

Prüfschema zur Frage, ob ein öffentlicher Bauauftrag/eine Baukonzession vorliegt (insbesondere im Zusammenhang mit Grundstücksverkäufen/städtebaulichen Verträgen)

I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB¹:



1) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal (EuGH, 25.3.2010, C-451/08):	1) Auftragnehmer (AN) erbringt Bauleistung:
a) Unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers (AG) an Bauleistung	
<u>Liegt jeweils vor bei:</u> <ul style="list-style-type: none"> - Eigentumserwerb des AG oder - Rechtstitel, der Verfügbarkeit über Bauwerke für öffentliche Zweckbestimmung sichert oder - Zukünftigen wirtschaftlichen Vorteilen aus Nutzung/Veräußerung oder - Finanzieller Beteiligung des AG - Übernahme des Risikos eines wirtschaftlichen Fehlschlags durch AG 	<ul style="list-style-type: none"> - Bauleistung in den Anhängen nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB benannt oder - Bauwerk als Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten mit wirtschaftlicher oder technischer Funktion (§ 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB)

¹ „Baufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung

1. von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der Tätigkeiten, die in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65) und Anhang I der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243) genannt sind, oder
2. eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.“

<p><u>Liegt nicht vor:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - wenn mit Grundstücksveräußerung zu einem günstigen Preis keine weitere Verpflichtung verbunden ist, die dem öAG einen Zugriff auf das Bauwerk oder dessen Entstehung ermöglicht, oder in denen der öAG von keiner ihn selbst unmittelbar treffenden Aufgabe entlastet wird (OLG München, 27.09.2011, Verg 15/11, Verkauf Kasernengelände für soz. Wohnungsbau) 	
<p>b) Bauleistung nach den Erfordernissen des AG</p>	
<p><u>Liegt vor bei:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Bestellbau zur Anmietung mit Vorgaben zu technischen Merkmalen des Gebäudes, wie Zahl der Büros und Sitzungssäle, Flächen, Parkplätze (EuGH, 10.07.2014, C-213/13, Gerichtsgebäude Bari) - Beeinflussung der architektonischen Gebäudestruktur, wie Größe, Außenwände und tragende Wände; Anforderungen an Gebäudeeinteilung müssen sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs von den üblichen Vorgaben eines Mieters einer vergleichbaren Immobilie abheben (EuGH, 22.04.2021, C-537/19, „Wiener Wohnen“ Mietvertrag) 	
<p><u>Liegt nicht vor, wenn:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - nur genehmigungsrechtlich oder städtebaulich erforderliche Forderungen vom AG aufgestellt werden (OLG Schleswig, 15.3.2013, 1 Verg 4/12) - sich Einfluss des Mieters auf die Ausgestaltung der Mietsache noch im Rahmen dessen, was einem solventen Mieter in der Planungsphase eingeräumt wird und die anderweitige Nutzung des Objekts für die Vermietung von Büroräumen nach Auslaufen des Mietvertrags nicht erschwert, liegt (OLG Jena, 07.10.2015, 2 Verg 3/15, Anmietung Teilgebäude für Polizeiinspektion) 	

<ul style="list-style-type: none"> - AG seine Vorgaben auf nutzungsspezifische Anforderungen zu Ausstattung und Innenausbau beschränkt, die übrige architektonische Konzeption des Gebäudes Sache des Vermieters bleibt und das Gebäude nach Ende der Mietzeit ohne größere bauliche Maßnahmen von Dritten genutzt werden kann (VK Bund, 17.12.2019, VK 2-88/19, Mietvertrag über noch zu errichtendes Gebäude) 	
c) Einklagbare Bauverpflichtung	
<u>Liegt vor bei:</u> <ul style="list-style-type: none"> - Vereinbarung von Vertragsstrafen und Rücktrittsmöglichkeiten (VK Berlin, 14.03.2022, VK B 2-40/21) 	
<u>Liegt nicht vor:</u> <ul style="list-style-type: none"> - wenn z.B. nur Rücktrittsrecht eingeräumt wird (VK M-V, 27.10.2011, 3 VK 4/11) - bei Rückübertragungsverpflichtung wg. Nichtumsetzung Bauvorhaben; AG kann Hotelbau nicht verlangen (OLG Jena, 15.03.2017, 2 Verg 3/16) 	
2) Gegenleistung durch Geldzahlung oder geldwerte Vorteile	2) Bauleistung ist nicht von gänzlich untergeordneter Bedeutung
<u>Liegt vor bei:</u> <ul style="list-style-type: none"> - Verzicht auf Teil des Veräußerungserlöses = Unterwertverkauf - finanzielle Beteiligung - Erlass/Teilerlass von Erschließungsbeiträgen 	<ul style="list-style-type: none"> - § 110 GWB – Schwerpunkt des Vertrages

