

DStGB

DOKUMENTATION N° 79

Kommunale Immobilien­geschäfte und Ausschreibungspflicht

**Rechtsprechung, Praxishinweise
und aktuelle Gesetzesvorhaben**



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund
www.dstgb.de

Impressum

Autoren:

Beigeordneter Norbert Portz,
Referatsleiter Bernd Düsterdiek,
Deutscher Städte- und Gemeindebund
Heinz-Peter Dicks, Vorsitzender Richter am
Oberlandesgericht Düsseldorf (Kartell- und Vergabesenat)
Dr. Hans-Peter Kulartz, Dr. Alexander Kus,
Dr. Frank Verfürth, Dr. Hendrik Röwekamp,
Dr. Axel Kallmayer, Dr. Hendrik Schilder, Dr. Jan Duikers
Kapellmann und Partner Rechtsanwälte

Herausgeber:

- Deutscher Städte- und Gemeindebund
- Kapellmann und Partner Rechtsanwälte

Verantwortlich für den Deutschen Städte- und Gemeindebund:

Beigeordneter Norbert Portz,
Referatsleiter Bernd Düsterdiek

Verantwortlich für Kapellmann und Partner Rechtsanwälte:

Dr. Hans-Peter Kulartz,
Dr. Alexander Kus

Inhalt

Vorwort des DStGB	2	D. Anforderungen an die Baukonzession	
Vorwort der Rechtsanwälte Kapellmann und Partner	3	I. Allgemeines	18
A. Einleitung		II. Schwellenwertberechnung	19
I. Rechtlicher Paradigmenwechsel bei kommunalen Immobiliengeschäften	4	III. Die Verfahren im Einzelnen	20
II. EuGH-Urteile als maßgebliche Rechtsgrundlage	4	IV. Eignung	22
III. Keine Divergenzvorlage vor dem BGH	5	V. Zuschlagskriterien	22
IV. Bundesweite Bedeutung der Entscheidungen	5	E. Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Vergaberecht	
V. Ausweitung des Vergaberechts: Kritik des DStGB	5	I. Allgemeines	24
VI. Aktuelle Entwicklungen	5	II. Nichtigkeit gemäß § 13 Satz 6 VgV analog	24
VII. Empfehlungen des DStGB	5	III. Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB	25
B. Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf		IV. Vertragsverletzungsverfahren	25
I. Pro und Contra einer Ausschreibung von Investorenverträgen	6	V. Schadensersatz	26
II. Der Ahlhorn-Beschluss	6	VI. Fazit	26
III. Die vergaberechtlichen Grundlagen der drei Entscheidungen	8	F. Beihilfenrechtliche Aspekte bei kommunalen Grundstücksgeschäften	
IV. Ausnahme vom Vergaberecht	9	I. Beihilfenrecht als Risikofaktor bei Grundstücksgeschäften von Städten und Gemeinden	27
C. Anwendung des Vergaberechts beim Verkauf kommunaler Grundstücke		II. Verkauf im Rahmen eines bedingungs-freien Bietverfahrens	27
I. Einführung	10	III. Unabhängige Begutachtung als Alternative	28
II. Ausschreibungspflicht in der Spruchpraxis vor 2007	10	IV. Fazit	28
III. Ausschreibungspflicht nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf	11	G. Rechtspolitische und gesetzgeberische Aktivitäten	
IV. Nicht ausschreibungspflichtige Fallkonstellationen	14	I. Formulierungsvorschläge des Deutschen Städte- und Gemeindebundes zur Änderung des GWB und der VOB/A	29
V. Ausnahmetatbestand: Ausschließlichkeitsrechte	15	II. Initiativen aus dem Deutschen Bundestag	29
VI. Verbleibende Grenzfälle	16	III. Aktueller Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des GWB	29
VII. Ausblick	17	IV. Verfahren vor der EG-Kommission	31
		V. Zu erwartende weitere Entscheidungen auf nationaler Ebene	31

Vorwort



*Dr. Gerd Landsberg
Geschäftsführendes
Präsidialmitglied des DStGB*

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in drei Entscheidungen vom 13. Juni und 12. Dezember 2007 sowie Februar 2008 unter bestimmten Voraussetzungen Grundstücksveräußerungen der Kommunen sowie die anschließende Investorenauswahl der Ausschreibungspflicht unterworfen. Diese Entscheidungen haben weit über Nordrhein-Westfalen hinaus Bedeutung erlangt.

Auf der Grundlage dieser Entscheidungen ist die jahrelange Praxis der Kommunen, nach denen die mit Grundstücksveräußerungen zusammenhängenden Rechtsgeschäfte, insbesondere also städtebauliche Verträge, nicht vom Vergaberecht erfasst wurden, zumindest für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte (5.150 Millionen Euro) rechtlich obsolet geworden.

Folge der Anwendung des Vergaberechts ist ein grundsätzlicher Strukturwandel im Bereich der Stadtentwicklung und des kooperativen Städtebaurechts. Dies betrifft gleichermaßen Kommunen wie Investoren. Städtebauliche Aufwertungsstrategien können auf der Grundlage der aktuellen OLG-Rechtsprechung nur noch durch ein Vergabeverfahren mit entsprechendem zeitlichem Vorlauf realisiert werden.

Die vorliegende Dokumentation „Kommunale Immobiliengeschäfte und Ausschreibungspflicht“ soll aus erster Hand die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in transparenter Form darstellen und Praxishinweise für die Kommunen geben. Der Deutsche Städte- und Gemeindebund begrüßt es daher ausdrücklich, dass einige der unmittelbar mit den Rechtsfragen befasste Personen als Autoren für diese Dokumentation gewonnen werden konnten. Dies sind der Vorsitzende Richter des für die drei Entscheidungen verantwortlichen Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf, Herr Heinz-Peter Dicks, sowie die Rechtsanwaltssozietät Kapellmann und Partner, die in zwei der drei Verfahren (Stadt Wuppertal und Stadt Oer-Erkenschwick) direkt beteiligt war.

Die DStGB-Dokumentation geht neben einer Darstellung und rechtlichen Erläuterungen der drei Entscheidungen des OLG Düsseldorf durch dessen Vorsitzenden Richter, Herrn Heinz-Peter Dicks, im Weiteren insbesondere auf die praktischen Folgen dieser Rechtsprechung für die Kommunen ein und erläutert Spezialfragen wie zum Beispiel das Thema „Beihilfenrecht und Vergabe“.

Weiter werden auch aktuelle Entscheidungen von Vergabekammern in den Bundesländern und die hierin unter anderem zum Tragen kommenden rechtlichen Zweifel an der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf angesprochen.

In einem letzten Kapitel werden insbesondere die aktuellen Initiativen in der Gesetzgebung (GWB-Novelle mit Stand vom 3. März 2008), die aus der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf resultieren und die zu einer klarstellenden Eingrenzung des Vergaberechts führen sollen, dargestellt.

Berlin, im März 2008

Dr. Gerd Landsberg

Vorwort der Rechtsanwälte Kapellmann und Partner

Kommunale städtebauliche Planungstätigkeit findet bei herausragenden Projekten herkömmlich und naturgemäß in enger Abstimmung mit ausgewählten, privaten Investoren statt. Die Bauleitplanung wird darauf ausgerichtet, städtebauliche Verträge werden geschlossen und Grundstücke an den privaten Investor veräußert. Nach drei Leitentscheidungen des Vergabesenates des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2007/2008 unterfallen diese Vorgänge nun dem Vergaberecht. Das ist freilich nicht unumstritten und die weitere Vergaberechtsprechung hierzu bleibt abzuwarten, ebenso wie ggf. gesetzgeberische Maßnahmen. Bis dahin ist dieser neuen Entwicklung jedoch zwecks Vermeidung eines Scheiterns von kommunalen Investorenprojekten Rechnung zu tragen.

Kapellmann und Partner Rechtsanwälte sind bundesweit mit sechs Standorten (Berlin, Düsseldorf, Frankfurt/Main, Hamburg, Mönchengladbach, München) in den Geschäftsfeldern Vergaberecht, Baurecht, Immobilienrecht und Wirtschaftsrecht tätig (www.kapellmann.de). Auf diesen Gebieten ist das Unternehmen mit derzeit 70 Anwältinnen und Anwälten hoch spezialisiert. Die vergaberechtliche Kompetenz wird durch vielfältige Projektberatung einerseits und wissenschaftlich-praktische Publikationen und Lehrtätigkeit andererseits untermauert (Kommentare zum GWB-Vergaberecht, zur VOL/A, diverse Handbücher) etc.

Ein Anwaltsteam um die beiden namhaften Vergaberechtler Dr. Hans-Peter Kulartz und Dr. Alexander Kus stellen in dieser Dokumentation die Möglichkeiten und die Grenzen der Vergabe von Bauaufträgen und Baukonzessionen bei kommunalen Investorenprojekten vor. Die Experten sind Dr. Hans-Peter Kulartz, Dr. Alexander Kus, Dr. Frank Verfürth, Dr. Axel Kallmayer, Dr. Hendrik Röwekamp, Dr. Hendrik Schilder und Dr. Jan Duikers. Ihre Ausführungen bilden einen Leitfaden für Kommunen, der naturgemäß nur eine grobe Richtschnur sein kann, und insoweit einer Anpassung auf den konkreten Einzelfall vorbehalten bleibt.

Düsseldorf und Mönchengladbach im März 2008



Dr. Alexander Kus
Rechtsanwalt



Dr. Hans-Peter Kulartz
Rechtsanwalt



*Dr. Hans-Peter Kulartz,
Mag. rer.publ.,
Kapellmann und Partner
Rechtsanwälte,
Düsseldorf*



*Dr. Alexander Kus,
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht,
Kapellmann und
Partner Rechtsanwälte,
Mönchengladbach*

A. Einleitung

(Autor: Norbert Portz)

I. Rechtlicher Paradigmenwechsel bei kommunalen Immobiliengeschäften

1. Die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in drei aufeinanderfolgenden Entscheidungen vom 13. Juni 2007 (Rechtsache „Ahlhorn“), vom 12. Dezember 2007 (Rechtsache „Wuppertal-Vohwinkel“) und vom 6. Februar 2008 (Rechtsache „Oer-Erkenschwick“) eine für die Städte und Gemeinden rechtlich bedeutsame Weichenstellung vorgenommen. Nach diesen Entscheidungen unterliegen kommunale Immobilienveräußerungen, die mit bestimmten städtebaurechtlichen Vorgaben der Gemeinde verbunden sind oder gemäß den von der Gemeinde genannten Erfordernissen bebaut werden sollen, der Ausschreibungspflicht.

Auf der Grundlage dieser Entscheidungen sind kommunale Grundstücksveräußerungen in Verbindung mit städtebaulichen Verträge nach § 11 BauGB, Vorhaben- und Erschließungspläne nach § 12 BauGB, Erschließungsverträge nach §§ 124 ff. BauGB, aber auch Sanierungs- und Entwicklungsverträge gemäß §§ 136 ff. BauGB bei Überschreiten des EG-Schwellenwertes von 5150 Millionen Euro Gesamtauftragswert grundsätzlich von der formellen Ausschreibungspflicht erfasst. Das auf Gestaltung ausgerichtete kooperative Städtebaurecht wird dadurch massiv berührt.

Mit den Beschlüssen des OLG Düsseldorf ist ein rechtlicher Paradigmenwechsel verbunden. Bis zu den Entscheidungen des OLG Düsseldorf ging sowohl die nationale Rechtsprechung als auch die Literatur davon aus, dass kommunale Immobiliengeschäfte und Investorenauswahlverfahren nicht dem Vergaberecht unterfallen. Dies galt zumindest dann, wenn derartige Rechtsgeschäfte nur dazu dienten, städtebauliche Gestaltungsvorstellungen der Kommunen umzusetzen, ohne dass damit die Erbringung von (Bau-)Leistungen unmittelbar für die Kommunen verbunden war. Das OLG Düsseldorf hat demgegenüber auf der Grundlage der drei Tatbestände des § 99 Abs. 3 GWB in seinen Beschlüssen festgestellt, dass für die Annahme einer Ausschreibungspflicht

- **kein Eigentum des Auftraggebers an dem errichteten Bauwerk**
 - **kein unmittelbar eigener (körperlicher) Beschaffungsbedarf und auch**
 - **keine Entgeltzahlung des Auftraggebers an den Investor**
- erforderlich sei.

Ausreichend sei vielmehr, dass sich die Kommune die Verfügbarkeit des Bauwerks für den von ihr festgelegten öffentlichen Zweck rechtlich sichert. Ob eine Bauverpflichtung gegenüber dem Investor / Unternehmer EU-rechtlich erforderlich sei, hat das OLG Düsseldorf in seiner jüngsten Entscheidung vom 06. Februar 2008 dabei ausdrücklich offen gelassen. Ergänzend hat das Gericht ausgeführt, dass es diese Frage – wenn es hierauf ankomme – ggf. dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorlegen werde.

2. Gefahr der Nichtigkeit von Verträgen bei Ausschreibungsverstoß

In der Entscheidung vom 06. Februar 2008 hat das OLG Düsseldorf weiterhin eine Nichtigkeit des ohne Ausschreibung erfolgten kommunalen Immobiliengeschäftes auf der Grundlage von § 13 Vergabeverordnung dann angenommen, wenn der Auftraggeber es bei mehreren interessierten Investoren unterlassen hat, diese über ihre Nichtberücksichtigung bei der Auswahlentscheidung zu informieren. Allerdings hat das OLG Düsseldorf in dieser Entscheidung auch zwei explizite Ausnahmen vom Vergaberecht formuliert.

II. EuGH-Urteile als maßgebliche Rechtsgrundlage

Alle drei Beschlüsse des OLG Düsseldorf werden vom Vergabesenat auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zurückgeführt. Maßgeblich in Bezug genommen werden insbesondere die Entscheidungen des EuGH vom 18. Januar 2007 (Rechtsache „Stadt Roanne“), vom 10. November 2005 (Rechtsache „Stadt Mödling“), vom 18. November 2005 (Rechtsache „Donau-Wald / Heizkraftwerk München“) sowie vom 12. Juli 2001 (Rechtsache „Mailänder-Skala“).

Insbesondere die EuGH-Entscheidung vom 18. Januar 2007 (Rechtsache „Stadt Roanne“) hat das OLG Düsseldorf für seine Rechtsprechung herangezogen. In dieser Entscheidung hatte der EuGH in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Stadt Roanne und einer von ihr beherrschten gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft zur städtebaulichen Aufwertung der Stadt (Bau eines Freizeitentrums) einen ausschreibungspflichtigen Vorgang gesehen. Zwar hat der EuGH in seiner Entscheidung ausgeführt, dass ein vergabepflichtiger Bauauftrag unabhängig davon vorliege, ob der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des Bauwerks wird.

Allerdings lag dem Sachverhalt „Stadt Roanne“ u. a. auch die Vergabe konkreter Leistungen durch die Stadt (Parkplatz etc.) zugrunde. Darüber hinaus hatte die

Stadt weitreichende Garantien für die Erstellung des privaten Projekts übernommen, die bei Nichtbebauung des Freizeitentrums „eingelöst“ werden sollten. Faktisch „zahlte“ die Stadt damit eine „Gegenleistung“ beziehungsweise war zumindest wirtschaftlicher Eigentümer der Grundstücke.

III. Keine Divergenzvorlage vor dem BGH

Unter Verweis auf die neueren EuGH-Entscheidungen hat das OLG Düsseldorf eine noch anders lautende Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 19. Oktober 2000 (Verg 9/00, NZBau 2002, 108) nicht zum Anlass einer Vorlage der Rechtsache an den Bundesgerichtshof nach § 124 Abs. 2 GWB (Divergenzvorlage) gemacht. Insoweit sei die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts insbesondere aufgrund der EuGH-Urteile „Stadt Roanne“, „Donau-Wald/Heizkraftwerk München“ sowie „Mailänder-Skala“ überholt. Einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs bedürfe es daher nicht.

IV. Bundesweite Bedeutung der Entscheidungen

Da es aktuell zumindest keine anderslautenden Entscheidungen anderer Vergabesenate in Deutschland gibt und eine Entscheidung des BGH mangels Divergenzvorlage eines anderen Gerichts ebenfalls aktuell nicht ansteht, kommt den Entscheidungen des OLG Düsseldorf trotz jüngerer und zum Teil anderslautender Entscheidungen von Vergabekammern (VK Brandenburg vom 15. Februar 2008, VK Hessen vom 5. März 2008 und VK Baden-Württemberg vom 7. März 2008) bundesweite Bedeutung zu. Dies belegt auch die Tatsache, dass Städte und Gemeinden in vielen anderen Bundesländern ihre Investitionsvorhaben nach Entscheidungen des OLG Düsseldorf gestoppt und in der Folge auf eine vergaberechtliche Grundlage gestellt haben.

V. Ausweitung des Vergaberechts: Kritik des DStGB

Die Ausweitung der Vergaberechtspflicht auf kommunale Immobiliengeschäfte durch die Entscheidungen des OLG Düsseldorf ist sehr weitgehend. Sie muss für das auf Kooperation und auf kommunale Gestaltung angelegte Städtebaurecht in vielen Fällen als nicht sachgerecht angesehen werden. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass über eine Ausschreibungspflicht insbesondere Grundstücke, die nicht zu den von Investoren nachgefragten „Filetgrundstücken“ gehören, kaum vermarktet werden können. Sachgerecht kann es aber in der Folge keinesfalls sein, dass Kommunen, um dem Vergaberecht zu entgehen, Grundstücksveräußerungen ohne jegliche gestalterische Vorgaben durchführen und etwa auf das bewährte Instrument der städtebaulichen Verträge verzichten.

Gegen die als rechtlich zu weit empfundene Ausweitung der Vergaberechtspflicht ist unter anderem einzuwenden, dass der EuGH in seinen Entscheidungen für das Vorliegen einer Ausschreibungspflicht nicht von der Voraussetzung eines eigenen Beschaffungsbedarfs des Auftraggebers abgerückt ist. Außerdem setzt das Vorliegen eines beschaffungsrelevanten Bauauftrags – anders als die Baukonzession – zwingend voraus, dass hierfür vom Auftraggeber gegenüber dem Unternehmer / Investor ein Entgelt als Gegenleistung erbracht wird.

Schließlich beinhaltet das Vorliegen einer Baukonzession grundsätzlich, dass die damit verbundene Einräumung eines Nutzungsrechts durch den Auftraggeber dem Konzessionär nur für einen bestimmten Zeitraum, nicht aber wie beim Verkauf eines kommunalen Grundstücks an einen privaten Investor und der anschließenden Bebauung, auf Dauer und damit endgültig gewährt werden.

VI. Aktuelle Entwicklungen

Der EG-Kommission liegen mittlerweile in der Folge der OLG-Düsseldorf-Rechtsprechung mehrere Beanstandungen zwecks Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren im Hinblick auf ohne vorherige Ausschreibungen abgeschlossene Altverträge vor. Es bleibt abzuwarten, ob von den Entscheidungen der EG-Kommission Aussagen für eine Konkretisierung bzw. Eingrenzung der OLG-Düsseldorf-Rechtsprechung ausgehen.

