



BBG und Partner

Rechtsanwälte

Sicherstellung von Schulkapazitäten in Bremen

Vergabe- und beihilfenrechtliche Rahmenbedingungen bei Vermietungsangeboten privater Akteure

Verfasser:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Schütte

Rechtsanwalt Dr. Johannes Mosters

Rechtsanwalt Christoph Meitz, LL.M.

BBG und Partner

Rechtsanwälte

Contrescarpe 75 A

28195 Bremen

T 0421/335410

F 0421/3354115

www.bbgundpartner.de

Erstellt für:

Senatskanzlei Bremen, Jens Schmidt

Senator für Finanzen, Dr. Ximena Sejas

Bremen

29.06.2020

INHALTSVERZEICHNIS

1	Auftragsgegenstand	3
1.1	Anlass der Untersuchung	3
1.2	Fragestellung / Prüfungsauftrag	6
2	Kurzzusammenfassung	7
2.1	Kartellvergaberecht	7
2.2	Beihilfenrecht	8
3	Rechtliche Rahmenbedingungen	9
3.1	Kartellvergaberechtliche Bewertung	9
3.1.1	Kartellvergaberechtliche Relevanz von Grundstücksgeschäften und Mietverträgen	10
3.1.2	“Eingekapselter“ Beschaffungsbezug	10
3.1.2.1	Öffentlicher Bauauftrag	10
3.1.2.2	Folgen für die beabsichtigten Grundstücksverkaufsverträge	18
3.1.2.3	Folgen für die beabsichtigten Mietverträge	20
3.1.3	Anforderungen an Vergabe eingekapselter Bauaufträge	23
3.1.3.1	Im Grundsatz wettbewerbliche Vergabe	23
3.1.3.2	Ausnahmsweise Direktvergabe wegen Alleinstellung	24
3.1.4	Vergaberechtliche Risiken und Möglichkeiten ihrer zeitlichen Beschränkung	25
3.1.4.1	Risiko der Untersagung / Unwirksamkeit des Vertragsschlusses durch ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren	26
3.1.4.2	Zeitlicher Rahmen der Angreifbarkeit und Möglichkeiten zur Beschränkung	26
3.2	Beihilfenrechtliche Ausschreibungspflichten	28
3.2.1	Unternehmen	29
3.2.2	Staatliche Mittel	30
3.2.3	Selektivität	30
3.2.4	Gewährung eines Vorteils	30
3.2.5	Wettbewerbsverfälschung/Beeinträchtigung des Handels	32
3.2.6	Grundstücksverkauf	33
3.2.6.1	Ausschreibungsverfahren	33
3.2.6.2	Prüfung anhand von Benchmarking oder anderen Bewertungsmethoden	34
3.2.7	Mietvertrag	36
3.2.7.1	Höhe des Mietzinses	36
3.2.7.2	Weitere Vertragsklauseln	36
3.2.7.3	Besonderer wirtschaftlicher Vorteil aufgrund frühen Zeitpunkts der Anmietung der Immobilie?	37
3.2.8	Maßgaben für die risikovermeidende Vertragsgestaltung	38
4	Checkliste und grafische Übersicht	39

1 Auftragsgegenstand¹

1.1 Anlass der Untersuchung

In Bremen werden in den kommenden Jahren an verschiedenen Standorten vollständig neue bzw. erweiterte Schulräumlichkeiten benötigt. Der Schulbedarf ergibt sich aus der jeweils aktuellen Schulstandortplanung für die öffentlichen allgemeinbildenden Schulen der Stadtgemeinde Bremen, die vom Senat sowie von der städtischen Deputation für Kinder und Bildung vorgenommen wird. Die jüngste Schulstandortplanung datiert auf den 30.10.2018 und sieht an zahlreichen Standorten in der Stadtgemeinde Bremen den Bedarf für neue bzw. zusätzliche Schulräumlichkeiten vor.

Angesichts der damit verbundenen Herausforderungen sowohl in finanzieller Hinsicht – insbesondere mit Blick auf die Schuldenbremse in § 131a der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen (LV) – als auch in organisatorischer Hinsicht ist die Freie Hansestadt Bremen gewillt, auch neue Wege in der Schaffung von Schulraumkapazitäten zu gehen.

Zum Umgang mit dieser Situation wurde im Herbst 2019 eine Senatskommission Schul- und Kitabau (fortan „SenKo“) eingesetzt, welcher neben der Senatskanzlei folgende Ressorts angehören: Senatorin für Klimaschutz, Umwelt, Mobilität, Stadtentwicklung und Wohnungsbau (SKUMS), Senatorin für Kinder und Bildung (SKB) sowie Senator für Finanzen (SF). Als ständiger Gast gehört auch Immobilien Bremen (IB) der „SenKo“ an.

Bereits im Einsetzungsbeschluss wurde die SenKo aufgefordert, Art und Intensität der Einbeziehung der kommunalen Wohnungsbaugesellschaften GEWOBA AG und BREBAU GmbH beim Schul- und Kitabau zu prüfen und hierüber zu entscheiden.

Hintergrund ist, dass die Erwartung besteht, dass die Errichtung und Vermietung von Bildungsimmobilien auf eigenes wirtschaftliches Risiko für private Unternehmen und damit auch für die privatrechtlich organisierten Wohnungsbaugesellschaften, insbesondere die BREBAU GmbH, ein attraktives Geschäftsmodell sein kann.

¹ Die nachfolgende Sachverhaltsdarstellung resultiert exklusiv aus den uns von der Senatskanzlei Bremen und dem Senator für Finanzen zur Verfügung gestellten Informationen und Unterlagen.

Insofern hat die SenKo im Rahmen ihrer Sitzung vom 10.12.2019 das in der Beschlussvorlage vorgeschlagene Vorgehen beschlossen, wonach die Stadtgemeinde Bremen

„die BREBAU GmbH auch über ihre gesellschaftsrechtlichen Funktionsträger (Aufsichtsräte, Ausschussmitglieder, Gesellschaftervertreter etc.) [ermutigt], auf Basis der allgemein zugänglichen Informationen zur Schulstandortplanung und zu generellen bremischen Anforderungen an Schulbauten Angebote für Gebäude, die eine Schulnutzung ermöglichen, zu schaffen. Diese Angebote sollten auch inhaltliche Bezüge zu bereits bestehenden Engagements in der Quartiersentwicklung haben oder aufgrund anderer günstiger Faktoren (bspw. bei Grundstücken im Zugriff) für die Gesellschaften wirtschaftlich sein.“

Dem liegt ausweislich der Vorlage die Bewertung der SenKo zugrunde, dass das Engagement der kommunalen Wohnungsbaugesellschaften mit deren Gesellschaftszweck vereinbar ist und in der Folge die landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen aus Art. 131a Abs. 5 LV zur Schuldenbremse einem finanziellen Engagement der kommunalen Wohnungsbaugesellschaften bei Planung und Bau von Kitas und Schulen im Rahmen eines eigenen Geschäftsfelds nicht entgegenstehen. Zweitens stelle die Einbindung der kommunalen Wohnungsbaugesellschaften im Rahmen einer Inhouse-Konstellation mit Blick auf offene vergaberechtliche Fragen keine gangbare Alternative dar.

Beabsichtigt ist, dass die Stadtgemeinde Bremen Angebote über Schulbauvorhaben aus dem Markt im jeweiligen Einzelfall prüfen und nach Errichtung über entsprechende Anmietungen – ohne direkte oder indirekte bauliche oder Nutzungsverpflichtungen – die notwendigen Schulplatzkapazitäten sicherstellen wird. Entsprechende Nutzungsverträge soll weiterhin IB als von der Stadtgemeinde Bremen beauftragte Dienstleisterin abschließen.

Erwogen wird außerdem, dass die Stadtgemeinde

„im Einklang mit § 107 GWB² die Gesellschaften im Rahmen von Grundstücksgeschäften in ihrem gesellschaftsrechtlichen Zweck“

unterstützt. Insofern beabsichtigt die Stadtgemeinde Bremen,

„den betreffenden Gesellschaften geeignete eigene Grundstücke in fachlicher Abstimmung mit den jeweiligen Sondervermögen gegen Wertausgleich zur

² § 107 GWB lautet in Abs. 1 Nr. 2 GWB wie folgt: „Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen (...) für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen sowie Rechten daran, ungeachtet ihrer Finanzierung“.

Bebauung zu überlassen, wobei bei der Grundstücksübertragung keine direkten oder indirekten baulichen oder Nutzungsverpflichtungen zulasten der Wohnungsgesellschaft festgelegt werden.“

Mit Blick auf die angesprochenen „*generellen bremischen Anforderungen an Schulbauten*“ hat die SenKo zugleich den SF als zuständiges Ressort für Grundsatzthemen des staatlichen Hochbaus gebeten, kurzfristig unter Bezugnahme auf die zu berücksichtigenden pädagogischen und baulichen Standards sowie die einzuhalten- den Prozesse in Abstimmung mit den übrigen Mitgliedern der Senatskommission entsprechende Parameter festzulegen. Die hierzu eingerichtete Arbeitsgruppe hat bereits einen entsprechenden Leitfaden „Schulbau Bremen“ abgestimmt, der durch Beschluss der SenKo vom 28.04.2020 eingeführt wurde. Dieser enthält grundlegende Vorgaben an die räumliche Gestaltung von Schulgebäuden, die abstrakt-generell für sämtliche Schulgebäude gelten, ohne besondere individuelle Vorgaben für einzelne Bauvorhaben zu treffen. Eine Entscheidung zur Verbindlichkeit des Leitfadens hat die SenKo nicht getroffen.

Mit Blick auf die beabsichtigte Unterstützung der kommunalen Wohnungsbaugesellschaften mit Grundstücksgeschäften hat die SenKo den SF gebeten, über ein geeignetes Verfahren zu berichten. In dem zur Umsetzung dieser Aufforderung erstellten „*Bericht zur Überlassung von Grundstücken an kommunale Wohnungsbaugesellschaften*“ des SF vom 12.02.2020 sind folgende Maßnahmen vorgeschlagen worden, die die SenKo in ihrer Sitzung vom 20.02.2020 beschlossen hat:

„1. Die Senatskommission Schul- und Kitabau stimmt zu, dass Immobilien Bremen AöR passende Grundstücke und Gebäude aus dem SVIT-Bestand an die Senatskommission Schul- und Kitabau meldet und IB als zentraler Dienstleister bei Bedarf bei anderen Sondervermögen entsprechende Anfragen durchführt und berichtet.

2.a) Die Senatskommission Schul- und Kitabau beschließt die Überlassung von Grundstücken und Gebäuden, die für eine schulische Nutzung geeignet sind, in fachlicher Abstimmung mit den jeweiligen Sondervermögen im Wege des Direktverkaufs auf Basis des Verkehrswertes oder im Wege der Einräumung eines Erbbaurechts gegen einen angemessenen Erbbauzins nach Befassung des HaFa.

b) Die Senatskommission Schul- und Kitabau bittet den Senator für Finanzen mit den jeweiligen Wohnungsbaugesellschaften zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Überlassung des Grundstücks durch Einräumung eines Erbbaurechts darstellbar ist.“

Gegenwärtig stehen mehrere Projekte zur Sicherstellung von Schulraumkapazitäten in Rede, bei denen sich die BREBAU GmbH engagieren könnte. Alleineigentümerin der BREBAU GmbH ist die Bremer Verkehrs- und Beteiligungsgesellschaft (BVBG),

deren Gesellschafterin wiederum zu 100% die Freie Hansestadt Bremen (Stadtgemeinde) ist. Vorsitzender des Aufsichtsrats der BREBAU ist der Senator für Finanzen, *Senator Strehl*.

1.2 Fragestellung / Prüfungsauftrag

Die Senatskanzlei und der Senator für Finanzen haben BBG und Partner um Stellungnahme gebeten, ob das beabsichtigte Vorgehen zur Sicherstellung von Schulkapazitäten über die Angebote privater Bauherren aus kartellvergabe- und beihilfenrechtlicher Sicht zulässig ist.

In einem ersten Schritt soll die Stellungnahme allgemein und losgelöst von konkreten Vorhaben erfolgen (3). Dabei sind auch solche Vorgehensweisen vergabe- und beihilfenrechtlich zu bewerten, die sich aus der Berücksichtigung der nachfolgenden Parameter ergeben:

- > Neben der Neuerrichtung von Schulgebäuden an neuen Standorten sollen auch Erweiterungen an bestehenden Standorten sowie die Renovierung bestehender Standorte betrachtet werden. Ebenso soll in Bezug auf die Renovierung und/oder Erweiterung von Bestandsgebäuden betrachtet werden, ob ein Vorgehen möglich ist, bei dem die Bestandsgrundstücke verkauft und im Gegenzug zurückgemietet werden
- > Mit Blick auf die beabsichtigten unterstützenden Immobiliengeschäfte soll nicht nur der Verkauf von Grundstücken betrachtet werden, sondern auch die Vereinbarung von Erbbaurechten.
- > Die Betrachtung soll außerdem anbieterseitig nicht auf kommunale Wohnungsgesellschaften beschränkt sein, sondern private Anbieter generell berücksichtigen.
- > Betrachtet werden soll auch, ob das Bestehen einer bauleitplanerischen Festsetzung in einem Bebauungsplan, der ausschließlich eine Verwendung von Grundstücken zum Schulbau vorsieht, für die Gutachtenfrage von Relevanz ist.

Im Rahmen der Stellungnahme sollen BBG und Partner auch aufzeigen, welche Maßnahmen zu empfehlen sind, um ggf. verbleibende Risiken zu minimieren.

Auf der Basis der erzielten Ergebnisse sind eine Checkliste sowie eine grafische Übersicht zu erstellen, anhand derer die vergabe- und beihilfenrechtliche Zulässigkeit künftiger Maßnahmen zur Sicherstellung der Verfügbarkeit von Schulbauten überprüft werden kann (hierzu unter 4).

2 Kurzzusammenfassung

2.1 Kartellvergaberecht

Die Überlassung von Grundstücken an private Akteure durch Verkauf und/oder die Anmietung von Schulgebäuden ist frei von den Vorgaben des Kartellvergaberechts möglich, sofern bei den konkreten Einzelfällen eine der nachfolgenden Anforderungen erfüllt werden kann:

- > es liegt bei der Gesamtbetrachtung der Umstände kein eingekapselter Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB vor

oder

- > der konkret zu betrachtende Vorgang fällt als Anmietung von vorhandenen Gebäuden unter die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Satz 2 GWB

oder

- > die Voraussetzungen einer Alleinstellung des beabsichtigten Auftragnehmers (Vermieters) im Sinne des § 3a EU Abs. 3 VOB/A sind erfüllt.

Letzteres kommt nur in Betracht, wenn der Investor alleinigen Zugriff auf das einzige für die Errichtung der Schule in Betracht kommende Grundstück hat und das Grundstück nicht vorab von Bremen zum in der Gesamtschau der Umstände erkennbaren Zweck eines Schulneubaus erworben hat.

Zusätzliche Verfahrenssicherheit und Beschleunigung kann Bremen durch die öffentliche Bekanntmachung des erfolgten Vertragsschlusses im Amtsblatt der Europäischen Union erlangen. Grundstückskauf- oder Mietvertrag können dann nach Ablauf von sehr kurzen Fristen – 30 Tage bei einer nachträglichen Bekanntgabe – aus kartellvergaberechtlichen Gründen nicht mehr angegriffen werden. Im Rahmen der Veröffentlichung müsste Bremen darlegen, dass mindestens eine der o.g. Voraussetzungen erfüllt ist.

