

# Gewöhnliche Wünsche einer Mieterin

Vom EuGH kommen wertvolle Klärungen zur Anwendung des vergaberechtlichen Grundstücksprivilegs auf Geschäfte betreffend Miete künftiger Bauwerke. Die Frage, welches Ausmass an Einfluss auf die Bauplanung das Privileg ausschliesst, wird gründlich ausgeleuchtet. Offen bleibt, ob dem Privileg auch schon dann die Anwendung zu versagen ist, wenn es an massgebendem Einfluss fehlt, die öffentliche Auftraggeberin aber alle Planungs- und Baukosten über die Mietzinsen finanziert.

*La Cour de justice de l'Union européenne fournit d'utiles clarifications sur l'exemption d'assujettissement pour les transactions immobilières (« Grundstücksprivileg ») lorsqu'elles concernent la location de futurs ouvrages. L'arrêt examine de manière détaillée quel degré d'influence sur la conception des bâtiments fait obstacle à cette exemption. La question reste ouverte de savoir si l'exemption doit être refusée si malgré l'absence d'influence déterminante, le pouvoir adjudicateur finance indirectement l'ensemble des coûts de planification et de construction grâce aux loyers qu'il s'engage à payer.*

Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 22. April 2021 (C-537/19), Wiener Wohnen

**Martin Beyeler**, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

## Der Fall

**(297)** 1. Wiener Wohnen ist eine unselbständige Abteilung der Stadt Wien, die sich um die Verwaltung der stadteigenen Wohnimmobilien kümmert.

2. Die Stadt schloss mit einer privaten Grundeigentümerin einen Vertrag betreffend Miete eines zu diesem Zeitpunkt noch nicht errichteten Geschäftshauses namens «Gate-2» ab, um die Büros der rund tausend Mitarbeitenden von Wiener Wohnen darin unterzubringen. Der Vertrag sah eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit erstmals nach dem 25. Jahr und sodann jeweils nach Ablauf von weiteren zehn Jahren vor.

3. Nach Eingang einer Beanstandung forderte die Europäische Kommission die Republik Österreich auf, zur Miete von Gate-2 Stellung zu nehmen. Die österreichische Regierung anerkannte, dass ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag vorliege und dass durch Nichtausschreibung dieses Auftrags das Unionsrecht verletzt worden sei. Auch auf Nachfrage der Kommission kündigte die Regierung jedoch nicht an, die Rechtsverletzung beheben zu wollen. Darauf erhob die Kommission Klage vor dem EuGH.

## Der Entscheid

1. Der Gerichtshof stellt einleitend klar, dass die Ausnahme für Grundstücksgeschäfte nach Art. 16 lit. a der Richtlinie 2004/18, nach welcher der Erwerb und die Miete von «Grundstücken oder *vorhandenen* Gebäuden» (Hervorhebung nicht im Original) nicht von der Richtlinie erfasst werden, auch dann zur Anwendung kommen kann, wenn die zum Mietvertrag führenden Verhandlungen zu einem Zeitpunkt aufgenommen werden, zu dem das gemietete Gebäude noch nicht errichtet bzw. «vorhanden» ist.

a. Eine solche Erweiterung des Grundstücksprivilegs kommt nach dem Gerichtshof aber nur insoweit infrage, als die Errichtung des künftigen Gebäudes nicht als Ausführung eines Bauauftrags im Sinn der Richtlinie zu qualifizieren ist. Ein solcher Auftrag liegt aber dann vor, «wenn der öffentliche Auftraggeber Massnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest erheblichen Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen [...]». So verhält es sich insbesondere, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Spezifikationen über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine Immobilie wie das betreffende Bauwerk hinausgehen [...] Hinsichtlich des geplanten Gebäudes lässt sich ein entscheidender Einfluss auf dessen Gestaltung 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. Anforderungen, die die Gebäudeeinteilung betreffen, können nur dann als Beleg für einen entscheidenden Einfluss angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben».

b. «Schliesslich sind die Höhe der Vergütung des Unternehmers oder die Art und Weise der Zahlung nicht unerheblich, auch wenn sie für die Einstufung des betreffenden Vertrags nicht ausschlaggebend sind».

