

Professor Dr. iur. Martin Burgi

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Umwelt- und Sozialrecht

Leiter der Forschungsstelle für Vergaberecht und Verwaltungskooperationen

Juristische Fakultät der

Ludwig-Maximilians-Universität, München

15. Mai 2023

**Sachverständigengutachten zu den mit Beschluss Nr. 11
des Untersuchungsausschusses „Zukunftsmuseum“
(BayLT-Drs. 18/25774) übermittelten Fragen**

Teil 1: Vergaberecht (Fragen I, a – d)

Gliederung

- A. Rechtstatsächliche Situation
 - I. Beteiligte
 - 1. Deutsches Museum und Deutsches Museum Nürnberg
 - 2. Alpha Gruppe
 - II. Baugenehmigungsverfahren
 - III. Entscheidungsfindung über den Standort des Zukunftsmuseums
 - IV. Mietvertrag zwischen der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG und dem Deutschen Museum
 - V. Bislang dokumentierte Aussagen zum Vergaberecht
 - 1. Gutachten von HFK Rechtsanwälte PartGmbH
 - 2. Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst
 - 3. Bayerischer Oberster Rechnungshof

B. Vergaberechtliche Beurteilung

Frage I a): Überblick über das im Untersuchungszeitraum anwendbare Vergaberecht:
Welche Vergabeverfahren stehen öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung, welche Verfahrensgrundsätze beherrschen das deutsche und europäische Vergaberecht?

1. Maßgeblicher Rechtsstand
2. Zwecke und Rechtsschutz
3. Verfahrensgrundsätze und Verfahrensarten
4. Blick auf das Preisrecht

Frage I b): Welche Ausnahmetatbestände oder welche Erleichterungen in der Vergabe öffentlicher Aufträge eröffnet das im Untersuchungszeitraum anwendbare Recht und unter welchen Voraussetzungen?

Frage I c), erster Teil: *Ist das Deutsche Museum bei der Realisierung seiner Außenstelle in Nürnberg öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 oder Nr. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen?*

1. Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2 GWB
2. Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 4 GWB

Frage I c), zweiter Teil und Frage d): *Handelt es sich bei der Neuerrichtung des Deutschen Museums, Außenstelle Nürnberg, nach Vorgaben des Vermieters (gemeint ist wohl „des Mieters“) um einen Bestellbau?*

Welche vergaberechtlichen Anforderungen mussten beim Abschluss eines Mietvertrags durch das Deutsche Museum beachtet werden?

Wurden diese vom Deutschen Museum erfüllt?

1. Vorüberlegungen
 - a) Ausgangspunkt: Vergaberechtspflichtigkeit der Erbringung nur von Bau- bzw. von Dienstleistungen
 - b) Systematische Verortung der sog. Bestellbau-Rechtsprechung
2. Vergaberechtsfreiheit von Standortauswahlentscheidungen und Eingreifen der Ausnahmevorschrift für Mietverträge
 - a) Standortauswahl als Teil der Beschaffungsautonomie
 - b) Kontrollüberlegung: Nicht-Vergleichbarkeit mit den Sachverhalten der sog. Bestellbau-Rechtsprechung

- c) Vergaberechtliche Situation bei der Realisierung des Vorhabens am ausgewählten Standort: Eingreifen der Ausnahmvorschrift für Mietverträge

3. Hilfsweise Betrachtungen

- a) Eingreifen der Ausnahmvorschrift des § 3a Abs. 3 Nr. 3 lit. c) VOB/A-EU
- b) Erfüllung der Voraussetzungen für einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag nach der sog. Bestellbau-Rechtsprechung?

Zusammenfassung zu Teil 1 (Vergaberecht)

Teil 1: Vergaberecht (Fragen I, a – d)

A. Rechtstatsächliche Situation

Die Untersuchung beruht auf den Angaben und Unterlagen, die dem *Verf.* zur Verfügung gestellt worden sind. Der Untersuchungszeitraum umfasst die Zeit vom 01.11.2013 bis zum 15.12.2022, „sofern nicht einzelne Fragen bezüglich anderer Zeiträume explizit ausgenommen wurden.“¹

I. Beteiligte

1. Deutsches Museum und Deutsches Museum Nürnberg

a) Das „Deutsche Museum von Meisterwerken der Naturwissenschaft und Technik“ (im Folgenden: Deutsches Museum) ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 2 S. 1 Satzung des Deutschen Museums i.d.F. v. 05.05.2022). Nach § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 Satzung des Deutschen Museums i.d.F. v. 05.05.2022 hat das Deutsche Museum „das Recht der Selbstverwaltung im Rahmen dieser Satzung und steht unter dem Schutz und der Aufsicht der Bayerischen Staatsregierung. Die Ausübung der Staatsaufsicht regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen.“ Das Deutsche Museum verfolgt gem. § 2 Abs. 2 Satzung des Deutschen Museums i.d.F. v. 05.05.2022 ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke i.S.d. AO und ist nach § 2 Abs. 4 Satzung des Deutschen Museums i.d.F. v. 05.05.2022 „selbstlos tätig“, d. h., „es verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke“.

Das Deutsche Museum erzielte im Jahr 2021 Einnahmen von insgesamt 177,9 Mio. Euro.² Davon entfielen 132,5 Mio. Euro (74,48 %) auf Haushalts- und 45,4 Mio. Euro (25,52 %) auf Drittmittel.

b) Das Deutsche Museum Nürnberg ist eine (rechtlich unselbstständige) Zweigstelle des Deutschen Museums mit Standort in Nürnberg (im Folgenden: Deutsches

¹ BayLT-Drs. 18/25774, S. 2.

² Dazu und zum Folgenden Deutsches Museum, Jahresbericht 2021, 2022, S. 142.

Museum Nürnberg).³ In der Finanzierungsvereinbarung vom 02.06.2017⁴ werden in § 3 Abs. 1 die Finanzierung während der Aufbauphase (Haushaltsjahre 2016 – 2019; Zuwendung i.H.v. bis zu 19,6 Mio. Euro) und in § 7 Abs. 1 und 3 die Finanzierung während des laufenden Betriebs (insbesondere: Übernahme der Mietkosten für die gesamte Laufzeit des Mietvertrags; § 7 Abs. 3 S. 2) durch den Freistaat Bayern zugesagt.

Für die ersten drei Jahre des Betriebs sollten sich die Zuwendungen des Freistaats Bayern für den laufenden Betrieb planmäßig auf 6,0 Mio. Euro (2021), 5,71 Mio. Euro (2022) und 6,05 Mio. Euro (2023) belaufen.⁵ Die Zuwendungen des Freistaats Bayern für Investitionen wurden mit 0 Euro (2021), 0,29 Mio. Euro (2022) und 0,45 Mio. Euro (2023) veranschlagt. Gemessen an den Gesamterlösen von 6,39 Mio. Euro (2021), 6,908 Mio. (2022) und 7,339 Mio. Euro (2023) beträgt der Finanzierungsanteil des Freistaats Bayern mithin ca. 93,9 % (2021), 86,86 % (2022) und 88,57 % (2023).

Bei den Betriebskosten machen die Mietkosten den größten Anteil aus. Diese betragen nach den Planungen für das Jahr 2021 3,262 Mio. Euro, was 54,37 % der Zuwendungen des Freistaats Bayern für den Betrieb entspricht.

2. Alpha Gruppe

Die Alpha Gruppe beschäftigt sich nach ihrer Selbstbeschreibung mit der „ganzheitliche[n] Entwicklung von Quartieren, insbesondere für die Revitalisierung bzw. Neukonzeptionierung industrieller Brachflächen. Im Rahmen verschiedener Projektentwicklungsgesellschaften konzentriert sich die Alpha Gruppe auf langfristig orientierte Immobilieninvestments. Darüber hinaus liegen ihre Kernkompetenzen in der Verwaltung

³ Vgl. dazu etwa die Vereinbarung zur Errichtung und zum dauerhaften Betrieb der Zweigstelle Nürnberg des Deutschen Museums zwischen dem Deutschen Museum von Meisterwerken der Naturwissenschaft und Technik AdöR sowie dem Freistaat Bayern, vertreten durch das Bayerische Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat und das Bayerische Staatsministerium für Bildung und Kultus, Wissenschaft und Kunst vom 02.06.2017 (im Folgenden: Finanzierungsvereinbarung vom 02.06.2017). Diese Finanzierungsvereinbarung ist als öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.v. Art. 54 S. 2 BayVwVfG (sog. subordinationsrechtlicher Vertrag) zu qualifizieren. Näher dazu Teil 2 A. III.

⁴ Finanzierungsvereinbarung vom 02.06.2017 (Fn. 3).

⁵ Dazu und zum Folgenden: Betrieb DM Nürnberg, Erlös- und Kostenplanung (Stand: 15.02.2021), zit. nach Bayerischer Oberster Rechnungshof (ORH), Deutsches Museum Nürnberg, Gz. X – 900.20 – 99 – 4 – 1, 21.06.2021, S. 58, Tab. 5.

von gewerblichen und wohnwirtschaftlich geprägten Liegenschaften.“⁶ Die Alpha Gruppe füllt über ihre Tochterunternehmen – wie z. B. die Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG oder die Alpha Immobilienmanagement GmbH – mithin je nach Ausgangslage die Rollen des Grundstückseigentümers, (Projekt-)Entwicklers, Bauherrn sowie des Verwalters und Vermieters aus.

Im Fall des Deutschen Museums Nürnberg war und ist die Alpha Gruppe als Grundstückseigentümer, Projektentwickler, Bauherr und Vermieter tätig (im Einzelnen s. II. und III.).

II. Baugenehmigungsverfahren

Der ursprüngliche Bauantrag betreffend die infrage stehenden Grundflächen der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG ist am 16.03.2010 bei der Bauordnungsbehörde der Stadt Nürnberg eingegangen. Mit Bescheid vom 31.01.2014 wurde durch die Stadt Nürnberg die Baugenehmigung mit Auflagen erteilt.⁷ Zum damaligen Zeitpunkt ging es um folgendes Vorhaben: „Errichtung von Wohn- und Geschäftshäusern mit 49 Wohneinheiten, Läden, Büro, Hotel mit Gaststätte, Gaststätte sowie einer Tiefgarage (Augustinerhof)“.⁸

In der Folgezeit stellte die Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG am 23.06.2015 einen Änderungsantrag zu dem beantragten und genehmigten Verfahren. Das Verfahren wurde wie folgt beschrieben: „Tektur über Änderung der Dachform (Trauf- und Firsthöhen), Erhalt der denkmalgeschützten Grenzmauer“.⁹ Die Stadt Nürnberg erließ daraufhin am 14.03.2016 (Tekturgenehmigung)¹⁰ und am 04.05.2016¹¹ zwei Änderungsbescheide.

Am 18.05.2017 beantragte die Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG erneut eine Änderung zum beantragten und genehmigten Verfahren (Antrag der Alpha Grundbesitz

⁶ Zur Selbstbeschreibung s. <https://alpha-gruppe.com/>, zuletzt aufgerufen am 27.04.2023.

⁷ Stadt Nürnberg, Bescheid v. 31.01.2014, Az. B1-2010-49.

⁸ Stadt Nürnberg, Bescheid v. 31.01.2014, Az. B1-2010-49.

⁹ Staab Architekten GmbH, Änderungsantrag zu einem beantragten/genehmigten Verfahren, 23.06.2015 = Stadt Nürnberg, Az. B1-2015-185, eingegangen am 01.07.2015.

¹⁰ Stadt Nürnberg, Bescheid v. 14.03.2016, Az. B1-2015-185.

¹¹ Stadt Nürnberg, Bescheid v. 04.05.2016, Az. B1-2015-185.

GmbH & Co. KG, Az. B1-2015-185 und Tekturgenehmigung der Stadt Nürnberg v. 14.03.2016).¹²

Dieser Änderungsantrag vom 18.05.2017 betraf nun auch das inhaltlich geänderte Vorhaben: „Neubau eines Wohn- und Geschäftshauses mit Tiefgarage. Nutzungsänderung Zweigstelle Deutsches Museum und Hotel“. Der Änderungsantrag enthält acht Anträge auf Abweichung von Abstandsflächen gem. Art. 63 Abs. 1 BayBO i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BayBO sowie zwölf Anträge auf Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans gem. § 31 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB. Im Antrag Nr. 1 auf Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans 4450 gem. § 31 Abs. 2 BauGB wird darauf hingewiesen, dass „die Geschosshöhen im Museum deutlich höher sind“.