Kann keine der o.g. Anforderungen erfüllt werden, ist vor einem Verkauf eines Grundstücks bzw. vor dem Abschluss des Mietvertrages über ein noch nicht weitgehend fertiggestelltes Schulgebäude ein wettbewerbliches Auswahlverfahren durchzuführen.

2.2 Beihilfenrecht

Eine beihilfenrechtskonforme Umsetzung ist innerhalb des zuvor skizzierten kartellvergaberechtlichen Vorgehens möglich. Hierzu muss für die beihilfenfreie Überlassung von Grundstücken durch Verkauf an private Akteure,

- > eine Ermittlung des aktuellen Marktwertes durch einen unabhängigen Sachverständigen anhand anerkannter Indikatoren und Methoden erfolgen.

Die Anmietung von Schulgebäuden durch Bremen von privaten Akteuren ist unter folgenden Voraussetzungen beihilfenfrei:

- > Die Anmietung erfolgt zeitlich nach Fertigstellung des Gebäudes

oder

- > die Anmietung erfolgt nach dem Grundstücksverkauf, aber noch vor Fertigstellung, ohne dass vor oder mit dem Kauf Absprachen über eine spätere Anmietung getroffen wurden

und

- > die Miethöhe stellt sich bei einer Gesamtbetrachtung des Mietvertrages (z.B. Laufzeit, Mietanpassungen, Gewährleistung und Instandhaltung) als angemessene Gegenleistung für die Bereitstellung der jeweiligen Immobilie dar. Die Angemessenheit der Miethöhe kann durch eine vorab erfolgende Begutachtung eines unabhängigen Sachverständigen ermittelt werden.

Um das Risiko einer vollständigen Nichtigkeit bei der Feststellung von Verstößen gegen das Beihilfen- und Durchführungsverbot trotz der Einhaltung der oben genannten Maßgaben zu verringern, können in die jeweiligen Verträge rückwirkende Anpassungsklauseln für Kaufpreis bzw. Miethöhe aufgenommen werden. Deren konkrete Gestaltung muss sich nach dem jeweiligen Einzelfall richten.

3 Rechtliche Rahmenbedingungen

Für die rechtliche Bewertung der Zulässigkeit des beabsichtigten Vorgehens betrachten wir zunächst den vergaberechtlichen Maßstab, der sich aus dem sogenannten Kartellvergaberecht, d. h. dem 4. Teil des GWB und den auf ihm beruhenden Verordnungen ergibt (3.1). Schließlich stellen wir dar, welche Anforderungen aus dem Beihilfenrecht folgen (3.2).

3.1 Kartellvergaberechtliche Bewertung

Das Kartellvergaberecht ergibt sich aus dem 4. Teil des GWB und den darauf beruhenden Verordnungen. Mit diesen Regelungen hat der deutsche Gesetzgeber das europäische Vergabesekundärrecht, bestehend aus mehreren europäischen Richtlinien, von denen hier insbesondere die Richtlinie 2014/23/EU einschlägig ist, umgesetzt. Das Kartellvergaberecht findet nur ab bestimmten Auftragswerten Anwendung. Der Auftragswert für Bauaufträge liegt seit dem 01.01.2020 bei 5.350.000 €, bei Dienstleistungen bei 214.000 € (jeweils netto ohne Umsatzsteuer). Soweit diese Schwellenwerte nicht überschritten werden, liegt eine sogenannte Unterschwellenvergabe vor, für die grundsätzlich weniger anspruchsvolle Anforderungen aus der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – bei Dienstleistungen -, bzw. der VOB/A - bei Bauaufträgen – gelten. Soweit bei dem in Rede stehenden Vorgehen – wie so gleich gezeigt wird – unter anderem die Vergabe von Bauaufträgen in Rede steht, wird unterstellt, dass der jeweilige Auftragswert über der genannten Schwelle des Kartellvergaberechts liegt.

Dies vorangestellt, gilt der Grundsatz, dass weder der bloßen Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand an einen Dritten noch der Anmietung von Gebäuden durch die öffentliche Hand von einem Dritten eine vergaberechtliche Relevanz zukommt (3.1.1).

Anders zu bewerten ist dies allerdings dann, wenn der Grundstücksverkaufsvertrag bzw. der Mietvertrag zugleich – gleichsam „eingekapselt“ einen öffentlichen Bauvertrag enthalten (3.1.2).

Unterfällt ein Grundstücksverkaufsvertrag bzw. ein Mietvertrag wegen eines eingekapselten Bauauftrages dem sachlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, kommt eine wettbewerbsfreie Beauftragung eines Dritten nur unter den engen Voraussetzungen des Kartellvergaberechts in Betracht (3.1.3).

3.1.1 Kartellvergaberechtliche Relevanz von Grundstücksgeschäften und Mietverträgen

Der reine Verkauf eines Grundstücks, sei es bebaut oder unbebaut, durch die öffentliche Hand ist keine Beschaffung und führt daher nicht zur Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts.³ Dies gilt auch für die Einräumung von Erbbaurechten.⁴

Der Abschluss von Mietverträgen ist – jedenfalls mit Blick auf bereits „vorhandene Gebäude“ – gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgeschlossen:

„Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (...) für (...) die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden (...) sowie Rechten daran, ungeachtet ihrer Finanzierung“.

Auch Erbbaurechte, Dienstbarkeiten, dingliche Vorkaufsrechte und Anwartschaftsrechte sind als Rechte an Grundstücken von der Bereichsausnahme erfasst.⁵ Hinter dieser gesetzgeberischen Entscheidung steht der Gedanke, dass diese Leistungen wegen ihres Gegenstandes, wenn überhaupt, nur sehr eingeschränkt im Wettbewerb erlangt werden können.

3.1.2 „Eingekapselter“ Beschaffungsbezug

Sowohl Grundstücksverkaufsverträge als auch Mietverträge können aber eine kartellvergaberechtliche Relevanz haben, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls gleichsam einen Beschaffungsvorgang zum Gegenstand haben.

Bei der hier in Rede stehenden Errichtung und Anmietung von Schulgebäuden kommt der „eingekapselte“ Vorgang der Beschaffung einer Bauleistung, d. h. ein öffentlicher Bauauftrag, in Frage. Europäischer und deutscher Gesetzgeber haben insofern die Anforderungen an den öffentlichen Bauauftrag weit gefasst, um Umgehungen des Kartellvergaberechts insbesondere durch Grundstücksverkäufe und Mietverträge zu verhindern (hierzu unter 3.1.2.1). Dies hat nicht unerhebliche Auswirkungen auf die Grenzen kartellvergaberechtsfreier Grundstücksverkaufsverträge (3.1.2.2) und Mietverträge (3.1.2.3).

3.1.2.1 Öffentlicher Bauauftrag

Maßgeblich für das Vorliegen eines dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterliegenden Bauauftrages bzw. einer Baukonzession ist die Regelung des

³ BGH, Urteil vom 22.02.2008 – V ZR 56/07 Rn. 9 f; EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08, Rz. 41, NZBau 2010, 321.

⁴ Hüttinger, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 103 Rn. 6; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 99 Rn. 10.

⁵ Antweiler, in: Ziekow/ Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018 § 107 Rn. 27.

§ 103 Abs. 3 GWB. Öffentliche Bauaufträge sind danach Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauleistungen im Zusammenhang mit in den Anhängen der europäischen Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU aufgeführten Tätigkeiten bzw. einem Bauwerk für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hocharbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, vgl. § 103 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 GWB.

Für den hier in Rede stehenden Fall, dass das Bauwerk nicht unmittelbar auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung für den öffentlichen Auftraggeber selbst errichtet werden soll, hat der Gesetzgeber zur Vermeidung von Umgehungen (siehe hierzu unter 3.1.2.1.1 - Umgehungsverbot) unter Aufnahme der Rechtsprechung des EuGH⁶ die im nachfolgenden § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB enthaltene Regelung eingeführt, nach der ein öffentlicher Bauauftrag auch dann vorliegt, wenn

„ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat“.

Hieraus ergeben sich für diese Tatbestandsvariante die ersten drei der nachfolgend aufgelisteten Anforderungen, die bei einem öffentlichen Bauauftrag kumulativ gegeben sein müssen. Zusätzlich hat der EuGH die weitere sogleich an vierter Stelle genannte Anforderung zur Annahme eines öffentlichen Bauauftrages aufgestellt:

- > Ein Dritter, also insbesondere der Erwerber des Grundstücks bzw. der Erwerber der Rechte an einem Grundstück, erbringt eine Bauleistung oder lässt sie erbringen (3.1.2.1.2).
- > Die Bauleistung kommt der öffentlichen Hand, die das Grundstück an den Dritten verkauft hat bzw. Erbbaurechte daran eingeräumt hat, wirtschaftlich zugute (hierzu unter 3.1.2.1.3).
- > Die Bauleistung wird gemäß den genannten Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers errichtet bzw. hat die öffentliche Hand entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung gehabt (hierzu unter 3.1.2.1.4).
- > Der EuGH hat sodann mehrfach die weitere Anforderung aufgestellt, dass eine Verpflichtung des Erwerbers zur Erbringung der Bauleistung bestehen muss (hierzu unter 3.1.2.1.5).

Diese Vorgaben dienen dazu, Umgehungen des Vergaberechts zu vermeiden:

⁶ EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08 „Helmut Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben“.

3.1.2.1.1 Umgehungsverbot als Auslegungsmaßstab

Mit der Regelung des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB soll die Umgehung des Kartellvergaberechts durch die Zwischenschaltung eines Privaten in Konstellationen verhindert werden, bei denen der Private als Bauherr Bauleistungen nach den Vorgaben der öffentlichen Hand ausführt oder ausführen lässt.⁷ Die Vorschrift umfasst insbesondere die klassischen Fälle der Bauträger-, Mietkauf- und Leasingverträge, aber auch alle anderen ähnlichen Verträge, in deren Rahmen eine Projektgesellschaft zwar im eigenen Namen, letztlich aber für einen öffentlichen Auftraggeber baut.⁸

Es ist eine Konkretisierung des allgemeinen Verbots der Umgehung EU-rechtlicher Pflichten und Verbote, das die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts – sog. *effet utile* – gewährleisten soll. Diesen Rechtsgrundsatz wenden die europäischen Gerichte in ständiger Rechtsprechung an.⁹

Ein Vorgang ist dabei unter Berücksichtigung der Gesamtheit seiner Schritte sowie seiner Zielsetzung zu prüfen und insbesondere nicht anhand seiner rein zeitlichen Abfolge.¹⁰ Dabei sind grundsätzlich alle im Zusammenhang stehenden Vertragsbeziehungen als vertragliche Einheit zu betrachten.¹¹

Bei der nachfolgenden Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des öffentlichen Bauauftrages durch Dritte ist das Umgehungsverbot grundsätzlich im Auge zu behalten.

3.1.2.1.2 Bauleistung durch einen Dritten

Voraussetzung ist, dass die Erbringung einer Bauleistung durch einen Dritten in Rede steht.

Der Begriff der Bauleistung ist im Rahmen des § 103 Abs. 3 GWB nicht gesondert definiert, bezieht sich aber auf die Gegenstände des öffentlichen Bauauftrags. Eine Bauleistung liegt vor diesem Hintergrund immer vor, wenn eine Leistung, die im Übrigen Gegenstand eines Bauauftrages im Sinne der Nr. 1 und 2 des § 103 Abs. 3 Satz 1 GWB wäre, in Rede steht. Dies ist bei der Neuerrichtung von Schulgebäuden

⁷ Wegener/Pünder, in: Pünder Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 103 GWB, Rn. 66; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar 4. Auflage, § 103 Rn. 102; von Engelhardt/Kaelble, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 103, Rn. 111; Otting, VergabeR 2013, 343, 347.

⁸ Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar 4. Auflage, § 103 Rn. 102

⁹ EuGH, Urteil vom 19.06.2008, Rs. C-454/06, Slg. 2008, I-4401, Rn. 51; vgl. auch EuGH, Urteil vom 10.07.2008, Rs. C-25/07, Slg. 2008, I-5129, Rn. 22; EuG, Urt. v. 08.07.2008, Rs. T-99/04, Slg. 2008, II-1501, Rn. 127 – AC Treuhand AG.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 10.11.2005 – Rs. C-29/04, Rn. 41, NVwZ 2006, 70, 72.

¹¹ Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar 4. Auflage, § 103 Rn. 213.

unzweifelhaft der Fall. Aber auch bei Leistungen der Modernisierung, Rekonstruktion und Sanierung von Gebäuden liegt eine Bauleistung vor.¹²

Dass der Dritte diese Bauleistung – z. B. infolge eines ggf. vorangegangenen Grundstückskaufvertrages – auf einem eigenen Grundstück bzw. in Wahrnehmung seiner Erbbaurechte erbringt, steht insofern nicht entgegen.¹³

In diesem Sinne stellt die Errichtung von Schulgebäuden durch die BREBAU oder andere private Investoren unabhängig davon, wem das Grundstück gehört, eine Bauleistung durch Dritte dar.

3.1.2.1.3 Unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil

Das weitere Erfordernis, dass die Leistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen muss, dient der Abgrenzung von Beschaffungsvorgängen zu Fällen, in denen die öffentliche Hand anderweitig öffentliche Interessen verfolgt, wie etwa die Aufstellung und Kontrolle von bauplanungsrechtlichen Vorgaben.¹⁴ Dementsprechend fehlt es bei bloßen stadtplanerischen Anforderungen oder anderen rein städtebaulich motivierten Anforderungen an diesem Kriterium. Dies gilt auch für bauplanungsrechtliche Festsetzungen auf Grundstücken. Deren Festsetzung und deren Kontrolle durch die öffentliche Hand führt daher noch nicht zu einem unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil des öffentlichen Auftraggebers.

Umgekehrt ist es für die Annahme eines unmittelbaren wirtschaftlichen Zugutekommens ausreichend, aber nicht zwingend erforderlich, dass dem öffentlichen Auftraggeber selbst die Bauleistung gegenständlich zur Verfügung stehen wird, z. B. als Eigentümer, Erbbauberechtigter, Mieter oder Pächter. Es reicht aus, wenn sie ihm nur wirtschaftlich zugutekommt.¹⁵

Vor diesem Hintergrund kommt eine Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute, wenn dieser die Verfügungsgewalt über die Erstellung des Bauwerks besitzt. Dies ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH¹⁶ insbesondere der Fall, wenn

> vereinbart ist, dass der Auftraggeber Eigentümer / Erbbauberechtigter wird, oder

¹² BayObLG, Beschluss vom 23.07.2002 – Verg 17/02, NZBau 2003, 340, 341; VK Thüringen, Beschluss vom 16.04.2002 - Az. 216-4002.20-008/02-SHL-S.

¹³ Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz/Priess, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 103 Rn. 445.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08, Rn. 57; OLG München, Beschluss vom 27.09.2011 – Verg 15/11.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08, Rn. 57.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08, Rn. 50-53.

- > der Auftraggeber einen Rechtstitel erhält, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke sichert (Mietvertrag, Sale-and-Lease-Back-Vertrag).

