

**B e r i c h t Nr. G 568/19**

**für die Sitzung der städtischen Deputation für Kinder und Bildung am 16.12.2016  
unter Verschiedenes**

**Vergabe von Bauaufträgen zur Errichtung von Kindertagesstätten**

**A. Problem**

Die Abgeordneten Dr. Thomas vom Bruch und Sandra Ahrens, Fraktion der CDU, haben schriftlich darum gebeten, der Deputation möglichst zur Sitzung der Deputation am 16.12.2016 ein von einem neutralen Gutachter zu erstellendes Gutachten zu der Frage vorzulegen, ob für den Bau von Kindertageseinrichtungen durch Investoren eine Ausschreibung innerhalb der EU erforderlich ist oder nicht.

**B. Lösung / Sachstand**

Vergaberechtlich relevant sind die Fallgestaltungen bei Eigentumsübertragungen (Verkauf/Erbbaurecht) von städtischen Grundstücken zum Zweck des Baus von Kindertagesstätten durch einen Investor.

Die Senatorin für Kinder und Bildung hatte zur Klärung der Vergaberechtsfolgen in gleicher Sache bereits im September dieses Jahres bei einer Bremischen Anwaltskanzlei die Erstellung einer Expertise zu dem Thema beauftragt.

Hierin findet sich zu der Ausschreibungspflicht bei Investorenmodellen in Variante 2 die Konstellation bei Verkauf eines städtischen Grundstücks an einen Investor mit der Verpflichtung, unter Wahrung von Vorgaben, auf diesem Grundstück eine Kindertagesstätte zur Verfügung zu stellen.

Zu den möglichen Vergaberechtsfolgen bei Investorenmodellen ist diese nunmehr überarbeitete Expertise um eine weitere, achte Variante erweitert worden, in der sich ein privater Investor verpflichtet, eine Kindertagesstätte auf eigenes Risiko zu bauen und zu betreiben. Diese Unterscheidung stellt einen Unterfall zu Variante 2 dar. Je mehr die Stadtgemeinde Bremen bei dieser Variante auf Bau und Betrieb Einfluss nimmt, desto stärker ergibt sich eine vergaberechtliche Verpflichtung entsprechend Variante 2.

Als vergaberechtlich nicht relevant gelten Fallgestaltungen, in denen private Gebäude der Stadtgemeinde zur Miete angeboten werden, unabhängig davon, ob sie zu dem Zweck gebaut werden oder schon bestanden haben. Auch diese Fälle werden als sog. Investorenmodelle bezeichnet.

Es ist zwischen Immobilien Bremen und der Senatorin für Kinder und Bildung verständigt, je nach Fallkonstellation der Grundstücke unterschiedliche Verfahren anzuwenden. Neben der Wirtschaftlichkeit gilt die Maßgabe der Schnelligkeit bezogen auf den voraussichtlichen Gesamtzeitraum der Realisierung der KITA-Projekte.

Die Expertise ist als Anlage beigefügt.

gez.

Henke

GANTEN HÜNECKE BIENIEK & PARTNER  
RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

POSTFACH 10 58 06 · 28058 BREMEN

Freie Hansestadt Bremen  
Senatorin für Kinder und Bildung  
**Abt. 132 – Herrn U. Henke**  
Rembertiring 8-12  
28195 Bremen

PROF. DR. HANS GANTEN<sup>1</sup>  
GEORG-WILHELM BIENIEK<sup>7</sup>  
DR. CHRISTIAN SCHULTZ-BLEIS, NOTAR<sup>3</sup>  
DR. MARTIN VOGELSANG<sup>1,2</sup>  
HANS-JÜRGEN WOLF, NOTAR  
DR. GEORG-WILHELM BIENIEK, LL.M.<sup>1,3,6</sup>  
VOLKER PARBS<sup>1</sup>  
DR. NICOLAI ROSIN<sup>2</sup>  
HANS CLAUSSEN, NOTAR<sup>4</sup>  
EVA-MARTINA MEYER-POSTELT<sup>1,5</sup>  
JOHANNES BIENIEK, LL.M.<sup>6</sup>  
DR. MARCO DJORDJEVIC<sup>1</sup>  
LENA SKIBA-DUKEN<sup>3</sup>

