

Die Qualifikation gemeinnütziger Bauvereinigungen als öffentliche Auftraggeber gemäß BVergG 2018

ZVB 2021/71

BVergG 2018;
WGG

Gemeinnützige Bauvereinigungen unterliegen in Österreich einem eigenen und sehr detaillierten Regulativ. Immer wieder wird vertreten, dass sie dem Vergaberecht unterliegende Auftraggeber seien. Stimmt das?

Von Michael Hecht und Rudolf Pekar

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage und Gegenstand der Untersuchung
- B. Persönlicher Geltungsbereich des BVergG 2018
- C. Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben (§ 4 Abs 1 Z 2 lit a)
- D. Aufgaben nicht gewerblicher Art (§ 4 Abs 1 Z 2 lit a)
 - 1. Tätigkeit im Wettbewerbsumfeld
 - 2. Gewinnerzielungsabsicht
 - 3. Tragen des wirtschaftlichen Risikos
- E. Kriterien staatlicher Beherrschung (§ 4 Abs 1 Z 2 lit c) – Überblick
 - 1. Überwiegende Finanzierung (§ 4 Abs 1 Z 2 lit c (i))
 - 2. Leitungsaufsicht (§ 4 Abs 1 Z 2 lit c (ii))
 - a) Allgemeines
 - b) Grundsätzliches zum Begriff der Leitungsaufsicht im Zusammenhang mit dem WGG
 - 3. Aufsichtsbefugnisse als Indiz für das Nichtvorliegen einer Beherrschung

A. Ausgangslage und Gegenstand der Untersuchung

Der geförderte und soziale Wohnbau in Österreich erfolgt in weiten Bereichen durch gemeinnützige Bauvereinigungen (GBV). GBV werden in einem durch das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (WGG)¹⁾ determinierten Umfeld tätig.

GBV unterliegen einer Rechnungs-, Gebarungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung der staatlichen Aufsicht durch Landesbehörden und der „privaten“ Aufsicht durch den Revisionsverband, der seinerseits wiederum der Aufsicht und Kontrolle gem Abschlussprü-

fungs-Qualitätssicherungsgesetz²⁾ unterliegt. Die Tätigkeit von GBV ist steuerlich begünstigt und unterliegt grundsätzlich³⁾ nicht der Pflicht zur Körperschaftssteuer. Wesentliche Vorgabe an GBV ist die Vermögensbindung und Zweckwidmung zu dem Gemeinwohl dienenden Tätigkeiten der Daseinsvorsorge. GBV sollen Eigenkapital erwirtschaften und dieses – für Zwecke des gemeinnützigen Wohnungswesens gebunden – im Sinne eines Generationenausgleichs zur Sicherung einer nachhaltigen Wohnversorgung bestehender und zukünftiger Nutzer verwenden.⁴⁾

Aufgrund der strengen Regulierung, finanziellen Begünstigungen und der – durch die WGG-Novelle 2019⁵⁾ noch erweiterten – staatlichen Aufsicht wurde auch in der Vergangenheit GBV regelmäßig eine gewisse Nähe zur öffentlichen Auftragsvergabe unterstellt. Vor diesem Hintergrund soll geklärt werden, ob GBV als öff AG gem BVergG 2018⁶⁾ zu qualifizieren sind.

B. Persönlicher Geltungsbereich des BVergG 2018

Die genaue Einordnung von GBV in den persönlichen Geltungsbereich gem § 4 Abs 1 BVergG 2018 ist von

1) Bundesgesetz vom 8. 3. 1979 über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen (Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz – WGG) BGBl 1979/139.

2) Bundesgesetz über die Qualitätssicherung bei Abschlussprüfungen (Abschlussprüfungs-Qualitätssicherungsgesetz – A-QSG) BGBl I 2005/84.

3) § 5 Z 10 iVm § 6a KStG.

4) § 1 Abs 3 WGG.

5) BGBl I 2019/85.

6) Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018) BGBl I 2018/65.

zentraler Bedeutung für die Prüfung der Anwendbarkeit des Vergaberechts. Bei GBV kommt allenfalls nur die Qualifikation als Einrichtungen gem Z 2 leg cit in Betracht.

Die Kriterien für die Einstufung als eine solche Einrichtung umfassen:

- Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (lit a);
- zumindest Teilrechtsfähigkeit (lit b);
- überwiegende Finanzierung von öff AG bzw anderen Einrichtungen oder Leistungsaufsicht durch öff AG bzw andere Einrichtungen oder mehrheitliche Bestellung von Mitgliedern des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans durch öff AG oder andere Einrichtungen (lit c).

In der weiteren Prüfung sind die Beurteilung der Teilrechtsfähigkeit und der besondere Gründungszweck bei GBV grundsätzlich nicht von Relevanz, so dass diese Aspekte in diesem Aufsatz nicht weiter behandelt werden.

C. Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben (§ 4 Abs 1 Z 2 lit a)

Eine Einrichtung gem § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 erfüllt eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art.

