

BR Bühner & Partner Rechtsanwälte

Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Schlüsselfertiges Bauen und Zuwendungsrecht – Harmonie oder Konflikt?

11. Kommunales Fachgespräch
Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB
Bayerischer Städtetag

Nürnberg, 20.09.2024
Rechtsanwalt Tobias Jordan

Inhaltsverzeichnis

1. Schlüsselfertiges Bauen – Was ist das?
2. Schlüsselfertiges Bauen – Rechtlich zulässig?
3. Schlüsselfertiges Bauen – Und das Zuwendungsrecht?
4. Schlüsselfertiges Bauen und Zuwendungsrecht – Ein Fazit



1. Schlüsselfertiges Bauen – Was ist das?

„Der Auftraggeber kann nach Fertigstellung des Bauvorhabens sofort mit der Nutzung des Gebäudes beginnen.“

(OLG Düsseldorf, IBR 1995, 503)



2. Schlüsselfertiges Bauen – Rechtlich zulässig?

Privates Baurecht

Komplettheits-/Vollständigkeitsklauseln (..alles, was notwendig ist..) sind zulässig!

Beispiel: Sanierung Olympiastadion Berlin

Kein Nachtrag, wenn eindeutige Risikozuweisung

(Kammergericht, 14.02.2006 – 21 U 5 /03)

2. Schlüsselfertiges Bauen – Rechtlich zulässig?

Vergaberecht

Funktionalausschreibung

- Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (§ 7c [EU] VOB/A)
- vs.
- Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (§ 7b [EU] VOB/A)

2. Schlüsselfertiges Bauen – Rechtlich zulässig?

Vergaberecht

Funktionalausschreibung

- vs. Gebot der losweisen Vergabe / Mittelstandsschutz (§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB, § 5 [EU] Abs. 2 S. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/A)
- vs. Verbot eines ungewöhnlichen Wagnisses (§ 7 [EU] Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)

2. Schlüsselfertiges Bauen – Rechtlich zulässig?

Vergaberecht

Funktionalausschreibung vs. Gebot der losweisen Vergabe

Wirtschaftliche und/oder technische Gründe erfordern eine Gesamtvergabe

Nicht ausreichend: um Koordinierungsaufwand oder Schnittstellen für Gewährleistung zu reduzieren

2. Schlüsselfertiges Bauen – Rechtlich zulässig?

Wirtschaftliche und/oder technische Gründe erfordern eine Gesamtvergabe

Anerkannte Gründe

- Bauten mit spezieller Funktion (zB Sportstätten)
- Nachgewiesener Wirtschaftlichkeitsvorteil
- für Funktionsfähigkeit erforderlich (Sicherheitsaspekte, Modul-/Systembau)

Aber: Einzelfallbegründung erforderlich!

3. Schlüsselfertiges Bauen – Und das Zuwendungsrecht?

Grundsatz: Harmonie

Gleichlauf, da das Zuwendungsrecht auf das Vergaberecht verweist
(zB ANBest-K Bayern 2024 iVm ImBek, Az. B3-1512-21-19 v. 31.07.2018 idFv 01.11.2023)

3. Schlüsselfertiges Bauen – Und das Zuwendungsrecht?

Aber: Konflikt

Teilweise ist das Zuwendungsrecht restriktiver als das Vergaberecht, gerade beim schlüsselfertigen Bauen.

Beispiel:

1.) Generalübernehmer (=keine Eigenleistung) erlaubt?

- vergaberechtlich zulässig, jedenfalls um Oberschwellenbereich des Kartellvergaberichts (EuGH, 18.03.2004 – C-314/01 Siemens u.a. Rn. 47 ff.)
- zuwendungsrechtlich zT Generalübernehmer untersagt (zB nach 3.3 lit. a S. 2 ANBest-P Bayern 2024 z.B. für kommunale Beteiligungsgesellschaften und gemeinnützige Träger)

3. Schlüsselfertiges Bauen – Und das Zuwendungsrecht?

Aber: Konflikt

2.) Beispiel: Folgen eines Verstoßes

- Vergaberecht: Nachprüfung hat äußerstenfalls Aufhebung des Vergabeverfahrens und ggfs. Neuausschreibung zur Folge, evtl. Schadenersatz (nur in Ausnahmefällen für entgangenen Gewinn)
in der Regel nur bis Zuschlag relevant
- Zuwendungsrecht: Rückforderung der (zT erheblichen) Fördermitteln, auch noch nach Jahren denkbar
(zuletzt aber Tendenzen der Rspr., die Rückforderung einzuschränken, zB OLG Schleswig, 23.08.2022 – 5 LB 9/20)

3. Schlüsselfertiges Bauen – Und das Zuwendungsrecht?

Aber: Konflikt

3.) Beispiel: Vergaberecht durch Zuwendungsrecht

- Vergaberecht: grds. nicht anwendbar (kommunale Beteiligungsgesellschaften, private Unternehmen im Unterschwellenbereich ohne Anwendungsbefehl)
- Zuwendungsrecht: Eine Fördermittelgewährung kann eine Vergabenotwendigkeit auslösen.
 - Fördermittel können eine öffentliche Auftraggebereigenschaft (§ 99 Nr. 2 und Nr. 4 GWB) begründen
 - und
 - Förderbescheid / Nebenbestimmungen können zur Anwendung von Vergaberecht verpflichten (ANBest-P Bayern: jetzt entschärft: Ziff. 3.3 ANBest-K).

4. Schlüsselfertiges Bauen und Zuwendungsrecht – Ein Fazit

Harmonie oder Konflikt?

Da das Zuwendungsrecht sich an das Vergaberecht anlehnt, darauf aber noch „aufsattelt“, führt dies zu schärferen Konsequenzen bei einem Vergabeverstoß.

Ab 2025 sind aber vergaberechtliche Vereinfachungen geplant, wovon auch Zuwendungsempfänger profitieren könnten.

Kontakt

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung!

Tobias C. Jordan
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- & Architektenrecht,
Maître en Droit Public, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)

Kontakt:
Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB
Im Sebalder Pfarrhof, Füll 1
90403 Nürnberg

Telefon: 0911 255 865-0
Telefax: 0911 255 865-29

E-Mail: jordan@buehner-rae.de
Web: www.buehner-rae.de