Bremen, den 05.12.2016

Telefon-Durchwahl: 0421-3290760  
Telefax-Durchwahl: 0421-3365187  
eMail: parbs@ghb-law.de  
Unser Zeichen: 00785/16 21 / jh

**Bau von Kindertagesstätten (KiTa's) – Vergaberecht**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie hatten mich gebeten, zu vorstehendem Problemkreis, der in der Öffentlichkeit derzeit auch sehr intensiv diskutiert wird, ein kurzes Rechtsgutachten zu erstatten.

Ich teile hierzu Folgendes mit:

## 1. Grundsätzlich

### 1.1

Nach 107 I Nr. 2 GWB (n.F.) sind „vergaberechtsfrei“ öffentliche Aufträge

*„für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen sowie Rechte daran, ungeachtet ihrer Finanzierung.“*

### 1.2

In § 103 III GWB (n.F.) ist u. a. geregelt:

*„Ein Bauauftrag liegt auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gem. den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.“*

### 1.3

Da das Vergaberecht im Wesentlichen „Beschaffungsrecht“ ist, regelt es nicht den Verkauf, die Verpachtung, die Vermietung o. ä. von im Eigentum des öffentlichen Auftraggebers stehenden Grundstücken, Gegenständen o. ä..

Das ist der Grundsatz, von dem es zwischenzeitlich die hier wohl nicht interessierende Ausnahme gibt, dass der öffentliche Auftraggeber auch Verkäufe, Verpachtungen o. ä. ausschreiben muss, wenn der Vorgang „Binnenmarktrelevanz“ hat, also über die Bundesgrenzen hinaus für Interessenten Bedeutung haben kann.

### 1.4

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 25.03.2010 (Rs. C-451/08) unter anderem ausgeführt, dass maßgeblich für die Frage, ob überhaupt ein Bauauftrag vorliegt, ist,

*„dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistung, die Gegenstand des Auftrages ist, übernimmt und dass es sich um eine nach dem nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt.“*

**Das sind in groben Zügen die „Grundsätze“, an denen sich FHB orientieren kann (und muss).**

## **2. Mögliche Fallkonstellationen**

### **2.1 Variante 1**

**FHB beauftragt ein Unternehmen, auf einem stadteigenen Grundstück eine KiTa zu errichten.**

Bei dieser „Variante 1“ handelt es sich um einen klassischen Bauauftrag, der ausschreibungspflichtig ist.

Ab dem Schwellenwert von (derzeit) netto € 5,225 Mio. muss die Ausschreibung EU-weit erfolgen, unterhalb dieses Schwellenwertes wäre die Ausschreibung nach dem 1. Teil der VOB/A vorzunehmen (wobei die für die jeweiligen Verfahrensarten geltenden Werte im Bremischen Tariftreue- und Vergabegesetz noch modifiziert sind).

### **2.2 Variante 2**

**FHB verkauft ein Grundstück an einen Investor, wobei der Investor sich im Kaufvertrag verpflichtet, auf dem Grundstück nach Vorgabe von FHB eine KiTa zu errichten und diese KiTa FHB (oder einer von FHB benannten/zur benennenden Organisation) zur Verfügung zu stellen.**

Nach der vorstehend unter Ziffer 1.2 wiedergegebenen GWB-Regelung würde es sich hier um einen Bauauftrag handeln, der (je nach Schwellenwert) EU-weit oder national vergeben werden muss.

Bei dieser Konstellation

- würde der Investor eine Bauleistung erbringen, die FHB unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt

und

- FHB hätte einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung.

### 2.3 Variante 3

**FHB verkauft ein Grundstück an einen Investor und stellt diesem für den Fall, dass dort eine KiTa (nach Vorgabe FHB) errichtet wird, eine Anmietung dieser KiTa und/oder eine entsprechende Förderung in Aussicht.**

Wie vorstehend unter Ziffer 1.4 dargestellt, liegt ein (ausschreibungspflichtiger) Bauauftrag nur dann vor, wenn der Vertragspartner (hier: Investor) eine einklagbare Verpflichtung zur Errichtung der Baulichkeit übernimmt.

