



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 22. Oktober 2020¹

Rechtssache C-537/19

**Europäische Kommission
gegen**

Republik Österreich

„Vertragsverletzungsklage – Öffentliche Auftragsvergabe – Richtlinie 2004/18/EG – Vertrag zwischen einer öffentlichen Einrichtung und einem privaten Unternehmen, dessen Gegenstand die Anmietung eines noch nicht errichteten Gebäudes ist – Bestimmender Einfluss der öffentlichen Einrichtung auf die Gestaltung des Gebäudes – Beweislast und Beweiswürdigung“

1. Die Kommission wirft der Republik Österreich vor, gegen die Richtlinie 2004/18/EG² verstoßen zu haben, weil eine öffentliche Einrichtung der Stadt Wien (Stadt Wien-Wiener Wohnen, im Folgenden: Wiener Wohnen) unter Außerachtlassung der Vorschriften der Richtlinie am 25. Mai 2012 einen von den Unterzeichnern als Mietvertrag qualifizierten öffentlichen Bauauftrag an ein privates Unternehmen vergeben habe, dessen Gegenstand die Errichtung eines als „Gate 2“ bezeichneten Bürokomplexes auf einem Grundstück dieses Unternehmens³ gewesen sei.
2. Die Kommission stützt sich auf eine Reihe von Anhaltspunkten, an denen deutlich werde, dass Wiener Wohnen (deren Rechtsnatur als öffentlicher Auftraggeber unstrittig ist) einen entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung und die Ausführung der Immobilie „Gate 2“ gehabt habe. Daraus schließt sie, dass es sich, obwohl die Parteien den Vertrag als Mietvertrag über eine Immobilie geschlossen hätten, in Wirklichkeit um einen öffentlichen Bauauftrag handele, der den in der Richtlinie 2004/18 festgelegten Schwellenwert überschreite.
3. Die Republik Österreich weist die These der Kommission zurück, da sie Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 für anwendbar hält, der öffentliche Aufträge, die die Miete von Gebäuden zum Gegenstand haben, von den in ihr geregelten Vergabeverfahren ausnimmt.

1 Originalsprache: Spanisch.

2 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114).

3 Der Mietvertrag (im Folgenden: Vertrag oder streitiger Vertrag) wurde zwischen der Vectigal Immobilien GmbH & Co KG als Eigentümerin des Grundstücks und Vermieterin und der Stadt Wien, vertreten durch Wiener Wohnen, als Mieterin geschlossen. Das Gebäude wurde später (am 29. September 2014) an die WestInvest Gesellschaft für Investmentfonds mbH veräußert, die in die Rechtsstellung des früheren Eigentümers eintrat.

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht. Richtlinie 2004/18

4. Art. 2 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) bestimmt:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

5. Art. 16 („Besondere Ausnahmen“) sieht vor:

„Diese Richtlinie findet keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben:

- a) Erwerb oder Miete von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen oder Rechte daran ungeachtet der Finanzmodalitäten dieser Aufträge; jedoch fallen Finanzdienstleistungsverträge jeder Form, die gleichzeitig, vor oder nach dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden, unter diese Richtlinie;

...“

6. Art. 28 („Anwendung des offenen und des nichtoffenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens und des wettbewerblichen Dialogs“) bestimmt:

„Für die Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge wenden die öffentlichen Auftraggeber die einzelstaatlichen Verfahren in einer für die Zwecke dieser Richtlinie angepassten Form an.

...“

B. Österreichisches Recht

7. § 10 Abs. 8 des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen⁴ gibt Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 wieder.

II. Vorverfahren

8. In ihrem Aufforderungsschreiben vom 25. Juli 2016 rügte die Kommission, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung gegen die Art. 2, 28 und 35 der Richtlinie 2004/18 verstoße.

9. In ihrer Stellungnahme vom 26. September 2016 räumte die Republik Österreich ein, dass die Vergabe des Auftrags in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 falle und sie eine Ausschreibung nach deren Vorschriften hätte durchführen müssen⁵.

⁴ Bundesvergabegesetz (im Folgenden: BVergG 2006).

⁵ Anlage A6 zur Klage. Das Anerkenntnis des Verstoßes wurde insbesondere in den Nrn. 2, 3 und 6 dieses Schriftsatzes deutlich. In Nr. 3 wurde zum Ausdruck gebracht, dass sowohl die Republik Österreich als auch der öffentliche Auftraggeber den Verstoß bedauerten.

10. In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 27. Februar 2017⁶ versuchte die Republik Österreich in dem Willen, eine gütliche Einigung herbeizuführen, die Umstände zu erklären, und räumte erneut ihre Vertragsverletzung ein. In weiteren Stellungnahmen⁷ teilte sie mit, in Zukunft die Beachtung des Vergaberechts, insbesondere mittels eines Vertragsregisters, sicherstellen zu wollen.

11. Am 18. Mai 2018 verfasste die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme, nachdem sie zur Kenntnis genommen hatte, dass die Republik Österreich den Verstoß eingestanden hatte, und forderte sie auf, die erforderlichen Maßnahmen, die sie bis dahin nicht in zufriedenstellender Weise getroffen habe, in die Praxis umzusetzen.

12. In einem Schreiben vom 18. Juli 2018 änderte die Republik Österreich ihren bisherigen Standpunkt und wies den ihr vorgeworfenen Verstoß zurück.

III. Verfahren vor dem Gerichtshof

13. Am 12. Juli 2019 reichte die Kommission ihre Klage ein und beantragte beim Gerichtshof, festzustellen, dass „die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 2, 28 und 35 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 EG verstoßen hat, indem die Stadt Wien-Wiener Wohnen den Vertrag vom 25. Mai 2012 bezüglich des Bürogebäudes in der Guglgasse 2-4 in Wien ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und entsprechender Bekanntmachung direkt vergeben hat“. Außerdem beantragte sie, der Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

14. Am 19. September 2019 trat die Republik Österreich der Klage entgegen und beantragte, sie abzuweisen und der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

15. Die Erwiderung und die Gegenerwiderung gingen am 25. Oktober 2019 bzw. am 16. Jänner 2020 ein.

16. Der Gerichtshof beschloss, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, stellte der Republik Österreich aber eine Reihe von Fragen zur schriftlichen Beantwortung, die sie am 8. Juli 2020 einreichte. Die Kommission nahm zu dieser Antwort mit Schreiben vom 24. Juli 2020 Stellung.

IV. Würdigung

A. Vorbemerkungen

17. Die vorliegende Klage wegen Vertragsverletzung weist zwei sehr unterschiedliche Facetten auf:

- die, die die Auslegung der streitigen Vorschriften, im Wesentlichen Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18, und die Beweislast betrifft, und
- die, die den Sachverhalt und die Qualifizierung des Vertrags (nur Mietvertrag oder auch Bauauftrag?) betrifft.

18. Die Aufgabe des Gerichtshofs geht in diesem Rechtsstreit über die reine Auslegung des Unionsrechts hinaus und ähnelt eher der eines Zivilgerichts, das anhand der vorgelegten Beweismittel prüfen muss, wie sich der Sachverhalt abgespielt und welche Art von Vertragsverhältnis tatsächlich bestanden hat.

