

Vergabetagung 24

Grundstücksgeschäfte

Geltungsbereich und Grenzen des Grundstückprivilegs

Dr. iur. Christoph Jäger, Rechtsanwalt, Bern
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht



Agenda

- Einleitung
- Praxisbeispiele
- Entscheide
- Geltungsbereich und Gegenstand
- Grenze: Rechtsumgehung
- Anwendungsfälle
- Kombinierte Freihandvergabe
- Rechtsschutz
- Fazit



Einleitung

Art. 10 *Ausnahmen*

¹ Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf:

- b. den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, Bauten und Anlagen sowie der entsprechenden Rechte daran;

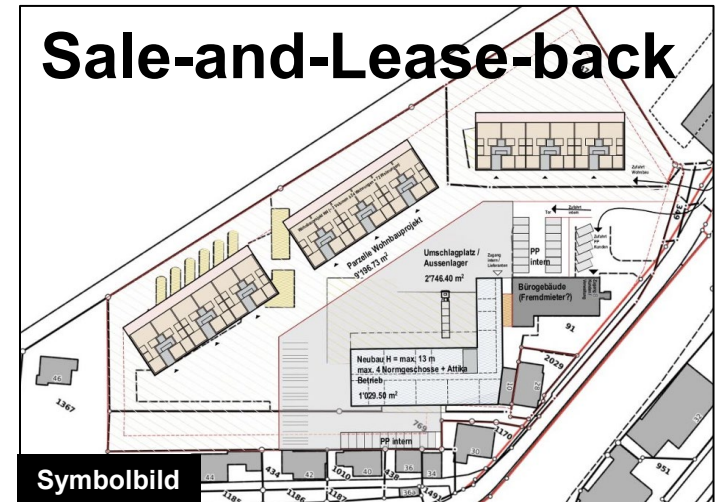


Praxisbeispiele

TPF-Wartungszentrum



Miete mit Vermieterausbau Laboratorium



Verkauf mit Option

ENTWICKELN

Der [] hat sich seinerseits verpflichtet, die Grundstücke ausschliesslich an einen oder mehrere von der Zuschlagsempfängerin beigebrachte Käufer zu veräussern und auf erstes Begehren die Grundstückskaufverträge gemäss den in der Projektentwicklungsvereinbarung definierten Rahmenbedingungen mit den Käufern abzuschliessen. Der [] hat sich ferner ein Optionsrecht ausbedungen, wonach sie gewisse Flächen bzw. Gebäudeteile zu eigenen Zwecken erwerben bzw. realisieren kann. Für den Fall der Ausübung des Optionsrechts ist der [] die Verpflichtung eingegangen, die Zuschlagsempfängerin für die selbst realisierten Teile des Projekts [] als Totalunternehmerin zu beauftragen.

Der [] hat sich entschieden, vom beschriebenen Optionsrecht teilweise Gebrauch zu machen. Ein Teil der vom [] beschlossenen Investition dient der Schaffung von selbst genutzten Büroflächen, ein Teil soll zu Anlagezwecken erstellt und an Dritte vermietet werden. Mit der Ausübung des Optionsrechts bringt der [] einen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin zum ...



Entscheide

Entscheid KGer FR 602 2012 148/149 (7.6.2013)

- TPF-Wartungszentrum: Standortkonzentration Wartung von Schienen- und Strassenfahrzeugen
- Umfangreiche Standortevaluation in verschiedenen Varianten (2007-2012): Industriegebiet Givisiez, 60'000 m², 11 Parzellen
- „Schlüsselparzellen“ X. AG: Zugang zum Schienennetz, Eigentum Muttergleis und Verbindungsweiche
- Verkaufsbereitschaft, wenn Vergabe GU-Auftrag an Y. AG
- Freihandvergabe: „technische Besonderheit“ (kein Wettbewerb möglich wegen Sperrgrundstück)
- Beschwerde abgewiesen (Gesamtbetrachtung + Prüfung der Rechtsumgehung)



