

Rechtsgutachten
zur vergaberechtlichen Einordnung des Verhältnisses von BIG und öffentlichen
Universitäten

erstattet

im Auftrag

des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Forschung

von

Univ. Prof. Dr. Michael Holoubek

Wien, im November 2024

I. Ausgangslage und Fragestellung

A. Ausgangslage

Zunächst über ein Fruchtgenussrecht¹ und sodann im Wege der Eigentumsübertragung² wurden der BIG wesentliche Teile des von öffentlichen Universitäten genutzten Immobilienbestandes des Bundes übertragen. Im Universitätsgesetz 2002 (UG) hat sich der Gesetzgeber bei der Ausgliederung der nunmehr selbstständigen und (voll) rechtsfähigen Universitäten entschlossen, diese Immobilien nicht in das Eigentum der neu geschaffenen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger Universitäten zu übertragen, sondern es für diesen Immobilienbestand bei einem bestandrechtlichen Verhältnis zwischen der (weiterhin Eigentümerin) BIG und den Universitäten zu belassen (§ 137 UG³). Etwas vereinfacht zusammengefasst sind die Universitäten durch diesen ex lege Übergang der Mietrechte im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die Stellung eines Mieters gegenüber der BIG eingetreten.

Im Gefolge mehrerer Novellierungen regeln heute die §§ 117, 118 und 118a UG sowie die Universitäten-Immobilienverordnung, BGBl II 24/2018, die Immobilienbewirtschaftung der Universitäten. Zwar setzen diese Regelungen allgemein an und beziehen sich nicht nur spezifisch auf die Bestandsrechtsverhältnisse zwischen den Universitäten und der BIG, doch liegt den Regelungen erkennbar zugrunde, dass die BIG zentraler „System-Partner in Sachen Raumbeschaffung sowie Immobilienbewirtschaftung“ für die Universitäten ist.⁴ Sinnfällig kommt dies in der ausdrücklichen Erwähnung der von der BIG angemieteten Immobilien in § 118 UG zum Ausdruck.

Diese Kooperation zwischen BIG und Universitäten bezieht sich nicht nur auf die Bewirtschaftung der ursprünglich vom Bund an die BIG übertragenen „Universitätsimmobilien“, sondern insbesondere auch auf die Schaffung neuer bzw die Erweiterung bestehender universitärer räumlicher Infrastruktur.⁵ Von den tatsächlichen Verhältnissen her stellt die Kooperation mit der BIG (in welcher Kooperationsform auch

¹ Vgl § 1 Abs 1 und § 3 Abs 1 iVm Anlage A BIG-Gesetz 1992, BGBl 419/1992.

² Vgl § 13 Bundesimmobiliengesetz 2000, BGBl I 141/2000 idF BGBl I 96/2018.

³ Zu § 137 UG im Allgemeinen siehe *Nowotny* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG^{3.01} (Stand 1.12.2018, rdb.at) § 137.

⁴ *Holoubek/Schöndorfer-Haslauer* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG^{3.02} (Stand 1.9.2023, rdb.at) § 118 Rz 1; *Pichl/Heinrich*, Die staatliche Governance der universitären Rauminfrastrukturen in Österreich, zfhr 2022, 189 (190).

⁵ Freilich steht den Universitäten im Rahmen des § 118a UG und der Universitäten-Immobilienverordnung auch die Möglichkeit offen, neue räumliche Infrastruktur mit dritten Partnern zu realisieren, wobei hier den öffentlichen Universitäten sämtliche Kooperationsformen – von der gewerkeweisen Einzelbeauftragung über Total- oder Gesamtunternehmerkonstruktionen bis hin zu gesellschaftsrechtlichen Errichtungs- und Besitzgesellschaften – zur Verfügung stehen.

immer) den weitaus häufigsten Fall dar, wie die einzelnen öffentlichen Universitäten ihre räumliche Infrastruktur vom Neubau über den Umbau und die (General-)Sanierung bis hin zu Adaptierungen im Bestand managen.

Näherhin ist diese Immobilienbewirtschaftung der Universitäten durch zwei bestimmende Faktoren gekennzeichnet: Erstens wird die räumliche Infrastruktur der öffentlichen Universitäten ganz überwiegend durch die öffentliche Hand und hier wiederum vor allem durch den Bund finanziert, und zwar sowohl die Schaffung neuer räumlicher Infrastruktur als auch die Erhaltung und Verwaltung der bestehenden.⁶ Zweitens steht die räumliche Infrastruktur der öffentlichen Universitäten in der Regel in einem weiten Sinn⁷ im „Eigentum“ der BIG. Die einzelne Universität befindet sich also gegenüber der BIG in der Regel⁸ und wiederum in einem weiten Sinn⁹ in der Rolle einer Bestandnehmerin gegenüber der Bestandgeberin BIG. Die Bewirtschaftung der räumlichen Infrastruktur der öffentlichen Universitäten erfolgt also in der Regel in einem „Dreiecksverhältnis“ zwischen dem (finanzierenden) Bund, vertreten durch den für die Wissenschaft und damit die öffentlichen Universitäten zuständigen Bundesminister,¹⁰ der (die räumliche Infrastruktur zur Verfügung stellenden) BIG und der (die räumliche Infrastruktur für ihre Zwecke nutzenden) einzelnen Universität. Augenfällig kommt dieses „Dreiecks-Kooperationsverhältnis“ zur Gewährleistung der räumlichen Infrastruktur der öffentlichen Universitäten im „Regelmodell“ der Finanzierung von Immobilienprojekten für eine öffentliche Universität zum Ausdruck: Typischerweise fungiert die BIG als Eigentümerin und Bauherrin, die konkrete Maßnahmen (einen Neubau, eine Sanierung, größere Adaptierungen etc) durchführt und dabei zunächst auch die Finanzierung übernimmt. Die BIG refinanziert sich über – wiederum in einem weiten Sinn – „Bestandmieten“¹¹, die sie von der einzelnen öffentlichen Universität als Bestandnehmerin erhält.¹² Die Universität wiederum

⁶ Näher unten Punkt IV; in untergeordnetem Ausmaß tragen auch Dritte durch der Universität zur Verfügung gestellte sogenannte Drittmittel in Einzelfällen zur Finanzierung auch räumlicher Infrastruktur einer öffentlichen Universität bei.

⁷ Auf die konkrete rechtliche Konstruktion, ob also die BIG-Eigentümer der Immobilie im technischen Sinn ist oder über diese etwa im Wege eines Superädifikats verfügt, kommt es hier nicht.

⁸ In Einzelfällen finden sich auch Kooperationen zwischen der BIG und einer Universität, bei denen etwa im Wege einer gemeinsamen Gesellschaft auch die Universität mittelbar Eigentümerin (von Teilen) ihrer räumlichen Infrastruktur ist.

⁹ Also ohne, dass es auf die rechtliche Ausgestaltung des „Bestandverhältnisses“ im Einzelnen ankommt.

¹⁰ Der wiederum haushaltsrechtlich bzw universitätsrechtlich (vgl etwa § 118a Abs 5 UG) an den Bundesminister für Finanzen und dessen „Gesamtbudgetverantwortung“ rückgebunden ist.

¹¹ Auf Details der Konstruktion kommt es hier nicht an, ob neben der Miete im eigentlichen Sinn die Refinanzierung über angepasste, weitergeführte Bestandmieten oder über sogenannte 10-jährige „Zuschlagsmieten“ erfolgt, ist für die grundsätzliche Aussage oben im Text gleichwertig.

¹² Siehe *Holoubek/Schöndorfer-Haslauer* in *Perthold-Stoitzner*, UG^{3.02} § 118a Rz 4.

erhält die dafür erforderlichen Mittel aus dem allgemeinen Bundeshaushalt gemäß dem System der Universitätsfinanzierung aus Bundesmitteln gemäß der §§ 12 ff UG.¹³

B. Fragestellung

1) Vor diesem Hintergrund wird das Verhältnis der einzelnen Universität zur BIG als Trägerin bestehender wie neu zu schaffender räumlicher Infrastruktur der Universität vergaberechtlich – an dieser Stelle zunächst in einem weiten Sinn, also ohne nähere Zuordnung zu einzelnen Tatbeständen des § 10 BVergG 2018 – als „Inhouse Konstellation“ gesehen, die zwischen dem Bund im organisatorischen Sinn, seinem gesetzlich unter anderem zur Besorgung der staatlichen Aufgabe der Gewährleistung einer angemessenen räumlichen Infrastruktur der öffentlichen Universitäten ausgegliederten Rechtsträger BIG und den öffentlichen Universitäten als selbstständige autonome öffentlich-rechtliche Einrichtungen zur Besorgung der ihnen (verfassungs)gesetzlich vorgegebenen Aufgaben besteht. Soweit zu sehen wird diese vergaberechtliche Einordnung in der (insbesondere vergaberechtlichen) Literatur nicht näher kommentiert, aber auch nicht in Zweifel gezogen.¹⁴

2) Eine Entscheidung des EuGH, die die vergaberechtliche Einordnung eines Vertrages über die Lieferung von Waren, der zwischen einer Universität, die ein öffentlicher Auftraggeber ist und die im Bereich der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen der Aufsicht eines deutschen Bundeslands unterliegt, und einem privatrechtlichen Unternehmen, das sich in der Hand des Bundes und der Bundesländer, darunter des genannten Bundeslands, befindet, geschlossen worden ist,¹⁵ gibt Anlass, das oben beschriebene Verhältnis zur Gewährleistung einer angemessenen räumlichen Infrastruktur öffentlicher Universitäten einer näheren vergaberechtlichen Einordnung zu unterziehen. Dies insbesondere deswegen, weil der EuGH in dem erwähnten Urteil – wenn auch eigentlich in einem obiter dictum – eine „Inhouse-Beziehung“ zwischen der Stadt Hamburg und „ihrer“ Technischen Universität mit dem Hinweis verneint hat, dass die Stadt Hamburg über die Universität keine entsprechende Kontrolle im vergaberechtlich erforderlichen Sinn ausüben konnte, weil sich diese nur auf den Beschaffungsbereich der Universität und damit auf einen Teil ihrer Tätigkeiten, nicht aber auf die Bereiche Lehre und Forschung bezog, in denen die Universität über eine weitreichende

¹³ Ob diese Finanzierung innerhalb oder außerhalb der Leistungsvereinbarung gemäß § 13 UG erfolgt, ist für die hier in Rede stehenden Fragestellungen nicht von Belang.

¹⁴ Vgl etwa die ausführliche „universitätsrechtliche“ Behandlung der Immobilienbewirtschaftung der öffentlichen Universitäten bei *Holoubek/Schöndorfer-Haslauer* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG⁴ (im Erscheinen) § 118a.

¹⁵ EuGH 8.5.2014, Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg).

Autonomie verfügt.¹⁶ Weiters hat der EuGH in dieser Entscheidung in vergleichbarer Weise auch das Vorliegen einer „gemeinsamen öffentlichen Aufgabe“ zwischen der Universität und der im Ausgangssachverhalt in Rede stehenden ausgegliederten Gesellschaft und damit die Anwendbarkeit seiner Rechtsprechung über die Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften¹⁷ verneint.

3) Zu diesem Zweck gilt es im Folgenden zunächst, die Stellung der öffentlichen Universitäten als autonome Rechtsträger und Teil der Verwaltung des Bundes (wiederum in einem weiten Sinn) ebenso zu rekapitulieren (Punkt II.) wie diejenige der BIG als ausgegliederter Rechtsträger für die Zwecke der Raumverwaltung des Bundes einschließlich der Universitäten (Punkt III.). Dann ist die universitätsrechtliche Regelung der Immobilienbewirtschaftung der öffentlichen Universitäten insbesondere durch § 118a UG und die Universitäten-Immobilienverordnung des Bundes in der gebotenen Kürze darzustellen (Punkt IV.).