Außerdem ist ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers zu bejahen, wenn

- > er wirtschaftliche Vorteile aus der Weiterveräußerung oder künftigen Nutzung des Bauwerks erhält oder
- > er sich an den Risiken des wirtschaftlichen Fehlschlagens des Bauwerks beteiligt.

Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse wird auch bejaht, wenn sich der Auftraggeber finanziell an der Erstellung des Bauwerks beteiligt.

Vor dem Hintergrund dieser vom EuGH entwickelten Fallbeispiele erscheint es auf den ersten Blick vertretbar, dass es an einem unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil fehlt, wenn im Zeitpunkt der kartellvergaberechtlichen Bewertung des Vorgangs noch kein entsprechendes Interesse festzustellen ist, insbesondere z. B. noch kein Mietvertrag über die künftige Nutzung geschlossen worden ist.

Soweit ersichtlich, liegt zu dieser Frage keine spezifische Rechtsprechung vor. Nach der einzigen uns bekannten Stellungnahme in der Literatur sei aber ein wirtschaftliches Zugutekommen über die oben genannten Fälle hinaus bereits immer dann anzunehmen, wenn die Errichtung eines Bauwerks in Rede steht, das typischerweise nur bzw. überwiegend von der öffentlichen Hand benötigt wird, wie eine Schule, ein Rathaus oder ein Feuerwehrhaus.¹⁷ Hier ersetzt die hohe Wahrscheinlichkeit einer künftigen Nutzung durch die öffentliche Hand das Vorliegen von Rechtstiteln. Für diese Ansicht spricht das oben genannte Umgehungsverbot.

3.1.2.1.4 Entscheidender Einfluss des öffentlichen Auftraggebers

Maßgeblich für die Annahme eines Bauauftrages im Sinne von § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB ist zudem, dass das Bauwerk auf die speziellen Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers zugeschnitten ist und er entscheidenden Einfluss auf Art und Planung des Bauwerks genommen hat. Dies ergibt sich bereits aus den in der Regelung verwendeten Worten „genannt“ und „Einfluss“.

Nach dem 9. Erwägungsgrund der RL 2014/23/EU muss der Auftraggeber

„Maßnahmen zur Definition der Art des Vorhabens getroffen oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf dessen Planung gehabt haben“.

¹⁷ Hertwig, NZBau 2011, 9, 14, wohl auch Willenbruch, in: Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht 4. Auflage § 103 Rn. 61.

Der EuGH hatte bereits zuvor festgestellt, dass der öffentliche Auftraggeber seine Erfordernisse nur dann genannt hat, wenn er Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren, oder er zumindest einen entscheidenden Einfluss auf ihre Konzeption ausübt. Der bloße Umstand, dass eine Behörde in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne – insbesondere auf Einhaltung von Vorgaben aus Bebauungsplänen – prüft oder eine Entscheidung in Anwendung von Zuständigkeiten in diesem Bereich trifft, genügt nicht.¹⁸

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung ist diese Voraussetzung in folgenden Fällen jedenfalls erfüllt:

- > Die Bauleistung wird nach einem Leistungsverzeichnis des Auftraggebers erbracht.¹⁹
- > Die Bauleistung wird nach einer detaillierten funktionalen Leistungsbeschreibung des öffentlichen Auftraggebers erbracht.²⁰
- > Ein „Mietvertrag“ enthält „sehr detaillierte“ und „deutlich formulierte“ Spezifikationen mit einer genauen Beschreibung der zu errichtenden Gebäude, ihrer Beschaffenheit und ihrer Ausstattung.²¹
- > Der Auftraggeber gibt einen „Anforderungsrahmen“ vor, der die verschiedenen technischen und technologischen Merkmale des geplanten Gebäudes sowie die spezifischen Bedürfnisse (Zahl der notwendigen Büros und Sitzungssäle, Konferenz-, Besprechungs- und Archivräume, Fläche der Räume, Arten der internen Kommunikation) sowie bestimmte Bedürfnisse, wie die Kapazität der Parkplätze, präzisiert.²²

Keine Erbringung nach den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen liegt nach der Rechtsprechung hingegen vor,

- > wenn der öffentliche Auftraggeber lediglich geringe spezifische Anforderungen an den Mietgegenstand stellt, z. B. allein die Geschossflächenzahl,²³
- > bei rein nutzungsbezogenen oder sozialpolitisch motivierten Erfordernissen,²⁴

¹⁸ EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08, Rn. 67 ff.

¹⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.08.2013 – VII-Verg 14/13.

²⁰ EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – Rs. C-213/13, Rn. 44.

²¹ EuGH, Urteil vom 29.10.2009 – Rs. C-536/07, Rn. 58.

²² EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – Rs. C-213/13.

²³ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 05.06.2008 – 1 VK 16/08.

²⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.10.2008 – VII-Verg 25/08.

- > bei Erfordernissen, die lediglich auf einer Anwendung öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften beruhen oder dem Auftragnehmer die Einhaltung und Festsetzung eines bestehenden Bebauungsplans aufgeben.²⁵

Im Übrigen kommt es bei einer Gesamtschau der Rechtsprechung und nach einer verbreiteten Meinung in der Literatur zentral darauf an, ob das Vorhaben auf einer Beschaffungsinitiative des öffentlichen Auftraggebers beruht oder auf einer eigenständigen Projektentwicklung des Unternehmers. Dabei kann den zeitlichen Abläufen eine Indizfunktion für die Feststellung, ob der Anstoß für die Errichtung durch den öffentlichen Auftraggeber gegeben wurde, zukommen.²⁶ Andererseits führt die Kontaktaufnahme durch den öffentlichen Auftraggeber im Vorfeld des Baubeginns nicht zwangsläufig zur Annahme einer Beschaffungsinitiative des öffentlichen Auftraggebers.²⁷

Die oben genannten Beispiele aus Rechtsprechung und Literatur für eine hinreichende Bestimmung durch den öffentlichen Auftraggeber setzen sämtlich an einem zumindest mittelbaren Kontakt der öffentlichen Hand mit dem Projektierer / Dritten an. Von der Rechtsprechung bisher nicht geklärt ist, ob auch ein faktischer Einfluss auf die Errichtung sowie Art und Ausgestaltung des Bauwerks ausreichend ist. Hier ist mit Blick auf das Umgehungsverbot festzustellen, dass jegliche öffentliche Verlautbarung eines – nach Art und Umfang konkretisierten Bedarfs der öffentlichen Hand – mit dem Risiko einhergeht, als entsprechende Initiativhandlung bewertet zu werden.

Darüber hinaus wird in der juristischen Literatur teilweise angenommen, dass es insofern nicht auf die Aktivität des öffentlichen Auftraggebers ankommen könne. Stattdessen müsse eine objektivierte Betrachtung Platz greifen: Sei eine Spezialimmobilie nur von der öffentlichen Hand nutzbar, könne es nicht darauf ankommen, wer die Pläne gemacht hat. Ist eine Drittverwendung praktisch ausgeschlossen, könne unabhängig von Intensität und Grad der Einflussnahme des öffentlichen Auftraggebers ein Bauen für den Mieter und damit ein Bauauftrag angenommen werden.²⁸ Als solche Spezialimmobilien kommen z. B. Gefängnisse oder Plenarsaalgebäude in Betracht. Aber auch Schulgebäude werden von dieser Literaturmeinung ausdrücklich als Beispiel benannt.²⁹

²⁵ EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08, Rn. 67 ff; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.10.2008 – VII-Verg 25/08.

²⁶ Thüringisches OLG, Beschluss vom 07.10.2015 – 2 Verg 3/15, zitiert nach veris, S. 9 des Umdrucks.

²⁷ Thüringisches OLG, Beschluss vom 07.10.2015 – 2 Verg 3/15, zitiert nach veris, S. 9 des Umdrucks.

²⁸ Otting, VergabeR 2013, 343, 349.

²⁹ Otting, VergabeR 2013, 343, 349.

Nach anderen Stimmen in der Literatur reicht es hingegen nicht aus, wenn der private Bauherr den Beschaffungsbedarf antizipiert.³⁰ In diesen Fällen habe der öffentliche Auftraggeber nicht in der erforderlichen Weise Einfluss auf das Gebäude genommen. Das Thüringische OLG hat sich in einem obiter dictum diese Ansicht zu eigen gemacht.³¹

3.1.2.1.5 Bauverpflichtung

Nach ganz überwiegender Meinung ist für die Annahme eines Bauauftrages im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB darüber hinaus zwingend erforderlich, dass eine einklagbare Bauverpflichtung besteht:

- > Dies ergibt sich zunächst ausdrücklich aus Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2014/24/EU, auf dessen Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 die Regelung des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB beruht. Erwägungsgrund Nr. 9 lautet wie folgt:

„Die Realisierung eines Bauvorhabens gemäß den von einem öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen setzt voraus, dass der betreffende Auftraggeber Maßnahmen zur Definition der Art des Vorhabens getroffen oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf dessen Planung gehabt haben muss. Ob der Auftragnehmer das Bauvorhaben ganz oder zum Teil mit eigenen Mitteln durchführt oder dessen Durchführung mit anderen Mitteln sicherstellt, sollte nichts an der Einstufung des Auftrags als Bauauftrag ändern, solange der Auftragnehmer eine direkte oder indirekte rechtswirksame Verpflichtung zur Gewährleistung der Erbringung der Bauleistungen übernimmt.“

- > In der Gesetzesbegründung zu § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB hat der Gesetzgeber ausdrücklich auf diesen Erwägungsgrund verwiesen und das Erfordernis einer direkten oder indirekten rechtswirksamen Verpflichtung zur Gewährleistung der Erbringung der Bauleistung betont.³²
- > Der EuGH hatte zuvor die Notwendigkeit einer direkten oder indirekten „einklagbaren“ Bauverpflichtung gesehen. Dabei hatte er für die Modalitäten für die Erfüllung solcher Verpflichtungen auf das nationale Recht verwiesen, da es hierzu keine Vorgaben aus dem Unionsrecht gebe.³³

³⁰ Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 4. Auflage 2018, § 103 Rn. 110; Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 103 GWB, Rn. 68.

³¹ Thüringisches OLG, Beschluss vom 27.04.2009 – 9 Verg 2/09, zitiert nach veris.

³² BT-Drucksache 18/6281, S. 74.

³³ EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08, Rn. 59, 62 f.;

- > Auch in der nationalen Rechtsprechung wird regelmäßig das Erfordernis einer direkten oder indirekten Bauverpflichtung gefordert. Bloße Absichtsbekundungen und nicht durchsetzbare Zusagen seien nicht relevant.³⁴

Eine direkte Bauverpflichtung liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber die Erbringung der Bauleistung selbst einfordern kann. Eine indirekte Bauverpflichtung wird jedenfalls angenommen bei einer Vertragsstrafe, die für den Fall einer Nichtbebauung gezogen werden kann.³⁵ Eine indirekte Bauverpflichtung liegt auch dann vor, wenn die Anmietung eines noch zu errichtenden Bauwerks vereinbart und mit Vertragsstrafe gesichert wird, da damit die Errichtung des Gebäudes notwendigerweise mit erzwungen werden kann.³⁶ Keine hinreichende indirekte Bauverpflichtung liegt hingegen bei einem sog. Angebotsbebauungsplan vor. Denn hieraus ergibt sich allenfalls eine Beschränkung der Verwertbarkeit des Grundstücks, nicht hingegen eine durchsetzbare Pflicht, ein bestimmtes Bauwerk zu errichten. Anders ist dies nur bei sog. vorhabenbezogenen Bebauungsplänen nach § 12 BauGB, weil den Vorhabenträger dort nach dem zu schließenden Durchführungsvertrag eine explizite Bauverpflichtung trifft.

Lediglich vereinzelt wird in der juristischen Literatur das Erfordernis einer direkten oder indirekten Bauverpflichtung gänzlich abgelehnt.³⁷ Stattdessen komme es darauf an, ob für den Fall einer Leistungserbringung eine Gegenleistung vereinbart sei. Anderenfalls könne das Kartellvergaberecht durch Verzicht auf eine einklagbare direkte oder indirekte Bauverpflichtung leicht umgangen werden.³⁸

Ein für den Fall der Nichtbebauung oder nicht bestimmungsgemäßen Bebauung des Grundstücks vereinbartes Rückkauf- oder Widerrufsrechts ist nach einer verbreiteten Meinung in Rechtsprechung und Literatur nicht als indirekte Bauverpflichtung zu bewerten. Hieraus folgten lediglich Bauanreize, die die Schwelle der Verpflichtung nicht erreichten.³⁹

3.1.2.2 Folgen für die beabsichtigten Grundstücksverkaufsverträge

Unter Berücksichtigung der vorstehend herausgearbeiteten Maßstäbe ergibt sich für den hier in Rede stehenden Abschluss von Verträgen über den Verkauf von kommunalen Grundstücken an die BREBAU oder einen anderen Investor zwecks späte-

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.10.2008 – VII-Verg 25/08, VK Darmstadt, Beschluss vom 04.09.2008 – 69d-VK-30/08.

³⁵ Otting, VergabeR 2013, 343, 349.

³⁶ EuGH, Urteil vom 06.04.2009, Rs. C-536/07, Rn. 55 ff.

³⁷ Kühling, NVwZ 2010, 1257, 1259 f.

³⁸ Kühling, NVwZ 2010, 1257, 1260.

³⁹ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.01.2011 – 1 VK 67/10; VK Darmstadt, Beschluss vom 05.03.2008 – 69d-VK-6/2008; Kühling, NVwZ 2010, 1257, 1259; von Engelhard/Kaelble, in: Müller-Wrede, GWB-Kommentar, § 103 Rn. 119. Eine obergerichtliche Klärung dieser Rechtsfrage steht – soweit ersichtlich – noch aus.

rer Bebauung mit Schulgebäuden, dass es Bremen in der Hand hat, durch die Ausgestaltung des Grundstücksgeschäfts (Verkauf bzw. Erbbaurechtseinräumung) das Risiko einer Bewertung des Geschäfts als öffentlicher Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB durch eine Nachprüfungsinstanz zu vermindern:

- > Um die Bewertung als eingekapselter öffentlicher Bauauftrag möglichst gering zu halten, muss auf die Verknüpfung des Grundstücksverkaufs mit einer einklagbaren Verpflichtung des Käufers zur Errichtung einer Schule verzichtet werden. Dies gilt auch für sämtliche Zusagen zur künftigen Nutzung des zu errichtenden Gebäudes durch Bremen.