Wenn nur ein Grundstück verkauft und für den Fall, dass die Baulichkeit errichtet wird, deren Anmietung zugesichert wird, handelt es sich nicht um eine entsprechende „einklagbare Verpflichtung“ (FHB könnte den Bau der KiTa nicht gerichtlich durchsetzen).

Es würde auch dann keine „einklagbare Verpflichtung“ vorliegen, wenn FHB im Grundstücksübertragungsvertrag mit dem Investor vereinbart, dass

- das Grundstück nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes zurückzuübertragen ist, wenn innerhalb dieses Zeitraums noch keine KiTa gebaut und FHB zur Verfügung gestellt wurde

oder

- der Investor eine Vertragsstrafe zu zahlen hat, wenn er nicht innerhalb eines vertraglich vereinbarten Zeitraumes eine KiTa errichtet und FHB zur Verfügung gestellt hat.

Nach der Rechtsprechung des EuGH würde in solchen Fällen (in denen es an einer „einklagbaren Verpflichtung“ betreffend den Bau der KiTa fehlt) kein Bauauftrag vorliegen, der dem Vergaberecht unterliegt.

#### 2.4 Variante 4

**FHB mietet/kauft ein Grundstück mit bereits bestehendem Gebäude mit der Maßgabe, dass der Vermieter/Verkäufer das Gebäude nach Vorgaben von FHB zu einer KiTa umbauen muss.**

Wie unter Ziffer 1.1 dargestellt, sind „vergaberechtsfrei“ nur Aufträge über „vorhandene Gebäude“.

Wenn vom öffentlichen Auftraggeber ein Gebäude mit der Maßgabe gekauft/angemietet wird, dass der Verkäufer/Vermieter das Gebäude erst für die Zwecke des Käufers/Mieters herrichten/umbauen muss, handelt es sich nicht um die Anmietung eines vorhandenen Gebäudes, sondern um die Anmietung eines Gebäudes, verbunden mit einem Bauauftrag.

Dieser Bauauftrag macht das gesamte Vertragsverhältnis ausschreibungspflichtig.

Zu dieser Thematik gibt es einige Rechtsprechung, die sich aber im Wesentlichen damit befasst, wie umfangreich die Baumaßnahmen am vorhandene Gebäude sein müssen, damit ein Bauauftrag vorliegt - untergeordnete Umbaumaßnahmen sind nämlich unschädlich.

Die Herrichtung eines Gebäudes (Wohnhaus, Gewerbebau u. ä.) zu einer KiTa ist aber mit Sicherheit keine „untergeordnete Bauleistung“.

## 2.5 Variante 5

**FHB mietet/kauft ein Grundstück mit einer darauf bereits bestehenden KiTa.**

Hier gilt das zu vorstehender Variante 4 Gesagte im Wesentlichen entsprechend.

Wenn auf dem Grundstück bereits eine KiTa vorhanden ist und lediglich geringfügig umgebaut/saniert/modernisiert wird, handelt es sich nicht um einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag, sondern eben um die/den „vergaberechtsfreie“ Anmietung/Ankauf eines vorhandenen Gebäudes.

## 2.6 Variante 6

**FHB stellt Zuwendungen (Subventionen) für den Fall in Aussicht, dass eine KiTa gebaut und FHB (oder einem von FHB benannten Dritten) per Nutzungsvertrag (Mietvertrag, Pachtvertrag o. ä.) zur Verfügung gestellt wird.**

Hier gelten die Grundsätze, die ich vorstehend zur „Variante 3“ dargestellt habe.

Der Grundstückseigentümer (oder Investor, der das Grundstück erst erwirbt) übernimmt gegenüber FHB keine Bauverpflichtung, weshalb der Vorgang sich nicht als ausschreibungspflichtiger „Bauftrag“ darstellt.

