

## Dissertation

# „Umgehungskonstruktionen und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vergabe von Bauaufträgen in der Praxis“

### Fragestellung:

Welche Möglichkeiten gibt es, um bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts zu fallen?

### Methodik:

Nach Darstellung der rechtlichen Grundlagen unter Einbeziehung der Judikatur und Literatur beschäftigt sich die Dissertation mit spezifischen Vertragsmodellen und der Frage, ob diese dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen.

### Kurzbeschreibung des Inhalts:

Dem Vergaberecht unterliegen Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand auf Grund entgeltlicher Verträge, deren Funktion in der zumindest mittelbaren Nachfrage von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen besteht, während die reine Veräußerung von Vermögenswerten nicht erfasst wird.

Als Bauauftrag im Sinne des Vergaberechts sind auch solche Verträge zu qualifizieren, deren Vertragsgegenstand die Erbringung einer Bauleistung (durch Dritte) gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln, zum Inhalt haben. Für das Vorliegen von „Erfordernissen“ des Auftraggebers ist entscheidend, dass dieser die Vorgaben nicht in Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen trifft, er ursächlich für die Realisierung des Projektes ist, mit dem Auftrag die Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos für ihn verbunden ist, sowie technische Vorgaben von ihm getroffen werden, welche über die einer funktionalen Leistungsbeschreibung hinausgehen. Ausschlaggebend ist dabei ein umfassendes Begriffsverständnis von „Erfordernissen“, welches an einen wirtschaftlich-technisch-rechtlichen Kontext anknüpft.

In Zusammenschau mit der Ausnahmebestimmung für Immobilientransaktionen ist relevant, ob Ziel des öffentlichen Auftraggebers die Errichtung eines Gebäudes oder die bloße Nutzungsüberlassung des Bauwerks auf Zeit ist. Insofern ist die ursprüngliche Absicht des

öffentlichen Auftraggebers für die Einordnung, als vom Vergaberecht erfasster Bauauftrag oder der Ausnahmebestimmung unterliegendes Immobiliengeschäft, relevant.

In der Fülle von Anwendungsfällen in der Praxis ist stets zu hinterfragen, ob die Funktion des Vertragswerkes in der Erbringung einer Bauleistung oder einem anderen Zweck begründet liegt und ob mit diesem auch ein Beschaffungszweck des öffentlichen Auftraggebers verbunden ist. Im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist daher abzuklären, welche Rechtshandlungen des Auftraggebers seinem Beschaffungsziel dienen, mit diesem in einem sachlich-zeitlichen Zusammenhang stehen und insofern Bestandteil des zu beurteilenden Beschaffungsvorganges sind. Die vergaberechtliche Beurteilung derartiger (zumeist gemischter) Verträge hat sodann nach dem Schwerpunkt der Leistungserbringung, also welcher Teil inhaltlich und funktionell den Hauptgegenstand bildet, zu erfolgen.