⁶ Anlage A7 zur Klage.

⁷ Schreiben vom 5. Mai, 13. September und 25. Oktober 2017 (Anlagen A8, A9 und A10 zur Klage).

19. Ich werde zunächst die eigentlichen rechtlichen Aspekte prüfen. Paradoxerweise sind dies die, die am wenigsten streitig waren, vielleicht, weil der Gerichtshof den Sinn der anzuwendenden Vorschriften bereits geklärt hat.

20. Sodann werde ich das Vorbringen und die vorgelegten Beweismittel gegeneinander abwägen und zum Sachverhalt und der Qualifizierung des Vertrags Stellung nehmen.

B. Eigentliche rechtliche Aspekte

1. Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18

21. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Richtlinie „keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge [findet], die Folgendes zum Gegenstand haben: a) Erwerb oder Miete von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen oder Rechte daran ungeachtet der Finanzmodalitäten dieser Aufträge“.

22. Der Gerichtshof gibt sich nicht damit zufrieden, die Qualifizierung einer Vertragsbeziehung durch die Parteien ohne Weiteres zu übernehmen. Die Entscheidung, ob sie trotz der Bezeichnung als Mietvertrag, die ihr ihre Unterzeichner gegeben haben, zur Kategorie der Bauaufträge gehört, die der Richtlinie 2004/18 unterliegen, muss nach Maßgabe dieser Richtlinie erfolgen⁸.

23. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass „[d]ie Definition des Begriffs ‚öffentlicher Bauauftrag‘ ... sämtliche Vorhaben [einschließt], in denen ein entgeltlicher Vertrag – unabhängig von seiner offiziellen Bezeichnung – zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmer geschlossen wird, der die Errichtung eines Bauwerks im Sinne von [Art. 1 Abs. 2 Buchst. b] dieser Richtlinie durch den Unternehmer zum Gegenstand hat. Das ausschlaggebende Kriterium ist insoweit, dass dieses Bauwerk gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen errichtet wird, gleichgültig, welche Mittel hierfür eingesetzt werden.“⁹

24. Im Urteil *Impresa Pizzarotti* hat der Gerichtshof ferner ausgeführt, dass „bei einem Vertrag, der zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines Auftrags anderer Art aufweist, zur Bestimmung seiner rechtlichen Qualifizierung und der anwendbaren Unionsvorschriften auf seinen Hauptgegenstand abzustellen“ ist¹⁰.

25. Im Urteil *Helmut Müller* ging der Gerichtshof auf den entgeltlichen Charakter ein und führte aus, dass die Leistung, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags erhält und die in seinem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse ausgeführt werden muss, „in der Erbringung der Bauleistungen, die der öffentliche Auftraggeber erhalten möchte“, besteht. Dieses wirtschaftliche Interesse ist gegeben, wenn der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der vertragsgegenständlichen Bauleistung oder des Bauwerks wird, die bzw. das Gegenstand des Auftrags ist, aber es lässt sich „ebenfalls feststellen, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt“¹¹.

⁸ Im Urteil vom 29. Oktober 2009, *Kommission/Deutschland* (C-536/07, EU:C:2009:664, Rn. 54), wurde entschieden, dass die „rechtliche Qualifizierung ... in den Bereich des Gemeinschaftsrechts fällt und die Qualifizierung nach nationalem Recht dabei nicht maßgeblich ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, wie die Vertragsparteien einen bestimmten Vertrag qualifizieren.“ So auch Urteil vom 10. Juli 2014, *Impresa Pizzarotti* (C-213/13, EU:C:2014:2067, im Folgenden: Urteil *Impresa Pizzarotti*, Rn. 40): „[D]ie Frage, ob ein Vorhaben einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne der Unionsvorschriften darstellt oder nicht, [fällt] in den Bereich des Unionsrechts ... Die von *Pizzarotti* und der italienischen Regierung vorgetragene Qualifizierung des beabsichtigten Vertrags als ‚Mietvertrag‘ ist insoweit nicht entscheidend“.

⁹ Urteil vom 29. Oktober 2009, *Kommission/Deutschland* (C-536/07, EU:C:2009:664, Rn. 55).

¹⁰ Urteil *Impresa Pizzarotti* (Rn. 41).

¹¹ Urteil vom 25. März 2010, *Helmut Müller* (C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 48 bis 51).

26. Diese Verfügbarkeit lässt sich durch die besonderen Klauseln eines Mietvertrags erreichen. Im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU¹², die zwar in dieser Rechtssache zeitlich nicht anwendbar ist, aber denselben Ausschluss für Gebäudemietverträge enthält wie die Richtlinie 2004/18¹³, wurde dies bestätigt.

27. Das Urteil *Impresa Pizzarotti* erging im Zusammenhang mit einem Mietvertrag über eine noch nicht errichtete Immobilie (die den Gerichtskomplex der Stadt Bari, Italien, beherbergen sollte), den der Gerichtshof, nachdem er seinen Inhalt geprüft hatte, als öffentlichen Bauauftrag qualifizierte, der den einschlägigen Unionsvorschriften unterliegt.

28. Unter den Gesichtspunkten, die zu diesem Ergebnis führten, ist hervorzuheben, dass der Vertrag „die Errichtung eines Bauwerks, das den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen genügt, ... auch wenn er eine Verpflichtung enthält, das betreffende Bauwerk zu vermieten“, zum Hauptgegenstand hatte¹⁴ und der öffentliche Auftraggeber „Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen“¹⁵.

29. In dem Urteil hob der Gerichtshof hervor, dass „der Hauptgegenstand des Vertrags in dieser Errichtung liegt, die zwangsläufig Voraussetzung für die spätere Vermietung des Gebäudes ist“, und dass die Errichtung des geplanten Gebäudes „den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ genüge¹⁶. Daraus zog er den Schluss, dass die Vorschriften der Union für öffentliche Bauaufträge anzuwenden waren.

30. Ich möchte hinzufügen, dass die Ausnahme in Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 seinem Wortlaut nach die Miete von „vorhandenen Gebäuden“ betrifft. Es bestehen daher Zweifel, ob sie sich auf die Miete von *nicht vorhandenen*, als noch nicht errichteten, Gebäuden erstreckt¹⁷, obgleich sich der Gerichtshof im Urteil *Impresa Pizzarotti* für diese Auslegung entschieden hat.

31. Um zu vermeiden, dass diese Auslegung zu einer übermäßigen Ausweitung der Ausnahme führt¹⁸, muss ausgeschlossen sein, dass der öffentliche Auftraggeber einen direkten Auftrag (ohne Veröffentlichung oder ein geregeltes Vergabeverfahren) zur Errichtung eines Gebäudes, das seinen Erfordernissen genügt und bei dessen Gestaltung und Bauausführung er eine wesentliche Rolle spielt, hinter einem scheinbaren langfristigen Mietvertrag verbergen kann.