Am 19.09.2017 erließ die Stadt Nürnberg schließlich den darauf bezogenen Änderungsbescheid (Tekturgenehmigung), inklusive der Genehmigung der Teilnutzungsänderung für die Zweigstelle des Deutschen Museums in Nürnberg.¹³

III. Entscheidungsfindung über den Standort des Zukunftsmuseums

In den Prüfungsmitteilungen des Bayerischen Obersten Rechnungshofs vom 21.06.2021 (dazu noch V 3) wird ausführlich über die verschiedenen Stadien der Projektentwicklung (S. 7 ff.), der Standortsuche und –auswahl (S. 14 ff.) und der Standortentscheidung (ab S. 19 ff.) berichtet. Diese Abläufe dürften den Ausschussmitgliedern hinreichend bekannt sein und werden im Einzelnen hier nicht nachvollzogen. Im Hinblick auf die auf das Vergaberecht zielenden Fragen kann jedenfalls festgestellt werden, dass betreffend die Anmietung und die Errichtung des Bauwerks bis zum Stadium als sog. veredelter Rohbau (einschließlich Oberflächen und bauliche Einrichtungen) kein Vergabeverfahren nach den Vorgaben der §§ 97 ff. GWB durchgeführt worden ist. Die in den folgenden Phasen erforderlichen Bau-, Dienst- und Lieferleistungen wurden offenbar durch das sie jeweils bestellende Deutsche Museum AdöR unter Anwendung jener GWB-Vorschriften vergeben.

Was den Standort betrifft, hatte der Staatsbetrieb Immobilien Freistaat Bayern (IMBY) ursprünglich 26 Standorte im Nürnberger Raum identifiziert. Im Oktober 2014 wurde

¹² Dazu und zum Folgenden Staab Architekten GmbH, Antrag auf Baugenehmigung. Änderungsantrag zu einem beantragten/genehmigten Verfahren, 18.05.2017 = Stadt Nürnberg, Az. B1-2017-135, eingegangen am 19.05.2017.

¹³ Stadt Nürnberg, Bescheid v. 19.09.2017, Az. B1-2017-135.

politisch festgelegt, dass sich der endgültige Standort des Zukunftsmuseums innerhalb des Nürnberger Altstadttrings befinden soll. Dies wurde vor allem mit dem Ziel der Nutzung der dort vorhandenen großen Publikums- und Touristenströme begründet. Auch konnte man sich von diesem Standort eine große Strahlkraft zugunsten des Wissenschafts- und Wirtschaftsstandorts Nürnberg sowie eine vielversprechende Nutzung für repräsentative Aktivitäten versprechen. Einen weiteren Faktor bildete die Erreichbarkeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln. Im Frühjahr 2016 wurde entschieden, den längere Zeit alternativ einbezogenen Standort „Kaufhaus Horten“ am Aufseßplatz nicht weiter in Betracht zu ziehen und sich auf den Standort „Augustinerhof“ zu konzentrieren. Dieser Standort befindet sich unmittelbar an der Nürnberger Altstadt und am Fluss Pegnitz, kaum 150 Meter vom Nürnberger Hauptmarkt entfernt. Auch handelt es sich um das einzige jemals in Betracht gezogene Objekt innerhalb des Altstadttrings. In verschiedenen Verhandlungs- und Genehmigungsschritten wurde sodann der von der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG ursprünglich geplante Neubau dahingehend umgestaltet, dass er in einem Teil der Gesamtfläche für ein Museum der angestrebten Art nutzbar wurde.

IV. Mietvertrag zwischen der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG und dem Deutschen Museum

Die Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG (als Vermieter) hat mit dem Deutschen Museum von Meisterwerken der Naturwissenschaft und Technik AdöR (als Mieter) am 02.06.2017 einen Mietvertrag geschlossen (im Folgenden: Mietvertrag). In § 1 Nr. 1 S. 1 bis 3 Mietvertrag wird das Mietobjekt zunächst folgendermaßen beschrieben:

„Der Vermieter ist Eigentümer einer 5.173 m² großen Liegenschaft in Nürnberg, Augustiner Straße/Karlstraße/Winklerstraße, dem sogenannten Augustinerhofareal. Der Vermieter plant, auf dem Augustinerhofareal einen mehrgeschossigen Gebäudekomplex inkl. Tiefgarage mit einer Mischnutzung, u.a. Läden, Hotel, Wohnungen, (im Folgenden als „Gebäudekomplex“ bezeichnet) zu errichten. Der Vermieter beabsichtigt, auf Basis dieses Vertrages im nordwestlichen Bereich des geplanten Gebäudekomplexes auch eine Zweigstelle des Deutschen Museums (im Folgenden als „Mietobjekt“ bezeichnet) zu errichten und an den Mieter zu vermieten.“

In § 1 Nr. 3 des Mietvertrages heißt es, dass „das Mietobjekt ... vom Vermieter entsprechend den Anlagen 1 bis 5 unter Einhaltung aller öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu errichten und an den Mieter zu übergeben ... ist“. Diese Anlagen enthalten Grundrisse, Pläne und eine ausführliche „Mieterbaubeschreibung“ mit zahlreichen technischen und funktionalen Festlegungen und Vorgaben zur Planung dieses Gebäudeteils und zum Umgang mit Sonderwünschen des Mieters.

Zur Lage, Beschreibung und Beschaffenheit des Mietobjekts ist auf § 1 Nr. 2, § 21 Nr. 1 bis 5 Mietvertrag i.V.m. Anlagen 1 bis 5 Mietvertrag zu verweisen.¹⁴ Der Netto-Anteil des Deutschen Museums Nürnberg an der bebauten Brutto-Grundfläche (BGFa) beträgt ca. 34 %¹⁵ – mithin ca. ein Drittel, der Brutto-Anteil ca. 40 %¹⁶ der Gesamt-Brutto-Grundfläche des sog. Augustinerhofareals. Das Deutsche Museum Nürnberg umfasst den kompletten nordwestlichen Teil des (baulich zusammenhängenden) Gebäudekomplexes „Augustinerhofareal“.¹⁷

§ 2 Nr. 1 S. 1 Mietvertrag erläutert den Mietzweck:

-
- ¹⁴ Für die „funktionale Kurzbeschreibung des Mietobjekts“ s. insbes. Anlage 3 Mietvertrag, lit. F.
- ¹⁵ Mietfläche des Deutschen Museums Nürnberg nach § 4 Nr. 1 Mietvertrag: 5.509 m². (Bebaute) Gesamtfläche Augustinerhofareal: 16.221 m² (Anteil des Deutschen Museums Nürnberg = 33,96 %; nach BGFa-Berechnung Entwurf) bzw. 16.327,39 m² (Anteil des Deutschen Museums = 33,74 %; nach BGFa-Berechnung B-Plan). Zur Berechnung der BGFa s. Staab Architekten GmbH, Antrag auf Baugenehmigung. Änderungsantrag zu einem beantragten/genehmigten Verfahren, 18.05.2017, AHN B-Plan 11 – Vergleich BGF (16.05.2017) = Stadt Nürnberg, Az. B1-2017-135, eingegangen am 19.05.2017.
- ¹⁶ Brutto-Grundfläche (BGF) des Deutschen Museums Nürnberg: 6518,67 m², s. Anlage 5 Mietvertrag (Flächenberechnung Deutsches Museum nach DIN 277). Daraus ergibt sich ein Anteil von 40,19 % (bezüglich Gesamtfläche Augustinerhofareal: 16.221 m², nach BGFa-Berechnung Entwurf) bzw. 39,92 % (bezüglich Gesamtfläche Augustinerhofareal: 16.327,39 m², nach BGFa-Berechnung B-Plan). Zur Berechnung der BGFa s. Staab Architekten GmbH, Antrag auf Baugenehmigung. Änderungsantrag zu einem beantragten/genehmigten Verfahren, 18.05.2017, AHN B-Plan 11 – Vergleich BGF (16.05.2017) = Stadt Nürnberg, Az. B1-2017-135, eingegangen am 19.05.2017.
- ¹⁷ Zur anschaulichen (horizontalen) Aufteilung und Abgrenzung zwischen den verschiedenen Gebäudeteilen des Augustinerhofareals (Deutsches Museum Nürnberg; Hotel; Wohneinheiten) s. Staab Architekten GmbH, Antrag auf Baugenehmigung. Änderungsantrag zu einem beantragten/genehmigten Verfahren, 18.05.2017, AHN B-Plan 1 bis 6, 10 = Stadt Nürnberg, Az. B1-2017-135, eingegangen am 19.05.2017.

„Die Vermietung erfolgt zum Zwecke einer Nutzung als Zweigstelle des Deutschen Museums für Ausstellungen, Vorträge, Wissenschaftsprogramme und Schülerlabore sowie museumseigene Veranstaltungen (hierzu zählt auch die tageweise Vermietung von Flächen für Veranstaltungen), wobei der Mieter zu beachten hat, dass das Mietobjekt nicht als Versammlungsstätte genehmigt ist.“

Der Mietvertrag enthält darüber hinaus nähere Regelungen zur Mietdauer (§ 3 Nr. 2: Mindestlaufzeit bis zum 31.12.2044), zum Mietzins (§ 4 Nr. 1: 5509 m² á 38,12 Euro/m² zuzüglich einer Betriebskostenvorauszahlung i.H.v. 4,00 Euro/m²), zur Wertsicherungsklausel (§ 6) sowie zu den weiteren vertraglichen Pflichten von Vermieter und Mieter.

Das Deutsche Museum Nürnberg wurde am 17.09.2021 eröffnet.¹⁸ Bis zum Jahresende 2021 zählte das Deutsche Museum Nürnberg – trotz coronabedingter (Zugangs-)Beschränkungen – 41.923 Besucher.¹⁹ Nach circa einem Jahr (23.09.2022) wurde die 111.111. Besucherin gezählt.²⁰ Aktuellere Zahlen liegen nicht vor.

V. Bislang dokumentierte Aussagen zum Vergaberecht

1. Gutachten von HFK Rechtsanwälte PartGmbH

Die Landtagsfraktionen von Bündnis 90/Die Grünen, FDP und SPD beauftragten im Sommer 2021 (also vier Jahre nach Abschluss des Mietvertrages vom 02.06.2017) eine Rechtsanwaltskanzlei mit einer gutachterlichen Stellungnahme „zu inhaltlicher Tendenz und Marktüblichkeit des Mietvertrages über das Deutsche Museum in Nürnberg“. Das Gutachten²¹ nimmt selbst keine vergaberechtliche Prüfung vor und es ist auch nicht an den vergaberechtlich ggf. relevanten Umständen zur Annahme eines

¹⁸ Deutsches Museum, Jahresbericht 2021, 2022, S. 45 f. Zur Eröffnung vgl. auch die Presseberichte, beispielhaft *Lipkowski*, Süddeutsche Zeitung, Nr. 216, 18./19.09.2021, S. R13; *Fischer*, Nürnberger Nachrichten, 18.09.2021, S. 3.

¹⁹ Deutsches Museum, Jahresbericht 2021, 2022, S. 47, 117.

²⁰ Deutsches Museum, 111.111 Besucher im Zukunftsmuseum, in: www.deutsches-museum.de, 23.09.2022, abrufbar unter: <https://www.deutsches-museum.de/nuernberg/aktuell/111111-besucher-im-zukunftsmuseum>, zuletzt aufgerufen am 08.05.2023.

²¹ *Schulte*, Gutachterliche Stellungnahme zu inhaltlicher Tendenz und Marktüblichkeit des Mietvertrages über das Deutsche Museum in Nürnberg. Erstellt für die Fraktion Bündnis 90/Grüne im Bayerischen Landtag, FDP-Fraktion im Bayerischen Landtag und BayernSPD-Landtagsfraktion, 20.07.2021 (im Folgenden: *Schulte*, Gutachterliche Stellungnahme, 20.07.2021).

