

Partnerschaftliches Bauen

Vergabe- und beihilferechtliche Überlegungen zu PPP und Mietmodellen und Erschließungsträgerverträgen

Tobias Jordan, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Arnd Bühner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

PPP / ÖPP - nicht mehr im Trend (niedrige Zinsen?)

aber:

Generalunternehmer - gefragt (GU, auch GÜ, TU, TÜ)
= Planen + Bauen (+ Wartung)

Vorteile:

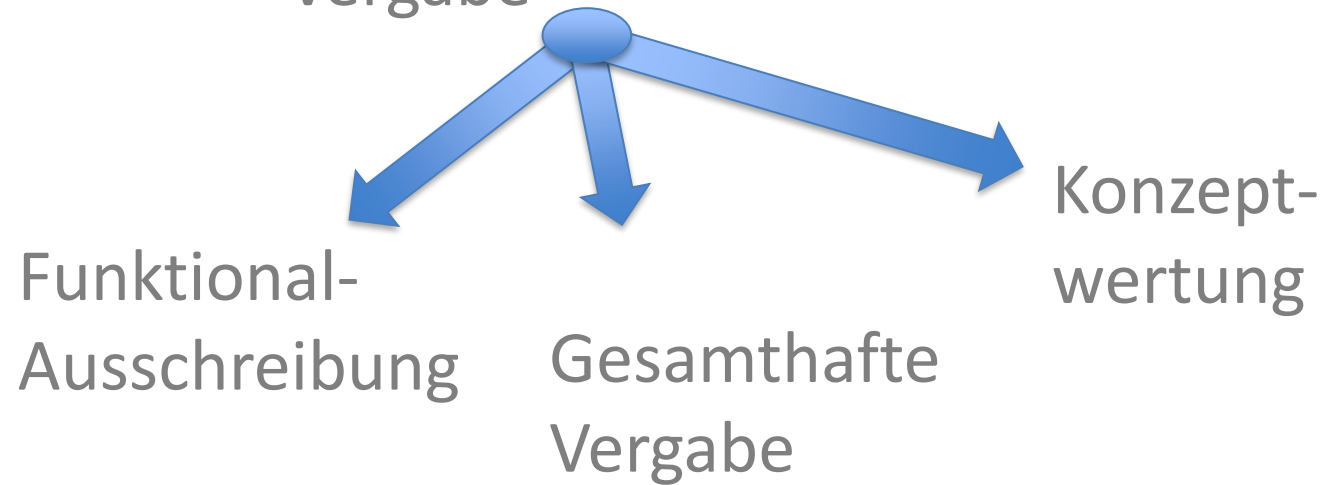
- Einbeziehung des Know-hows Dritter
- Festpreis, Fixtermin

Nachteile:

- „keine Bauüberwachung“
- GU-Zuschlag?

(§ 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 1 VOB/B: Pauschalsumme unverändert
z.B.: OLG München, Urteil vom 13.11.2019 –
27 U 4740/18 Bau; BGH, B. v. 26.08.2020 –
VII ZR 276/19: **Kein Nachtrag!**)

Generalunternehmer-
vergabe



Generalunternehmer-
vergabe



Funktional-
Ausschreibung

Zielbeschreibung

- keine Pläne erforderlich
- kein LV
- Beschreibung der Anforderungen
- Zweck der fertigen Leistung
- Technische, wirtschaftliche, gestalterische und funktionsbedingte Anforderungen

Generalunternehmer- vergabe



Gesamthafte Vergabe

Grundsatz:

„Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.“ (§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB)

Ausnahme:

„Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.“ (§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB)

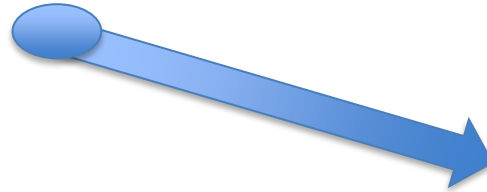
> Begründung anhand des jeweiligen Beschaffungsgegenstandes!

