibungspflicht unterliegt, ist also abzugrenzen, wann vergaberechtlich relevante Erfordernisse des öffentlichen Auftraggebers bestehen bzw worin eine maßgebliche Einflussnahme begründet wird.

1. Erfordernisse und Einflussnahme durch die öffentliche Hand

Wann ein öffentlicher Auftraggeber einen maßgeblichen Einfluss nimmt und dadurch die Bauleistung nach seinen Erfordernissen erfolgt, wurde vom EuGH bereits mehrfach entschieden: In der bisherigen Rsp des EuGH wurden verschiedene Anknüpfungspunkte für die Annahme der Vorgabe von vergaberechtlich relevanten Erfordernissen durch einen Auftraggeber formuliert. Ursprünglich stand die Einflussnahme auf die Leistungsbeschreibung im Fokus,⁶⁾ bevor der EuGH im Jahr 2005 mit der Rs C-220/05, *Auroux*, auf die Einflussnahme auf die technische Funktionalität des zu errichtenden Gebäudes abgestellt hat.⁷⁾

In der jüngeren Rsp legte der EuGH hingegen fest, dass die Bauleistungen erst dann nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers ausgeführt werden, wenn dieser die

Merkmale der Bauleistung bestimmt bzw entscheidenden Einfluss auf die Planung/Konzeption nimmt.⁸⁾ Der Einfluss des öffentlichen Auftraggebers muss dabei jedenfalls über die Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten hinausgehen.⁹⁾ Die Planung eines Bauwerks durch den Privaten stellt dann keinen öffentlichen Bauauftrag dar, wenn die Planung nach den allgemeinen Bedingungen des Markts bzw unter baurechtlichen Vorgaben erfolgt.¹⁰⁾

2. EuGH - Wiener Wohnen

Diese bisherigen Kriterien wurden vom EuGH nun in Rs C-537/19, *Wiener Wohnen*, weiter detailliert.¹¹⁾

a) Sachverhalt

Die Unternehmung der Stadt Wien – Wiener Wohnen schloss im Mai 2012 einen Mietvertrag als Mieterin mit einer privaten Vermieterin über die Anmietung eines von der Vermieterin noch zu errichtenden Bürokomplexes ab. Vertragsgrundlagen waren ua eine Bebauungsstudie, die bereits bauliche Grundzüge festgelegt hat, und dem Mietvertrag beigelegte Bau- und Ausstattungsbeschreibungen, in denen gewisse technische Anforderungen an das Gebäude von Wiener Wohnen formuliert wurden. Wiener Wohnen beauftragte für die Feststellung des Baufortschritts eine externe begleitende Kontrolle. Das gegenständliche Projekt wurde von Wiener Wohnen auf Basis einer Markt- und Standortanalyse des Wiener Büromarkts ausgewählt.

Aufgrund einer Beschwerde wegen des Mietvertrags bei der EK im Jahr 2015 hat diese dann 2019 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich eingeleitet, da sie der Ansicht war, dass der Abschluss des Mietvertrags einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag darstellen würde.

b) Urteil des EuGH

In seinem Urteil stellte der EuGH fest, dass die Anmietung noch nicht errichteter Gebäude von der Ausnahme vom sachlichen Anwendungsbereich für Liegenschaftsgeschäfte erfasst sein kann, sofern kein öffentlicher Bauauftrag vorliegt, bei dem die Errichtung den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen entspricht.

Für die Einordnung eines noch nicht errichteten Gebäudes als Bauauftrag verwies der EuGH auf seine bisherige Rsp zu dieser Frage. So sei maßgeblich, ob der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen. Das sei insb dann der Fall, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Spe-

³⁾ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 34 mwN.

⁴⁾ EuGH 29.10.2009, C-536/07, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2009:664; 25.3.2010, C-451/08, *Helmut Müller*, ECLI:EU:C:2010:168; 10.7.2014, C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, ECLI:EU:C:2014:2067.

⁵⁾ EuGH 22.4.2021, C-537/19, *Wiener Wohnen*, ECLI:EU:C:2021:319.