Denn bei einer entsprechenden einklagbaren Bauverpflichtung wäre damit zu rechnen, dass eine vergaberechtliche Nachprüfungsinstanz einen eingekapselten öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB annehmen würde. Dies hätte zur Folge, dass der Abschluss des Grundstückskaufvertrages kartellvergaberechtlich relevant wäre. Denn die übrigen Voraussetzungen eines öffentlichen Bauauftrages durch die Erbringung von Bauleistungen für den Auftraggeber durch Dritte im Sinne von § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB wären hier nach unserer Einschätzung zu bejahen:

- Erstens ist nach unserer Einschätzung davon auszugehen, dass ein entscheidender Einfluss der Stadtgemeinde auf die Errichtung des jeweiligen Gebäudes bzw. eine Errichtung nach den von Bremen als Auftraggeber genannten Erfordernissen anzunehmen ist. Denn gewichtige Gründe sprechen dafür, dass dies selbst dann anzunehmen wäre, wenn in dem Grundstückskaufvertrag keine Vorgaben zu Art und Planung des Schulgebäudes enthalten wären.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn der bereits beschlossene Leitfaden Schulbau Bremen für die Anmietung von Schulneubauten für verbindlich anwendbar erklärt würde da sich diesem detaillierte Vorstellungen der Stadtgemeinde Bremen an Art und Planung von Schulbauten entnehmen lassen. In Kombination mit dem öffentlich bekannt gegebenen Schulbedarf erfüllen diese Informationen einen Detaillierungsgrad, der mindestens den Stand einer detaillierten funktionalen Leistungsbeschreibung erreicht. Dabei gilt, dass veröffentlichte inhaltlich-technische Vorgaben umso stärker für die Annahme eines entscheidenden Einflusses eines Auftraggebers – hier: der Stadtgemeinde – auf die Errichtung sprechen, je höher der Grad der Verbindlichkeit der inhaltlich-technischen Vorgaben ist. Es existiert allerdings keine klare Untergrenze, ab der inhaltlich-technischen Festlegungen ein entsprechender Einfluss eindeutig abgesprochen werden könnte. Insofern kann bereits der bloßen Veröffentlichung eines Dokumentes wie dem Leitfaden Schulbau Bremen eine leistungsbestimmende Bedeutung zukommen, insbesondere als einer von mehreren Faktoren bei gesamthafter Betrachtung.

Erst recht ist ein entscheidender Einfluss der öffentlichen Hand auf die Errichtung des Gebäudes festzustellen, wenn – wie dies praktiziert wird – kommunale Gremien im Rahmen eines institutionalisierten Dialogs bei Art, Maß, Gestaltung und Ausstattung des Schulgebäudes mitreden können.

- Zweitens ist auch davon auszugehen, dass das Bauwerk der Stadtgemeinde Bremen unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen wird. Ohne jeglichen Zweifel wäre dies, wenn bereits im Zeitpunkt des Grundstücksverkaufs auf Grund einer mündlichen oder schriftlichen Vereinbarung feststünde, dass Bremen das Gebäude nach der Fertigstellung nutzen wird.

Aber auch ohne eine entsprechende Vereinbarung spricht es für ein unmittelbar wirtschaftliches Zugutekommen, dass Bremen seinen Schulbedarf klar kommuniziert hat und es aufgrund dessen wahrscheinlich ist, dass Bremen im Falle der Errichtung eines dem bekannt gegebenen Bedarf entsprechenden Schulgebäudes dieses auch nutzen wird.

- > Selbst ein Verzicht auf eine einklagbare Bauverpflichtung im Grundstücksvertragsvertrag kann das Risiko, dass ein solcher Vertrag vergaberechtlich angegriffen wird und die hier in erster Instanz zuständige Vergabekammer Bremen den Vertrag als öffentlichen Bauauftrag bewertet, nicht gänzlich ausschließen. Insofern kommt in Betracht, dass die Vergabekammer mit Blick auf das kartellvergaberechtliche Umgehungsverbot unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu einer weiten Auslegung des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB kommt. Insbesondere könnte die Vergabekammer hier den bekannt gegebenen Schulbedarf, die Beschlüsse des Senats und die Einflussnahmemöglichkeiten Bremens auf die BREBAU dahingehend werten, dass mit dem Vorgehen schon anfänglich, d. h. auch mit dem Verkauf der Grundstücke die Deckung des eigentlichen Beschaffungsbedarfs über Schulgebäude verfolgt wird.

3.1.2.3 Folgen für die beabsichtigten Mietverträge

Für die hier in Rede stehenden Mietverträge, die über die Nutzung der Schulgebäude geschlossen werden sollen, ist ebenfalls festzustellen, dass es Bremen in der Hand hat, durch die Ausgestaltung des Geschäfts das Risiko einer Bewertung als öffentlicher Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB durch eine vergaberechtliche Nachprüfungsinstanz zu mindern:

- > Mit Blick darauf, dass der Schutzschirm der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Bezug auf Mietverträge ausdrücklich nur für „*vorhandene Gebäude*“ gilt, ist unbedingt zu empfehlen, dass der Mietvertrag erst dann geschlossen wird, wenn das Gebäude vollständig oder zumindest so weitgehend errichtet worden ist, dass keine Bestandteile mehr errichtet werden müssen, die

das Gebäude für seine mit dem Mietvertrag vorgesehene Nutzung prägen. Denn nur in diesen Fällen kann sicher davon ausgegangen werden, dass das mietvertragsgegenständliche Gebäude als „vorhanden“ im Sinne des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB bewertet würde:

- Zwar ist an keiner Stelle definiert, was unter „vorhandene Gebäude“ zu verstehen ist. Sicher ist aber, dass lediglich geplante und noch nicht begonnene Gebäude nicht hierunter fallen.
- Bei einer Auslegung nach dem allgemeinen Begriffsverständnis des Wortlauts liegt es nahe, dass der Mietgegenstand grundsätzlich im Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses bereits so bestehen muss, wie er beim Mietbeginn an den Mieter übergeben wird.
- Für eine solche enge Auslegung spricht auch, dass es sich bei der Regelung des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB um eine Ausnahmegvorschrift vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts und damit um eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der konkretisierenden Regelungen der europäischen Marktfreiheiten handelt. Solche Ausnahmeregelungen sind immer eng auszulegen, was wiederum aus dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des europäischen Rechts (*effet utile*) folgt.
- Ein Blick auf die der Ausnahme zugrundeliegende Richtlinienregelung des Art. 10 Abs. 1 lit. a RL 2014/247EU ergibt nichts anderes, da der Wortlaut insofern deckungsgleich ist.
- Auch ein Blick auf die insofern europarechtlich gleichrangigen Fassungen anderer Sprachen gibt keinen Hinweis darauf, dass die Anforderungen an das „Vorhandensein“ nur gering wären. Nach der englischen Sprachfassung heißt es „*existing buildings*“, nach der spanischen „*edificios ya existentes*“, nach der französischen Fassung „*batiments existants*“, nach der niederländischen Fassung „*bestaande gebouwen*“. Keine dieser Fassungen legt ein Verständnis nahe, wonach nicht bereits mindestens ein sehr weitgehender Baufortschritt für die Bereichsausnahme erforderlich ist.

Die vorstehende Empfehlung zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung gilt unter Berücksichtigung des Umgehungsverbots für jede Art von Vereinbarungen, die in irgendeiner Form die Parteien binden, ein Gebäude künftig zur Nutzung zur Verfügung zu stellen bzw. zu verwenden. Dies gilt unabhängig vom jeweiligen Namen des Vertrages, insbesondere auch für einen sogenannten *Letter of Intent*.

- > Zwar kann nach der Rechtsprechung über den Wortlaut aus § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB ausnahmsweise und unter weiteren Voraussetzungen auch ein Mietvertrag über ein erst noch nicht vollständig errichtetes Gebäude vom Anwendungs-

bereich des Kartellvergaberechts ausgenommen sein. Dies gilt sogar unter bestimmten Voraussetzungen für Gebäude, mit deren Errichtung im Zeitpunkt des Mietvertrages noch nicht begonnen worden ist.

Es ist aber zumindest zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung für die hier in Rede stehende Errichtung von Schulen einen zeitlich vorgezogenen Mietvertragschluss rechtfertigen kann:

- Erforderlich ist für diese erweiternde Ausnahme nämlich, dass der Mieter keinen oder zumindest keinen wesentlichen Einfluss auf die bauliche Gestaltung genommen hat.⁴⁰
- Es sprechen gewichtige Argumente dafür, dass ein solcher Einfluss hier bei der wegen des Umgehungsverbots erforderlichen Gesamtbetrachtung auch ohne den Abschluss eines Mietvertrages ohne ausdrückliche Spezifikationen und Vorgaben über die Gestaltung des Schulgebäudes anzunehmen wäre. Dabei sind alle relevanten Faktoren zu betrachten, zu denen insbesondere auch die nachfolgenden gehören:
 - Spezifikationen und Vorgaben in dem vorstehenden Sinne sind beispielsweise in dem Leitfaden Schulbau Bremen zu sehen, der detaillierte Spezifikationen enthält. Dieser Leitfaden wäre auch nicht schon allein aus dem Grund unbeachtlich, wenn der Senat weiterhin davon absieht, den Leitfaden als verbindlich zu erklären. Eine solche Verbindlichkeitserklärung würde zwar die Einflussnahme deutlich dokumentieren. Umgekehrt rechtfertigt aber der Umstand, dass es sich um von der senatorischen Behörde entwickelte detaillierte Vorgaben handelt, die Annahme, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie die Anforderungen der Stadt Bremen weitgehend abbilden.
 - Bremen hat außerdem durch die Bekanntgabe des Schulbedarfs zu erkennen gegeben, welche Kapazitäten das jeweils zu errichtende Schulgebäude erfüllen muss.
- > Ohnehin ist die Vereinbarung über die künftige Miete eines Schulgebäudes auf einen spezifisch besonderen Mietgegenstand gerichtet, bei dem eine Alternativverwendung regelmäßig nur bei erheblichen Umbauten möglich ist. Anders als bei potenziell multifunktionalen Gebäuden (z. B. Standard-Bürogebäude), die einer anderen Verwendung offenstehen, spricht bei einem Schulgebäude der Abschluss des Mietvertrages dafür, dass der Mieter den ggf. sogar alleinigen Anlass für die Errichtung des Gebäudes gegeben hat. Schulgebäude unterscheiden sich insofern auch von Kindertagesstätten, da bei Letzteren viel häufiger eine private Trägerschaft in Frage kommt. Aus dem Vorstehenden ergibt sich,

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 29.10.2009 – Rs. C-536/06; OLG Schleswig, Beschluss vom 01.04.2010 – 1 Verg 5/09.

dass sich immer dann, wenn der Mietvertrag erst nach Fertigstellung des Schulgebäudes im obigen Sinne geschlossen wird, mit Blick auf den Wortlaut des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB gut vertreten lässt, dass der Mietvertragsschluss vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen ist. Auch insofern verbleiben aber Risiken. Denn eine andere Bewertung durch die im Falle eines Nachprüfungsantrages zuständige Vergabekammer Bremen bzw. das in zweiter Instanz zuständige OLG Bremen kann nicht vollständig ausgeschlossen werden:

- Erstens könnten sich die Nachprüfungsinstanzen der oben angesprochenen, in der Literatur vereinzelt vertretenen Meinung anschließen, wonach bei Spezialimmobilien, die nur von der öffentlichen Hand nutzbar sind, ein eingekapselter Beschaffungsvorgang vorliege.
- Zweitens könnten auch hier die Nachprüfungsinstanzen mit Blick auf das vergaberechtliche Umgehungsverbot zu einer einschränkenden Auslegung des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB kommen mit der Folge, dass ein Mietvertrag über eine bereits errichtete Immobilie auch dann einen eingekapselten Bauauftrag enthält, wenn der Mieter unter Berücksichtigung des gesamten Lebenssachverhalts einen nicht nur unerheblichen Einfluss auf die Gestaltung des Gebäudes genommen hat. Auch hier könnten von den Nachprüfungsinstanzen wiederum die Bekanntgabe des Schulbedarfs, die Beschlüsse des Senats und die Einflussnahmemöglichkeiten Bremens auf die BREBAU dahingehend werten, dass Bremen entscheidenden Einfluss auf das Ob und Wie der Errichtung des Schulgebäudes gehabt hat.

3.1.3 Anforderungen an Vergabe eingekapselter Bauaufträge

3.1.3.1 Im Grundsatz wettbewerbliche Vergabe

Soweit nach dem vorstehend dargelegten Maßstab im Einzelfall ein eingekapselter öffentlicher Bauauftrag festzustellen ist und damit die jeweilige Auftragsvergabe dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfällt, ist regelmäßig eine wettbewerbliche Vergabe erforderlich:

- > Die Errichtungskosten einer Schule bzw. die langfristige Anmietung eines Schulgebäudes werden regelmäßig unproblematisch den jeweils geltenden Schwellenwert für Bauleistungen überschreiten, der seit dem 01.01.2020 bei 5.350.000 € liegt.
- > Nach § 6 Abs. 1 des Tariftreue- und Vergabegesetzes Bremen sind darüber hinaus bei der Vergabe von Bauaufträgen ab einem Auftragswert von 50.000 € die Bestimmungen des Abschnitt 1 des Teils A der Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen anzuwenden, die ebenfalls im Regelfall die wettbewerbliche Vergabe vorschreiben.

Detaillierte Vorgaben an das einzuhaltende Vergabeverfahren enthält das 4. Kapitel des GWB in Verbindung mit der VOB/A bzw. der VgV. Ein wettbewerbliches Verfahren wird grundsätzlich durch eine Bekanntmachung des zu vergebenden Auftrages eröffnet, um die Marktteilnehmer auf den Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers hinzuweisen.

3.1.3.2 Ausnahmsweise Direktvergabe wegen Alleinstellung

Soweit nach den Ausnahmetatbeständen aus § 3a EU Abs. 3 VOB/A ausnahmsweise eine wettbewerbsfreie Direktvergabe zulässig ist, kommt vorliegend allenfalls ein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne der Nr. 3 lit c) in Betracht. Danach ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig, wenn die Leistungen zum „*Schutz von ausschließlichen Rechten*“ nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden können.

Bei der Auslegung und Anwendung dieser Regelung ist zu beachten, dass sie als Ausnahme vom Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe eng auszulegen ist.⁴¹ Es reicht nicht aus, eine Alleinstellung bloß zu behaupten.⁴² Der Auftraggeber trägt die Beweislast, dass die Umstände, auf die er sich für eine Direktvergabe beruft, tatsächlich vorliegen.⁴³ Für die Zulässigkeit einer Direktvergabe wegen eines Ausschließlichkeitsrechts bzw. auf Grund der hieraus folgenden Alleinstellung ist es erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf nur durch die Beauftragung des Eigentümers bedienen kann. In der Rechtsprechung wird gefordert, dass der Auftraggeber stichhaltige Belege beizubringen hat, aus denen sich das Vorliegen der Voraussetzungen ergibt.⁴⁴ Teilweise wird gefordert, dass der Auftraggeber mittels einer „*sorgfältigen Markterforschung des relevanten Angebotsmarktes für die nachgefragte Leistung ungeachtet nationaler oder regionaler Grenzen*“ festzustellen hat, dass kein anderes Unternehmen in der Lage ist, die geforderte Leistung zu erbringen.⁴⁵

⁴¹ Für die Parallelvorschriften in § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A und § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV bzw. die diesen zugrundeliegenden Richtlinienvorschriften: EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs- C-275/08, Rn. 55; VK Sachsen, Beschluss vom 04.12.2018 – 1 / SVK / 023 – 18, zitiert nach veris, S. 10 des Umdrucks.

⁴² EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-275/08, Rn. 62.

⁴³ EuGH, Urteil vom 10.04.2003 – verb. Rs- C-20/01 und 28/01, Rn. 58; Urteil vom 15.10.2009 – Rs- C-275/08, Rn. 55; VK Sachsen, Beschluss vom 04.12.2018 – 1/SVK/023-18.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs- C-275/08, zitiert nach juris, Rn. 54 ff; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2016 – Verg 46/15; VK Sachsen, Beschluss vom 04.12.2018 – 1 / SVK / 023 – 18, zitiert nach veris, S. 10 des Umdrucks.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-275/08, Rn. 61; OLG Frankfurt, Beschluss vom 10.07.2007 – 11 Verg 5/07; VK Sachsen, Beschluss vom 04.12.2018 – 1 / SVK / 023 – 18, zitiert nach veris, S. 10 des Umdrucks.