2. Im konkreten Fall stellt der EuGH zunächst fest, dass die Stadt Wien sich nach einer Evaluation von zehn verschiedenen potenziellen Standorten des künftigen Verwaltungssitzes von Wiener Wohnen für Gate-2 entschieden hatte und dass zu diesem Zeitpunkt die Planung dieses Objekts bereits weit fortgeschritten war (ohne dass die Stadt einen Einfluss darauf ausgeübt hätte) und hernach auch nicht mehr wesentlich geändert wurde. Das spricht dafür, dass die Stadt weder auf die architektonische Gestaltung des Gebäudes noch auf die konkrete Projektplanung Einfluss genommen hat. Auch die nachfolgend erörterten Fallumstände vermögen an dieser Sichtweise nichts zu ändern. Das streitbetreffende Geschäft ist demnach nicht (teilweise) als Bauauftrag zu qualifizieren.

**a.** Im Umstand, dass sich die Stadt im Mietvertrag eine Option auf zwei zusätzliche Stockwerke sowie auf Verbindungsbrücken zwischen verschiedenen Teilen des Gebäudes hatte einräumen lassen, liegt kein massgeblicher Einfluss auf die Planung. Denn das Projekt sah die Möglichkeit des Baus der betreffenden Stockwerke und Brücken bereits vor dem massgeblichen Zeitpunkt (Aufnahme der Vertragsverhandlungen) vor, und die Vermieterin behielt sich im Mietvertrag ihrerseits das Recht vor, die genannten Bauteile auch dann zu erstellen (und an Dritte zu vermieten), wenn die Stadt auf die Ausübung der Option verzichten sollte. In diesem Sinn wurden die zusätzlichen Stockwerke sowie die Brücken nicht für die Stadt geplant. Vor diesem Hintergrund führt auch die Tatsache, dass die Stadt die Optionen mittlerweile ausgelöst hat, nicht zum Schluss, dass die Stadt einen massgebenden Einfluss auf die Planung des Gebäudes ausgeübt hätte.

**b.** Zwar wurde die Baubewilligung für Gate-2 erst nach dem Abschluss des Mietvertrags beantragt. Indessen stellt der Gerichtshof fest, dass «Grossbauvorhaben nach gängiger Geschäftspraxis lange vor der Fertigstellung der detaillierten Baupläne vermietet werden, so dass der Liegenschaftseigentümer oder der Bauträger das förmliche Verfahren zur Erteilung der Baugenehmigung erst dann einleitet, wenn er über Zusagen künftiger Mieter für einen bedeutenden Teil der geplanten Gebäudefläche verfügt». Dementsprechend erscheint das Verhältnis zwischen dem Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses und jenem der Beantragung der Baubewilligung als geschäftsüblich, und es kann aus der Absenz eines hängigen Baubewilligungsverfahrens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht abgeleitet werden, dass die Planung von Gate-2 bei Vertragsschluss noch so wenig fortgeschritten gewesen wäre, dass von einer wesentlichen Einflussnahme der Stadt auf die Planung ausgegangen werden müsste.

**c.** Der Mietvertrag wurde auf mindestens 25 Jahre abgeschlossen. Der Gerichtshof stellt hierzu fest, dass eine solche Dauer bei grossen Geschäftsliegenschaften nicht unüblich ist und dass sie in casu einerseits einen relativ günstigen Mietzins ermöglicht hat und der Stadt zum anderen die Sicherheit gibt, während längerer Zeit keinen erneuten Umzug der Verwaltung von Wiener Wohnen ins Auge fassen zu müssen. Weiter führt er aus, dass das Geschäft betreffend Miete einer noch zu errichtenden Baute bezüglich dieser Errichtung nur dann als der Richtlinie unterliegender Bauauftrag zu qualifizieren ist, wenn es die Erfordernisse der Definition des Bauauftrags in Art. 1 Abs. 2 lit. b RL 2004/18 erfüllt. Dafür ist erforderlich, dass die öffentliche Auftraggeberin jenseits des für eine künftige Mieterin eines entsprechenden Gebäudes üblichen Masses Vorgaben betreffend das zu errichtende Bauwerk macht, insbesondere in Bezug auf die architektonische Struktur, die statisch relevanten Bauteile und die Fassaden. In diesem Sinn lehnt der EuGH die Sichtweise ab, wonach sich allein aus einer langen Dauer des Mietverhältnisses betreffend eine noch zu errichtende Baute auf das Vorhandensein eines Bauauftrags schliessen lasse.

