

Dienstzettel

An die

[REDACTED]

Per mail:

[REDACTED]

im Hause

Betrifft: Anwendbarkeit des BVergG 2006 auf die Diözese [REDACTED]; Beurteilung der Auftraggebereigenschaft; 100%-ige Förderung des Projektes „Sanierung des historischen [REDACTED]klosters [REDACTED]“

Zu Ihrer Anfrage vom 5. Mai 2010 betreffend die vergaberechtliche Beurteilung der Diözese [REDACTED] teilt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst Folgendes mit:

Einleitend ist vorzuschicken, dass es nicht im Belieben der Parteien steht, über die Anwendung des Vergaberechts zu entscheiden, sodass die Selbstklassifizierung eines Rechtsträgers nicht die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes zur Folge haben kann. Vielmehr ist ausschließlich die tatsächliche rechtliche Qualität der Einrichtung gemessen an den vergaberechtlichen Maßstäben entscheidend.

I. Gegenstand der Stellungnahme:

Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme ist zuvorderst die Frage, ob - losgelöst von den Tatbeständen des § 3 Abs 2ff BVergG 2006 (siehe dazu unten die Ausführungen zu den Fördertatbeständen Pkt. III) - die Diözese [REDACTED] (im Fördervertrag wird die Diözese falsch – vgl. zur Bezeichnung BGBl. Nr. [REDACTED] – als Diözese „[REDACTED]“ bezeichnet) als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist. Eine generelle Aussage darüber, ob „kirchliche Einrichtungen“ per se dem Vergaberecht

unterfallen, kann nicht getroffen werden. Wie noch näher ausgeführt werden wird, kommt es bei der diesbezüglichen Beurteilung stets auf die Umstände des Einzelfalls an, sodass nur allgemein jene Faktoren dargestellt werden können, anhand derer der jeweilige spezifische Sachverhalt zu beurteilen ist.

II. Allgemein zum „öffentlichen Auftraggeberbegriff“:

Unter der Überschrift „Öffentliche Auftraggeber und sonstige zur Anwendung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verpflichtete Auftraggeber“ ordnet § 3 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 (idF: BVergG 2006), BGBl I Nr 17/2006 idgF, folgendes an (es ist zu beachten, dass die folgende Definition abgesehen von marginalen sprachlichen Abweichungen völlig der Definition der Vergaberichtlinie 2004/18/EG entspricht) :

„Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände,
2. Einrichtungen, die
 - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
 - b) zumindest teilrechtsfähig sind und
 - c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind,
3. Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.“

Das BVergG 2006 findet nur auf die Beschaffungstätigkeiten jener Auftraggeber Anwendung, die die Kriterien des § 3 leg cit erfüllen. Auf die Bestimmungen über Sektorenauftraggeber, § 163ff BVergG 2006, braucht mangels Hinweis auf eine Sektorentätigkeit durch die Diözese nicht näher eingegangen werden.

Im vorliegenden Fall sind § 3 Abs 1 Z 1 und 3 BVergG 2006 nicht einschlägig, jedoch könnten die Voraussetzungen der Z 2 leg. cit. erfüllt sein. Damit eine Einrichtung unter Z 2 leg cit subsumiert werden kann und damit in den Anwendungsbereich des BVergG 2006 fällt, müssen die lit a, b und c der Z 2 kumulativ (vgl. dazu etwa EuGH Rs C-283/00, *Kommission gegen Spanien*, Rz 69, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*, Rz 36) vorliegen. Da die genannten Tatbestände auf Sekundärrecht zurückzuführen sind, sind sie autonom gemäß den Maßstäben des Gemeinschaftsrechts auszulegen (vgl. dafür etwa EuGH Rs C-373/00, *Truley*, Rz 40 und 45, Rs C-283/00, *Kommission gegen Spanien*, Rz 79).