Unter „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ ist ein gewisser Kernbereich von Agenden zu verstehen, der im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird.⁷⁾ Die Tätigkeit einer GBV wurde in der bisherigen österreichischen Judikatur als die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben qualifiziert.⁸⁾ Als wesentliches Argument für die Bejahung einer Tätigkeit von GBV im Allgemeininteresse wurde insbesondere angeführt, dass die Herstellung von Wohnungen zu erschwinglichen, unter dem allgemeinen Marktniveau liegenden Preisen dem öffentlichen Wohl durch Daseinsvorsorge auf dem Gebiet des Wohnungswesens diene⁹⁾ bzw die Tätigkeit in einem gewissen Zusammenhang mit öffentlichen (im Sinne von staatlichen) und gemeinwohlorientierten Interessen stehen würde.¹⁰⁾

Der EuGH hat schon die Errichtung von Bürogebäuden als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben qualifiziert, wenn sie eine Impulswirkung für den Handel und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung der betreffenden Gebietskörperschaft haben.¹¹⁾ Auch aktuelle Judikatur thematisiert diesen Prüfungsschritt nicht vertieft weiter und nimmt eine Tätigkeit von GBV im Allgemeininteresse an.¹²⁾

Aufgrund des gesetzlich im WGG festgelegten Geschäftskreises von GBV ist unserer Ansicht nach eine Tätigkeit im Allgemeininteresse im Sinne des Verständnisses von Aufgaben im staatlichen Kernbereich, wie hier im Bereich der Daseinsvorsorge, unstrittig. Die Tätigkeit einer GBV erfüllt also grundsätzlich das erste Teilkriterium für die Qualifikation als öff AG im Sinne des BVergG 2018.

D. Aufgaben nicht gewerblicher Art (§ 4 Abs 1 Z 2 lit a)

Eine weitere, kumulative Voraussetzung für die Qualifikation als öff AG ist die Besorgung von „Aufgaben nicht gewerblicher Art“.

Die Vorgabe „gewerbliche Art“ ist unionsrechtlich autonom auszulegen, eine rein nationale Definition also unzulässig.¹³⁾ Die Beurteilung dieses Kriteriums erfolgt unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände sowie jener Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben. Daneben sind die Voraussetzungen, unter denen sie die Tätigkeiten zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ausübt, zu prüfen.¹⁴⁾

Maßgebliche Kriterien¹⁵⁾ für das Vorliegen einer Tätigkeit nicht gewerblicher Art sind

- das Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt bzw keine Tätigkeit unter Marktbedingungen,
- das Fehlen von Gewinnerzielungsabsicht und
- fehlende Risikotragung durch die Einrichtung.

Wenn also die Einrichtung unter „normalen“ Marktbedingungen tätig ist, Gewinnerzielungsabsicht hat und die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste trägt, ist es nach Ansicht des EuGH wenig wahrscheinlich, dass sie Aufgaben erfüllen soll, die nichtgewerblicher Art sind.¹⁶⁾

Diese Tatbestandsmerkmale müssen nicht kumulativ vorliegen. Die Kriterien der (Nicht-)Gewerblichkeit sind einer Gesamtwürdigung¹⁷⁾ zu unterziehen, so dass auch das Hervortreten eines Tatbestandsmerkmals das Fehlen eines anderen Tatbestandsmerkmals oder dessen schwache Ausprägung kompensieren kann.¹⁸⁾

Die vorstehenden Kriterien sind im Hinblick auf die Qualifikation einer GBV als öff AG im Einzelnen näher zu prüfen.

1. Tätigkeit im Wettbewerbsumfeld

Für die Frage, ob eine Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen erbringt, ist gemäß der Judikatur des EuGH der „Referenzmarkt“, das wirtschaftliche Umfeld der Einrichtung, zu prüfen. Dabei ist auf den Sektor abzustellen, in dem die Einrichtung tätig ist.¹⁹⁾

Für GBV ergibt sich unserer Ansicht nach ein Referenzmarkt/Sektor, der sowohl die gemeinnützigen Bauvereinigungen als auch „gewerbliche“ Bauträger umfasst. Auch in der bisherigen Judikatur wurde die

7) ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 22.

8) LVwG Vorarlberg 20. 5. 2015, LVwG-314-001/S1-2015.

9) OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 236/01 a.

10) UVS Vorarlberg 16. 8. 2006, 314-008/06.

11) EuGH 22. 5. 2003, C-18/01, *Korhonen*.

12) LVwG Tirol 13. 5. 2020, LVwG-2019/S 2/1370-20; LVwG Vorarlberg 20. 5. 2015, LVwG-314-001/S 1-2015.

13) ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 23.

14) EuGH 5. 10. 2017, C-567/15, *LitSpecMet*.

15) EuGH 5. 10. 2017, C-567/15, *LitSpecMet*.

16) Vgl EuGH 22. 5. 2003, C-18/01, *Korhonen*; 16. 10. 2003, C-283/00, *Kommission/Spanien*; 5. 10. 2017, C-567/15, *LitSpecMet*.

17) VwGH 12. 4. 2018, Ra 2015/04/0054.

18) *Heid in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte* (Hrsg), *Handbuch Vergaberecht*⁴ (2015) Rz 296 mwN.

19) EuGH 10. 4. 2008, C-393/06, *Fernwärme Wien*.

Tätigkeit von GBV in Konkurrenz mit anderen Unternehmen im Rahmen eines entwickelten Wettbewerbs bejaht.²⁰⁾ Bei der Schaffung, Vermietung und Verwaltung von Wohnungen stünden GBV nicht nur im Wettbewerb mit anderen GBV, sondern auch zu „gewerblichen“ Wohnbauunternehmen und zu sonstigen vermögensverwaltenden, privaten oder „gewerblichen“ Vermietern und Verwaltern.²¹⁾

GBV und „gewerbliche“ Bauträger stehen außerdem in Konkurrenz zueinander im Rahmen der geförderten Bautätigkeit sowie beim Erwerb von Grundstücken und im Bereich der Beschaffung von Bauleistungen. GBV stehen dabei ebenfalls im direkten Wettbewerbsverhältnis zu allen anderen Unternehmen, die Bauleistungen bei den gleichen Anbietern sowohl im Neubaubereich als auch im Sanierungsbereich nachfragen. Auch im Bereich der Investitionsfinanzierungen auf dem Kapitalmarkt besteht keinerlei wettbewerbliche Bevorzugung von GBV.