**d.** Die Stadt hatte sich vertraglich ausbedungen, die Bauarbeiten durch einen Spezialisten prozessbegleitend kontrollieren zu lassen, und sie hat dieses Recht auch wahrgenommen. Der Gerichtshof erkennt in diesem Sachverhalt keine massgebliche Einflussnahme auf die Planung der Arbeiten oder auf das Gebäude selbst. Denn der Spezialist der Stadt überwachte den Projektfortschritt lediglich aus Sicht des Interesses der Stadt an einer rechtzeitigen Fertigstellung und zum Zweck, frühzeitig von entsprechenden Risiken zu erfahren und rechtzeitig geeignete Massnahmen (z.B. Verlängerung der Mietverträge betreffend die bisher durch die Verwaltung von Wiener Wohnen genutzten Liegenschaften) einleiten zu können. Solches ist auch bei privaten Geschäftsmieten betreffend noch zu erstellende Bauten üblich.

**e.** Das Gebäude Gate-2 ist als klassisches Bürogebäude ausgelegt, welches insbesondere eine hohe Flexibilität bezüglich der Innenraumgestaltung bzw. der Aufteilung der Flächen auf einzelne Räume ermöglicht und welches keine Eigenschaften aufweist, die mit bestimmten Mieterschaften zu tun hätten. Es ist üblich, dass künftige Mieter von Büroliegenschaften, die noch zu errichten sind oder die noch umgebaut werden sollen, bestimmte bauliche Wünsche in Bezug auf (gebäudestatisch nicht relevante) Fragen der Raumaufteilung formulieren. Dies führt nicht dazu, dass bei öffentlichen Mieterinnen der Mietvertrag als (teilweiser) Bauauftrag zu qualifizieren wäre.

**f.** Die Stadt hatte sich von der Vermieterin im Mietvertrag die Einhaltung bestimmter Normen und Standards bezüglich der Qualität des Gebäudes versprechen lassen. Der EuGH stellt in diesem Zusammenhang zunächst fest, dass eine vertragliche Verpflichtung der Vermieterin zur Einhaltung von Normen und Standards in dem Umfang von vornherein keine wesentliche Einflussnahme der Mieterin bezüglich der Planung der Baute darstellt, als es um aus gesetzlichen Gründen ohnehin geltende Vorschriften geht (das betrifft in casu z.B. die Vorgabe, nach welcher der Lift sämtliche Stockwerke bedienen muss). Indessen liegt auch in darüber hinausgehenden Verpflichtungen zur Einhaltung von Normen und Standards nicht ohne weiteres eine solche Einflussnahme. In diesem Sinn ist das Anliegen der Stadt, über ein Gebäude zu verfügen, welches die aktuell geltenden Vorschriften in puncto Energieeffizienz und Nachhaltigkeit übertrifft und damit auch den erwartbaren künftigen Verschärfungen dieser Vorschriften noch genügen wird, nicht unüblich, und die vertragliche Vereinbarung dieses Anliegens stellt keine wesentliche Einflussnahme dar. Im Weiteren ist festzustellen, dass alle von der Stadt gemachten Vorgaben, die über das gesetzliche Minimum hinausgehen, nicht ausschliesslich im Interesse der Stadt liegen, sondern auch dem Interesse der Vermieterin dienen, weil ihre Umsetzung den Wert und die Flexibilität des Gebäudes erhöhen. Schliesslich ist es nach dem Gerichtshof erstellt, dass die Vermieterin eine bestimmte Green-Building-Zertifizierung von Gate-2 (nämlich «ÖGNI Stufe Gold»), welche im Mietvertrag zur Pflicht der Vermieterin erhoben wurde, schon vor Aufnahme der Verhandlungen mit der Stadt angestrebt hatte.