Vor diesem Hintergrund kann dann die vergaberechtliche Einordnung der konkreten Immobilienbewirtschaftung einer öffentlichen Universität im oben beschriebenen Dreiecksverhältnis zwischen Bund, BIG und öffentlicher Universität erfolgen (V.). Dabei wird es um die Frage gehen, ob diese Immobilienbewirtschaftung vergaberechtlich als „Inhouse-Vergabe“, konkret in der Form einer „Schwesternvergabe“ im Sinne des § 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018 zwischen BIG und der einzelnen öffentlichen Universität (Punkt V./A.), und/oder als öffentlich-öffentliche Kooperation im Sinne des § 10 Abs 3 BVergG 2018 zwischen der öffentlichen Universität und der BIG (Punkt V./B.) einzuordnen ist.

II. Die öffentliche Universität als autonomer Rechtsträger und Teil der Verwaltung des Bundes

Die öffentlichen Universitäten sind heute als selbstständige juristische Personen des öffentlichen Rechts durch das UG konstituiert, denen bei Besorgung der ihnen gesetzlich

¹⁶ EuGH 8.5.2014, Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) Rz 31 f.

¹⁷ Das Urteil des EuGH in der Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) erging vor der Kodifikation der einzelnen „Inhouse-Konstellationen“ und damit auch der öffentlich-öffentlichen Kooperation durch Art 12 Allgemeine VergabeRL, sodass sich die einschlägige Aussage des EuGH auf öffentlich-öffentliche Kooperationen bezog, wie sie sich bis dahin in seiner Rechtsprechung [insbesondere EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06 (Kommission/Deutschland) sowie EuGH 19.12.2012, Rs C-159/11 (Lecce)] ergab.

übertragenen Aufgaben Autonomie zukommt.¹⁸ Das UG ist dabei als „Ausführungsgesetz“¹⁹ zu Art 81c B-VG zu sehen. Diese Verfassungsbestimmung konstituiert die öffentlichen Universitäten als Stätten freier wissenschaftlicher Forschung und Lehre.²⁰ Die Universität handelt, auch dort, wo sie ihre Aufgaben insbesondere in der Studienverwaltung und in ihren Beziehungen zu den Studierenden in öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen und teilweise mit hoheitlichen Mitteln besorgt, im Rahmen (und anders als die staatliche Verwaltung einschließlich der sonstigen funktionellen Hoheitsverwaltung nicht aufgrund) der Gesetze (und kann insoweit auch Satzungen in der Form von Rechtsverordnungen erlassen).²¹ Das UG überträgt den öffentlichen Universitäten ihre Aufgaben in Forschung und Lehre in einem weiten, in § 3 UG näher konkretisierten, Sinn und regelt die Organisation der öffentlichen Universitäten, das Studienrecht, die Rechtsbeziehungen der Universität zu ihren Angehörigen, also den Studierenden, dem wissenschaftlichen und dem allgemeinen Universitätspersonal. Schließlich enthält das UG auch einen eigenen Teil, der Liegenschaften, Bauwerke und Räumlichkeiten der öffentlichen Universitäten behandelt.²²

Dass die Bundesverfassung in Art 81c B-VG nur die öffentlichen Universitäten²³ verfassungsrechtlich regelt und es für sonstige Forschungs- und Lehrinrichtungen wie private Universitäten, Fachhochschulen etc verfassungsrechtlich bei der allgemeinen Wissenschaftsfreiheit des Art 17 StGG belässt,²⁴ erklärt sich aus der historischen Entwicklung: Waren die öffentlichen Universitäten unter dem Regime der republikanisch-demokratischen Verfassung des B-VG 1920²⁵ zunächst auch organisatorisch Teil der Gebietskörperschaft „Bund“ und damit Teil seiner Wissenschaftsverwaltung (wiederum: auch im organisatorischen

¹⁸ Zu den Elementen der Universitätsautonomie siehe ua *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner* (Hrsg), UG^{3.02} (Stand 1.9.2023, rdb.at) Art 81c B-VG Rz 6 ff; *Eberhard*, Autonomie „im Rahmen der Gesetze“, in *Löschnigg/Funk* (Hrsg), 10 Jahre UG. Sach- und Rechtsfragen einer Reform (2012) 59 (67 ff); *Berka*, Autonomie und Freiheit der Universität: Ein neuer Verfassungsartikel (Art 81c B-VG) für die öffentlichen Universitäten, ZÖR 2008, 293.

¹⁹ Ohne dass hier eine dogmatische Einordnung des Verhältnisses von Art 81c B-VG und Universitätsgesetz erforderlich wäre oder dass die grundrechtsdogmatische Terminologie des Ausführungsgesetzes mit ihren Inhalten übernommen werden soll.

²⁰ Die Erschließung der Künste ist hier und im folgenden immer mitgemeint. Zu Art 81c B-VG im Allgemeinen siehe *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht (10. Lfg 2011) Art 81c B-VG; *dieselbe* in *Perthold-Stoitzner*, UG^{3.02} Art 81c B-VG Rz 6 ff.

²¹ Siehe näher VfSlg 19.775/2013.

²² Dazu gleich unten Punkt IV.

²³ Mit dem Begriff der öffentlichen Universitäten sind die entsprechenden Einrichtungen des Bundes nach dem UG, also die in § 6 UG genannten 22 Universitäten, gemeint, siehe *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner*, UG^{3.02} Art 81c B-VG Rz 5.

²⁴ Hierzu auch *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek et al*, Art 81c B-VG, Rz 29 sowie zur verfassungsrechtlich geschützten Forschung *Mitter*, Forschungsregulierung durch Förderung, JBl 2019, 690 (insb 697 f).

²⁵ Auf die wechselvolle Geschichte der Universitäten vor dem braucht hier nicht eingegangen zu werden, siehe dazu beispielsweise *Winkler*, Die Rechtspersönlichkeit der Universitäten (1988).

Sinn), hatten sie dennoch immer im Hinblick auf die durch die Wissenschaftsfreiheit des Art 17 StGG garantierte Forschungs- und Lehrfreiheit (jedenfalls faktisch, in gewisser Hinsicht immer auch rechtlich) eine gewisse Sonderstellung. Dennoch resultierte aus ihrer Eingliederung in die staatliche Wissenschaftsverwaltung insbesondere, dass – wie auch heute noch – die Rechtsbeziehungen der Universität zu ihren Studierenden öffentlich-rechtlicher Natur ist (ebenso wie lange Zeit aufgrund dieser Eingliederung in die staatliche Verwaltung das wissenschaftliche und auch das allgemeine Personal der Universitäten in einem öffentlich-rechtlichen [bzw in einem speziell auf den Bund zugeschnittenen vertraglichen] Dienstverhältnis zum Bund stand). Insbesondere in der Studierendenverwaltung besorgten die Universitäten damit auch Aufgaben der Hoheitsverwaltung. Erst sukzessive im letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts erhielten die öffentlichen Universitäten rechtlich auch organisatorisch eine gewisse Selbstständigkeit, der wesentliche Entwicklungsschritt war hier wohl die Teilrechtsfähigkeit der Universitäten mit dem Universitäts-Organisationsgesetz (UOG 1993) und seinen einschlägigen Verfassungsbestimmungen in § 2 Abs 2 und § 7 Abs 1 UOG 1993, die der gebotenen Unabhängigkeit der Universitäten und ihrer Angehörigen in Forschung und Lehre gegenüber dem Staat, insbesondere durch die Einrichtung und Anerkennung einer weisungsfreien universitären Selbstverwaltung, Rechnung trugen.²⁶ Diese weisungsfreie universitäre Selbstverwaltung charakterisierte die verfassungsrechtliche Stellung der öffentlichen Universitäten und begründete die notwendige spezielle, verfassungsrechtliche Regelung im Verhältnis zum allgemeinen Organisationsprinzip des Art 20 Abs 1 B-VG für die staatliche Verwaltung (beim Bund in der Form der hierarchisch strukturierten weisungsgebundenen Ministerialverwaltung).

Aus ihrer ursprünglichen Stellung als Teil der staatlichen Verwaltung auch im organisatorischen Sinn erklärt sich auch der Umstand, dass die öffentlichen Universitäten nicht auch „Eigentümer“ ihrer Gebäude waren, sondern – auch wenn es historisch immer schon gerade für die jeweilige Universität (vielfach in vorrepublikanischen Zeiten) errichtete Universitätsgebäude waren – diese im Eigentum des Bundes standen und die Universitäten sie als Teil der staatlichen Wissenschaftsverwaltung nutzten.

In der Folge kam es zunächst als Teil einer größeren verfassungsrechtlichen Organisationsreform zu einer Neuregelung der verfassungsrechtlichen Einrichtung der Selbstverwaltung insofern, als neben der territorialen Selbstverwaltung (Art 115 ff B-VG)

²⁶ Vgl VfSlg 17.101/2004. Vgl auch ErläutRV 1125 BlgNR 18. GP 45: „Gegenüber der bisherigen Rechtslage weist Abs 2 grundsätzlich nur mehr einen autonomen, aber nicht mehr einen übertragenen Wirkungsbereich auf“.

nunmehr in Art 120a ff B-VG auch die funktionale (bzw nichtterritoriale) Selbstverwaltung im Sechsten Hauptstück des B-VG eine eigene verfassungsrechtliche Regelung erfuhr.²⁷ Dies erforderte – mit Blick auf Art 20 Abs 1 B-VG und die Besorgung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben durch die öffentlichen Universitäten – auch eine verfassungsrechtliche Neuregelung der Stellung der öffentlichen Universitäten, die, was inhaltlich schon immer zutreffend war,²⁸ von der sonstigen Selbstverwaltung unterschieden und eben in Art 81c B-VG, und zwar weiterhin im Dritten Hauptstück des B-VG als Teil der „Verwaltung“ des Bundes, geregelt wurden.²⁹ Der VfGH fasst diese nunmehrige verfassungsrechtliche Stellung der Universitäten folgendermaßen zusammen:

„Nach Art 81c Abs 1 B-VG sind die öffentlichen Universitäten Stätten freier wissenschaftlicher Forschung, Lehre und Erschließung der Künste. Sie handeln im Rahmen der Gesetze autonom und können Satzungen erlassen. Diese den Universitäten – die zwar eigene autonome Rechtspersönlichkeiten, ausweislich der systematischen Stellung des Art 81c B-VG im Rahmen des Teils A des dritten Hauptstücks des B-VG aber als Stätten freier wissenschaftlicher Forschung, Lehre und Erschließung der Künste wenn auch in einem spezifischen Sinn funktionell Teil der Verwaltung sind – verfassungsgesetzlich gewährleistete Befugnis, im Rahmen der Gesetze autonom zu handeln und Satzungen erlassen zu können, besteht nach Art 81c Abs 1 B-VG so weit, als es um die Besorgung ihrer universitären Angelegenheiten geht.“³⁰

Art 81c Abs 1 B-VG schließt als „wesentliches Merkmal öffentlicher Universitäten im Sinne des Art 81c Abs 1 B-VG“³¹ auch die Anordnung einer staatlichen Verantwortung für die Finanzierung der Universitäten im Hinblick auf die Regelstudien sowie ein angemessenes Ausmaß von freier wissenschaftlicher Forschung mit ein.³² Die aus dieser staatlichen Verantwortung folgende Finanzierungsverpflichtung des Bundes besteht damit auch für die für Lehre und Forschung notwendige räumliche Infrastruktur in einem angemessenen Ausmaß.³³

Das UG realisiert nun vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund in der organisatorischen Stellung der öffentlichen Universitäten insofern einen gewissen „Paradigmenwechsel“, als die Universitäten aus der staatlichen Verwaltung im organisatorischen Sinn vollständig ausgegliedert und zu eigenständigen, „vollrechtsfähigen“ juristischen Personen öffentlichen

²⁷ B-VG-Novelle 2008, BGBl I 2/2008.