12 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

13 „Die Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe sollen nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. Es sollte klargestellt werden, dass ein solcher Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen – ob durch Kauf, *Leasing* oder andere vertragliche Formen – dieser Richtlinie unterliegen sollte. ... Der Begriff ‚Erwerb‘ sollte in einem weiteren Sinne verstanden werden als Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, *was nicht unbedingt den Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber voraussetzt*“ (Hervorhebung nur hier).

14 Urteil *Impresa Pizzarotti* (Tenor).

15 Ebd. (Rn. 42 bis 44), unter Anführung von Rn. 67 des Urteils vom 25. März 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168).

16 Ebd. (Rn. 42 und 43), unter Hinweis auf das Urteil vom 29. Oktober 2009, Kommission/Deutschland (C-536/07, EU:C:2009:664, Rn. 55 und 56).

17 So Generalanwalt Wahl in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Impresa Pizzarotti* (C-213/13, EU:C:2014:335, Nrn. 53 und 60). Der Gerichtshof folgte dieser Argumentation nicht.

18 In Rn. 54 ihrer Erwiderng warnt die Kommission vor einer solchen Ausweitung: „Dass aber Wiener Wohnen beide Vertragsteile zusammen in einem Vertrag vergeben hat, verdeutlicht die Risiken einer unbegrenzten Ausweitung von Artikel 16 lit. a der Richtlinie 2004/18 auf noch zu errichtende Bauten. Dadurch könnten ungerechtfertigt zu viele Bauaufträge, die zu den teuersten öffentlichen Aufträgen gehören, unter eine Ausnahmenvorschrift fallen, die ursprünglich nur für bestehende Bauten formuliert wurde, sodass dem Steuerzahler höhere Preise für diese Bauaufträge drohen.“

2. Beweis des Tatsachenvortrags und seine Würdigung

32. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Beweislastverteilung in Vertragsverletzungsverfahren lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Im Allgemeinen „ist es Sache der Kommission, das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen. Ihr obliegt es, dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte zu liefern, die es ihm ermöglichen, das Vorliegen der Vertragsverletzung zu prüfen, wobei sie sich nicht auf irgendeine Vermutung stützen kann“¹⁹.
- „Die Mitgliedstaaten sind jedoch nach [dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit] verpflichtet, der Kommission die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern ... Insbesondere ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass im Rahmen der Prüfung der Frage, ob die nationalen Bestimmungen, mit denen die wirksame Durchführung einer Richtlinie sichergestellt werden soll, in der Praxis korrekt angewandt werden, die Kommission, die über keine eigenen Ermittlungsbefugnisse auf diesem Gebiet verfügt, weitgehend auf die Angaben etwaiger Beschwerdeführer und des betroffenen Mitgliedstaats angewiesen ist“²⁰.
- „Das bedeutet insbesondere, dass es dann, wenn die Kommission genügend Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts im Gebiet des beklagten Mitgliedstaats beigebracht hat, diesem obliegt, diese Angaben und deren Folgen substantiiert zu bestreiten“²¹.

C. Tatsächliche Gesichtspunkte und Qualifizierung des Vertrags

1. Vorbringen der Kommission

33. Der am 25. Mai 2012 von Wiener Wohnen geschlossene Vertrag entspreche keiner „normalen“ Gebäudevermietung, denn diese öffentliche Einrichtung habe die Errichtung des Baus kontrolliert wie ein Bauherr.

34. Der Vertrag enthalte zwei Anhänge²² mit Spezifikationen, die die Parteien vereinbart hätten und erheblich über das hinausgingen, was mit einem Mieter üblicherweise vereinbart werde²³.

35. 2012 habe Wiener Wohnen bei einem Dienstleister²⁴ eine Marktanalyse des Wiener Büromarkts in Auftrag gegeben. Nach dieser Analyse hätten sechs von zehn potenziell geeigneten Objekten die Voraussetzungen erfüllt, und „Gate 2“ sei das bestgeeignete gewesen. In der Analyse werde auch ausgeführt, dass Wiener Wohnen die Möglichkeit gehabt habe, die Projektplanung zu beeinflussen.

36. Die Republik Österreich habe eingestanden, dass die Errichtung des Gebäudes „Gate 2“ fraglich gewesen wäre, hätte Wiener Wohnen nicht den streitigen Vertrag abgeschlossen.

19 Urteil vom 9. Dezember 2010, Kommission/Spanien (C-340/09, nicht veröffentlicht, EU:C:2010:758, Rn. 36).

20 Urteil vom 18. Oktober 2012, Kommission/Vereinigtes Königreich (C-301/10, EU:C:2012:633, Rn. 71).

21 Ebd. (Rn. 72).

22 Die Anlagen tragen die Überschriften „Bau- und Ausstattungsbeschreibung“, datiert auf den 16. Mai 2012 (im Folgenden: Beschreibung), und „Ergänzung zur Bau- und Ausstattungsbeschreibung“ vom 22. Mai 2012 (im Folgenden: Ergänzung). Der Mietvertrag wurde zudem um Nachträge vom 25. Oktober 2012 und vom 16. und 17. September 2013 ergänzt.

23 Die Kommission nennt als Beispiele insbesondere eine Reihe von Anforderungen bezüglich der Fassade, der Innenwände, der Bodenkonstruktionen und Bodenbeläge, der Decken, der Haustechnik, der Verteilerstation, der Fußbodenheizung, der Pumpen, der Lüftungsanlage WC-Räume, der Abwasserleitungen, eine Kurzübersicht für den typischen Standard der elektronischen Einrichtungen und Allgemeine Richtlinien für Elektro- und Blitzschutzanlagen.

24 Imovement Immobilien und Facility Management Consulting GmbH (im Folgenden: Imovement).

37. Wie ein Bauherr habe Wiener Wohnen das auf Bauprojektierung spezialisierte Unternehmen SET Bauprojektierung GmbH mit der Kontrolle der Errichtung des Bauwerks beauftragt.