**g.** Von erheblicher Bedeutung ist ferner, dass die Vermieterin «für eine Bauausführung Sorge trug, die ihr im Fall einer kompletten oder teilweisen Räumung der Räumlichkeiten durch Wiener Wohnen eine umgehende Wiedervermietung der betreffenden Flächen an Dritte ermöglicht. So sah [die Vermieterin] insbesondere für sämtliche verfügbaren Mietflächen pro Stockwerk mehrere bauliche Trennungen mit eigenständigen Fluchtwegen und Liftanbindungen vor, um in Zukunft Einzelflächen vermieten zu können oder in der Lage zu sein, die einzelnen Stockwerke teilweise zu vermieten» (während der ersten rund eineinhalb Jahre nach Abschluss des Mietvertrags sah dieser noch eine bloss zehnjährige Mietdauer vor; dieser Punkt wurde sodann durch einen Nachtrag geändert). Auch dieser Umstand deutet auf eine die Wesentlichkeitsschwelle nicht erreichende Einflussnahme der Mieterin hin.

**h.** Die klagende und grundsätzlich auch die Beweislast tragende Kommission hat sich nicht zur Frage geäußert, in welchem Verhältnis die Kosten der Planung und Errichtung von Gate-2 zum Barwert der während der Mindestdauer des Mietvertrags [der EuGH spricht in Rn. 96 des rapportierten Urteils wohl versehentlich von 20 anstatt von 25 Jahren] insgesamt zu entrichtenden Mietzinse stehen. Deswegen ergibt sich jedenfalls in casu aus dem genannten Verhältnis kein Grund zur Annahme, dass das Gesamtgeschäft einen Bauauftrag enthalten könnte.

**3.** Der EuGH weist die Klage ab, weil die Kommission keinen Sachverhalt nachgewiesen hat, aus dem sich eine Verletzung der RL 2004/18 ergäbe.

## Die Anmerkungen

**1.** Das Grundstücksprivileg ist eine Bereichsausnahme vom objektiven Geltungsbereich des Vergaberechts: Unter diesem Titel wird der Erwerb dinglicher und obligatorischer Rechte an Grundstücken freigestellt.

**a.** Nach den einschlägigen Ausnahmeklauseln gilt das Vergaberecht nicht für «Erwerb oder Miete von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen oder Rechte daran», dies «ungeachtet der Finanzmodalitäten dieser Aufträge» (Art. 16 lit. a RL 2004/18; vgl. auch Art. 10 lit. a RL 2014/24: «den Erwerb oder die Miete oder Pacht von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen oder Rechte daran, ungeachtet der Finanzmodalitäten»; Art. II:3/a GPA 2012: «den Erwerb oder die Miete von Land, bestehenden Gebäuden oder sonstigen Immobilien sowie der entsprechenden Rechte daran»).

**b.** Das Privileg erfasst nicht nur Grundstücke selbst, sondern auch «vorhandene» bzw. «bestehende» Bauwerke (diese wichtige Präzisierung fehlt im insoweit nicht staatsvertragskonformen Art. 10 Abs. 1 lit. b BÖB/IVöB 2019). A contrario erstreckt es sich dem Grundsatz nach nicht auf Verträge betreffend Einräumung von Rechten an nicht vorhandenen bzw.

nicht bestehenden, sondern erst noch zu errichtenden Bauwerken.