Es besteht einerseits ein Wettbewerb zwischen nicht gemeinnützigen und GBV im geförderten Bereich, während umgekehrt auch im nicht geförderten Bereich ein Wettbewerb zwischen GBV und sonstigen Bauträgern besteht.²²⁾ So spielen auch „gewerbliche“ Bauträger insbesondere in Westösterreich eine wesentliche Rolle im Bereich des geförderten Neubaus von Wohnungen, aber auch in der Sanierung.²³⁾ Vor allem aber wurde auch umgekehrt mit der WGG-Novelle 2000²⁴⁾ der Geschäftskreis der GBV ausgeweitet: Diesen wurde die Möglichkeit eingeräumt, „gewerblich“ tätige Tochtergesellschaften zu gründen.²⁵⁾ Sowohl in den GBV als auch in den auf dieser rechtlichen Basis neu geschaffenen Tochterunternehmen „wird heute in großem Umfang auch frei finanziert Miet- und Eigentumswohnbau betrieben. [...] Gründe dafür sind die Stärkung der Eigenkapitalbasis, die Auslastung der Kapazitäten der Unternehmen, in Wien aber auch die angespannte Situation am Grundstücksmarkt, in dem zu den förderungsrechtlich zulässigen Grundkosten kaum Liegenschaften zu finden sind“.²⁶⁾ Dabei ist naturgemäß – wie vorhin ausgeführt – der Wettbewerb um diese Liegenschaften sektorübergreifend, weil das „förderungsrechtlich Zulässige“ undifferenziert für die Frage gilt, ob der Bauträger gemeinnützig ist oder nicht.

Die Geschäftskreisregelung wird außerdem als Festlegung des Umfangs eines Sondergewerberechts der GBV verstanden, was als weiteres Indiz für die Gewerblichkeit der Tätigkeit von GBV auch im Sinne des BVerfG 2018 verstanden werden kann.²⁷⁾

Im Ergebnis sind GBV unserer Ansicht nach in einem ausgebildeten wettbewerblchen Umfeld tätig. Sowohl beim Ankauf von Liegenschaften, der Finanzierung von Projekten sowie bei der Beauftragung von Bauleistungen als auch in der Verwertung von Objekten – also in den essenziellen Kernbereichen – stehen GBV im Wettbewerb zu anderen GBV und gewerblichen Bauträgern. Selbst wenn ein nur eingeschränkter Markt auf Ebene der GBV anzunehmen wäre, würde hier jedenfalls von einer Tätigkeit im Wettbewerbsumfeld von GBV auszugehen sein.²⁸⁾

2. Gewinnerzielungsabsicht

Es stellt nach Ansicht des EuGH ein wesentliches Indiz für die Gewerblichkeit einer Tätigkeit dar, wenn diese in Gewinnerzielungsabsicht erbracht wird.²⁹⁾ Nach Ansicht des LVwG Tirol soll die für GBV geltende Gewinnbeschränkung und Vermögensbindung zum Entfall einer Gewinnerzielungsabsicht führen.³⁰⁾ Insbesondere, wenn die GBV tatsächlich Gewinne erzielt, werden für eine mangelnde Gewinnerzielungsabsicht aber unserer Ansicht nach noch weitere Aspekte hinzutreten müssen, auch wenn der Hauptzweck von GBV nicht im Erzielen von Gewinnen liegt.³¹⁾ Wenn eine Einrichtung ihre Tätigkeit nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien zu erbringen hat, auch wenn sie keine Gewinne erzielen darf, kann dies nach Ansicht des EuGH für die Qualifikation einer gewerblichen Tätigkeit ebenso ausreichen.³²⁾

Dass GBV grundsätzlich nach dem Kostendeckungsprinzip zu arbeiten haben, steht nach der Judikatur einer Tätigkeit in Ertragsabsicht nicht entgegen, da erstens Einnahmen auch zur teilweisen Deckung der Kosten in einem anderen Geschäftsbereich herangezogen werden³³⁾ und zweitens das Kostendeckungsprinzip auf den Bereich der Mietzinsbildung für Wohnungen in der Refinanzierungsphase bezogen ist. Weitere Gewinnerzielungsmöglichkeiten ergeben sich aus der Vermietung von Geschäftsräumen und sonstigen Räumlichkeiten nach § 13 Abs 5 WGG und der Grundmiete nach § 13 Abs 6 WGG. § 1 Abs 3 WGG regelt die Verwendung des erwirtschafteten Eigenkapitals im Sinne eines Generationenausgleichs zur Sicherung einer nachhaltigen Wohnversorgung und geht daher auch von der Gewinnerzielung aus. Dieser Argumentation wird unserer Ansicht nach zu folgen sein, da Einnahmen einer GBV Kosten in verschiedenen Geschäftsbereichen abdecken können. GBV sind außerdem gesetzlich zur Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verpflichtet.³⁴⁾ Sie haben also schon von Gesetzes wegen ihre Tätigkeit nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien auszurichten, auch wenn eine Tätigkeit nach solchen Kriterien alleine wohl nicht

20) VKS Wien 8. 2. 2007, VKS-3453/06.

21) UVS Vorarlberg 16. 8. 2006, 314–008/06.