<ul style="list-style-type: none">- Kostenerstattung bei unechten Erschließungsverträgen (Problem: faktische Alternativlosigkeit der Vergabe an Investor als Grundstückseigentümer -> Pflicht zur Ausschreibung muss an AN weitergegeben werden (Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 105, Rn. 36 m.w.N.)	
<p><u>Liegt nicht vor:</u></p> <ul style="list-style-type: none">- beim echten Erschließungsvertrag, da von Anfang an kein Erschließungsbeitrag entsteht, der erlassen werden könnte (vgl. Prof. Dr. Simon Bulla, die Ausschreibungspflicht von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand, VergabeR 2019, 457/464; Prof. Dr. Hertwig, Vergaberecht und staatliche (Grundstücks-)Verkäufe, NZBau 2011, 9/15; Ziekow/Völlink, VergabeR, § 105 GWB, Rz. 37, § 107 GWB, Rn. 30; Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 103 GWB, Rn. 207; a.A. Gemeindeprüfanstalt Baden-Württemberg, GPA-Mitteilungen Nr. 1/2014, Ziff. 3.4.2; VK Baden-Württemberg, 30.6.2002 – 1 VK 27/02)	

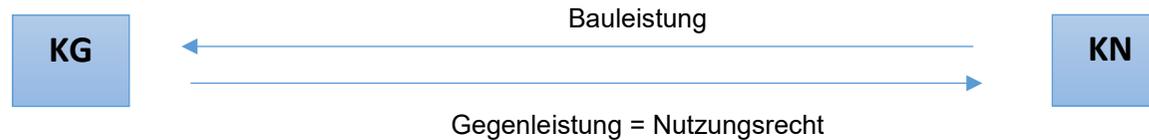
II. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 2 GWB (Auffangtatbestand)²:



1) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal (EuGH, 25.3.2010, C-451/08):	1) Dritter erbringt Bauleistung
a) Unmittelbares wirtschaftliches Interesse des AG an Bauleistung	a) Bauleistung
Prüfung der Voraussetzungen wie unter I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB	Prüfung der Voraussetzungen wie unter I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB
b) Bauleistung nach den Erfordernissen des AG	b) durch einen Dritten
Prüfung der Voraussetzungen wie unter I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB	z.B. wenn AN an AG Bürogebäude vermietet, das Dritter erst noch nach konkreten Vorstellungen des AG errichten muss
c) Einklagbare Bauverpflichtung	
Prüfung der Voraussetzungen wie unter I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB	
2) Gegenleistung durch Geldzahlung oder geldwerte Vorteile	2) Bauleistung ist nicht von gänzlich untergeordneter Bedeutung
Prüfung der Voraussetzungen wie unter I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB	- § 110 GWB – Schwerpunkt des Vertrages

² „Ein Bauauftrag liegt auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß 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.“

III. Baukonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB³:



1) Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal (EuGH, 25.3.2010, C-451/08):	1) Konzessionsnehmer (KN) erbringt Bauleistung
a) Unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Konzessionsgebers (KG) an Bauleistung	a) Bauleistung
Prüfung der Voraussetzungen wie unter I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB	Prüfung der Voraussetzungen wie unter I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB
b) Bauleistung nach den Erfordernissen des KG	b) durch einen Dritten
Prüfung der Voraussetzungen wie unter I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB	z.B. wenn AN an AG Bürogebäude vermietet, das Dritter erst nach konkreten Vorstellungen des AG errichten muss
c) Einklagbare Bauverpflichtung	
Prüfung der Voraussetzungen wie unter I. Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 GWB	
2) Gegenleistung durch Nutzungsrecht	2) Bauleistung ist nicht von gänzlich untergeordneter Bedeutung

³ „Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen

1. mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen (Baukonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung;“

<ul style="list-style-type: none">- Gegenleistung ist das Recht zur Nutzung des Bauwerks - kann nicht übertragen werden, wenn sich das Recht zur Nutzung des Bauwerks aus dem Eigentum des „Konzessionsnehmers/Auftragnehmers“ ergibt (EuGH, 25.3.2010, C-451/08; a.A. Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 103 GWB, Rz. 38)- Befristung des Nutzungsrechts erforderlich (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB, § 3 KonzVgV, § 23 VOB/A; Prof. Dr. Simon Bulla, die Ausschreibungspflicht von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand, VergabeR 2019, 457/465)	<ul style="list-style-type: none">- § 110 GWB – Schwerpunkt des Vertrages
	3) KN trägt das Risiko für die Nutzung des Bauwerks

Hinweis: Das Prüfschema erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.