²⁸ Siehe nur *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verfassungsrecht³ (1996) 388.

²⁹ Zu den Unterschieden der Selbstverwaltungskörper und den Universitäten, vgl *Kucsko-Stadlmayer* in *Perthold-Stoitzner*, UG^{3.02} Art 81c B-VG Rz 5.

³⁰ VfSlg 19.775/2013.

³¹ VfSlg 19.775/2013.

³² Hierzu etwa auch VfSlg 20.016/2015; 20.143/2017; 20.395/2020.

³³ Zur Verpflichtung des Bundes, den Universitäten jene Mittel zur Verfügung zu stellen, die sie brauchen, um ihre gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen, siehe auch OGH 11.4.2013, 1 Ob 251/12m, auf den auch der VfGH in diesem Zusammenhang in VfSlg 19.775/2013 ausdrücklich Bezug nimmt.

Rechts gemacht werden.³⁴ Das UG trägt aber der verfassungsrechtlichen Stellung der öffentlichen Universitäten als nunmehr eben ausschließlich funktionaler Teil der Verwaltung des Bundes weiterhin Rechnung und gestaltet insbesondere das Studienrecht der Regelstudien weiterhin öffentlich-rechtlich und unter Einsatz hoheitlicher Vollzugsmaßnahmen aus. Das UG konkretisiert damit Vorgaben des Art 81c Abs 1 B-VG, der in, wie auch der VfGH in VfSlg 19.775/2013 betont, enger Verzahnung mit Art 17 StGG zu verstehen ist, in Bezug auf die Autonomie der öffentlichen Universität ebenso wie die staatliche Verantwortung für die öffentlichen Universitäten.³⁵

Hinsichtlich der von den öffentlichen Universitäten genutzten Immobilien hat der Gesetzgeber, auch wenn Art 81c Abs 1 B-VG eine andere Entscheidung wohl ebenso ermöglichen würde, die bestehende räumliche Infrastruktur der öffentlichen Universitäten insofern unmittelbar im Verantwortungsbereich des Bundes belassen, als diese Immobilien den ausgegliederten Universitäten nicht im Eigentum „mitgegeben“ wurden.³⁶ Der Gesetzgeber kam der staatlichen Verantwortung der Bereitstellung der räumlichen Infrastruktur für die öffentlichen Universitäten³⁷ vielmehr dadurch nach, dass er gesetzlich den Eintritt der ausgegliederten Universitäten in die Bestandverhältnisse insbesondere zur BIG anordnete,³⁸ womit die Universitäten die Stellung des Bundes übernahmen, der seine Immobilienbewirtschaftung davor auf die BIG ausgegliedert und staatliche Nutzungen der ausgegliederten räumlichen Infrastruktur im Wege von Bestandrechtsverhältnissen organisiert hatte.

III. Die BIG als ausgegliederter Rechtsträger für die Raumverwaltung des Bundes einschließlich der Universitäten

Damit rückt die BIG in das Zentrum der Erfüllung der staatlichen Verantwortung für eine angemessene räumliche Infrastruktur der öffentlichen Universitäten. Denn diese ist heute über weite Strecke Eigentümerin der Immobilien des Bundes bzw mit deren Verwaltung betraut.

³⁴ Berka, ZÖR 2008, 293 (310).

³⁵ Art 81c Abs 1 B-VG stellt für die öffentlichen Universitäten die spezielle verfassungsrechtliche Regelung im Hinblick auf Art 20 Abs 1 B-VG dar, sodass es hier dahinstehen kann, ob die öffentliche Universität auch dann, wenn sie nicht hoheitlich handelt, funktional staatliche Verwaltung im Sinne von VfGH 5.10.2023, G 265/2022 (COFAG) besorgt, weil dies ohnehin in Art 81c Abs 1 B-VG besonders geregelt ist.

³⁶ Vgl ErläutRV 1134 BglNR XXI GP 69: „Derzeit kann dem Wunsch der Universitäten nach Übertragung des Eigentums an den von ihnen genutzten Liegenschaften, Bauwerken und Räumlichkeiten der Bundesimmobiliengesellschaft nicht entsprochen werden. Den Universitäten soll daher ein Mietrecht eingeräumt werden.“

³⁷ Dazu Holoubek/Schöndorfer-Haslauer in Perthold-Stoitzner, UG^{3.02} § 118a Rz 1.

³⁸ Siehe § 137 und § 138 UG.

Organisatorisch ist die BIG eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Geschäftsanteile – siehe § 2 Abs 2 Bundesimmobiliengesetz 2000 – gesetzlich zwingend von der Österreichischen Beteiligungs AG (im Folgenden: ÖBAG) zu halten sind. Die „Ausgliederung“ der BIG erfolgt also insofern gestuft, als die BIG gesetzlich als eine (der) Tochtergesellschaft(en) der ÖBAG vorgesehen ist. Die Anteile an der BIG sind gemäß § 9a ÖIAG-Gesetz 2000³⁹ gesetzlich in das Eigentum der ÖBAG übertragen. Die ÖBAG ist die durch das ÖIAG-Gesetz 2000 eingerichtete Beteiligungsholding des Bundes. Der Vorstand der ÖBAG nimmt – § 6 Abs 2 ÖIAG-Gesetz 2000 – die Eigentümerinteressen der ÖBAG in der Generalversammlung der BIG wahr, wobei – für den Zweck dieser Untersuchung wesentlich – die Unternehmensorgane der ÖBAG bei der Ausübung von Gesellschafterrechten an der BIG gemäß § 9a Abs 5 ÖIAG-Gesetz 2000 an Weisungen des Bundesministers für Finanzen gebunden sind. Dieses sondergesellschaftsrechtliche Weisungsrecht des Bundesministers für Finanzen bewirkt damit insbesondere, dass die Organe der ÖBAG (insbesondere der Vorstand) diesen Weisungen auch hinsichtlich der Frage unterliegen, ob und mit welchem Inhalt sie Gesellschafterweisungen gemäß § 20 GmbH-Gesetz als Gesellschafterversammlung der BIG aussprechen.

Diese Regelung soll ausweislich der Gesetzesmaterialien dezidiert die Erfüllung des „Kontrollkriteriums“ im Sinne des § 10 Abs 1 Z 1 lit a BVergG 2018 im Verhältnis zwischen Bund und BIG sicherstellen. Im Einzelnen heißt es dort⁴⁰:

„Abs 5 stellt sicher, dass das Kriterium der ‚Kontrolle ähnlich wie über eine eigene Dienststelle‘ im Sinne der sogenannten Inhouse-Ausnahme (§ 10 Abs 1 Z 1 lit a iVm Abs 1 letzter Unterabsatz Bundesvergabegesetz 2018) auf Auftragsbeziehungen der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. und ihrer Tochtergesellschaften zum Bund und zum vom Bund kontrollierten Rechtsträgern Anwendung finden kann, sofern die weiteren vergabegesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen (insbesondere § 10 Abs 1 Z 1 lit b und lit c Bundesvergabegesetz 2018) vorliegen. Zu diesem Zweck kann der Bundesminister für Finanzen den Unternehmensorganen der ÖBAG jederzeit Weisungen in Bezug auf die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten bei der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. erteilen, die vom Vorstand der ÖBAG gegebenenfalls als Weisung an die Geschäftsführung der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. umzusetzen sind. [...]“

In der Sache hat der Bund wesentliche Teile seines Immobilienmanagements, also die Vorsorge für und Bereitstellung der benötigten räumlichen Infrastruktur für die Aufgaben des Bundes,

³⁹ Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Industrieholding Aktiengesellschaft und der Post und Telekombeteiligungsverwaltungsgesellschaft (ÖIAG-Gesetz 2000), BGBl I 24/2000 idF BGBl I 98/2022.

⁴⁰ ErläutRV 367 BlgNR XXVI. GP 7.

einem dafür eingerichteten ausgegliederten Rechtsträger, der BIG, übertragen. Dies im Wesentlichen in zwei Schritten:

Mit dem BIG-Gesetz 1992 erfolgte der Auftrag zur Einrichtung der BIG und die Betrauung der BIG insbesondere mit der Aufgabe des Erwerbs, der Nutzung, der Verwaltung und der Veräußerung von Liegenschaften, der Errichtung und Erhaltung von Bauten unter besonderer Berücksichtigung der öffentlichen Zwecke des Bundes (siehe § 2 BIG-Gesetz 1992). Die Übertragung des einschlägigen Immobilienbestands des Bundes⁴¹ an die BIG erfolgte in diesem ersten Schritt hauptsächlich durch die Einräumung von Fruchtgenussrechten. Davon waren auch die von den öffentlichen Universitäten genutzten Immobilien erfasst; an diesen wurde der BIG das Recht der Fruchtnießung eingeräumt, wobei das Gesetz klarstellte, dass für diese Immobilien eine Veräußerung nicht in Betracht kam⁴² (vgl § 3 Abs 1 BIG-Gesetz 1992). Mit dem Bundesimmobiliengesetz 2000 erfolgte insofern eine gewisse Systemumstellung, als der BIG auch das Eigentum an diesen Immobilien des Bundes übertragen wurde.⁴³ Von diesen gemäß § 13 Bundesimmobiliengesetz 2000 der BIG ins Eigentum übertragenen Immobilien gemäß Anlage A zu diesem Bundesgesetz sind auch die von öffentlichen Universitäten genutzten Immobilien erfasst. Mit dem Eigentumsübergang erloschen die Fruchtgenussrechte der BIG an diesen Immobilien (§ 13 Abs 3 Bundesimmobiliengesetz 2000). Seitdem kommt also der BIG die Aufgabe zu, als Eigentümerin und Bestandgeberin, dem Bund als Bestandnehmer für seine Aufgaben die erforderliche räumliche Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, sei es durch entsprechende Erhaltung und Verwaltung der bestehenden vom Bund genutzten und im Eigentum der BIG stehenden Immobilien oder durch Erwerb bzw Errichtung neuer Immobilien, wenn sich der einschlägige Bedarf des Bundes erweitert. Auf diese Weise

⁴¹ Insbesondere auch jene Objekte, die in der Folge einer Verwertung etwa durch Eigentumsübertragung an die bisherigen Mieter zugeführt werden sollten.

⁴² Technisch gesehen ging es um die in Anlage A zum BIG-Gesetz 1992 vorgesehenen Immobilien, während andere in Anlage B enthaltene Immobilien gemäß § 3 Abs 4 BIG-Gesetz 1992 auch veräußert werden durften. Ebenso hat der Gesetzgeber im Zuge der Ermächtigung zur Einrichtung einer – vergaberechtlich gesprochen – „gewerblichen Tochtergesellschaft“ der BIG in § 2 Abs 2 Bundesimmobiliengesetz 2000 auch sichergestellt, dass Liegenschaften, die unmittelbar für Bildungszwecke genutzt werden, von der Ermächtigung zur Übertragung an die gewerbliche Tochtergesellschaft ausgeschlossen sind, vgl dazu auch die Gesetzesmaterialien zu dieser mit dem zweiten Stabilitätsgesetz 2012 eingefügten Regelung, ErläutRV 1685 BlgNR XXIV. GP 43: Zwar besteht nach § 2 Abs 2 Bundesimmobiliengesetz 2000 dieses Verbot der Übertragung nicht, soweit es sich bei den zu Bildungszwecken genutzten Immobilien um „reine Büronutzungen handelt“, was nach den Erläuterungen insbesondere für „Einrichtungen der Universitätsverwaltung“ möglich sein soll; auch hierfür besteht aber ein Verbot jedenfalls dann, wenn sich die Gebäude „im räumlichen Gefüge eines Universitätscampus befinden“.