„entscheidenden Einflusses des Mieters“ (dazu a.E. des hier vorgelegten Gutachtens) orientiert, aber es beschäftigt sich u. a. damit, um welche Art von Objekt es sich handelt und inwieweit der Mieter – das Deutsche Museum – nach dem Mietvertrag Einfluss auf die Bauausführung nehmen durfte.

Zur ersten Frage wird ausgeführt:

„[...] Charakter des hiesigen Mietobjekts als Sonderimmobilie mit einem für die Mietzeit festgelegten Nutzungszweck als Museum [...]. Das Mietobjekt ist zwar spezifisch für den Nutzungszweck als Museum errichtet worden, gleichwohl besteht die Möglichkeit zur Verwendung des Objekts für Ausstellungs- und Eventnutzung sonstiger Art. Eine darüber hinausgehende Drittverwendbarkeit ist bei einer vereinbarten Verwendung für Ausstellungszwecke bzw. als Museum üblicherweise und im konkreten Fall zudem ausgeschlossen. Insbesondere ist aufgrund des offenen Grundrisses eine (wirtschaftliche) Umnutzung jedenfalls denkbar. Im vorliegenden Fall ist zudem zu berücksichtigen, dass ein nicht unerheblicher Teil der Mietfläche auf Büro- und Schulungsräume entfällt, für die dann jedenfalls eine Vergleichbarkeit mit den sonstigen Büro- und Gewerbeflächen gegeben ist.“²²

Auch an einer weiteren Stelle wird der Mietvertrag vom 02.06.2017 mit „Mietverträge[n] über Ausstellungsimmobilien bzw. größeren Single-Tenant-Objekte[n], die spezifisch für den Mieter hergestellt und an diesen langfristig vermietet werden“, verglichen.²³

Bezüglich der zweiten Frage verweist das Gutachten darauf, dass der *Vermieter* nach dem Mietvertrag zu weitreichenden Abweichungen²⁴ von der Planung bzw. der Baubeschreibung des Mietobjekts berechtigt sei, insbesondere aus rechtlichen, technischen oder wirtschaftlichen Gründen sowie zur Erlangung der Änderungsgenehmigung (§ 1 Nr. 2 Mietvertrag i.V.m. Ziff. II.1.1 und Ziff. II.1.2 Anlage 4 zum Mietvertrag).

²² Schulte, Gutachterliche Stellungnahme, 20.07.2021, S. 4 f.

²³ Schulte, Gutachterliche Stellungnahme, 20.07.2021, S. 7.

²⁴ Wörtlich: „weitgehend freie Änderungsbefugnis“, Schulte, Gutachterliche Stellungnahme, 20.07.2021, S. 18.

Für die mietvertragsrechtliche Prüfung kommt das Gutachten dann zu dem Ergebnis, dass „insbesondere im Falle von Sonderimmobilien bzw. praktisch Single-Tenant-Objekten [...] eine derart weitgehend freie Änderungsbefugnis des Vermieters vom Mieter üblicherweise nicht akzeptiert“ werde.²⁵

2. Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst

Nach der Antwort des Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst (BayStMWK) auf ein Schreiben des Bayerischen Obersten Rechnungshofes (ORH) vom 17.08.2021²⁶ mit Blick auf das skizzierte Gutachten²⁷ (S. 1) handele „es sich beim Gebäude selbst gerade nicht um einen spezifischen Bau für den Mieter“. ²⁸ Zum Vergaberecht äußert sich das BayStMWK nicht.

3. Bayerischer Oberster Rechnungshof

Der Bayerische Oberste Rechnungshof (ORH) referiert erst in einer sodann vom ihm am 27.01.2022 verfassten Antwort²⁹ auf die Stellungnahme des BayStMWK in einem Absatz die aus seiner Sicht bestehende vergaberechtliche Rechtslage, wonach die bloße Anmietung von vorhandenen Gebäuden durch öffentliche Auftraggeber nicht dem Vergaberecht unterliege. Dazu sei jedoch eine Ausnahme anerkannt, und zwar, „wenn das Gebäude bei Mietbeginn noch nicht existiert und zudem erst nach Abschluss des Mietvertrags nach den spezifischen Vorgaben eines öffentlichen Auftraggebers errichtet oder zumindest in wesentlichen Teilen umgebaut wird“.

Der ORH verweist dabei auf das Urteil des EuGH in der Rs. Pizzarotti³⁰. Danach stelle der von ihm zu beurteilende „Vertrag, der die Errichtung eines Bauwerks, das den vom

²⁵ *Schulte*, Gutachterliche Stellungnahme, 20.07.2021, S. 18.

²⁶ In der initialen Prüfungsmittelung des Bayerischen Obersten Rechnungshofes (ORH), Deutsches Museum Nürnberg, Gz. X – 900.20 – 99 – 4 – 1, 21.06.2021, S. 6, hieß es dagegen noch ausdrücklich: „Im Rahmen dieser Prüfung wurden zuwendungsrechtliche, vergaberechtliche, mietvertragsrechtliche sowie baufachliche Fragen nicht geprüft“.

²⁷ *Schulte*, Gutachterliche Stellungnahme, 20.07.2021.

²⁸ Bayerisches Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst (BayStMWK), Rechnungsprüfung 2020; Deutsches Museum Nürnberg, Gz. F.3-K4822.4/2/42, 15.10.2021, S. 32.

²⁹ Zum Folgenden Bayerischer Oberster Rechnungshof (ORH), Deutsches Museum Nürnberg, Gz. X – 900.20 – 99 – 5 – 7, 27.01.2022, S. 16.

³⁰ EuGH, Urt. v. 10.07.2014 – C-213/13, NZBau 2014, 572 – Pizzarotti.

öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen genügt, zum Hauptgegenstand hat, einen öffentlichen Bauauftrag dar“ und unterliege mithin dem Vergaberecht, „auch wenn [der Vertrag, Anm. M. B.] eine Verpflichtung enthält, das betreffende Bauwerk zu vermieten“.³¹

Sodann bezieht sich der ORH auf eine Entscheidung der Vergabekammer des Bundes (aus dem Jahr 2019!)³². Danach sei in dem von der VK entschiedenen Fall „von einem entscheidenden Einfluss des öffentlichen Auftraggebers im Sinne von § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB [...] auszugehen, wenn die ursprüngliche Gebäudekonzeption [...] zumindest spürbar von dem abweicht, was schließlich im streitgegenständlichen Mietvertrag vereinbart wurde, und sich der Hauptgegenstand des Vertrags somit in der Sache als Bauauftrag herausstellt“.³³

Der ORH setzt sich ferner (ohne unmittelbaren Bezug zum Vergaberecht) mit den Umständen betreffend einen „spezifischen Bau für den Mieter“ auseinander. Kriterien, die nach dem ORH hierfür sprechen könnten, seien: die „massiven Anpassungen an die Nutzerwünsche des DM (Reduzierung der Stockwerke zur Herstellung der für eine museale Nutzung erforderlichen Geschosshöhen)“, das „gesamte Raumprogramm“ und die „zahlreichen Sonderwünsche des Mieters (z. B. Lage von Lastaufnahmepunkten und Bodenauslässen, Farbgestaltungen, Medienanschlüsse, Stromanschlüsse, Druckluft, Labore, Shop, Berücksichtigung von Durchgangswegen und der erforderlichen Bewegungsradien etc.)“.³⁴

Der ORH verweist für den ersten Punkt auch auf ein Schreiben der alpha Gruppe vom 22.02.2017 an das Deutsche Museum:

„Um eine an Ihren Bedürfnissen gerecht werdende Museumskonzeption umsetzen zu können, wurde in Abstimmung mit Ihnen und Ihrem Projektteam das Planungskonzept im September letzten Jahres grundlegend modifiziert. Die wesentliche Änderung bestand darin, zu Gunsten dreier attraktiver Ausstellungsge-

³¹ EuGH, Urt. v. 10.07.2014 – C-213/13, NZBau 2014, 572 (575 Rn. 52) – Pizzarotti

³² VK Bund, Beschluss v. 17.12.2019, Az. VK 2 – 88/19, juris.

³³ VK Bund, Beschluss v. 17.12.2019, Az. VK 2 – 88/19, juris, Rn. 101 m.w.N.

³⁴ Bayerischer Oberster Rechnungshof (ORH), Deutsches Museum Nürnberg, Gz. X – 900.20 – 99 – 5 – 7, 27.01.2022, S. 15.

schosse mit Regelgeschosshöhen um ca. 4,30 m ein gesamtes Geschoss aufzugeben, welches ursprünglich für eine gewerbliche Nutzung als boardinghaus vorgesehen war.“

B. Vergaberechtliche Beurteilung

Frage I a): Überblick über das im Untersuchungszeitraum anwendbare Vergaberecht: Welche Vergabeverfahren stehen öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung, welche Verfahrensgrundsätze beherrschen das deutsche und europäische Vergaberecht?

1. Maßgeblicher Rechtsstand

Der ggf. vergaberechtlich relevante Ausschnitt aus dem Untersuchungszeitraum des Ausschusses kann auf den Zeitraum zwischen Mai/Juni 2016 bis zum Abschluss des Mietvertrages am 2.6.2017 datiert werden. Während dieses Zeitraums war das Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB in der ab dem 18.4.2016 geltenden Fassung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes (VergRModG) vom 17.2.2016³⁵ anwendbar. Mit diesem Gesetz hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe³⁶ fristgerecht umgesetzt. Selbst wenn man infolge der bereits in den Jahren vor 2016 unternommenen vorbereitenden Maßnahmen von der Maßgeblichkeit des zuvor geltenden Rechtszustandes ausgehen wollte, würden sich hieraus keine anderen Erkenntnisse ergeben. Denn durch das VergRModG sind die hier infrage stehenden Rechtsregeln weitgehend unverändert geblieben; nach Zielsetzung und Detailtiefe der rechtlichen Ausgestaltung haben die Richtlinie 2014/24/EU und die deutsche Umsetzungsgesetzgebung zu insgesamt höheren Standards geführt.³⁷

Ausgangspunkt für die Rechtsanwendung in der Praxis der hierfür zuständigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ist das nationale Gesetz (hier: das GWB). Beruht dieses auf der Umsetzung einer EU-Richtlinie, muss es erforderlichenfalls und dann, wenn es unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, richtlinienkonform ausgelegt werden. Deshalb sind ungeachtet der erfolgten fristgerechten Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie durchgehend auch deren Regelungsinhalt und die (naturgemäß nur darauf bezogene Rechtsprechung des EuGH) einzubeziehen.³⁸

³⁵ BGBl. I, S. 203.

³⁶ ABl. EU v. 28.03.2014, L94/65.

³⁷ Zur Entwicklung des Vergaberechts und zum Stellenwert der Vergaberechtsreform 2014/2016 ausführlich *Burgi*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 38 ff.

³⁸ Vgl. zu diesen allgemeinen methodischen Zusammenhängen statt vieler, jedoch konkret mit Blick auf das Vergaberecht, *Burgi*, Vergaberecht, § 3 Rn. 27 f.

2. Zwecke und Rechtsschutz

Zwecke des Verfahrensrechts sind die erfolgreiche und rechtmäßige Erfüllung der jeweiligen Verwaltungsaufgaben, die Herstellung von Wettbewerb und Verteilungsgerechtigkeit und die Schonung öffentlicher Haushalte. U.U. können mittelstandspolitische, umwelt- und sozialpolitische sog. Sekundärzwecke („strategische Beschaffung“) hinzutreten. Aus der Perspektive der EU ist die Öffnung der Beschaffungsmärkte für europaweite Auswahlverfahren ein zentrales Element der Verwirklichung des Binnenmarktes.

Gemäß § 97 Abs. 6 GWB hat jeder einzelne, an der Vergabe eines öffentlichen Auftrags potenziell interessierte Bieter ein subjektives Recht darauf, dass sämtliche Vorschriften eingehalten werden. Dieses Recht kann vor der Vergabekammer und ggf. in zweiter Instanz vor dem Bayerischen ObLG (seinerzeit noch vor dem OLG München) durchgesetzt werden.