Beispiele: - Baufeld eng, schwierige Koordination

- Systembau/Modulbau

- zeitliche Vorgaben (z.B. in Zuwendungsbescheid)

Generalunternehmer-
vergabe



Konzept-
wertung

Zuschlagskriterien: nicht nur Preis, sondern auch Qualität

(VK Thüringen, B. v. 31.01.2020 - 250-4003-15476/2019-E-010-EA: „Preis als alleiniges Zuschlagskriterium nur bei homogenen oder standardisierten Lieferungen oder Leistungen“)

Rechtssichere Qualitäts-Wertung?

Schulnoten-Rechtsprechung:

1. Für qualitative Wertungskriterien dürfen (Schul-)Noten mit zugeordneten Punktwerten vergeben werden, ohne dass die Vergabeunterlagen weitere konkretisierende Angaben dazu enthalten, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl abhängen soll.
2. Der Gefahr, dass die Offenheit eines Wertungsschemas zu einer nicht hinreichend transparenten Vergabe führt, ist durch eingehende **Dokumentation** des Wertungsprozesses zu begegnen.
(BGH, Beschluss vom 04.04.2017 - X ZB 3/17)

Mietmodell am Beispiel „Zukunftsmuseum Nürnberg“

f

Zukunftsmuseum in Nürnberg eröffnet



17.09.2021

Nach mehr als drei Jahren Bauzeit wird am Freitag (17. September 2021) das Zukunftsmuseum in Nürnberg feierlich eröffnet. Die neue Zweigstelle vom Deutschen Museum in München will

Mietmodell am Beispiel „Zukunftsmuseum Nürnberg“

BAYERN

Zukunftsmuseum: Neues Gutachten befeuert Streit um Miete

Veröffentlicht am 29.07.2021 | Lesedauer: 5 Minuten



Das Zukunftsmuseum in Nürnberg. Foto: Daniel Karmann/dpa

Quelle: dpa-infocom GmbH

Die Kosten für die Zweigstelle des Deutschen Museums in Nürnberg sorgen seit Jahren für Streit. Dabei hat das Haus nicht mal geöffnet. Die Opposition fordert nun Antworten von Ministerpräsident Söder.

Nürnberg/München (dpa/lby) - Die Steuerzahler in Bayern müssen laut

EXKLUSIV Zukunftsmuseum Nürnberg

Söders teurer Traum

Stand: 22.01.2021 17:01 Uhr

Der bayerische Staat fördert eine Zweigstelle des Deutschen Museums in Nürnberg mit Millionen Euro. Kritiker halten den Mietvertrag für übersteuert, das Auswahlverfahren für intransparent. Anschließend bekommt die CSU eine Großspende.