Als ein solches ausschließliches Recht im Sinne des § 3a EU Abs. 3 Nr. 3 lit. c) VOB/A kommt grundsätzlich und unter weiteren Voraussetzungen auch das Eigentumsrecht an einem bebauten oder unbebauten Grundstück in Betracht.⁴⁶ Vor dem Hintergrund, dass nach der Rechtsprechung des EuGH mehrstufige Vorgänge grundsätzlich zur Vermeidung von Umgehungen des Vergaberechts einheitlich zu bewerten sind⁴⁷, wäre es allerdings eine rechtswidrige Umgehung, wenn das Alleinstellungsmerkmal in einem ersten Schritt durch den öffentlichen Auftraggeber hergestellt wird, indem er das einzige in Betracht kommende Grundstück wettbewerbsfrei an den späteren Vertragspartner und (insbesondere) privaten Bauherren verkauft.⁴⁸

In Betracht kommt eine zur wettbewerbsfreien Direktvergabe berechtigende Alleinstellung hier daher immer nur dann, wenn der Investor das Grundstück nicht erst von Bremen erworben hat bzw. der Erwerb schon so lange her ist, dass keine sachliche Verknüpfung mit der in Rede stehenden Errichtung einer Bildungsimmobilie besteht.

Für die Feststellung einer solchen Alleinstellung wäre darüber hinaus von Bremen umfassend und ggf. unter Hinzuziehung externen Sachverständs zu betrachten, ob es weitere Grundstücke gibt, auf denen durch andere potenzielle Bauherren die im jeweiligen Einzelfall benötigte Bildungsimmobilie errichtet und der Stadtgemeinde zur Verfügung gestellt werden könnte, die bei objektiver Betrachtungsweise den sachlich berechtigten Ansprüchen Bremen an die Versorgung des Schulbezirks genügen könnte. Allein der Umstand, dass der BREBAU *ein* geeignetes Grundstück im relevanten Versorgungsbereich des benötigten Schulneubaus zur Verfügung steht, reicht für das Alleinstellungsmerkmal somit nicht aus.

3.1.4 Vergaberechtliche Risiken und Möglichkeiten ihrer zeitlichen Beschränkung

Erfolgt eine Vergabe unter Nichteinhaltung der vorstehenden Anforderungen, drohen vergaberechtliche Risiken (3.1.4.1). Diese bestehen allerdings regelmäßig nur zeitlich beschränkt. Dabei hat Bremen die Möglichkeit, die zeitliche Angreifbarkeit zusätzlich weiter einzuschränken (hierzu unter 3.1.4.2).

⁴⁶ Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 4. Auflage 2018, § 103 Rn. 213; Bulla, VergabeR 2019, 457, 465; Stolz, in: Ingenstau/Korbion VOB-Kommentar, 20. Auflage 2017, § 3a EU VOB/A Rn. 49

⁴⁷ EuGH Urteil vom 29.10.2009 – Rs. C-536/07, Rn. 47.

⁴⁸ Otting, VergabeR 2013, 343, 350; Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, 4. Auflage 2018, § 103 Rn. 213.

3.1.4.1 Risiko der Untersagung / Unwirksamkeit des Vertragsschlusses durch ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren

Bei Nichteinhaltung der vorstehend skizzierten Anforderungen droht vor allem ein vergaberechtlicher Angriff durch einen Konkurrenten der BREBAU im Wege eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer und dem Vergabesenat. In der Folge droht für den Fall, dass der in Rede stehende Vertrag noch nicht geschlossen worden ist, die Untersagung des Vertragsschlusses. Für den Fall, dass der Vertrag schon geschlossen worden ist, kann nach § 135 Abs. 1 GWB die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses festgestellt werden. Dies gilt auch für den notariellen Grundstückskaufvertrag.

Der Antrag eines Konkurrenten der BREBAU ist aber nur dann zulässig, wenn er darlegen kann, dass er ein berechtigtes Interesse an dem Auftrag hat:

- > Soweit sich der Angriff gegen den Abschluss eines Grundstückskaufvertrags mit eingekapseltem Bauauftrag richtet, würde es hierzu aber bereits ausreichen, wenn er vorträgt, dass er beabsichtigt, als Investor eine entsprechende Bildungsimmobilie auf dem von Bremen zum Verkauf angebotenen oder auf einem anderen ihm zur Verfügung stehenden Grundstück errichten zu lassen und diese an die Stadtgemeinde zu vermieten.
- > Für einen Angriff gegen den Abschluss eines Mietvertrages müsste der Konkurrent allerdings darlegen, dass er über ein eigenes Grundstück verfügt bzw. über das Grundstück eines Dritten verfügen kann, auf dem er eine alternative Bildungsimmobilie errichten könnte. Zudem müsste er darlegen, dass er zumindest für einen nicht nur unerheblichen Teil des in Rede stehenden Mietzeitraums eine alternative Bildungsimmobilie anbieten könnte. Dies wird umso leichter sein, je früher der Abschluss des Mietvertrages vor dem Beginn der tatsächlichen Nutzung vorgesehen ist.

3.1.4.2 Zeitlicher Rahmen der Angreifbarkeit und Möglichkeiten zur Beschränkung

Im Interesse einer zügigen Rechtssicherheit ist das Risiko eines vergaberechtlichen Angriffs grundsätzlich auf sechs Monate nach Abschluss des in Rede stehenden Vertrages beschränkt, vgl. § 135 Abs. 2 GWB. Nach Ablauf dieser Frist können auch gravierende Vergaberechtsverstöße grundsätzlich nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden. Es besteht insofern weitgehende Investitionssicherheit. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der öffentliche Auftraggeber mit dem beauftragten Auftragnehmer im kollusiven Zusammenwirken das Vergaberecht gebrochen hat, d. h. die Parteien gemeinschaftlich in Kenntnis der Vergaberechtswidrigkeit den Vertrag geschlossen haben. In diesem Fall ist der Vertrag im Sinne von § 138 BGB sittenwidrig und nichtig. Das Recht eines Konkurrenten, sich auf die Sittenwidrigkeit zu berufen, kommt nach den Grundsätzen einer Verwirkung einer Rechtsposition nur innerhalb von zwei Jahren nach Kenntnis der sittenwidrigen Umstände in Betracht.

Das Vergaberecht bietet dem öffentliche Auftraggeber außerdem die Möglichkeit die Angreifbarkeit über die Frist aus § 135 Abs. 2 GWB hinaus weiter einzuschränken und damit deutlich vor Ablauf von zwei Jahren Rechts- und Investitionssicherheit zu erlangen:

- > Erstens kann der Auftraggeber, wenn er die Voraussetzungen eines Direktvergabetatbestands erfüllt sieht, eine sogenannte Ex-ante-Transparenzbekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB veröffentlichen. Danach tritt die Unwirksamkeit nicht ein, wenn
 - der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig ist,
 - der öffentliche Auftraggeber eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht hat, mit der er die Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und
 - der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.

Allerdings ist die Schutzwirkung teilweise eingeschränkt, da Vergabenachprüfungsinstanzen auch nach Ablauf der 10-Tages-Frist überprüfen können und müssen, ob der öffentliche Auftraggeber bei seiner Entscheidung, einen Auftrag „ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben, sorgfältig gehandelt hat und ob er der Ansicht sein durfte dass die [in der Ausnahmenvorschrift, auf die er sich beruft – hier § 3a EG Abs. 3 VOB/A bzw. § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB] aufgestellten Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren“.⁴⁹ Kommt die Nachprüfungsinstanz zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen der ex-ante-Bekanntmachung nicht vorlagen, steht die ex-ante-Bekanntmachung einem Nachprüfungsantrag auch nach Ablauf der 10-Tages-Frist nicht entgegen. Liegen die Voraussetzungen der ex-ante-Bekanntmachung nach Bewertung der Nachprüfungsinstanz dagegen vor, wäre der Nachprüfungsantrag regelmäßig auch ohne die Ex-ante-Transparenzbekanntmachung erfolglos gewesen.

Trotzdem verbleibt noch ein Mehrwert der Ex-ante-Transparenzbekanntmachung für diejenigen Situationen, in denen nach Ansicht einer Vergabekammer zwar die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes nach abschließender Prüfung nicht vorliegen, dem öffentlichen Auftraggeber aber nicht vorgehalten werden kann, von einer Vergaberechtsfreiheit auszugehen. Dieser Mehrwert ist hier insbesondere nicht ausgeschlossen, weil noch keine Rechtsprechung der Vergabekammer Bremen und des OLG Bremen vorliegt, aus der sich Hinweise über den von diesen angelegten Maßstab ergeben. Hinzu kommt, dass mögliche Konkurrenten durch die kurze 10-Tages-Frist unter Zeitdruck gesetzt werden

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 11.9.2014 – Rs. C-19/13, Rn. 50 – Telecom Italia bzw. Fastweb, BeckRS 2014, 81838.

könnten, sich mit einem Nachprüfungsantrag gegen die beabsichtigte Direktvergabe zu wenden. Dies kann abschreckend wirken. Andererseits können Konkurrenten durch eine Ex-ante-Transparenzbekanntmachung aber auch überhaupt erst auf den beabsichtigten Vertragsabschluss aufmerksam werden und sich zu einem Nachprüfungsantrag veranlasst sehen. Wir empfehlen daher, im Einzelfall zwischen den vorgenannten Vorteilen einer Ex-ante-Bekanntmachung und dem Nachteil einer vorgezogenen Bekanntgabe des beabsichtigten Vertragsschlusses abzuwägen.

- > Zweitens kann der Auftraggeber die Frist zur Erhebung eines Nachprüfungsantrages von sechs Monaten auf 30 Tage durch eine Bekanntmachung im Europäischen Amtsblatt über die erfolgte Vergabe eines öffentlichen Auftrages verkürzen, vgl. § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB. Hierzu muss der Auftraggeber eine sogenannte Ex-post-Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichen. Nach Ablauf der 30-Tages-Frist ist die Auftragsvergabe ungeachtet etwaiger Vergaberechtsverstöße nicht mehr anfechtbar. Mit einer solchen Bekanntmachung könnte Bremen auch die Angreifbarkeit der Wahrnehmung der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB oder eine Direktvergabe wegen Alleinstellung zeitlich beschränken. Für beide Fälle besteht zwar kein Erfordernis einer nachträglichen Bekanntmachung, sie ist aber zulässig. In der Bekanntmachung sollte dabei ausdrücklich darauf abgestellt werden, dass der Vertragsschluss nach Rechtsansicht Bremens nicht unter das Vergaberecht fällt. Die Unwirksamkeit könnte dann nur binnen 30 Kalendertagen nach Veröffentlichung der Bekanntmachung geltend gemacht werden; danach besteht – jedenfalls in Bezug auf den bekannt gemachten Vertrag - Rechtssicherheit. Hinzunehmen wäre dabei allerdings, dass Marktteilnehmer auf diesen Vertragsschluss und auf die mögliche Bewertung als öffentlicher Bauauftrag hingewiesen werden. Soll dies nicht geschehen, bleibt es bei der nach § 135 Abs. 2 Satz 1 a. E. GWB bestehenden Unsicherheit über die vergaberechtliche Angreifbarkeit für einen Zeitraum von 6 Monaten.

3.2 Beihilfenrechtliche Ausschreibungspflichten

Das grundsätzliche Verbot von Beihilfen ist geregelt in Art. 107 Abs. 1 AEUV. Danach sind „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“ Das Vergaberecht und das Beihilfenrecht schließen sich um Grundsatz nicht gegenseitig aus, stattdessen korrelieren sie teilweise miteinander. Ist die Gegenleistung eines Vertrages das Ergebnis eines transparenten, nichtdiskriminierenden Wettbewerbs, wie ihn das Vergaberecht sicherstellen soll, handelt es sich – wie sogleich gezeigt

wird – um ein marktkonformes Leistungs- und Gegenleistungsverhältnis, das beihilfenrechtlich unproblematisch ist. Andererseits kann eine Beihilfenrechtskonformität auch auf anderem Wege erreicht werden, sodass das Beihilfenrecht nicht mittelbar die Einhaltung des Vergaberechts (im Sinne einer transparenten, wettbewerblichen Ausschreibung) erfordert.

Die Durchführung von Beihilfen ist nach Art. 108 Abs. 3 AEUV erst dann zulässig, wenn diese an die Europäische Kommission notifiziert worden sind und diese sie genehmigt oder das Vorliegen einer Beihilfe verneint hat (sog. Durchführungsverbot).⁵⁰ Im deutschen Recht gilt das Durchführungsverbot als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, so dass Verträge, die verbotene Beihilfen einschließen, vielfach vollständig nichtig sind. In besonders gelagerten Fällen kommt eine Teilnichtigkeit im Sinne des § 139 BGB in Betracht. Die deutsche Rechtsprechung tendiert in jüngerer Zeit dazu, den Gesichtspunkt einer Abschöpfung des Beihilfenvorteils in den Vordergrund zu rücken und hält deshalb die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit nicht mehr für stets geboten.⁵¹ Bei Verletzung des Durchführungsverbots sind Klagen von Wettbewerbern des Beihilfenempfängers unter anderem auf Unterlassung und Schadensersatz möglich.⁵² Das Durchführungsverbot stellt ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar.⁵³

Vor diesem Hintergrund sind die einzelnen Elemente des Beihilfenbegriffs für die vorliegende angedachten Konstellationen zu untersuchen.

3.2.1 Unternehmen

Zunächst muss ein Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegen. Der Begriff des Unternehmens ist dabei weit zu verstehen und umfasst auch Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand.⁵⁴ Entscheidend ist die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die im Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt bestehen muss.⁵⁵

Die BREBAU und die GEWOBA sind als Unternehmen jeweils im Bereich des Wohnungsbaus tätig und wollen nach eigener Darstellung zunehmend auch im Markt für Bildungsimmobilien als Anbieter von Gebäuden zur Vermietung tätig werden.⁵⁶ Es

⁵⁰ Dazu *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 108 AEUV, Rn. 11.

⁵¹ Vgl. BGH, Urteil vom 05.12.2012 – I ZR 92/11, Rn. 33ff.

⁵² BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 136/09, EuZW 2011, 440; BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 213/08, BeckRS 2011, 5517.

⁵³ BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 136/09, EuZW 2011, 440, Ls. 1.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 15.03.1994 – Banco Exterior de Espana / Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, Rn. 11.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 18.06.1998 – Kommission/Italien – C-35/96, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – Glöckner – C-475/99, Rn. 19.

⁵⁶ Vgl. hierzu die Aussagen des Geschäftsführers der BREBAU GmbH Bernd Botzenhardt im Interview mit dem Weser-Report, erschienen am 12.04.2020.

handelt sich daher nach unserer Einschätzung bei der BREBAU und der GEWOBA um Unternehmen im Sinne des Beihilfenrechts.

