
Vergabefreie Anmietung vom Reißbrett

Möglichkeiten für Projektentwickler und
öffentliche Mieter

01 Vergabefrei anmieten – die Gesetzeslage

Wachsender Platzbedarf, mangelhafter Bestand oder Nutzungsanforderungen, die sich verändert haben – es gibt viele gute Gründe für Institutionen der öffentlichen Hand, sich nach neuen, passgenauen Flächen umzusehen. Die Anmietung einer Immobilie ist hierbei eine Option, die in vielerlei Hinsicht Sinn macht: Die Miete birgt eine höhere Flexibilität, was Dauer der Nutzung und Lage des Standortes angeht, sie bringt weniger Verbindlichkeiten mit sich und eine zumeist geringere wirtschaftliche Belastung als eine eigene Baumaßnahme. Hierbei gilt:

§ Grundsätzlich liegt die Anmietung vorhandener Gebäude nicht im Anwendungsbereich des Vergaberechtes, das heißt: Der öffentliche Auftraggeber kann frei und nach eigenem Ermessen eine Immobilie anmieten, ohne vorher eine Ausschreibung durchgeführt zu haben.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), § 107 Allgemeine Ausnahmen

Doch wie sieht es mit Gebäuden aus, die noch errichtet werden, also einer „Anmietung vom Reißbrett“? Die Anmietung eines noch zu errichtenden Gebäudes hat für die öffentliche Hand einen entscheidenden Vorteil: Sie kann Einfluss nehmen auf die Gestaltung, Ausstattung und Aufteilung des Gebäudes und dieses perfekt auf die eigenen Anforderungen und Bedarfe anpassen. Für den Projektentwickler bedeutet die Vermietung an die öffentliche Hand den Gewinn eines verlässlichen, solventen Mieters über eine feste Mietvertragslaufzeit.

Für beide Parteien stellt sich die Frage, ob die An- bzw. Vermietung vom Reißbrett ausschreibungspflichtig ist und somit einen hohen zeitlichen, personellen und finanziellen Aufwand mit sich bringt – sowohl für den öffentlichen Mieter, der den Vergabeprozess steuern und verantworten muss, als auch für den Vermieter (Projektentwickler), der den langwierigen Bewerbungsprozess zu durchlaufen hat.

+++++ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat dazu am 22.04.21 eine Entscheidung getroffen und bestätigt, dass Anmietungen von noch zu errichtenden Gebäuden durch die öffentliche Hand nicht zwingend ausschreibungspflichtig sein müssen.

Die Anmietung eines noch zu errichtenden Gebäudes ist also unter verschiedenen Gesichtspunkten vergabefrei möglich:

02 Voraussetzungen für eine vergabefreie An-/Vermietung

Der entscheidende Faktor für das Inkrafttreten der Vergabepflicht ist der Umfang des Einflusses, den die öffentliche Hand auf das zu errichtende Gebäude nimmt. Folgende Punkte sollten vom öffentlichen Mieter und Projektentwickler/Vermieter eingehalten werden, um eine noch zu errichtende Immobilie vergabefrei an- bzw. vermieten zu können:

- Der öffentliche Mieter legt lediglich die Anforderungen für die innere Gestaltung und Aufteilung des Gebäudes fest.
- Die im Mietvertrag beschriebenen Festlegungen zum Innenausbau und zur Ausstattung sind marktüblich.
- Die Spezifikation der Mietsache durch den Mieter entspricht dem, was auch ansonsten nach den jeweiligen Marktverhältnissen einem solventen Mieter in der Planungsphase üblicherweise zugestanden wird.
- Die Einflussnahme des Mieters auf die Art und Planung der Bauleistung ist von untergeordneter Bedeutung.

Gleichzeitig kann die Ausschreibungspflicht auch unter anderen Bedingungen entfallen: Selbst wenn die öffentliche Hand Hauptmieter ist oder den Bauprozess überwacht und begleitet, sind öffentlicher Mieter und Vermieter nicht automatisch an das Vergaberecht gebunden. Das Gleiche gilt, wenn bei Abschluss des Mietvertrages noch keine Baugenehmigung vorliegt bzw. sich das zu bebauende Grundstück noch nicht im Eigentum des Vermieters befindet, oder wenn das Gebäude noch nicht bei Mietvertragsabschluss, sondern erst bei Mietbeginn vorhanden ist. Eine vergabefreie Anmietung für die öffentliche Hand ist trotz eben genannter Punkte möglich.