38. In der Erwiderung führt die Kommission aus:

- Die Errichtung des Mietobjekts sei zwangsläufige Voraussetzung für die Vermietung und daher auch Hauptgegenstand des Vertrags gewesen. Das Gewicht der Bauverpflichtung werde beispielsweise an der erheblichen Vertragsstrafe bei Verzögerungen (dauerhaft 30 000 Euro pro Tag) deutlich.
- Das Gebäude sei nach den Spezifikationen von Wiener Wohnen errichtet worden. Es sei vor Vertragsanbahnung noch nicht in seiner endgültigen Form vollständig übergabereif geplant und baubewilligt gewesen. Es sei erheblich angepasst worden, gerade um den von Wiener Wohnen genannten Erfordernissen zu genügen.
- Es habe sich nicht wie andere Bürogebäude um eine „Standardimmobilie“ gehandelt. Auch wenn einige der spezifischen Vorgaben der „Ergänzung“ diesen Charakter aufwiesen²⁵, sei es Wiener Wohnen gewesen, die zum großen Teil die technischen Lösungen ausgewählt und damit die endgültige Gestaltung des Gebäudes bestimmt habe. Auch wenn einige der Anforderungen in der Ergänzung auf die OENORM²⁶ verwiesen haben mögen, handele es sich bei diesen nur um Empfehlungen, die nur verbindlich seien, wenn sie vertraglich vereinbart würden.
- Die zahlreichen detaillierten Spezifikationen der „Ergänzung“ gingen weit über die üblichen Anforderungen eines Mieters hinaus²⁷.
- Es verwundere daher nicht, dass in einem Pressebericht, der als „Eine Zentrale nach Maß“ betitelt gewesen sei, von der Umgehung des Vergaberechts bei der Errichtung von „Gate 2“ für Wiener Wohnen die Rede gewesen sei²⁸.
- Die Errichtung der Brücke zwischen dem Bauteil A und dem Bauteil B des Gebäudes habe in der „Beschreibung“ nur eine Möglichkeit dargestellt und sei in der „Ergänzung“ zu einer festen Anforderung geworden. Die von Wiener Wohnen drei Tage vor Vertragsunterzeichnung getroffene Entscheidung sei für ihre Errichtung ausschlaggebend gewesen.
- Die Behauptung der Republik Österreich, die Stockwerke 6 bis 8 in Bauteil B seien in jedem Fall zu errichten gewesen, sei mit der Regelung in Punkt 1.9 des Vertrags unvereinbar. Die Errichtung der Brücke und dieser Stockwerke habe ausschließlich von Wiener Wohnen abgehangen.
- Die Untervermietung von Büroflächen an die Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH verwundere nicht, denn Wiener Wohnen habe das Recht zur Untervermietung an Dienststellen der Stadt Wien oder juristische Personen, an denen die Stadt Wien mehrheitlich beteiligt sei.
- Die lange Vertragslaufzeit sei ein Indiz dafür, dass dem Bauherrn die Erstattung der Kosten der Errichtung des Gebäudes garantiert werden sollte.

25 Sie könnten in dem Sinne als „Standard“ bezeichnet werden, als dass jedes Gebäude über eine Fassade, Innenwände, Boden und Abwasserleitungen verfüge.

26 <https://www.austrian-standards.at/de/standardisierung/warum-standards/grundbegriffe/oenorm>.

27 Als Beispiel führt sie an, dass sich ein Mieter dafür interessiere, dass die Abwasserleitung funktioniere, nicht aber, welche Verlegungsart gewählt worden sei und ob für Unterputzinstallationen die Abwasserleitungen in Rohren aus PE (Polyäthylen) oder ABS (Acrylnitril-Butadien-Styrol) ausgeführt würden.

28 Der Artikel wurde am 22. September 2016 in der österreichischen Presse veröffentlicht (Anhang C3 zur Erwiderung) und berichtete nicht nur über die Umgehung der Vergabevorschriften, sondern auch darüber, dass Wiener Wohnen intensiv in die Planung und in die Bauausführung eingebunden war.

2. Vorbringen der Republik Österreich

39. Bei der Darstellung der Hintergründe des Vertragsschlusses weist die Republik Österreich darauf hin, dass Wiener Wohnen die größte kommunale Hausverwaltung Europas sei und als solche eine hohe Verantwortung für mehr als 500 000 Menschen in etwa 200 000 Gemeindewohnungen trage.

40. Im Rahmen einer strategischen Neuausrichtung des Unternehmens sei eine Konzentration sämtlicher bislang über das gesamte Wiener Gemeindegebiet verteilten Unternehmenseinheiten in einer einzigen Unternehmenszentrale beschlossen worden. Der neue Standort habe mit Inkrafttreten der Neuorganisation (Ende 2014) zur Verfügung stehen und mindestens 750 Mitarbeiter bzw. bei absehbarer Ausweitung bis zu 1 000 Mitarbeiter beherbergen können müssen.

41. Da ein Kauf oder die Errichtung eines ihren Anforderungen genügenden Gebäudes nicht in Betracht gekommen sei²⁹, sei als einzige Lösung für Wiener Wohnen die Anmietung bereits vorhandener oder fertig geplanter Standardbüroflächen in Betracht gekommen.

42. Um einen vollständigen Überblick über sämtliche am Immobilienmarkt verfügbaren Büroimmobilien in Wien zu erhalten, die ihren Anforderungen genügten, habe Wiener Wohnen Anfang 2012 Immovement mit einer umfassenden Analyse dieses Marktes beauftragt.

43. Die Auswahlkriterien hätten einige Mindestkriterien beinhaltet: Verfügbarkeit einer anmietbaren Mindestnutzfläche von über 20 000 m², Möglichkeit zur gesonderten Nutzung des Erdgeschosses für ein Kundenservicecenter, Verfügbarkeit von ausreichenden Parkplatzmöglichkeiten (mindestens 300 Stellplätze) und Verfügbarkeit der Büroflächen bis spätestens Ende des dritten Quartals 2014.

44. Bei der Recherche von Immovement seien zehn Bürogebäude ermittelt worden, die zum Teil bereits realisiert gewesen bzw. sich zum Teil bereits in Errichtung befunden hätten oder bereits entwickelt, jedoch noch nicht errichtet gewesen seien. Von diesen zehn hätten sechs die Anforderungen von Wiener Wohnen erfüllt, und „Gate 2“ sei das bestgeeignete gewesen.

45. Die Immobilie „Gate 2“ sei zum Zeitpunkt der Analyse bereits fertig entwickelt gewesen. Das vollständige Planwerk habe bereits vorgelegen, das Projekt sei jedoch noch nicht baulich umgesetzt gewesen.

46. Im Rahmen der Mietvertragsverhandlungen seien neben den Flächen- und Stellplatzanforderungen vor allem der Mietpreis und die Betriebskosten verhandelt worden.

47. Die einzige Mitbestimmungsmöglichkeit von Wiener Wohnen habe in der Raumaufteilung der Lokale und der Sitzordnung in den Büros sowie in der Grundausstattung der Mietflächen bestanden. Diese Mitbestimmung sei durch die Struktur des Gebäudes beschränkt gewesen und habe untergeordnete Ausstattungsdetails betroffen.

48. Sowohl in der „Beschreibung“ als auch der „Ergänzung“ seien lediglich die Anforderungen festgehalten worden, denen aufgrund von gesetzlichen Vorgaben jede zeitgemäße Büroimmobilie zu entsprechen habe.

49. Nach der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags vorherrschenden Literaturmeinung sowie der Rechtsprechung in Österreich sei die Anmietung noch nicht fertiggestellter, aber bereits fertig geplanter Bürogebäude unter die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG 2006 (der Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 entspricht) zu subsumieren.

²⁹ Wiener Wohnen sei als Einrichtung des sozialen Wohnbaus verpflichtet, ihre finanziellen Mittel primär in die Instandhaltung und Verbesserung der verwalteten Wohnhausanlagen zu investieren.

50. Nach dieser Rechtsprechung ist für die Abgrenzung zwischen einem Mietvertrag und einem Bauauftrag das Ausmaß der tatsächlichen Einflussnahme auf die Gestaltung des Bauwerks entscheidend. Das Vorliegen fertiger Pläne sowie der Baugenehmigung bei Aufnahme der Mietverhandlungen spielt in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle.