⁶⁾ EuGH 19.4.1994, C-331/92, *Gestion Hotelera Internacional*, ECLI:EU:C:1994:155; 12.2.2002, C-470/99, *Universale-Bau*, ECLI:EU:C:2002:746.

⁷⁾ EuGH 18.1.2007, C-220/05, *Auroux*, ECLI:EU:C:2007:31.

⁸⁾ EuGH 25.3.2010, C-451/08, *Helmut Müller*.

⁹⁾ EuGH 25.3.2010, C-451/08 *Helmut Müller*; 10.7.2014, C-213/13, *Impresa Pizzarotti*.

¹⁰⁾ EuGH 25.3.2010, C-451/08, *Helmut Müller*.

¹¹⁾ EuGH 22.4.2021, C-537/19, *Wiener Wohnen*.

zifikationen über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine Immobilie wie das betreffende Bauwerk hinausgehen.¹²⁾

Ein entscheidender Einfluss auf dessen Gestaltung lässt sich nach der Beurteilung des EuGH dann feststellen, wenn „nachgewiesen werden kann, dass dieser Einfluss auf die architektonische Struktur dieses Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände ausgeübt wird.“¹³⁾

Bei Anforderungen, die die Gebäudeeinteilung betreffen, lässt sich nach Ansicht des EuGH nur dann ein entscheidender Einfluss ableiten, wenn sie sich aufgrund „ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben“.¹⁴⁾

In seinem Urteil kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die EK nicht nachweisen konnte, dass Wiener Wohnen einen Einfluss auf die Gestaltung der architektonischen Struktur genommen hat, da im Februar 2012, als die Standortanalyse von Wiener Wohnen eingeholt wurde – also noch vor Abschluss des Mietvertrags –, die baulichen Grundzüge des Bürokomplexes bereits in der Bebauungsstudie festgelegt waren.¹⁵⁾

Auch das übrige Vorbringen der EK zu der noch nicht vorliegenden Baugenehmigung, der langen Laufzeit des Mietvertrags, der Beauftragung einer begleitenden Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber und der Formulierung von Vorgaben durch Wiener Wohnen an das Gebäude war nach Ansicht des EuGH für eine Qualifikation als Bauauftrag unerheblich. Wiener Wohnen habe keine unüblichen Anforderungen an die Eigenart des Bürokomplexes gestellt, die über das hinausgehen würden, was ein Mieter üblicherweise verlangen kann. Das Gebäude wurde nach Ansicht des EuGH lediglich so gestaltet, dass auch künftigen Mietern eine möglichst flexible Inneneinteilung ermöglicht und eine zügige Wiedervermietbarkeit der Räumlichkeiten nach einem allfälligen (teilweisen) Auszug von Wiener Wohnen sichergestellt werden sollte.¹⁶⁾

c) Rechtliche Beurteilung

Auch wenn das Urteil in Rs C-537/19, *Wiener Wohnen*, noch zur alten RL 2004/18/EG ergangen ist, bringt sie für die geltende Rechtslage nach den RL 2014/24/EU und 2014/25/EU („VergabeRL“) und dem BVergG 2018 ebenso wichtige Anhaltspunkte für die Praxis bei der Gestaltung von Bestandsverträgen mit der öffentlichen Hand. Auch wenn die Auslegung des EuGH dem Wortlaut der Ausnahmebestimmungen in den VergabeRL und dem BVergG 2018 widerspricht (Abstellen auf „vorhandene Gebäude“),¹⁷⁾ bestätigt der EuGH seine bisherige Rechtsansicht, dass die Ausnahme von Liegenschaftsgeschäften auch bei der Anmietung noch nicht errichteter Gebäude gelten soll.

Die Entscheidung bringt mit dem Verweis auf die Einflussnahme auf die architektonische Struktur eine wesentliche Klarstellung, wann für den EuGH ein entscheidender Einfluss auf die Gestaltung eines Gebäudes vorliegt, und zieht damit eine recht weite Grenze.