⁴³ Dahinter standen insbesondere haushaltstechnische Überlegungen, weil die BIG für das Eigentum an diesen Immobilien ein Entgelt an den Bund zu leisten hatte, der in der Folge als Bestandnehmer entsprechend Bestandentgelte an die BIG leistet.

erfolgt heute etwa auch die Neuerrichtung von Schul-, Gerichts- oder Verwaltungsgebäuden überwiegend durch eine Kooperation der Verwaltung des Bundes mit der BIG.

Vergleichbares gilt für die öffentlichen Universitäten: Sie sind, wie bereits erwähnt, kraft Gesetzes Bestandnehmer der von ihnen genutzten Immobilien, die der Bund letztlich in das Eigentum der BIG übertragen hat. Wegen des Zusammenhangs von staatlicher Finanzierung der räumlichen Infrastruktur der öffentlichen Universitäten durch den Bund und dem wesentlichen Anteil an universitärer räumlicher Infrastruktur, die als in diesem Sinn „Altbestand“ jedenfalls nur im Wege von Bestandsverhältnissen mit der BIG genutzt (einschließlich saniert, adaptiert und sinnvoll erweitert) werden kann, sind die öffentlichen Universitäten aber auch für neue Immobilienprojekte wesentlich auf die Kooperation mit der BIG angewiesen, der der Gesetzgeber im Bundesimmobiliengesetz 2000 in Verbindung mit dem UG auch die Aufgabe übertragen hat, entsprechende Vorsorge für die räumliche Infrastruktur der Universitäten in Kooperation mit dem finanzierenden Bund zu übernehmen.

IV. Die Immobilienbewirtschaftung der Universitäten

Die vorstehend beschriebenen Zusammenhänge erklären, warum die Bewirtschaftung „ihrer“ räumlichen Infrastruktur nicht einfach Teil des Bedarfsdeckungsmanagements der öffentlichen Universitäten ist, das wie sonst etwa im Hinblick auf ihre IT-Infrastruktur oder ihre Sachmittelausstattung im privatwirtschaftlich organisierten, autonomen Bereich ohne weitere universitätsgesetzliche Determinierung erfolgt, sondern in den §§ 117 ff UG näher gesetzlich geregelt ist. Denn erstens sind es in aller Regel nicht „ihre“ Immobilien, die die öffentlichen Universitäten nutzen, sondern jene der BIG, sodass die Universitäten in ihrer räumlichen Infrastruktur auf ihre Bestandsverhältnisse mit der BIG angewiesen sind.⁴⁴ Insbesondere aber ist zweitens hervorzuheben, dass die öffentlichen Universitäten für ihre räumliche Infrastruktur wesentlich von deren staatlicher Finanzierung abhängig sind.⁴⁵ Dies gilt nicht nur für den Bestand an Immobilien, sondern auch mit Blick auf solche Immobilien, die, wenn auch gegebenenfalls über eine Finanzierung durch Dritte errichtet (gegebenenfalls auch eine bestimmte Zeit lang erhalten), so doch auf Dauer für universitäre Zwecke genutzt werden sollen.⁴⁶ Der besondere finanzielle Aufwand, der mit der Bewirtschaftung der räumlichen

⁴⁴ Holoubek/Schöndorfer-Haslauer in Perthold-Stoitzner, UG^{3.02} § 118 Rz 1.

⁴⁵ Holoubek/Schöndorfer-Haslauer in Perthold-Stoitzner, UG^{3.02} § 118a Rz 1.

⁴⁶ Und sich insofern von rein projektbezogenen auf Projektdauer genutzten Räumlichkeiten für Zwecke wie insbesondere der Drittmittelforschung unterscheiden.

Infrastruktur der Universitäten verbunden ist,⁴⁷ und die typischerweise langfristige finanzielle Belastung, die mit räumlicher Infrastruktur einhergeht, erklären vor dem Hintergrund der einschlägigen Finanzierungsverantwortung des Bundes die im Einzelnen detaillierten Regelungen – insbesondere des § 118a UG –, die in ihrer Steuerungswirkung über die dem UG ansonsten zugrunde liegende Globalsteuerung der öffentlichen Universitäten über Finanzmittelzuweisung qua Leistungsvereinbarung, innerorganisatorische, aber zur Hälfte extern besetzte Aufsicht durch den Universitätsrat und die allgemeine staatliche Rechtsaufsicht durch den zuständigen Bundesminister gemäß § 45 UG hinausgehen.

Im Einzelnen regeln § 118a UG und die aufgrund des § 118a Abs 9 UG erlassene Universitäten-Immobilienverordnung die Realisierung und Finanzierung „sämtlicher universitärer Immobilienprojekte“ (§ 118a Abs 1 UG). Kennzeichnend für dieses im Einzelnen komplexe Regelungssystem⁴⁸ ist, soweit für die vorliegenden Zwecke wesentlich, Folgendes:

Zunächst erfasst das Regelungssystem universitäre Immobilienprojekte (seien es Neubau-, Sanierungs- oder Adaptierungsprojekte) von der Planung über die Durchführung bis hin zur Erhaltung. Daraus erklärt sich insbesondere auch, dass das System grundsätzlich „sämtliche“ universitären Immobilienprojekte erfasst, also auch solche, deren Errichtung etc – zunächst – mit von dritter, also nicht von Seiten des Bundes, zur Verfügung gestellten finanziellen Mitteln erfolgt.⁴⁹ Schließlich gilt, dass ab einem gewissen Planungsstand die Durchführung der Projekte mit dem zuständigen Bundesminister zu vereinbaren ist (der seinerseits wieder abhängig von der Größenordnung in seinen insbesondere auch haushaltsrechtlich determinierten Entscheidungen in eine Kooperation bis hin zur Einvernehmensfindung mit dem Bundesminister für Finanzen eingebunden ist). Die damit erforderliche Zustimmung des Bundesministers zur Realisierung eines universitären Immobilienprojekts sichert die vom Regelungssystem insbesondere auch vorgesehene gesamthafte Planung universitärer Immobilienprojekte in Österreich (Bauleitplanung) ebenso wie die Finanzierung durch den Bund (über den „Lebenszyklus“ der Immobilie hinweg). Das Regelungssystem ist darauf ausgerichtet, dass die öffentliche Universität nicht durch (einmaliges) Schaffen räumlicher Fakten künftige Finanzbelastungen verursacht, denen der zuständige Bundesminister nicht zugestimmt und insoweit für den Bund übernommen hat. Ein in § 118a Abs 10 UG geregeltes

⁴⁷ So werden rund 10% des jährlichen Globalbudgets der öffentlichen Universitäten für Mietkosten aufgewendet, siehe *Pichl/Heinrich*, zFhr 2022, 192.

⁴⁸ Dazu ausführlich *Holoubek/Schöndorfer-Haslauer* in *Perthold-Stoitzner*, UG⁴ (im Erscheinen) § 118a.

⁴⁹ Im Einzelnen differenziert das System dann näher zwischen einzelnen Formen staatlich finanzierter bzw Drittmittelprojekte und auch abhängig von der Größenordnung dieser Projekte.

spezielles aufsichtsbehördliches Feststellungsverfahren soll dabei auch sicherstellen, dass das in § 118a UG geregelte Verfahren auf alle von der Regelung erfassten Immobilienprojekte zur Anwendung kommt.

Für die hier zu behandelnde Fragestellung ist also insbesondere festzuhalten, dass die Immobilienbewirtschaftung durch die öffentlichen Universitäten einer einzelprojektbezogenen Steuerung durch den Bund im Wege des zuständigen Bundesministers im Hinblick auf die finanzielle Verantwortung und Verpflichtung des Bundes für das jeweilige Immobilienprojekt unterliegt. Für den „Altbestand“ an räumlicher Infrastruktur der Universitäten, also jene Immobilien, die in Anlage A zum Bundesimmobiliengesetz 2000 enthalten sind, ist dabei auch gesetzlich verpflichtend die Kooperation mit der BIG im Wege des Bestandsverhältnisses zwischen der BIG und der öffentlichen Universität vorgesehen. Über seine Finanzierungsverantwortung und das in dessen Ausführung vorgesehene Erfordernis der Einzelfallzustimmung des zuständigen Bundesministers zu den einzelnen Immobilienprojekten der Universität gemäß dem Regelungssystem des § 118a UG und der Universitäten-Immobilienverordnung kann der Bund auch weiterhin weitgehend sein „Regelmodell“ der Finanzierung und Realisierung von (neuen) universitären Immobilienprojekten über das System der Finanzierung über Bestandsmieten⁵⁰ mit der BIG durchsetzen und tut dies auch. Auch im „erweiterten Bestand“, also bei nach der Eigentumsübertragung durch das Bundesimmobiliengesetz 2000 geschaffener neuer räumlicher Infrastruktur, bleibt es daher in der Regel beim Abhängigkeitsverhältnis der öffentlichen Universitäten als Bestandnehmer von ihrer Bestandgeberin BIG. Wegen § 118a UG wird sich dieser Befund auch zukünftig nicht ändern.

Die öffentliche Universität ist also für ihren räumlichen Bestand rechtlich in das Dreiecksverhältnis mit bestandgebender BIG und finanzierendem Bund eingebunden, wobei der Bundesgesetzgeber im Bundesimmobiliengesetz 2000 und im UG die diesbezüglichen Aufgaben bzw Verpflichtungen auch vorgegeben hat. Mag die öffentliche Universität die Kooperation mit der BIG, wenn auch wegen des Regelungssystems des § 118a UG nur mit Zustimmung des Bundesministers, zugunsten einer Durchführung eines neuen Immobilienprojekts mit einem Dritten für den Einzelfall „verlassen“, bleibt dies doch aus den geschilderten Zusammenhängen und insbesondere mit Blick auf die Abhängigkeit der

⁵⁰ *Holoubek/Schöndorfer-Haslauer* in *Perthold-Stoitzner*, UG^{3.02} § 118a Rz 4.

öffentlichen Universität von der staatlichen Finanzierung ihrer räumlichen Infrastruktur jedenfalls der deutlich untergeordnete Ausnahmefall.

V. Vergaberechtliche Einordnung

A. Die Immobilienbewirtschaftung der Universitäten mit der BIG als „Schwesternvergabe“

1. Die (unstrittigen) vergaberechtlichen Voraussetzungen

Dass § 10 BVergG 2018 – im Wesentlichen in wortgetreuer Umsetzung von Art 12 der allgemeinen VergabeRL⁵¹ – öffentlich-öffentliche Verhältnisse vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 ausnimmt, ist Ausdruck des Grundsatzes, dass das (unionsrechtliche) Vergaberecht die „make or buy“-Entscheidung hinsichtlich staatlich benötigter oder vorzusehender Leistungen im Entscheidungsspielraum der jeweiligen öffentlichen Auftraggeber in den Mitgliedsstaaten belässt. Regelungsanliegen des § 10 BVergG 2018 ist es, (gemeinsam mit dem Beihilfenrecht und Art 106 Abs 2 AEUV) die Wettbewerbsneutralität staatlicher Eigenleistungen sicherzustellen. Vereinfacht zusammengefasst: Solange die Leistungsbeziehung (und damit die Leistungserbringung) die Sphäre des „Staates“ nicht verlässt, kommt das die Auftragsnachfrage des Staates am Markt regelnde Vergaberecht nicht zur Anwendung, wobei es für die Abgrenzung dessen, was in diesem Zusammenhang „den Staat“ ausmacht, nicht auf eine bestimmte – etwa öffentlich-rechtliche – Organisationsform, sondern darauf ankommt, dass die an „öffentlich-öffentlichen“ Leistungsbeziehungen beteiligten Einrichtungen ihrerseits jeweils grundsätzlich⁵² der Sphäre des Staates und nicht derjenigen wirtschaftlicher Tätigkeit am Markt zuzuordnen sind.⁵³ Daher gelten in kodifizierender Weiterentwicklung der Rechtsprechung des EuGH insbesondere auch sogenannte „Schwesternvergaben“ als „Inhouse-Vergaben“ im engeren Sinn des § 10 Abs 1 BVergG 2018 (konkret § 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018) und stehen damit – gleichberechtigt – neben der „klassischen“ Inhouse-Konstellation des § 10 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 und der sogenannten „bottum up“ Vergabe in § 10 Abs 1 Z 2 lit a BVergG 2018. Dazu kommt die in Anlehnung an die Terminologie des EuGH als „öffentlich-öffentliche Kooperation“

⁵¹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl 2014 94/65 (Allgemeine VergabeRL).