Dies gilt auch für den Fortgang weiterer Verfahren vor den Vergabekammern, insbesondere den Entscheidungen der Vergabekammer Brandenburg vom 15. Februar 2008 und der aus kommunaler Sicht zu begrüßenden Entscheidung der 2. Vergabekammer Hessen vom 5. März 2008. In dieser Entscheidung hat die Vergabekammer Hessen klar und deutlich gausgedrückt, dass das Vorliegen einer Ausschreibungspflicht zwingend „synallagmatische Austauschverträge“, also eine Leistung und Gegenleistung (Entgelt) zwischen Bieter auf Auftraggeber voraussetze. Auch die VK Baden-Württemberg hat am 7. März 2008 entschieden, dass man von einer Beschaffung i. S. d. § 97 GWB nur dann ausgehen kann, wenn eine Leistung unmittelbar dem Auftraggeber zugute kommt.

VII. Empfehlungen des DStGB

Unabhängig von dieser Kritik und unabhängig von der zukünftigen Entwicklung hat der Deutsche Städte- und Gemeindebund den Kommunen dringend geraten, offensiv mit den Entscheidungen des OLG Düsseldorf umzugehen. Von einer „Augen zu und durch Mentalität“ muss jedenfalls strikt abgeraten werden, zumal dies die Gefahr der Nichtigkeit abgeschlossener Verträge in sich birgt.

B. Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf

(Autor: Heinz-Peter Dicks)

I. Pro und Contra einer Ausschreibung von Investorenverträgen

„Das passt doch nicht zueinander. Wieder einmal bemächtigt sich das Vergaberecht eines Gebiets, auf dem es nur zu vermehrtem bürokratischem Aufwand führt.“ So und ähnlich lauten immer noch Kommentare zum Ahlhorn-Beschluss des OLG Düsseldorf, wohingegen andere inzwischen mehr oder weniger behutsam dazu überzugehen scheinen, Investorenverträge auszuschreiben und finden werden, dass die Verfahren an Transparenz und Akzeptanz gewinnen, die Auswahlfreiheit der Kommunen gestärkt wird, unkontrollierte Einflussnahmen auf den Wettbewerb zurückgedrängt werden etc. Auch ist zu vernehmen, durch den Abschluss von Investorenverträgen werde von den Kommunen, die von der Rechtsprechung in der Praxis ausschließlich betroffen sind, im eigentlichen Sinn doch gar nichts beschafft, sondern Grundbesitz veräußert, Städtebau-recht angewandt und allenfalls noch für eine Zunahme des Gewerbesteueraufkommens gesorgt – allesamt Vorgänge, die isoliert gesehen mit dem Vergaberecht keine Berührung haben. Der Hinweis auf das Fehlen eines Beschaffungscharakters ist in der Tat ernst zu nehmen. Im Folgenden soll sowohl darauf, als auch auf die tatsächlichen und rechtlichen Hintergründe der Entscheidungen des OLG Düsseldorf eingegangen, aber auch der Versuch unternommen werden, einige Grenzlinien aufzuzeigen, jenseits derer das Vergaberecht nicht, jedenfalls nicht mehr unbedingt, anzuwenden ist.

II. Der Ahlhorn-Beschluss

Der Ahlhorn-Beschluss des OLG Düsseldorf¹ bildete die erste Reaktion der nationalen Gerichte auf die Roanne-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH).² Die Roanne-Entscheidung erging nach Einlegung der Beschwerde. Infolgedessen hielten sich die „Parteien“, und zwar auch die Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens, bei der Argumentation bemerkenswert zurück. Der Bund, damals Antragsgegner, setzte sich mit dem Urteil schriftsätzlich überhaupt erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung auseinander. Die Gemeinde, die der Senat mit warnendem Unterton beigeladen hatte,³ hielt eine Beteiligung am

Verfahren sogar ausdrücklich für überflüssig. All dies hat den Senat bewogen, sich im Ahlhorn-Beschluss in der Diktion bis in die Formulierungen hinein so weit wie möglich an die Gründe der Roanne-Entscheidung des EuGH zu halten und nur den konkreten Fall zu beurteilen, obwohl durchaus klar war, dass es ähnliche Fallgestaltungen gibt, für die eine Abgrenzung zum vergaberechtsfreien Raum (m.a.W. ein obiter dictum) hilfreich hätte sein können. Im Grunde ist der Senat auch bei den späteren Entscheidungen nicht anders verfahren. Rückschauend betrachtet hat er gut daran getan. Manche Abgrenzungskriterien, die der Senat in Erwägung gezogen hatte, mussten aufgrund eigener Erkenntnis und der Diskussion mit Verfahrensbeteiligten wieder verworfen oder doch in Zweifel gezogen werden.

1. Keine Divergenzvorlage geboten

Fest steht aber: Die vergaberechtliche Beurteilung von Investorenverträgen ist europarechtlich, und zwar durch die Begriffsbestimmung des öffentlichen Bauauftrags in der Richtlinie 2004/18/EG und die Entscheidungspraxis des EuGH, dem die verbindliche Auslegung des EG-Rechts zusteht, determiniert. Sofern danach – so die vom OLG Düsseldorf bislang entschiedenen Fälle – bei richtlinienkonformer Auslegung Investorenverträge als öffentlicher Bauauftrag (§ 99 Abs. 3 GWB) oder als Baukonzession (§ 6 Abs. 1 VgV) dem Vergaberechtsregime unterliegen, sind anderslautende Entscheidungen nationaler Gerichte, die dies aus welchen Gründen auch immer verneint haben,⁴ obsolet. Eine Divergenz gebietet keine Vorlage an den Bundesgerichtshof. Die Vorlagepflicht⁵ nach § 124 Abs. 2 GWB ist einschränkend dahin auszulegen, dass das nationale Gericht ohne eine Vorlage in der Sache selbst zu entscheiden hat, wenn der EuGH die streitige Rechtsfrage in einem anderen Verfahren bereits, und zwar so entschieden hat, wie das nationale Gericht sie entscheiden will.⁶ Diese Einschränkung beruht auf dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts.⁷

1 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07, NZBau 530 = VergabeR 2007, 634.

2 EuGH, Urt. v. 18.1.2007 – C-220/05, NZBau 2007, 185 = VergabeR 2007, 183.

3 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.2.2007 – VII-Verg 2/07, NZBau 2007, 608 = BeckRS 2007, 04814 = VergabeR 2007, 406.

4 So z.B. BayObLG, Beschluss v. 19.10.2000 – Verg 9/00, NZBau 2002, 108, Parkgarage; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5.5.2004 – Verg 78/03, NZBau 2004, 398 = VergabeR 2004, 624, Nachbarschaftshilfe; VGH Kassel, Beschluss v. 20.12.2005 – 3 TG 3035/05, ZfBR 2006, 806.

5 Vgl. Art. 101 Abs. 1 GG – Garantie des gesetzlichen Richters, BVerfG, Beschluss v. 29.7.2004 – 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564 = VergabeR 2004, 597.

6 So auch BGH, Beschluss v. 27.11.1984 – 1 StR 376/84, BGHSt 33, 76, 78 f. und Herdegen, MDR 1985, 542 f. für die Vorlagepflicht nach § 121 Abs. 2 GVG; Meyer-Holz in Keidel/Kuntze/Winkler [Hrsg.], Freiwillige Gerichtsbarkeit, 15. Aufl., § 28 FGG Rn. 18 m.w.N. für die Vorlagepflicht gemäß § 28 Abs. 2 FGG. Dazu ist zu bemerken, dass § 121 Abs. 2 GVG und § 28 Abs. 2 FGG mit § 124 Abs. 2 GWB wortlautidentische Vorlagepflichten normieren.

7 Vgl. zum Ganzen auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 6.2.2008 – VII-Verg 37/07, Oer-Erkenschwick, BA 16 f.

2. Die Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat im Roanne-Urteil beim Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvertrags mindestens zwei Varianten des öffentlichen Bauauftrags⁸ als erfüllt angesehen. Die zweite Variante war gegeben, da das Bauwerk wirtschaftlichen Tätigkeiten offenstehen⁹ und dadurch die städtische Infrastruktur verbessern sollte.¹⁰ Die dritte Variante lag vor, weil die Stadt Roanne in der Vereinbarung detaillierte¹¹ Erfordernisse für die Errichtung der baulichen Anlage aufgestellt hatte (Multiplex-Kino, Räumlichkeiten Dienstleistungen bei Freizeitaktivitäten, Parkplatz), mit denen in ihrer Gesamtheit versucht werden sollte, das Bahnhofsviertel durch ein Freizeitzentrum aufzuwerten und zu beleben.¹² Streng genommen war zudem ein Bauauftrag nach Variante eins anzunehmen: Denn die Errichtung des Freizeitzentrums erforderte Bauleistungen nach dem Anhang der Richtlinie.¹³ An der Roanne-Entscheidung sind, abgesehen davon, dass ein Bauauftrag, jedoch keine Baukonzession, vorlag, da die Stadt Roanne (nicht die Beauftragte SEDL) das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts trug, vor allem zwei Dinge hervorzuheben:

Erstens hat der EuGH die nationale Rechtsnatur des öffentlich-rechtlichen Raumordnungsvertrages als für die vergaberechtliche Beurteilung unmaßgeblich erklärt.¹⁴ Die Tatsache, dass Investorenverträge in einem städtebaulichen Regelungszusammenhang mit spezifischen, gegenüber dem Vergaberecht unterschiedlichen Zwecken (Städtebaurecht) stehen, führt demnach nicht aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts hinaus.¹⁵

Zweitens hat der EuGH die Schlussanträge der Generalanwältin mit den Worten bestätigt, ein öffentlicher Bauauftrag sei unabhängig davon gegeben, ob der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des gesamten Bauwerks oder eines Teils davon ist oder wird.¹⁶ Der öffentliche Auftraggeber kann das zu errichtende Bauwerk mithin selbst nutzen oder es der Allgemeinheit oder einzelnen (auch privaten) Dritten zur

Verfügung stellen. Daran zeigt sich, dass die Geltung des Vergaberechts nicht vom Verwendungszweck des Bauwerks abhängig gemacht werden darf.¹⁷ Denn die Richtlinienziele – Aufhebung von Beschränkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrags (Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit) und Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den Wettbewerb – sind in Gestalt möglicher und auszuschließender Wettbewerbsverzerrungen durch eine Bevorzugung einzelner Marktteilnehmer immer schon dann gefährdet, wenn öffentliche Auftraggeber überhaupt einen (Bau-) Auftrag vergeben, gleichviel, aus welchen Gründen und in welchem Zusammenhang das Bauwerk errichtet werden und welchen Verwendungszweck es haben soll.¹⁸

Wenn es auf den Verwendungszweck nicht ankommt, dann ist die Anwendung des Vergaberechts aber ebenso wenig davon abhängig zu machen, ob das Bauwerk gegenständlich vom öffentlichen Auftraggeber und für ihn beschafft werden soll. Eine irgendwie geartete gegenständliche oder wirtschaftliche Beschaffung für Zwecke des öffentlichen Auftraggebers ist für die Anwendung des Vergaberechts nicht erforderlich. Eine solche Beschaffung lag auch im Roanne-Fall nicht vor. Allein der Umstand, dass die Stadt Roanne Eigentümerin eines Parkplatzes werden und bei Projektende diejenigen Grundstücke und baulichen Anlagen übernehmen sollte, die zur Veräußerung an Dritte bestimmt waren und noch nicht verkauft sein würden, qualifizierte den Vertrag nicht als öffentlichen Bauauftrag. Dies ist vom EuGH nicht anders gesehen worden, wie sich allein aus seiner zusammenfassenden Feststellung ergibt, ein öffentlicher Bauauftrag sei unabhängig davon anzunehmen, ob der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des gesamten Bauwerks oder eines Teils davon ist oder wird.¹⁹

Aufgrund dessen erweist sich: Das Vergaberecht ist eben nicht nur reines „Einkaufsrecht“ der öffentlichen Hand (Leistung gegen Entgelt), sondern ist unter dem an alle Instanzen der Mitgliedstaaten gerichteten europarechtlichen Gebot, der Vergaberichtlinie zur praktischer Wirksamkeit zu verhelfen (effet utile), prinzipiell immer dann anzuwenden, wenn der öffentliche Auftrag auf einem Markt vergeben werden soll, auf dem der Auftragnehmer mit konkret oder potentiell am Auftrag interessierten Unternehmen um den Auftrag im Wettbewerb steht.²⁰ Auch in den vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fällen hatten sich durch-

8 Mögliche Varianten eines öffentlichen Bauauftrags nach Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG und § 99 Abs. 3 GWB sind:
Variante eins: Ausführung oder Planung und Ausführung eines Bauvorhabens, das Bautätigkeiten im Sinne der Anlage I zur Richtlinie erfordert;
Variante zwei: Ausführung oder Planung und Ausführung eines Bauwerks, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll;
Variante drei: Erbringung einer Bauleistung durch Dritte (gleichgültig mit welchen Mitteln) gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

9 EuGH Roanne Rn. 41.

10 Schlussanträge der Generalanwältin Rn. 33.

11 So die Schlussanträge der Generalanwältin Rn. 33.

12 EuGH Roanne Rn. 42.

13 Vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Rn. 33.

14 EuGH Roanne Rn. 40 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 20.10.2005 – C-264/03,

Slg. 2005, I-8831 = VergabeR 2006, 54, Kommission ./ Frankreich, Rn. 36.

15 So auch bereits EuGH, Urt. v. 12.7.2001 – C-399/98, NZBau 2001, 512 = VergabeR 2001, 380, Commune di Milano, Teatro alla Scala, Teatro alla Bicocca, Rn. 66.

16 EuGH Roanne Rn. 47 bei der Beantwortung der ersten Vorlagefrage, die dahin ging, ob die in Rede stehende Vereinbarung einen öffentlichen Bauauftrag darstellt.

17 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.1.1998 – C-44/96, Slg. 1998, I-73 = WuW/E Verg 23 = EuZW 1998, 120, Mannesmann Anlagenbau ./ Strohal Rotationsdruck, Rn. 32; Urt. v. 18.11.2004 – C-126/03, NZBau 2005, 49 = WuW/E Verg 1049, Kommission ./ Deutschland, Heizkraftwerk München, Rn. 18; Urt. v. 11.1.2005 – C-26/03, NZBau 2005, 111 = VergabeR 2005, 44, Stadt Halle u.a. ./ TREA Leuna Rn. 26 sowie die Schlussanträge der Generalanwältin in der Rechtssache Roanne Rn. 42.

18 Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin in der Rechtssache Roanne Rn. 43 m.w.N.

19 EuGH Roanne Rn. 47.

20 Vgl. EuGH Urt. v. 11.5.2006, C-340/04, EuZW 2006, 375, Carbotermo.

weg mehrere Unternehmen um den Auftrag beworben. Bei der Investorenauswahl wird auch nicht die Veräußerung öffentlichen Vermögens als solche dem Vergaberecht unterworfen. Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand unterliegen dem Vergaberecht nur, sofern neben dem Verkauf ein „Überhang“ in Gestalt eines öffentlichen Bauauftrags gegeben ist.

3. Kein „körperlicher Beschaffungscharakter“ erforderlich

Die Ahlhorn-Entscheidung des OLG Düsseldorf und die Folgeentscheidungen werden zuweilen dahin gedeutet, der öffentliche Bauauftrag erfordere keinerlei Beschaffungszweck, dürfe also gewissermaßen „zwecklos“ sein. Diesem Eindruck ist entgegenzutreten. Der Senat hat mit diesbezüglichen Ausführungen lediglich klarstellen wollen, dass der Bauauftrag in einem körperlich zu verstehenden Sinn keinen Beschaffungscharakter für den öffentlichen Auftraggeber aufweisen muss. Indes verfolgt jeder öffentliche Auftrag einen hauptsächlichen Zweck. Nur kommt es im Vergaberecht nicht darauf an, dass dieser Zweck (körperlich) in einer Eigenbedarfsdeckung für den öffentlichen Auftraggeber besteht. In einem nicht gegenständlichen, übertragenen Sinn offenbaren aber auch Investorenverträge durchaus ein Beschaffungselement.

Denn der öffentliche Auftraggeber erhält kraft des Vertrages die rechtliche Befugnis sicherzustellen, dass das zu errichtende Bauwerk einer konkreten, zumeist öffentlichen Zweckbestimmung zugeführt wird und dafür zur Verfügung steht (ein – wenn man so will – mittelbares Eigeninteresse des öffentlichen Auftraggebers an der Verwendung).²¹ In den vom Vergabesenat des OLG Düsseldorf bislang entschiedenen Fällen – Ahlhorn,²² Wuppertal-Vohwinkel²³ und Oer-Erkenschwick²⁴ – war in diesem Sinn ein öffentlicher Beschaffungszweck festzustellen, der in der Sicherung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung bestand. Unverzichtbar ist aber, dass die Verfügungsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers auf dem Bauauftrag beruht, und dass die öffentliche Zweckbestimmung gerade auch die Verfügung über das zu errichtende Bauwerk gewährleisten soll. Wenn das so ist, liegt ein öffentlicher Bauauftrag nach der zweiten Variante von § 99 Abs. 3 GWB vor. Das Bauwerk soll eine bestimmte wirtschaftliche Funktion erfüllen.

III. Die vergaberechtlichen Grundlagen der drei Entscheidungen

Während allen Entscheidungen des OLG Düsseldorf gemeinsam ist, dass sie sich – anders als der EuGH – mit Baukonzessionen (d.h. Befugnis zur Selbstnutzung, Vermietung oder Veräußerung, vgl. § 6 Abs. 1 VgV) befassen, ist an dem Wuppertal-Vohwinkel betreffenden Beschluss des Vergabesenats²⁵ die Aussage hervorzuheben, dass die dritte Variante des § 99 Abs. 3 GWB – so sie denn einen Sinn haben soll – nicht von einer Verpflichtung des Auftragnehmers zu einer Bauleistung abhängig zu machen ist. Außerdem waren vom Auftraggeber Erfordernisse an das Bauwerk aufgestellt worden, die über die Festsetzungen eines bestehenden Bebauungsplans hinausgingen.

Im Fall Oer-Erkenschwick²⁶ hat der Vergabesenat des OLG Düsseldorf genauso wie im Wuppertaler Fall einen öffentlichen Bauauftrag nach der zweiten und dritten Variante von § 99 Abs. 3 GWB bejaht. Ferner hatte sich der Senat mit dem Begriff der Baukonzession auseinanderzusetzen. Dazu hat er ausgeführt: Die Definition der Baukonzession enthält kein Tatbestandsmerkmal, wonach der Konzessionär kein Eigentum am Bauwerk erwerben darf oder das Eigentum nach Ablauf eines Konzessionszeitraums auf den öffentlichen Auftraggeber übergehen muss. Soll der Konzessionär Eigentümer werden, kann auch nicht so getan werden, als beruhe seine Befugnis, das Bauwerk zu nutzen und zu verwerten, auf einem von der Erteilung des Bauauftrags unabhängigen Übertragungsakt des öffentlichen Auftraggebers. Die Gegenauffassung verkennt, dass die Eigentümerstellung vom Auftraggeber abgeleitet ist, und der Konzessionär mit der Eigentumsübertragung auch erst das Recht zur Nutzung des späteren Bauwerks erwirbt. Der Grundstückskaufvertrag und der Bauauftrag hängen zusammen. Die Verträge sind deshalb auch rechtlich in einer Zusammenschau zu betrachten.²⁷ Bei einer anderen Sichtweise sind unerwünschte Umgehungen des Vergaberechts zu erwarten, die seiner Zielsetzung widersprechen. Dass die Beigeladene im Gegenzug einen Kaufpreis an die Antragsgegnerin zahlt, rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Denn es stellt kein gesetzliches Merkmal der Baukonzession dar, dass sie unentgeltlich zu gewähren ist.