3.2.2 Staatliche Mittel

Das Vorliegen einer Beihilfe setzt voraus, dass diese als staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt zu betrachten ist. Hierfür ist eine Zurechenbarkeit der jeweiligen Maßnahme zum Staat zwar notwendige Bedingung, jedoch nach der neuesten Judikatur des Europäischen Gerichtshofs nicht ausreichend.⁵⁷ Es muss nämlich dargetan werden, dass die fraglichen Vorteile unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden, also dem staatlichen Haushalt entstammen und der Verfügung staatlicher Stellen unterliegen.⁵⁸ Hiervon sind auch Fälle umfasst, in denen staatliche Stellen gegenüber bestimmten Unternehmen auf Einnahmen verzichten, solange sich dies als Belastung des staatlichen Haushalts darstellt.⁵⁹

In den vorliegend zu prüfenden Fällen kommt ein Einsatz staatlicher Mittel jeweils in Betracht, da es um Überlassung von Grundstücken aus dem staatlichen Vermögen bzw. Mietzinszahlungen aus dem staatlichen Haushalt geht. Inwieweit sich in den einzelnen Konstellationen eine Belastung des staatlichen Haushalts einstellt, wird bei der Bewertung des Vorliegens von Vorteilen des jeweiligen Käufers/Vermieters mit geprüft (s. Ziffer 3.2.4).

3.2.3 Selektivität

Des Weiteren liegt das Kriterium der Selektivität hier vor. Eine Begünstigung ist nur Beihilfe, wenn sie lediglich einzelnen, bestimmten Unternehmen zugutekommt, nicht allen vergleichbaren Unternehmen im Mitgliedstaat.⁶⁰ Dies ist hier unproblematisch zu bejahen, da von den beabsichtigten Geschäften bei Vorliegen der sonstigen Beihilfenvoraussetzungen jeweils nur ein einzelnes Unternehmen begünstigt wird.

3.2.4 Gewährung eines Vorteils

Eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt nur dann vor, wenn dem/den jeweiligen Unternehmen ein Vorteil gewährt wird. Den Vorteilsbegriff hat die Europäische Kommission präzisiert in der „Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ vom 19.07.2016.⁶¹ Dieses Dokument gibt lediglich die Rechtsauffassungen der Europäischen Kommission wieder und gibt Anhaltspunkte für ihr voraussichtliches Vorgehen in bestimmten Konstellationen. Hier von abweichende Entscheidungen insbesondere der europäischen Gerichte sind

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 28.03.2019 – Deutschland/Kommission – Rs. C-405/16 P, Rn. 63.

⁵⁸ EuGH, a.a.O. Rn. 84, 85.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 17.03.1993 – Sloman Neptun/Ziesemer, Rs. C-72/91 u. C-73/91, Rn. 21.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 15.12.2005 – Italien/Kommission, Rs. C-66/02, Rn. 94.

⁶¹ Amtsblatt C 262 v. 19.07.2016, S. 1ff. (i.F. Beihilfen-Bekanntmachung 2016).

also möglich. In wesentlichen Teilen beruhen die Prüfungsansätze der Kommission allerdings auf bereits ergangener Rechtsprechung. Zudem existierte bis zur Veröffentlichung der genannten Bekanntmachung ein beihilfenrechtlicher Leitfaden der Europäischen Kommission, der sich speziell mit der Situation des Grundstücksverkaufs durch staatliche Stelle beschäftigte.⁶² Die Grundstücksmittelung zog die Kommission nicht nur bei Grundstücksverkäufen sondern auch bei weiteren grundstücksbezogenen Vereinbarungen wie Mietverträgen heran.⁶³ Diese Mitteilung wurde durch die Bekanntmachung von 2016 ausdrücklich aufgehoben,⁶⁴ wird jedoch in der Praxis nach wie vor als Hilfsmittel herangezogen.⁶⁵ Sie wird daher auch in dieser Stellungnahme hilfsweise zur allgemeinen Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff herangezogen.

Unter einem solchen Vorteil versteht die Europäische Kommission in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, also ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte.⁶⁶ Für die Beurteilung des Vorliegens eines Vorteils sind Anlass und Ziele des staatlichen Eingreifens zunächst unerheblich.⁶⁷ Maßgeblich ist allein die Auswirkung der Maßnahme auf das Unternehmen, die anhand von dessen wirtschaftlicher Lage vor und nach der entsprechenden Maßnahme zu beurteilen sind.⁶⁸

Sofern Transaktionen öffentlicher Stellen zu normalen Marktbedingungen vorgenommen werden, gewähren sie nach Auffassung der Europäischen Kommission und der Gerichte der Union keinen Vorteil und stellen keine Beihilfengewährung dar.⁶⁹ Ob eine Transaktion zu normalen Marktbedingungen erfolgt, ist anhand eines Vergleichs mit einem marktwirtschaftlich handelnden Privaten zu ermitteln. Hätte dieser die entsprechende Transaktion voraussichtlich zu den gleichen Konditionen vorgenommen, so ist davon auszugehen, dass sie unter normalen Marktbedingungen erfolgte.

Für **Grundstücksveräußerungen** durch die öffentliche Hand hat das damalige Gericht erster Instanz in diesem Zusammenhang das Kriterium des privaten Verkäufers

⁶² Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand v. 10.07.1997, ABl. C 209 v. 10.07.1997, S. 3ff. (i.F.: Grundstücksmittelung 1997).

⁶³ Vgl. Nachweise bei Bulla, VergabeR 2019, 457, 468, Fn. 44.

⁶⁴ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 229.

⁶⁵ Bulla, Die Ausschreibungspflicht von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand, VergabeR 2019, 457, 468.

⁶⁶ Vgl. Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 66; EuGH, Urt. v. 11.07.1996 – SFEI u.a., Rs. C-39/94, Rn. 60; EuGH, Urt. v. 29.04.1999 – Spanien/Kommission, Rs. C-342/96, Rn. 41.

⁶⁷ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 67.

⁶⁸ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 67.

⁶⁹ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 74.

entwickelt, das auf der Prüfung beruht, ob ein privater Verkäufer unter Marktbedingungen denselben oder einen besseren Preis hätte erzielen können.⁷⁰ Die konkrete Anwendung dieses Kriteriums setzt grundsätzlich eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung voraus.⁷¹ Die Beurteilung ist – dies ergibt sich prozessual auch aus dem Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV – ist ex ante auf Grundlage der zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Maßnahme verfügbaren Informationen durchzuführen.⁷² Im Zweifel hat die handelnde mitgliedstaatliche Stelle nachzuweisen, dass sie die Entscheidung auf Grundlage wirtschaftlicher Bewertungen getroffen hat, die mit denen vergleichbar sind, die ein vernünftig und marktwirtschaftlich handelnder privater Wirtschaftsbeteiligter in ähnlicher Lage vorgenommen hätte.⁷³

Für die **Anmietung** von noch zu erstellenden oder bestehenden Immobilien durch staatliche Stellen geben die Kommission und die Rechtsprechung der Unionsgerichte keine detaillierten Handreichungen zum Verständnis des Vorteilbegriffs. Auch hier ist nach unserer Einschätzung aber die Europäische Kommission so zu verstehen, dass auf das Grundkonzept eines Vergleichs mit dem Verhalten privater Wirtschaftsbeteiligter in der gleichen Situation zurückgegriffen werden kann.⁷⁴ Hinsichtlich der Anmietung der Bildungsimmobilien ist somit zu prüfen, ob der dafür vereinbarte Mietzins marktüblich ist und ob auch sonstige Vertragsklauseln und Vertragsumstände dem entsprechen, was auch ein Privater als Mieter einer entsprechenden Immobilie vereinbart bzw. als Vorteil an den Vermieter gewährt hätte.

3.2.5 Wettbewerbsverfälschung/Beeinträchtigung des Handels

Die weiteren Tatbestandsmerkmale des Vorliegens von Wettbewerbsverfälschungen bzw. eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten werden vorliegend als gegeben unterstellt. Ebenfalls wird unterstellt, dass bei Bejahung im Übrigen keine De-minimis-Beihilfen im Sinne der aktuell geltenden Verordnung der Kommission⁷⁵ vorlägen.

⁷⁰ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 74; EuG, Urt. v. 28.02.2012 – Land Burgenland und Österreich/Kommission, verb. Rs. T-268/08 und T-281/08, Rn. 48.

⁷¹ EuG, Urt. v. 28.02.2012 – Land Burgenland und Österreich/Kommission, verb. Rs. T-268/08 und T-281/08, Rn. 48; EuGH, Urt. v. 06.10.2005 – Kommission/Scott – C-276/03 P, Rn. 68.

⁷² Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 78

⁷³ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 79.

⁷⁴ Vgl. Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 75.

⁷⁵ VO (EU) Nr. 1407/2013 v. 18.12.2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen, ABl. 2013 L 351, S. 1ff. – danach ist eine Ausnahme von der Notifizierungspflicht bei transparenten Beihilfen mit einem Bruttosubventionsäquivalent von weniger als 200.000 Euro innerhalb von drei Steuerjahren möglich; Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass das Bruttosubventionsäquivalent im Voraus genau berechnet werden kann, was im vorliegenden Fall beim Grundstückskauf jedenfalls die Kenntnis des marktüblichen Preises auf Basis eines Gutachtens voraussetzen würde – für die Zwecke dieser Begutachtung war vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass die De-minimis-Ausnahme keine Anwendung findet.

Daraus ergibt sich für die hier zu prüfenden möglichen Transaktionen Folgendes:

3.2.6 Grundstücksverkauf

Im Wesentlichen stellt sich hinsichtlich der beabsichtigten Grundstücksverkäufe die Frage der Gewährung eines Vorteils gegenüber den erwerbenden Unternehmen. Hierfür ist jeweils ein Vergleich mit einem hypothetischen privaten Wirtschaftsteilnehmer, der vernünftig und marktwirtschaftlich handelt, heranzuziehen.

Die Europäische Kommission hält für die Darstellung der Marktkonformität bei Veräußerungsgeschäften der öffentlichen Hand im Wesentlichen zwei Methoden für geeignet: Erstens die Durchführung eines wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens und zweitens die Vorabprüfung anhand von Benchmarking oder anderen Bewertungsmethoden.⁷⁶

3.2.6.1 Ausschreibungsverfahren

Erste Option zur Sicherstellung der Beihilfenfreiheit ist die Durchführung eines wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens.⁷⁷ Ein solches Verfahren sieht die Europäische Kommission dann als gegeben an, wenn das Vorgehen den Vergaberichtlinien der Union entspricht.⁷⁸ Wird im Rahmen eines Verfahrens nur ein einziges Angebot abgegeben, so ist dies allerdings nur dann beihilfenrechtlich unbedenklich, wenn entweder das Verfahren so ausgestaltet war, dass echter und wirksamer Wettbewerb stattfinden konnte oder sich die mitgliedstaatliche Stelle durch zusätzliche Maßnahmen vergewissert, dass das Angebot dem Marktpreis entspricht.⁷⁹

Besonders zu beachten ist bei der Ausgestaltung entsprechender Verfahren das Kriterium der Bedingungsfreiheit: Damit unvereinbar ist das Eingehen besonderer Verpflichtungen des Käufers zugunsten der Behörden oder im öffentlichen Interesse, die ein privater Verkäufer nicht verlangt hätte. Unschädlich sind Verpflichtungen aus der allgemeinen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung oder dem Planungsrecht.⁸⁰

Das Ergebnis einer Verkaufsausschreibung gilt unter den oben gemachten Maßgaben als marktkonform, ohne dass eine weitere Kontrolle der Höhe des erzielten Preises erfolgen müsste.⁸¹ Ausnahmsweise kann auch bei Durchführung einer Aus-

⁷⁶ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 84, 97; in diesem Zusammenhang gilt bei Grundstücksgeschäften grundsätzlich keine Wertuntergrenze für die Beihilfenrelevanz und damit die Notifizierungspflicht – das Vorliegen einer De-minimis-Ausnahme war hier nicht zu prüfen, s. vorige Fußnote.

⁷⁷ Vgl. Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 84.

⁷⁸ Vgl. Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 93.

⁷⁹ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 93.

⁸⁰ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 94.

⁸¹ Vgl. Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 97.

schreibung der Verkauf an den Höchstbietenden unterbleiben, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass dessen Angebot nicht marktüblich, insbesondere stark durch spekulative Erwägungen überhöht ist.⁸² Im Einzelnen ist hier aber vieles ungeklärt⁸³ und ein rechtssicherer Ausschluss nach unserer Einschätzung schwierig.

Für die vorliegend zu begutachtenden Fallgestaltungen ergibt sich daraus folgende Bewertung:

Die Durchführung von Ausschreibungsverfahren unter Einhaltung der Kriterien der Europäischen Kommission stellt zwar grundsätzlich eine Option dar, von der Bremen bei Veräußerung von für Schulbauten in Betracht kommenden Grundstücken Gebrauch machen könnte. Es kann jedoch selbst bei sehr spezifischen planungsrechtlichen Vorgaben für die entsprechenden Flächen nicht ausgeschlossen werden, dass aufgrund des gebotenen Preises Bieter zum Zuge kommen, die kein Interesse an der Errichtung von Bildungsimmobilien haben, sondern die Flächen beispielsweise zu spekulativen Zwecken erwerben wollen. Eine Ausschreibungsbedingung für die Auswahl des Käufers, wonach auf dem Grundstück in einklagbarer Weise eine Schule oder andere Bildungsimmobilie (ggf. binnen eines bestimmten Zeitraums) zu errichten ist, würde nach unserer Einschätzung unter Berücksichtigung der übrigen Umstände der in Rede stehenden Vorgehensweise hier zwangsläufig zur Annahme eines eingekapselten Bauauftrages führen (siehe oben unter 3.1.1.2.2). Ein Ausschluss spekulativer Gebote ist bei sehr hoher Abweichung vom übrigen Bieterfeld wohl möglich, dies ist aber im Einzelnen mit erheblichen rechtlichen Risiken behaftet. Das Vorgehen mittels Ausschreibung birgt also das Risiko, dass ein ausreichendes Angebot an Bildungsimmobilien in Bremen zu den erforderlichen Zeitpunkten und in den entsprechenden Stadtteilen nicht zur Verfügung stehen könnte, weil die Grundstücke an Dritte ohne entsprechende Bebauungsabsicht veräußert werden müssten.

3.2.6.2 Prüfung anhand von Benchmarking oder anderen Bewertungsmethoden

Möchte die mitgliedstaatliche Stelle keine Ausschreibung durchführen, so erachtet die Kommission eine gutachterliche Ermittlung des Marktwertes des zu veräußern- den Grundstücks für zulässig.

Diese kann erfolgen durch ein Benchmarking anhand anderer vergleichbarer Transaktionen privater Wirtschaftsbeteiligter. Ein Vergleich der Preisgestaltung bei der Veräußerung städtischer Flächen an die BREBAU mit privaten Grundstückstransaktionen in Bremen ist zwar grundsätzlich möglich. Allerdings ist es prima facie zweifelhaft, ob es gelingt, eine hinreichende Anzahl entsprechender Transaktionen der jüngeren Vergangenheit zu finden, bei denen insbesondere die planungsrechtliche

⁸² Vgl. Frenz, Grundstücksverkäufer der öffentlichen Hand, DÖV 2016, 819, 820 m.w.N.; vgl. EuGH, Urt. v. 16.07.2015 – BVVG – Rs. C-39/14, Rn. 40.