22) Ausführlich dazu s Amann, Strukturwandel in der österreichischen Wohnbauförderung, in FS Wurm (2019) 154.

23) Amann, aaO.

24) BGBl I 2000/142.

25) Pech, Gründung und Entwicklung gewerblicher Tochtergesellschaften gemäß § 7 (4b) WGG, in Amann/Pernsteiner/Struber (Hrsg), Wohnbau in Österreich in europäischer Perspektive (2014) 275.

26) Amann, aaO.

27) Holoubek/Hanslik-Schneider in Illredits/Reich-Rohrwig (Hrsg), Wohnrecht (2018) § 7 WGG Rz 1.

28) Vgl so auch zuletzt LVwG Tirol 13. 5. 2020, LVwG-2019/S 2/1370–20.

29) EuGH 5. 10. 2017, C-567/17, LitSpecMet.

30) LVwG Tirol 13. 5. 2020, LVwG-2019/S 2/1370–20.

31) Vgl EuGH 16. 10. 2003, C-283/00, Kommission/Spanien, Rn 87, 90.

32) EuGH 10. 5. 2001, C-223/99 und C-260/99, Agora/Excelsior.

33) VKS Wien 8. 2. 2007, VKS-3453/06.

34) Vgl § 23 Abs 1 WGG.

ausreicht, um eine Gewinnerzielungsabsicht bzw eine gewerbliche Tätigkeit zu begründen.³⁵⁾

Das WGG lässt den Aufbau von Eigenkapital³⁶⁾ und damit die Gewinnerzielung zu. Der Gewinnerzielungsmöglichkeit und Eigenkapitalbildungsmöglichkeit wird durch das WGG lediglich eine Eigenkapitalsicherung und eine spezifische Eigenkapitalverwendung gegenübergestellt.³⁷⁾

Aus diesem durch das WGG eingeräumten Spielraum und der immanenten Tendenz zur Vermögensbildung einerseits und der sich aus § 7 Abs 5 WGG ergebenden Baupflicht andererseits ergibt sich daher unserer Ansicht nach ein der oben zitierten Judikatur des EuGH entsprechendes ausreichendes Gewinnernelement, ja sogar nach § 1 Abs 3 WGG der Auftrag zur Eigenkapitalschaffung als Säule der wettbewerblichen Tätigkeit.

Anders formuliert: Die im Gesetz grundlegende Vermögensbildung, mit der im gesetzlichen Sinne bloß eingeschränkten Gewinnrealisierungsmöglichkeit und dem damit verankerten Vermögensaufbau iVm dem Baugebot schafft mit Sicherheit eine wettbewerbliche Situation mit anderen Bauträgern, die hinsichtlich ihrer Marktfolgen im Hinblick auf die Konkurrenz nicht hinter „gewerblichen“ (und gewinnausschüttenden) Bauträgern zurückbleibt. In diesem Lichte erweist sich auch § 10 WGG als Sonderregelung im Verhältnis zum GmbHG³⁸⁾ und zum GenG³⁹⁾ und schließt eine Gewinnausschüttung nicht aus, sondern modifiziert diese.⁴⁰⁾

3. Tragen des wirtschaftlichen Risikos

Eine Einrichtung trägt dann das Risiko ihrer Tätigkeit, wenn sichergestellt ist, dass kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen ist. Private Vereinbarungen, die entsprechende Finanzierungspflichten bzw Unterstützungsautomatismen der öffentlichen Hand vorsehen, beispielsweise als Gesellschafter der GBV in Gesellschaftsverträgen, können schädlich sein.⁴¹⁾

Nach der Judikatur des EuGH kann eine Finanzierung der Einrichtung durch öffentliche Mittel indizieren, dass diese das wirtschaftliche Risiko nicht tragen muss.⁴²⁾ In der bisherigen Judikatur wurde jedoch auch eine wesentliche Finanzierung einer Einrichtung durch öffentliche Förderungen nicht als schädlich für die Ausrichtung nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien qualifiziert.⁴³⁾ Unserer Ansicht nach kann daher auch für den Bereich des geförderten Wohnbaus regelmäßig argumentiert werden, dass sich durch die Ausrichtung nach Wirtschaftlichkeitskriterien – wie dies auch die entsprechenden Wohnbauförderungsgesetze in der Regel vorsehen – kein Entfall des Insolvenzrisikos ergibt. Dies umso mehr, als die Fördermittel in der Regel im Sinne einer Auslobung auch anderen Marktteilnehmern zur Verfügung stehen und auch tatsächlich von GBV und anderen Marktteilnehmern in Anspruch genommen werden.

Weiters ergeben sich keine gesetzlichen Anhaltspunkte dafür, dass staatliche Stellen eine Zahlungsunfähigkeit einer GBV nicht hinnehmen würden.⁴⁴⁾ Im WGG wird in § 11 für den Fall der Liquidation einer

GBV geregelt, dass das Restvermögen für Zwecke des gemeinnützigen Wohnungswesens zu verwenden ist. Die Bestimmung indiziert, dass es zu keinem „Auffangen“ von GBV in finanzieller Schieflage kommt und sie demgemäß auch das Unternehmerrisiko tragen. Die erforderliche Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände bei der Beurteilung des möglichen „Auffangens“⁴⁵⁾ einer GBV wird aber unserer Ansicht nach regelmäßig zu einer Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch die GBV führen, da maßgebliche Rettungs- bzw Unterstützungsleistungen von an einer GBV beteiligten Gebietskörperschaften, insbesondere bei GBV mit hohen Bilanzsummen, oft bereits aus haushaltsrechtlichen Gründen⁴⁶⁾ ausgeschlossen sein werden.⁴⁷⁾

Bei GBV stellt sich je nach Eigentümerstruktur die Frage nach der Herkunft der Mittel für die Tätigkeit verstärkt oder weniger vordringlich.