51. Die Immobilie „Gate 2“ sei als allgemeines Bürogebäude ohne Fokus auf bestimmte Gruppen von Mietern und spezifische Zwecke geplant worden.

52. Wiener Wohnen sei nicht die einzige Mieterin im Bürokomplex gewesen³⁰. Büroflächen seien außerdem bis zuletzt an die Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH untervermietet gewesen.

53. Was die Laufzeit des Vertrags anbelange, sei seine ordentliche Kündigung frühestens zum 1. Oktober 2040 bzw. für die optionalen Flächen im Bauteil B zum 1. April 2041 möglich. Wiener Wohnen könne den Vertrag daher abgesehen von den Fällen, in denen eine außerordentliche Kündigung in Betracht komme, nicht ohne das Einverständnis des Vermieters einseitig beenden.

54. Was die Kontrolle der Bauausführung betreffe, sei die SET Bauprojektierung GmbH beauftragt worden, um die Einhaltung der Übergabetermine sicherzustellen und potenzielle Verzögerungen bzw. Mängel frühzeitig erkennen zu können, damit Wiener Wohnen geeignete Maßnahmen treffen hätte können, wie z. B. die Verlängerung einzelner Mietverträge in den alten Standorten.

55. Diese Kontrolle habe sich ausschließlich auf den Mietbereich, nicht aber auf andere Objektbereiche, wie z. B. Heiztechnikzentralen, Liftanlagen, Haustechnik oder Allgemeinteile bzw. Außenbereiche, bezogen.

56. Zur Verteidigung ihres Standpunkts führt die Republik Österreich folgende weitere Argumente an, von denen einige in ihrer Gegenerwiderung enthalten sind:

- Aus der Analyse von Immoventen ergebe sich nicht, dass die Anforderungen von Wiener Wohnen über die üblichen Mieterwünsche hinausgegangen seien. Es sei normal, dass ein Mieter, der beabsichtige, sich über einen langen Zeitraum vertraglich zur Nutzung eines großen Bürogebäudes zu verpflichten, bevor er sich entscheide, darüber Klarheit verschaffen möchte, inwieweit der Vermieter allenfalls nach Auffassung des Mieters notwendige Anpassungen zulasse.
- Die „Beschreibung“ stamme vom Vermieter, und die „Ergänzung“ sehe keine Anforderungen vor, die über das übliche Maß einer Büroimmobilie hinausgingen. Die „Ergänzung“ enthalte eine Zusammenfassung der – nicht nur für die Stadt Wien, sondern für sämtliche Bürogebäude geltenden – gesetzlichen sowie normativen, dem Stand der Technik entsprechenden Anforderungen³¹, die in jedem Fall umzusetzen gewesen wären.
- Zur Baubewilligung führt sie aus, dass Wiener Wohnen als Mieter in das Baubewilligungsverfahren nicht eingebunden gewesen sei und es ihr auch nicht möglich sei, Einsicht in den Baubewilligungsakt zu nehmen oder Unterlagen aus dem Bauverfahren vorzulegen.
- Von Anfang an sei bekannt gewesen, dass Wiener Wohnen nicht der einzige Mieter im Gebäude gewesen sei. Der Umstand, dass andere Personen Flächen in ihm angemietet hätten und weiterhin nutzten, zeige, dass die Büroflächen Standardbüroimmobilien seien, die auch von Dritten unter marktüblichen Bedingungen direkt und nicht nur, wie die Kommission unterstelle, von Untermietern von Wiener Wohnen angemietet werden könnten.

30 Die weder von Wiener Wohnen noch der Stadt Wien abhängige Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe sei im Erdgeschoss des Bauteils B eingemietet und betreibe dort ein eigenes Infocenter.

31 Sie bezieht sich auf das „Raumbuch Amtshäuser der MA 34“ (Magistratsabteilung Bau- und Gebäudemanagement der Stadt Wien).

- Die Vertragslaufzeit (25 Jahre) entspreche der Realität am Immobilienmarkt. Nur unter diesen Voraussetzungen seien Vermieter bereit, große Flächen zu günstigen Preisen zu vermieten.
- Für Wiener Wohnen sei die Abgabe eines Kündungsverzichts schon deshalb unproblematisch gewesen, weil ein neuerlicher Umzug mit 1 000 Mitarbeitern aus Kostengründen und mangels eines geeigneten Alternativstandorts unwahrscheinlich sei.
- Die vereinfachte Annahme der Kommission, wonach bereits nach 20 Jahren Laufzeit die Errichtungskosten amortisiert wären, verkenne, dass der Vermieter auch für sämtliche Instandhaltungen und Instandsetzungen verantwortlich sei, Finanzierungskosten zu tragen habe, Verwaltungskosten anfielen etc.
- Die Kommission verkenne, dass es nicht nur eine bauherrenseitige begleitende Kontrolle gebe, sondern bei Übersiedlungsprojekten auch eine mieterseitige begleitende Kontrolle üblich sei.

3. Würdigung

57. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs (insbesondere dem Urteil *Impresa Pizzarotti*) muss in dieser Rechtssache anhand der Prüfung des Vorbringens und der vorgelegten Beweismittel festgestellt werden, ob neben der Miete eines noch nicht errichteten Gebäudes ein öffentlicher Bauauftrag vorlag, der tatsächlich den Hauptgegenstand des Vertrags bildete.

58. Für diese Qualifizierung wird zu prüfen sein, ob Wiener Wohnen einen „entscheidenden Einfluss“ auf die letztendlich genehmigte Projektplanung und die Errichtung des Gebäudes hatte und ob die Immobilie gemäß „den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ errichtet worden ist³².

a) Entscheidender Einfluss von Wiener Wohnen auf die endgültige Planung und die anschließende Errichtung des Gebäudes

59. Bei Vertragsschluss (25. Mai 2012) hatte das Unternehmen, das Eigentümer des Grundstücks war, mit dem Bau noch nicht begonnen. Es verfügte nicht einmal über die Baubewilligung³³.

60. Um die Behauptung zu widerlegen, dass die Gestaltung des Gebäudes infolge der Unterzeichnung des Vertrags erfolgt sei, bringt die Republik Österreich vor, Wiener Wohnen habe auf die Gestaltung keinen Einfluss gehabt und die Immobilie sei bereits fertig geplant gewesen, als der Vertrag unterzeichnet worden sei.

61. Wäre dies der Fall, wäre es logisch gewesen, dass die Republik Österreich das Original der Projektplanung (und gegebenenfalls die Baubewilligung), aus der sich die Spezifikationen und das Datum der Genehmigung ergeben, vorlegt. Mit diesem Beweismittel, das für die Beklagte leicht zu beschaffen war, hätte der Nachweis geführt werden können, dass das vollständige Projekt bereits am 25. Mai 2012 existierte, und sich feststellen lassen, ob das errichtete Gebäude mit ihm übereinstimmt.