In der österreichischen Literatur finden sich regelmäßig keine näheren Ausführungen zur Qualifikation von kirchlichen Einrichtungen in Bezug auf das System des Vergaberechts (vgl. dazu *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003), 198, *Potz/Schinkele*, Religionsrecht im Überblick² (2007), 79), nur vereinzelt wird zur Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auf „kirchliche Einrichtungen“ explizit Stellung genommen: *Schima*, Die wichtigsten religionsrechtlichen Regelungen des Bundesrechts und des Landesrechts, Jahrgang 2006, ÖARR 2008, 123 [124]) führt - nicht näher konkretisiert - aus, dass Religionsgemeinschaften, gleich welchen juristischen Personentyps auch immer, „nach wie vor“ nicht unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers im Sinne des BVergG 2006 zu subsumieren seien. *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 467, verneint dies in Bezug auf Kirchen und Religionsgesellschaften ebenfalls, da „*sie schon mangels staatlichen Einflusses nicht als öffentliche Auftraggeber in Betracht [kommen]*“. Hingegen sind nach *Egger*, aaO, Rz 468, Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft gesondert zu prüfen.

II. 1. Zu den Tatbestandselementen der Definition:

a) Zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind:

Damit § 3 Abs 1 Z 2 lit a erfüllt ist, müssen drei voneinander zu trennende (wenngleich letztlich mit einander in Verbindung stehende) Umstände erfüllt sein:

Die zu beurteilende Aufgabe muss im Allgemeininteresse liegen, sie muss „nicht gewerblicher Art“ sein und schließlich muss der Gründungszweck der in Rede stehenden Einrichtungen auf die Erfüllung der vorgenannten Aufgabe gerichtet sein.

In den Erläuterungen zum BVergG 2006 (1171 BlgNR 22. GP, 23) wird zum Tatbestandselement der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wie folgt ausgeführt:

„Die Richtlinien enthalten keine Definition des Begriffes ‚Allgemeininteresse‘. Die Richtlinie verweist aber auch nicht auf die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, sodass dieser Begriff autonom, d.h. gemeinschaftsrechtlich im Hinblick auf Kontext und Zweck der Regelung auszulegen ist (C-283/00, C-470/99, C-373/00). Unter ‚im Allgemeininteresse liegende Aufgaben‘ ist ein gewisser Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge) zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird. Eine diesbezügliche Orientierung bietet etwa Art. 86 Abs. 2 EGV samt einschlägiger Judikatur des EuGH. Im Allgemeinen kann man davon ausgehen, dass ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform einer öffentlichen Zwecksetzung und damit der Verwirklichung eines Allgemeininteresses dient. Dass dabei wirtschaftliche Grundsätze zu beachten sind (vgl.

etwa Art. 126b Abs. 5 B-VG), steht der Verpflichtung auf das Allgemeininteresse nicht entgegen. Handelt der Staat (im weitesten, funktionellen Sinne zu verstehen; vgl. EuGH Rs 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635) hingegen in privatrechtlichen Formen (Privatwirtschaftsverwaltung; Art. 17 B-VG), so gilt diese Vermutung nicht. Dass der mit der Wirtschaftstätigkeit erzielte Gewinn letztendlich dem ‚Staat‘ zugute kommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses alleine ebenfalls nicht aus. Hinzu treten muss eine spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann.“

Wie der für die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen letztlich zuständige EuGH festgehalten hat, *„stellen im Allgemeinen Aufgaben, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar“* (EuGH Rs C-360/96, *BFI Holding*, Rz 50 und 51, Rs C-223/99 und C-260/99, *Agorà und Excelsior*, Rz 37, Rs C-373/00, *Truley*, Rz 50, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*, Rz 40). An anderer Stelle hat der EuGH darauf abgestellt, ob die Aufgaben *„ihrem Wesen nach mit der öffentlichen Ordnung verknüpft [sind]“* (Rs C-283/00, Rz 85).