Es handelt sich dann nicht um öffentliche Mittel im Sinne der vorgenannten Kriterien, wenn Mittelbereitstellungen unter Bedingungen vereinbart werden, wie sie auch im Rahmen einer „normalen Geschäftsbeziehung in Form frei ausgehandelter gegenseitiger Verträge“ vereinbart werden.⁴⁸⁾ Erfolgt eine Finanzierung zwar durch die öffentliche Hand, aber zu fremdüblichen Bedingungen, besteht unserer Ansicht nach ein weiteres Argument dafür, dass die Tätigkeit der Einrichtung gewerblich ist.

Aufgrund der Gesamtwürdigung⁴⁹⁾ der Kriterien der Gewerblichkeit iSd § 4 BVergG 2018 kommt es

35) Vgl auch LVwG Tirol 13. 5. 2020, LVwG-2019/S 2/1370–20, auch wenn die Ansicht des LVwG, die Beibehaltung der staatlichen Einflussnahme auch bei der Prüfung der Gewerblichkeit der Tätigkeit zu berücksichtigen, unserer Ansicht nach zu hinterfragen ist, da dies grundsätzlich (nur) die Beurteilung einer Tätigkeit im Allgemeininteresse betrifft. Die Prüfung der Tätigkeit nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien wäre nur dann als ausreichend bzw maßgeblich zu qualifizieren, wenn die jeweilige Einrichtung (gar) keine Aufgaben wahrnimmt, auf die der Staat einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, so auch *Stalzer*, Zur Stellung einer Wohnbaugenossenschaft als öffentlicher Auftraggeber, RPA 2020, 267 (269).

36) *Grundbichler*, Gemeinnützige Bauvereinigungen (2014) 32.

37) *Feichtinger/Schinnagl*, Die Vermögensbindung als Eckpfeiler der Wohnungsgemeinnützigkeit, wobl 2017, 99 (100); *Korinek*, Das Eigenkapital – Funktion, Aufbringung, Sicherung und Verwendung, in *Korinek/Nowotny* (Hrsg), Handbuch der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft (1994) 377.

38) Gesetz vom 6. 3. 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG) RGBI 1906/58.

39) Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz – GenG) RGBI 1873/70.

40) Im Detail dazu *Feichtinger*, Gemeinnützige Bauvereinigungen – auf Langzeitigkeit ausgelegt, in FS Wurm (2019) 187.

41) *Heid* in *Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 301.

42) EuGH 8. 11. 2001, C-470/99, *Universale Bau AG*.

43) VwGH 12. 12. 2007, 2006/04/0179.

44) Im Gegenteil sind auch Insolvenzen von GBV in der Vergangenheit vorgekommen, wie bspw die „Wohnungseigentumsbau“ Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft mbH.

45) ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 23.

46) *Stalzer*, Zur Stellung einer Wohnbaugenossenschaft als öffentlicher Auftraggeber, RPA 2020, 267 (269).

47) Anders das LVwG Tirol, das davon ausgeht, dass die öffentliche Hand die dem Wohnungs- und Siedlungswesen zuzuordnende Aufgabe der Daseinsvorsorge wieder selbst übernehmen müsste und insofern GBV nicht das wirtschaftliche Risiko tragen würden, LVwG Tirol 13. 5. 2020, LVwG-2019/S 2/1370–20.

48) EuGH 3. 10. 2000, C-380/98, *University of Cambridge*, Rn 25 mwN.

49) VwGH 12. 4. 2018, Ra 2015/04/0054.

nicht allein auf die Bereitstellung staatlicher Mittel an die Einrichtung für die Begründung der nicht gewerblichen Tätigkeit an. Auch die (laufende) Gewährung öffentlicher Mittel muss daher nicht zwingend zum Vorliegen einer „nicht gewerblichen“ Tätigkeit führen. Maßgeblich ist, ob aufgrund der Bereitstellung öffentlicher Mittel die Einrichtung veranlasst ist oder sein kann, sich bei der Auftragsvergabe von anderen als rein wirtschaftlichen Überlegungen leiten zu lassen.⁵⁰⁾ Auch im Bereich des geförderten Wohnbaus wird regelmäßig in den Wohnbauförderungsgesetzen die Wirtschaftlichkeit und Effizienz sowie Kostenangemessenheit der Tätigkeit für die Förderung vorausgesetzt.⁵¹⁾

E. Kriterien staatlicher Beherrschung (§ 4 Abs 1 Z 2 lit c) – Überblick

Im Rahmen des dritten Tatbestandsmerkmals werden drei Beherrschungskriterien geprüft, bei deren Vorliegen eine enge staatliche Verbindung zum Ausdruck kommt. Für das Erfüllen des Tatbestandsmerkmals reicht das alternative Vorliegen eines Kriteriums aus.

Die Kriterien umfassen:

- überwiegende Finanzierung durch öff AG oder andere Einrichtungen gem § 4 BVergG 2018;
- Leitungsaufsicht durch öff AG oder andere Einrichtungen gem § 4 BVergG 2018;
- mehrheitliche Bestellung der Mitglieder von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan durch öff AG oder andere Einrichtungen gem § 4 BVergG 2018.