Zusammenfassend bedeutet das:

Nimmt die öffentliche Hand vornehmlich Einfluss auf die reine Ausstattung des Gebäudes, nicht jedoch auf das Gebäude und dessen Konzeption als solche, ist der öffentliche Mieter von der Ausschreibungspflicht befreit, denn: Es fehlt an dem für einen „Bestellbau“ entscheidenden Einfluss.

03 Wann besteht die Ausschreibungspflicht?

Vorsicht ist wiederum geboten, wenn die Einflussnahme durch den öffentlichen Mieter so hoch ist, dass die spätere Bauleistung des Projektentwicklers alleinig den vom Mieter genannten Erfordernissen entspricht oder die Bauleistung der öffentlichen Hand unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Dann sind die Grenzen zum öffentlichen Bauauftrag überschritten und die Ausschreibungspflicht greift. Konkrete Sachverhalte in diesem Zusammenhang wären unter anderem:

- Der öffentliche Mieter gibt die architektonische Struktur des Gebäudes vor und hat entscheidenden Einfluss auf die Art und Planung der Bauleistung (Nutzungsart, Größe, Geschossigkeit, Außenwände, tragende Wände).
- Der Vermieter beginnt mit der Erstellung des Gebäudekonzeptes nach dem Erstkontakt und auf Basis der Anforderungen der öffentlichen Hand.
- Die im Mietvertrag festgelegte Gebäudestruktur weicht wesentlich von der Gebäudestruktur ab, die der Vermieter ursprünglich geplant hat.
- Die vom Mieter geforderten Ausstattungsmerkmale sind spezieller als für einen Mieter üblich.
- Die Umsetzung der spezifischen Mieterwünsche führt dazu, dass ein Dritter die Immobilie nach Beendigung der Mietlaufzeit nicht sinnvoll nutzen kann (z. B. Justizvollzugsanstalt, Schulgebäude, Polizeiwache).
- Die Miethöhe und die Mietlaufzeit sind so gewählt, dass der Mieter die Investition des Vermieters nahezu oder vollständig durch Mietzahlungen ausgleicht.

Über GOLDBECK

GOLDBECK ist der verlässliche, solide und professionelle Partner für öffentliche Bauprojekte, Projektentwickler, Investoren, Großunternehmen und die mittelständische Wirtschaft. Gebäude verstehen wir als Produkte, die wir für unsere Kunden aus einer Hand realisieren: vom Design über die Erstellung bis zu Serviceleistungen während des Betriebs. Zum Leistungsangebot gehören Logistik- und

04 Zusätzliche Rechtssicherheit

Grundsätzlich gilt: Die vergabefreie An- bzw. Vermietung eines noch nicht errichteten Gebäudes ist für die öffentliche Hand und Projektentwickler durchaus möglich. Hierbei ist jedoch jeder Einzelfall gesondert zu betrachten. Über folgende drei Punkte kann zusätzliche Rechtssicherheit gewonnen werden:

- Inanspruchnahme vergaberechtlicher Hilfe
- Frühzeitige interne Dokumentation des öffentlichen Mieters, dass eine Fläche/Immobilie angemietet werden soll und kein Interesse an der Auslösung eines Bauauftrages besteht
- In einer freiwilligen Ex-Ante-Transparenzbekanntmachung nach § 135 Abs. 3 GWB informiert die öffentliche Hand darüber, dass sie einen Mietvertragsabschluss für ein noch zu errichtendes Gebäude ohne Ausschreibung tätigen wird.

Industriehallen, Büro- und Schulgebäude, Parkhäuser und Wohngebäude. Bauen im Bestand sowie gebäude-nahe Serviceleistungen vervollständigen das Spektrum. Das Unternehmen realisierte im Geschäftsjahr 2020/2021 mehr als 500 Projekte bei einer Gesamtleistung von rund 4,1 Mrd. Euro. Aktuell beschäftigt GOLDBECK mehr als 8.500 Mitarbeitende an fast 90 Standorten in ganz Europa.

GOLDBECK GmbH
Ummelner Straße 4-6
33649 Bielefeld
Tel. +49 521 9488-0

goldbeck.de