**c.** Allerdings kann im Sinn einer Ausnahme zum soeben Gesagten das Privileg in gewissen Fällen trotz des Umstands angerufen werden, dass das betreffende Bauwerk zum Zeitpunkt der Aufnahme der Vertragsverhandlungen zwischen der öffentlichen Auftraggeberin und der Rechteinhaberin noch nicht existiert. Eine solche Ausnahme ist dann gerechtfertigt, wenn es ungeachtet des Zeitpunkts der Aufnahme der Vertragsverhandlungen bei funktionaler Betrachtung um ein vorhandenes Gebäude geht. Vorhandene Bauwerke fallen deswegen unter das Grundstücksprivileg, weil sie wie die Grundstücke, auf denen sie stehen, höchstens sehr schwer substituierbar sind (vgl. Erwggrd. 24 RL 2004/18). Zudem ist ausgeschlossen, dass die Planungs- und Bauarbeiten, welche für die (zum Zeitpunkt der Aufnahme von Vertragsverhandlungen) vorhandenen Bauwerke erforderlich waren, auf das Wirken der öffentlichen Auftraggeberin zurückgehen; vielmehr wurden diese Arbeiten (auch) insoweit im privaten Risiko unternommen, als keine Gewissheit darüber bestand, dass die betreffende öffentliche Auftraggeberin die Arbeiten vergüten würde. Bei vorhandenen Bauwerken verhält es sich demnach so, dass nicht die öffentliche Auftraggeberin, sondern ein Privatsubjekt die für ihre Errichtung erforderlichen Planungs- und Bauleistungen in Auftrag gegeben hat und dass nicht die öffentliche Auftraggeberin, sondern dieses Privatsubjekt das Risiko der Refinanzierung der entsprechenden Ausgaben ohne Hilfe oder Zusage der öffentlichen Auftraggeberin getragen (oder mithilfe anderer Subjekte vertraglich abgesichert) hat. Ein öffentlicher Bauauftrag kann daher im Erwerb oder in der Miete eines schon vorhandenen Gebäudes auch dann nicht liegen, wenn durch dieses Geschäft alle Planungs- und Baukosten bezahlt werden. Bei Bauwerken dagegen, deren Realisierung die Rechteinhaberin zum Zeitpunkt der Aufnahme von Vertragsverhandlungen noch nicht mit der uneingeschränkten Absicht der Vollendung begonnen hat, ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass die Ausführung der verbleibenden Planung sowie aller Bauarbeiten durch die Auftraggeberin entscheidend veranlasst wird (und ansonsten unterbleiben würde) und dass die Auftraggeberin im Ergebnis gestützt auf entsprechende Abreden oder infolge der faktischen Verhältnisse die Gesamtheit der Erstellungskosten des Bauwerks (oder einen grossen Teil davon) bezahlen wird. In solchen Fällen nimmt die öffentliche Auftraggeberin der Rechteinhaberin all jene Risiken bezüglich der Refinanzierung der Planungs- und Bauleistungen ab, die im Fall von vorhandenen Bauwerken (im Sinn des Grundstücksprivilegs) durch die Rechteinhaberin oder durch Dritte, jedenfalls aber nicht durch die betreffende Auftraggeberin getragen werden. Dementsprechend erscheinen die Planungs- und Bauarbeiten bei funktionaler Betrachtung als durch die Auftraggeberin initiiert und vergütet. Hier ist eine Anwendung des Grundstücksprivilegs nicht gerechtfertigt, vielmehr handelt es sich um einen Fall, dessen Verhinderung das in den zitierten Vorschriften enthaltene Wort «vorhandene» (Gebäude) bezweckt.

2. Mit Blick auf die soeben festgehaltenen Punkte erscheint es aus dogmatischer Sicht nicht als befriedigend, dass der EuGH die Prüfung der Frage der Anwendung des Grundstücksprivilegs auf Sachverhalte, in denen die betreffende Baute zum Zeitpunkt der Aufnahme der Vertragsverhandlungen allenfalls bereits zum Teil geplant, jedenfalls aber noch nicht ausgeführt ist, hauptsächlich darauf beschränkt, ob die öffentliche Auftraggeberin der Vermieterin bezüglich des Bauwerks hinreichend einschneidende Vorgaben (bzgl. Struktur, Architektur usw.) gemacht hat. Insbesondere kann bezüglich der Frage der Anwendung des Vergaberechts nicht entscheidend sein, was unter Privaten üblich ist, denn es ist kein Merkmal des öffentlichen Auftrags, in diesem Sinn unüblich zu sein.