Das dritte Kriterium, die mehrheitliche Ernennung der Mitglieder von Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen durch öff AG, ist im Einzelfall anhand der jeweiligen Ausgestaltung einer GBV dahingehend zu prüfen, ob mehr als die Hälfte solcher Mitglieder von der öffentlichen Hand bestellt werden, und wird hier nicht weiter thematisiert.

1. Überwiegende Finanzierung (§ 4 Abs 1 Z 2 lit c (i))

Nicht alle Zahlungen eines öff AG begründen eine Finanzierung im Sinne des Tatbestandsmerkmals. Der Begriff der „Finanzierung“ umfasst solche Transfers von Finanzmitteln, die ohne spezifische Gegenleistung und mit dem Ziel vorgenommen werden, die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung zu unterstützen.⁵²⁾ Als Gegenleistungen sieht der EuGH nur solche Leistungen als Kompensation für eine staatliche Finanzierung an, wie sie auch im Rahmen normaler Geschäftsbeziehungen in Form frei ausgehandelter gegenseitiger Verträge vereinbart werden.⁵³⁾

Dass durch die Finanzierung ein direkter Einfluss des Staates oder anderer öffentlicher Stellen erfolgt, ist nicht erforderlich.⁵⁴⁾

Der Finanzierungsbegriff ist funktionell auszulegen, so dass auch mittelbare Finanzierungen in Betracht kommen.⁵⁵⁾ Unter den Finanzierungsbegriff fallen auch die Subventionierung durch Steuerbefreiung⁵⁶⁾ sowie die Verlustübernahme durch die öffentliche Hand.⁵⁷⁾ Das Tatbestandselement „überwiegend“ ist bei einer Finanzierung von mehr als 50% stets erfüllt (quantitatives Kriterium).⁵⁸⁾

Die Steuererleichterungen von GBV werden regelmäßig keine überwiegende Finanzierung im Sinne der Bestimmung darstellen, so dass dieses Tatbestandsmerkmal aus diesem Grund im Regelfall nicht erfüllt sein wird. Dies umso mehr, als die regulatorischen Auflagen, denen die Unternehmen unterliegen – insbesondere die Mietbeschränkung nach § 13 Abs 6 WGG –, betragsmäßig wohl immer einen wesentlich höheren Umfang hat, als die Körperschaftssteuerbefreiung ausmachen kann. Außerdem erfolgt die steuerliche Begünstigung von GBV im Ertragssteuerbereich – somit bei der Besteuerung der Gewinne – und nicht unmittelbar bei der Erbringung der marktrelevanten Tätigkeit (insbesondere im Hinblick auf die Umsatzsteuer⁵⁹⁾ oder etwa die Kommunalsteuer, die Grunderwerbsteuer etc) selbst.

Aber selbst wenn man die ertragssteuerrechtliche Begünstigung – wohlgerne: eines gesamten Sektors, dessen Mitglieder im Wettbewerb zueinander und zu anderen Bauträgern stehen – und nicht etwa eines einzelnen potenziellen „Auftraggebers“⁶⁰⁾ als relevant ansehen wollte, dann würde dies nichts daran ändern, dass diese Begünstigung nicht darauf hinausliefe, dass alle Kriterien des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 erfüllt würden: Denn die Gewerblichkeit ist unabhängig von den Fragen zu bejahen, ob im allgemeinen Interesse liegende Aufgaben erfüllt werden und ob eine überwiegende Finanzierung durch öff AG erfolgt. Legt man (selbst bei unterstellter Einschlägigkeit) das dahingehende Kriterium des EuGH auf das BVergG 2018 um, so würde es wohl dazu führen, dass aus dieser steuerlichen Begünstigung deutlich wird, dass im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt werden. Denn die steuerliche Erleichterung wird ja damit begründet, dass GBV Aufgaben im Sinne des Gemeinwohls leisten und dabei wirtschaftlichen Beschränkungen (Kostendeckungsprinzip, Mietzinsobergrenze) unterliegen.⁶¹⁾ Das Vorliegen der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wurde und wird – auch hier – aber ohnehin bejaht (s oben). Im Ergebnis würde aber aufgrund des Vorliegens einer gewerblichen Tätigkeit die kumulative Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 ausscheiden, selbst wenn sich im Einzelfall aufgrund von staatlichen Beteiligungen an einer

50) VwGH 1. 7. 2010, 2009/04/0207.

51) Vgl bspw § 5 Gesetz über die Förderung des Wohnungsneubaus und der Wohnhaussanierung und die Gewährung von Wohnbeihilfe (Wiener Wohnbauförderungs- und Wohnhaussanierungsgesetz – WWVFG 1989) LGBl 2018/69.

52) VwGH 17. 9. 2014, 2013/04/0144.

53) EuGH 3. 10. 2000, C-380/98, *University of Cambridge*, Rn 23ff.

54) EuGH 13. 12. 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*.

55) ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 25.

56) EuGH 26. 9. 2013, C-115/12, *Frankreich/Kommission*.

57) BVA 7. 8. 2007, N/0065-BVA/15/2007–75.

58) EuGH 3. 10. 2000, C-380/98, *University of Cambridge*, Rn 30.

59) Siehe dazu ja lediglich die Einschränkung in § 10 Abs 2 Z 4 UStG.

60) Dies war aber der Kern in C-115/12, *Frankreich/Kommission*, in der der EuGH darauf abstellte, dass – und zwar mittels einer „Steuer-gutschrift“ – ein konkretes Projekt „direkt subventioniert“ wurde (Rn 52), dass es um eine „konkrete Begünstigung“ geht (Rn 46) und dass eine angeblich anders gelagerte Qualifikation in Kontrastierung zum Beihilfenrecht nicht überzeugte (Rn 46).