Legt man dieses Verständnis von „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben“ der Beurteilung der Tätigkeit der Diözese zu Grunde, scheidet eine Einordnung von Diözesen als öffentliche Auftraggeber nach Auffassung des Verfassungsdienstes in der Regel aus folgenden Gründen aus:

Vor dem konkreten Hintergrund der Anfrage, kann man mit *Gampl*, Österreichisches Staatskirchenrecht (1971), § 7 (S. 25) als „Kirche“ allgemein eine *„organisierte Gemeinschaft der Bekenner einer christlichen Religion, zum Zwecke der Übung und Wahrung einer ... bestimmten ... Form dieses Gottesglaubens“* verstehen (zu Definitionen betreffend die Begriffe „Religion“ und „Weltanschauung“ vgl. auch *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003), 2ff; vor dem Hintergrund, dass Kirchen und Religionsgesellschaften nur Partikularinteressen wahrnehmen, wird auch die Auffassung vertreten, dass sie keine Aufgaben im „Allgemeininteresse“ erfüllen; vgl. dazu *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 467 mwN; dies steht aber mit dem Universalitätsanspruch mancher Kirchen und Religionsgesellschaften in einem Spannungsverhältnis).

Im der Anfrage handelt es sich um die katholische Form des Gottesglaubens. Der Verfassungsdienst geht davon aus, dass die Kernaufgaben der katholischen Kirche (und daher auch ihrer Teilkirchen) die Verkündigung des Evangeliums (Verkündigungsdienst der Kirche; vgl. Codex Iuris Canonici – CIC 1983, Canon 747ff) und der Heiligungsdienst der Kirche (CIC 1983 Canon 834ff) sind. Im Rahmen des Verkündigungsdienstes ist etwa „für die Katechese des christlichen Volkes“ zu sorgen (s. CIC 1983 Canon 773ff) sowie die Evangelisierung zu betreiben (Missionstätigkeit der Kirche; vgl. CIC 1983 Canon 781ff). Im Rahmen des Heiligungsdienstes steht insbesondere das Spenden der Sakramente im Vordergrund (vgl. CIC 1983 Canon 840ff). „Der Kirche kommt es zu, immer und überall die sittlichen Grundsätze auch über die soziale Ordnung zu verkündigen wie auch über menschliche Dinge jedweder Art zu urteilen, insoweit die Grundrechte der menschlichen Person oder das Heil der Seelen dies erfordern.“ (so CIC 1983 Canon 747 § 2).

Eine Diözese ist eine territoriale Untergliederung der katholischen Kirche in Österreich, die im Konkordat 1933 bzw. in einem Diözesanerrichtungsvertrag (für die Diözese [REDACTED] vgl. BGBl Nr. [REDACTED]) fixiert ist. Die Diözese ist „der Teil des Gottesvolkes, der dem Bischof in Zusammenarbeit mit dem Presbyterium zu weiden anvertraut wird, indem sie ihrem Hirten anhängt und von ihm durch das Evangelium und die Eucharistie im Heiligen Geist zusammengeführt wird, bildet sie eine Teilkirche, in der die eine, heilige, katholische und apostolische Kirche Christi wahrhaft gegenwärtig ist und wirkt“ (so CIC 1983 Canon 369).

Bei den Aufgaben des Verkündigungs- bzw. Heiligungsdienstes (idF: „kirchliche Kernaufgaben bzw. Kerntätigkeiten“) einer Diözese handelt es sich nach Auffassung des Verfassungsdienstes in der Regel nicht um Aufgaben, die der Staat grundsätzlich selbst erfüllen oder bei der er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte oder die ihrem Wesen nach mit der öffentlichen Ordnung verknüpft sind (zur Ausnahme vgl. den Schul- und Universitätsbereich vgl. CIC 1983 Canon 796ff). Vielmehr handelt es sich hierbei um Aufgabenbereiche, in denen nach der österreichischen Rechtsordnung staatliche Einwirkungen und Zwänge nur sehr eingeschränkt zulässig sind (vgl. dazu Art. 14 bis 16 StGG, Art. 9 MRK, Grabenwarter in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 14 StGG und Art. 9 MRK, VfSlg 1408/1931, VfSlg 3220/1957).