a. Zwar ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 lit. b (dritte Tatbestandsvariante) RL 2004/18, dass nebst klassischen Bauaufträgen auch Verträge über «die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäss den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen» (vgl. auch Art. 2 Abs. 6 lit. c RL 2014/24: «Erbringung einer Bauleistung durch Dritte – gleichgültig mit welchen Mitteln – gemäss den vom öffentlichen Auftraggeber, der einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat, genannten Erfordernissen»), als der Richtlinie unterliegende Bauaufträge gelten. Das rechtfertigt es aber nicht, das Grundstücksprivileg bei künftigen Bauten immer nur dann nicht anzuwenden, wenn gerade diese Tatbestandsvariante des öffentlichen Bauauftrags erfüllt ist. Das Privileg ist vielmehr auch dann nicht anzuwenden, wenn ein Bauauftrag im Sinn der ersten oder der zweiten Tatbestandsvariante von Art. 1 Abs. 2 lit. b RL 2004/18 (vgl. auch Art. 2 Abs. 6 lit. a und lit. b RL 2014/24) vorliegt. Im Text dieser Varianten ist ein massgebender Einfluss auf die Planung des Bauwerks nicht ausdrücklich vorgesehen, sondern lediglich, dass ein synallagmatisches Geschäft vorliegt, über das die Auftraggeberin in den Genuss von Bauleistungen kommt und dafür eine Vergütung bezahlt. Wohl wird es hier meistens um Fälle gehen, in denen die Auftraggeberin die Planung wesentlich beeinflusst, doch schliessen es die beiden ersten Tatbestandsvarianten nicht aus, dass ein solcher Einfluss nicht stattfindet und gleichwohl ein öffentlicher Bauauftrag vorliegt.

b. Aus diesem Grund ist nicht davon auszugehen, dass die Absenz von wesentlichem Einfluss auf die Planung des künftigen Bauwerks in allen Fällen mit der Gewährung des Grundstücksprivilegs einhergeht. Vielmehr ist dem Privileg dann die Anwendung zu versagen, wenn die Planung zwar zum Zeitpunkt der Aufnahme der Vertragsverhandlungen schon im Wesentlichen ohne Einfluss der Auftraggeberin bestimmt worden ist (und so bleibt), die Bautätigkeit aber ohne Initiative der Auftraggeberin nicht aufgenommen worden wäre (zumindest nicht im betreffenden Zeitraum) und das Geschäft zudem insgesamt so ausgestaltet ist, dass zum Vornherein feststeht, dass die Auftraggeberin die Gesamtheit (oder zumindest die ganz überwiegende Mehrheit) der Kosten von Planung und Bau bezahlen wird, beispielsweise über eine fix vereinbarte, entsprechende Mietdauer oder infolge

besonderer tatsächlicher Verhältnisse. In diesen Fällen werden die Bauarbeiten bei funktionaler Betrachtung im Auftrag bzw. auf Initiative der Auftraggeberin unternommen und auch durch diese vergütet. Die Auftraggeberin nimmt der Bauherrin das für vorhandene Gebäude im Sinn des Grundstücksprivilegs typische Risiko der Refinanzierung der Planungs- und Baukosten ab. Eine Anwendung des Grundstücksprivilegs rechtfertigt sich nicht, vielmehr ist die Existenz eines öffentlichen Bauauftrags anzunehmen.