Soweit ersichtlich, sind im vorliegenden Zusammenhang keine Nachprüfungsanträge gestellt worden. Dies ist angesichts der niedrigen Zugangsschwellen und der außerordentlich effektiven und beschleunigten Rechtsschutzgewährung in diesem Gebiet sowie angesichts der Existenz hochqualifizierter Fachanwälte für Vergaberecht einerseits, normalerweise an der Durchsetzung ihrer Rechte interessierter Bieterunternehmen in der Bauwirtschaft andererseits hervorzuheben, zumal unter den Marktbeteiligten keine Unkenntnis über das Projekt herrschen konnte. Daraus, dass keine Nachprüfungsverfahren angestrengt, jedenfalls zulasten des öffentlichen Auftraggebers keine Entscheidungen ergangen sind, mag man ableiten, dass die Einschätzung, wonach das GWB-Vergaberecht nicht anwendbar sei, seinerzeit offenbar breit geteilt worden ist. Selbstverständlich ergibt sich daraus aber kein Rückschluss auf die objektive Rechtmäßigkeit der gewählten Vorgehensweise.

Offenbar hat bislang auch die Europäische Kommission kein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV eingeleitet. Auch dies ist angesichts der seither vergangenen Jahre und in Anbetracht des Umstands, dass die im vorliegenden Zusammenhang teilweise in Bezug genommene sog. Bestellbau-Rechtsprechung (dazu ausführlich unten) in verschiedenen Verfahren vor dem EuGH (initiiert von der Kommission) geprägt worden ist, erwähnenswert.

3. Verfahrensgrundsätze und Verfahrensarten

Ist das GWB-Vergaberecht anwendbar, so statuiert § 97 Abs. 1 GWB, dass die Auftragsvergabe „im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren“ erfolgen muss. Gemäß § 97 Abs. 1 S. 2 GWB müssen hierbei die „Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt“ werden. § 97 Abs. 2 GWB verpflichtet dazu, alle Teilnehmer an einem Vergabeverfahren grundsätzlich gleich zu behandeln. Neben den §§ 97 ff. GWB finden sich in darauf gestützten untergesetzlichen Normen zahlreiche weitere Anforderungen in verfahrensmäßiger und materieller Hinsicht, in Abhängigkeit davon, ob es um die Vergabe von Bau- oder um Liefer- bzw. Dienstleistungsaufträge geht. Für die Vergabe von Bauaufträgen im Anwendungsbereich des GWB ist die VOB/A-EU maßgeblich, für die Vergabe von Dienstleistungs- und von Lieferaufträgen die Vergabeverordnung (VgV).

Das GWB-Vergaberecht wäre nicht anwendbar, wenn die hierfür in der Richtlinie 2014/24/EU statuierten EU-Schwellenwerte nicht erreicht würden (vgl. § 106 GWB i.V.m. Art. 4 u. 6 Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Verordnung (EU) 2015/2170 für das Jahr 2017). Diese Schwellenwerte betragen im Jahr 2017 für Bauleistungen 5.225.000 Euro und für Dienstleistungen 209.000 Euro; angesichts der Höhe des monatlichen Mietzinses von 232.036,00 Euro und der über 20 Jahre liegenden Gesamtlaufzeit kann hier ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass diese Schwellenwerte überschritten gewesen wären und somit das GWB-Vergaberecht (und nicht das Haushaltsvergaberecht nach Art. 55 Bayerische Haushaltsordnung) anzuwenden gewesen wäre.

Nach näherer Maßgabe des § 119 GWB kämen grundsätzlich die Verfahrensarten des offenen und des beschränkten Verfahrens, das Verhandlungsverfahren und die Verfahrensart des wettbewerblichen Dialogs in Betracht.

4. Blick auf das Preisrecht

Eine letzte Bemerkung – jenseits des Fragenkatalogs, aber im Interesse der Vollständigkeit – gilt dem öffentlichen Preisrecht. Das öffentliche Preisrecht nach der Verordnung PR Nr. 30/53³⁹ stellt eine Art Sondervergaberecht dar, ist auf gewerbliche Mietverträge aber nicht anwendbar. Wie sich aus § 3 VO PR Nr. 30/53 ergibt, sind die

³⁹ Zuletzt geändert durch VO v. 25.11.2021 (BGBl. I, S. 4968).

allgemeinen und besonderen Preisvorschriften vorrangig vor der VO PR Nr. 30/53. Zu diesen besonderen Preisvorschriften zählen u.a. das Mietpreisüberhöhungsverbot nach § 5 Wirtschaftsstrafgesetz (WiStG) sowie Sondervorschriften zum sozialen Wohnungsbau. Der Telos des § 5 WiStG, wonach Mietverträge über Geschäftsräume gerade geringeren Beschränkungen als Mietverträge über Wohnraum unterliegen sollen, spricht aber dagegen, jene dann der PreisVO zu unterwerfen.⁴⁰

Frage I b): Welche Ausnahmetatbestände oder welche Erleichterungen in der Vergabe öffentlicher Aufträge eröffnet das im Untersuchungszeitraum anwendbare Recht und unter welchen Voraussetzungen?

Die beiden zentralen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts bestehen darin, dass eine juristische Person, die als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 GWB zu qualifizieren ist (1), mit einem „Unternehmen“ einen „entgeltlichen Vertrag ... über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben“ (vgl. § 105 Abs. 1 GWB), abschließen möchte (2).

Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, wäre zu prüfen, ob eine oder mehrere der hierfür im GWB-Vergaberecht (sowie teilweise in der VOB/A-EU bzw. der VgV) vorgesehenen Ausnahmen eingreifen. Eine bekannte Ausnahme (die im vorliegenden Zusammenhang aber nicht einschlägig ist) betrifft etwa die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit und dort insbesondere die Beschaffung bei eigenen Tochterunternehmen (die sog. Inhouse-Vergabe; vgl. hierzu § 108 GWB). Im vorliegenden Zusammenhang käme als Ausnahmegesetz § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Betracht. Danach ist das GWB-Vergaberecht nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen „für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen sowie Rechten daran, ungeachtet der Finanzierung“.

Weitere Ausnahmegesetzungen betreffen die Wahl der jeweiligen Verfahrensart. Im vorliegenden Zusammenhang kommt hier die in § 3a Abs. 3 Nr. 3 c) VOB/A-EU ent-

⁴⁰ Vgl. *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 9. Aufl. 2020. § 3 VO PR Nr. 30/53 Rn. 13.

haltene Bestimmung in Betracht, die die Wahl der Verfahrensart „Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb“ betrifft. Nach § 3 a Abs. 2 VOB/A-EU könnte ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich die Verfahrensart des „Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb“ wählen und müsste dann europaweit bekannt machen, dass er mit auszuwählenden Unternehmen über deren Angebote verhandeln möchte. In Situationen dieser Art bestimmt § 3a Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/A-EU, dass dann, wenn „die Leistungen aus einem der folgenden Gründe nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden können“ ein „Verhandlungsverfahren *ohne* Teilnahmewettbewerb“ zulässig ist. Ob dies hier der Fall ist, wird unten ausführlich zu prüfen sein. Das Eingreifen dieser, auf den ersten Blick lediglich eine Verfahrenserleichterung betreffenden Vorschrift, hätte in der Sache aber zur Konsequenz, dass mit dem einen Unternehmen ohne Beachtung vergaberechtlicher Anforderungen verhandelt werden, und letztlich auch bei ihm beschafft werden könnte; von der Rechtsfolge her handelt es sich damit ebenfalls um eine Ausnahmebestimmung.

Frage I c), erster Teil: *Ist das Deutsche Museum bei der Realisierung seiner Außenstelle in Nürnberg öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 oder Nr. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen?*

1. Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2 GWB

Das Deutsche Museum AdöR ist unzweifelhaft als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB anzusehen. Es handelt sich bei ihm um eine „juristische Person des öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.“ Dies ergibt sich aus den §§ 1 – 3 ihrer Satzung. Die konkret mit dem Projekt „Zukunftsmuseum“ erfüllten Aufgaben sind „nichtgewerblicher Art“, weil es insofern weder einen entwickelten Wettbewerb unter verschiedenen Museumsanbietern gibt noch das wirtschaftliche Risiko selbst getragen werden muss. Zwar werden insbesondere über Eintritte Entgelte erzielt, diese aber reichen bei weitem nicht aus um die Angebote hinreichend zu finanzieren. Vor allem erfüllt die dargebotene Dienstleistung nicht in erster Linie wirtschaftliche Bedürfnisse, sondern dient den Gemeinwohlbelangen der Förderung und Vermittlung von Wissenschaft und Forschung.

Angesichts der oben (A I 1) beschriebenen Finanzierungsstrukturen ist auch davon auszugehen, dass das Deutsche Museum AdöR „überwiegend“ i.S.v. § 99 Nr. 2 lit. a)

GWB vom Freistaat Bayern, welcher wiederum eine Gebietskörperschaft im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB und seinerseits öffentlicher Auftraggeber ist, finanziert wird. Die ggf. alternativ eingreifenden Tatbestandsmerkmale des Bestehens einer „Leitung der Aufsicht“ durch Stellen des Freistaats (lit. b) bzw. der mehrheitlichen Organbestellung (lit. c) brauchen daher nicht näher betrachtet zu werden.

2. Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 4 GWB

Diese Vorschrift wäre nur dann relevant, wenn das Deutsche Museum AdöR nicht bereits unter § 99 Nr. 2 GBB fallen würde. Einrichtungen dieser Art (insbesondere Einrichtungen, die nicht überwiegend vom Staat finanziert werden bzw. Aufgaben gewerblicher Art erfüllen) können dann als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sein, wenn sie für „Tiefbaumaßnahmen ..., Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Hochschul- oder Verwaltungsgebäude oder für die damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen und Wettbewerbe“ von Stellen nach § 99 Nr. 1 (hier: Freistaat Bayern) Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben „zu mehr als 50 % subventioniert werden“. Auch die Voraussetzungen dieser Vorschriften würden mithin wohl eingreifen; hierauf kommt es aber, wie bereits festgestellt, nicht an.

Frage I c), zweiter Teil und Frage d): *Handelt es sich bei der Neuerrichtung des Deutschen Museums, Außenstelle Nürnberg, nach Vorgaben des Vermieters (gemeint ist wohl „des Mieters“) um einen Bestellbau?*

Welche vergaberechtlichen Anforderungen mussten beim Abschluss eines Mietvertrags durch das Deutsche Museum beachtet werden?

Wurden diese vom Deutschen Museum erfüllt?

1. Vorüberlegungen

Sowohl in der Frage I c, zweiter Teil, als auch im Schreiben des Bayerischen Obersten Rechnungshofs an das BayStMWK vom 27.01.2022 (siehe Teil 1 A V 3), wird Bezug genommen auf die Rechtsprechungslinie zum Umgang mit einem sog. „Bestellbau“.⁴¹

⁴¹ Die gesamte Rechtsprechungslinie ist übersichtlich zusammengefasst bei *Baudis*, VergabeR 2020, S. 715 ff. Dort sind auch einige (vergleichsweise randständigere) Entscheidungen jenseits der nachfolgend ausführlicher thematisierten zentralen Judikate dokumentiert.

Diese Kategorie erscheint auch in Medienberichten über Einschätzungen von Vergaberechterspezten. Da der Begriff „Bestellbau“ aber weder in den europäischen Richtlinien noch im GWB vorkommt und (soweit ersichtlich) auch vom EuGH, der als Begründer jener Rechtsprechungslinie anzusehen ist (dazu b)) selbst nicht verwendet wird, muss hier weiter ausgeholt werden. Denn selbstverständlich sind die in der Rechtsanwendungspraxis mit der Frage einer etwaigen Vergaberechterspflichtigkeit konfrontierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Verwaltung in erster Linie zur Beachtung der *gesetzlichen* Vorgaben verpflichtet und dürfen bzw. haben sich mit Entscheidungen zu anderen Fällen erst dann auseinanderzusetzen, wenn hierzu Anlass besteht.