21 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.7.2001 – C-399/98, NZBau 2001, 512 = VergabeR 2001, 380, Comune di Milano, Teatro alla Scala, Teatro alla Bicocca, Rn. 71.

22 Beschluss v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07, NZBau 2007, 530 = VergabeR 2007, 634.

23 Beschluss v. 12.12.2007 – VII-Verg 30/07, VergabeR 2008, 99, Wuppertal-Vohwinkel.

24 Beschluss v. 6.2.2008 – VII-Verg 37/07, Oer-Erkenschwick.

25 Beschluss v. 12.12.2007 – VII-Verg 30/07, VergabeR 2008, 99.

26 Beschluss v. 6.2.2008 – VII-Verg 37/07.

27 Vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.2005 – C-29/04, VergabeR 2006, 47, Stadt Mödling, Rn. 40 ff.

IV. Ausnahmen vom Vergaberecht

Was Not tut, sind Abgrenzungen und eine für Rechtsanwender einigermaßen praktikable Begriffsbestimmung der Erfordernisse nach der dritten Variante des § 99 Abs. 3 GWB.²⁸ Erfordernisse (Vorgaben) müssen auf das einzelne, individuelle Bauvorhaben bezogen sein und die Planung und/oder die Art und Weise der Bauausführung inhaltlich regeln. Sie beziehen ihre sachliche Rechtfertigung aus der (öffentlichen) Zweckbestimmung des Bauwerks. Die Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, Erfordernisse aufzustellen, muss gerade auf dem Bauauftrag beruhen. Aufgrund dessen muss der öffentliche Auftraggeber eine Rechtsstellung erlangen und ausüben, die funktional betrachtet der eines Bauauftraggebers gleichkommt. Dagegen spielt keine Rolle, ob der öffentliche Auftraggeber wesentliche oder nur weniger wichtige Erfordernisse stellt.²⁹ An den Konkretisierungsgrad von Erfordernissen sind keine hohen Anforderungen zu stellen.³⁰ Rein nutzungsbezogene Vorgaben und solche, die auf kommunaler Rechtssetzung beruhen (Bebauungsplan),³¹ scheiden aus dem Begriff der Erfordernisse mithin aus. Dasselbe hat für Bauverpflichtungen zu gelten, die ausschließlich einer Verhinderung von Grundstückspekulation dienen.

Auch werden Bauwerke, die bei funktionaler Betrachtung keine öffentliche Zweckbestimmung erfüllen

sollen und die deshalb nicht der Herrschaft der Vergabebehörde unterliegen (Einzelbauvorhaben eines selbst nutzenden Bauherrn), vom Vergaberechtsregime grundsätzlich nicht erfasst.³²

Im Prinzip ist Vergaberecht im Ansatz genauso wenig anzuwenden, wenn der Auftragnehmer bereits Eigentümer der Grundstücke ist, auf denen das Bauwerk errichtet werden soll (faktische und rechtliche Monopolstellung).³³

In Fällen von Business Improvement Districts³⁴ (BID, vgl. § 171 f BauGB) unterliegt bei Erreichen des Schwellenwerts jedenfalls die Auswahl des Verantwortlichen dem Vergaberecht. Ob auch auf der zweiten Stufe auszuschreiben ist, hängt von der inhaltlichen Ausgestaltung der noch ausstehenden landesgesetzlichen Regelung ab. Soll die Kommune von den betroffenen Grundstückseigentümern Abgaben erheben und diese mit der Folge an den Verantwortlichen weiterleiten, dass dieser nicht (mehr) das wirtschaftliche Risiko der Maßnahmen trägt, dürfte eine dem Vergaberecht unterfallende Baukonzession ausscheiden.

Eine zusammenfassende Darstellung ausschreibungspflichtiger sowie nicht dem Vergaberecht unterfallender Fallkonstellationen findet sich im nachfolgenden Kapitel C: Anwendung des Vergaberechts beim Verkauf kommunaler Grundstücke.

²⁸ Zur Definition der zweiten Variante des § 99 Abs. 3 GWB siehe oben unter II. a.E.

²⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.12.2007 – VII-Verg 30/07, VergabeR 2008, 99, 102, Wuppertal-Vohwinkel.

³⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07, VergabeR 2007, 634, 638, Ahlhorn.

³¹ Beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan (§ 12 BauGB) ist möglicherweise eine differenzierende Sichtweise geboten.

³² EuGH, Urt. v. 12.7.2001 C-399/98, NZBau 2001, 512 = VergabeR 2001, 380, Commune di Milano, Teatro alla Scala, Teatro alla Bicocca, Rn. 67.

³³ Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 12.7.2001 – Commune di Milano, Teatro alla Scala, Teatro alla Bicocca, Rn. 71, 75, 99, 100, 103; Schlussanträge Roanne Rn. 76.

³⁴ Vgl. dazu auch Ganske, VergabeR 2008, 15 ff.

C. Anwendung des Vergaberechts beim Verkauf kommunaler Grundstücke

Anwendungsbereich des Vergaberechts

(Autoren: Dr. Hans-Peter Kulartz / Dr. Hendrik Schilder / Dr. Jan Duikers)

I. Einführung

Gem. § 99 Abs. 1, 3 GWB bedürfen öffentliche Bauaufträge, das heißt entgeltliche Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmer über Bauleistungen, der europaweiten Ausschreibung, soweit der Schwellenwert gem. §§ 6 Abs. 1, 2 Nr. 4 VgV (gem. Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 für Bauaufträge/Baukonzessionen seit 1.1.2008: 5 150 000 Euro) überschritten ist. Infolge der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Vergabesaates des OLG Düsseldorf ist die Frage, welche Vertragsgestaltungen im Zusammenhang mit dem Verkauf städtischer Grundstücke diesem Anwendungsbereich unterfallen, zu einem der Kernpunkte der Diskussion geworden.

1. Bauauftrag

Dabei sind der Bauauftrag gem. der 2. Variante des § 99 Abs. 3 GWB, der die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauwerkes, das eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, zum Gegenstand hat, einerseits und der Vertrag über eine Bauleistung durch Dritte (gleichgültig mit welchen Mitteln) gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen andererseits (3. Variante des § 99 Abs. 3 GWB) von Bedeutung.

2. Baukonzession

Soweit der Bauleistung kein von dem Auftraggeber zu zahlender Preis gegenübersteht, kann ein Auftrag auch als Baukonzession ausschreibungspflichtig sein. Die Baukonzession unterscheidet sich insoweit von einem öffentlichen Bauauftrag, als die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers für die Bauleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes (ggf. zzgl. der Zahlung eines Preises) besteht (Art. 1 Abs. 3 RL 2004/18/EG). Des Weiteren setzt die Baukonzession voraus, dass der Konzessionär das wirtschaftliche Risiko des Vorhabens trägt.¹ Die Baukonzession ist in § 99 Abs. 3 GWB nicht ausdrücklich geregelt, unterfällt aber bei richtlinienkonformer Auslegung dieser Vorschrift.²

Im Folgenden wird zunächst dargestellt, bei welchen Vertragsgestaltungen eine europaweite Ausschreibung erforderlich ist.

II. Ausschreibungspflicht in der Spruchpraxis vor 2007

Vor der Entscheidung des EuGH in der Sache „Stadt Roanne“ vom 18.1.2007³, auf der die Beschlüsse des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2007 und vom Februar 2008 aufbauen, war die Veräußerung von Vermögen der öffentlichen Hand nach einhelliger Auffassung nur ausschreibungspflichtig, wenn sie mit einer unmittelbaren Beschaffung verknüpft wurde.⁴ Demgemäß hatte sich die Rechtsprechung nur vereinzelt mit diesen Fällen zu befassen.

Im Jahr 2000 hatte das **Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG)**⁵ darüber zu entscheiden, ob ein vorhabenbezogener Bebauungsplan zur Errichtung einer Tiefgarage auf einem städtischen Grundstück durch einen privaten Investor dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfällt. Der Durchführungsvertrag sah den vollständigen Rückbau der Tiefgarage nach Ablauf der Nutzungszeit vor. Das BayObLG entschied, dass jedenfalls in dieser Konstellation, in der der öffentliche Auftraggeber zu keinem Zeitpunkt die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über das zu errichtende Bauwerk erlangt, kein Beschaffungsvorgang vorliege, so dass das Vergaberecht keine Anwendung finde.

Dieselbe Linie verfolgte der **Hessische Verwaltungsgewichtshof (HessVGH)** mit einer Entscheidung aus dem Jahr 2005.⁶ Zu beurteilen war ein Investorenauswahlverfahren, in dem ein Erwerber für ein Treuhandgrundstück ausgewählt werden sollte, der das Grundstück nach den Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers bebauen sollte. Der HessVGH entschied, ein städtebaulicher Vertrag unterfalle nicht dem Vergaberecht, wenn mit diesem keine Leistung an den öffentlichen Auftraggeber, sondern nur die Umsetzung städtebaulicher Gestaltungsvorstellungen verbunden sei.

¹ EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03 – „Parking Brixen“, NZBau 2005, 644 Tz. 40; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.9.2004, VII-Verg 44/04, NZBau 2005, 652, 653 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007, VII-Verg 2/07 – „Ahlhorn“, VergabeR 2007, 406 = VergabeR 2007, 530 = NZBau 2007, 634.

² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007 (Fn.).

³ Rs. C-220/05, VergabeR 2007, 183 = NVwZ 2007, 316.

⁴ Vgl. nur Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 263 ff.

⁵ BayObLG, Beschluss vom 19.10.2000, Verg 9/00, NZBau 2002, 108.

⁶ HessVGH, Beschluss vom 20.12.2005, 3 TG 3035/05.

Schon die Spruchpraxis vor 2007 unterwarf allerdings die Errichtung von Gebäuden nach den Vorstellungen des Auftraggebers zur anschließenden Vermietung an den Auftraggeber (nachfolgend Fall 1) und sog. unechte Erschließungsverträge (nachfolgend Fall 2) dem Vergaberecht.

1. Errichtung eines Gebäudes und anschließende Vermietung

Fall 1:

An die Stadt S tritt ein potenzieller Investor heran, der im Innenstadtbereich als „neue Mitte“ ein Einkaufszentrum errichten möchte. Zur Verbesserung der wirtschaftlichen Ausnutzung des Bauprojektes möchte er einen Teil des Gebäudekomplexes an die Stadt als neues, nach den Wünschen der Stadt gestaltetes Rathaus vermieten.⁷

Gemäß der bereits vor 2007 herrschenden Auffassung unterfällt die Errichtung eines Gebäudes zur (zumindest Teil-) Nutzung durch den öffentlichen Auftraggeber dem Anwendungsbereich des Vergaberechts nach § 99 Abs. 3 3. Variante GWB. Denn die Bebauung erfolgt insoweit „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“, als die Stadt S mit dem Vorhaben einen eigenen Beschaffungszweck (Nutzung als Rathaus) verfolgt.

2. Der unechte Erschließungsvertrag („EuGH-Teatro alla Biccoca“)

Fall 2:

Der private Investor I errichtet – neben anderen Gebäuden – eine Erschließungsanlage (im konkreten Fall ein Theatergebäude) und verpflichtet sich in einem Erschließungsvertrag (nach italienischem Recht), das betroffene Grundstück der Gemeinde G zu übereignen. Im Gegenzug erlässt die Gemeinde G dem Investor einen Teil des Erschließungsbeitrages, den dieser für eine andere Baumaßnahme zu entrichten hat.

Der EuGH bejahte in dieser Fallkonstellation, die italienischem Recht unterfiel, die Anwendbarkeit des Vergaberechts.⁸ Der Gerichtshof entschied, es handele sich um einen öffentlichen Bauauftrag, da das zu errichtende Bauwerk nach seinen funktionellen Eigenschaften über bloße Einzelwohnstätten hinausgehe und die zuständige Behörde die rechtlichen Befugnisse besitze, mit denen sie die Verfügbarkeit des Bauwerkes sicherstellen könne, um allen örtlichen Nutzern den Zugang zu gewährleisten. Die Entgeltlichkeit ergebe sich daraus, dass die Errichtung auf den anderweitig

von dem Investor zu entrichtenden Erschließungsbeitrag angerechnet werde.

In Übereinstimmung hiermit wird der **unechte Erschließungsvertrag**, der sich dadurch auszeichnet, dass die Gemeinde dem Erschließungsträger (zumindest anteilig) ein Entgelt für die Erstellung der Erschließungsanlagen zahlt, auch im deutschen vergaberechtlichen Schrifttum ganz überwiegend als öffentlicher Bauauftrag i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB eingeordnet.⁹ Denn der Erschließungsträger erbringt eine Bauleistung für die Gemeinde gegen ein Entgelt. Dies galt bereits vor der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Stadt Roanne“ und der anschließenden Rechtsprechung des OLG Düsseldorf.

Dagegen war die Anwendung des Vergaberechts auf den **echten Erschließungsvertrag**, bei dem der Erschließungsträger kein Entgelt von der Gemeinde erhält, sondern die Refinanzierung im Rahmen der Grundstücksveräußerungen oder durch zivilrechtliche Kostenerstattungsvereinbarungen mit den Grundstückseigentümern bzw. -käufern betreiben muss, umstritten.¹⁰ Diese Konstellationen werden im Folgenden zu behandeln sein.¹¹

III. Ausschreibungspflicht nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf legt den Begriff des öffentlichen Bauauftrages mit Hinweis auf das zugrunde liegende EG-Recht weiter aus als die bisherige nationale Rechtsprechung. Zur Begründung nimmt das OLG insbesondere Bezug auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Stadt Roanne“¹². In dieser Entscheidung hatte der EuGH die Errichtung eines Freizeitentrums in zentraler Lage, bestehend aus einem Multiplex-Kino, Geschäftsräumen, sowie von baulichen Anlagen, die dem öffentlichen Auftraggeber übergeben werden sollten (u.a. ein Parkplatz), zu beurteilen. Das Projekt sollte aus der teilweisen Veräußerung an Dritte, Zuschüssen der Stadt sowie einem von der Stadt für die Überlassung des Parkplatzes zu zahlenden Preis finanziert werden. Der EuGH entschied, es handele sich um einen Bauauftrag gemäß den von der Stadt genannten Erfordernissen, da die Stadt mit der Verwirklichung des Zentrums die Aufwertung des betroffenen Viertels verfolge. Für die Einordnung als öffentlicher Bauauftrag ist es nach Auffassung des EuGH nicht erforderlich, dass der Auftraggeber Eigentümer des gesamten Bauwerkes oder auch nur eines Teils davon ist oder wird.

9 Busch, VergabeR 2003, 622, 625; Wilke, ZfBR 2004, 145; Eschenbruch (Fn.), § 99 Rn. 52.

10 Vgl. zum Streitstand Ziekow, DVBl. 2008, 137, 144; Eschenbruch (Fn.), § 99 Rn. 52 ff.

11 S. unten Fall 5.

12 S.o. Fn. .

7 Fallbeispiel nach Eschenbruch (Fn.), § 99 Rn. 264.

8 EuGH, Urteil vom 12.7.2001, Rs. C-399/98 - „Teatro alla Biccoca“, VergabeR 2001, 380 = NZBau 2001, 512.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung des EuGH hat das OLG Düsseldorf folgende Kernaussagen zum Anwendungsbereich des Vergaberechts im Hinblick auf Grundstücksveräußerungen getroffen:

- **Es ist nicht erforderlich, dass der Auftrag einem Beschaffungszweck des öffentlichen Auftraggebers oder der Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe dient.**¹³
- **Des Weiteren ist es nicht erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des Bauwerkes (bzw. Grundstückes) oder eines Teils davon ist oder wird.**¹⁴
- **Im Fall des § 99 Abs. 3 2. Variante GWB ist vielmehr entscheidend, „dass sich der öffentliche Auftraggeber kraft einer mit dem künftigen Bauauftrag zu vereinbarenden Verpflichtung des Auftragnehmers die rechtliche Befugnis sichert, die Verfügbarkeit des Bauwerks für die von ihm angestrebte öffentliche Zweckbestimmung, [z. B.] für eine bestimmte wirtschaftliche, das heißt städtebauliche Funktion, zu gewährleisten.“**¹⁵
- **Ob der Anwendungsbereich nach der 3. Variante des § 99 Abs. 3 GWB eröffnet ist, hängt maßgeblich davon ab, ob die Bauaufträge „mittels der vom Auftraggeber genannten Erfordernisse gewährleisten sollen, dass das herzustellende Bauwerk für einen bestimmten öffentlichen Zweck zur Verfügung steht und die [Bauaufträge] dem Auftraggeber kraft einer vertraglichen Vereinbarung zugleich die rechtliche Befugnis vermitteln, die Verfügbarkeit im Interesse der öffentlichen und durch die wirtschaftliche oder technische Funktion des Bauvorhabens beschriebenen Zweckbestimmung sicherzustellen und einen Einfluss darauf auszuüben.“**¹⁶

Ob die dargelegten Kernaussagen des OLG Düsseldorf von anderen Oberlandesgerichten aufgegriffen werden, bleibt abzuwarten. Zwischenzeitlich ergangene Beschlüsse dreier Vergabekammern¹⁷ zeigen aber bereits in eine andere Richtung. Die Vergabekammer des Landes Brandenburg hat in einem Nachprüfungsverfahren entschieden, dass ein Grundstückskaufvertrag, der keine ausdrückliche Bauverpflichtung des Käufers enthält, auch dann nicht vergabepflichtig ist, wenn die Vertragsparteien davon ausgehen, dass tatsächlich vom Käufer ein bestimmtes, auch städtebaulich relevantes Vorhaben verwirklicht wird. Auch die Vergabekammer des Landes Hessen hat sich in einem Beschluss vom 5.3.2008 dieser Auffassung angeschlossen

und entgegen dem OLG Düsseldorf festgestellt, dass selbst ein Rücktrittsrecht der Gemeinde für den Fall der Nichtbebauung eines von ihr ohne Bauverpflichtung veräußerten Grundstücks nicht zur Anwendbarkeit des Vergaberechts führen kann.

Die Vergabekammer Baden-Württemberg hat schließlich ausgeführt, dass es naheliege, in Übereinstimmung mit dem Bayerischen Obersten Landesgericht¹⁸ sowie dem Hessischen Verwaltungsgerichtshofs¹⁹ daran festzuhalten, dass es sich bei städtebaulichen Verträgen und darin enthaltenen Bauverpflichtungen nicht um vergaberelevante „Beschaffungsmaßnahmen“ handelt.

Vorliegend sollen jedoch zunächst die praktisch relevanten Fälle anhand der Grundsätze des OLG Düsseldorf untersucht werden. Danach erfolgt die Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichtigen und nicht dem Vergaberecht unterliegenden Fällen im Wesentlichen anhand des Merkmals „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ sowie im Bereich der Baukonzession zusätzlich anhand des Tatbestandsmerkmals „Recht zur Nutzung“, welches der Auftragnehmer erlangt. Gemessen an diesen Kriterien unterfallen die nachfolgend ausgeführten Fälle dem Vergaberecht, in denen der Auftraggeber durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan (**Fall 3**) oder einen vor dem Hintergrund eines bestimmten Vorhabens erlassenen Angebotsbebauungsplan (**Fall 4**) auf die Bebauung einwirkt. Des Weiteren wird nunmehr der echte Erschließungsvertrag vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst (**Fall 5**). Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung Umgehungstendenzen streng entgegenwirkt (**Fall 6**).