Vorsorglich:

Ob das Zuwendungsrecht eine derartige Konstellation erlaubt, habe ich nicht geprüft und ich sehe mich mangels tieferer Kenntnisse des Zuwendungsrechtes auch nicht in der Lage, hierzu eine qualifizierte Stellungnahme abzugeben.

## 2.7 Variante 7

**FHB stellt Zuwendungen (Subventionen) in Aussicht, wenn ein „KiTa-Betreiber“ eine KiTa auf einem FHB-fremden Grundstück errichtet (oder auch errichten lässt oder von einem Investor anmietet) und dort selbst betreibt.**

Hier gilt das vorstehend zu Ziffer 2.6 für die „Variante 6“ Gesagte entsprechend.

## 2.8 Variante 8

**FHB verkauft ein Grundstück zum Marktwert und verpflichtet den Käufer, auf diesem Grundstück auf eigene Kosten und auf eigenes Risiko eine KiTa zu bauen und zu betreiben.**

Wenn FHB hinsichtlich der baulichen Ausgestaltung der Kita keine Vorgaben macht, also auf die Planung und den Bau keinen entscheidenden Einfluss ausübt, dürfte die Konstellation schon deshalb nicht ausschreibungspflichtig sein – vergl. oben unter Ziff. 1.2.

Wenn nur bauliche Vorgaben gemacht werden, dürfte der Vorgang ebenfalls nicht ausschreibungspflichtig sein:

Zwar übernimmt der Käufer hier eine (einklagbare) Bauverpflichtung, die Bauleistung würde Bremen aber nicht „unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen“ (vergl. oben unter Ziffer 1.2.), so dass ein Bauauftrag nicht vorliegt.

Diese „Variante 8“ habe ich letztlich nur der Vollständigkeit halber aufgenommen. Ich gehe nicht davon aus, dass FHB ein städtisches Grundstück verkaufen und den Erwerber nur verpflichten will, auf dem Grundstück eine KiTa zu bauen und zu betreiben, ohne hierfür im Einzelnen Vorgaben zu machen.

Da der Bau von KiTa's eine für FHB notwendige Maßnahme ist, wird FHB ein großes Interesse daran haben, dass der Erwerber die von ihm errichtete KiTa FHB auch (unmittelbar oder mittelbar) zur Verfügung stellt (z. B. dadurch, dass FHB eine

Art „Belegungsrecht“ erhält). Mit einem solchen „Belegungs- oder Bestimmungsrecht“ wäre das Kriterium „eigenes wirtschaftliches Interesse“ dann aber deshalb erfüllt, weil FHB in diesem Fall entscheidenden Einfluss auf die Nutzung der KiTa hätte.

Auch dann, wenn bei dieser Variante FHB dem Käufer Zuschüsse, Zuwendungen, Darlehen oder sonstige Vorteile für den Bau oder den Betrieb der KiTa gewährt oder in Aussicht stellt, wäre das Kriterium „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ erfüllt und der Vorgang wäre als Bauauftrag anzusehen, was dann auch bedeutet, dass der gesamte Vorgang (je nach Schwellenwert) EU-weit oder national ausgeschrieben werden müsste.

## 2.9.

Der Vollständigkeit halber:

Soweit vorstehend von Grundstücksverkäufen die Rede ist, gelten meine Ausführungen sinngemäß für die Konstellationen, in denen das städtische Grundstück nicht verkauft, sondern dem „Erwerber“ grundbuchlich gesichert ein „Nutzungsrecht“ (z.B.: Erbbaurecht u.ä.) eingeräumt wird.

Ich hoffe, mit vorstehenden Varianten die denkbaren Fallkonstellationen umfassend getroffen zu haben.

Sollte dies nicht der Fall sein, bin ich natürlich gerne bereit, zu eventuell weiteren Konstellationen ergänzend Stellung zu nehmen.

Für den Fall von Rückfragen stehe ich gerne auch telefonisch zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

GANTEN HÜNECKE BIENIEK & PARTNER mbB  
Rechtsanwälte

Parbs  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