Die Annahme, dass die Diözese keine Aufgaben im Allgemeininteresse iSd Vergaberechts erfüllt, gilt allerdings nur mit der Maßgabe, dass die Diözese ausschließlich die

oben beschriebenen kirchlichen Kernaufgaben wahrnimmt (und zwar unter Ausschluss jener Aufgaben, die zwar nach kirchlichem Verständnis Kernaufgaben darstellen, gleichzeitig aber auch als Aufgaben im Allgemeininteresse nach dem System des Vergaberechts anzusehen sind). Werden darüber hinaus von der Diözese auch andere Aufgaben - etwa im Bereich der Daseinsvorsorge (z.B. Betreiben von Schulen, Spitälern, Heimen, Sozialeinrichtungen udgln.) - erfüllt, könnten diese Tätigkeiten als im Allgemeininteresse liegend beurteilt werden.

Diese Sichtweise wird auch durch die (deutsche) Literatur (*Seidel/Mertens* in *Dausen Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Rz 117) grundsätzlich bestätigt. Zur vergaberechtlichen Einordnung von öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften findet sich dort der Hinweis, dass diese Frage auf europäischer Ebene noch nicht abschließend entschieden ist. Als Grundsatz wird aber formuliert: *„Öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften sind keine öffentlichen Auftraggeber, wenn und solange sie im originär kirchlichen Bereich tätig werden.“* In diesen Fällen mangle es demnach am Merkmal von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben (ebenso im Ergebnis *Dietlein*, der Begriff des „funktionalen“ Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB, NZBau 2002, 136, *Hailbronner*, Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge, EWS 1995, 285, *Boesen*, Vergaberecht (2000), Rz 89 zu § 98 GWB).

Im Fall der gleichzeitigen Entfaltung sowohl von kirchlichen Kerntätigkeiten wie auch von Tätigkeiten im Allgemeininteresse durch die Diözese könnte das Vergaberecht auch auf diese anwendbar sein, denn nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu etwa Rs C-44/96, *Mannesmann*, Rz 25, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*, Rz 47) ist es *„unbeachtlich ... , dass die betreffende Einrichtung nicht nur ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe hat, sondern ... auch andere Tätigkeiten ausübt, solange sie weiterhin die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat. Welchen Anteil die ... [sonstigen] Tätigkeiten an den Gesamttätigkeiten dieser Einrichtung ausmachen, ist für die Frage, ob sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren ist, ebenfalls unerheblich“*.

Wie bereits oben ausgeführt, muss die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe „nicht gewerblicher Art“ sein. Der EuGH hielt dazu fest, dass *„das Kriterium der ‚nicht gewerblichen Art‘ den Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ... präzisieren soll“* (Rs C-360/96, *BFI Holding*, Rz 32).

In den Erläuterungen zum BVergG 2006 (1171 BlgNR 22. GP, 23) heißt es dazu:

„Das Vorliegen von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art ist objektiv zu beurteilen und die Rechtsform der Bestimmungen, in denen diese Aufgaben genannt sind, ist unerheblich. Der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, schließt nicht Aufgaben aus, die auch von Privatunternehmen erfüllt werden. Es kommt also nicht darauf an, ob diese Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden können. Das gemeinschaftliche Vergaberecht kann daher auf eine bestimmte Stelle angewandt werden, selbst wenn Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen oder erfüllen könnten (vgl. etwa EuGH Rs C-360/96 und C-223/99).

...

Der EuGH hat bei der Beurteilung des Vorliegens des Tatbestandsmerkmals „Aufgaben gewerblicher Art“ auf die Erbringung einer wirtschaftlichen Tätigkeit abgestellt, die auf dem Markt angeboten wird. Für den Gerichtshof offenbar besonders bedeutsam ist der Umstand, ob die Einrichtung, auch wenn sie keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, doch gemäß ihrer Satzung nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet. Sofern kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen ist und die Einrichtung daher selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, so spricht dies für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art.

...