1. Grundstücksveräußerung mit vorhabenbezogenem Bebauungsplan

Fall 3:

Die Stadt S beabsichtigt, eine Industriebrache einer Nachnutzung als neues Stadtviertel zuzuführen und das betroffene Areal an einen Investor zu veräußern. Zu diesem Zweck soll ein vorhabenbezogener Bebauungsplan nebst Durchführungsvertrag mit entsprechender sachlicher und zeitlicher Durchführungsverpflichtung aufgestellt werden.

Dieser Fall ist als Errichtung eines Bauwerks „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ (§ 99 Abs. 3 3. Variante GWB) einzuordnen, denn der Durchführungsvertrag sichert der Stadt die rechtliche Befugnis, die Verfügbarkeit des Bauwerks im Interesse der „geordneten städtebaulichen Entwicklung“²⁰ zu gewährleisten.

¹³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007 (Fn.); Beschluss vom 12.12.2007, VII-Verg 30/07, NZBau 2008, 138; Beschluss vom 6.2.2008, VII-Verg 37/07.

¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007 (Fn.); Beschluss vom 6.2.2008 (Fn.).

¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007, (Fn. ; Hervorhebung nicht im Original); ferner OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008 (Fn.).

¹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007 (Fn. ; Hervorhebung nicht im Original).

¹⁷ VK Brandenburg vom 15. Februar 2008, VK Hessen vom 5. März 2008 und VK Baden-Württemberg vom 7. März 2008.

¹⁸ Bayerisches Oberstes Landesgericht vom 19. Oktober 2000 (Verg 9/00, NZBau 2002, 108).

¹⁹ Vgl. Fußnote 6.

²⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007 (Fn.).

Die Stadt zahlt dem Investor kein Entgelt für die Bauleistung. Sie erhält vielmehr einen Kaufpreis für das veräußerte Grundstück. Die Veräußerung mit begleitendem vorhabenbezogenen Bebauungsplan ist jedoch als Baukonzession ausschreibungspflichtig, denn in dem Fallbeispiel trägt der Investor das wirtschaftliche Risiko des Vorhabens. Darüber hinaus ist er aufgrund des Durchführungsvertrages auch zur Errichtung der Bauwerke verpflichtet. Auf eine ausdrückliche, einklagbare Bauverpflichtung kommt es nach Auffassung des OLG Düsseldorf aber wohl nicht an. Zwar hat das OLG in den bislang zu entscheidenden Fällen offen gelassen, ob diese einklagbare Bauverpflichtung erforderlich ist, jedoch darauf hingewiesen, dass sich in der Richtlinie 2004/18/EG kein Hinweis auf eine solche Bauverpflichtung finde.²¹

Die Besonderheit der Baukonzession im Vergleich zum Bauauftrag liegt schließlich darin, dass der Auftragnehmer statt des Entgeltes von dem öffentlichen Auftraggeber als Gegenleistung für die Errichtung des Bauwerks (zumindest) das Recht zur Nutzung des Bauwerks erhält. Das OLG Düsseldorf legt dieses Erfordernis sehr weit aus.²² So ist es ohne Bedeutung, ob der Investor das Bauwerk selbst, durch Vermietung oder durch Veräußerung nutzt.²³ Da das Recht zur Nutzung die Gegenleistung für die Bauleistung bildet, muss es in einem Zusammenhang zu der Bauleistung stehen. Es genügt aber, wenn der Investor das Recht zur Nutzung als Ausfluss des Eigentums an dem Grundstück aufgrund des neben dem Durchführungsvertrag abgeschlossenen Grundstückskaufvertrages erlangt.²⁴

Somit bedarf die Veräußerung des Grundstückes mit begleitendem vorhabenbezogenen Bebauungsplan nebst Durchführungsvertrag der europaweiten Ausschreibung.

2. Angebotsbebauungsplan vor dem Hintergrund eines bestimmten Vorhabens

Fall 4:

Die Stadt S möchte ein innerstädtisches „Filetgrundstück“ einer Bebauung zuführen. Ein Investor zeigt Interesse, auf dem Grundstück eine qualitativ hochwertige Nutzung zu verwirklichen und unterbreitet einen entsprechenden städtebaulichen Entwurf. Die Stadt S stellt daraufhin einen **Angebotsbebauungsplan** auf, der zwar auf dem Entwurf des Investors beruht, aber eine hinreichende Angebotsbreite aufweist. Die Konfliktbewältigung erfolgt im Hinblick auf die zusätzlichen Verkehrsmengen und die dadurch hervorgerufenen Immissi-

onen anhand der konkreten Vorhabenbeschreibung. In den Grundstückskaufvertrag möchte die Stadt S deshalb eine **Verpflichtung zur Realisierung des konkreten Vorhabens** aufnehmen und diese etwa durch ein Wiederkaufsrecht sichern.

Wie im Fall 1 kommt hier eine Baukonzession in Betracht. Für die rechtliche Einordnung kommt es nicht darauf an, in welcher vertraglichen Form die Stadt auf die Errichtung des Bauwerkes Einfluss nimmt.²⁵ Der wesentliche Unterschied dieser Konstellation zu Fall 1 besteht darin, dass die Gestaltung des Vorhabens auf der Planung des Investors beruht, also nicht von der Stadt ausgeht. Jedoch führt dies nicht zu einer abweichenden rechtlichen Bewertung. Denn es genügt für die Verwirklichung „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“, wenn die Erstellung des Bauwerks nach den Plänen des Investors erfolgt, welche der Auftraggeber billigt.²⁶ Damit unterfällt auch diese Fallkonstellation der Ausschreibungspflicht.

3. Echter Erschließungsvertrag

Fall 5:

Investor I erwirbt ein Grundstücksareal von der Stadt S, das er parzellieren und dann weiterveräußern möchte. Er verpflichtet sich gegenüber der Stadt, in einem Erschließungsvertrag gem. § 124 BauGB die erforderlichen Erschließungsanlagen zu erstellen und der Stadt sodann unentgeltlich zu übereignen. Die Erschließungskosten sollen im Zuge der Veräußerung der Einzelgrundstücke refinanziert werden.

Die Behandlung dieses echten Erschließungsvertrages war bislang umstritten. Überwiegend wurde die Ausschreibungspflicht mit der Argumentation verneint, es werde kein Entgelt seitens der Gemeinde entrichtet, so dass es sich nicht um einen Bauauftrag handle; die Refinanzierung im Wege der Grundstücksveräußerung sei keine „Nutzung“ im Sinne der Voraussetzung einer Baukonzession.²⁷ Auf der Grundlage der jüngsten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf dürfte die Ausschreibungspflicht als Baukonzession dagegen zu bejahen sein. Das Merkmal „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ dürfte in der Regel dadurch erfüllt sein, dass ein Interesse der Gemeinde an der schnellen und kostengünstigen Wahrnehmung der ihr obliegenden Erschließungsaufgaben i. S. d. § 123 Abs. 1 BauGB durch den Erschließungsträger besteht. Für das Recht zur Nutzung genügt es – wie dargelegt –, dass der Auftragnehmer das bebaute Grundstück ver-

²¹ Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12.12.2007 (Fn.).

²² Vgl. Ziekow, DVBl. 2008, 137, 145.

²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007 (Fn.).

²⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008 (Fn.); kritisch hierzu z. VK Hessen (Fn.).

²⁵ Vgl. Fn. 23.

²⁶ Vgl. Fn. 21.

²⁷ Vgl. Ziekow, DVBl. 2008, 137, 144 m. w. N. in Fn. 57. Vgl. ferner zum Streitstand Eschenbruch (Fn.), § 99 Rn. 52 ff.

äußert. Insoweit dürfte es unerheblich sein, dass nicht das mit der Erschließungsanlage bebaute Grundstück, sondern ein anderes Grundstück veräußert wird. Denn insoweit dürfte der Zusammenhang zwischen der Erschließung der Grundstücke und der Veräußerung derselben ausreichen.²⁸

IV. Nicht ausschreibungspflichtige Fallkonstellationen

Die dargestellte Rechtsprechung gibt Anlass zu untersuchen, welche Fallgestaltungen in Abgrenzung zu den ausschreibungspflichtigen Fällen nicht dem Vergaberecht unterfallen.

1. (Reine) Grundstücksveräußerung

Fall 6:

Die Stadt S veräußert ein bebautes Grundstück an den Investor I. Eine weitere Bebauung des Grundstücks oder eine Umgestaltung der vorhandenen Gebäude ist nicht vorgesehen.

Grundstücksveräußerungen durch die öffentliche Hand sind – wie der Erwerb von Grundstücken und vorhandenen Gebäuden (§ 100 Abs. 2 lit. h GWB) – vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen. Bei der Grundstücksveräußerung, die nicht im Zusammenhang mit der Bebauung des veräußerten Grundstücks steht, fehlt es an der Bauleistung, welche der Bauauftrag i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB voraussetzt.

2. Grundstücksveräußerung ohne Einflussnahme auf die Bebauung

Fall 7:

Die Stadt S veräußert ein im Plangebiet eines **bereits bestehenden Angebotsbebauungsplanes** gelegenes Grundstück an den Investor I. Der Kaufvertrag sieht weder eine ausdrückliche Bauverpflichtung, noch eine mittelbare Bauverpflichtung in Gestalt eines Rücktritts- oder Wiederkaufsrechts vor.

Damit ist I bei der Bebauung des Grundstückes (nur) an die Vorgaben des Bebauungsplanes gebunden. Das OLG Düsseldorf verneint in diesem Fall das Merkmal „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“. Dies gilt jedoch nur unter der strengen Vorgabe, „dass der jeweilige Fall Anhaltspunkte für eine Umgestaltung des Vergaberechts [nicht] erkennen lässt“²⁹.

Entsprechendes gilt bei der Veräußerung eines städtischen Grundstückes im unbeplanten Innenbereich, für dessen Bebauung eine Baugenehmigung nach § 34 BauGB erforderlich ist. Denn bei der Erteilung der Baugenehmigung nach dieser Vorschrift kommt S kein

Erkennen zu, so dass es ihr verwehrt ist, auf die Gestaltung der Bebauung Einfluss zu nehmen.³⁰

3. Bebauung eines Grundstücks des Investors zu seiner eigenen Nutzung

Fall 8:

Investor I möchte ein bereits seit längerer Zeit in seinem Eigentum befindliches, nicht überplantes Grundstück mit einem Geschäftsgebäude bebauen. Die Stadt S erklärt sich bereit, nach den Plänen des I einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan gem. § 12 BauGB zu erlassen. Der parallel abzuschließende Durchführungsvertrag verpflichtet I zur Bebauung des Grundstücks gem. den vorgelegten Planunterlagen.

Da dem Bauvorhaben kein von S zu zahlendes Entgelt gegenübersteht, könnte der vorhabenbezogene Bebauungsplan allein als Baukonzession ausschreibungspflichtig sein. Dies setzt voraus, dass I als Gegenleistung für die Errichtung des Bauwerks das Recht zur Nutzung desselben von S erlangt. Insoweit genügt es, wenn der Investor das Recht zur Nutzung als Ausfluss des Eigentums an dem Grundstück durch den Erwerb von der Stadt erlangt.³¹ Anders dürfte der vorliegende Fall zu beurteilen sein. Das Recht zur Nutzung folgt hier ausschließlich aus dem bereits vor Erlass des vorhabenbezogenen Bebauungsplans bestehenden Eigentum des I. Eine Gegenleistung in Form der Übertragung des Rechts zur Nutzung durch S dürfte daher nicht gegeben sein, so dass der vorhabenbezogene Bebauungsplan nicht als Baukonzession einzuordnen ist und keine Ausschreibung erforderlich ist.

Dieses Ergebnis wird von der Auffassung der 2. VK Hessen³² bestätigt, die zwischen dem (ggf. dem Investor von dem öffentlichen Auftraggeber übertragenen) Recht zur Nutzung des Grundstücks und dem Recht zur Nutzung des errichteten Bauwerks unterscheidet. Die Vergabekammer weist darauf hin, dass das Recht zur Nutzung des von dem Investor errichteten Bauwerks allein aus dessen Eigentum an dem Bauwerk folgt.

4. Einzelbauvorhaben – Fehlen des Merkmals „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“

Fall 9:

Das Unternehmen U tritt mit dem Wunsch an die Stadt S heran, ein Bürogebäude für seine Verwaltung im Gebiet der Stadt S zu errichten. Die Stadt S veräußert U ein geeignetes Grundstück.

Das OLG Düsseldorf verneint den Anwendungsbereich des Vergaberechts in einem Fall wie diesem, „in dem der

²⁸ Vgl. Ziekow, DVBl. 2008, 137, 145; a. A. Köster/Häfner, NVwZ 2007, 410, 413 (jedoch noch ohne Berücksichtigung der Beschlüsse des OLG Düsseldorf).

²⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008 (Fn.).

³⁰ VK Brandenburg (Fn.).

³¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008 (Fn.).

³² S. oben Fn. .

Veräußerung eines Grundstückes und seiner Bebauung keine wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebauliche Funktion zuzuerkennen ist....“³³. Dies gelte insbesondere für „auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenzte Einzelbauvorhaben“.

Fall 10:

Die Gemeinde G hat ein neues Gewerbegebiet durch Bebauungsplan auf gemeindeeigenen Grundstücken ausgewiesen. Aufgrund eines akuten Mangels an Gewerbegrundstücken möchte G in den Kaufverträgen ein Wiederkaufs- oder Rücktrittsrecht für den Fall vereinbaren, dass keine Nutzung entsprechend dem Bebauungsplan innerhalb von drei Jahren nach Veräußerung realisiert wird oder das Grundstück in unbebautem Zustand weiterveräußert wird (Vermeidung von Spekulationsgewinnen).

Zwar ist bislang nicht entschieden, ob die Ausnahme für „auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenzte Einzelbauvorhaben“ auch greift, wenn die Grundstücksveräußerung mit einer unmittelbaren oder mittelbaren Bauverpflichtung verbunden ist. Jedoch hat das OLG Düsseldorf darauf hingewiesen, dass sich in der Richtlinie 2004/18/EG kein Hinweis auf eine solche Bauverpflichtung finde.³⁴ Darüber hinaus nennt das OLG Düsseldorf in der Entscheidung vom 6.2.2008 die Ausnahme für „Einzelbauvorhaben“ neben dem Ausnahmefall, dass ein Grundstück im Plangebiet eines Angebotsbebauungsplans ohne Bauverpflichtung veräußert wird. Jedenfalls im Fall des „Einzelbauvorhabens“ dürfte daher eine europaweite Ausschreibung auch dann nicht erforderlich sein, wenn der Grundstückskaufvertrag eine Bauverpflichtung ohne nähere Gestaltungsvorgaben enthält. Anderenfalls hätte diese Ausnahme neben der zweiten Ausnahmekonstellation keine Bedeutung.

5. Baukonzession unterhalb der Schwellenwerte

Fall 11:

Die Gemeinde G veräußert ein gemeindeeigenes Grundstück an Investor I und beauftragt ihn, auf dem Grundstück ein Jugendzentrum mit angeschlossenem Sportplatz zu errichten. Das Vorhaben soll im Wesentlichen finanziert werden, indem I das Gebäude und den Sportplatz für Veranstaltungen und Sportereignisse vermietet. Darüber hinaus sind Zuschüsse der G vorgesehen. Der Auftragswert erreicht nicht den maßgeblichen Schwellenwert.

Der Auftrag ist als Baukonzession einzuordnen, denn I erhält als Gegenleistung für die Errichtung des Vorhabens neben einem von G zu zahlenden Entgelt das Recht zur Nutzung durch Vermietung. Insoweit genügt

das Nutzungsrecht, welches I mit Erwerb des Grundstückes als Ausfluss des Eigentums erwirbt.³⁵

Jedoch unterfällt der Auftrag nicht § 99 Abs. 3 GWB, da der maßgebliche Schwellenwert nicht erreicht wird. Auch die Ausschreibung nach dem unterhalb des Schwellenwertes maßgeblichen 1. Abschnitt der VOB/A dürfte nicht erforderlich sein. Denn die für den Anwendungsbereich dieses Abschnitts entscheidende Vorschrift des § 1 VOB/A enthält nicht die Variante der Bauleistung durch Dritte nach den Erfordernissen des Auftraggebers, die hier allenfalls greifen könnte.

V. Ausnahmetatbestand: Ausschließlichkeitsrechte

Darüber hinaus sind Fallgestaltungen vorstellbar, die zwar vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst werden, in denen jedoch das Verhandlungsverfahren ohne Öffentliche Vergabebekanntmachung gem. § 3 a Nr. 6 Satz 1 lit. c VOB/A zur Anwendung kommt, da die Arbeiten „aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können“.

Fall 12:

Das in der Stadt S ansässige Unternehmen U möchte sich in direkter Nachbarschaft zu seiner bereits bestehenden Hauptverwaltung baulich erweitern. Dabei kommt aufgrund betrieblicher Notwendigkeiten nur ein direkt benachbartes städtisches Grundstück in Betracht. S stellt für das Grundstück einen Angebotsbebauungsplan auf, der sich an dem konkreten Vorhaben orientiert, jedoch eine Angebotsbreite vorsieht, und veräußert das Grundstück an U.

Die Grundstücksveräußerung dürfte bereits als „auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelbauvorhaben“³⁶ vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sein. Denn mit der Veräußerung des Grundstückes und seiner Bebauung wird keine erkennbare wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebauliche Funktion erfüllt. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass die zugrunde liegenden Motive der Stadt (Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen, zusätzliche Gewerbesteuererinnahmen) als wirtschaftliche Belange im Sinne der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf aufzufassen sind, so dass bei weiter Interpretation des Merkmals „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet sein könnte.

Jedoch dürfte gem. § 3 a Nr. 6 Satz 1 lit. c VOB/A das Verhandlungsverfahren ohne Öffentliche Vergabebekanntmachung zur Anwendung kommen. Als Ausschließlichkeitsrecht i. S. d. Vorschrift kommt insbe-

³³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008 (Fn.).

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007 (Fn.).

³⁵ S. oben Fall 3.

³⁶ S. oben Fälle 10 und 11.

sondere das Eigentumsrecht in Betracht.³⁷ Der Ausnahmetatbestand greift ein, wenn das Ausschließlichkeitsrecht einem Bieter eine Monopolstellung vermittelt, kraft derer nur er beispielsweise ein Grundstück bebauen kann.³⁸ In dem Beispielfall ist U zwar nicht Eigentümer des zu bebauenden Grundstückes. Stellt man jedoch auf das zu errichtende Bauwerk (Erweiterungsbau für die Hauptverwaltung des U) ab, so dürfte dies U eine so ausgeprägte Sonderstellung vermitteln, dass das Gebäude nicht von einem anderen Investor errichtet werden kann. Daher dürfte es zulässig sein, die Grundstücksveräußerung durch exklusive Verhandlung mit U nach der Ausnahmenvorschrift abzuwickeln.