Von Markus Grill, NDR/WDR

LÄNDERREPORT | Beitrag vom 19.08.2021

Nürnberger Zukunftsmuseum

Hohe Mietkosten mit Geschmäcke

Von Tobias Krone

29. Juli 2021, 15:23 Uhr Zukunftsmuseum in Nürnberg

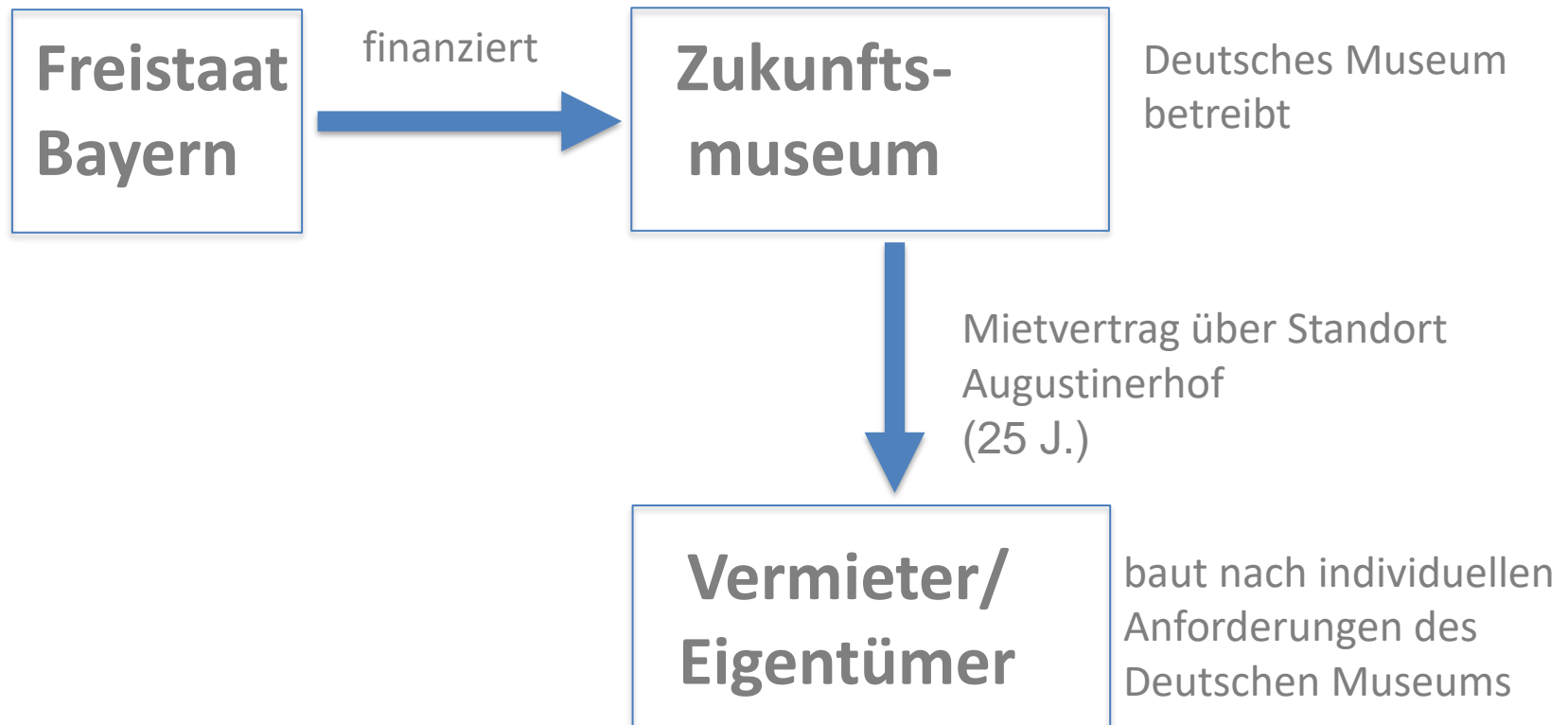
Gutachten setzen Staatsregierung unter Druck



Das neue Zukunftsmuseum ist eine Zweigstelle des Deutschen Museums München. Das Nürnberger Haus steckt noch in den Vorbereitungen für die Eröffnung. (Foto: dpa)

Die Mietkosten für das Objekt sind womöglich um 36 Millionen Euro zu hoch. Die Opposition spricht von einem der "größten Immobilienskandale in der Geschichte des Freistaats" und verlangt Antworten von Markus Söder.

Mietmodell am Beispiel „Zukunftsmuseum Nürnberg“



Chronologie Zukunftsmuseum Nürnberg

- 2008 Architektenwettbewerb / Sieger Staub Architekten erhalten
Planungsauftrag
- Interimsnutzung Parkplatz
- 2014 Baugenehmigung Wohnen, Gewerbe, Gastro und Hotel
- 2017 Abschluss Mietvertrag für Museum
Umplanung für Museumsnutzung, u.a. Entfall eines Stockwerks
- 2018 Grundsteinlegung
- 2019 Richtfest
- 2020 Eröffnung Augustinerhof
- 2021 Eröffnung Zukunftsmuseum

Abschluß des Mietvertrages vergaberechtsfrei möglich ?

Vergaberechtsfreiheit für Mietverträge über vorhandenes Gebäude

Problem: Gebäude physisch noch nicht vorhanden, aber baurechtlich gesichert

pro Vergabefreiheit

- Kubatur steht auf Grund Baugenehmigung fest
- Vom Mieter verlangte Umbauten an Mietobjekten machen Mietvertrag nicht zum Bauauftrag

contra Vergabefreiheit

- Entfall eines Stockwerks stellt Fundamentaleingriff in Bauwerk da
- Spezialimmobilie / Drittverwendungsfähigkeit nicht gegeben
- Ausnahmevorschrift § 107 GWB eng auszulegen

Wenn § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht greifen sollte:

Mietvertrag über 25 Jahre ist Bauauftrag
§ 103 Abs. 3 S. 2 GWB

Ein Bauauftrag liegt noch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber (...) genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

Richtiges Vergabeverfahren ?