61) *Achatz/Finsterer*, Wohnungsgemeinnützigkeit in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in FS Wurm (2019) 4 mWN.

GBV eine überwiegende Finanzierung im Sinne des Tatbestandsmerkmals ergeben sollte.

2. Leitungsaufsicht (§ 4 Abs 1 Z 2 lit c (ii))

a) Allgemeines

Das alternative Tatbestandsmerkmal des § 4 Abs 1 Z 2 lit c BVergG 2018 ist auch dann erfüllt, wenn der öffentlichen Hand die Aufsicht über die Leitung der Einrichtung zukommt.

Das Tatbestandsmerkmal erfordert, dass eine Aufsicht über die Einrichtung besteht, die eine Verbindung mit der öffentlichen Hand schafft, die der Verbindung gleichwertig ist, die besteht, wenn eines der anderen alternativen Tatbestandsmerkmale (überwiegende Finanzierung oder Bestellung der Leitungsorgane durch die öffentliche Hand) erfüllt ist.⁶²⁾

Es muss sich um eine über die bloß nachprüfende Kontrolle hinausgehende Aufsicht handeln, die auch die Kontrolle der laufenden Gebarung⁶³⁾ umfasst, wie sie beispielsweise dem Rechnungshof zukommt.⁶⁴⁾ Eine rein gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeit kann den Tatbestand der Leitungsaufsicht erfüllen⁶⁵⁾, hingegen reicht das Aufsichtsrecht nach den Bestimmungen des AktienG⁶⁶⁾ alleine nicht für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals aus.⁶⁷⁾

Wenn die Aufsicht auch die laufende Verwaltung im Hinblick auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit umfasst und auch die Besichtigung der Betriebsräume und Anlagen der Einrichtung und Berichterstattung dieser Prüfung an eine Gebietskörperschaft beinhaltet, ist das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht der Leitung erfüllt.⁶⁸⁾

Für französische Sozialwohnungsaktiengesellschaften hat der EuGH festgehalten, dass diese, obwohl sie Handelsgesellschaften sind, staatlicher Aufsicht unterliegen, weil ihre Tätigkeit in einem sehr engen Rahmen geregelt ist und die bloße Überwachung der Einhaltung dieser Regeln alleine bereits bedeutenden Einfluss einräumen würde. Sie würden der Aufsicht der Verwaltung unterliegen (Auflösungsmöglichkeit durch die öffentliche Hand, Vorgabe eines bestimmten Geschäftsprofils, interministerielle Dienststelle für die Inspektion des Sozialwesens).⁶⁹⁾

b) Grundsätzliches zum Begriff der

Leitungsaufsicht im Zusammenhang mit dem WGG

Das Aufsichtsrecht muss sich auf die „Leitung“ des AG, nicht aber auf die von ihm zu leistenden „Tätigkeiten“ beziehen. Ein tätigkeitsbezogenes Aufsichtsrecht des Bundesministers reicht nach Ansicht des Bundesvergabebeamten beispielsweise nicht aus, um eine Leistungsaufsicht zu begründen. Ein solches Aufsichtsrecht wäre nur dann gegeben, wenn der Bundesminister ein Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat, ein Vetorecht bezüglich von Entscheidungen der Organe oder dem Gleichzuhaltendes hätte.⁷⁰⁾

Es ist eine Gesamtbetrachtung aller einschlägigen Regelungen betreffend die Einrichtung vorzunehmen.⁷¹⁾

Das Regime des WGG begründet nach der Literatur keine wesentlichen Einflussnahmemöglichkeiten der öffentlichen Hand im Rahmen einer speziellen Form der Wirtschaftsaufsicht (Fach- und Rechtsaufsicht), die die gesamte Geschäftsführung der GBV umfasst.⁷²⁾ Dessen ungeachtet sprechen manche Tatbestände des WGG dafür, dass das Kriterium der Leitungsaufsicht erfüllt sein könnte.

Der Landesregierung steht es gem § 29 WGG offen, in alle Geschäftsunterlagen Einsicht zu nehmen, die Geschäftsgebarung und die Rechnungsabschlüsse zu überprüfen sowie die Abstellung von diesbezüglichen Mängeln anzuordnen.⁷³⁾ GBV sind korrespondierend gem § 27 WGG zur Mitwirkung verpflichtet.

Das WGG sieht aber keine Entsendungsrechte der öffentlichen Hand in die Geschäftsleitung von GBV vor, auch wenn der zuständige Bundesminister gem § 24 WGG per Verordnung Richtlinien erlassen kann, die Anforderungen an die Eignung der Geschäftsleitung von GBV festlegen.⁷⁴⁾

Im Hinblick auf diese Bestimmungen ist nicht davon auszugehen, dass es für GBV eine über die bloß nachprüfende Kontrolle hinausgehende Aufsicht gibt, die auch die Kontrolle der laufenden Gebarung umfasst, wie sie beispielsweise dem Rechnungshof zukommt. Dies wurde auch in der älteren vergaberechtlichen Judikatur in Bezug auf GBV so gesehen, im Rahmen derer das BVA festgehalten hat, dass der öffentlichen Hand keine staatliche Beherrschung im Sinne einer Leitungsaufsicht zukommen würde, da diese nur eine ex-post-Aufsicht hinsichtlich der Gemeinnützigkeit durch die zuständige Landesregierung ausübe.⁷⁵⁾

Zwischenzeitig wurde das WGG und die darin geregelten Einflussnahmemöglichkeiten der öffentlichen Hand allerdings umfassend novelliert.