VI. Verbleibende Grenzfälle

Wenngleich sich zahlreiche Fallkonstellationen nach den Kriterien des OLG Düsseldorf eindeutig in den Anwendungsbereich des Vergaberechts einordnen lassen³⁹, verbleiben Fallkonstellationen mit praktischer Relevanz, für die die Rechtsprechung noch klären muss, ob sie eine Ausschreibungspflicht begründen. Dies gilt u. a. für folgende Fälle:

1. Vermeidung von Umgehungsmöglichkeiten

Fall 13:

Die Stadt S plant die Ansiedlung eines Einkaufszentrums auf einem zentral gelegenen städtischen Grundstück. Sie tritt in Verhandlungen mit mehreren Interessenten ein und entscheidet sich schließlich, das Grundstück an den Investor I zu veräußern. Zu diesem Zweck leitet sie ein Verfahren zur Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nach § 12 BauGB ein, der auf dem Konzept des I beruhen soll. Darüber hinaus entwirft sie einen begleitenden Durchführungsvertrag, der bestimmte Durchführungsverpflichtungen des I vorsieht. Der Entwurf eines Grundstückskaufvertrages enthält eine Investitionsverpflichtung, nach der ein näher bezeichneter Gebäudekomplex binnen einer bestimmten Frist auf dem Grundstück zu errichten ist und die durch ein Rücktrittsrecht der S abgesichert ist.

Nach dem Bekanntwerden des Beschlusses des OLG Düsseldorf vom 13.6.2007 stellt S das Verfahren zur Aufstellung des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes ein und veräußert das Grundstück an I, wobei sie darauf verzichtet, die Investitionsverpflichtung und das Rücktrittsrecht in den Kaufvertrag aufzunehmen.⁴⁰

Der abgeschlossene Grundstückskaufvertrag sieht keine Bauleistung des I, auch nicht die Errichtung „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“, vor.

Des Weiteren hat S kein Entgelt an I zu zahlen. Folglich ist weder die 2. noch die 3. Variante des § 99 Abs. 3 GWB einschlägig. Mithin dürfte diese Konstellation nicht der Ausschreibungspflicht nach dem GWB-Vergaberecht unterfallen.⁴¹

Es ist indes nicht auszuschließen, dass der Fall – und ähnlich gelagerte Fälle – von der im Einzelfall zur Entscheidung berufenen Nachprüfungsinstanz unter Berücksichtigung der Zielrichtung der S, die sich aus den (teilweise abgebrochenen) Vorbereitungen ergibt, abweichend beurteilt wird und die Ausschreibungspflicht bejaht wird. Zwar hat die VK Brandenburg in dem zugrunde liegenden Beschluss entschieden, „die Gründe für den späteren Sinneswandel der Auftraggeberin“ blieben bei der vergaberechtlichen Beurteilung außer Betracht.⁴² Auch die 2. VK Hessen hat in dem ihr zur Entscheidung vorliegenden Fall kein Umgehungsgeschäft erblickt.⁴³ Das OLG Düsseldorf hat jedoch darauf hingewiesen, dass bei der Auslegung des § 99 Abs. 3 GWB zu gewährleisten ist, dass Umgehungsmöglichkeiten vermieden werden.⁴⁴ Vor diesem Hintergrund bleibt abzuwarten, ob die zur Entscheidung über die sofortigen Beschwerden gegen die Beschlüsse der VK Brandenburg und der 2. VK Hessen berufenen Oberlandesgerichte diese Beschlüsse bestätigen werden.

2. Ausschluss einer bestimmten Nutzung im Kaufvertrag

Fall 14:

Die Gemeinde G verfügt über ein Grundstück, das im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes aus den 1970er Jahren liegt. Entsprechend der seinerzeitigen Praxis enthält der Bebauungsplan hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung nur die Festsetzung eines Kerngebietes ohne weitere Differenzierung des Nutzungskataloges des § 7 BauNVO. G möchte das Grundstück an den Investor I veräußern und dabei verhindern, dass auf dem Grundstück Vergnügungsstätten realisiert werden. Deshalb soll der Kaufvertrag einen entsprechenden Nutzungsausschluss enthalten, der zudem durch eine Baulast und eine Dienstbarkeit abgesichert werden soll.

I erhält kein Entgelt für die Bebauung des Grundstückes von G, so dass nur eine Baukonzession in Betracht kommt. Dies setzt zunächst voraus, dass der Investor das Recht zur Nutzung des Bauwerkes erhält und das wirtschaftliche Risiko der Realisierung trägt. Für die Übertragung des Nutzungsrechtes genügt es, dass dieses mit dem Eigentum übertragen wird. I trägt auch – wie jeder Eigentümer – das wirtschaftliche Risiko der Bebauung des Grundstückes.

³⁷ Müller-Wrede, in: Igenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 16. Aufl. 2007, § 3 a VOB/A Rn. 43.

³⁸ Jasper, in: Beck'scher VOB-Kommentar, § 3 a VOB/A Rn. 49.

³⁹ S. o. unter 3.

⁴⁰ Sachverhalt nach VK Brandenburg, Beschluss vom 15.2.2008, VK 2/08.

⁴¹ So VK Brandenburg (Fn.); 2. VK Hessen (Fn. 20).

⁴² VK Brandenburg (Fn.).

⁴³ 2. VK Hessen (Fn. 17).

⁴⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007 (Fn. 13); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008 (Fn. 13).

In der hier relevanten 3. Variante des § 99 Abs. 3 GWB muss die Bebauung ferner gemäß den „vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ erfolgen. Dies ist der Fall, wenn G kraft der vertraglichen Vereinbarung die rechtliche Befugnis erlangt, die Verfügbarkeit im Interesse der öffentlichen und durch die wirtschaftliche oder technische Funktion des Bauvorhabens beschriebenen Zweckbestimmung sicherzustellen und einen Einfluss darauf auszuüben.

Es ist noch ungeklärt, ob die negative Bestimmung wie der Ausschluss einer bestimmten Nutzung (im Beispielfall durch Vergnügungsstätten) hierfür genügt. Zwar hat das OLG Düsseldorf bereits das Einwirken der Gemeinde auf die Bebauung im Interesse „der geordneten städtebaulichen Entwicklung“⁴⁵ ausreichen lassen, um eine Ausschreibungspflicht zu begründen.

Da ein vertraglich fixierter Nutzungsausschluss aber i. E. lediglich eine Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Nutzungskatalogs des § 7 BauNVO ist, dürfte eine derartige Veräußerung einer Ausschreibungspflicht eher nicht unterliegen. Verfolgte Zweckrichtung ist eine nachhaltige und von Sachgründen getragene städtebauliche Entwicklung und nicht die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots in Bezug auf ein zu errichtendes Gebäude.

3. „Flickenteppich“

Fall 15:

Die Gemeinde G führt im Rat Diskussionen über ein neues Einkaufszentrum. Nachdem sich aufgrund eines entsprechenden Auswahlverfahrens ein größerer innerstädtischer Standort herauskristallisiert hat, erwirbt ein potenzieller Investor bereits einen Teil der insoweit benötigten Grundstücke. G fragt sich nun, ob das Projekt mit diesem Investor ohne vorherige Ausschreibung auf Basis eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes mit Durchführungsvertrag realisiert werden kann, wenn weitere städtische Grundstücke zu diesem Zweck an den Investor veräußert werden müssen.

Aufgrund des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes in Verbindung mit dem Durchführungsvertrag hat G die rechtliche Möglichkeit, auf die Errichtung des Einkaufszentrums einzuwirken. Daher bedarf die Veräußerung der städtischen Grundstücke in diesem Zusammenhang gem. § 99 Abs. 3 3. Variante GWB der Ausschreibung.⁴⁶

Soweit kommunale Grundstücke vor Aufstellung des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes und Abschluss des Durchführungsvertrages an den Investor veräußert werden, führt dies nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Vielmehr sind die im Zusammenhang stehen-

den Verträge als Einheit zu betrachten.⁴⁷ Anderenfalls würde die Umgehung des Vergaberechts ermöglicht.⁴⁸

Ist der Investor wie im Fallbeispiel bereits Eigentümer von Grundstücken, die er zuvor von Dritten erworben hat, so unterfällt die Veräußerung angrenzender städtischer Grundstücke, die für die Projektverwirklichung erforderlich sind, zwar dem Vergaberecht. Es sprechen jedoch gute Gründe für die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Öffentliche Vergabebekanntmachung gem. § 3 a Nr. 6 Satz 1 lit. c VOB/A. Der Ausnahmetatbestand setzt voraus, dass das Eigentum an den benachbarten Grundstücken als Ausschließlichkeitsrecht dem Investor eine Monopolstellung vermittelt, die die exklusive Verhandlung mit ihm rechtfertigt.⁴⁹ Dies dürfte gut vertretbar sein, da das geplante Vorhaben ohne Einbeziehung der im Eigentum des Investors befindlichen Grundstücke nicht verwirklicht werden kann.

VII. Ausblick

Wie die Entscheidung der 2. VK Hessen⁵⁰ gezeigt hat, ist die Diskussion um die Veräußerung von öffentlichen Grundstücken an Investoren noch nicht abgeschlossen. Die Vergabekammer ist der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf insbesondere in zwei Punkten entgegengetreten:

- **Nach Auffassung der 2. VK Hessen setzt ein öffentlicher Auftrag einen Beschaffungsvorgang zwingend „als Selbstverständlichkeit“ voraus. Die Erforderlichkeit eines Beschaffungsvorgangs sei dem Vergaberecht immanent. Dabei könne der öffentliche Auftraggeber den Zweck seiner Beschaffung und die Ziele, die er damit verfolgt, d.h. seinen Bedarf, selbst bestimmen. Die Frage, ob eine Beschaffung vorliege, sei daher nicht mit der Frage, ob die Beschaffung im Allgemeininteresse erfolge, verknüpft.**
- **Im Rahmen der Baukonzession sei zwischen dem Recht zur Nutzung des Grundstücks, das dem Investor ggf. mit dem Eigentum von dem öffentlichen Auftraggeber übertragen werde, und dem Recht zur Nutzung des Bauwerks zu unterscheiden. Letzteres folge in den einschlägigen Konstellationen in der Regel aus dem Eigentum des Investors an dem Bauwerk und werde ihm nicht von dem öffentlichen Auftraggeber übertragen. Daher fehle es in diesen Fällen an der Entgeltlichkeit des Auftrags, so dass der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet sei.**

Nach alledem bleibt die weitere Entwicklung, insbesondere im Hinblick auf die bevorstehende Modernisierung des vierten Teils des GWB, abzuwarten (Siehe diesbezüglich auch die Ausführungen unter Kapitel G: Rechtspolitische und gesetzgeberische Aktivitäten).

⁴⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007 (Fn.).

⁴⁶ S. im Einzelnen oben Fall 3.

⁴⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007 (Fn.).

⁴⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008 (Fn.).

⁴⁹ Siehe bereits oben Fall 13.

⁵⁰ Siehe oben Fn. .

D. Anforderungen an die Baukonzession

(Autoren: Dr. Alexander Kus / Dr. Frank Verfürth)

I. Allgemeines

Sofern es sich bei den hier in Rede stehenden Investorenfällen mit Grundstücksveräußerungen um **Baukonzessionen** handelt,¹ stellt sich die Frage der richtigen und möglichst flexiblen Vergabeart. Flexibel deshalb, weil die weit überwiegenden Fälle der Investorenprojekte einen Ideenwettbewerb mit Investoren-Know-how verlangen, die wirtschaftliche Risikoübernahme durch den Investor (= Wesensmerkmal der Konzession) gefordert und die Finanzierung vom Investor bereitgestellt wird. „Starre“ Verfahrensarten wie die öffentliche Ausschreibung/Offenes Verfahren und die Beschränkte Ausschreibung/Nichtoffenes Verfahren sind bis auf einfach gelagerte Fällen daher grundsätzlich nicht geeignet, das beste Ergebnis hervorzubringen, weil über Preis und Leistung, insbesondere die Einzelheiten der Projektausrichtung Risikoübernahme, nicht verhandelt werden darf. Dies vorausgeschickt gestalten sich die Möglichkeiten wie folgt, getrennt betrachtet nach nationaler und europaweiter Vergabe.

1. Nationale Vergabe: Zumeist Freihändiges Verfahren

Solange und soweit der nach dem 1.1.2008 geltende Schwellenwert (zur näheren Berechnung s. unten) von 5150 000 Euro netto geschätzter Gesamtauftragswert nicht erreicht wird, ist eine sog. nationale Vergabe durchzuführen. Hierfür maßgebend sind allein die Vorschriften der Basisparagraphen der VOB/A (sog. erster Abschnitt). Die Vergabevorschriften des GWB und der Vergabeverordnung finden hier keine Anwendung. § 32 VOB/A behandelt expressis verbis die Baukonzession. Nach Nr. 2 der Vorschrift heißt es ausdrücklich, dass für die Vergabe von Baukonzessionen die Basisparagraphen 1 - 31 sinngemäß anzuwenden sind. Sinngemäß bedeutet, dass das Verfahren sich soweit als möglich nach dem richtet, was für den klassischen Bauvertrag geregelt wird.

Der deutlichste Unterschied besteht darin, dass der Konzessionsnehmer keine Vergütung erhält, sondern anstelle dessen die Berechtigung zur Nutzung der baulichen Anlage. Deshalb gelten die Paragraphen, die sich mit der Vergütung des Anbieters befassen, nicht.² Auch die Grundregeln des § 9 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A, dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden und die Leistungsbeschreibung erschöpfend

für eine sichere Preisgestaltung aufzustellen, gelten selbstverständlich nicht, da die wirtschaftliche Risikoübernahme durch den AN gerade eines der Wesensmerkmale der Baukonzession ist.³

Dieses Wesensmerkmal der wirtschaftlichen Risikoübernahme führt auch zur sinngemäßen und nicht etwa uneingeschränkten Geltung der Vorschrift des § 3 VOB/A für die Verfahrensarten. Denn wer das wirtschaftliche Risiko für die Amortisation seines Investments übernimmt, kann sich schlechterdings keiner Leistungsbeschreibung im Sinne des § 9 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A gegenüber sehen, die das Risiko eindeutig und erschöpfend und für eine preissichere Gestaltung beschreibt, weshalb auch für die Verfahrensart bei Baukonzessionen in den weit überwiegenden Fällen von vornherein nur die Freihändige Vergabe nach § 3 Nr. 4 d VOB/A in Betracht kommt (Leistung lässt sich nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht eindeutig und erschöpfend festlegen).

In einfach gelagerten Fällen bietet sich ggf. noch die Beschränkte Ausschreibung nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb nach § 3 Nr. 3 Abs. 2 a (außergewöhnliche Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit) bzw. b (außergewöhnlich hoher Angebotsbearbeitungsaufwand) VOB/A an. Das herkömmliche Regel-Ausnahme-Schema der Verfahrensarten (öffentliche Ausschreibung vor beschränkter Ausschreibung vor Freihändiger Vergabe) gilt bei der Baukonzession jedoch nicht.

2. Europaweite Vergabe: Verhandlungsverfahren oder Wettbewerblicher Dialog

Während für die nationale Vergabe die Rechtslage für die anzuwendende Verfahrensart aufgrund von § 32 Nr. 2 VOB/A eindeutig geregelt ist, ist das für die europaweite Vergabe von Baukonzessionen nicht der Fall. Hier ist zunächst der Blick auf § 32 a VOB/A zu richten. Die Vorschrift behandelt in Nr. 1 die Vergabe der Baukonzession auf „erster Stufe“, d. h. durch den öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 – Nr. 3 GWB. Nr. 2 und Nr. 3 regeln die Vergabe „auf zweiter Stufe“, d. h. die Auftragsvergabe des Baukonzessionärs an Dritte, wobei Nr. 2 den privaten Baukonzessionär anspricht, dessen öffentliche Auftraggebereigenschaft durch § 98 Nr. 6 GWB bestimmt wird, und Nr. 3 den öffentlichen Baukonzessionär, der zugleich öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 - 3 GWB ist. Die letztgenannten Fälle behandeln wir hier nicht.

¹ Das ist nicht unumstritten, da z.B. nach der Europäischen Kommission Baukonzessionen befristeter Natur sind, ferner keine dauerhafte, endgültige Eigentümerstellung eingeräumt wird, vgl. z. B. BGH, NZBau 2005, 290, 294; OLG Celle, NZBau 2005, 51; Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB-Kommentar, § 32, Rdn. 17.

² § 5, 6, 15, 23 Nr. 3 und 4 VOB/A, vgl. Merkens, a.a.O., § 32, Rdn. 20.

³ Portz/Düsterdiek in: Ingenstau/Korbion, § 32, Rdn. 33.

Für die Vergabe der Baukonzession besagt § 32 a Nr. 1 VOB/A, dass „die a-Paragraphen nicht anzuwenden (sind), ausgenommen die Regelungen nach den Absätzen 2 - 4.“ Diese Negativregelung wird zumeist dahingehend verstanden, dass außer der Bekanntmachungspflicht nach § 32 a Nr. 1 Abs. 2 - 4 VOB/A die Basisparagrafen und damit die dort geregelten Verfahrensarten Anwendung finden.⁴ Dabei wird jedoch übersehen, dass aufgrund der Negativabgrenzung auch § 1 a VOB/B nicht gilt, der ja bestimmt, dass beim zweiten Abschnitt die a-Paragraphen und die Basisparagrafen anzuwenden sind. Damit geht das Bindeglied zwischen Basis- und a-Paragraphen verloren. Also gelten auch die Basisparagrafen nicht, sondern nur die Bekanntmachungsgrundsätze nach § 32 a Nr. 1 Abs. 2 - 4 VOB/A, freilich ergänzt durch die Grundprinzipien des EG-Primärrechts (Transparenz, Wettbewerb, Diskriminierungsverbot, Gleichbehandlung, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Grundsatz der Begründungspflicht bei ablehnenden Entscheidungen)⁵.

Erst diese Auslegung gibt der Negativabgrenzung des § 32 a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A Sinn, und entspricht zum einen der Auffassung der Europäischen Kommission in ihrer Mitteilung aus dem Jahr 2000 über Konzessionen (200 C 121/02), zum anderen auch dem Vergaberichtlinienrecht Art. 56 ff. VKR. Danach bieten sich von vornherein die flexiblen Verfahrensarten des **Verhandlungsverfahrens** oder des **Wettbewerblichen Dialogs** an, die der Konzessionsgeber wählen kann.

Nur scheinbar im Widerspruch steht dagegen die Regelung des § 6 Abs. 1 VgV. Satz 1 der Vorschrift regelt ausdrücklich, dass für öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 - 3, 5 und 6 GWB⁶ auch für Baukonzessionen der zweite Abschnitt der VOB/A anzuwenden ist, wobei, und das ist das Entscheidende, nur für die in § 98 Nr. 6 GWB genannten Auftraggeber (private Baukonzessionäre) einschränkend die Bestimmungen gelten, die auf diese Auftraggeber im zweiten Abschnitt der VOB/A Bezug nehmen (§ 32 a Nr. 2 VOB/A). Das bedeutet im Umkehrschluss, dass für die in Satz 1 genannten öffentlichen Auftraggeber der zweite Abschnitt der VOB/A umfassend gilt, d.h. die Basisparagrafen und a-Paragraphen. Vom Wortlaut her ist dies ein Widerspruch zu der in der Gesetzeshierarchie nachrangigen Vorschrift des § 32 a Nr. 1 VOB/A, s. o.