Konkret im Hinblick auf die sog. Bestellbau-Rechtsprechung ist zu prüfen, ob es auf diese ankommt und ob der hier zu beurteilende Sachverhalt mit den Sachverhalten, die der Bestellbau-Rechtsprechung zugrunde gelegen haben, vergleichbar ist (2). Erst wenn sich herausstellen würde, dass es tatsächlich auf die dort entwickelten Voraussetzungen für das Entstehen einer Vergaberechterspflichtigkeit im Zusammenhang mit Miet- bzw. Bauverträgen ankommt, wären diese Voraussetzungen näher zu beleuchten (3).

a) Ausgangspunkt: Vergaberechterspflichtigkeit der Erbringung nur von Bau- bzw. von Dienstleistungen

Gemäß § 103 Abs. 1 i.V.m. § 103 Abs. 3 GWB haben öffentliche Auftraggeber „Baufträge“ grundsätzlich auszuschreiben. Neben den herkömmlichen Bauverträgen, in denen der Auftragnehmer schlichtweg dazu verpflichtet wird, ein bestimmtes Bauwerk zu errichten, liegt gemäß § 103 Abs. 3 S. 2 GWB ein Bauauftrag auch vor, „wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber ... genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.“ Im vorliegenden Fall gestaltet sich die Ausgangslage so, dass die eigentlichen Bauleistungen letzten Endes von verschiedenen Bauunternehmern erbracht worden sind, die die Alpha Gruppe beauftragt hat; diese Bauunternehmen wären daher im Sinne der Vorschrift als „Dritte“ anzusehen. Gemäß § 1 Nr. 3 des mit „Mietvertrag“ überschriebenen Vertrags zwischen der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG und dem Deutschen Museum AdöR hat das Deutsche Museum sich auch einen Anspruch auf

die Errichtung des Museumsgebäudes einräumen lassen. Die von den Bauunternehmen erbrachten Leistungen kommen daher im Sinne des § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB dem Deutschen Museum „unmittelbar wirtschaftlich zugute“

Gemäß § 103 Abs. 1 i.V.m. § 103 Abs. 4 GWB sind aber auch „Dienstleistungsaufträge“ dem Vergaberecht unterworfen. Dienstleistungsaufträge in diesem Sinne können auch Mietverträge sein. Allerdings bestimmt § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB, dass das GWB-Vergaberecht für die „Miete ... von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen“ nicht anzuwenden sei.

Der hier zu beurteilende Vertrag ist als „Mietvertrag“ bezeichnet und enthält auch eine ganze Reihe mietvertragstypischer Vorschriften (z.B. „Mietdauer“, vgl. § 3; „Mietzins“, vgl. § 4). Tritt man an dieser Stelle einen Schritt zurück und fragt in Anbetracht der zentralen Vorschrift des § 103 GWB, welche der zahlreichen Auswahlverfahren, die der moderne Staat täglich und in den verschiedensten Politikfeldern durchführen muss (Auswahl von Studierenden an Hochschulen, Auswahl von geeigneten Flächen für die Einbeziehung in einen Bebauungsplan, Auswahl von Flächen für Dienstgebäude, Schulen oder Flüchtlingsunterkünfte etc.), fällt auf, dass dem GWB-Vergaberecht offenbar nicht sämtliche Auswahlverfahren unter staatlicher Beteiligung unterworfen werden, sondern „nur“ die Auswahlverfahren für die Erbringung von Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen. Nur darauf bezieht sich auch die Rechtsetzungskompetenz der EU, wie sich aus den Erwägungsgründen 1 u. 4 und aus Art. 1 Abs. 1 u. 2 der Richtlinie 2014/24/EU ergibt.

b) Systematische Verortung der sog. Bestellbau-Rechtsprechung

Beginnend mit dem Urteil vom 29.10.2009 betreffend die „Köln Messe“⁴² hat der EuGH in mehreren Entscheidungen eine Rechtsprechungslinie entwickelt, in die sich auch Entscheidungen deutscher Vergabekammern bzw. Oberlandesgerichte einreihen. Diese Entscheidungen werden unten (2 b)) analysiert. Der Begriff des „Bestellbaus“ stammt aus der Fachliteratur,⁴³ auch hat ihn die Vergabekammer Bund⁴⁴ (in Anführungszeichen) verwendet. Es handelt sich mithin nicht um einen Gesetzesbegriff, sondern um die Sammelbezeichnung für eine Rechtsprechungslinie.

⁴² C-536/07.

⁴³ Vgl. beispielsweise *Hölzl*, NZBau 2015, S. 412 (413); *Bulla*, VergabeR 2019, S. 457 (460).

⁴⁴ B.v. 17.12.2019, Az. VK 2-88/19, juris (Dienststellen).

Diese Rechtsprechungslinie dient der Ermittlung einer etwaigen Vergaberechtspflichtigkeit in Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber nicht Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerkes werden soll, das Gegenstand eines Auftrags ist. Angesichts des Ausnahmetatbestands für Mietverträge (vgl. § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB) besteht die zentrale Aussage darin, dass es für die Einstufung eines Auftrags als Bauauftrag auch nicht darauf ankommen könne, ob der Vertrag als Miet- oder als Bauvertrag bezeichnet wird und auch nicht darauf, ob er Optionen oder Verpflichtungen des Staates zum Erwerb der errichteten Gebäude vorsieht. Maßgeblich sei vielmehr bei Verträgen, die „zugleich Elemente eines Auftrags anderer Art“ aufweisen, der „Hauptgegenstand“.⁴⁵ Rechtssystematisch geht es hier um eine Rückausnahme zu der Ausnahmegvorschrift des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Demnach sind Mietverträge ausnahmsweise *nicht* vergaberechtsfrei, wenn sie die im Hinblick auf verschiedene Sachverhalte durch den EuGH und nationale Gerichte aufgestellten Voraussetzungen für die Qualifizierung als sog. Bestellbau erfüllen. Zur Entwicklung dieser Rechtsprechungslinie konnte es kommen, weil die Ausnahmegvorschrift des § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB seit jeher und (zutreffenderweise) entgegen dem Wortlaut nicht lediglich auf Mietverträge betreffend Grundstücke und bereits vorhandene Gebäude angewendet worden ist, sondern auch Mietverträge über Grundstücke, auf denen das dann vermietete Gebäude erst noch errichtet werden soll.⁴⁶ Allein der Umstand, dass der Mietvertrag zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wird, in dem die eigentliche Mietsache (das Gebäude) noch gar nicht gebaut ist und der Mieter somit von ihr noch gar keinen Gebrauch machen kann, schließt mithin die Anwendung des Ausnahmetatbestands für Mietverträge nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB *nicht* aus.⁴⁷

Diese Privilegierung von „Mietverträgen“ wird aber fraglich, wenn der Auftraggeber in einer Weise Einfluss auf die Gestaltung des Bauvorhabens nimmt, dass es sich (in Abhängigkeit von Umständen des Einzelfalls) um einen atypischen Mietvertrag han-

⁴⁵ So die bündige Zusammenfassung des EuGH in seiner aktuellsten Entscheidung „Wiener Gate 2“ (U.v.22.04.2021, C-537/19, Rn. 44 – 46).

⁴⁶ Dies kann als ständige Rechtsprechung bezeichnet werden; vgl. nur *Hüttlinger*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 103 Rn. 210; *Gurlit*, a.a.O., § 107 Abs. 1, Rn. 17; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 107 GWB, Rn. 18; a.A. *Antweiler*, VergabeR 2022, S. 293.

⁴⁷ So explizit auch EuGH, C-536/07, Rn. 56 (Köln Messe).

delt. Als sein Hauptgegenstand i.S.d. § 111 Abs. 4 Nr. 1 Hs. 1 GWB ist dann die Bauleistung anzusehen. Die Konsequenz des Eingreifens dieser Rückausnahme wäre also eine Vergaberechtspflichtigkeit als Bauauftrag – wenn es auf die Abgrenzung zwischen Miet- und Bauauftrag im vorliegenden Zusammenhang überhaupt ankommt.

2. Vergaberechtsfreiheit von Standortauswahlentscheidungen und Eingreifen der Ausnahmevorschrift für Mietverträge

a) Standortauswahl als Teil der Beschaffungsautonomie

Mit „Standort“ ist bei öffentlichen Einrichtungen deren Lage innerhalb des Freistaats Bayern und dort in einer bestimmten Region, innerhalb einer bestimmten Stadt sowie innerhalb der Stadt auf einem oder mehreren bestimmten Flurstücken gemeint. Diese Standörtlichkeit ergibt sich aus dem Verhältnis zur jeweiligen Umgebung und wird umgangssprachlich auch als „Lage“ bezeichnet. Selbstverständlich hängt die Qualität eines Standorts vom Zweck und der Ambition der jeweiligen öffentlichen Einrichtung ab. Bei einem Museum ist sicherlich die Erreichbarkeit im Sinne von Zugänglichkeit für Besucher und Attraktivität des Umfelds ein zentraler Faktor. Auch die räumliche Nähe zu anderen Einrichtungen vergleichbaren Charakters (hier: wissenschafts- und kulturbezogene Einrichtungen), sowie Repräsentativität, ein bestehender historischer Bezug oder eine bestehende Nähe zu anderen zukunftsbezogenen Angeboten, sind Standortfaktoren, die den Sitz eines Museums, dessen inhaltliche Programmatik der Zukunft von Wissenschaft und Forschung gewidmet ist, determinieren.

Dem Charakter nach handelt es sich bei der Entscheidung für einen bestimmten Standort um eine Maßnahme strategisch-planerischen Charakters. Der Maßstab, an dem eine solche Entscheidung zu treffen ist, ergibt sich aus der Aufgabenstellung des jeweiligen Einrichtungsträgers. Im Falle des Deutschen Museums ist diese in § 2 Abs. 1 u. 3 der Satzung niedergelegt und besteht in der „Förderung der Bildung und der Wissenschaft und Forschung“ durch Ausstellungen, Sammlungen i.w.S., Veröffentlichungen, Vorträgen und Bildungsarbeit, auch dies im weitesten, heutigen museumspädagogischen Anforderungen entsprechenden Sinne.

Entscheidungen dieser Art sind typischerweise nicht konditional, d.h. am Wenn-/Dann-Schema konstruiert (wie etwa Auswahlentscheidungen im Personalbereich). Vielmehr betreffen sie einen im wahrsten Sinne des Wortes zukunfts offenen Horizont und sind daher final programmiert. Nachdem sich ein Einrichtungsträger dafür entschieden hat,

überhaupt eine Einrichtung realisieren zu wollen („Ob“), geht es beim Standort um das „Wo“ dieser Einrichtung.

Von der Entscheidung für einen Standort in diesem Sinne zu unterscheiden sind die Entscheidungen über die Realisierung des Vorhabens an diesem Standort. Diese Entscheidungen betreffen das Wie und Wer, d.h. im Stadium der Realisierung geht es darum, unter welchen wirtschaftlichen und insbesondere baurechtlichen Gegebenheiten die Realisierung erfolgt, welche technischen Anforderungen hierbei zu beachten sind, wer für die Realisierung des Vorhabens in baulicher und technischer Hinsicht die Verantwortung tragen soll (der Auftraggeber selbst oder von ihm eingeschaltete Dritte) usw. Darauf ist zu c) zurückzukommen.

Fragt man nun, ob das GWB-Vergaberecht Kriterien und Verfahrensregeln für die Auswahl eines Standorts, also für die Entscheidung über das Wo einer bestimmten öffentlichen Einrichtung, bereithält, so gelangt man zunächst zu dem bereits im vorherigen Abschnitt erläuterten Wortlaut des § 103 Abs. 1, 3 und 4 GWB. Danach sind aus dem Kreis sämtlicher denkbarer Auswahlverfahren unter staatlicher Beteiligung nur diejenigen Auswahlverfahren erfasst, deren Gegenstand die Erbringung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen ist. Dies wird durch die systematische Überlegung bestätigt, dass die angebotsbezogenen Kriterien für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags (niedergelegt in § 127 GWB) – die sog. Zuschlagskriterien – auf andere Entscheidungen nicht recht passen, da sie auf die „Wirtschaftlichkeit“ i.S.d. „besten Preis-Leistungs-Verhältnisses“ abzielen, also auf eine Zweck-Mittel-Relation, die bei final programmierten Entscheidungen nicht gegeben ist.