62. Ohne dieses Beweismittel veranlassen mich die objektiven Beurteilungselemente, die ich den Akten entnehme und sogleich darstellen werde, zu der Annahme, dass die Gestaltung nicht abgeschlossen war und dass die Wünsche von Wiener Wohnen für die abschließende Gestaltung und die Errichtung des Gebäudes entscheidend waren.

³² Siehe Nrn. 21 bis 31 der vorliegenden Schlussanträge.

³³ In Rn. 8 ihrer Antwort auf die Frage des Gerichtshofs führt die Republik Österreich aus, dass das Bauansuchen am 17. Juli 2012 gestellt und die Baubewilligung am 13. November 2012 erteilt worden sei.

63. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Eigentümerin des Grundstücks im Mai 2012 über ein anfängliches Bauprojekt verfügte, hat dieses jedenfalls sehr relevante Änderungen erfahren, die Wiener Wohnen für den Abschluss des Vertrags verlangte bzw. später vorgab und die sich in der Errichtung des Gebäudes niederschlugen.

64. Die Prüfung der Dokumente „Beschreibung“ und „Ergänzung“³⁴ (Anlage 1.3 des Vertrags) in ihrer Gesamtschau zeigt, dass Wiener Wohnen nicht nur entscheidende Bedingungen für die Gestaltung des Gebäudes vorgab, sondern die Befugnis besaß (und sie auch tatsächlich ausübte), seine endgültige Struktur zu bestimmen.

65. So war in Punkt 1.9 des Vertrags Wiener Wohnen die Option eingeräumt, auch das sechste bis achte Obergeschoss im Bauteil B errichten zu lassen. Diese Option wurde am 25. Oktober 2012 ausgeübt³⁵.

66. Dasselbe war bei der Brücke zwischen den beiden Bauteilen des Gebäudes der Fall. Wiener Wohnen hatte die Option für eine Verbindung zwischen Bauteil A und Bauteil B durch eine Brücke, um dem Gebäude die Struktur eines geschlossenen Systems zu verleihen.

67. Diese beiden Ergänzungen stellen zweifelsohne eine bedeutende architektonische Erweiterung dar, die sich auf die Struktur der Immobilie auswirkt und nach dem Wortlaut des Vertrags³⁶ nicht realisiert worden wäre, wenn sich Wiener Wohnen nicht hierzu entschieden hätte. Der Wille dieser öffentlichen Einrichtung war mithin entscheidend dafür, dass das Gebäude in der von ihr gewollten Art und Weise und mit den von ihr gewollten Eigenschaften errichtet wurde.

68. Im Übrigen zeigt ein Vergleich zwischen den grafischen Dokumenten (Fotografien von Modellen und Plänen) des Projekts in der „Beschreibung“ mit dem tatsächlich errichteten Gebäude auf den ersten Blick erhebliche Unterschiede. In diesem Dokument hatten die Bauteile A und B des Gebäudes dieselbe Höhe, und es war auch keine Verbindungsbrücke vorgesehen: Wiener Wohnen konnte nach ihrem Gutdünken diese strukturellen Spezifikationen ändern.

69. Mithin besaß Wiener Wohnen die Fähigkeit, entscheidend auf die Änderung der ursprünglichen Bauplanung Einfluss zu nehmen (was sie auch tatsächlich tat), indem sie die von ihr für notwendig erachteten architektonischen Änderungen durchsetzte.

70. Zu demselben Ergebnis führt die Lektüre der von Wiener Wohnen in Auftrag gegebenen Marktanalyse³⁷, in deren Folge das Grundstück für die Errichtung des Gebäudes „Gate 2“ ausgewählt wurde.

71. Zwar handelt es sich bei dieser Marktanalyse (die, wie ich betonen möchte, die Republik Österreich vorgelegt hat) nicht um ein amtliches Dokument, aber sie macht deutlich, wie das Unternehmen, das Wiener Wohnen mit der Auswahl des Standorts beauftragt hatte, die Stellung seiner Auftraggeberin wahrnahm, wobei es logischerweise von den Anweisungen und Informationen ausging, die sie ihr übermittelt hatte.

72. Das „Management Summary“ dieses Dokuments enthält folgende Feststellungen:

- „Der Mieter [(Wiener Wohnen)] hat noch die Möglichkeit, die Projektplanung nach den spezifischen Anforderungen zu beeinflussen.“

34 Dem Deckblatt der „Ergänzung“ lässt sich entnehmen, dass sie von Wiener Wohnen ausgearbeitet wurde.

35 Erster Nachtrag zum Mietvertrag (Anlage A3 zur Klage).

36 Punkte 1.2 und 1.9.

37 Dieses Dokument hat die Republik Österreich bei der Beantwortung der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission vorgelegt.

- „Bewertet wird in diesem Kriterium [(A10)] die Möglichkeit, die Projektplanung grundsätzlich noch zu beeinflussen. Gemeint sind hier nicht lediglich Mieterwünsche für den Innenausbau zu berücksichtigen, sondern grundsätzliche Planungsprämissen für z. B. die äußere und innere Erschließung, die Gebäudestruktur (Achsraster, Trakttiefen, etc.), die Raumstruktur im Erdgeschoss oder die Ver- und Entsorgung wie auch die haustechnische Konzeption vorzugeben“ (Punkt 5.2.10).
- „Die architektonische Ausgestaltung der Fassade ist bei diesem Projekt noch nicht definitiv festgelegt ... Das Baukörperensemble ... sieht 2 einfache Bauteile vor (Bauteil A+B), die über einen Brückenbau verbunden werden können.“
- „Mieteranforderungen auf die grundsätzliche Erschließung, Gebäudestruktur und Konzeption können aufgrund des Status der Projektplanung noch sehr gut eingebracht und berücksichtigt werden.“

73. Diese Beurteilungselemente bestätigen, dass die vertragliche Stellung von Wiener Wohnen nicht derjenigen entsprach, die für einen bloßen Mieter typisch ist, sondern der eines wirklichen *Bauherrn*, der im Rahmen der Planung des Gebäudes und seiner Errichtung seine eigenen Lösungen durchsetzt.

74. In der von ihr verfassten „Ergänzung“ führt Wiener Wohnen eine Reihe von Spezifikationen für den Bau ein, die so detailliert und in einigen Fällen so relevant sind, dass sie über das hinausgehen, was üblicherweise zwischen einem Vermieter und einem Mieter vereinbart wird. Entgegen der Behauptung der Republik Österreich sind diese Spezifikationen nicht auf das nach den Bauvorschriften zwingend Erforderliche beschränkt.

75. Es trifft zu, dass, wie die Republik Österreich ausführt, bei einem noch zu errichtenden Großbauvorhaben der (künftige) Mieter mit dem Eigentümer aushandeln kann, dass an dem Gebäude einige Umbauten vorgenommen werden, die ihm zusagen. In der vorliegenden Rechtssache waren die verlangten Anpassungen aber derart umfangreich und die Rolle von Wiener Wohnen so bedeutend, dass sie über das hinausgehen, was im Verhältnis zwischen einem Vermieter und einem Mieter üblich ist.