Diese Einflussnahme muss sich (insb) auf die Größe, die Außenwände und tragende Wände beziehen. Die Gebäudeeinteilung lässt der EuGH so weit außer Betracht, als sie sich nicht aufgrund „ihrer Eigenart oder ihres Umfangs“ abhebt. Unter dem Eindruck der weiteren Argumentation des EuGH zu den – seitens Wiener

Wohnen formulierten und vom EuGH als unbeachtlich für eine relevante Einflussnahme qualifizierten – Anforderungen wird dieses Kriterium des EuGH

insb anhand der Möglichkeit einer (umgehenden) Wiederverwertbarkeit des Mietgegenstands zu beurteilen sein.

Der EuGH stellt klar, dass eine bloße Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Planung nicht ausreicht, sondern seitens der EK der Nachweis zu erbringen gewesen wäre, dass von solchen Möglichkeiten auch tatsächlich Gebrauch gemacht wurde.¹⁸⁾

Für den EuGH war es insofern wesentlich, dass eine entsprechende Dokumentation vorlag, in der ersichtlich war, dass auch tatsächlich keine Einflussnahme erfolgte. So bestand zum Zeitpunkt der Anmietung bereits eine Bebauungsstudie, die die Grundzüge (und in einer Ergänzung auch einzelne Nutzungen) bereits dargestellt hat. Auch aus der vor Abschluss des Mietvertrags beauftragten Standortanalyse ergaben sich bereits einzelne Eigenschaften des künftigen Gebäudes (wie bspw die angestrebte Zertifizierung).

Daraus lässt sich ableiten, dass für den EuGH bereits eine Bebauungsstudie als Planungsstand ausreicht, sofern diese die wesentliche Gebäudestruktur beinhaltet. Es wird trotzdem ein höherer Detaillierungsgrad einer solchen Bebauungsstudie erforderlich sein, um zu belegen, dass öffentliche Auftraggeber keinen Einfluss auf die Planung genommen haben oder nach deren Erfordernissen gebaut wird. So hat der EuGH in Rs C-537/19, *Wiener Wohnen*, bei der Bebauungsstudie zB auf die daraus bereits erkennbare Geschoßanzahl und Verbindungsbrücke zu den Bauteilen abgestellt. Wesentlich erscheint außerdem, dass diese Planungsgrundlagen auch dem Miet- bzw Pachtvertrag beiliegen.

Praxistipp

Leitlinien für die Gestaltung von Miet- und Pachtverträgen

Aus der bisherigen Rsp des EuGH lassen sich wesentliche Kriterien ableiten, ab wann eine Einflussnahme als vergaberichtlich relevant angesehen wird. Bei der Gestaltung von Miet- und Pachtverträgen mit der öffentlichen Hand sind daher gewisse Leitlinien einzuhalten, um das Risiko einer Qualifikation als ausschreibungspflichtiger Bauauftrag zu vermindern.

Auch wenn der EuGH in Rs C-537/19, *Wiener Wohnen*, einen sehr detaillierten Rahmen vorgegeben hat, kann auf eine Prüfung der Vertragsbestimmungen und Projektdetails im Einzelfall nicht verzichtet werden, was sich gerade am Beispiel dieses Urteils zeigt. So ist der EuGH nicht – wie er dies in den meisten Fällen tut – den Schlussanträgen des zuständigen Generalanwalts gefolgt, sondern hat im Ausgangsfall keinen ausschreibungspflichtigen Vorgang erblickt.¹⁹⁾

Wesentliche Leitlinien

- Bei der Errichtung von Spezialimmobilien, wie Krankenhäusern, Gefängnissen, Schulen etc, wird grundsätzlich

¹²⁾ EuGH 22. 4. 2021, C-537/19, *Wiener Wohnen*, Rn 50ff.

¹³⁾ EuGH 22. 4. 2021, C-537/19, *Wiener Wohnen*, Rn 53.

¹⁴⁾ EuGH 22. 4. 2021, C-537/19, *Wiener Wohnen*, Rn 53.

¹⁵⁾ EuGH 22. 4. 2021, C-537/19, *Wiener Wohnen*, Rn 57.

¹⁶⁾ EuGH 22. 4. 2021, C-537/19, *Wiener Wohnen*, Rn 80ff.