Entscheide

Urteil EuGH C-537/19 (22.4.2021) – „Wiener Wohnen“

- „Wiener Wohnen“ als Teil der Stadtverwaltung von Wien
- Mietvertrag für Büroräume in einem noch zu erstellenden Geschäftsgebäude, Dauer 25 Jahre + jeweils 10 Jahre
- Vergaberechtsfreies Grundstücksgeschäft oder Vergabe eines Bauauftrags?
- Erweiterung des Grundstücksprivilegs auf *künftige* Bauten
- Abgrenzung: vergabepflichtiger Bauauftrag, wenn der „öffentliche Auftraggeber Massnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest erheblichen Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen“ (Diskussion verschiedener Kriterien)
- In casu: vergaberechtsfreies Immobiliengeschäft



Geltungsbereich und Gegenstand

Kern gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. b BÖB/IVöB:

- „Erwerb“ von Grundstücken oder Gebäuden
- Leitgedanke: fehlende oder eingeschränkte Substituierbarkeit
- Abgrenzung zu „beweglichen Sachen“ (Güterbeschaffungen)
- Art des „Erwerbs“ spielt keine Rolle: Recht zur Nutzung



Geltungsbereich und Gegenstand

Elemente der Ausnahme:

- Grundstücke gemäss ZGB
- Bauten und Anlagen:
 - Analogie zum Begriff von Art. 22 Abs. 1 RPG (mit Grenzen)
 - Bestehende und (auslegungsweise) künftige Gebäude
- Immobilienbezogene Eigentums- und Nutzungsrechte
- Abgrenzung: Veräusserung von Immobilien



Grenze: Rechtsumgehung

- Auslegung v.a. nach dem Sinn und Zweck des Privilegs
- Rechtsumgehungsverbot
- Wirtschaftliche und funktionale Gesamtbetrachtung des Rechtsgeschäfts im Einzelfall



Grenze: Rechtsumgehung

Beurteilungskriterien:

■ **Hauptkriterien:**

- Risikoverteilung (Refinanzierungsrisiko)
- Einflussnahme der öffentlichen Auftraggeberin

■ **Hilfskriterien:**

- Erwerbszeitpunkt
- Zeitpunkt der Baubewilligung
- Vertragsdauer
- Höhe des Entgelts
- Art, Zweck und Gestaltung der Baute/Anlage
- Üblichkeit



Anwendungsfälle

- **Kauf mit Unternehmerklausel**
 - Grundsatz: Unzulässig
 - Ausnahme: „Zwangslage“
- **Miete und Mieter- oder Vermieterausbau**
 - Grundsatz: (Mit-) Vergabe eines Bau-/DL-Auftrags
 - Miete „ab Plan“: Umgehungsprüfung im Einzelfall
- **Erwerb künftiger oder noch nicht fertiger Bauten**
 - Grundsatz: Rechtslage noch offen / umstritten
 - Kauf „ab Plan“ sollte analog zur Miete nach Umgehungsprüfung zulässig sein
 - Knackpunkt: Refinanzierungsrisiko (> Vermarktungs- / Verkaufsrisiko)



Kombinierte Freihandvergabe

- Kombinierte Geschäfte bzw. Mischung:
Präponderanzmethode hier ungeeignet
- Freihandvergabe an Vertragspartner gestützt auf
Art. 21 Abs. 2 BÖB / IVöB?
 - „technische oder künstlerische Besonderheiten“
 - Folgeauftrag
 - Dringlichkeit
 - Zuschlag an Gewinner eines Planungs- oder
Gesamtleistungswettbewerbs (des Vertragspartners)?



Rechtsschutz

- Rechtsschutzmöglichkeit bei Umgehungs-sachverhalten
- Beschwerdeobjekt: De-facto-Vergabe
- Beschwerdelegitimation: Art. 56 Abs. 4 bzw. 5 BÖB / IVöB analog
- Frist: Problem der fehlenden Transparenz



Fazit

- Mitvergabe von öffentlichen Aufträgen: Spielraum des Grundstücksprivilegs ist eng begrenzt
- Umgehungsprüfung ist „matchentscheidend“
- Rechtslage ungesichert, kaum Urteile (keine Transparenz, „wo kein Kläger da kein Richter“)
- Vorsichtige Auftraggeber begründen und publizieren einen Zuschlag gestützt auf Art. 21 Abs. 2 BÖB/IVöB



Folientitel

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Christoph Jäger

Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner

Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

Kellerhals Carrard

Effingerstrasse 1

Postfach

3001 Bern

058 200 35 28

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