76. Die Überzeugung, dass Wiener Wohnen als *Bauherr* handelte, wird durch den Umstand bestärkt, dass sie zur Kontrolle der Bauausführung parallel zum Eigentümer ihre eigenen Fachleute stellte. Auch dies ist keine Funktion, die üblicherweise dem Mieter eines noch zu errichtenden Gebäudes zukommt, denn es ist nicht üblich, dass er die Kontrolle über ein Bauvorhaben übernimmt, das ihm nicht gehört.

77. Die Republik Österreich bietet hierfür eine Erklärung an, die mich nicht überzeugt. Sie behauptet, Ziel der Kontrolle sei es gewesen, die Einhaltung der Übergabetermine für das Gebäude zu gewährleisten. Deshalb habe sie ein externes Unternehmen (SET Bauprojektierung GmbH) beauftragt, um potenzielle Verzögerungen rechtzeitig feststellen zu können, damit Wiener Wohnen reagieren könne.

78. Die Republik Österreich behauptet in ihrer Klagebeantwortung, die SET Bauprojektierung GmbH sei tatsächlich damit beauftragt gewesen, die Einhaltung der Fristen zu überwachen, aber auch durch stichprobenartige Kontrollen die Ausführungsqualität der Ausstattung zu prüfen. Die Kontrolle habe die Einhaltung der Qualität und Quantität laut Bau- und Ausstattungsbeschreibung sowie die laufende Berichterstattung gegenüber Wiener Wohnen umfasst³⁸.

³⁸ Klagebeantwortung, Rn. 27.

79. Diese Funktionen gehen über eine reine Prüfung der Einhaltung des Zeitplans der Arbeiten hinaus. Die Republik Österreich selbst betont in ihren Ausführungen die Bedeutung der Übergabetermine und hebt hervor, dass sich die Vertragsstrafe auf 30 000 Euro pro Tag belief: Es handelt sich demnach um eine Entschädigung, die hoch genug ist, um Übergangslösungen kompensieren zu können, wenn der Eigentümer das Gebäude nicht rechtzeitig übergibt.

b) Errichtung des Gebäudes nach „den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“

80. Die Kommission hatte vorgetragen, dass das Gebäude ohne den Vertragsschluss nicht errichtet worden wäre. Die Republik Österreich räumt ein, dass der Vertragsschluss für die Errichtung des Gebäudes entscheidend gewesen sei: „[D]ie Anmietung des bereits projektierten und ausführungsfähigen Bürogebäudes [war] letztlich Auslöser für die definitive Errichtung des Gebäudes“³⁹.

81. Dieses Eingeständnis ist ein Indiz dafür, dass die Raumbedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers bei der Bauausführung tatsächlich vorrangig waren. Möglicherweise reicht das für sich allein nicht aus, um die der Republik Österreich vorgeworfene Vertragsverletzung festzustellen, aber hinzu kommt, dass die strukturellen und sonstigen Elemente des Gebäudes, wie schon erwähnt, genau an diese Erfordernisse angepasst wurden.

82. Die Kommission legt als Anlage C5 zur Erwiderung ein Dokument vor, das ein Unternehmen (IC group) erstellt hat, das der neue Erwerber des Gebäudes (WestInvest Gesellschaft für Investmentfonds mbH) mit einem Gutachten beauftragt hatte. In diesem Dokument heißt es „Die Planung und Errichtung des Bürohauses Gate 2, in der Guglgasse 2-4, 1030 Wien, ist auf die Anforderungen des einzigen Mieters Wiener Wohnen vollständig abgestimmt“⁴⁰.

83. Die Republik Österreich beschränkt sich in der Gegenerwiderung darauf, diesem Dokument seine rechtliche Bedeutung abzuspüren und anzumerken, dass die IC group und Wiener Wohnen keine Vertragspartner gewesen seien. Diese Antwort ist unzureichend, denn aus dem Dokument geht hervor, dass sich die Tätigkeit der IC group vom 15. Jänner 2013 bis zum 31. März 2015 erstreckte und mithin mit der Kontrolle der Bauarbeiten durch Wiener Wohnen überschneidet.

84. Wenn die IC group dieselben Aufgaben hatte, hatte sie tiefgehende Kenntnisse des Projekts, dessen Ausführung sie überwachen sollte, und konnte hierzu fundierte Stellung nehmen.

85. Hinzuzufügen ist, dass eine öffentliche Einrichtung wie Wiener Wohnen über Gebäude verfügen kann und sogar (zur Befriedigung des Allgemeininteresses, dass ihre Existenz rechtfertigt) muss, die ihren Erfordernissen angepasst sind. Daran ist nichts anormal, und es wäre beispielsweise logisch, wenn sie sich nach Maßgabe dieser Erfordernisse, die sich in den Klauseln der Auftragsunterlagen niederschlagen, für irgendeine der zur Auswahl stehenden Immobilien entscheidet.

86. Der Vorwurf, der ihr gemacht werden kann (und den die Kommission letztendlich formuliert), besteht darin, dass sie bei dieser Wahl auf das öffentliche Ausschreibungsverfahren verzichtet, in dem sie die eingereichten Angebote mit allen Garantien miteinander vergleicht und sich für die öffentlichen Interessen günstigste entscheidet. Dies ist letztendlich das Ziel der Richtlinie 2004/18.

³⁹ Ebd., Rn. 46. Dieser Umstand bedeutete ihrer Auffassung nach nicht, dass das Gebäude nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers geplant und errichtet worden sei.

⁴⁰ Hervorhebung nur hier.

c) Weitere zu berücksichtigende Kriterien

1) Laufzeit des Vertrags

87. Die Kommission meint, die lange Laufzeit des Vertrags (der bis 2040 nicht ordentlich gekündigt werden kann)⁴¹ sei ein zusätzliches Indiz dafür, dass es sich um mehr handele als ein Mietverhältnis. Die Summe der in einem bestimmten Zeitraum aufgelaufenen Mietzinsen könnte als aufgeschobenes Entgelt für die Errichtung des Gebäudes angesehen werden.

88. Dieses Argument hätte aber eine tiefer gehende wirtschaftliche Prüfung unter Berücksichtigung des Abschreibungszeitraums sowie der Kosten, die dem Eigentümer für die Wartung des Gebäudes während der Mindestvertragsdauer entstehen, erfordert. Da diese Angaben fehlen, kann ihm nicht gefolgt werden.

2) Nutzung des Gebäudes

89. Dass das Gebäude „Gate 2“ die Erfordernisse von Wiener Wohnen erfüllen sollte, erklärt, dass diese öffentliche Einrichtung es tatsächlich praktisch vollständig bezogen hat, was mit ihrer Beteiligung an der Planung und dem Bau der Immobilie im Einklang steht.

90. Um nachzuweisen, dass Wiener Wohnen nicht die einzige Nutzerin der Immobilie war, bringt die Republik Österreich vor, dass einige der Büros auch von anderen Mietern genutzt worden seien.