⁵² Mit geringen Öffnungsmöglichkeiten zu einer untergeordneten Markttätigkeit.

⁵³ Näher nur *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht⁶ (2022) 81 ff; *Holoubek/Nikolay* in *Gölles/Casati* (Hrsg.), BVergG 2018 (41. Lfg 2022) § 10 Rz 7 ff.

bezeichnete Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern zur Erreichung gemeinsamer Ziele gemäß § 10 Abs 3 BVergG 2018. Diese letztgenannte Ausprägung eines öffentlich-öffentlichen Verhältnisses im Sinne des § 10 BVergG 2018 unterscheidet sich von den „Inhouse-Konstellationen“ im engeren Sinn dadurch, dass hier Leistungsbeziehungen in der staatlichen Sphäre, also durch den Staat erfolgen, ohne dass – mit Ausnahme der beiderseitigen Zurechnung zum Staat über die jeweilige Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber und die (staatliche) Betrauung mit der gemeinsamen Aufgaben hinaus – die beteiligten öffentlichen Auftraggeber in eine gemeinsame staatliche „Verbund- oder Konzernstruktur“ mit entsprechenden (einheitlichen) Leitungsbefugnissen eingebunden sind.⁵⁴

Was die hier zunächst zu untersuchende „Schwesternvergabe“ des § 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018 anlangt, so gelten für diese Form der Quasi-Inhouse-Vergabe folgende Voraussetzungen, die – soll das oben angesprochene Regelmodell der Immobilienbewirtschaftung der öffentlichen Universitäten in der Rechtsbeziehung zwischen BIG und öffentlicher Universität unter diesen vergaberechtlichen Ausnahmetatbestand subsumiert werden können – im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Bund und BIG bzw zwischen Bund und öffentlicher Universität erfüllt sein müssen:

Zunächst darf an beiden beteiligten öffentlichen Auftraggebern – der BIG einer- und der öffentlichen Universität andererseits⁵⁵ – keine direkte private Kapitalbeteiligung im Sinne des § 10 Abs 1 Z 1 lit c (bzw des § 10 Abs 1 Z 2 lit b) BVergG 2018 bestehen, was in Bezug auf BIG bzw öffentliche Universität unstrittig der Fall ist.

Weiters muss – jedenfalls im Hinblick auf den auftraggebenden öffentlichen Auftraggeber im Schwesternverhältnis – das sogenannten Wesentlichkeitskriterium des § 10 Abs 1 lit b BVergG 2018 erfüllt sein. Nachdem die öffentlichen Universitäten gesetzlich eingerichtet und ihre Aufgaben bundes(verfassungs)gesetzlich festgelegt sind, die sie als im spezifischen Sinn Verwaltung des Bundes⁵⁶ zu besorgen haben, erbringen die Universitäten ihre Leistungen in dem Sinn für den Bund, als Art 81c Abs 1 B-VG davon ausgeht, dass öffentliche Universitäten und ihre Tätigkeit eine staatliche Aufgabe darstellen,⁵⁷ die aufgrund der staatlichen Kompetenzverteilung der Bund (zunächst durch den Bundesgesetzgeber und in der Folge die staatliche Wissenschaftsverwaltung) unter Wahrung der Autonomie der öffentlichen

⁵⁴ Dazu unten Punkt V./B.

⁵⁵ Dass es sich sowohl bei der BIG als auch bei der öffentlichen Universität jeweils um öffentliche Auftraggeberinnen handelt, kann hier als unstrittig vorausgesetzt werden.

⁵⁶ Siehe dazu oben Punkt III.

⁵⁷ Siehe nur VfSlg 19.775/2013.

Universitäten zu gewährleisten hat. Insoweit konkretisieren die Aufgabenzuweisungen in § 3 UG jene Leistungen, die schon von Verfassungen wegen der öffentlichen Universitäten als – in einem weiten, organisatorisch nicht auf Zugehörigkeit zur Gebietskörperschaft Bund beschränkten – Sinn Teil des Bundes zu erbringen haben.⁵⁸

Im Hinblick darauf, dass die BIG bei der Erbringung ihrer Aufgaben,⁵⁹ rechnet man einmal das Immobilienmanagement der BIG für die Universitäten als wesentlichen Teil der Tätigkeit der BIG mit ein⁶⁰, das Wesentlichkeitskriterium in Bezug zum Bund ebenfalls erfüllt, kann die Frage, ob dieses Kriterium für den „auftragnehmenden“ öffentlichen Auftraggeber im Schwesternverhältnis auch zur Anwendung kommt,⁶¹ dahinstehen.

Entscheidend für die Anwendung des § 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018 auf die Leistungsbeziehung zwischen der öffentlichen Universität und der BIG im Rahmen der Immobilienbewirtschaftung der Universitäten ist daher, ob der Bund

- zunächst über die öffentlichen Universität (§ 10 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 10 Abs 1 Z 2 lit b erster Halbsatz BVergG 2018: „von dem ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber“) und dann des weiteren
- über die BIG (§ 10 Abs 1 Z 2 lit b erster Halbsatz BVergG 2018: „an einen anderen [...] kontrollierten Rechtsträger“)

eine „ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen“ im Sinne des § 10 Abs 1 Z 1 lit a BVergG 2018 ausübt.

⁵⁸ Angesichts der Aufgaben der öffentlichen Universität im Bereich der Lehre (Regelstudien) und der globalbudgetfinanzierten Forschung (einschließlich ihrer Vermittlung) kann es im Hinblick auf das 80%-Kriterium des § 10 Abs 1 Z 1 lit b BVergG 2018 hier dahinstehen, wie vergaberechtlich Drittmittelforschung der Universität, also Forschungsaufträge, die die öffentliche Universität von Dritten übernimmt, einzuordnen sind. Auch hier spricht aber vieles dafür, dass auch drittmittelfinanzierte Forschung eine im oben dargestellten Sinn Aufgabe der öffentlichen Universität ist, jedenfalls soweit es um zwar drittmittelfinanzierte, aber im autonomen Bereich der Universität (Art 17 StGG) erfolgende Forschungstätigkeit geht; reine „Auftragsforschung“, deren Ergebnisse ausschließlich dem finanzierenden Auftraggeber zur Verfügung stehen, mag diesbezüglich anders zu beurteilen sein, erreicht aber, davon soll hier als Regelfall ausgegangen werden, nicht die Grenze von mehr als 20% der Gesamttätigkeit der öffentlichen Universität. In diesem Zusammenhang dürfte auch von Bedeutung sein, dass öffentliche Universitäten jedenfalls hinsichtlich ihrer wesentlich staatlich finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit nicht als „Unternehmen“ im Sinne des Art 106 Abs 1 AEUV und damit des unionsrechtlichen Wettbewerbsrechts zu qualifizieren sind, weil sie insoweit im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten nichtwirtschaftlicher Art erbringen (siehe etwa *Schweitzer/Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker* [Hrsg], Wettbewerbsrecht I⁶ [2019] Art 106 AEUV, Rz 1; vgl auch die Mitteilung der Kommission „Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation“, ABl 2014 C-198/01, insb Rz 19 ff); dies kann bei reiner Auftragsforschung (Beratungstätigkeit für die Industrie beispielsweise) oder dort, wo Universitäten im postgradualen Bereich marktorientiert Bildungsangebote anbieten, anders zu beurteilen sein.

⁵⁹ Tochtergesellschaften der BIG können hier außer Betracht bleiben.

⁶⁰ Siehe noch unten in FN 82.

⁶¹ Siehe dazu *Holoubek/Nikolay in Gölles/Casati* § 10 Rz 35.

Das Vorliegen dieses „Kontrollkriteriums“ kann zunächst im Verhältnis zwischen Bund und der (bei der Schwesternvergabe auftragnehmenden) BIG im Hinblick auf die oben dargestellten Weisungsverhältnisse des Bundesministers für Finanzen gegenüber insbesondere dem Vorstand der ÖBAG gemäß § 9a Abs 5 ÖIAG-Gesetz und in der Folge der (gesellschaftsrechtlichen) Weisungsbefugnisse der Unternehmensorgane der ÖBAG als Eigentümerversammlungen der BIG außer Streit gestellt werden.⁶² Damit bleibt die (entscheidende) Frage:

2. *Besteht zwischen dem Bund und der öffentlichen Universität ein Kontrollverhältnis im Sinne des § 10 Abs 1 Z 1 lit a BVergG 2018?*

Das Kontrollkriterium des § 10 Abs 1 Z 1 lit a BVergG 2018 verlangt, dass im vorliegenden Fall der Bund (als der im Sinne des § 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018 die öffentliche Universität kontrollierende öffentliche Auftraggeber) auf die Entscheidungen der öffentlichen Universität (als kontrollierter Rechtsträger) einen ausschlaggebenden Einfluss ausüben kann, wobei dieser ausschlaggebende Einfluss sowohl die strategischen Ziele als auch die wesentlichen (operativen) Entscheidungen umfasst.⁶³ Wann eine – im Sinne der Rechtsprechung des EuGH damit – wirksame, strukturelle und funktionelle Kontrolle vorliegt,⁶⁴ hängt wesentlich von den Umständen des Einzelfalls ab.

Nun lässt sich in einem ersten Schritt festhalten, dass für die hier in Rede stehende Rechtsbeziehung zwischen der öffentlichen Universität und der BIG, also die Entscheidungen der Universität im Rahmen ihrer Immobilienbewirtschaftung, ein derartiges Kontrollverhältnis vorliegt: Der Bund kann sowohl die strategischen Entscheidungen der öffentlichen Universität im Hinblick auf ihre räumliche Infrastruktur als auch konkrete Entscheidungen im Hinblick auf ein Immobilienprojekt im Sinne der soeben dargelegten Anforderungen beeinflussen. Dies resultiert zum einen daraus, dass die öffentliche Universität strategische Entscheidungen über ihre bestehende räumliche Infrastruktur nur im Zusammenwirken mit ihrer Bestandgeberin BIG, die wiederum unter der Kontrolle des Bundes steht,⁶⁵ treffen kann. Dazu kommt, dass die

⁶² Dass die Weisungsverhältnisse „gestuft“ über eine zwischengeschaltete Holdinggesellschaft erfolgen, schadet der Weisungsbeziehung nicht (siehe *Holoubek/Nikolay* in *Gölles/Casati* § 10 Rz 16 mwN, wobei sowohl im Verhältnis Bundesminister für Finanzen zur ÖBAG [wegen § 9a Abs 5 ÖIAG-Gesetz] als auch im Verhältnis ÖBAG zu BIG wegen § 20 GmbH-Gesetz die erforderliche Kontrolle vorliegt).

⁶³ Siehe mit entsprechendem Nachweis aus der Rechtsprechung des EuGH *Holoubek/Nikolay* in *Gölles/Casati* § 10 Rz 13.

⁶⁴ Vgl etwa EuGH 29.11.2012, Rs C-182/11 und C-183/11 (Econord) Rz 27; 17.7.2008, Rs C-371/05 (Kommission/Italien) Rz 26; der VwGH folgt in seiner Rechtsprechung dem Kontrollbegriff des EuGH, vgl nur VwGH 29.6.2017, Ro 2017/04/0005 Rz 50 ff.