In der Sache führt dies jedoch zum gleichen Ergebnis. Denn wenn auch die Basisparagrafen gelten, gilt § 32 VOB/A mit seiner sinngemäßen Anwendung der Vorschriften über die Verfahrensarten bei der Vergabe von Baukonzessionen. Das führt zunächst zum Verhand-

lungsverfahren. Des Weiteren ist ohne weiteres der Wettbewerbliche Dialog anzuwenden, da nach dem Verständnis des § 6 Abs. 1 VgV der zweite Abschnitt eben umfassend gilt, und so auch § 3 a Nr. 4 VOB/A. Folglich gilt im Ergebnis auch bei Betrachtung des § 6 Nr. 1 VgV das oben Ausgeführte, so dass grundsätzlich das Verhandlungsverfahren nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb wegen der zumeist vorliegenden Unmöglichkeit der eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung und Wagnisse (§ 3 a Nr. 5 c VOB/A) oder der Wettbewerbliche Dialog wegen der besonderen Komplexität (§ 3 a Nr. 4 VOB/A) in Frage kommen. In einfach gelagerten Fällen kann sich auch das Nichtoffene Verfahren nach Teilnahmewettbewerb aus den oben bereits genannten Gründen anbieten.

II. Schwellenwertberechnung

Zur Bestimmung des Anwendungsbereiches der europaweiten Vergabe ist nach § 100 Abs. 1 GWB der Schwellenwert zu bestimmen. § 3 Abs. 1 VgV bestimmt insoweit, dass bei der Schätzung des Auftragswertes von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorge-sehene Leistung einschließlich etwaiger Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter auszugehen ist, wobei nach Absatz 2 der Vorschrift der Wert eines beabsichtigten Auftrages nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden darf, ihn der Anwendung der europaweiten Vergabe zu entziehen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung ist der Tag der Absendung der Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens, § 3 Abs. 10 VgV. Die Baukonzession ist ein Unterfall des Bauauftrages, so dass der Schwellenwert von 5150 000 Euro netto nach § 2 Nr. 4 VgV maßgebend ist, vgl. auch § 32 a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A.

Da der Investor von der Kommune aber keine Vergütung erhält, ist bei Baukonzessionen der Auftragswert regelmäßig schwer zu bestimmen. Der Investor erhält als Gegenleistung das Recht zur Nutzung der baulichen Anlage. Er übernimmt dabei das wirtschaftliche Risiko. Aus der maßgebenden Sicht eines Investors⁷ müsste also an sich das Nutzungsrecht mit all denjenigen wertbestimmenden Faktoren gleichgesetzt werden, die auch die Refinanzierungs- bzw. Amortisationsüberlegungen des Investors bezogen auf seine Gesamtinvestition ausmachen. Anders betrachtet hätte der Investor kein Interesse an dem Erwerb eines Grundstücks zur Realisierung seines Bauprojektes. Folglich könnte man daran denken, auch den **Grundstückswert bzw. -kaufpreis** und den Wert aller Planungs- und Bauleistungen nebst ggf. auch Zinsaufwendungen für die Finanzierung maßgebend sein zu lassen, oder alternativ einen bestimmbaren Nutzungs-

⁴ So z. B. OLG Düsseldorf in der Fliegerhorst Ahlhorn-Entscheidung; Franke u.a., VOB-Kommentar, § 32 a, Rdn. 12; Portz/Düsterdiek, in: Ingenstau/Korbion, § 32 a VOB/A, Rdn. 5; Höfler, WuW 2000, 136 (141).

⁵ So auch Schabel, Anm. zu OLG Düsseldorf vom 12.12.2007 „Wuppertal“, VergabeR 2008, 99, 104.

⁶ Sektorenauftraggeber, § 98 Nr. 4 GWB, sind davon ausgenommen.

⁷ Vgl. EuGH, NZBau 2007, 185, 188 – „Stadt Roanne“.

erlös (z. B. Miete). Das OLG Düsseldorf hat jedoch in seinem Streitwertbeschluss zur Ahlhorn-Entscheidung den Auftragswert erheblich begrenzt, nämlich auf die Leistungen, die dem Vergaberecht unterliegen (Planungs- und Bauleistungen). Den Grundstückswert hat es dagegen von der Betrachtung ausgenommen.⁸ In der „Oer-Erkenschwick“-Entscheidung hat es den Auftragswert sogar noch niedriger angesetzt, da es die Planungs- und Erstellungskosten dem Verwertungserlös gleichgesetzt hat, und hiervon die Erstehungskosten (des Grundstückes) wieder abgezogen hat.

III. Die Verfahren im Einzelnen

1. Das Verhandlungsverfahren

Gerade das flexible Verhandlungsverfahren ist in besonderer Weise für die Vergabe von Baukonzessionen bei kommunalen Grundstücksgeschäften mit Bauverpflichtung geeignet. Das Verhandlungsverfahren ist nämlich dadurch geprägt, dass nicht nur Preisverhandlungen, sondern auch solche über den Angebotsinhalt gestattet sind.⁹ Der Leistungsgegenstand muss also nicht bereits in der Ausschreibung in allen Einzelheiten festgeschrieben sein.

Das Verhandlungsverfahren beginnt mit der vorherigen öffentlichen Vergabebekanntmachung und der Durchführung eines öffentlichen Teilnahmewettbewerbs, und führt dann über die eigentlichen Auftragsverhandlungen zur Zuschlagserteilung an denjenigen Bieter, der sich im Zuge der Verhandlungen mit seinem wirtschaftlichsten Angebot durchgesetzt hat.

Der vorgeschaltete und formalisierte Teilnahmewettbewerb dient dem Auftraggeber dazu, aus der vorhandenen Anzahl von Bewerbern diejenigen Teilnehmer auszuwählen, mit denen er in Verhandlungen über den Auftragsinhalt eintreten möchte. Die Auswahl erfolgt nach der jeweiligen Eignung der Bewerber. Art und Umfang der Bekanntmachung von Eignungskriterien sowie die Durchführung des diesbezüglichen Wertungsverfahrens haben wir nachstehend zusammengefasst dargestellt. Die Durchführung der eigentlichen Verhandlungen über die Auftragsbedingungen, den Angebotsinhalt und den Preis sollten strukturiert und aus Gründen bestmöglicher Effizienz abgestuft durchgeführt werden. Verhandeln heißt in diesem Zusammenhang, dass Auftraggeber und potentielle Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen solange besprechen, bis klar ist, wie die Leistung ganz konkret beschaffen sein soll, zu welchen Konditionen der Auftragnehmer diese liefert und grundsätzlich insbesondere auch, zu welchem Preis geliefert wird.¹⁰

Die Vergabestelle hat im Verhandlungsverfahren bei der Entscheidung, mit welchen Bietern sie nach Abgabe der Angebote Nachverhandlungen beginnt und zum Abschluss bringt, unter Beachtung der Wettbewerbs- und Transparenzprinzipien und des Gleichbehandlungsgebotes einen nur eingeschränkt überprüfbaren Ermessensspielraum. Zu beachten ist aber, dass nach der Rechtsprechung in sinngemäßer Anwendung des § 3a Nr. 7 Abs. 2 VOB/A auch in der Schlussphase noch so viele Angebote vorliegen müssen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.¹¹ Dies ist nur bei Vorliegen mindestens zweier Angebote der Fall, so dass unter Anwendung dieses Grundsatzes das preferred-Bidder-Verfahren, bei dem Verhandlungen nur mit einem einzigen Bieter geführt werden, unzulässig ist. Zulässig ist es aber, nach Abschluss einer letzten Verhandlungsrunde letzte Details allein noch mit dem Bieter zu verhandeln, der den Zuschlag erhalten soll (Zuschlagsverhandlungen).

Dem Auftraggeber steht es frei, wie viele Verhandlungsrunden er führt und wie viele Bieter er hieran beteiligen möchte. Am verfahrenswirtschaftlichsten ist es, möglichst wenige Verhandlungsrunden zu führen (also im Idealfall nur eine) und diese auch nur mit den zwei bestplatzierten Bietern zu führen. Aus Gründen bestmöglicher Transparenz hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen deutlich zu machen, in welcher Form er die Verhandlungen zu führen gedenkt (vgl. auch Art. 30 Abs. 4 S. 2 Richtlinie 2004/18/EG). Von der angekündigten Verfahrensgestaltung darf ein Auftraggeber nicht überraschend oder willkürlich abweichen.¹² Zu empfehlen ist darüber hinaus, dass zu Beginn sowie zum Ende einer jeden Verhandlungssitzung der Stand des Vergabeverfahrens und die weiteren Vergabeschritte dem Bieter erläutert werden. Erläuterungen und Nachfragen sollten entsprechend dokumentiert werden.

Am Ende der Verhandlungsrunden sollten die beiden verbliebenen Bieter aufgefordert werden, innerhalb einer vom Auftraggeber zu bestimmenden Frist ein letztes, überarbeitetes und optimiertes Angebot („**last and final offer**“) abzugeben. Dieses ist dann anhand der vorher bekannt gemachten Zuschlagskriterien (s. u.) zu werten, so dass im Ergebnis nur ein zuschlagsfähiges Angebot verbleibt.

Spätestens jetzt sind die nicht für den Zuschlag vorgesehenen Bieter nach § 13 VgV über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihrer Angebote zu informieren. Nach Ablauf von 14 Kalendertagen nach dem Tag der Absendung der Information kann der Zuschlag, sofern nicht ein

⁸ Beschluss vom 27.9.2007, Az. VII-Verg 2/07.

⁹ OLG Düsseldorf, 5.7.2006, Verg 21/06; VK Hessen, 16.7.2004, 69 d-VK-39/2004; BGH, NZBau 2006, 797.

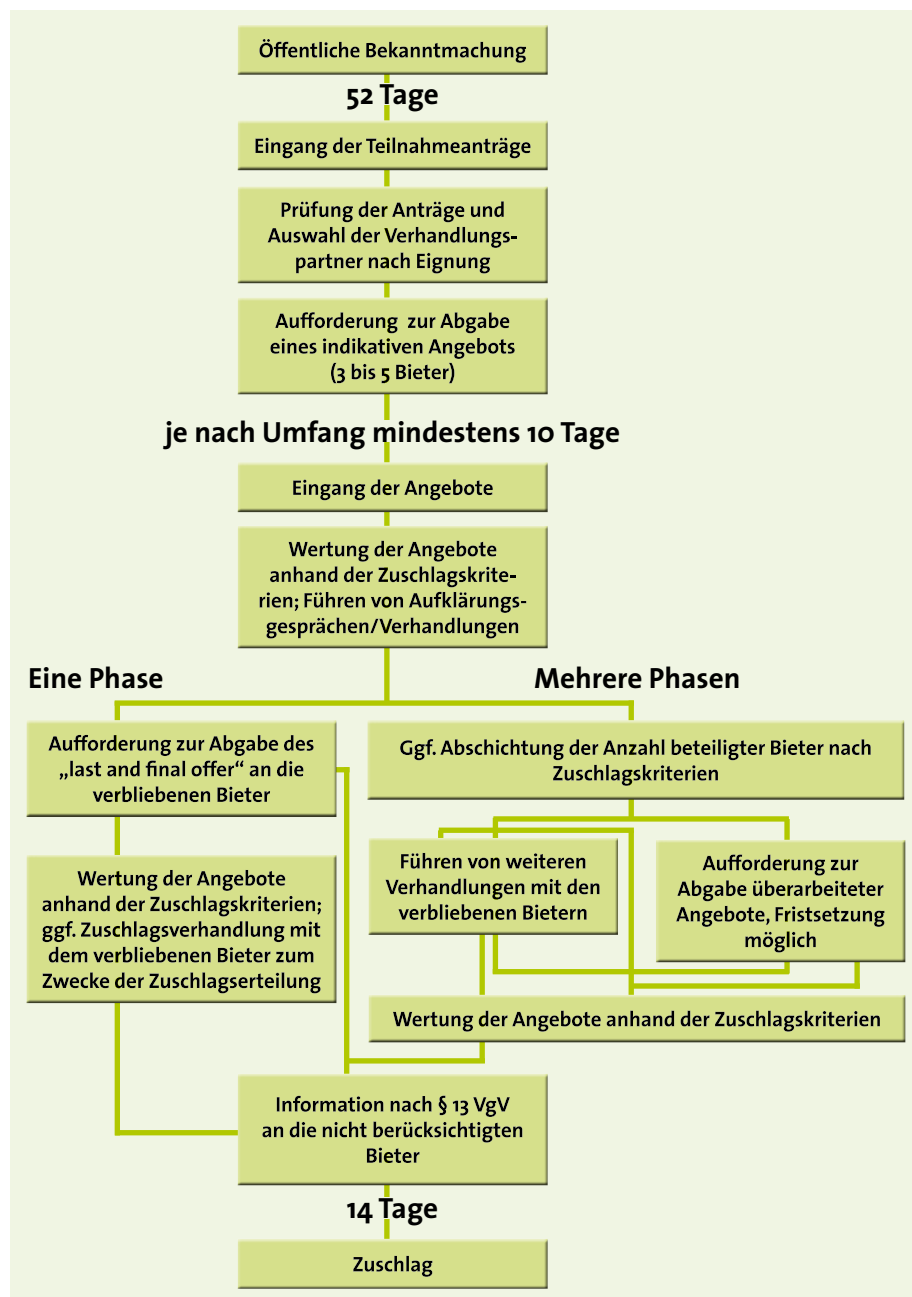
¹⁰ OLG Celle, 16.1.2002, 13 Verg 1/02.

¹¹ OLG Düsseldorf, 13.6.2007, VII Verg 2/07, NZBau 2007, 530 (536).

¹² OLG Düsseldorf, 5.7.2006, Verg 21/06; OLG Frankfurt a.M., 14.4.2001,

11 Verg 1/01.

Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens an den Auftraggeber zugestellt worden ist, erteilt werden. Die grundsätzliche Struktur des Verhandlungsverfahrens ist in nachstehendem Schaubild noch einmal verdeutlicht.



2. Der Wettbewerbliche Dialog

Neben dem Verhandlungsverfahren kann in Fällen besonderer Komplexität auch das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs zur Anwendung kommen. Von einer besonderen Komplexität wird man im Regelfall bei umfangreichen Investorenvorhaben ausgehen können (Einzelfallprüfung durchführen!).

Der Vorteil gegenüber dem Verhandlungsverfahren kann bei einem wettbewerblichen Dialog darin liegen, dass der öffentliche Auftraggeber und der Investor von der ersten Startphase des Dialoges an die Lö-

sung planerisch gemeinsam unter Zuhilfenahme des Investor-Know-hows entwickeln kann, ohne in das „Korsett“ einer funktionalen Leistungsbeschreibung, konkretisiert durch abgegebene Angebote, eingebunden zu sein, wie es in der nach Abschluss der Ange-

botsphase anschließenden Verhandlungsphase des Verhandlungsverfahrens der Fall ist.¹³

Der Wettbewerbliche Dialog teilt sich in die drei Phasen des Teilnahmewettbewerbs, der anschließenden Dialogphase und schließlich der Angebots- und Zuschlagsphase auf. Bei der Baukonzession besteht die Besonderheit, dass der Teilnahmewettbewerb 52 Kalendertage anstatt 37 Kalendertage beträgt. In der Bekanntmachung sind die Eignungskriterien und ihre Gewichtung anzugeben. Die Dialogphase kann zweigeteilt ablaufen, wobei mit mindestens drei Dialogteilnehmern gestartet werden muss, und wegen der Gesetzesvorgabe, dass echter Wettbewerb noch am Schluss des Wettbewerblichen Dialoges bestehen muss, in der letzten Dialogphase noch mindestens zwei Dialogteilnehmer verbleiben müssen.

Mehr als zwei Dialogphasen sind erfahrungsgemäß nicht notwendig. Bei den (getrennt zu führenden) Gesprächen der ersten Dialogphase ist die Aufgabenstellung zu konkretisieren,

und sind die Auswahlkriterien für die Wertung am Schluss der ersten Dialogphase nochmals mitzuteilen. Ebenso verläuft die zweite Dialogphase, wobei hier die Auswahlkriterien aufgrund der bisherigen Ergebnisse näher präzisiert werden können, ohne sie jedoch abzuändern. Die Dialogphase schließt ab mit jeweils einem Vorschlag der verbliebenen Investoren. Sind

¹³ Zur Bindung an die Vorgaben der Leistungsbeschreibung im Verhandlungsverfahren vgl. nur BGH, NZBau 2006, 797; OLG Stuttgart, VergabeR 2004, 384 ff.; OLG Frankfurt, VergabeR 2006, 212, 219; OLG München, VergabeR 2005, 802.

Wettbewerblicher Dialog

■ Ablauf des Wettbewerblichen Dialoges

- **Teilnahmewettbewerb** nach europaweiter Bekanntmachung auf Basis einer Kurz-Beschreibung der Bedürfnisse und der hierfür geforderten Eignung
- **Dialogphase:** Kooperatives Planen / Entwickeln der „besten Lösung(en)“ für den AG, ggf. mit Budgetbetrachtungen („Preisverhandlungen“), beginnend mit mind. 3, endend mit mind. 2 Dialogteilnehmern. Aufteilung in 2 Phasen empfehlenswert (Grobklärung und Feintuning). Vorherige Bekanntgabe der Auswahlkriterien; Know-how-Schutz, angemessene Kostenerstattung
- **Angebotsphase:** Angebotslegung auf jeweils (eigene) beste Lösung der 2 verbliebenen Dialogteilnehmer; keine Preis- und Leistungsverhandlungen mehr
- **Abschluss:** Vorabinformation nach § 13 VgV und Auftragserteilung nach Zuschlagskriterien auf wirtschaftlichstes Angebot

diese nach Auffassung des Auftraggebers geeignet („beste Lösung“), schließt sich die Angebotsphase an, in der über Preis und Leistung nicht mehr verhandelt werden darf. Nach Auswertung und Vorabinformation (§ 13 VgV) wird der Zuschlag erteilt.

IV. Eignung

Aus § 32 a Nr. 1 Abs. 4 VOB/A ergibt sich, dass dem Verfahren zur Vergabe einer Baukonzession ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet ist. In einem solchen Teilnahmewettbewerb werden diejenigen Bieter ausgewählt, die sodann berechtigt sind, weiterhin am Vergabeverfahren teilzunehmen. Die Auswahl erfolgt anhand der Eignung der Bewerber, wobei die Eignung sich anhand der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beurteilt.

Bei kommunalen Grundstücksgeschäften werden häufig Bietergemeinschaften einen Teilnahmeantrag stellen, weil die Bereiche Bau, Betrieb und Finanzierung einer Transaktion nur selten von einem Unternehmen alleine in ausreichendem Maße gewährleistet werden kann. Bietergemeinschaften müssen die Zuverlässigkeit für jedes Bietergemeinschaftsmitglied gesondert nachweisen, für alle übrigen Eignungskriterien reicht es aus, wenn eines der Bietergemeinschaftsmitglieder einen entsprechenden Eignungsnachweis erbringt.

Auftraggeber sollten sich bereits vor der Bekanntmachung überlegen, welche Nachweise in Bezug auf die Eignung der Bieter mit dem Teilnahmeantrag vorgelegt werden sollen. Ein Abweichen im späteren Verlauf des Verfahrens von den mit der Bekanntmachung

bekannt gemachten Anforderungen, insbesondere ein Verzicht auf zunächst geforderte Nachweise, ist unter dem Aspekt des Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatzes problematisch¹⁴.