Grundsatz: Verhandlungsverfahren oder Wettbewerblicher Dialog mit
EU-Teilnahmewettbewerb § 3a Abs. 2 EU VOB/A

Ausnahme: Verzicht an Teilnahmewettbewerb, wenn nur ein Grundstück in
Betracht kommt
§ 3a Abs. 3 Nr. 3c EU VOB/A

kommt nur in Betracht wenn

- es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und
- der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen
Einschränkung der Auftragsparameter ist

→ Aus politischen Gründen enthalten wir uns einer Wertung

EU-Beihilfenrecht (Art. 107 Abs. 1 AEUV)

- Prüfungsnotwendigkeit, weil Mietvertrag wettbewerbsfrei vergeben wurde
- Wurde der Vermieter begünstigt ?
- Dies ist nicht der Fall, wenn zu Markt angemessenen Konditionen angemietet wurde
- Marktangemessenheit ist zu beurteilen anhand von Vergleichsmieten (Wertgutachten) und des Vertragsbedingungen (Laufzeit, Kündbarkeit, Verlängerungsoptionen und Endschaftsklauseln)

Partnerschaftliches Bauen

Vergabe- und beihilferechtliche Überlegungen zu Erschließungsträgerverträgen

Rechtlicher Ausgangspunkt:

Erschließung ist Aufgabe der Gemeinde
§ 123 Abs. 1 BauGB

Wikipedia:

Erschließungsträger sind Unternehmen, die die Erschließung von Grundstücken herstellen, insbesondere Straßen- und Wege sowie Ver- und Entsorgungseinrichtungen

Konventionelle Art der Aufgabenerfüllung:

1. Gemeinde schreibt Planung und Bau aus,
2. vergütet Planer und Baufirmen,
3. erhebt Erschließungsbeiträge,
4. daneben erfolgt Abgabenerhebung für Abwasser, Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser § 127 Abs. 4 BauGB
5. Voraussetzung: wirksame Erschließungsbeitragssatzung und Beitragskalkulation § 132 BauGB
6. Parallel ggfls. Umlegungsverfahren

Herausforderungen:

1) Personal- und Kapitalaufwand

- Kosten eigenen Personals idR nicht umlagefähig
- Vorfinanzierungsaufwand (Geltendmachung von Vorausleistungen möglich)
- 10% Eigenbeteiligung der Kommune § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB

2) Faktor Zeit

- Ausschreibung von Planer- und Baufirmen
- Koordinationsaufwand (Vergabe-, Bauaufgabe und Spartenträger)
- Fachkräftemangel/beschränkte personelle Ressourcen
- andererseits dringender Bedarf an Wohn- und Gewerbeflächen

Wer kann helfen ?

Möglichkeit der Zusammenarbeit mit Erschließungsträgern

Rechtlicher Ausgangspunkt:

§ 11 Abs. 1 S. 2 BauGB städtebauliche Verträge (früher § 124 BauGB)
Vertragsgegenstände können sein (nicht abschließend):

Nr. 1

- Neuordnung der Grundstücksverhältnisse
- Herstellung von Erschließungsanlagen
- Ausarbeitung städtebaulicher Planungen

Nr. 3

- Kostenübernahme / (Aufwendungsersatz ggü. Gemeinde)
- naturschutzfachlicher Ausgleich

Kostenbegrenzung § 11 Abs. 2 BauGB

- Angemessenheitsprinzip
- 10% Eigenbeteiligung der Gemeinde am Erschließungsaufwand nicht erforderlich

Erscheinungsformen von Erschließungsverträgen und ähnlichen Vertragsmodellen:

Erschließungsträgerschaft (grundstückslose):

Erschließungsträger erschließt neues Baugebiet, finanziert Leistungen vor und rechnet die Erschließungskosten direkt mit dem Grundstückseigentümern auf Grundlage von Kostenerstattungsvereinbarungen ab.

Er erhält hierfür von der Kommune eine Management-Vergütung.