Die teleologische Betrachtung fragt nach dem Zweck des europäischen, durch das GWB umgesetzten Vergaberechts und ruft in Erinnerung, dass es um die Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts durch ein diskriminierungsfreies, transparentes Verfahren geht. In der Konsequenz dessen läge es, Standortauswahlverfahren europaweit durchzuführen und am Ende u.U. ein Zukunftsmuseum, wenn nicht gleich in einem anderen EU-Mitgliedstaat, dann möglicherweise außerhalb von Bayern oder innerhalb von Bayern in Oberbayern statt in Mittelfranken etc. anzusiedeln. Bereits die Festlegung auf einen nationalen Standort wäre (würde man sie an vergaberechtlichen Maßstäben messen) womöglich ein Verstoß gegen den Diskriminierungsgrundsatz nach Art. 97 Abs. 2 GWB i.V.m. der Richtlinie 2014/24/EU.

Auf Standortauswahlverfahren ist mithin das GWB-Vergaberecht nicht unmittelbar anwendbar. Vereinzelt Judikate aus früherer Zeit⁴⁸ oder Aufsätze,⁴⁹ die von einem öffentlichen Auftraggeber die Prüfung und positive Feststellung verlangen wollten, dass und aus welchen Gründen andere, von ihm nicht verfolgte Leistungen (hier: Standorte) besser geeignet seien oder gar die Forderung, die Entscheidung für das Ob und (in unserem Fall) das Wo eines bestimmten Vorhabens durch Marktuntersuchungen objektivieren und dokumentieren zu müssen, sind durch die Entwicklung der Rechtsprechung ab dem Jahr 2011 überholt. Seinerzeit hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass die Frage der Richtigkeit einer getroffenen Beschaffungsentscheidung weder zu dokumentieren noch nachzuprüfen sei und insbesondere auch keine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Durchführung von Markterkundungsverfahren bestehe.

Diese Rechtsprechungslinie⁵⁰ gelangt besonders deutlich im Beschluss vom 09.01.2013 zum Ausdruck. Darin hat das Gericht die Formulierung eines konkret benannten Putzaufbaus für die Fassade eines restaurierten Landesmuseums als legitimen Ausdruck der zuvor getroffenen politischen Entscheidung, eine optisch besonders hochwertige Ausführung an den Fassaden des Museums zum Dom (in Münster) verwirklichen zu wollen, die letzten Endes nur mit dem Putzaufbau eines bestimmten Typs herbeigeführt werden konnte, akzeptiert.⁵¹ Ein vergleichbarer Fall betraf die Beschaffung einer Hochschulverwaltungs-Software.⁵² Das OLG Düsseldorf hat hierin Gefolgschaft gefunden u.a. beim OLG Naumburg⁵³ und beim OLG Karlsruhe.⁵⁴ Besonders deutlich hat die VK Bund in einem Beschluss v. 22.8.2019⁵⁵ betreffend den Dienstsitz einer Schule zur Vorausbildung von Flugschülern betont, dass die Standortentscheidung dem Vergabeverfahren vorgelagert sei. Entsprechendes gilt für andere Dienstgebäude, Schulgebäude oder auch Flüchtlingsunterkünfte.

⁴⁸ Vgl. etwa OLG Jena, NZBau 2006, S. 735.

⁴⁹ Etwa *Jaeger*, ZWiR 2011, S. 365.

⁵⁰ Begründet durch OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, S. 84 (85).

⁵¹ OLG Düsseldorf, VergabeR 2013, S. 599.

⁵² OLG Düsseldorf, VergabeR 2013, S. 744; vgl. ferner OLG Düsseldorf, NZBau 2016, S. 656; OLG Düsseldorf, NZBau 2017, S. 623; OLG Düsseldorf, NZBau 2018, S. 785; OLG Rostock, B.v. 12.8.2020, 17 Verg 3/20, juris.

⁵³ VergabeR 2013, S. 55.

⁵⁴ NZBau 2014, S. 378.

⁵⁵ VK 1-51/19.

Die in § 2 Abs. 7 S. 1 VOB/A-EU adressierten „Marktkonsultationen vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens“ beinhalten jedenfalls keine Verpflichtung betreffend Standortauswahlverfahren und auch keine spezifischen Verfahrensanforderungen.

Gemäß § 7 Abs. 2 VOB/A-EU ist als Dreh- und Angelpunkt der Leistungsbeschreibung der vom Auftraggeber definierte „Auftragsgegenstand“ bestimmt. Bei der Bestimmung dessen, ob und was beschafft wird, genießt der Auftraggeber Autonomie; dies wirkt sich vor allem bei der Bestimmung von Liefer- oder Dienstleistungsgegenständen aus und wird mit dem Begriff „Grundsatz der Beschaffungsautonomie“ bezeichnet.⁵⁶ Im Hinblick auf Baugrundstücke und Bauwerke entspricht der bei Liefer- und Dienstleistungen bestehenden Entscheidung für das „Was“ die Entscheidung über das „Wo“, also über den Standort, an dem sich das – sodann ggf. vergaberechtlich zu realisierende – Vorhaben befindet.

Nach alledem liegt die Auswahl des Standorts eines Vorhabens der Entscheidung der Auswahl von Unternehmen, die bei der Realisierung des Vorhabens an diesem Standort mitwirken sollen, voraus. Die Standortauswahl als solche ist nicht vergaberechtpflichtig. Dies ergibt sich aus § 103 Abs. 1 GWB (im Umkehrschluss) i.V.m. dem Grundsatz der Beschaffungsautonomie.

Die einzige Anforderung, die seit Beginn der durch das OLG Düsseldorf begründeten Rechtsprechungslinie zur Beschaffungsautonomie in Fällen dieser Art allenfalls bestehen könnte, lautet dahingehend, dass die Leistungsbestimmung (hier: die Standortauswahl) „auf sachbezogenen Erwägungen“ beruhen muss.⁵⁷ Im vorliegenden Zusammenhang besteht zwischen den mit dem Zukunftsmuseum verfolgten Zwecken und dem hierfür ausgewählten Standort ein sachlicher Zusammenhang, der bereits oben (A III) beschrieben worden ist. Dieser wurde spätestens im Mai 2016 hergestellt und auch nach außen hin manifestiert – also zu einem Zeitpunkt, in dem die Bebaubarkeit und Nutzbarkeit des Standorts „Augustinerhof“ infolge ausstehender Baugenehmigungen und des noch nicht einmal in Angriff genommenen Mietvertrages gar nicht feststanden; auch dies belegt die ausschließlich von museumsfachlichen Gründen getragene und damit hinreichend „sachbezogene“ Entscheidungsfindung. Anhaltspunkte

⁵⁶ Vgl. mit zahlreichen Nachweisen *Burgi*, Vergaberecht, § 12 Rn. 4.

⁵⁷ So OLG Düsseldorf, B.v. 7.6.2017, VII-Verg 53/16; vgl. auch BayObLG, B.v. 29.7.2022, Verg 13/2 (wobei es in all diesen Entscheidungen nicht um Standortentscheidungen, sondern um die (deutlich problematischere) Einschränkung des Wettbewerbs bei Lieferleistungen ging).

dafür, dass die Standortentscheidung willkürlich oder aufgrund diskriminierender Überlegungen getroffen worden wäre,⁵⁸ sind nicht erkennbar.

b) Kontrollüberlegung: Nicht-Vergleichbarkeit mit den Sachverhalten der sog. Bestellbau-Rechtsprechung

An dieser Stelle ist eine Kontrollüberlegung dahingehend anzustellen, ob nicht die mittlerweile über mehrere Entscheidungen verschiedener Gerichte hinweg entfaltete sog. Bestellbau-Rechtsprechung – entgegen dem soeben gefundenen Ergebnis – Verfahren über die Auswahl eines Vorhabenstandorts als vergaberechtspflichtige Vorgänge eingeordnet hat. Vorab ist daran zu erinnern, dass die sog. Bestellbau-Rechtsprechung eine Rückausnahme gegenüber der in § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB geregelten Herausnahme von Mietverträgen aus dem GWB-Vergaberecht bewirkt, indem sie (bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen) mit Hilfe einer funktionalen Betrachtung vom Vorliegen eines Bauauftrags ausgeht. Unterzieht man die wichtigsten Entscheidungen, die zu dieser Rechtsprechungslinie gehören, einer näheren Analyse, zeigt sich indes, dass sie allesamt nicht mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt vergleichbar sind, sondern entweder eine eindeutige Umgehungskonstellation zugrunde lag oder dem Auftraggeber die Wahl des Standorts gleichgültig war und es ihm um die Realisierung seines Vorhabens, gleichgültig an welchem Standort, gegangen ist.

Im Einzelnen:

- *EuGH, U.v. 29.9.2009 (Köln Messe)*⁵⁹

Die sog. Bestellbau-Rechtsprechung wurde mit diesem Urteil des EuGH begründet. Die Stadt Köln hatte mit der privaten Grundstücksgesellschaft „Köln Messe“ einen „Mietvertrag über die Anmietung eines Grundstücks mit vier Messehallen“ geschlossen, ohne ein Vergabeverfahren durchzuführen. In einem sodann abgeschlossenen „Untermietvertrag“ überließ die Stadt Köln der Köln Messe GmbH die vier Messehallen, wiederum unter Berufung auf § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB (bzw. dessen damals geltender Parallelvorschrift). Der letztlich ausschlaggebende Grund für die Qualifizierung dieser Vertragsgestaltung als ausschreibungspflichtiger Bauvertrag lag darin, dass die Köln Messe GmbH selbst (also der spätere öffentliche Auftraggeber, dem es von Anfang an um die Errichtung

⁵⁸ Zu diesen äußersten Grenzen auch der Beschaffungsautonomie zuletzt BayObLG, B.v. 29.07.2022, Verg 13/21, Rn. 45 (im Hinblick auf die Beschaffung einer Softwarelösung).

⁵⁹ C-536/07.

der vier Messehallen gegangen ist) das besagte Grundstück kurz davor erst selbst an die Grundstücksgesellschaft „Köln Messe“ verkauft hatte; ohne diesen Verkauf hätte die Köln Messe GmbH selbstverständlich die Aufträge zur Errichtung der vier Messehallen auf dem (bis kurz zuvor ihr selbst gehörenden) Grundstück als „ganz normalen“ Bauauftrag ausschreiben müssen. Die Mietkonstruktion wurde hier augenscheinlich zu dem Zweck gewählt, das Vergaberecht zu umgehen. Solchen Umgehungsgeschäften hat der EuGH seit jeher und zu Recht einen Riegel vorgeschoben.⁶⁰ Dieser Sachverhalt ist mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt in keiner Weise vergleichbar, weil weder der Freistaat Bayern noch das Deutsche Museum AdöR sich in missbräuchlicher Weise vom Eigentümer zum Mieter verwandelt haben.

- *OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.08.2013 (Kreispolizeibehörde)*⁶¹

In diesem Fall schrieb eine Kreispolizeibehörde in Nordrhein-Westfalen durch europaweite Bekanntmachung im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb den Neubau einer Polizeiwache bzw. den Umbau eines bestehenden Gebäudes zu einer Polizeiwache in einer kreisangehörigen Stadt aus. Soweit ersichtlich, wurden dabei keine weiteren Anforderungen an das Grundstück gestellt, als dass es im Kreisgebiet gelegen sein müsse und auf ihm grundsätzlich eine Polizeiwache baulich realisiert werden kann. Der Standort als solcher hat hierbei keine Rolle gespielt. Das OLG Düsseldorf erblickte in dem sodann abgeschlossenen Mietvertrag mit einem Grundstückseigentümer der Sache nach einen Bauauftrag, weil der Auftraggeber „zahlreiche detaillierte sowie qualifizierte Forderungen an das Objekt, an die Räume, deren Ausgestaltung, Lage und Beschaffenheit“ gestellt habe. Die daraufhin notwendige Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Erteilung eines Bauauftrags würde sich dann an sämtliche über irgendein geeignetes Grundstück verfügende Bauträger bzw. Bauunternehmer richten; der Standort wäre letztlich ein für den Auftraggeber unbedeutendes Teilelement des Bauauftrags.