c. Der EuGH weist im rapportierten Urteil zwar darauf hin, dass die klagende Kommission nicht geltend gemacht habe, der Barwert der durch die Stadt Wien während (mindestens) 25 Jahren zu entrichtenden Mietzinse stände in einem Verhältnis zu den gesamten Baukosten, welches für sich genommen ein Argument für die Nichtanwendung des Grundstücksprivilegs darstellen könnte. Dementsprechend geht der Gerichtshof dieser Frage nicht nach. Immerhin verweist er in Rn. 96 des rapportierten Urteils auf die Urteile C-536/07, 29.10.2009, Kommission gegen Deutschland, Rn. 60 f., und C-213/13, 10.7.2014, Impresa Pizzarotti, Rn. 49–51 (BR/DC 2015, S. 33, Nr. 7). Die angeführten Erwägungen dieser Urteile sind zwar dem Verhältnis zwischen Baukosten und Mietzinsen gewidmet, und in den betreffenden Fällen stellte dieses Verhältnis ein Argument für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags dar. Allerdings handelten diese Fälle von Projekten, die von Anfang an durch die Auftraggeberin angestossen und massgeblich beeinflusst wurden. Es ist daher nicht gesichert, ob der EuGH im rapportierten Fall bei Würdigung des Verhältnisses zwischen Baukosten und Mietzinsen zu einem anderen Schluss gekommen wäre. Denn der Gerichtshof hält in Rn. 76 (mit Verweis auf Rn. 49–51) des rapportierten Urteils zum Thema der Mietdauer (und damit impliziter auch zu den Gesamtmietzinsen) fest, dass diese nichts daran zu ändern vermöge, dass ein öffentlicher Bauauftrag mit wesentlichem Einfluss der Auftraggeberin auf die Planung vorliegen müsse, ansonsten die Vergaberichtlinien nicht anzuwenden seien. Diese Verschliessung gegenüber der Frage der Tragung der Kosten und Risiken ist im Sinn des vorstehend Gesagten zu kritisieren. Sie könnte dazu führen, dass Geschäfte vom Vergaberecht ausgenommen werden, bei denen öffentliche Auftraggeberinnen den gesamten Wert von Bauarbeiten finanzieren und konsumieren, die auf ihre Initiative hin ausgeführt werden. Denn insbesondere bei Standardbürogebäuden ist ein massgeblicher Einfluss auf die Planung meistens nicht nötig. Die Anwendung des Grundstücksprivilegs sollte nicht primär an der Frage ausgerichtet werden, ob die öffentliche Auftraggeberin die Planung massgeblich beeinflusst, sondern an der Frage, ob bei funktionaler Betrachtung ein öffentlicher Bauauftrag vorliegt, den die Auftraggeberin initiiert hat und den sie vergütet. Die wesentliche Einflussnahme auf die Planung ist dabei nur ein Kriterium von mehreren, aus dem sich der Schluss auf einen solchen Auftrag ergeben kann. Wenn dem EuGH in dem Sinn zu folgen wäre, dass ohne wesentlichen Einfluss auf die Planung das Grundstücksprivileg immer anzuwenden sei (weil kein Bauauftrag vorliegen könne), müsste der Gerichtshof künftig darauf verzichten, Erwägungen zum Verhältnis

zwischen dem Mietzins und den Planungs- und Baukosten anzustellen, weil diese per se nicht relevant sein könnten.

**3.** Im Übrigen ist das rapportierte Urteil sehr überzeugend, wo es sich mit der Frage beschäftigt, bei welchem Punkt eine Einflussnahme auf die Planung des künftigen Bauwerks die Schwelle erreicht, ab der das Geschäft aufgrund dieses Einflusses als öffentlicher Bauauftrag erscheint. Allerdings wird Einflussnahme allein nicht ausreichend sein, wenn die Arbeiten dennoch nicht durch die Auftraggeberin vergütet werden, wenn also nur eine vergleichsweise kurze Mietdauer vereinbart wird und auch sonst keine rechtlich oder faktisch gesi-

cherte Aussicht auf eine Übernahme der gesamten Kosten (oder eines grossen Teils davon) durch die Auftraggeberin besteht.

**4.** Mit Blick auf die insoweit lückenhaften Bestimmungen von Art. 10 Abs. 1 lit. b BÖB/IVöB 2019 bleibt festzuhalten, dass das Erfordernis des «bestehenden» Bauwerks bzw. Gebäudes aufgrund von Art. II:3/a GPA 2012 auch im schweizerischen Vergaberecht gilt, und zwar selbst dann, wenn der Staatsvertrag nicht anwendbar ist, zumal nicht anzunehmen ist, dass die Gesetzgebung insofern zwei unterschiedliche Regimes schaffen wollte.