⁶⁵ Siehe oben im Text unter Punkt A./1.

strategische Planung der Universität in die gesamthafte strategische Planung der räumlichen Infrastruktur des Bundes im Wege des Systems der Bauleitplanung gemäß § 118a UG eingebunden und damit wieder von der Kontrolle durch den Bund, vertreten durch den zuständigen Bundesminister, abhängig ist. Zum anderen ist jedes einzelne Immobilienprojekt nach dem Regelungssystem des § 118a UG⁶⁶ von einer Einzelfallzustimmung durch den zuständigen Bundesminister (weil vom Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung) abhängig, wobei über die Gestaltung dieser Vereinbarung dem Bund nicht nur eine Rechtskontrolle, sondern eine inhaltliche Steuerungsmöglichkeit der Entscheidungen der öffentlichen Universität zur Realisierung einzelner Immobilienprojekte zukommt. Wesentlich ist, dass der Bund über § 118a UG auch das „Regelmodell“ der Realisierung räumlicher Infrastrukturprojekte in Kooperation zwischen öffentlicher Universität und BIG durchsetzen kann, womit die einschlägige Entscheidung, ob die öffentliche Universität zur Realisierung eines Infrastrukturprojekts mit der BIG kooperiert (wie im Übrigen die Entscheidung, ob die BIG diese Kooperation übernimmt) letztlich einheitlich in der Steuerungsbefugnis des Bundes liegt.

Aus diesem Blickwinkel heraus sprechen alle guten Argumente dafür, dass es sich im Verhältnis zwischen der öffentlichen Universität und dem Bund im Hinblick auf die Immobilienbewirtschaftung der öffentlichen Universität um ein Kontrollverhältnis handelt, das – bezieht man auch das Kontrollverhältnis des Bundes gegenüber der BIG ein – genau jene Konstellation verwirklicht, die § 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018 vor Augen hat: dass nämlich die Leistungsbeziehung der Immobilienbewirtschaftung ausschließlich innerhalb der Sphäre des Staates erfolgt, also eine staatliche Eigenleistung vorliegt, die auch wettbewerbsneutral ausgestaltet ist, weil sie keine Marktaktivitäten sei es der beteiligten öffentlichen Auftraggeber oder (privater) Dritter bevorzugt oder benachteiligt.⁶⁷

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es § 118a UG auch ermöglicht, dass die öffentliche Universität einzelne Immobilienprojekte mit (privaten) Dritten realisiert, weil auch dies nur unter der entsprechenden Kontrolle durch den Bund möglich ist (und aus der Kooperation mit der BIG im Allgemeinen keine Vorteile für den privaten Dritten bei der Realisierung eines einzelnen Immobilienprojekts entstehen). Dass der private Dritte – anders als die BIG, wenn man das Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018 bejaht – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nur im Wege eines

⁶⁶ Siehe dazu oben Punkt IV.

⁶⁷ *Holoubek/Fuchs*, Zur Rationalität des Vergaberechts, in *Prieß/Lau/Kratzenberg* (Hrsg) Festschrift für Friedhelm Marx (2013) 267 (275)

Vergabeverfahrens (sei es nach dem BVergG 2018, sei es nach dem BVergGKonz 2018) ausgewählt werden kann, ändert nichts an der Kontrolle des Bundes über die einschlägigen Entscheidungen der Universität.⁶⁸

Bleibt die Frage, ob es für das Vorliegen einer dem § 10 Abs 1 Z 1 lit a BVergG 2018 entsprechenden Kontrollbeziehung zwischen Bund und öffentlicher Universität ausreicht, wenn der Bund alle im Zusammenhang mit (der Planung, Errichtung und Erhaltung) der räumlichen Infrastruktur der Universität relevanten Entscheidungen der öffentlichen Universität kontrollieren kann (was nach den obigen Ausführungen der Fall ist), oder ob eine derartige Kontrollbeziehung für alle Tätigkeitsbereiche der öffentlichen Universität bestehen muss. Anders gewendet: Schadet es, dass wegen der – verfassungsrechtlich vorgezeichneten – Autonomie der Universität in Forschung und Lehre eine den vergaberechtlichen Anforderungen genügende Kontrollbeziehung zwischen dem Bund und der Universität im Bereich der Forschungstätigkeit wie der Lehrtätigkeit der Universität (einschließlich der Frage, wie die Universität ihre räumliche Infrastruktur in Bezug auf Lehre und Forschung nutzt) nicht vorliegt und aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht vorliegen darf?⁶⁹

Dass er eine Kontrolle über sämtliche Tätigkeitsbereiche der Universität für erforderlich erachtet, hat der EuGH in dem eingangs erwähnten obiter dictum in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg ausgesprochen:

„Die von der Stadt Hamburg über die Universität ausgeübte Kontrolle bezieht sich nämlich nur auf einen Teil von deren Tätigkeiten, und zwar allein auf den Beschaffungsbereich, nicht aber auf die Bereiche Lehre und Forschung, in denen die Universität über eine weitgehende Autonomie verfügt.“⁷⁰

Der EuGH begründet das damit, dass, ließe man eine solche teilweise Kontrolle als „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ ausreichen, dies seiner allgemeinen Rechtsprechung zuwider laufe, dass das „Kontrollkriterium“ bei der Inhouse-Vergabe verlange „dass für den öffentlichen

⁶⁸ Allgemein gewendet: Dass der öffentliche Auftraggeber einen – auch inhaltlich vergleichbaren – Auftrag unter Anwendung des Vergaberechts am Markt vergeben kann, ändert nichts daran, dass er sich bei Vorliegen einer entsprechenden Kontrollbeziehung auch für eine staatliche Eigenleistung im Wege der Leistungserbringung durch den kontrollierten Rechtsträger entscheiden kann. Die Entscheidung für staatliche Eigenleistung oder Leistungsnachfrage am Markt muss der öffentliche Auftraggeber nicht „ein für allemal“ für bestimmte Leistungen treffen, sondern kann diese Entscheidung einzelfallbezogen vornehmen (EuGH 22.12.2022, Rs C-383/21, C-384/21 [Sambre und Biesme] Rz 46). Dabei kommt dem öffentliche Auftraggeber aus vergaberechtlicher Sicht auch Entscheidungsfreiheit zu, ob er seinen Bedarf durch Eigenleistung oder durch Nachfrage am Markt decken will, zwischen Eigenleistung und Nachfrage am Markt besteht also auch kein Rangordnungs- oder Subsidiaritätsverhältnis, vgl VwGH 17.4.2023, Ra 2020/04/0045, Rz 29.

⁶⁹ § 118a UG kann daher beispielsweise auch nicht unterstellt werden er ermögliche Vereinbarungen zwischen dem Bund und der öffentlichen Universität, in denen die öffentliche Universität verpflichtet wird, Lehrräume nur für bestimmte Lehrinhalte oder Forschungsräume nur für bestimmte Forschungsinhalte zu nutzen etc.

⁷⁰ EuGH 8.5.2014, Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) Rz 32.

Auftraggeber die Möglichkeit gegeben sein muss, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der beauftragten Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen, und dass die von dem öffentlichen Auftraggeber ausgeübte Kontrolle wirksam, strukturell und funktionell sein muss“.⁷¹

Das ist für sich genommen wenig aussagekräftig, weil weder die allgemeine Zusammenfassung seiner Rechtsprechung noch die vom EuGH zitierten Urteile auf die in Rede stehende Frage, ob sich die Kontrolle auf alle Tätigkeitsbereiche eines Rechtsträgers beziehen muss oder ob bestimmte Tätigkeitsbereiche insbesondere aus verfassungsrechtlichen bzw grundrechtlichen Gründen von einer einschlägigen Kontrolle ausgenommen sein können, eine Antwort geben. Es überrascht auch, dass sich der EuGH mit der dieses Problem ansprechenden Auffassung des Generalanwalts nicht auseinandersetzt, insbesondere, dass er die grundrechtlichen Bezüge nicht einmal erwähnt. Generalanwalt *Mengozzi* hat in seinen Schlussanträgen nämlich diesbezüglich noch folgendes ausgeführt:

„Wie allerdings der Gerichtshof bereits geklärt hat, verlangt die Rechtsprechung zwar, dass ein öffentlicher Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststellen ausübt, nicht aber, dass die über den Auftragnehmer ausgeübte Kontrolle in allen Punkten mit der über die eigenen Dienststellen identisch sein muss.“⁷²

Der Generalanwalt überträgt die Wertung, dass auch eine gemeinsame Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber das Kontrollkriterium erfüllen kann, auf die Konstellation, dass sich die Kontrolle nicht auf alle Tätigkeitsbereiche der kontrollierten Einrichtung beziehen muss (weil auch der einzelne kontrollierende öffentliche Auftraggeber eben nicht alle Tätigkeitsbereiche selbst, sondern nur gemeinsam mit anderen kontrollieren kann). Das ist deswegen wohl keine völlig vergleichbare Konstellation, weil letztlich auch bei mehreren öffentlichen Auftraggebern jedenfalls die gesamte Tätigkeit des kontrollierten Rechtsträgers entsprechend kontrolliert wird, während es im vorliegenden Fall um die Frage geht, ob wenn

⁷¹ EuGH, 8.5.2014 Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) Rz 26 unter Verweis auf EuGH 29.11.2012, Rs C-182/11 und C-183/11 (Econord) Rz 27 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁷² SA *Mengozzi*, 23.1.2014, Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) Rz 72. Der Generalanwalt bezieht sich diesbezüglich auf EuGH 13.11.2008, Rs C-324/07 (Coditel Brabant) Rz 46 wo es, in Bezug auf die Frage einer Inhouse-Konstellation in Bezug auf eine öffentliche Dienstleistungskonzession, um die Ausübung einer Kontrolle durch die konzessionserteilende Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung wie über ihre eigenen Dienststellen heißt: „Nach der Rechtsprechung muss die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen, beide Kontrollen müssen sich aber nicht in allen Punkten gleichen“; Diese Aussage steht freilich im Kontext der Problematik, ob auch mehrere öffentliche Stellen gemeinsam eine entsprechende „Kontrolle“ ausüben können und soll die Auffassung belegen, dass „für die Erfüllung der Voraussetzung hinsichtlich der Kontrolle durch die öffentlichen Stellen auf die Kontrolle abgestellt werden kann, die die öffentlichen Stellen, die die Anteile an der konzessionsnehmenden Einrichtung halten, gemeinsam über diese ausüben.“ (EuGH 13.11.2008, Rs C-324/07, (Coditel Brabant) Rz 45).

bestimmte Tätigkeitsbereiche – verfassungsrechtlich bzw grundrechtlich notwendiger Weise – einer direkten Beeinflussung entzogen sein müssen (was aber gewisse Formen einer insbesondere Rechtskontrolle nicht ausschließt), ohne dass im Hinblick auf die sonstige Tätigkeit das Vorliegen einer Kontrolle über eine eigene Dienststelle infrage gestellt wird.