⁶⁰ Zur Titulierung als „Umgehungsgeschäft“ ausdrücklich auch *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, § 103 GWB Rn. 100; *Hölzl*, NZBau 2015, S. 412 (413).

⁶¹ VII-Verg 14/13.

- *EuGH, U.v. 10.07.2014 (Pizzarotti)*⁶²

Auf dieses Urteil hat (ohne nähere Auseinandersetzung) der ORH in seinem Schreiben vom 21.6.2021 aufmerksam gemacht. Die italienische Gemeinde Bari hatte hier im Amtsblatt der EU eine „Marktuntersuchung“ für die schnellstmögliche Errichtung eines neuen, einheitlichen Gebäudes für sämtliche Gerichte von Bari bekannt gemacht. Daraufhin gingen vier verschiedene Angebote ein und die Gemeinde Bari schloss am Ende einen Mietvertrag mit einem anderen Unternehmen als dem (sodann hiergegen klagenden) Unternehmer Pizzarotti ab. Unter Berufung insbesondere auf das Urteil in der Rechtssache „Köln Messe“ stellte der EuGH darauf ab, ob die Gemeinde Bari „Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung“ genommen hat. Im vorliegenden Fall wurde das Eingreifen der hierzu mittlerweile entwickelten Voraussetzungen (zu ihnen 3 b bb)) angenommen, mit der Konsequenz, dass es sich um einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Bauauftrag gehandelt hat. Auch in diesem Fall ging es (wie die ursprünglich durchgeführte Markterkundung belegt) nicht um die Auswahl eines bestimmten Standorts, sondern von vornherein darum, an einem X-beliebigen Standort das Gerichtsgebäude errichten zu lassen.

- *OLG Jena, B.v. 07.10.2015 (Kriminalpolizeidirektion)*⁶³

Hier ging es um die Unterbringung einer Kriminalpolizeidirektion im Freistaat Thüringen. Dieser hatte zunächst ein Markterkundungsverfahren mit dem Ziel der mietweisen Unterbringung einer Kriminalpolizeidirektion durchgeführt und schloss dann (ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens) den Mietvertrag mit einem von mehreren Anbietern ab. Unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH in Sachen „Köln Messe“ gelangte das OLG Jena zu dem Ergebnis, dass der Einfluss, den der Auftraggeber hier auf die Ausgestaltung der Mietsache genommen habe, „nicht so schwerwiegend (sei), dass von einem entscheidenden Einfluss gesprochen werden kann“. Vielmehr habe sich der Einfluss „noch in einem Rahmen (gehalten), was einem solventen Mieter in der Planungsphase eingeräumt wird“. Die Bestellbau-Rechtsprechung wurde hier also zwar für einschlä-

⁶² C-213/13

⁶³ 2 Verg 3/15.

gig gehalten, im Ergebnis verneinte das Gericht aber das Vorliegen ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen. Anders als im Falle des Zukunftsmuseums Nürnberg (aber vergleichbar mit dem soeben berichteten Fall des OLG Düsseldorf) hat der Standort als solcher hier keine Rolle gespielt. Vielmehr ging es von vornherein um die Realisierung des Vorhabens an einem beliebigen Standort X.

- *VK Bund, B.v. 17.12.2019 (Dienststellen)*⁶⁴

Der hier zugrundeliegende Sachverhalt ist dadurch gekennzeichnet, dass die Antragsgegnerin zwei räumlich getrennte Dienststellen in einem Gebäude zusammenführen wollte. Wiederum wurde ein auf die Anmietung eines Gebäudes bezogenes Markterkundungsverfahren zur Identifikation geeigneter Vertragspartner durchgeführt. Wiederum spielte der Standort als solcher keine Rolle, sondern ging es von Anfang an darum, Räume zur Unterbringung jener Dienststellen zu erhalten. Die VK Bund hielt die sog. Bestellbau-Rechtsprechung in diesem Fall für einschlägig und prüfte die einzelnen für die Qualifizierung als Bauauftrag notwendigen tatbestandlichen Voraussetzungen. Im Ergebnis gelangte sie aber zur Verneinung des Vorliegens dieser Voraussetzungen, weil die öffentliche Hand als Mieterin hier letztlich keinen „wesentlichen, bestimmenden Einfluss auf diese Konzeption ausgeübt“ habe.

- *EuGH, U.v. 22.04.2021 (Wiener Gate 2)*⁶⁵

Hier stand die Beurteilung eines Mietvertrags zu Unterbringung in einer noch zu errichtenden Immobilie (namens Gate-2-Immobilie) durch die Stadt Wien betreffend ein Bürogebäude im Mittelpunkt. Auch in dieser Rechtssache spielte der Standort als solcher keine Rolle, weswegen der EuGH die Bestellbau-Rechtsprechung zwar für anwendbar hielt, ihre Voraussetzungen nach eingehender Prüfung aber als nicht erfüllt ansah.

c) *Vergaberechtliche Situation bei der Realisierung des Vorhabens am ausgewählten Standort: Eingreifen der Ausnahmenvorschrift für Mietverträge*

Nach getroffener Standortentscheidung und Klärung einer Reihe weiterer Fragen und Umstände hat sich der öffentliche Auftraggeber hier für den Abschluss eines Mietvertrages entschlossen. Da die sog. Bestellbau-Rechtsprechung nicht einschlägig ist, kann ihm nicht vorgeworfen werden, dass er keinen herkömmlichen Bauauftrag nach

⁶⁴ VK 2 88/19.

⁶⁵ C-537/19.

§ 103 Abs. 3 GWB vergeben hat. Die Konsequenz des Abschlusses eines Mietvertrags ist dann aber das Eingreifen der diesbezüglichen Ausnahmegvorschrift des § 107 Abs. 2 Nr. 2 GWB; die Rückausnahme nach den Grundsätzen der sog. Bestellbau-Rechtsprechung greift nicht ein. Dies bedeutet, dass vor dem Abschluss des Mietvertrages keine vergaberechtlichen Anforderungen beachtet werden mussten.

3. Hilfsweise Betrachtungen

Hielte man stattdessen die sog. Bestellbau-Rechtsprechung für einschlägig und gelangte überdies zu dem Ergebnis, dass ihre Voraussetzungen im konkreten Einzelfall erfüllt sind (dazu b), wäre der abgeschlossene Vertrag nach den Grundsätzen für Bauverträge zu beurteilen. Dies hätte zur Konsequenz, dass die dort bestehende Ausnahmegvorschrift des § 3a Abs. 3 Nr. 3 lit. c) VOB/A-EU eingreifen könnte (a).

a) *Eingreifen der Ausnahmegvorschrift des § 3a Abs. 3 Nr. 3 lit. c) VOB/A-EU*

aa) *Schutz eines Ausschließlichkeitsrechts (§ 3a Abs. 3 Nr. 3 S. 1 lit. c) VOB/A-EU)*

Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist das Vergaberecht nicht anwendbar, wenn die Leistungen „aus einem der folgenden Gründe nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden können.“ Als Grund kommt hier gemäß lit. c) der „Schutz von ausschließlichen Rechten, einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums“ in Betracht. Der Sinn und Zweck dieser Vorschrift besteht darin, dass für Leistungen, die nur von einem Unternehmen erbracht werden können, auch in einem europaweiten Wettbewerb keine besseren Ergebnissen erzielt werden könnten.⁶⁶ Mit anderen Worten: Wenn es nur einen einzigen Bieter gibt, der den zu beschaffenen Gegenstand bereitstellen kann, dann macht eine europaweite Ausschreibung keinen Sinn.

Aus dem Baubereich ist diese Konstellation beispielsweise von Vorhaben mit bestehendem Urheberrechtsschutz bekannt. Ergibt sich das Alleinstellungsmerkmal (wie hier) aus der Sachherrschaft über die zu bebauenden Grundstücke ist ebenfalls anerkannt, dass das Grundstückseigentum als Ausschließlichkeitsrecht im Sinne von § 3a Abs. 3 Nr. 3 lit. c) VOB/A-EU anzusehen ist.⁶⁷ Die Voraussetzung für eine Ausnahme nach § 3a Abs. 3 Nr. 3 S. 1 lit. c) VOB/A-EU liegt mithin vor.

⁶⁶ Vgl. Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁶⁷ So bereits OLG München, U.v. 28.03.1996, U K) 4720/95; OLG Düsseldorf, B.v. 28.05.2003, Verg 10/03, und v.a. OLG Frankfurt a.M., B.v. 30.08.2011, 11 Verg 3/1; vertiefend *Otting*, VergabeR 2013, S. 343 (349).

bb) Erfüllung der Anforderungen aus § 3a Abs. 3 Nr. 3 S. 2 VOB/A-EU

Als eine Art Korrektiv wird in Satz 2 des § 3a Abs. 3 Nr. 3 VOB/A-EU verlangt, dass die Ausnahme nach Satz 1 lit. c) nur dann eingreifen kann, „wenn es keine vernünftige Alternative ... gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist“.

Dass die hier erfolgte Standortentscheidung aus „sachlichen Gründen“ und willkürfrei erfolgt ist, wurde bereits festgestellt (2 a)). Obwohl dies im vorliegenden Zusammenhang nicht vergaberechtlich verpflichtend gewesen wäre, ist überdies durch die IMBY eine Marktanalyse durchgeführt worden, die das Deutsche Museum AdöR in der nachvollziehbaren und jedenfalls nicht willkürlichen Annahme bestätigen durfte, dass es keine „vernünftigen Alternativen“ gibt.

Anhaltspunkte dafür, dass dem eine „künstliche Einschränkung“ der Auftragsparameter zugrunde gelegen haben, sind nicht erkennbar. Ein solcher Fall läge beispielsweise vor, wenn der öffentliche Auftraggeber kurz zuvor das Grundstück aus seinem eigenen Bestand erst veräußert, um es anschließend (vergaberechtsfrei) zurück zu mieten und bebauen zu lassen, so wie die Dinge im Fall der „Köln Messe“ gelegen haben – nicht aber im vorliegenden Zusammenhang.

b) Erfüllung der Voraussetzungen für einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag nach der sog. Bestellbau-Rechtsprechung?

aa) Maßstab: Marktüblichkeit

Wie der EuGH zuletzt mit Urteil in der Rechtssache „Wiener Gate 2“⁶⁸ betont hat, geht es bei der abschließenden Beurteilung der einzelnen Umstände nach der sog. Bestellbau-Rechtsprechung darum, ob i.S.v. § 103 Abs. 3 S. 2 GWB ein „entscheidender Einfluss“ des Mieters auf Art und Planung der Bauleistung gegeben ist.

Dies ist zu beurteilen am Maßstab der „Üblichkeit“, d.h. in Abhängigkeit vom Vertragspartner und vor allem vom Typus der Immobilie. Dabei spielen Faktoren wie die Solvenz des Mieters „Freistaat Bayern“, die Eigenschaft der Alpha Gruppe als Projektentwickler, vor allem aber der Charakter der hier infrage stehenden Immobilie eine Rolle. Freilich liegt die Beurteilung der Üblichkeit im Hinblick auf all diese Faktoren und Umstände außerhalb der Kompetenz eines rechtswissenschaftlichen Sachverständigen. Sollten die Voraussetzungen für das Eingreifen der sog. Bestellbau-Rechtsprechung (auf die es nach hier begründeter Einschätzung gar nicht ankommt) einer Prüfung am

⁶⁸ C-537/19, Rn. 41 u. Rn. 51.