¹⁷⁾ Vgl Art 10 lit a RL 2014/24/EU; Art 21 lit a RL 2104/25/EU; § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018.

¹⁸⁾ EuGH 22. 4. 2021, C-537/19, *Wiener Wohnen*, Rn 29 und 75.

¹⁹⁾ Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona, Schlussanträge 22. 10. 2020, C-537/19, *Wiener Wohnen*, ECLI:EU:C:2020:850.

von einem ausschreibungspflichtigen Bauauftrag auszugehen sein. Nur bei der Entwicklung von Standardimmobilien, wie bspw eben Büroimmobilien, kann die Ausnahme vom Vergaberecht erfüllt sein.

- Anforderungen des Auftraggebers, die nicht über die üblichen Vorgaben von Mietern von Standardimmobilien hinausgehen, begründen keine relevante Einflussnahme. Auch wenn eine solche Qualifikation eine Einzelfallentscheidung bleibt, können durch Vorgaben in Bau- und Ausstattungsbeschreibungen bzw Raum- und Funktionsprogrammen bestimmte Anforderungen an die Innenausstattung formuliert werden, insb wenn diese darauf abzielt, eine gewisse Modularität der Innenausstattung zu gewährleisten (bspw Bodengestaltung; Gestaltung von Kühlmöglichkeiten; Gestaltung nicht tragender Wände; Vorgabe von Zertifizierungen, wenn diese auch für den Vermieter vorteilhaft sein können).
- Voraussetzung bleibt aber weiterhin die Möglichkeit, den Mietgegenstand ohne großen Aufwand (umgehend) an Dritte vermieten bzw veräußern zu können. Maßgeblich ist ebenso die Anmietungsdauer, um bestimmte Vorgaben zu rechtfertigen (im Fall Rs C-537/19, *Wiener Wohnen*, bspw die Anforderung an die Dimension der Elektroverteilung mit einer Platzreserve von 25%).
- Anforderungen an die architektonische Gebäudestruktur, wie Größe, Außenwände und tragende Wände, begründen eine relevante Einflussnahme und damit einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag.
- Anforderungen an die Gebäudeeinteilung stellen nur dann eine relevante Einflussnahme dar, wenn sie besonders umfangreich oder so „eigenartig“ sind, dass das Gebäude nicht mehr uneingeschränkt an Dritte wiederverwertbar ist und insofern unübliche Anforderungen gestellt werden.

- Maßnahmen zur Sicherstellung einer entsprechenden Bauumsetzung, wie insb eine Beauftragung einer externen begleitenden Kontrolle, die den Baufortschritt zur Sicherstellung der rechtzeitigen Bezugsmöglichkeit überwacht, begründen keine relevante Einflussnahme.
- Sicherstellung einer ausreichenden Dokumentation, dass keine Einflussnahme auf die Art oder die Planung des Vorhabens bzw keine Errichtung nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers erfolgt ist, bspw durch Beilage einer entsprechend detaillierten Bebauungsstudie.

Schlussstrich

- Der Abschluss von Bestandverträgen mit der öffentlichen Hand kann bei noch nicht errichteten Gebäuden einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag darstellen, wenn nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers gebaut wird bzw dieser einen entscheidenden Einfluss auf die Art oder die Planung des Vorhabens nimmt.
- Wird das Vergaberecht nicht eingehalten, drohen schwerwiegende Rechtsfolgen, wie die Nichtigerklärung des Vertrags, Bußgelder oder Schadenersatzansprüche, die bspw bei Forward Deals besonders kritisch sein können.
- Der EuGH hat in seinem aktuellen Urteil in der Rs C-537/19, *Wiener Wohnen*, die Grenzen für die relevante Einflussnahme neu gezogen. Auch wenn eine Qualifikation als Bauauftrag - und damit auch die Gestaltung des Bestandvertrags - immer eine Einzelfallentscheidung bleibt, gibt der EuGH darin einen recht detaillierten Rahmen vor, welche Vorgaben der öffentlichen Hand an noch zu errichtende Bauwerke vergaberechtlich „unschädlich“ sind und damit wertvolle Leitlinien für die Praxis.