

## UPDATE BAUEN UND IMMOBILIEN

### VERGABEFREIER MIETVERTRAG ODER DOCH EIN BAUAUFTRAG?

**EuGH, Urteil vom 22.04.2021 - Rs. C-537/19**

Eine kommunale Hausverwaltung (H) schließt mit einem privaten Investor ohne vorherigen Wettbewerb einen langfristigen „Mietvertrag“ über einen noch zu errichtenden Bürokomplex als künftigen Verwaltungssitz. Die Europäische Kommission sieht hierin eine Verletzung des europäischen Rechts, da der Vertrag als öffentlicher Bauauftrag zu bewerten sei, vor dessen Vergabe eine europaweite Ausschreibung hätte stattfinden müssen.

Der EuGH weist die Klage ab. Der EuGH bestätigt seine Rechtsprechung, wonach der Abschluss eines als „Mietvertrag“ bezeichneten Vertrages auch dann von der Bereichsausnahme für die Anmietung „vorhandener Gebäude“ gedeckt sein kann, wenn das Mietobjekt erst noch zu errichten ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber die Gestaltung und Aufteilung des Gebäudes nicht maßgeblich beeinflusst hat. Anderenfalls handelt es sich regelmäßig um einen vergabepflichtigen öffentlichen Bauauftrag. Insofern kommt es darauf an, ob die vom Auftraggeber verlangten Spezifikationen über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine Immobilie wie das betreffende Bauwerk hinausgehen. Dies hat der EuGH im konkreten Fall verneint. So waren die Planungen des Investors in Bezug auf die architektonische Grundstruktur bereits vor der Objektsuche von H weitgehend abgeschlossen. Dass eine Baugenehmigung erst nach Vertragsschluss eingeholt wurde, sei nicht unüblich und schade daher nicht. Auch die teilweise detaillierten Anforderungen von H an die Gebäudeaufteilung seien marktüblich. Offen lassen konnte der EuGH, ob die Vorgabe der Einhaltung bestimmter – insbesondere energetischer bzw. nachhaltiger – Gebäudestandards über das übliche Maß hinausgeht, weil diese hier bereits anfänglich vom Vermieter vorgesehen waren. Deren Einhaltung liege aber wegen der damit verbundenen Wertsteigerung ohnehin im objektiven Vermieterinteresse.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Öffentliche Auftraggeber müssen bei der häufig anzutreffenden Anmietung von noch nicht errichteten Gebäuden stets sorgfältig prüfen, ob die Vereinbarungen mit dem „Vermieter“ nicht die Anforderungen eines eingekapselten Bauauftrages erfüllen. Die aktuelle Entscheidung des EuGH stellt klar, dass nicht jede Vorgabe des „Mieters“ zu einem Bauauftrag führt. Stattdessen lässt der EuGH auch eine Vielzahl an Detailvorgaben zu und nimmt dabei die Praxis aus dem Immobilienmarkt zum Maßstab. Er erkennt an, dass auch besondere Vorgaben nicht unüblich sind. Dies bietet Auftraggebern Freiräume im bisher eher strengen Prüfkorsett. Interessant ist die letztlich nicht entscheidungserhebliche Feststellung einer objektiven Vorteilhaftigkeit von Nachhaltigkeitsstandards für den „Vermieter“. Es bleibt abzuwarten, ob derartige „objektiv vorteilhafte“ Eigenschaften künftig bei der Ermittlung eines Einflusses des Mieters außen vor gelassen werden können.