Folge:

Entlastung der Kommune

Voraussetzungen:

- Kommunalbürgerschaft für Vorfinanzierungsleistung
(Genehmigungsbedürftig, Beihilferecht 80% Schwelle ?)
- Alle Grundstückseigentümer unterzeichnen Kostenerstattungsvereinbarung

Problem:

Erschließungsträger handelt bei Vergabe der Planungs- und Bauleistungen zwar im eigenen Namen, aber im Interesse der Gemeinde, die später Eigentümerin der Erschließungsanlagen wird.

→ keine grenzenlose Freiheit des Erschließungsträgers

- keine Flucht ins Privatrecht

- Gemeinde muß bei Vertragsgestaltung mit Erschließungsträger Angemessenheitsprinzip des § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB zu Gunsten der Grundstückseigentümer beachten

- Erschließungsträger muß Vergaberecht beachten
(Nachweis angemessener Preis)

Wie ist grundstücksloser Erschließungsträgervertrag vergaberechtlich zu qualifizieren?

Gegenüber Gemeinde Dienstleistungsauftrag,

d.h. EU Schwellenwert von 214 Tsd € netto?

Verhandlungsverfahren zulässig ?

Aber:

Erschließungsträger verspricht der Gemeinde „die Erschließung“, d.h. auch Planungs- und Bauleistungen und erhält hierfür Geld von Dritten

Konzession ?

Erschließungsträger trägt nicht das für Konzession typische wirtschaftliche Risiko gem. § 105 Abs. 2 GWB

Lösung:

Auftragswert muß sämtliche Einnahmen des Bieters berücksichtigen, auch solche von Dritten (hier Grundstückseigentümer)

49. Erwägungsgrund zu RL 2014/24/EU

Konsequenz:

Erschließungsträgervertrag in aller Regel

Überschwellendienstleistungsauftrag, da Kostenerstattungen Dritter Wert des Dienstleistungsauftrags anschwellen läßt.

Erschließungsträgerschaft (durch Grundstückseigentümer)

Grundstückseigentümer stellt Erschließungsanlagen im eigenen Interesse an Stelle der Kommune her,
überträgt diese kostenfrei an Kommune und
wälzt Aufwand auf spätere Erwerber der Parzellen, Wohnungen ab,
die „erschließungsbeitragsfrei“ erwerben

Erschließungsträgerschaft (durch Grundstückseigentümer)

Öffentlicher Auftrag iSd § 103 GWB ?

Entgeltlichkeit?

Nein, da keine Vergütung durch Kommune !

Auch kein Verzicht auf Beitragserhebung, da schon kein betragsfähiger Aufwand entsteht

Zahlungen späterer Erwerber an Erschließungsträger relevant ?

Nein, da auch Bestandshaltung möglich

Konsequenz:

Vergaberechtlich nicht relevant

Vorsicht:

Treuhandmodelle, im Rahmen derer Kommune Grundstückseigentum zeitweise auf Erschließungsträger überträgt.

Umgehungsverbot § 3 Abs. 2 S. 1 VgV

Zusammenfassung:

1. Erschließungsträger können Kommunen bei der Bereitstellung von Bauland wirksam entlasten
2. Grundlage für die Zusammenarbeit ist ein städtebaulicher Vertrag nach § 11 BauGB
3. Grundstückslose Erschließungsträgerverträge bergen eine Reihe vergaberechtlicher Abgrenzungsprobleme, die in der Praxis häufig nicht erkannt werden
(Warum kann die Hummel fliegen?)

4. Da die Zahlungen Dritter Grundstückseigentümer an den Erschließungsträger bei der Bemessung des Auftragswerts zu berücksichtigen sind, ist ein grundstücksloser Erschließungsträgervertrag ohne EU-Vergabeverfahren kaum vorstellbar
5. Als mittelbarer Stellvertreter der Kommune und wegen des Angemessenheitsprinzips muss der grundstückslose Erschließungsträger Planungs- und Bauleistungen wie die Kommune ausschreiben
6. Erschließungsverträge mit grundstücksbesitzenden Erschließungsträgern sind idR vergaberechtlich nicht relevant

Kontakt

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung !

Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB

Im Sebalder Pfarrhof
Füll 1
90403 Nürnberg

Telefon: 0911 255865-0
Telefax: 0911 255865-29

E-Mail: info@buehner-rae.de
Internet: www.buehner-rae.de