Unter einer Einrichtung, die Aufgaben „gewerblicher Art“ besorgt, ist folglich eine Einrichtung zu verstehen, die in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibern unter den gleichen Bedingungen (d.h. unter Beachtung der gleichen wirtschaftlichen Regeln) wie diese am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt und das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzzisiko) ihres Handelns trägt.“

Nach Auffassung des Verfassungsdienstes stellen die kirchlichen Kerntätigkeiten der Diözese (unter der Maßgabe der oben erwähnten Ausnahme) keine Aufgaben gewerblicher Art dar, da diese keine (grenzüberschreitenden) Wirtschaftsvorgänge und somit auch keine „wirtschaftlichen Tätigkeiten“ iSd Unionsrechts darstellen (vgl. dazu insbes. Art. 57 AEUV und *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, Art. 49/50 EGV Rz 30 und 42). Werden hingegen andere Aufgaben (zusätzlich) wahrgenommen (siehe dazu schon oben), so bedarf es einer spezifischen Beurteilung eben jener Aufgaben im Einzelfall an Hand der oben dargestellten Parameter.

Nach der Definition des BVergG muss die Einrichtung, um als öffentlicher Auftraggeber iSd Gesetzes qualifiziert werden zu können, dazu „gegründet“ worden sein, (unter anderem) die oben beschriebenen Aufgaben im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art zu erfüllen.

Geht man mit *Holoubek/Fuchs* (*Holoubek/Fuchs* in *Schramm et al*, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 74 zu § 3) davon aus, dass „*die entscheidende Bedeutung der Anordnung, dass die Einrichtung ‚zu dem besonderen Zweck gegründet‘ sein muss, im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art zu erfüllen, ... in dem Erfordernis [liegt], dass die Aufgabe durch einen (öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen) staatlichen Rechtsakt übertragen wurde, die Aufgabenerfüllung also für die Einrichtung verpflichtend und nicht einseitig durch diese jederzeit abänderbar ist*“, dann gelangt man zur Auffassung, dass Diözesen im Bereich der kirchlichen Kerntätigkeiten in der Regel nicht dem BVergG 2006 unterfallen. Der „Gründungszweck“ einer Diözese („Entfaltung von kirchlichen Kerntätigkeiten“) wird generell aus anderem Interesse als dem in § 3 BVergG angeführten Allgemeininteresse erfolgen. Regelmäßig wird es auch an der qualifizierten Aufgabenübertragung durch staatlichen Rechtsakt mangeln bzw. könnte (zumindest theoretisch) die Diözese einseitig ihren Aufgabenbereich ändern.

Es ist dabei aber zu beachten, dass bei der Beurteilung, ob eine Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber anzusehen ist, ungeachtet des (ursprünglichen) Gründungszwecks in weiterer Folge auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit abzustellen ist (so EuGH Rs C-470/99, *Universale Bau*, Rz 46) und dass – wie bereits oben ausgeführt – die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber nicht ausscheidet, wenn die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nur einen unbedeutenden Anteil an der Gesamttätigkeit der betreffenden Einrichtung ausmacht. Sollte daher die Diözese nach ihrer Gründung auch Aufgaben im Allgemeininteresse übernehmen oder de facto erfüllen, dann wäre dieses Tatbestandselement erfüllt.

Allgemein ist darauf hinzuweisen, dass aus der Judikatur des EuGH (vgl etwa Rs C-380/98, *University of Cambridge*, Rz 16) folgt, dass die Vergaberichtlinien den Zweck verfolgen, Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr zu beseitigen und somit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen sollen, „*die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten [...]. Folglich besteht der Zweck der Richtlinien darin, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen*

Überlegungen leiten lässt“ (vgl. in diesem Sinne auch Rs C-44/96, *Mannesmann*, Rz 33, und C-360/96, *BFI Holding*, Rz 42 und 43).

Aus der Judikatur des EuGH ergibt sich weiters, dass der Begriff des öffentlichen Auftraggebers einschließlich des Begriffes der Einrichtung des öffentlichen Rechts funktionell zu verstehen ist (Rs C-353/96, *Kommission gegen Irland*, Rz 36).