91. Dieses Argument kann aber nicht überzeugen, nachdem feststeht, dass Wiener Wohnen aufgrund einer Vertragsklausel ausdrücklich befugt war, ihre Büros an Dienststellen der Stadt Wien oder juristische Personen, an denen die Stadt mehrheitlich beteiligt ist, zur Nutzung zu überlassen⁴². Das einzige, was es beweist, ist, dass das Gebäude insgesamt für öffentliche Bedürfnisse der Stadt Wien, einschließlich der Bedürfnisse ihrer instrumentalen Organe bzw. Einrichtungen, genutzt wurde.

92. Diese Ausschließlichkeit wird durch das Vorhandensein eines kleinen Büros (158,45 m²), das als Infocenter eine Gewerkschaft von Gemeindebediensteten angemietet wurde, oder anderer Räume (2 590,15 m²), die an die Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH untervermietet wurden, nicht widerlegt⁴³. Die Fläche, die an diese mit der Hauptmieterin verbundenen Einrichtungen untervermietet wurde, beträgt nur 9,1 % der gesamten Gebäudefläche.

3) Baubewilligung

93. Beide Parteien haben über das debattiert, was die Republik Österreich in ihrer Klagebeantwortung als „Grundbewilligung“ (zum Bauen) bezeichnet hatte⁴⁴.

41 Nach verschiedenen Ereignissen wurde die Mindestlaufzeit schließlich in Punkt 2.4 des zweiten Nachtrags zum Mietvertrag vom 17. September 2013 (Anlage A4 zur Klage) auf 25 Jahre festgelegt.

42 Punkt 10.1.1 des Vertrags.

43 Diese Angaben sind der schriftlichen Antwort der Republik Österreich auf die Fragen des Gerichtshofs entnommen.

44 In Rn. 28 der Gegenerwiderung räumt die Republik Österreich ein, dass der Begriff „Grundbewilligungen“, den sie in ihrer Klagebeantwortung verwendet hatte, sich in der Bauordnung für Wien nicht finden lasse. Die Grundbewilligung sei vielmehr die ursprünglich erteilte Baubewilligung.

94. Dem Nachdruck, den die Kommission auf den Umstand legte, dass die Baubewilligung bei Abschluss des Vertrags nicht erteilt war⁴⁵, hat die Republik Österreich kein tragfähiges Argument entgegengesetzt und stattdessen eher ungenaue Ausführungen gemacht, die diesen tatsächlichen Gesichtspunkt nicht geklärt haben.

95. In ihrer Erwiderung warf die Kommission die Frage auf, weshalb die Republik Österreich die Baubewilligung nicht vorgelegt hat. Die Republik Österreich antwortete in der Gegenerwiderung, Wiener Wohnen habe als Mieter keine Parteistellung im Baubewilligungsverfahren gehabt und es sei ihr nicht möglich gewesen, Einsicht in den Baubewilligungsakt zu nehmen oder Unterlagen aus dem Bauverfahren vorzulegen.

96. Wiederum war die Antwort der Republik Österreich wenig zufriedenstellend. Es fiel schon schwer, zu glauben, dass die Baubehörden der Stadt Wien (von denen Wiener Wohnen letztendlich abhängt) ihr den Zugang zur Bauakte verwehren, und sei es nachträglich, aber es ist noch weniger glaubhaft, dass die Republik Österreich, gegen die beim Gerichtshof ein Vertragsverletzungsverfahren anhängig ist, diese Dokumente nicht beschaffen (und vorlegen) kann.

97. Deswegen hat der Gerichtshof der Republik Österreich von Amts wegen eine Frage gestellt und um eine genauere Erläuterung dieser Punkte gebeten. Wie ich bereits ausgeführt habe⁴⁶, ergibt sich aus ihrer Antwort, dass die Baubewilligung noch nicht einmal beantragt worden war, als der Vertrag unterzeichnet wurde.

4) „*Venire contra factum proprium*“ durch die österreichische Regierung

98. Die Republik Österreich reagierte auf das Aufforderungsschreiben der Kommission damit, dass sie die gerügte Vertragsverletzung einräumte. Es handelte sich angesichts der Angaben in diesem Schreiben um eine glaubwürdige Reaktion.

99. Dieses Eingeständnis hat die Republik Österreich in späteren Schriftsätzen aufrechterhalten⁴⁷. Die Republik Österreich kann sich von ihrem früheren Standpunkt zwar später lossagen, weil sie ihn für falsch hält. Damit er glaubhaft ist, bedarf ein solcher Kurswechsel aber einer stichhaltigeren Rechtfertigung als der, die in der Klagebeantwortung und der Gegenerwiderung erfolgt ist.

100. Zu behaupten, die Vertragsverletzung sei zunächst eingestanden worden, um mit der Kommission ins Gespräch zu treten, ist nicht sehr überzeugend. Es besteht im Vorverfahren die Möglichkeit, eine einvernehmliche Lösung zu erzielen, die nicht unbedingt ein anfängliches *Schuldeingeständnis* voraussetzt.

101. Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission verlangt, dass sie ihr die Erfüllung ihrer Aufgabe ermöglichen. Es lässt sich nicht mit diesem Grundsatz vereinbaren, wenn zunächst ohne Umschweife und wiederholt die gerügte Verletzung eingeräumt wird, um dann ohne ausreichende Erklärung den Standpunkt zu wechseln.

45 Die Kommission weist darauf hin, dass die Republik Österreich in ihrer Klagebeantwortung (Rn. 41) eingeräumt habe, dass das Vorliegen einer Baugenehmigung vor Vertragsabschluss ein Kriterium bei der Beurteilung sei, ob die Ausnahme des Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 vorliege (vgl. Nr. 50 der vorliegenden Schlussanträge).

46 Vgl. Nr. 59 und Fn. 23 der vorliegenden Schlussanträge.

47 Vgl. Nrn. 9 und 10 der vorliegenden Schlussanträge.

D. Zusammenfassung

102. Die gemeinsame Prüfung des Vorbringens der Parteien und der Beweismittel bringt mich zu der Überzeugung, dass Hauptgegenstand des am 25. Mai 2012 von der Vectigal Immobilien GmbH & Co KG und Wiener Wohnen unterzeichneten Vertrags der Bau des Gebäudes „Gate 2“ war, an dessen Planung und Ausführung die öffentliche Einrichtung maßgeblich beteiligt war, um es an ihre Erfordernisse anzupassen.

103. Nach der zur Auslegung von Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs hätte sich das Handeln von Wiener Wohnen gemäß den Art. 2, 28 und 35 Abs. 2 der Richtlinie folglich nach dem für öffentliche Bauaufträge vorgesehenen Vergabeverfahren richten müssen.

V. Ergebnis

104. Aus den dargestellten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, der Klage der Kommission stattzugeben und

- festzustellen, dass die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 2, 28 und 35 Abs. 2 der Richtlinie 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 verstoßen hat, indem die Stadt Wien-Wiener Wohnen den Vertrag vom 25. Mai 2012 bezüglich des Bürogebäudes in der Guglgasse 2-4 in Wien ohne Bekanntmachung und ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens direkt vergeben hat,
- der Republik Österreich die Kosten aufzuerlegen.