

## Update Bauen und Immobilien

### **Ausschreibungspflichtige Bestellung eines Erbbaurechts als Bauauftrag**

**VK Berlin, Beschluss vom 14.03.2022 – Az. VK B 2-40/21**

Kommune A macht ein Konzeptverfahren zur Bestellung eines Erbbaurechts für ein innerstädtisches Grundstück europaweit bekannt. Sie gibt vor, dass der Erbbauberechtigte einen bestimmten Flächenteil an „gemeinwohlorientierte, kleingewerbliche und kulturelle Nutzungen vergeben werden“ soll, „um einen besonderen Mehrwert für das Quartier zu schaffen“. Für diese Nutzungsart müssen mindestens 400 m<sup>2</sup> über die gesamte Laufzeit des Erbbaurechtsvertrages zur Verfügung gestellt werden. Im Falle einer Pflichtverletzung drohen Vertragsstrafe und Vertragsrücktritt der A. Gegen die beabsichtigte Beauftragung des B wendet sich Konkurrent K mit einem Nachprüfungsantrag. A hält diesen mangels Vorliegens eines ausschreibungspflichtigen Bauauftrags für unzulässig.

Dies sieht die Vergabekammer (VK) anders und hält den Rechtsweg für eröffnet. Es liege kein bloßes Erbpachtgeschäft ohne eingekapselte Beschaffung vor, sondern ein öffentlicher Bauauftrag bzw. eine Baukonzession. A nehme durch die Ausgestaltung des Konzeptverfahrens und die Regelungen des Erbbaurechtsvertrages entscheidenden Einfluss auf die Art und Planung des zu errichtenden Bauwerks. Vertragsgegenstand sei eine eindeutig einklagbare Bauverpflichtung entsprechend den Vorgaben des A. Errichtung und Nutzung des Bauwerks kämen A unmittelbar zugute, da sie die A zufallende Aufgabe der Stellung von Räumen für Kunst und Kulturschaffende als Aufgabe der Daseinsvorsorge erfüllen. Die Einwirkung der A gehe über bloße städtebauliche Vorgaben hinaus.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Die Bewertung, dass aus der Schaffung von Räumen für Kunst und Kulturschaffende ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des A resultiere, ist kritisch zu hinterfragen und bedürfte einer stärkeren Abgrenzung zu einer reinen Folgewirkung aufgrund privater Bautätigkeit. Allzu groß sind die Parallelen bspw. zu Erschließungsleistungen privater Investoren, bei denen das unmittelbare wirtschaftliche Interesse der öffentlichen Hand verneint wird. Bemerkenswert ist zudem, dass die VK als weiteres Argument für die Bejahung des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des A anführt, dass dieser nach Zeitablauf des Erbbaurechts Eigentümer des zu errichtenden Bauwerks wird. Offen bleibt, ob die VK dieses Argument auch allein als tragend angesehen hätte. Würde man dies bejahen, wären alle Erbbaurechtsverträge, die bei Vertragsbeendigung den Übergang des Eigentums auf den Erbbaurechtsgeber regeln, als ausschreibungspflichtiger Bauauftrag einzuordnen. Fraglich wäre, wie Vertragskonstellationen mit Vorkaufsrecht des Erbbauberechtigten einzuordnen wären. Zur Frage der vergaberechtlichen Einordnung der Bestellung von Erbbaurechten ist der öffentlichen Hand daher anzuraten, die weitere Entwicklung der vergaberechtlichen Rechtsprechung im Blick zu behalten.