Aus dem Vorgesagten wird jedenfalls deutlich, dass eine Ausnahme vom Vergaberecht auf Grund der generellen Ausrichtung einer Diözese idR zwar bestehen dürfte, dies aber dennoch im Einzelfall gesondert zu untersuchen ist.

b) zumindest teilrechtsfähig:

Artikel II des Konkordates zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich, BGBl. Nr. 2/1934 idgF, bestimmt folgendes: *„Die katholische Kirche genießt in Österreich öffentlich-rechtliche Stellung. Ihre einzelnen Einrichtungen, welche nach dem kanonischen Rechte Rechtspersönlichkeit haben, genießen Rechtspersönlichkeit auch für den staatlichen Bereich, insoweit sie bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Konkordates in Österreich bestehen. Künftig zu errichtende erlangen Rechtspersönlichkeit für den staatlichen Bereich, wenn sie unter der in diesem Konkordate vorgesehenen Mitwirkung der Staatsgewalt entstehen.“*

Der Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Republik Österreich betreffend die Erhebung der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] zu einer Diözese vom [REDACTED] [REDACTED], BGBl. Nr. [REDACTED], bestimmt darüber hinaus (vgl. dessen Art. V Abs 1), dass die Diözese [REDACTED] „mit der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] hinsichtlich ihrer Rechtspersönlichkeit identisch [ist]. Die Diözese, der Bischöfliche Stuhl und das Kathedralkapitel haben Rechtspersönlichkeit für den staatlichen Bereich und genießen die Rechte öffentlich-rechtlicher Körperschaften.“

Der Verfassungsdienst geht daher davon aus, dass die Diözese [REDACTED] Rechtspersönlichkeit hat (ebenso *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003), 459, *Gampl*, Österreichisches Staatskirchenrecht (1971), § 65 (S. 238), und idS auch schon zur Vorgängerorganisation *Melichar*, Die Rechtspersönlichkeit der Diözesen der katholischen Kirche nach österreichischem Staatskirchenrecht, Archiv 1952, 229 (259)).

c) überwiegende „staatliche“ Finanzierung (§ 3 Abs 1 Z 2 lit c):

Zur Auslegung des Finanzierungstatbestandes des § 3 Abs 1 Z 2 lit c BVergG 2006 (die anderen beiden Tatbestände von § 3 Abs 1 Z 2 lit c kommen nach den dem Verfassungsdienst zugänglichen Informationen von vornherein nicht in Betracht) hielt der EuGH (Rs- C-380/98, *University of Cambridge*) fest, dass der zeitliche Betrachtungsrahmen auf jährlicher Basis vorzunehmen ist.

In Rz 41 des Urteils heißt es wörtlich:

„Vor diesem Hintergrund gebieten es die Erfordernisse der Rechtssicherheit und der Transparenz, dass sowohl die betroffene Universität als auch beteiligte Dritte von Beginn des Haushaltsjahres an wissen, ob die für dieses Haushaltsjahr geplanten Aufträge in den Anwendungsbereich der Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37 fallen. Daraus folgt, dass für die Einstufung einer Universität als ‚öffentlicher Auftraggeber‘ die Berechnung ihrer Finanzierung auf der Grundlage der zu Beginn des Haushaltsjahres verfügbaren, gegebenenfalls auch nur veranschlagten Zahlen vorzunehmen ist.“

Als „überwiegende“ Finanzierung iSd Vergaberechts qualifiziert der EuGH eine 50% der (Gesamt)Finanzierung übersteigende Mittelzuweisung durch andere öffentliche Auftraggeber (so Rs C-380/98, Rz 30, und Rs C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*, Rz 33). Zu beachten ist, dass nur Mittelzuweisungen „ohne spezifische Gegenleistung“ im hier interessierenden Kontext relevant sind (so Rs C-380/96, Rz 23 bis 25, Rs C-337/06, Rz 45). Dies bedeutet, dass etwa Geldflüsse an die Diözese, die aufgrund eines in einem Wettbewerbsverfahren vergebenen Auftragsverhältnisses entrichtet würden oder Spenden privater Personen, nicht als „staatliche“ Finanzierung iSd BVergG zu qualifizieren wären.