Überzeugender ist daher der grundrechtliche Ansatz, den der Generalanwalt im Folgenden anspricht:

„Hierzu ist festzustellen, dass die Autonomie, über die Universitäten im Bereich von Lehre und Forschung verfügen, Ausdruck der Lehr- und Forschungsfreiheit sind, eines Grundsatzes, der nicht nur auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art 5 Abs 3 GG Ausdruck findet, sondern auch in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die in ihrem Art 13 bestimmt, dass die Forschung frei ist und dass die akademische Freiheit geachtet wird. Unter diesem Blickwinkel bin ich daher der Meinung, dass für die Erstreckung der Inhouse-Ausnahme auf Einrichtungen wie die Universitäten nicht verlangt werden kann, dass über sie eine Kontrolle ausgeübt wird, die sich auch auf Lehr- und Forschungstätigkeiten erstreckt, da die Autonomie der Universitäten in Bezug auf diese Tätigkeiten Ausdruck von Werten verfassungsrechtlicher Art sind, die den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten gemeinsam und in der Charta verankert sind.“⁷³

Zum Kontext, in dem das Urteil des EuGH in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg steht, lässt sich einerseits festhalten, dass der Gerichtshof mit seinen Ausführungen zum „Kontrollkriterium“ einer Aussage ausgewichen ist, die eine bis dahin in seiner Rechtsprechung (und daher auch nach diesem Urteil weiterhin) strittige Frage klären hätte müssen, nämlich, ob sich die in der Rechtsprechung bis dahin herausgearbeiteten Grundsätze der „Inhouse“-Vergabe auch „auf sogenannte ‚horizontale In-house-Geschäfte‘ beziehen“, das heißt auf Fälle, in denen derselbe oder dieselben öffentlichen Auftraggeber eine „Kontrolle über eigene Dienststellen“ über zwei verschiedene Wirtschaftsteilnehmer ausüben, von [denen] der eine einen Auftrag an den anderen vergibt“.⁷⁴ Dies steht möglicherweise vor dem Hintergrund, dass die – zum Zeitpunkt des Urteils noch nicht in Kraft getretene und auch auf den Ausgangssachverhalt, den der EuGH zu beurteilen hatte, nicht anwendbare, aber bereits publizierte⁷⁵ – Allgemeine VergabeRL die Frage der horizontalen Inhouse-Vergabe in Art 12 Abs 2 der Richtlinie gesetzlich ausdrücklich regelt. Der EuGH wollte also möglicherweise Aussagen, die einzelne Aspekte dieser „horizontalen Inhouse-Vergabe“ vorwegnehmen, vermeiden.

⁷³ SA *Mengozi*, 23.1.2014, Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) Rz 73.

⁷⁴ EuGH 8.5.2014, Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) Rz 33.

⁷⁵ Siehe ABl L 94 vom 28.3.2014, 65.

Weiters ist auf gewisse Unterschiede im Sachverhalt zwischen dem Ausgangssachverhalt in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg und der hier vorliegenden Konstellation der Immobilienbewirtschaftung öffentlicher Universitäten hinzuweisen. Es ging in dem vom EuGH beurteilten Sachverhalt um die Beschaffung „eines IT-Hochschul-Managementsystems“, also um einen Dienstleistungsauftrag.⁷⁶ Die Technische Universität Hamburg-Harburg hatte sowohl das Angebot eines privaten IT-Dienstleisters als auch dasjenige einer staatlichen Gesellschaft, die für die Erbringung derartiger Dienstleistungen für den Staat eingerichtet war, also eines öffentlichen Auftraggebers, geprüft und sich für das Angebot des öffentlichen Auftraggebers entschieden und den Auftrag unter Berufung auf das Vorliegen einer Inhouse-Konstellation ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens vergeben. Ein wesentlicher Punkt mag nun für den EuGH auch gewesen sein, dass die Universität vergleichbare IT-Dienstleistungsaufträge durchaus auch im autonomen Bereich im Zuge insbesondere von Forschungsprojekten benötigen und dort ohne entsprechende Kontrolle durch die Stadt Hamburg als kontrollierender öffentlicher Auftraggeber vergeben kann. Insofern lag in dieser Konstellation die Entscheidung, ob staatliche Eigenleistung oder Nachfrage am Markt erfolgen soll, nicht ausschließlich in der Hand des kontrollierenden öffentlichen Auftraggebers, weil vergleichbare IT-Dienstleistungsaufträge auch im autonomen Bereich der Universität eine Rolle spielen können.⁷⁷

Demgegenüber ist es in Bezug auf das Immobilienmanagement der Universität ausgeschlossen, dass die Universität einschlägige Entscheidungen und damit Leistungsbeziehungen außerhalb des Regelungssystems des § 118a UG deswegen trifft, weil sie sich auf ihre Autonomie in der Forschung beruft. Es ist keine sinnvolle Sachverhaltskonstellation ersichtlich, in der die Planung, Errichtung, Sanierung oder Erhaltung räumlicher Infrastruktur der öffentlichen Universität deswegen nicht dem Regelungssystem des § 118a UG unterfallen sollte, weil dies

⁷⁶ Im Sinne der Kategorie 7 des Anhangs II Teil A der Richtlinie 2004/18, wie sich aus Rz 28 der Schlussanträge des Generalanwalts ergibt.

⁷⁷ Zwar stellt die Sachverhaltsbeschreibung in der Entscheidung des EuGH darauf ab, dass die Stadt Hamburg über „Beschaffungsentscheidungen“ der Technischen Universität Hamburg-Harburg eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausüben kann, es geht aber nicht eindeutig hervor, ob diese „Beschaffungsentscheidungen“ im Zuge der „Universitätsverwaltung“ erfolgen und Entscheidungen im Rahmen der Forschungstätigkeit ausgenommen sind (was im Hinblick auf die grundrechtliche Wissenschaftsfreiheit aber zu vermuten wäre). Möglicherweise deutet auch die Einschränkung des EuGH, dass seine Einschätzung „auf der Grundlage der dem Gerichtshof zur Verfügung gestellten Aktenstücke“ erfolgt (EuGH 8.5.2014, Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) Rz 31) darauf hin, dass der EuGH diese Frage nicht bis ins letzte Detail klären wollte.

Teil ihrer Forschungstätigkeit im Sinne der verfassungsrechtlichen Autonomie der Universität und insbesondere des Art 17 StGG ist.⁷⁸

Insgesamt ist die Aussage des EuGH in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg in ihrer allgemeinen Formulierung wenig überzeugend. Überspitzt weitergedacht würde letztlich auch die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit ausschließen, dass Beschaffungsentscheidungen der Justizverwaltung über die gerichtliche räumliche Infrastruktur einer staatlichen Kontrolle im vergaberechtlichen Sinn unterliegen.⁷⁹ Mit guten Gründen lässt sich daher vertreten, dass bei einer Beurteilung der hier in Rede stehenden Konstellation zwischen öffentlicher Universität und BIG als horizontale Inhouse-Vergabe (Schwesternvergabe) in der Dreiecksbeziehung zum Bund eine Konstellation vorliegt, die von dem Ausgangssachverhalt in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg differenziert werden kann und insbesondere aus den Gründen, die schon der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg ins Treffen geführt hat, auch differenziert werden sollte. Dogmatischer Ansatzpunkt könnte sein, dass mit der Kodifizierung in Art 12 der Allgemeinen VergabeRL und in der Folge im umsetzenden § 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018 konkrete gesetzliche Kriterien vorliegen, die einer entsprechenden differenzierenden Auslegung zugänglich sind.⁸⁰ Eine solche Argumentation ist jedenfalls mit guten Argumenten vertretbar.⁸¹

⁷⁸ Davon zu unterscheiden ist die Frage, dass eine angemessene räumliche Infrastruktur eine notwendige Voraussetzung für eine entsprechende Forschungstätigkeit der öffentlichen Universität darstellt, ein Umstand, dem die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art 81c Abs 1 B-VG im Hinblick auf staatliche Verpflichtung und Verantwortung und daraus resultierender, in § 118a UG gesetzlich ausgeformter Steuerungsmöglichkeit über die öffentliche Universität Rechnung tragen (ob dieses Regelungssystem des § 118a UG alle verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllt, steht hier nicht in Frage).

⁷⁹ Wenn man einmal davon abstrahiert, dass sich hier alles innerhalb der Gebietskörperschaft Bund abspielt.

⁸⁰ ErwGr 31 der Allgemeinen VergabeRL sagt in Bezug auf Art 12 der Richtlinie einerseits, dass Anliegen der Richtlinie (auch) hier zunächst die Kodifizierung der Grundsätze ist, die in der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH dargelegt wurden; macht aber auch deutlich, dass es der Neuregelung darum geht, bisherige Unklarheiten auch aufgrund dieser Rechtsprechung auszuräumen und „zu präzisieren, in welchen Fällen im öffentlichen Sektor geschlossene Verträge von der Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sind.“ Dass sich mitgliedstaatliche Rechtsprechung (vgl zB VwGH 29.6.2017, Ro 2017/04/005, Rz 54, ohne, dass diese Frage im konkreten Fall strittig war) auf den allgemeinen „Stehsatz“ des EuGH in Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) bezieht, steht einer entsprechenden Differenzierung, wie im Text als vorzugswürdig erachtet, ebensowenig entgegen wie die allgemeine Rezeption dieser allgemeinen Aussage des EuGH in der Literatur (vgl etwa *Holoubek/Nikolay* in *Gölles/Casati* § 10, Rz 15).

⁸¹ Das hat nicht nur die Auswirkung, dass Verträge zwischen der öffentlichen Universität und der BIG im Rahmen des gemeinsamen Immobilienmanagements der Universität in einer Inhouse-Konstellation, konkret als „Schwesternvergabe“ vergaberechtsfrei abgeschlossen werden können; weiters ist Folge einer solchen Einordnung als horizontale Inhouse-Vergabe, dass die diesbezüglichen Aktivitäten der BIG im Dreiecksverhältnis BIG-öffentliche Universität-Bund als Tätigkeiten der BIG gelten, die der Ausführung von Aufgaben für den Bund bzw die öffentlichen Universitäten dienen, also „Inhouse-Tätigkeiten“ darstellen, die mehr als 80% der Tätigkeiten der BIG ausmachen müssen (§ 10 Abs 1 Z 1 lit b BVergG 2018), dazu gleich noch unten im Text.

Ob sie den EuGH letztlich überzeugt, kann hier ebensowenig vorhergesagt werden, wie es dogmatisch ausgeschlossen werden kann, dass der EuGH in – wenn auch die Dinge simplifizierender – bloßer Fortschreibung seiner Rechtsprechung in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg auch in Bezug auf Art 12 Abs 2 Allgemeine VergabeRL und damit in der Folge für § 10 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2018 eine andere Auslegungsentscheidung mit entsprechendem Verbindlichkeitsanspruch trifft.⁸²

Selbst in diesem Szenario sprechen, darauf sei der Vollständigkeit halber hingewiesen, aufgrund des dargelegten Einflusses des Bundes auf die Immobilienbewirtschaftung der öffentlichen Universitäten gute Gründe dafür, unabhängig von der horizontalen Inhouse-Vergabe (Schwesternvergabe) die von der BIG im Bereich der Immobilienbewirtschaftung der öffentlichen Universitäten erbrachten Aufgaben als solche zu qualifizieren, die „für den Bund“⁸³ iSd § 10 Abs 1 Z 1 lit b BVergG 2018 erbracht werden. Weil die – zu 100% im (mittelbaren) Eigentum des Bundes stehende, für die gesetzlichen Zwecke „ausgliederte“ – BIG kraft Gesetzes⁸⁴ Bestandgeberin bzw. „System-Partnerin“ der öffentlichen Universitäten bei Immobilienprojekten ist,⁸⁵ dienen die Tätigkeiten der BIG im Bereich der Immobilienbewirtschaftung der öffentlichen Universitäten der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie vom Bund betraut wurde. Dafür spricht insbesondere § 4 Abs 2 Bundesimmobiliengesetz, wonach Aufgabe der BIG ist, den Raumbedarf des Bundes zu befriedigen, insbesondere durch die Bereitstellung der in Anlage A Bundesimmobiliengesetz 2000 angeführten Objekte, zu denen auch die von den öffentlichen Universitäten genutzten Immobilien zählen. Das Gesetz hat somit als Befriedigung des Bedarfs des Bundes (auch) das Eingehen von Bundes- und sonstigen Vertragsverhältnissen mit den öffentlichen Universitäten vor Augen. Folglich dürften die von der BIG im Bereich der Immobilienbewirtschaftung der

⁸² Wobei nochmals darauf hinzuweisen ist, dass nunmehr Art 12 Abs 2 Allgemeine VergabeRL die Schwesternvergabe, die der EuGH in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg noch vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht ausgenommen hat, ausdrücklich als einen „Inhouse-Tatbestand“ und damit entsprechende Ausnahme vorsieht.