Durch die WGG-Novelle 2019⁷⁶⁾ wurde etwa die Aufsicht über die GBV noch weiter verstärkt. So kann für eine GBV ein Regierungskommissär gem § 30 WGG bestellt werden, dem bestimmte Aufsichts-, Prüf- und Zustimmungsrechte zukommen. Regierungskommissäre werden grundsätzlich nur im Ausnahmefall bei erheblicher Gefahr für die Einhaltung des WGG und zur Sicherung der Vermögensbindung bestellt.

Die Möglichkeit zur Übertragung der Anteile an einer GBV an das Land gem §§ 35 ff WGG ist eine weitere Einflussnahmemöglichkeit der öffentlichen Hand. Da-

62) VwGH 12. 4. 2018, Ra 2015/04/0054.

63) VwGH 12. 4. 2018, Ra 2015/04/0054.

64) Gem § 3 Rechnungshofgesetz 1948 hat der Rechnungshof unter anderem das Recht auf Einsicht an Ort und Stelle sowie von Lokal-erhebungen, beispielsweise Kassaprüfungen.

65) VwGH 1. 7. 2010, 2009/04/0207.

66) Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz – AktG) BGBl 1965/98.

67) VwGH 15. 9. 2004, 2004/04/0122.

68) VwGH 17. 9. 2014, 2013/04/0144; EuGH 27. 2. 2003, C-373/00, *Adolf Truley*.

69) EuGH 1. 2. 2001, C-237/99, *Kommission/Frankreich*.

70) BVA 26. 5. 2004, 05F-01/04–29.

71) ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 25.

72) *Holoubek/Hanslik-Schneider in Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), *Wohnrecht*³ (2018) § 29 WGG Rz 2.

73) VwGH 22. 5. 2001, 2000/05/0034.

74) Vgl § 3 Gebarungsrichtlinienverordnung BGBl 1979/523.

75) BVA 8. 11. 2010, N/0085-BVA/12/2010–32.

76) BGBl I 2019/85.

hingehend ist aber festzuhalten, dass nur im Falle von im Gesetz taxativ aufgezählten Tatbeständen eine solche Übertragung in Betracht kommt. Außerdem sieht § 35 Abs 3 WGG eine Beschränkung der Einflussnahmemöglichkeit dahingehend vor, dass die Landesregierung von der Entziehung der Anerkennung absehen kann, wenn die Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates oder die Geschäftsführer, welche den Entziehungsgrund vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben, nach Aufforderung durch die Landesregierung binnen angemessener Frist von ihrer Funktion enthoben worden sind. Ob diese Kompetenzen jedoch eine Aufsicht dahingehend ermöglichen, die Entscheidungen des Rechtsträgers in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen, kann bezweifelt werden.⁷⁷⁾

3. Aufsichtsbefugnisse als Indiz für das Nichtvorliegen einer Beherrschung

Das Bestehen einer Aufsicht über Tätigkeiten bestimmter Unternehmen – sei dies im Finanzdienstleistungsbereich oder in anderen Bereichen – kann gera-

dezu als gewichtiges Indiz dafür herangezogen werden, dass idealtypisch eben keine Beherrschung (im Sinne einer Leitung) vorliegt. Denn das Wesen einer Leitung besteht in den Möglichkeiten, Vorgaben bzw Weisungen zu machen. Vergleicht man nun diese Situation etwa mit der staatlichen Verwaltung selbst, so wird deutlich, dass eine Aufsicht dann geboten sein kann, wenn gerade keine Weisungsmöglichkeit (und damit keine Leitungsmöglichkeit im Sinne von Weisungen) gegeben ist. Dies zeigt etwa die Einsicht, dass gem Art 20 Abs 2 B-VG nur dann weisungsfreie Organe geschaffen werden dürfen, wenn dafür – gleichsam im Gegenzug – eine Aufsicht des jeweils obersten Verwaltungsorgans geschaffen wird; und diese Aufsicht muss auch noch eine qualifizierte („angemessene“) sein.⁷⁸⁾

77) ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 26.

78) Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2019) Rz 857.

→ In Kürze

- Gemeinnützige Bauvereinigungen (GBV) sind in einem durch das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz (WGG) stark regulierten Umfeld tätig, wodurch diesen regelmäßig eine gewisse Nähe zur öffentlichen Auftragsvergabe unterstellt wird.
- Gemäß der bisherigen Judikatur und Literatur ist auch (weiterhin) davon auszugehen, dass GBV nicht als öff AG im Sinne des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018) zu qualifizieren sind.
- Die Beurteilung der Ausübung einer nicht gewerblichen Tätigkeit ist auch nach aktueller Judikatur der wesentliche Aspekt bei der Prüfung der Eigenschaft als öff AG.
- GBV sind demnach im Wettbewerbsumfeld – jedenfalls mit anderen GBV – tätig und schon aus diesem Grund gewerblich tätig und damit keine öff AG.
- Daneben bestehen nach Ansicht der Autoren aber ebenso wesentliche Argumente für die Annahme einer

Gewinnerzielungsabsicht sowie die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch GBV, die ebenso zum Ausschluss der Qualifikation von GBV als öff AG führen können.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Michael Hecht und Rudolf Pekar sind Rechtsanwälte und Partner in der Kanzlei Fellner Wratzfeld & Partner in Wien. Kontaktadresse: Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH, Schottenring 12, A-1010 Wien.
Tel: +43 1 537 70-0
E-Mail: michael.hecht@fwp.at; rudolf.pekar@fwp.at
Internet: www.fwp.at