Der EuGH hat ferner festgehalten, dass die Vergaberichtlinien (und demzufolge auch das BVergG 2006) „keine näheren Angaben zu der Art und Weise enthält, in der die Finanzierung ... zu erfolgen hat. So verlangt diese Vorschrift insbesondere nicht, dass die Tätigkeit der fraglichen [Einrichtung] direkt vom Staat oder einer anderen Einrichtung des öffentlichen Rechts finanziert wird, damit die betreffende Voraussetzung erfüllt ist.“ Unter Berufung auf Ziel und Zweck der Vergaberichtlinien stellt der EuGH fest, dass „der Begriff der ‚Finanzierung durch den Staat‘ funktionell zu verstehen ist“ (Rs C-337/06, Rz 40). Wird daher beispielsweise die überwiegende Finanzierung der Tätigkeit der zu untersuchenden Einrichtungen durch (bzw. in) einem staatlichen Akt sichergestellt, ist sie gesetzlich vorgesehen und auferlegt und ergibt sich nicht aus einem Rechtsgeschäft zwischen der fraglichen Einrichtung und den Be-

troffenen (Verbraucher, Konsumenten, Mitglieder usw.), stellt die Geldleistung keine Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme der von der fraglichen Einrichtungen erbrachten Dienstleistungen dar, ist auch die Höhe der Geldleistung nicht das Ergebnis einer vertraglichen Beziehung zwischen den betroffenen Parteien oder kann im Fall des Zahlungsverzuges der Rückstand unmittelbar auf Ersuchen der fraglichen Einrichtung (zwangsweise) eingebracht werden, so ist diese Art der Finanzierung als „staatliche“ Finanzierung zu qualifizieren (vgl. dazu Rs C-337/06, Rz 40ff).

Vor diesem Hintergrund wäre die konkrete Finanzierungsstruktur der Diözese ■■■■■ zu beurteilen. Nach den dem Verfassungsdienst zur Verfügung stehenden Informationen wird der Finanzbedarf der Diözese hauptsächlich durch zwei Mittelzuweisungen bedeckt. Einerseits erfolgen regelmäßig wiederkehrenden Leistungen der Republik Österreich an die katholische Kirche gemäß dem Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Republik Österreich zur Regelung von vermögensrechtlichen Beziehungen, BGBl Nr. 195/1960 idF BGBl. III Nr. 120/2009. Danach werden derzeit jährlich 17,295 Mio. € an die katholische Kirche überwiesen, die in weiterer Folge über die Aufteilung der Geldmittel selbst entscheidet. Diese Mittel haben nicht (mehr) den Charakter einer Entschädigung (vgl. dazu 1412 BlgNR 11. GP, 3) und sind daher als „staatliche Finanzierung“ im og. Sinn zu qualifizieren. Andererseits erfolgt die Finanzierung durch die Einhebung der Kirchenbeiträge (vgl. dazu das Gesetz über die Erhebung von Kirchenbeiträgen im Lande Österreich (Kirchenbeitragsgesetz – KBG), GBlÖ Nr. 543/1939, und die darauf basierenden Kirchenbeitragsordnungen der Diözesen). Vorbehaltlich einer näheren Analyse des Kirchenbeitragssystems geht der Verfassungsdienst vorläufig davon aus, dass diese Beiträge nicht als „staatliche Finanzierung“ im og. Sinn anzusehen sind (ebenso auch *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), 128 FN 1037).

Da dem Verfassungsdienst aber keine umfassenden Informationen über die Finanzierungsstruktur der Diözese zur Verfügung stehen, kann eine abschließende Beurteilung nicht erfolgen.

Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden: Solange die Diözese ■■■■■ ausschließlich im Bereich der „kirchlichen Kerntätigkeiten“ tätig wird (ausgenommen sind Aufgaben, die sowohl kirchliche Kernaufgaben wie auch Aufgaben im

Allgemeininteresse darstellen), ist sie nach Auffassung des Verfassungsdienstes nicht als öffentlicher Auftraggeber iSd BVergG 2006 anzusehen. Demzufolge unterliegen auch Leistungen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Erfüllung der kirchlichen Kernaufgaben stehen (z.B. Bau von Kirchen) nicht dem gemeinschaftlichen bzw. dem österreichischen Vergaberecht. Anderes gilt dann, wenn die Diözese gleichzeitig auch Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnimmt. In diesem Fall hat eine detaillierte Analyse der konkreten Umstände an Hand des BVergG 2006 stattzufinden.