Im Falle kommunaler Grundstücksgeschäfte ist insbesondere das Fordern einer Referenzliste für vergleichbare Leistungen unabdingbar. Die Referenzen sollten auf einen Zeitraum von drei bis maximal fünf Jahren vor Angebotsabgabe begrenzt werden. Ebenso unabdingbar ist eine Eigenerklärung des Bieters über seine Zuverlässigkeit und darüber, dass Ausschlussgründe nach Art. 48 Abs. 2 a) - e)¹⁵ der Koordinierungsrichtlinie (2004/18/EG) nicht bestehen. Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sollte der Bewerber Nachweise zu Gewinn und Umsatz der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre durch Vorlage der (ggf. vorläufigen) Jahresabschlüsse erbringen.

Soweit ein erheblicher Finanzierungsaufwand auf Seiten des Bieters zu erwarten ist, können Kapitalnachweise zum Beispiel in Form einer Finanzierungszusage eines europäischen Bankinstituts etc. abgefordert werden. Steht und fällt das Konzept mit der späteren Nutzung durch bestimmte Nutzungsarten (zum Beispiel die Nutzung als Einkaufszentrum), kann auch eine Absichtserklärung (letter of intent) eines Endnutzers als Nachweis verlangt werden.

Für die Auswahl der Bewerber für das weitere Vergabeverfahren sollte der Auftraggeber sich schließlich eine Bewertungsmatrix schaffen, mittels derer er transparent und nachvollziehbar die geeigneten Bewerber ermitteln kann. Alle abgeforderten Eignungsnachweise sollten in einer Matrix auch einer differenzierten Bewertung unterzogen werden, anderenfalls droht die Aufhebung des Verfahrens¹⁶.

V. Zuschlagskriterien

Nach § 32 a Nr. 1 Abs. 2 VOB/A hat die Bekanntmachung nach Anhang X der Verordnung (EG) Nr. 15 64/2005 zu erfolgen. Nach Erwägungsgrund 2 dieser Verordnung müssen Bekanntmachungen die Angaben enthalten, die in der VKR genannt sind. Für die Vergabe der Baukonzession gilt Anhang X (Standardformular 10). Danach sind die Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung anzugeben, was der Vergleich zu der Bekanntmachung gemäß Anhang II (Standardformular 2) zur Vergabe von Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen zeigt. Bei letzterem können die Zuschlagskriterien auch erst in den Ausschreibungsunterlagen benannt werden.

¹⁴ Das OLG Düsseldorf, 25.11.2002, Verg 56/02 hält ein Abweichen neben § 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A auch deshalb für unzulässig; OLG Düsseldorf vom 2.5.2007, Verg 1/07; a.A.: OLG Schleswig, 22.5.2006, 1 Verg 5/06.

¹⁵ Die Aufzählung entspricht im Wesentlichen § 8 Nr. 5 Abs. 1 a) – f) VOB/A.

¹⁶ OLG München, 26.6.2007, Verg 6/07.

Eignungskriterien	Wichtung	Punkte	Bemerkung
1. Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit	20 %		
• Gesamtumsatz der letzten 3 Jahre	10 %	0 - 5	Wichtung x Punkte
• Finanzierungsnachweis eines europäischen Bankinstituts	10 %	0 - 5	Wichtung x Punkte
2. Fachliche Eignung	60 %		
• In den letzten Jahren erbrachte vergleichbare Leistungen (Referenzen)	30 %	0 - 5	Wichtung x Punkte
• Besondere Projekterfolge (Auszeichnungen, Wettbewerbe etc.)	2 %	0 - 5	Wichtung x Punkte
• Führungskräfte	5 %	0 - 5	Wichtung x Punkte
• Anzahl Mitarbeiter	10 %	0 - 5	Wichtung x Punkte
• Technische Ausstattung mit Bezug und Projekt	10 %	0 - 5	Wichtung x Punkte
• QM / Zertifizierung	3 %	0 - 2	Wichtung x Punkte
Summe der Punkte	_____	_____	_____

Gleiches gilt für die Gewichtung der Zuschlagskriterien.

Die Kriterien sind stets auf das konkrete Projekt abzustimmen. Als Hauptkriterien können beispielsweise das Nutzungskonzept, die städtebauliche Einbindung und gestalterische Umsetzung, das Finanzierungskonzept sowie das Grundstückskaufpreisgebot gewählt werden, wobei es sich anbietet, ein Mindestkaufpreisgebot vorzugeben, und bei geringeren Geboten den Ausschluss vom Verfahren vorzusehen. Diese Hauptkriterien können mit Unterkriterien versehen werden, die

wiederum gewichtet werden. So kann beispielsweise bei der städtebaulichen Einbindung die Qualität des Konzeptes, die Qualität der Architektur, die Stadtbildverträglichkeit und Umweltverträglichkeit, die Funktionalität der Erschließung sowie die Freiraumgestaltung gewählt werden. In engen Grenzen ist es zudem erlaubt, nachträglich Präzisierungen vorzunehmen, solange und soweit die ursprünglich gefassten Kriterien inhaltlich nicht verändert werden, was eine Verletzung des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes bedeuten würde.¹⁷

¹⁷ EuGH, VergabeR 2006, 202 – „ATI la Linea“; EuGH vom 24.1.2008, C-532/06 – „Lianakis“.

E. Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Vergaberecht

(Autor: Dr. Hendrik Röwekamp)

I. Allgemeines

Es lässt sich feststellen, dass nach der gegenwärtigen Gesetzeslage und Rechtsprechung nicht per se von einer grundsätzlichen Nichtigkeit von Verträgen auszugehen ist, wenn ein öffentlicher Auftraggeber entgegen entsprechender Verpflichtung einen öffentlichen Auftrag ohne vorherige europaweite Bekanntmachung und Durchführung eines Vergabeverfahrens vergibt.¹ Ob das Unterlassen einer europaweiten Bekanntmachung bzw. eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens eine Unwirksamkeit geschlossener Verträge zur Folge hat, ist vielmehr nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. So ist insbesondere von Bedeutung, ob ein Auftraggeber nur von einem oder mehreren Interessenten ein Angebot eingeholt hat und ob es darüber hinaus weitere Unternehmen gibt, die ein Interesse am Auftrag angezeigt haben. Weiter ist zu berücksichtigen, ob die Vertragsparteien bei Vertragsschluss Kenntnis von einem Verstoß gegen Vergabebestimmungen hatten oder sich einer entsprechenden Kenntnis jedenfalls mutwillig verschlossen. Je nach Fallkonstellation kann sich eine Unwirksamkeit des Vertrages aus einer analogen Anwendung von § 13 Satz 6 VgV oder § 138 Abs. 1 BGB (Sittenwidrigkeit) ergeben.

II. Nichtigkeit gemäß § 13 Satz 6 VgV analog

Nach § 13 Vergabeverordnung (VgV) hat der Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, mindestens 14 Kalendertage vor dem beabsichtigten Vertragsschluss über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll sowie über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots zu informieren. Wird ein Vertrag vor Ablauf dieser Stillhaltefrist oder gar ohne Vorinformation geschlossen, ist er nichtig (§ 13 Satz 6 VgV).

Die Vorinformationspflicht nach § 13 VgV findet nur dann unmittelbare Anwendung, wenn ein Auftraggeber tatsächlich ein Vergabeverfahren nach den einschlägigen Vergabebestimmungen durchgeführt hat. Nach der Rechtsprechung insbesondere auch des Bundesgerichtshofs soll § 13 VgV allerdings entsprechende

Anwendung finden, wenn es bei der Vergabe eines Auftrags, der dem sachlichen Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB unterfällt, überhaupt zur Beteiligung mehrerer Unternehmen gekommen ist, die Angebote abgegeben haben, und der öffentliche Auftraggeber eine Auswahl unter diesen Unternehmen trifft. Eine etwaige Unkenntnis von der Notwendigkeit eines geregelten Vergabeverfahrens, weil der Auftraggeber etwa verkannt hat, dass er öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB ist, dass der beabsichtigte Vertragsschluss einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB zum Gegenstand hat oder der Vertrag den Schwellenwert erreicht oder übersteigt, soll einer entsprechenden Anwendung von § 13 VgV nicht entgegen stehen.

Weiter ist zu beachten, dass ein „Bieterstatus“ im Sinne von § 13 VgV mit der Folge einer Benachrichtigungspflicht bereits dadurch begründet werden soll, dass ein Unternehmen gegenüber dem Auftraggeber sein Interesse am Erhalt des Auftrags bekundet.² Die Informationspflicht knüpft also nicht an die Gelegenheit zur Abgabe eines Angebots. Vor diesem Hintergrund erklärt sich die verbreitete Praxis potentieller Bieter oder auch Störer eines Veräußerungsprozesses, der veräußernden Kommune rein vorsorglich ihr Interesse am Erwerb des Grundstücks anzuzeigen. Versäumt es die Kommune dann, das entsprechende Unternehmen entsprechend den Vorgaben des § 13 VgV über den beabsichtigten Verkauf an ein anderes Unternehmen zu unterrichten, hat dies die Unwirksamkeit des Kaufvertrages zur Folge.

Die Nichtigkeit eines Vertragsschluss bei fehlender Vorabinformation nicht berücksichtigter Bieter/Interessenten entsprechend § 13 VgV führt allerdings nicht dazu, dass der Vertrag absolut, also gegenüber Jedermann unwirksam ist. Vielmehr gilt die Nichtigkeit nur relativ, im Verhältnis zu dem Unternehmen, das sich gegenüber dem Auftraggeber auf das Fehlen einer entsprechenden Benachrichtigung beruft.

In der Sache „Oer-Erkenschwick“ hatte die Antragstellerin ein Interesse am Erwerb des streitgegenständlichen Grundstücks erst nach Abschluss des notariellen Kaufvertrages angezeigt und gehörte damit nicht zu dem Personenkreis, der sich auf eine Verletzung der Pflicht zur Vorabinformation und eine daraus folgende

¹ Vgl. zu § 134 BGB insbes. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.12.2003 – Verg 37/03, NZBau 2004, 113, 114; anders – wenn auch ohne nähere Begründung – die Arbeitshilfe „Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht“ des Städtetages NRW sowie des Städte- und Gemeindebundes NRW, dort unter 10.1.

² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.2.2005 – VII Verg 85/05, VergabeR 2005, 508; OLG Celle, Beschluss vom 14.9.2006 – 13 Verg 3/06.

relative Vertragsnichtigkeit berufen konnte. Der Vergabesenat hat die Unwirksamkeit des vor Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens geschlossenen Kaufvertrages dementsprechend auch nicht aus einer unterbliebenen Vorabinformation abgeleitet, sondern mit einer aus seiner Sicht erfolgten gemeinschaftlichen Aufhebung des Vertrages durch die Vertragsparteien begründet.

Die zuvor dargestellte Rechtsprechung bedeutet für die Praxis Folgendes:

Bezüglich der bereits mit Vertragsschluss abgeschlossenen Veräußerungsverfahren könnte ein unterlegener Kaufinteressent, der vorab sein Interesse am Erwerb des Grundstücks bekundet hat, aber nicht entsprechend § 13 VgV über den Ausgang des Verkaufsprozesses informiert wurde, nachträglich im Wege der Vergabenachprüfung (§§ 107 ff. GWB) die gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufvertrages verfolgen. Soweit der Kaufvertrag allerdings bereits vollzogen ist, eine Eigentumsübertragung also bereits stattgefunden hat, würde eine Verpflichtung der betroffenen Kommune zur Veräußerung des Grundstücks in einem förmlichen Vergabewettbewerb voraussetzen, dass sie vorab dazu verpflichtet werden kann, das übereignete Grundstück aufgrund des unwirksamen Kaufvertrages zurückzufordern. Dies erscheint zweifelhaft und dürfte insbesondere dann nicht in Betracht kommen, wenn das veräußerte Grundstück bereits – wenn auch nur teilweise – bebaut ist.

Bei noch laufenden Veräußerungsverfahren, die möglicherweise dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterliegen, sollte die veräußernde Kommune rein vorsorglich alle Unternehmen, mit denen Verkaufsgespräche geführt wurden oder die auch nur ihr Interesse am Erwerb des Grundstücks deutlich gemacht haben, entsprechend den Erfordernissen des § 13 VgV über eine Verkaufsentscheidung informieren. Jedenfalls das Risiko einer Nichtigkeit gemäß § 13 Satz 6 VgV analog kann so ausgeschlossen werden.

III. Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB

Die Nichtigkeit eines ohne Vergabeverfahren erteilten Auftrags ist ausnahmsweise auch dort anzunehmen, wo der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts handelt, er also entweder weiß, dass der betreffende Auftrag dem Kartellvergaberecht unterfällt, oder er sich einer solchen Kenntnis mutwillig verschließt und er überdies kollusiv mit dem Auftragnehmer zusammenwirkt. In derartigen Fällen könnte das Verhalten der Vertragsparteien nämlich als sittenwidrig qualifiziert und die Nichtigkeit des erteilten Auftrags aus § 138 BGB hergeleitet werden.³

³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.12.2003 – Verg 37/03, NZBau 2004, 113, 116, KG Beschluss vom 11.11.2004 – 2 Verg 16/04, NZBau 2005, 538, 543

Von einem sittenwidrigen Verhalten der Vertragsparteien ist immer dann auszugehen, wenn der Auftraggeber in stiller Übereinkunft mit dem Auftragnehmer unzulässigerweise nur mit diesem über den Auftrag verhandelt und von dem gebotenen Vergabewettbewerb abgesehen hat. Schwieriger ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn tatsächlich ein Wettbewerb stattgefunden hat, dieser aber nicht oder jedenfalls nicht vollständig den Erfordernissen entsprach, die sich aus den einschlägigen Vergabebestimmungen ergeben, weil es der Auftraggeber zum Beispiel pflichtwidrig unterlassen hat, eine europaweite Bekanntmachung vorzunehmen.

Einschlägige Rechtsprechung liegt hierzu – soweit ersichtlich – noch nicht vor. Jedenfalls bei besonders schwerwiegenden Vergabeverstößen wie dem Unterlassen einer europaweiten oder zumindest nationalen Bekanntmachung besteht das Risiko, dass Vergabenachprüfungsinstanzen im Anschluss an die Auffassung der Vergabekammer Münster in der Sache „Oer-Erken-schwick“ auch bei Vorliegen eines gewissen Wettbewerbs aus dem gemeinsamen Wissen oder einem (auch nur angeblichen) Wissenmüssen der Vertragsparteien um den Vergabeverstoß zur Vertragsnichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB gelangen. Dabei ist zu beachten, dass die Annahme eines sittenwidrigen Zusammenwirkens im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB unter Umständen nicht nur den Kaufvertrag berührt, sondern auch auf das dingliche Verfügungsgeschäft durchschlägt.

In Bezug auf laufende Grundstücksveräußerungs- bzw. Investorenauswahlverfahren, die nach der aktuellen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf möglicherweise dem Kartellvergaberecht unterfallen, ist den betroffenen Kommunen daher je nach Sachverhaltskonstellation zu raten, ein laufendes Verfahren entweder einzustellen und unter (u. U. nur vorsorglicher) Beachtung des Vergaberechts anschließend erneut einzuleiten oder aber in Zweifelsfällen, ob das Vergaberegime überhaupt berührt ist, zunächst bis zu einer weiteren Klärung der Rechtslage durch die Rechtsprechung auszusetzen – auch dann, wenn zwar ein gewisser Wettbewerb stattgefunden hat, dieser aber nicht den einschlägigen Vergabebestimmungen entspricht.

Soweit die Wirksamkeit bereits abgeschlossener Verträge zu beurteilen ist, wird man berücksichtigen müssen, dass man bis zur Veröffentlichung der Alhorn-Entscheidung unter Verweis auf Rechtsprechung und Literatur davon ausgehen durfte, dass Veräußerungsgeschäfte grundsätzlich nicht dem Kartellvergaberecht unterliegen, solange sie keinen Beschaffungscharakter aufweisen.

IV. Vertragsverletzungsverfahren

Die Nichtbeachtung einer Ausschreibungspflicht kann auch Gegenstand eines gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Vertragsverletzungsverfahrens

nach Art. 226 EG-Vertrag sein. Mit Urteil vom 18.7.2007⁴ betreffend eine Vertragsverletzungsklage der EU-Kommission, deren Ausgangspunkt ein vergaberechtswidrig (ohne gebotene Ausschreibung) geschlossener Müllentsorgungsvertrag durch die Stadt Braunschweig war, hat der EuGH klargestellt, dass sich die Bundesrepublik vertragswidrig verhalten habe, indem sie nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist geeignete Maßnahmen ergriffen habe, um den mit Urteil vom 10.3.2003 festgestellten gemeinschaftsrechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Weder die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes noch das Prinzip „pacta sunt servanda“ seien geeignet, sich der gemeinschaftsrechtlichen Verantwortung zur Beseitigung der mit dem Fortbestand eines vergaberechtswidrig abgeschlossenen Vertrages fortwirkenden Vertragsverletzung zu entziehen.

Der vorzitierten Entscheidung des EuGH kann indes nicht entnommen werden, dass Verträge, die unter Nichtbeachtung EG-vergaberechtlicher Vorgaben zustande gekommen sind, per se nichtig sind – anderenfalls hätte es ja keinen gemeinschaftswidrigen Zustand gegeben, der innerhalb einer bestimmten Frist hätte beseitigt werden müssen. Sie begründet darüber hinaus auch keine Berechtigung oder gar Verpflichtung der Nachprüfungsinstanzen, die Beendigung eines Vertrages anzuordnen, der nicht entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben abgeschlossen wurde.

Fest steht lediglich, dass ein EG-Mitgliedsstaat gegenüber der Gemeinschaft verpflichtet ist, einen Vertrag zu beenden, der unter Nichtbeachtung der sich aus den EG-Vergaberichtlinien ergebenden Anforderungen abgeschlossen wurde.⁵ Dabei ist allerdings noch in weitem Umfang unklar, wie eine Vertragsbeendigung erfolgen kann, wenn nicht rein vorsorglich ein entsprechendes Sonderkündigungsrecht vereinbart wurde und inwieweit bei vergaberechtswidrig abgeschlossenen Bauverträgen auch eine Pflicht zur Rückabwicklung besteht.

In einem vom BMWi erarbeiteten Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Stand 3. März 2008) ist aktuell vorgesehen, dass ein Vertrag von Anfang an unwirksam ist, wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag unzulässigerweise unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und die Unwirksamkeit in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist (vgl. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB-E). Weitere Einzelheiten hierzu finden sich im Kapitel „G – Rechtspolitische und gesetzgeberische Aktivitäten“.

⁴ EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – Rs. C-503/04, NZBau 2007, 594, siehe hierzu näher: Jennert/Räuchle, Vergaberechtswidrige Verträge, NZBau 2008, 555 ff.

⁵ Vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2007 – VII Verg 14/07 mit Hinweis auf EuGH, Urteile vom 9.9.2004 – Rs. C-125/03 und 18.11.2004 – Rs. C-126/03.