⁸³ Vgl zum Wesentlichkeitskriterium grundlegend EuGH 11.5.2006, Rs C-340/04 (Carbotermo) Rz 58 ff. In diesem Urteil hat der EuGH klargestellt, dass Tätigkeiten dann „im Wesentlichen“ für den kontrollierenden Rechtsträger verrichtet werden, wenn sie auf die Vergabeentscheidungen dieses Rechtsträgers zurückzuführen sind. Indem die Universitäten bei ihren Vergabeentscheidungen im Bereich der Immobilienbewirtschaftung dem maßgebenden Einfluss des Bundes unterliegen, sind die Tätigkeiten, die die BIG als Auftragnehmerin der Universitäten erbringt, wohl auf die Vergabeentscheidungen des Bundes zurückzuführen. Nach dem EuGH ist für die Erfüllung des „Wesentlichkeitskriteriums“ nicht von Bedeutung, wer „die Person des Begünstigten“ ist, siehe EuGH 11.5.2006, Rs C-340/04 (Carbotermo) Rz 66 und ferner „kommt [es] nicht darauf an, wer das betreffende Unternehmen vergütet“, siehe EuGH 11.5.2006, Rs C-340/04 (Carbotermo) Rz 67.

⁸⁴ Der Gesetzesauftrag an die BIG bezieht sich ausdrücklich auch auf die öffentlichen Universitäten, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Bundesimmobiliengesetzes und den in der Anlage A zu diesem Gesetz, auf die der Gesetzesauftrag ausdrücklich verweist (siehe § 1 Abs 2 Z 1 und § 4 Abs 2 Bundesimmobiliengesetz), enthaltenen Immobilien der öffentlichen Universitäten ergibt.

⁸⁵ Siehe bereits oben Abschnitt III.

öffentlichen Universitäten erbrachten Tätigkeiten, ungeachtet der konkreten vergaberechtlichen Einordnung dieser Verhältnisse, als Tätigkeiten einzustufen sein, die gem § 10 Abs 1 Z 1 lit b BVergG 2018 *„der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen [die BIG] von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber [...] betraut wurde“*.

B. Die Immobilienbewirtschaftung der öffentlichen Universität mit der BIG als „öffentlich-öffentliche Kooperation“

Wie immer man die Frage der Kontrolle des Bundes über die öffentliche Universität (und damit im oben dargelegten Sinn das Vorliegen einer horizontale Inhouse-Vergabe zwischen BIG und öffentlicher Universität) beurteilen mag: Auf eine solche Kontrolle kommt es nicht an, wenn der Vertrag über ein Immobilienprojekt der öffentlichen Universität zwischen dieser und der BIG als „öffentlich-öffentliche Kooperation“ im Sinne des § 10 Abs 3 BVergG 2018 qualifiziert werden kann:

1. Allgemeine Voraussetzungen

§ 10 Abs 3 BVergG 2018 nimmt sogenannte „öffentlich-öffentliche Kooperationen“ vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 aus, wenn der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Auftraggebern begründet oder implementiert, mit der sichergestellt werden soll, dass von den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden können, die Implementierung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeit erbringen.

Dieser Ausnahmetatbestand beruht im Wesentlichen auf der Rechtsprechung des EuGH beginnend mit der Grundsatzentscheidung in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“.⁸⁶ In dieser Entscheidung ging es darum, dass ein ausgegliederter Rechtsträger der Stadt Hamburg, der für diese eine Abfallentsorgungsanlage betreibt, eine Kooperation mit vier Landkreisen über die Entsorgung ihrer Abfälle in dieser Entsorgungsanlage einging, die sicherstellen sollte, dass die Abfallentsorgungsanlage unter den besten wirtschaftlichen Bedingungen zu errichten und

⁸⁶ EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06 (Kommission/Deutschland bzw „Stadtreinigung Hamburg“).

zu betreiben war. Ungeachtet dessen, dass weder von der Stadt Hamburg zu den vier Landkreisen noch von den vier Landkreisen zur Stadtreinigung Hamburg in irgendeiner Weise eine Kontrollbeziehung bestand, sah der EuGH die ausschließlich im öffentlichen Interesse liegende Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung als öffentlich-öffentliche Kooperation vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen, insbesondere weil damit keine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs und keine Wettbewerbsbeeinträchtigung einherging.

Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zu Inhouse-Konstellationen ist also bei der öffentlich-öffentlichen Kooperation das Fehlen einer gemeinsamen Kontrolle; wesentliches Kennzeichen ist das der „Zusammenarbeit“.⁸⁷

Im Einzelnen ist für das Vorliegen einer öffentlich-öffentlichen Kooperation zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern also

- eine Zusammenarbeit beruhend auf einem kooperativen Konzept,⁸⁸
- zur gemeinsamen Erbringung einer „öffentlichen Dienstleistung“, also einer Dienstleistung im (ausschließlich) öffentlichen Interesse

erforderlich, wobei die beteiligten öffentlichen Auftraggeber nur „weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten“ am Markt erbringen dürfen.

Was zunächst das zuletzt genannte „Tätigkeitskriterium“ anlangt, so liegt dieses im Kooperationsverhältnis zwischen BIG und öffentlicher Universität insoweit wohl unstrittig vor, als die öffentliche Universität ihre räumliche Infrastruktur typischerweise zumindest zu 80% in Kooperation mit der BIG bewirtschaftet und die BIG ebenfalls in keinem, diesen Grenzwert übersteigenden Ausmaß eine Immobilienbewirtschaftungstätigkeit am Markt für private Dritte anbietet.⁸⁹

⁸⁷ Siehe *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht⁶ 90 ff; aus der Rechtsprechung nur EuGH 22.12.2022, Rs C-383/21, C-384/21 (Sambre und Biesme) Rz 77ff mwN aus dieser Rechtsprechung.

⁸⁸ ErwGr 33 Abs 3 VergabeRL.

⁸⁹ Dafür besteht mit der ARE ein gewerbliches Tochterunternehmen, womit die entsprechenden Tätigkeiten ausreichend getrennt sind.

2. *Vorliegen einer Zusammenarbeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels, das ausschließlich durch öffentliche Interessen bestimmt ist*

Wesentliches Charakteristikum einer „öffentlich-öffentlichen Kooperation“ ist eine „echte Zusammenarbeit“,⁹⁰ die auf dem Zusammenwirken („kollaborative Dimension“⁹¹) der Vertragspartner zur Erfüllung der von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen beruht. Eine solche Zusammenarbeit liegt jedenfalls nicht vor, wenn ein Vertragsteilnehmer bloß die Kostenerstattung (ein „Entgelt“) für die Dienstleistung durch den Vertragspartner übernimmt. „Echte Zusammenarbeit“ liegt dann vor, wenn die beteiligten öffentlichen Auftraggeber gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren.⁹²

Dass gute Argumente dafür sprechen, dass im vorliegenden Fall der Zusammenarbeit zwischen BIG und öffentlicher Universität im Dreiecksverhältnis mit dem finanzierenden Bund eine solche Zusammenarbeit vorliegt, wird schon durch das System des § 118a UG gestützt, der vor dem Hintergrund des Regelmodells der Finanzierung universitärer Infrastrukturprojekte⁹³ eine entsprechende gemeinsame Planung und Durchführung von Immobilienprojekten durch BIG und öffentliche Universität voraussetzt, in der eben die öffentliche Universität nicht etwa die Errichtung eines Bauwerks oder dessen Sanierung beauftragt, sondern eine Lösung für die benötigte räumliche Infrastruktur mit der schon bisher bestandgebenden oder jedenfalls in Zukunft bestandgebenden BIG unter Einbindung des finanzierenden Bundes erarbeitet, die auf eine gemeinsame Bewirtschaftung der Immobilie über deren Lebensdauer hin ausgerichtet ist.

Die gesetzliche Verpflichtung einerseits der BIG mit der Aufgabe der Vorsorge auch für universitäre räumliche Infrastruktur für den Bund und andererseits der öffentlichen Universität auf ein Bestandverhältnis mit der BIG (hinsichtlich ihrer räumlichen Infrastruktur „im Altbestand“ wie im System des § 118a UG über die Vereinbarung mit dem Bundesminister auf das Regelmodell mit der BIG) begründen auch, dass BIG und öffentliche Universität gesetzlich und in weiterer Folge über die Vereinbarungen gemäß § 118a UG⁹⁴ in Bezug auf die öffentliche Universität mit der gemeinsamen Aufgabe der Bewirtschaftung der räumlichen Infrastruktur

⁹⁰ *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht⁶ 93; EuGH 22.12.2022, Rs C-383/21, C-384/21 (Sambre und Biesme) Rz 81ff mwN.

⁹¹ Siehe VwGH 17.4.2023, Ra 2020/04/0045, Rz 19.

⁹² EuGH 4.6.2020, Rs C-429/19 (Remondis II) Rz 33.

⁹³ Siehe oben Punkt I./A.

⁹⁴ Diese Vereinbarungen sind öffentlich-rechtlicher Natur (und keine privatrechtlichen Verträge), siehe *Holoubek/Schöndorfer-Haslauer* in *Perthold-Stoitzner*, UG^{3.02} § 118a Rz 26; damit erfüllen solche Vereinbarungen den Betrauungsbegriff des Art 106 Abs 2 AEUV, hier können alle Formen öffentlich-rechtlichen Handelns für eine Betrauung genutzt werden, siehe etwa *Krajewski* in *Pechstein/Nowak/Häde* (Hrsg), Frankfurter Kommentar² (2023) Art 106 AEUV Rz 77.

der Universität im vergaberechtlichen Sinn „betraut“ sind. Insbesondere im Hinblick auf die Finanzierungsverantwortung des Bundes sind BIG und öffentliche Universität im hier in Rede stehenden Regelmodell auf eine Kooperation zur Bewältigung einer gemeinsamen Aufgabe angewiesen. Es steht die gemeinsame Aufgabe der Bereitstellung entsprechender universitärer räumlicher Infrastruktur in Rede und nicht ein öffentliches Interesse an entsprechender räumlicher Infrastruktur, das sowohl BIG wie öffentliche Universität jeweils für sich befriedigen wollen und lediglich gemeinsam organisieren.⁹⁵

Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Konstellation auch klar vom Ausgangssachverhalt in der Rechtssache Technische Universität Hamburg-Harburg. Die Erbringung von IT-Managementdienstleistungen war dort keine gemeinsame Aufgabe des beauftragten öffentlichen Auftraggebers und der Technischen Universität. Insoweit hat diesbezüglich der EuGH in seinem Urteil zurecht darauf hingewiesen, dass die Zusammenarbeit zwischen der Universität und der HIS nicht der Erledigung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe im Sinne seiner Rechtsprechung dient.⁹⁶

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke at the end.

⁹⁵ Zu einer solchen Konstellation EuGH 13.6.2013, Rs C-386/11 (Piepenbrock) Rz 41 zu Reinigungsdienstleistungen, die jeder der beteiligten öffentlichen Auftraggeber benötigte; vgl im Hinblick auf Beratungsverträge einer Universität für eine Kommunalverwaltung EuGH 19.12.2012, Rs C-159/11 (Lecce), wo der EuGH die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen einer öffentlich-öffentlichen Kooperation am konkreten Sachverhalt zwar als Aufgabe des nationalen Gerichts sieht, aber doch erkennen lässt (siehe EuGH 19.12.2012, Rs C-159/11 (Lecce) Rz 37), dass er bei einem solchen reinen Beratungsvertrag dem Vorliegen einer gemeinsam obliegenden öffentlichen Aufgabe skeptisch gegenübersteht.

⁹⁶ EuGH 8.5.2014, Rs C-15/13 (Technische Universität Hamburg-Harburg) Rz 35.