Explizit wird darauf hingewiesen, dass die oben dargestellte Analyse sich ausschließlich auf die Diözese bezieht und nicht auch sonstige Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft (z.B. Ordensspitäler).

III. Die Fördertatbestände des § 3 Abs 2 und 3 BVergG 2006:

Auch wenn die Diözese an sich nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2006 zu beurteilen ist, besteht dessen ungeachtet die Möglichkeit, dass Teile des BVergG 2006 anzuwenden sind.

§ 3 Abs 2 und 3 BVergG 2006, BGBl I Nr 17/2006, lauten:

„(2) Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Abs. 1 ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des **Anhanges I** oder Bauaufträge im Sinne des **Anhanges II** oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50 vH direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes.

(3) Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich im Namen und für Rechnung einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Abs. 1 ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des **Anhanges I** oder Bauaufträge im Sinne des **Anhanges II** oder Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit solchen Bauaufträgen, die sie zu mehr als 50 vH direkt subventionieren, vergeben, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes.

Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung ist zu beachten, dass dadurch Förderungsnehmer, die selbst keine „öffentlichen Auftraggeber“ sind, in den Anwendungsbereich des BVergG einbezogen werden (sog. „*projektbezogene Auftraggeber*“). § 3 Abs. 2 verpflichtet die betreffende Einrichtung selbst zur Einhaltung des BVergG bei der Auftragsvergabe (so auch *Holoubek/Fuchs*, aaO, Rz 93/94).

Sofern es sich um einen Auftrag im Sinne von § 3 Abs. 2 BVergG 2006 handelt und dieser tatsächlich zu mehr als 50 vH von einem öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG direkt subventioniert wird, wären die Bestimmungen des 1., 2. und des 4. bis 6. Teiles des BVergG 2006 anwendbar.

Aufgrund der übermittelten Unterlagen (Projektantrag und Fördervertrag) steht folgendes fest: Die Sanierung des historischen [REDACTED]klosters [REDACTED] umfasst insbes. bauliche Außen- und Innenmaßnahmen (z.B. Trockenlegung der Kreuzgangmauern, Erneuerung des Kanals, Erneuerung des Verputzes, Maler- und Anstreicherarbeiten, restauratorische Maßnahmen, Sanierung der Klostermauern, Arbeiten an der Fassade, Gewölbefanierung, (Teil)Sanierung des Innenmauerwerkes, Elektroinstallationen, Einbau einer Not-, Panik- und Fluchtwegbeleuchtung einer Videoüberwachung und einer neuen Alarm- und Brandmeldeanlage). Basierend auf den vorliegenden Unterlagen handelt es sich somit um einen Bauauftrag über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhangs I des BVergG 2006. Nach den do Angaben betragen die Gesamtkosten 356.500.- € und werden zu 100% von österreichischer Seite gefördert. Da es sich somit um keinen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt, sind § 3 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 nicht anwendbar.

IV. Weitere empfohlene Vorgangsweise:

Der Verfassungsdienst rät der do Abteilung zu folgender weiterer Vorgangsweise. Zur Klärung, ob die Diözese [REDACTED] ein öffentlicher Auftraggeber iSd BVergG 2006 ist, wären folgende Fragen relevant:

1. Welche Aufgaben besorgt die Diözese [REDACTED]? Erfüllt sie selbst auch Aufgaben im Allgemeininteresse (z.B. Betrieb von Schulen, Spitälern usw.)?
2. Wie stellt sich die Finanzierungsstruktur der Diözese im Detail dar?

Die entsprechenden Unterlagen wären von der Antragstellerin (Diözese [REDACTED]) abzufordern.

29. Juli 2010
FRUHMANN

Elektronisch gefertigt