⁸³ Vgl. Frenz, a.a.O. m.w.N.;

Bestimmung der Grundstücke (Festsetzung als Gemeinbedarfsfläche mit Zweckbestimmung Schule) vergleichbar ist.

Daneben sind jedoch auch weitere Bewertungsmethoden möglich. Neben dem Benchmarking erkennt die Europäische Kommission auch die Bewertung der Transaktion bzw. ihres Gegenstandes anhand allgemein anerkannter Standard-Bewertungsmethoden an. Grundsätzlich muss eine solche Bewertung auf verfügbaren objektiven, überprüfbaren und zuverlässigen Daten beruhen, die hinreichend detailliert sein müssen. Risiken und Erwartungen an die Zukunft sind zu berücksichtigen.⁸⁴ Geht es wie vorliegend um den Verkauf von Grundstücken, so erachtet die Kommission ein vor den Verkaufsverhandlungen eingeholtes Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen für ausreichend, das auf Grundlage allgemeiner Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert ermittelt.⁸⁵ Dabei ist bei Nichtverfügbarkeit anderer Methoden auch das Vergleichspreissystem eine Option.⁸⁶ Der Wert des Grundstücks kann auch durch eine sachverständige öffentliche Stelle wie den Gutachterausschuss für Grundstückswerte bestimmt werden, wenn sichergestellt ist, dass diese weisungsfrei agieren kann.⁸⁷ Die Toleranz für ein Abweichen vom sachverständig ermittelten Grundstückswert bei Nichtveräußerbarkeit trotz vernünftiger Bemühungen wird in der Grundstücksmitteilung bei nur 5% angesetzt.⁸⁸ Die Bekanntmachung aus dem Jahr 2016 enthält keinen derartigen Schwellenwert mehr.

Für die vorliegend zu prüfenden Konstellationen ergeben sich daraus folgende Bewertungen:

Eine Veräußerung von Grundstücken an die BREBAU oder die GEWOBA im Wege des Direktverkaufs ist beihilfenfrei möglich, wenn zuvor eine Ermittlung des aktuellen Marktwertes durch einen unabhängigen Sachverständigen anhand anerkannter Indikatoren und Methoden erfolgt ist. Dies deckt sich mit den Vorgaben des Landeshaushaltsrechts, die im Grundsatz eine Veräußerung von Vermögensgegenständen zum vollen Wert vorschreiben (§ 63 Abs. 3 S. 1 LHO) und bei zu veräußernden Grundstücken eine Wertermittlung vorschreiben (§ 64 Abs. 2 LHO).

⁸⁴ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 101; vgl. EuG, Urt. v. 29.03.2007 – Scott/Kommission, T-366/00, Rn. 71.

⁸⁵ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 103

⁸⁶ Beihilfen-Bekanntmachung 2016, Rn. 103; vgl. EuGH, Urt. v. 16.12.2010 – Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe – Rs. C-239/09, Rn. 52.

⁸⁷ Frenz, a.a.O., S. 821; Mitteilung der Kommission v. 11.08.1993, ABl. C 216 v. 11.08.1993, S. 5.

⁸⁸ Grundstücksmitteilung 1997, Ziffer 2 b).

3.2.7 Mietvertrag

Aus dem Gesagten ergeben sich auch die wesentlichen Maßgaben, die aus beihilfenrechtlicher Sicht beim Abschluss von Mietverträgen über zu erstellende oder ggf. schon erstellte Bildungsimmobilien zu beachten sind.

3.2.7.1 Höhe des Mietzinses

Die Höhe des Mietzinses darf nicht das überschreiten, was ein privater Mieter entsprechender Räume bei der aktuellen Marktlage voraussichtlich zu zahlen bereit wäre. Zur Ermittlung dieser Höhe bieten sich nach unserer Einschätzung grundsätzlich die drei bereits oben skizzierten Möglichkeiten an:

Zulässig ist die **Durchführung wettbewerblicher Ausschreibungen** über die Anmietung eines gewissen Raumprogramms für Bildungszwecke, wobei möglichst sicherzustellen ist, dass sich echter Wettbewerb einstellen kann. Das letztgenannte Kriterium kann dabei aufgrund des recht begrenzten Bestandes an für Bildungszwecke in Betracht kommenden Immobilien problematisch sein.

Möglich ist auch ein **Benchmarking** anhand ähnlicher Transaktionen Privater in der jüngeren Vergangenheit. Hier stellt sich allerdings die Frage, ob sich eine hinreichende Zahl von vergleichbaren Transaktionen identifizieren lässt, um eine Vergleichsmiete zu ermitteln.

Schließlich kommt eine **unabhängige sachverständige Bewertung** des angemessenen Mietpreises anhand allgemeiner Marktverhältnisse und Bewertungsmethoden in Betracht.

Nach den uns vorliegenden Informationen dürfte die zuletzt genannte Methode in den zu prüfenden Fällen vorzugswürdig sein.

3.2.7.2 Weitere Vertragsklauseln

Neben der Höhe des Mietzinses ist darauf zu achten, dass auch weitere zentrale Inhalte des Mietvertrages so ausgestaltet sind, dass ein vernünftig und marktwirtschaftlich handelnder Privater in vergleichbarer Lage diese voraussichtlich abgeschlossen hätte. Dies betrifft insbesondere:

- Die Dauer des Mietverhältnisses: Als problematisch könnte sich hier eine marktunüblich lange Bindung erweisen (wobei sich dies relativiert, wenn man davon ausgeht, dass der Mietzins über die gesamte Laufzeit angemessen bleibt).
- Mietzinsanpassungen: Klauseln zur Anpassung oder sukzessiven Erhöhung des Mietzinses sollten auf Marktüblichkeit geprüft werden.

- Instandhaltungsklauseln: Bremen sollte sicherstellen, dass es keinen unüblichen Umfang an eigentlich dem Vermieter zuzuordnender Pflichten übernimmt.
- Vereinbarungen zur Rückgabe der Mietsache: Auch hier sollten keine marktunüblichen Vereinbarungen über die Herstellung eines bestimmten Zustands bei Rückgabe getroffen werden.

Die beiden letztgenannten Punkte stehen dabei in Beziehung zum Mietzins, der bei Übernahme weiterer Pflichten und Risiken durch Bremen geringer ausfallen müsste.

3.2.7.3 Besonderer wirtschaftlicher Vorteil aufgrund frühen Zeitpunkts der Anmietung der Immobilie?

Zu berücksichtigen ist auch die zeitliche Abfolge der Grundstücksveräußerung und der Anmietung der zu erstellenden/erstellten Räumlichkeiten.

3.2.7.3.1 Anmietung vor Grundstücksverkauf oder zeitgleich dazu

Einen marktunüblichen Vorteil könnte man möglicherweise auch in dem Fall erblicken, dass die Anmietung einer Bildungsimmobilie bereits vor dem Abschluss des Verkaufs des entsprechenden Grundstücks oder zeitgleich dazu zugesagt würde. Insofern haben wir oben aufgezeigt, dass aus vergaberechtlicher Sicht ein solches Vorgehen allerdings ohnehin unbedingt zu vermeiden ist.

Beihilfenrechtlich ist eine eindeutige Beurteilung hier schwierig: Auch marktüblich handelnde Private könnten grundsätzlich auf die Idee kommen, Vereinbarungen über eine spätere Anmietung mit einem Kaufinteressenten vor Abschluss eines Grundstückskaufvertrages zum Abschluss zu bringen bzw. ein Grundstück zu veräußern und dann gleichzeitig einen Mietvertrag ab dem Zeitpunkt nach Abschluss der Bebauung abzuschließen.

Beihilfenrechtlich problematisch kann nach unserer Einschätzung eine sehr frühe Anmietung aber erstens deshalb sein, weil als Nachfrager nach Bildungsimmobilien in Bremen fast nur die FHB selbst in Betracht kommt und diese damit dem Käufer/Vermieter einen Vorteil gewährt, den Private grundsätzlich nicht gewähren können. Allerdings ist insoweit fraglich, ob allein aufgrund dieser Sonderstellung der FHB als Nachfragende von Bildungsimmobilien ein Einsatz staatlicher Mittel bejaht werden könnte.

Hierauf kommt es nach unserer Einschätzung jedoch nicht entscheidend an, weil zweitens eine staatliche Beihilfe darin liegen könnte, dass für das jeweilige Grundstück nur der übliche Verkehrswert (in diesem Fall der Bodenwert des unbebauten Grundstücks) gezahlt wird, ein Grundstück mit langfristiger Vermietungsgarantie für eine noch zu errichtende Immobilie jedoch im Verkehr zwischen Privaten voraussichtlich preislich höher angesetzt werden würde. Würde auf die Durchsetzung des höheren Preises durch die FHB in dieser Konstellation verzichtet, läge nach unserer

Einschätzung ein Einsatz staatlicher Mittel zum Vorteil des Käufers vor. Jegliche konkreten Zusagen oder Absprachen zu einer späteren Anmietung einer noch zu errichtenden Bildungsimmobilie durch die FHB führen somit zum Risiko des Vorliegens einer verbotenen Beihilfe.

3.2.7.3.2 Anmietung nach Grundstückverkauf, aber vor Fertigstellung

Die vergaberechtlich nicht zu empfehlende Anmietung nach Erwerb des Grundstücks durch BREBAU oder GEWOBA, aber vor Fertigstellung des Schulgebäudes, erscheint bei Vereinbarung eines marktüblichen Mietzinses als beihilfenrechtlich weniger problematisch. Eine Anmietung noch zu erstellender Gebäude durch private Mieter ist nicht per se unüblich. Aus beihilfenrechtlicher Sicht müssten in diesem Fall aber die Klauseln für die Rechtsfolgen etwa bei verspäteter oder ausbleibender Errichtung des Gebäudes ebenfalls marktüblich ausgestaltet werden, so dass die FHB hier keine Risiken übernimmt, die der Markt üblicherweise nicht zu tragen bereit wäre. Auch hier gilt, dass Zusagen oder Absprachen über eine spätere Anmietung, die vor oder mit dem Grundstücksverkauf getroffen werden, beihilfenrelevant sein können, weil sie sich jedenfalls auf den wirtschaftlichen Wert des jeweiligen Grundstücks auswirken.

3.2.8 Maßgaben für die risikovermeidende Vertragsgestaltung

Wie oben dargelegt, führen beihilfenrechtliche Verstöße innerhalb eines Vertrags unter Umständen dazu, dass dieser Vertrag nichtig im Sinne des § 134 BGB ist. Mindestens läge eine Teilnichtigkeit der konkret beihilfenrechtswidrigen Klauseln vor.⁸⁹

Um das Risiko einer vollständigen Nichtigkeit zu verringern, könnte es sich empfehlen, dass auch bei Einhaltung der oben dargestellten Vorgaben zur Ermittlung des angemessenen Verkaufspreises und Mietzinses in die jeweiligen Verträge Anpassungsklauseln für den Fall von Verstößen gegen das Beihilfen- und Durchführungsverbot aufgenommen werden. Derartige Klauseln sollten die rückwirkende Anpassung des Kaufpreises bzw. des Mietzinses auf ein markt- und damit beihilfenkonformes Niveau vorsehen. Dabei ist zu beachten, dass es sich insoweit um eine Rückforderung/Erstattung von Beihilfen handelt und die sich ergebenden Rückzahlungsbeträge zu verzinsen sind.⁹⁰ Mit derartigen Klauseln kann die materielle Rechtsfolge eines etwaigen Beihilfenverstosses (Rückforderung) nicht verändert werden, sie dient aber auch der Dokumentation des Willens der Parteien, an einer entsprechenden Vereinbarung auch unter solchen Umständen festzuhalten. Zur konkreten Gestaltung entsprechender Klauseln sollen hier keine Vorschläge unterbreitet werden. Diese wären im Einzelfall unter notarieller Beratung zu Möglichkeiten und Grenzen zu gestalten.

⁸⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 05.12.2012 – I ZR 92/11, Rn. 33ff.

⁹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 14.01.1997 – Spanien/Kommission, Rs. C-169/95, Rn. 47.

4 Checkliste und grafische Übersicht

Bei der Bewertung der vergabe- und beihilfenrechtlichen Zulässigkeit des beabsichtigten Vorgehens sind letztlich **sechs verschiedene Szenarien** zu unterscheiden:

Investor ist Grundstückseigentümer

- > Der Investor ist bereits Eigentümer oder alleiniger Berechtigter des einzigen für die Schulerrichtung in Betracht kommenden Grundstücks (siehe hierzu unter 1.a).
- > Der Investor ist bereits Eigentümer oder alleiniger Berechtigter eines von mehreren für die Schulerrichtung in Betracht kommenden Grundstücken und ist bereit, das Schulgebäude (weitgehend) vollständig zu projektieren und zu errichten, ohne dass Bremen sich – auch unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles – in irgendeiner Form (schriftlich oder mündlich, aber dokumentiert) zur künftigen Nutzung verpflichtet (siehe hierzu unter 1.b aa).
- > Der Investor ist bereits Eigentümer oder alleiniger Berechtigter eines von mehreren für die Schulerrichtung in Betracht kommenden Grundstücken, besteht aber vor (weitgehend) vollständiger Errichtung auf eine – irgendwie geartete – Verpflichtung Bremens, das Gebäude künftig zu nutzen (siehe hierzu unter 1.b bb).

Bremen ist noch Grundstückseigentümer

- > Bremen ist noch Eigentümer des Grundstücks und nicht bereit, das Grundstück ohne Absicherung durch eine direkte oder indirekte Bebauungsverpflichtung (einschließlich Vertragsstrafe) an den Investor zu verkaufen (siehe hierzu unter 2.a).
- > Bremen ist bereit, sein Grundstück ohne Absicherung durch eine direkte oder indirekte Bebauungsverpflichtung an den Investor zu verkaufen, und der Investor ist bereit, das Schulgebäude (weitgehend) vollständig zu projektieren und zu errichten, ohne dass Bremen sich – auch unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles – in irgendeiner Form (nachweislich schriftlich oder mündlich) zur künftigen Nutzung verpflichtet (hierzu unter 2.b aa).
- > Bremen ist bereit, sein Grundstück ohne Absicherung durch eine direkte oder indirekte Bebauungsverpflichtung an den Investor zu verkaufen, der Investor besteht aber vor (weitgehend) vollständiger Errichtung auf eine – irgendwie geartete – Verpflichtung Bremens, das Gebäude künftig zu nutzen (hierzu unter 2.b bb).