Maßstab der Üblichkeit zugeführt werden, müsste dies anderweitig geleistet werden. Nachfolgend werden aber diejenigen Umstände skizziert, auf die es nach den bisherigen Judikaten ggf. ankäme.

bb) Nach der sog. Bestellbau-Rechtsprechung relevante Umstände

(1) Umstände zugunsten der Annahme eines „entscheidenden Einflusses“

- Der wichtigste – aber nicht allein ausschlaggebende – Umstand zur Begründung des Bestehens eines „entscheidenden Einflusses“ des Mieters ist die Befugnis zur Vorgabe zwingender Anforderungen an die Architektur und Kubatur des Gebäudes (insbesondere betreffend die Anzahl und Größe der Räume sowie die Größe der Grundfläche).⁶⁹ Als Beispiel hierfür wird etwa der Einbau eines Schlauchtrockenturms in einem Feuerwehrgebäude oder die Notwendigkeit spezifischer Sicherheitsräume in Polizei- oder Justizgebäuden genannt.⁷⁰ Der EuGH hat in der Entscheidung „Wiener Gate 2“ aber selbst insoweit festgestellt, dass Anforderungen, die lediglich die „Gebäudeeinteilung betreffen“ nicht ohne weiteres, sondern nur dann als Beleg für einen entscheidenden Einfluss angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben (Rn. 53). Unstreitig (jedenfalls heute) nicht mehr ausreichend ist es, wenn lediglich Mitgestaltungsrechte bezüglich der Bodenbeläge oder der Wandflächen sowie nutzerbezogene Anforderungen wie Barrierefreiheit, gewisse baulich-konstruktive Vorgaben, Grundanforderungen an EDV-Ausstattung etc. formuliert werden. All dies wird noch als „mietvertragstypisch“ eingeordnet.⁷¹ Entsprechendes gilt für Vorgaben betreffend Parkplatzmarkierungen, die Anbringung von Schildern, die Ausführung der Wärme- und Schalldämmung sowie Ausführungen zu Fenster- und Türgestaltung.⁷²

Im Sachverhalt des Zukunftsmuseums Nürnberg sind in Anlage 3 des Mietvertrags Festlegungen zur funktionalen und architektonischen Struktur und Baukonstruktion enthalten. Im wahrsten Sinne bemerkenswert (aber eben auch museumstypisch) sind dabei die Raumhöhen des Eingangsbereichs, des Forums und

⁶⁹ So VK Bund, B.v. 30.9.2016, VK 1-86/16; zuletzt EuGH, U.v. 22.04.2021, C-537/19 (Wiener Gate 2), Rn. 53.

⁷⁰ So in Interpretation weiterer Entscheidungen *Hofmann/Klüber*, juris PR-VergR 3/2020, Anm. 4.

⁷¹ So etwa VK Weimar, B.v. 10.02.2009, 250-4002.20-363/2009-001-EA.

⁷² Dazu VG Kiel, B.v. 02.12.2009, VK-SH 21/09.

der Ausstellungsbereiche (von vielfach ca. 4 m, teilweise über 8 m) sowie die Eingangs- und Empfangshalle und das Forum mit einem geschossübergreifenden Luftraum.

- Wenn die Weitervermietung nach Ablauf der vereinbarten Mietdauer erschwert oder unmöglich ist, bildet dies einen weiteren Umstand, der die Annahme eines entscheidenden Einflusses nahelegen kann.⁷³ Im vorliegenden Fall ist die Mietdauer auf 2044 befristet. Ob es Vorkehrungen zur Sicherung der baulichen Verwendbarkeit für den Zeitraum danach gibt, kann auf der Grundlage der Kompetenz des Rechtswissenschaftlers nicht beurteilt werden.
- Ein weiterer in der Rechtsprechung thematisierter Umstand ist das Vorliegen einer erheblichen bzw. spürbaren Abweichung von den ursprünglichen Plänen des Vermieters.⁷⁴ Insoweit erscheint im Hinblick auf das Zukunftsmuseum unklar, welche Vorplanungen die Vermieterin bereits unternommen hatte und wie sich diese von den späteren Planungen aufgrund der Verhandlungen mit dem Deutschen Museum verändert haben.

(2) Umstände, die die Annahme eines entscheidenden Einflusses infrage stellen

- Im Fall des OLG Jena betreffend die Unterbringung einer Kriminalpolizeidirektion wurde es als ein Umstand, der gegen die Annahme eines entscheidenden Einflusses spricht, angesehen, dass dort nicht das gesamte Objekt, sondern nur Teilflächen angemietet worden sind. Dies erscheint m.E. im Hinblick auf das Zukunftsmuseum Nürnberg ein bislang möglicherweise unterschätzter Aspekt, denn anders als etwa in den Sachverhalten, die den Entscheidungen „Pizzarotti“ oder „Dienststellen“ der VK Bund zugrunde gelegen haben, umfasst der Netto-Anteil des Deutschen Museums Nürnberg an der bebauten Grundfläche nur rund ein Drittel des gesamten Augustinerhofareals. Dieses Drittel befindet sich komplett auf dem nordwestlichen Teil des überdies baulich zusammenhängenden Gebäudekomplexes (wie bei A IV näher beschrieben).

⁷³ So etwa VK Bund, B.v. 17.12.2019, V 2-88/19, Rn. 115; in dem von der VK Bund entschiedenen Fall betreffend die Unterbringung verschiedener Dienststellen war die Dauer des Mietverhältnisses auf 10 Jahre begrenzt und enthielt der Mietvertrag mehrere Regelungen, „um eine Drittverwendbarkeit zu gewährleisten“.

⁷⁴ Vgl. wiederum nur VK Bund, a.a.O., Rn. 101.

- Besteht eine Teilfläche, ergibt sich daraus der weitere Umstand, dass der Vermieter diese vollkommen unbeeinflusst für eigene Nutzungen verwerten kann.⁷⁵ Im Hinblick auf das Deutsche Museum Nürnberg betrifft dies einen mehrgeschossigen Gebäudekomplex inklusive Tiefgarage mit einer Mischnutzung, u.a. Läden, Hotel, Wohnungen (ausweislich der Umschreibung in § 1 Nr. 1 S. 1 – 3 des Mietvertrages).
- Das OLG Jena hat ferner in nachgewiesenen Verhandlungen des Vermieters mit anderen Mietern einen Umstand gesehen, der gegen die Annahme eines entscheidenden Einflusses des Mieters sprechen würde.⁷⁶ Hierüber müssten ggf. im Hinblick auf das Zukunftsmuseum weitere Informationen eingeholt werden.
- Teilweise wird es auch als ein gegen die Annahme eines entscheidenden Einflusses sprechender Umstand gewertet, dass die vom Mieter geforderten Maßnahmen finanziell nur einen vergleichsweise geringeren Teil (im Hinblick auf die gesamten Baukosten) umfassen.⁷⁷ Mit diesem Merkmal verbindet sich die Unsicherheit, ab wann der finanzielle Anteil als „wesentlich“ betrachtet wird. Jedenfalls müsste auch ggf. hier nähere Aufklärung erfolgen. Dabei wäre ggf. auch zu würdigen, dass das in Teil A V 1 skizzierte Gutachten von HFK Rechtsanwälte insgesamt eher den Schluss nahelegt, dass nicht der Mieter (Deutsches Museum AdöR), sondern der Vermieter der bestimmendere Teil gewesen sein müsse – was der Annahme eines sog. Bestellbaus eher entgegen stünde.
- Schließlich hat es die VK Bund als Umstand gegen die Annahme eines entscheidenden Einflusses gewertet, wenn im Mietvertrag vereinbart war, Sonderwünsche gesondert zu vergüten.⁷⁸ Eben dies sieht auch Anlage 4, IV. 1. a) des hiesigen Mietvertrages vor. Bei einem Bauauftrag wäre eine solche Regelung entbehrlich gewesen, da dort der Vertragspartner in jedem Fall etwaige nicht im Vertrag vereinbarte Nachträge gesondert zu entgelten hätte.

⁷⁵ Dazu neben dem OLG Jena auch die VK Bund, a.a.O., Rn. 105.

⁷⁶ OLG Jena, a.a.O., Rn. 60.

⁷⁷ So OLG Jena, a.a.O., Rn. 67. Im Falle der VK Bund a.a.O., Rn. 112, ging es um 0,6 % des Bauvolumens.

⁷⁸ VK Bund, a.a.O., Rn. 116.

Zusammenfassung zu Teil 1 (Vergaberecht)

1. Das im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelte Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber (zu denen das Deutsche Museum AdöR gehört) zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren sowie zur Gleichbehandlung aller Teilnehmer in einem Vergabeverfahren. Die an einer Auftragsvergabe interessierten Marktteilnehmer können ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer anstrengen. Davon ist im Hinblick auf das Zukunftsmuseum Nürnberg offenbar kein Gebrauch gemacht worden. Auch hat die Europäische Kommission soweit ersichtlich bislang keine Verstöße gegen das Vergaberecht gerügt.
2. Dem GWB-Vergaberecht unterfallen nicht sämtliche Auswahlverfahren unter Beteiligung des Staates bzw. einer von ihm getragenen Anstalt des öffentlichen Rechts. Unmittelbar betrifft das Vergaberecht ausschließlich die Auswahl der Erbringer von Bau- bzw. Dienstleistungs- oder Lieferleistungen. Auf Standortauswahlverfahren ist es nicht anwendbar. Die Entscheidung für einen Standort innerhalb einer bestimmten Region (und noch zuvor für diese Region) fällt in die sog. Beschaffungsautonomie des Staates, ebenso wie die Entscheidung über das Ob und das Was einer Beschaffung. Diese Entscheidungen sind letztlich politischer Natur und liegen der Realisierung des Vorhabens an dem ausgewählten Standort voraus. Dass zwischen den mit dem Zukunftsmuseum verfolgten Zwecken und dem hierfür ausgewählten Standort ein sachlicher Zusammenhang infolge der Attraktivität und Erreichbarkeit des Augustinerhof-Areals besteht, steht außer Frage. Verfahrenspflichten zur Herstellung oder Begründung dieses Zusammenhangs bestehen nicht.
3. Auf die sog. Bestellbau-Rechtsprechung kommt es in Fällen der hier vorliegenden Art nicht an. Diese Rechtsprechungslinie stellt eine Rückausnahme zu der im Gesetz (und im Einklang mit europäischen Vorgaben) ausdrücklich vorgesehenen Herausnahme des Abschlusses von Mietverträgen aus dem GWB-Vergaberecht dar. Sie wurde in einer Reihe von Entscheidungen durch den EuGH entwickelt und auch von Nachprüfungsinstanzen in Deutschland praktiziert. Keiner dieser Sachverhalte ist aber mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt vergleichbar. Der zur Realisierung des Vorhabens abgeschlossene Mietvertrag zwischen dem Deutsche Museum AdöR und der Alpha Grundbesitz GmbH & Co. KG unterfällt daher dem Ausnahmetatbestand für

Mietverträge nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Dies bedeutet, dass hierbei keine vergaberechtlichen Anforderungen beachtet werden mussten.

4. Wollte man stattdessen diesen Mietvertrag nach den Grundsätzen der sog. Bestellbau-Rechtsprechung als Bauvertrag ansehen, wären die in der VOB/A-EU niedergelegten Verfahrenspflichten zu beachten. § 3a Abs. 3 Nr. 3 lit c) VOB/A-EU erlaubt aber ein bloßes „Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb“, wenn die zu beschaffende Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann. Dieser Ausnahmetatbestand ist hier aufgrund des Grundstückseigentums des Vertragspartners erfüllt.

5. Wollte man sich über all diese ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmetatbestände hinwegsetzen und stattdessen eine Rechtsprechungslinie zugrunde legen, die für andere Sachverhalte entwickelt worden ist, müssten zur Annahme einer Vergaberechtpflichtigkeit die dort entwickelten Voraussetzungen vorliegen. Dies würde eine am Maßstab der Marktüblichkeit durchzuführende Analyse anhand mehrerer, teilweise gegenläufiger Umstände zur Ermittlung eines „entscheidenden Einflusses“ des Mieters auf Art und Planung der Bauleistung erfordern. Dabei wäre u.a. zu berücksichtigen, dass der Netto-Anteil des Zukunftsmuseums an der bebauten Grundfläche nur rund ein Drittel des gesamten Augustinerhofareals umfasst. Mit rechtswissenschaftlicher Expertise kann freilich eine solche Analyse am Maßstab der Marktüblichkeit nicht geleistet werden.



Professor Dr. iur. Martin Burgi