Für die vergabe- und beihilfenrechtliche Zulässigkeit der vorgenannten Varianten gilt Folgendes:

1. Der Investor ist bereits Eigentümer des in Rede stehenden Grundstücks und hat dies auch nicht erst in letzter Zeit von Bremen erworben.
 - a.) Das Grundstück des Investors ist das einzige, das für die Bebauung der benötigten Schule in Betracht kommt:
 - *Es kommt eine Alleinstellung des Investors im Sinne von § 3a EG Abs. 3 VOB/A in Betracht, die zu einer wettbewerbsfreien Direktvergabe berechtigt.*
 - *Bremen kann (muss aber nicht) die vergaberechtliche Angreifbarkeit der Berechtigung zur Direktvergabe des Mietvertrages durch Bekanntmachungen zeitlich weiter einschränken:*
 - *Einerseits kann Bremen vor Vertragsschluss ein Ex-ante-Transparenzbekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichen. Soweit diese den hohen gesetzlichen Anforderungen genügt und der Vertrag erst nach Ablauf von 10 Tagen nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung erfolgt, ist der Vertragsschluss nicht mehr angreifbar.*
 - *Andererseits kann Bremen durch eine (überobligatorische) Bekanntmachung des bereits erfolgten Vertragsschlusses (sog. Ex-post-Bekanntmachung) im Amtsblatt der Europäischen Union von sechs Monaten auf 30 Tage reduziert werden.*
 - *Zur Herstellung der beihilfenrechtlichen Rechtmäßigkeit der vereinbarten Mietvertragsbedingungen, insbesondere des vereinbarten Mietzinses muss Bremen sicherstellen, dass diese marktüblich ausfallen, also von einem privaten Marktakteur in vergleichbarer Situation ebenso vereinbart worden wären.*
 - *Ein Mietvertrag sollte deshalb nur zu marktüblichen Konditionen insbesondere beim Mietzins geschlossen werden. Dies bedingt auch, dass keine mietvertraglichen Klauseln mit besonderen Vorteilen für den Vermieter (bspw. marktunübliche Bindung oder Mietanpassungsklauseln, Rückbauverpflichtungen des Mieters) vereinbart werden bzw. dass derartige besondere Regelungen sich in einem niedrigeren Mietzins niederschlagen. Hinsichtlich des marktüblichen Mietzinses unter Würdigung des gesamten Vertrags(entwurfs) empfiehlt sich eine unabhängige sachverständige Bewertung.*

b.) Es gibt im Schulbezirk auch andere Grundstücke, die für die Bebauung mit der benötigten Schule in Betracht kommen:

aa.) Der Investor ist bereit, das Schulgebäude (weitgehend) vollständig zu projektieren und zu errichten, ohne dass Bremen sich – auch unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles – in irgendeiner Form (schriftlich oder mündlich, aber dokumentiert) verpflichtet, sodass der Mietvertrag erst nach der (weitgehend) vollständigen Errichtung des Schulgebäudes errichtet werden kann:

- *Mietvertragsschluss fällt unter die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB; allenfalls geringe Risiken bleiben.*
- *Bremen kann Einfluss auf den Umfang der verbleibenden Risiken nehmen, indem es von Beginn an von jeglicher Verlautbarung oder Bekundung absieht, die als eine Inaussichtstellung der künftigen Nutzung des Gebäudes durch Bremen verstanden werden kann.*
- *Bremen kann (muss aber nicht) die kartellvergaberechtliche Angreifbarkeit der Berechtigung zur Direktvergabe des Mietvertrages durch Bekanntmachungen zeitlich weiter einschränken:*
 - *Einerseits kann Bremen vor Vertragsschluss eine Ex-ante-Transparenzbekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichen. Soweit diese den hohen gesetzlichen Anforderungen genügt, insbesondere Bremen der Ansicht sein durfte, zur Direktvergabe berechtigt zu sein, und der Vertrag erst nach Ablauf von 10 Tagen nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung erfolgt, ist der Vertragsschluss wirksam und nicht mehr angreifbar.*
 - *Andererseits kann Bremen durch eine (überobligatorische) Bekanntmachung des bereits erfolgten Vertragsschlusses (sog. Ex-post-Bekanntmachung) im Amtsblatt der Europäischen Union den Zeitraum der vergaberechtlichen Angreifbarkeit von sechs Monaten auf 30 Tage reduzieren.*
- *Zur Herstellung der beihilfenrechtlichen Rechtmäßigkeit der vereinbarten Mietvertragsbedingungen, insbesondere des vereinbarten Mietzinses muss Bremen sicherstellen, dass diese marktüblich ausfallen, also von einem privaten Marktakteur in vergleichbarer Situation ebenso vereinbart worden wären.*
- *Ein Mietvertrag sollte deshalb nur zu marktüblichen Konditionen insbesondere beim Mietzins geschlossen werden. Dies*

bedingt auch, dass keine mietvertraglichen Klauseln mit besonderen Vorteilen für den Vermieter (bspw. marktunübliche Bindung oder Mietanpassungsklauseln, Rückbauverpflichtungen des Mieters) vereinbart werden bzw. dass derartige besondere Regelungen sich in einem niedrigeren Mietzins niederschlagen. Hinsichtlich des marktüblichen Mietzinses unter Würdigung des gesamten Vertrags(entwurfs) empfiehlt sich eine unabhängige sachverständige Bewertung.

bb.) Der Investor besteht vor (weitgehend) vollständiger Errichtung auf einer – irgendwie gearteten – Verpflichtung Bremens, das Gebäude zu nutzen:

- *Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB greift voraussichtlich nicht.*
- *Auch die von der Rechtsprechung entwickelte Ausnahme für den Abschluss von Mietverträgen über noch zu errichtende Gebäude greift wegen des Spezialcharakters von Schulgebäuden voraussichtlich nicht. Bremen und der Investor können allerdings dafür sorgen, dass in einer erforderlichen Gesamtbetrachtung möglichst viele Argumente gegen einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB sprechen; ausschließen können sie das Risiko der Annahme eines eingekapselten Bauauftrages aber hierdurch nicht:*
 - *Mietvertragsschluss erst zu einem möglichst späten Zeitpunkt.*
 - *Möglichst nutzungsoffene Projektierung und Umsetzung des Gebäudes; Dokumentation von Konzepten durch den Investor für eine alternative Nutzung.*
 - *Keine vorherigen schriftlichen oder mündlichen Zusagen oder Inaussichtstellungen über eine künftige Nutzung durch Bremen.*
 - *Keine bestimmenden Vorgaben von Bremen zur Ausgestaltung des Gebäudes, egal in welcher Form, z. B.:*
 - *Senatsbeschlüsse,*
 - *Ausarbeitungen der Behörden (mit Ausnahme allgemeingültiger, auch für andere Gebäude als Schulgebäude geltender bauordnungsrechtlicher Vorgaben)*
 - *Presseverlautbarungen*
 - *öffentliche Stellungnahmen*

- *institutionalisierte Dialoge zwischen kommunalen Gremien oder Entscheidungsträgern und privaten Akteuren über konkrete Schulgebäude.*
- *Bremen kann (muss aber nicht) die vergaberechtliche Angreifbarkeit des Mietvertragsschlusses durch eine (überobligatorische) Bekanntmachung eines gleichwohl erfolgenden Abschlusses des Mietvertrages im Amtsblatt der Europäischen Union nach § 135 Abs. 2 GWB von 6 Monaten auf 30 Tage reduzieren.*
- *Alternativ kann Bremen – insbesondere, wenn es keinen Wettbewerb um den Mietvertrag erwartet – die Vergaberechtskonformität durch die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens erreichen.*
- *Zur Herstellung der beihilfenrechtlichen Rechtmäßigkeit der vereinbarten Mietvertragsbedingungen, insbesondere des vereinbarten Mietzinses muss Bremen sicherstellen, dass diese marktüblich ausfallen, also von einem privaten Markttakteur in vergleichbarer Situation ebenso vereinbart worden wären.*
- *Ein Mietvertrag sollte deshalb nur zu marktüblichen Konditionen insbesondere beim Mietzins geschlossen werden. Dies bedingt auch, dass keine mietvertraglichen Klauseln mit besonderen Vorteilen für den Vermieter (bspw. marktunübliche Bindung oder Mietanpassungsklauseln, Rückbauverpflichtungen des Mieters) vereinbart werden bzw. dass derartige besondere Regelungen sich in einem niedrigeren Mietzins niederschlagen. Hinsichtlich des marktüblichen Mietzinses unter Würdigung des gesamten Vertrags(entwurfs) empfiehlt sich eine unabhängige sachverständige Bewertung.*

2. Bremen ist noch Eigentümerin des Grundstücks

- a) Bremen ist nicht bereit, das Grundstück ohne Absicherung durch eine direkte oder indirekte Bebauungsverpflichtung (einschließlich Vertragsstrafe) an den Investor zu verkaufen:
 - *Eine wettbewerbsfreie Direktvergabe scheidet aus.*
- b) Bremen ist bereit, das Grundstück ohne Absicherung durch eine direkte oder indirekte Bebauungsverpflichtung an den Investor zu verkaufen (zulässig ist allenfalls eine Rückkaufklausel für den Fall, dass auf dem Grundstück kein Schulgebäude errichtet wird):

aa.) Der Investor ist bereit, das Schulgebäude (weitgehend) vollständig zu projektieren und zu errichten, ohne dass Bremen sich – auch unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles – in irgendeiner Form (schriftlich oder mündlich, aber dokumentiert) verpflichtet, sodass der Mietvertrag erst nach der (weitgehend) vollständigen Errichtung des Schulgebäudes errichtet werden kann:

- *Grundstückskaufvertrag enthält keinen eingekapselten Bauauftrag und ist damit vergaberechtlich nicht relevant; allenfalls geringe Risiken bleiben.*
- *Mietvertragsschluss fällt unter die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB; allenfalls geringe Risiken bleiben.*
- *Bremen kann Einfluss auf den Umfang der verbleibenden Risiken nehmen, indem es von Beginn an von jeglicher Verlautbarung oder Bekundung absieht, die als eine Inaussichtstellung der künftigen Nutzung des Gebäudes durch Bremen verstanden werden kann.*
- *Bremen kann (muss aber nicht) die vergaberechtliche Angreifbarkeit der Berechtigung zur Direktvergabe des Grundstückskaufvertrages bzw. des Mietvertrages durch Bekanntmachungen zeitlich verringern:*
 - *Einerseits kann Bremen vor Vertragsschluss eine Ex-ante-Transparenzbekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichen. Soweit diese den hohen gesetzlichen Anforderungen genügt, insbesondere Bremen der Ansicht sein durfte, zur Direktvergabe berechtigt zu sein, und der Vertrag erst nach Ablauf von 10 Tagen nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung erfolgt, ist der Vertragsschluss wirksam und nicht mehr angreifbar.*
 - *Andererseits kann Bremen durch eine (überobligatorische) Bekanntmachung des bereits erfolgten Vertragsschlusses (sog. Ex-post-Bekanntmachung) im Amtsblatt der Europäischen Union den Zeitraum der vergaberechtlichen Angreifbarkeit von 6 Monaten auf 30 Tage reduzieren.*

Jedenfalls in Bezug auf den Grundstückskaufvertrag werden aber regelmäßig der Nachteile solcher Bekanntmachungen, die in der Publikwerdung bestehen, überwiegen, mit der Folge, dass für den Abschluss von Grundstückskaufverträgen regelmäßig von einer solchen Bekanntmachung abgesehen werden sollte.

- *Zur Herstellung der beihilfenrechtlichen Rechtmäßigkeit der Bedingungen des Grundstückskaufvertrages einerseits sowie der vereinbarten Mietvertragsbedingungen andererseits, insbesondere des vereinbarten Kaufpreises und des vereinbarten Mietzinses muss Bremen sicherstellen, dass diese marktüblich ausfallen, also von einem privaten Marktakteur in vergleichbarer Situation ebenso vereinbart worden wären.*
- *Der Grundstücksverkauf sollte deshalb zum aktuellen Verkehrswert erfolgen, welcher durch Sachverständige oder geeignete Stellen anhand aktueller Indikatoren und Methoden ermittelt werden muss.*
- *Ein späterer Mietvertrag sollte ebenfalls nur zu marktüblichen Konditionen insbesondere beim Mietzins geschlossen werden. Dies bedingt auch, dass keine mietvertraglichen Klauseln mit besonderen Vorteilen für den Vermieter (bspw. marktunübliche Bindung oder Mietanpassungsklauseln, Rückbauverpflichtungen des Mieters) vereinbart werden bzw. dass derartige besondere Regelungen sich in einem niedrigeren Mietzins niederschlagen. Hinsichtlich des marktüblichen Mietzinses unter Würdigung des gesamten Vertrags(entwurfs) empfiehlt sich eine unabhängige sachverständige Bewertung.*

bb.) Der Investor besteht vor (weitgehend) vollständiger Errichtung auf eine – irgendwie geartete – Verpflichtung Bremens, das Gebäude zu nutzen:

- *Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB greift voraussichtlich nicht.*
- *Auch die von der Rechtsprechung entwickelte Ausnahme für den Abschluss von Mietverträgen über noch zu errichtende Gebäude greift wegen des Spezialcharakters von Schulgebäuden voraussichtlich nicht. Bremen und der Investor können allerdings dafür sorgen, dass in einer erforderlichen Gesamtbetrachtung möglichst viele Argumente gegen einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB sprechen; ausschließen können sie das Risiko der Annahme eines eingekapselten Bauauftrages aber hierdurch nicht:*
 - *Möglichst nutzungsoffene Projektierung und Umsetzung des Gebäudes; Dokumentation von Konzepten durch den Investor für eine alternative Nutzung.*
 - *Keine bestimmenden Vorgaben von Bremen zur Ausgestaltung des Gebäudes, egal in welcher Form, z. B.:*

- *Senatsbeschlüsse,*
- *Ausarbeitungen der Behörden (mit Ausnahme allgemeingültiger, auch für andere Gebäude als Schulgebäude geltender bauordnungsrechtlicher Vorgaben)*
- *Presseverlautbarungen*
- *öffentliche Stellungnahmen*
- *institutionalisierte Dialoge zwischen kommunalen Gremien oder Entscheidungsträgern und privaten Akteuren über konkrete Schulgebäude.*
- *Keine schriftlichen oder mündlichen Zusagen oder Inaussichtstellungen über eine künftige Nutzung durch Bremen bis zum Abschluss des Mietvertrages.*
- *Mietvertragsschluss erst zu einem möglichst späten Zeitpunkt.*
- *Keine verbindlichen inhaltlich-technischen Vorgaben für das Gebäude im Mietvertrag*
- *Bremen kann (muss aber nicht) die vergaberechtliche Angreifbarkeit durch eine (überobligatorische) Bekanntmachung eines gleichwohl erfolgenden Vertragsschlusses im Amtsblatt der Europäischen Union nach § 135 Abs. 2 GWB von 6 Monaten auf 30 Tage zeitlich reduzieren.*
- *Zur Herstellung der beihilfenrechtlichen Rechtmäßigkeit der vereinbarten Mietvertragsbedingungen, insbesondere des vereinbarten Mietzinses muss Bremen sicherstellen, dass diese jeweils marktüblich ausfallen, also von einem privaten Marktakteur in vergleichbarer Lage voraussichtlich ebenso vereinbart worden wären.*
- *Der Grundstücksverkauf sollte deshalb zum aktuellen Verkehrswert erfolgen, welcher durch Sachverständige oder geeignete Stellen anhand aktueller Indikatoren und Methoden ermittelt werden muss.*
- *Ein Mietvertrag sollte ebenfalls nur zu marktüblichen Konditionen insbesondere beim Mietzins geschlossen werden. Dies bedingt auch, dass keine mietvertraglichen Klauseln mit besonderen Vorteilen für den Vermieter (bspw. marktunübliche Bindung oder Mietanpassungsklauseln, Rückbauverpflichtungen des Mieters) vereinbart werden bzw. dass derartige besondere Regelungen sich in einem niedrigeren Mietzins niederschlagen. Hinsichtlich des marktüblichen Mietzinses unter*

*Würdigung des gesamten Vertrags(entwurfs) empfiehlt sich
eine unabhängige sachverständige Bewertung.*

Anlage: Grafische Übersicht