V. Schadensersatz

Grundsätzlich kommen schließlich auch Schadensersatzansprüche wegen des Unterlassens einer gebotenen Ausschreibung in Betracht. Ansprüche von Unternehmen, die nicht an einem Veräußerungs- bzw. Investorenauswahlverfahren beteiligt waren, werden aber regelmäßig daran scheitern müssen, dass nicht nachgewiesen werden kann, dass durch das behauptete rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers (die zu Unrecht unterbliebene Ausschreibung) ein Schaden entstanden ist.⁶ Dagegen sind Schadensersatzansprüche von Unternehmen denkbar, die mit hohem finanziellen Aufwand über mehrere Wochen oder Monate an entsprechenden Verfahren teilgenommen haben, schutzwürdig auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens vertraut haben und dann erfahren, dass der Auftraggeber das Verfahren wegen Annahme einer Ausschreibungspflicht abbricht. Es ist allerdings fraglich, ob im Falle der Nichtbeachtung einschlägiger Vergabebestimmungen auch dann von einer schuldhaften Pflichtverletzung der veräußernden Kommune ausgegangen werden kann, wenn diese bis zum Bekanntwerden der neuen Rechtsprechung vom Nichtbestehen einer Ausschreibungspflicht ausgehen durfte.

VI. Fazit

Es kann festgehalten werden, dass die Nichtbeachtung einer Ausschreibungspflicht erhebliche Risiken begründet. Zwar ist ein pflichtwidrig ohne jeden Wettbewerb geschlossener Vertrag – abgesehen von dem (leider bislang nicht klar konturierten) Fall eines sittenwidrigen Zusammenwirkens der Vertragsparteien – bislang nicht per se unwirksam. Die Unwirksamkeit des Vertrages kann aber – je nach Sachverhaltskonstellation – im Wege eines Vergabenachprüfungsantrags von nicht berücksichtigten Kaufinteressenten erstritten werden, die nicht entsprechend § 13 VgV über den Ausgang des Veräußerungsprozesses informiert wurden.

Weiter besteht das prinzipielle Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens. Kommunen, die durch die neue Rechtsprechung des OLG Düsseldorf betroffen sind, ist auch außerhalb von Nordrhein-Westfalen zur Vorsicht zu raten, solange die streitige Frage nach Bestehen einer Ausschreibungspflicht bei Grundstücksveräußerungen ohne jeden Beschaffungsbezug nicht höchststrichterlich durch den BGH oder den EuGH geklärt ist. Im Übrigen ist zu beachten, dass bei der Veräußerung kommunaler Grundstücke vielfach auch beihilfenrechtliche Anforderungen bestehen, deren Nichtbeachtung zur Nichtigkeit eines Kaufvertrages führen können.⁷ Einzelheiten hierzu finden sich im anschließenden Kapitel F: „Beihilfenrechtliche Aspekte bei kommunalen Grundstücksgeschäften“.

⁶ Vgl. hierzu KG, Urteil vom 27.11.2003 – 2 U 174/02, VergabeR 2004, 490.

⁷ Vgl. hierzu näher etwa Dietlein, NZBau 2004, 472 ff; Klein, VergabeR 2005, 22 ff.

F. Beihilfenrechtliche Aspekte bei kommunalen Grundstücksgeschäften

(Autoren: Dr. Axel Kallmayer / Dr. Tilman Diekamp)

I. Beihilfenrecht als Risikofaktor bei Grundstücksgeschäften von Städten und Gemeinden

Das europäische Beihilfenrecht¹ untersagt den Mitgliedsstaaten und ihren öffentlichen Stellen die gezielte Begünstigung einzelner Unternehmen.² Zu den öffentlichen Stellen zählen dabei nicht nur Gebietskörperschaften wie Städte und Gemeinden, sondern insbesondere auch von ihnen beherrschte Gesellschaften in privater Rechtsform. Unter das Beihilfenverbot fallen neben unmittelbaren Begünstigungen wie verlorene Zuschüsse auch mittelbare wirtschaftliche Vorteile wie der Verkauf eines Grundstücks unter seinem Marktwert. Dies ist zum Beispiel in Gewerbegebieten und bei Maßnahmen der kommunalen Wirtschaftsförderung gelegentlich zu beobachten.³

Beihilfen sind nur unter engen Voraussetzungen zulässig und müssen vor ihrer Gewährung grundsätzlich bei der Europäischen Kommission angemeldet und von ihr genehmigt werden. Bei unrechtmäßig gewährten Beihilfen drohen Sanktionen. Vereinbarungen über unrechtmäßige Beihilfen, zum Beispiel Grundstückskaufverträge mit Beihilfenelementen, können ganz oder teilweise zivilrechtlich unwirksam sein.⁴ Zusätzlich ist die Beihilfen gewährende Stelle verpflichtet, die Beihilfe mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzufordern, selbst wenn dies zur Insolvenz des Beihilfenempfängers führt.⁵ Angebote, die Empfänger unrechtmäßiger Beihilfen in Vergabeverfahren abgeben und die aufgrund dieser Beihilfen ungewöhnlich niedrig sind, können nach § 25a Nr. 2 S. 1 VOB/A von der Wertung ausgeschlossen werden.

Für die Veräußerung von Vermögensgegenständen wie zum Beispiel Grundstücken der öffentlichen Hand an Private hat das Beihilfenrecht die Konsequenz, dass in der Veräußerung keine Beihilfenelemente enthalten sein dürfen, das heißt, dass Unternehmen für von der öffentlichen Hand empfangene Leistungen eine marktübliche Gegenleistung zu erbringen haben. Bei

der Veräußerung von Grundstücken der öffentlichen Hand ist daher aus beihilfenrechtlicher Sicht insbesondere sicherzustellen und zu dokumentieren, dass der von der privaten Vertragsseite gezahlte Kaufpreis eine mindestens marktübliche Höhe hat. Hierbei ist u. U. auch der Wert öffentlicher Erschließungsmaßnahmen zu berücksichtigen.

Dieser im Grundsatz einfache Gedanke kann bei der praktischen Anwendung Schwierigkeiten bereiten, da häufig unklar ist, wie der Wert eines Grundstücks beihilfenrechtlich korrekt zu ermitteln ist. Um diese Rechtsunsicherheit zu verringern, hat die Europäische Kommission bereits im Jahr 1997 eine Mitteilung zu Verkäufen von Grundstücken oder Bauten durch die öffentliche Hand erlassen.⁶ Die Mitteilung gilt ihrem Wortlaut nach ausdrücklich nur für Verkäufe von Bauten oder Grundstücken, nicht für den Erwerb von Grundstücken oder die Abtretung oder Vermietung von Grundbesitz durch die öffentliche Hand, die ebenfalls Beihilfenelemente enthalten können. Die Kommission stellt zwei Verfahren zur Wahl, durch die das Vorliegen von Beihilfenelementen ausgeschlossen werden kann.

II. Verkauf im Rahmen eines bedingungsfreien Bietverfahrens

Die Kommission geht davon aus, dass der Verkauf von Bauten oder Grundstücken nach einem hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahren (vergleichbar einer Versteigerung) grundsätzlich sicherstellt, dass der Verkauf zum Marktpreis erfolgt und daher keine Beihilfenelemente enthält. Dies setzt jedoch voraus, dass der Meistbietende⁷ den Zuschlag erhält.

Um die Anforderungen der Kommission an hinreichende Publizität, Bedingungsfreiheit und Allgemeinheit des Bietverfahrens zu erfüllen, liegt es nahe, auf eines der gemeinschaftsrechtlich definierten Vergabeverfahren zurückzugreifen. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Anforderungen der Mitteilung zum Teil über die des Vergaberechts hinaus gehen. So fordert die Mitteilung zum Beispiel, dass das Veräu-

1 Art. 87, 88 EG und die zu ihrer Ausführung erlassenen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften.

2 Weitere Tatbestandsvoraussetzungen einer Beihilfe sind die Verfälschung des Wettbewerbs und die zumindest potenziell und mittelbar vorhandene Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten. An beide Voraussetzungen stellen die europäische Rechtsprechung und die Praxis der Kommission jedoch nur geringe Anforderungen, so dass sie oft bei auf den ersten Blick rein nationalen Sachverhalten (z.B. dem Verkauf eines Gewerbegrundstücks an ein mittelständisches Unternehmen) erfüllt sind.

3 Z.B. EuGH, Rs. T-366/00, Scott Paper.

4 Vgl. z. B. BGH, WM 2003, 1491, 1492.

5 Art. 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrages.

6 Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. C 209 vom 10.7.1997, S. 3 ff.

7 Dies gilt auch, wenn sich nur ein einziger Bieter beteiligt hat. In diesem Fall prüft die Kommission aber häufig, ob das Bietverfahren hinreichend publiziert und allgemein zugänglich ausgestaltet war.

berungsangebot „über einen längeren Zeitraum (zwei Monate und mehr)“ mehrfach in der nationalen Presse, Immobilienanzeigern und sonstigen geeigneten Veröffentlichungen sowie durch marktweit tätige Makler bekannt gemacht wird. In Vergabeverfahren ist je nach konkreter Ausgestaltung eine kürzere Bekanntmachungsfrist zulässig. Das Kriterium der Bedingungsfreiheit wird hingegen durch ein Vergabeverfahren in aller Regel erfüllt. Dies gilt grundsätzlich auch für das Kriterium der Allgemeinheit des Bietverfahrens, das ausschließen soll, dass die Veräußerung mit Bedingungen verbunden wird, die nicht alle potenziellen Erwerber erfüllen können. Auch hier bietet aber das Vergaberecht Spielräume, deren Ausnutzung zumindest mit dem Wortlaut der Mitteilung nicht vereinbar wäre. Es ist daher festzuhalten, dass die zum Teil verbreitete Auffassung, jedes Vergabeverfahren schließe Beihilfenelemente aus und schütze vor negativen beihilfenrechtlichen Konsequenzen, in dieser Allgemeinheit nicht zutrifft.

III. Unabhängige Begutachtung als Alternative

Als zweite Möglichkeit neben der Durchführung eines Biet- bzw. Vergabeverfahrens nennt die Kommission den Verkauf nach vorheriger unabhängiger Begutachtung durch einen Sachverständigen für Wertermittlung. Dies ist in der kommunalen Praxis

ein häufig genutzter Weg, da Gutachterausschüsse der Kommunen als unabhängige Sachverständige im Sinne der Mitteilung anerkannt werden, solange „eine unzulässige Einflussnahme auf ihre Feststellungen effektiv ausgeschlossen ist“.⁸ Eine Abweichung des Verkaufspreises von bis zu 5 Prozent gegenüber dem gutachterlich festgestellten Marktwert kann im Einzelfall zulässig sein.

IV. Fazit

Angesichts der möglichen Sanktionen und der zunehmenden Durchsetzung des Beihilfenrechts durch nationale Behörden sowie die Kommission sollten Städte und Gemeinden bei Grundstücksverkäufen darauf achten, Beihilfenelemente zu vermeiden. Beide von der Kommission vorgeschlagenen Wege setzen voraus, dass die öffentliche Seite mit hinreichend zeitlichem Vorlauf das Thema Beihilfenrecht adressiert und sich für eine der beiden Vorgehensweisen entscheidet. Städten und Gemeinden ist daher zu raten, bei der Veräußerung bebauter und unbebauter Grundstücke frühzeitig zu entscheiden, wie beihilfenrechtliche Risiken ausgeschlossen werden sollen. Wenn sie sich für die Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheiden, sollten sie zusätzlich zu den vergaberechtlichen die beihilfenrechtlichen Vorgaben im Blick behalten.

⁸ Auch wenn die Kommission die Unabhängigkeit eines Gutachters grundsätzlich anerkennt, prüft sie jedoch die von ihm angewandte Prüfungsmethode, siehe z.B. Kommission, NN 27/2006, Schreiben vom 16.5.2006, Tz. 17, Grundstücksverkauf Landgericht Berlin. Das erklärte Ziel der Mitteilung, Rechtssicherheit zu schaffen, wird an dieser Stelle nicht erreicht.

G. Rechtspolitische und gesetzgeberische Aktivitäten

(Autor: Norbert Portz)

I. Formulierungsvorschläge des Deutschen Städte- und Gemeindebundes zur Änderung des GWB und der VOB/A

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund hat dem Bundeswirtschaftsministerium bzw. dem Bundesbauminister konkrete Formulierungsvorschläge für eine Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (4. Teil) sowie der VOB/A unterbreitet. Diese Vorschläge sehen für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte Klarstellungen, die – in Übereinstimmung mit dem EU-Recht – durchaus zum Teil Selbstverständliches ausdrücken, vor. Im Folgenden sind diese Formulierungsvorschläge wiedergegeben:

1. Für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte:

Zum Entgeltbegriff

Formulierung in § 99 Abs. 1 GWB:

„Entgeltlich ist ein Vertrag dann, wenn der Unternehmer für die Ausführung der zu beschaffenden Leistung eine **Gegenleistung** vom öffentlichen Auftraggeber erhält“.

Zum Beschaffungsbedarf

Formulierung in § 99 Abs. 3 GWB:

„Baufaufträge sind Verträge **zur Beschaffung von Leistungen** entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks **für den öffentlichen Auftraggeber**, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer **dem Auftraggeber unmittelbar dienenden** Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.“

Zur Definition der Baukonzession/Nutzungsübertragung

Formulierung in §§ 99 Abs. 6 GWB:

„Eine Baukonzession ist ein öffentlicher Auftrag über die Durchführung eines Bauauftrages, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einer Vergütung darin besteht, dass der öffentliche Auftraggeber entweder dem Unternehmer ausschließlich sein Recht auf Nutzung des Bauwerks oder aber dieses Nutzungsrecht zgl. Zahlung eines Preises **für eine bestimmte Zeit** einräumt.“

2. Für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte:

Formulierung in § 32 Nr. 2 VOB/A (künftig § 22 Nr. 2 VOB/A):

„Für die Vergabe von Baukonzessionen sind die §§ 1 bis 31 **nicht** anzuwenden.“

Formulierung in § 32a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A (künftig § 22a VOB/A):

„Für die Vergabe von Baukonzessionen mit mindestens einem geschätzten Auftragswert nach § 2 Nr. 4 VgV ohne Umsatzsteuer sind die **Vorschriften der VOB/A** nicht anzuwenden, ausgenommen die Regelungen nach den Absätzen 2 bis 4.“

II. Initiativen aus dem Deutschen Bundestag

Die Forderungen des DStGB und die Kritik einer Überinterpretation des Vergaberechts werden in der Sache durch eine Erklärung der kommunalpolitischen Sprecher der Koalitionsfraktionen im Deutschen Bundestag vom 22. Februar 2008 und der Aufforderung an die Bundesregierung zur Novellierung des Vergaberechts (s. auch FDP-Anfrage vom 13. Februar 2008 – Drucksache 16/8124) an die Bundesregierung und Antwort der Bundesregierung vom 27. Februar 2008 (Drucksache 16/8292) unterstützt.

III. Aktueller Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des GWB

Die Bundesregierung hat nicht zuletzt in Reaktion auf die verschiedenen Initiativen mit Stand vom 03. März 2008 einen Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts (Novelle des 4. Teils des GWB) vorgelegt. Dieser Gesetzentwurf enthält neben der ohnehin bezweckten Verschlankung des Vergaberechts und der Umsetzung von EU-Vergaberichtlinien insbesondere in § 99 GWB Neufassungen, mit denen i. S. d. DStGB-Positionen eine Begrenzung der Anwendung des Vergaberechts auf kommunale Immobiliengeschäfte etc. bezweckt ist.

Im Folgenden werden der aktuelle Gesetzesstand und die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Änderungen in § 99 GWB gegenübergestellt:

§ 99 Öffentliche Aufträge

(1) Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

(2) Lieferaufträge sind Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen.
2 Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen.

(3) Bauaufträge sind Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

(4) Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über Leistungen, die nicht unter Absatz 2 oder 3 fallen und keine Auslobungsverfahren sind.

(5) Auslobungsverfahren im Sinne dieses Teils sind nur solche Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber aufgrund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan verhelfen sollen.

(6) 1 Ein öffentlicher Auftrag, der sowohl den Einkauf von Waren als auch die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, gilt als Dienstleistungsauftrag, wenn der Wert der Dienstleistungen den Wert der Waren übersteigt.
2 Ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, gilt als Dienstleistungsauftrag.

Vorschlag für Änderungen im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Stand: 03. März 2008

(Änderungen unterstrichen)

§ 99 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen nur für öffentliche Auftraggeber tätig sind.“

b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Bauaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.“

c) Absatz 4 erhält folgende Fassung:

„Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht unter Absatz 2 oder 3 fallen und keine Auslobungsverfahren sind.“

d) Absatz 6 wird eingefügt:

„Eine Baukonzession ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, ggf. zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

IV. Verfahren vor der EG-Kommission

Gegenwärtig sind nach Aussage der EG-Kommission dort auch mehrere Beanstandungen von potentiellen Investoren etc., die insbesondere bereits abgeschlossene Altverträge der Kommunen angreifen wollen, anhängig.

Es bleibt abzuwarten, ob die künftigen Entscheidungen der EG-Kommission der durch die OLG-Düsseldorf-Rechtsprechung vertretenen Linie folgen oder hier andere rechtliche Akzente gesetzt werden.

V. Zu erwartende weitere Entscheidungen auf nationaler Ebene

Gegenwärtig stehen weitere Entscheidungen außerhalb Nordrhein-Westfalens zu der Gesamtthematik an:

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 15. Februar 2008 (VK 2/08) ist Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Brandenburg eingelegt worden.

Auch die Entscheidungen der Vergabekammern Hessen (Beschluss vom 5. März 2008 – 69d VK 06/2008) sowie Baden-Württemberg (Beschluss vom 7. März 2008 – 1 VK 1/08), in der die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf als zu weitgehend angesehen wird, sind zu erwähnen.

Es bleibt aber insgesamt abzuwarten, ob und inwieweit aus den Entscheidungen der Vergabekammern und weiter zu erwartender Entscheidungen der Vergabesenate neue Schlussfolgerungen für eine Ausschreibung bzw. Nichtausschreibung bei kommunalen Grundstücksverkäufen gezogen werden können. Eine größere (bundesweite) Rechtssicherheit wird wohl erst auf der Grundlage einer Divergenzentscheidung des Bundesgerichtshofs (s. § 124 Abs. 2 GWB) bzw. einer „Vorlageentscheidung“ durch den EuGH erfolgen.

Ob und wann diese kommen und insbesondere wie diese dann ausfallen, ist aber zum jetzigen Zeitpunkt völlig unklar.

Bisher in dieser Reihe erschienen

Nº 78	Doppik in den kommunalen Haushalten – Auswirkungen auf die Kreisumlage	4/2008
Nº 77	Politik für die Ländlichen Räume (nur online verfügbar)	3/2008
Nº 76	Städte und Gemeinden aktiv für den Naturschutz Gute Beispiele aus dem Wettbewerb „Bundeshauptstadt im Naturschutz“	3/2008
Nº 75	Reformen fortsetzen – Deutschland braucht starke Städte und Gemeinden – Bilanz 2007 und Ausblick 2008 der deutschen Städte und Gemeinden	1-2/2008
Nº 74	Interkommunale Kooperation im Tourismus	12/2007
Nº 73	5 Thesen kommunaler Tourismuspolitik – Erfolgreiche Tourismuspolitik für Städte und Gemeinden (nur online verfügbar)	10/2007
Nº 72	Standortzufriedenheit und Abwanderungsbereitschaft von Unternehmen – Studiensteckbrief und Hauptergebnisse des GEWERBEMonitors	11/2007
Nº 71	Chance Solarenergie – Kommunale Handlungsmöglichkeiten für eine nachhaltige Entwicklung	10/2007
Nº 70	Privatisierung kommunaler Wohnungen Hintergründe, Risiken und Möglichkeiten	7-8/2007
Nº 69	Städte und Gemeinden aktiv für den Klimaschutz Gute Beispiele aus dem Wettbewerb „Bundeshauptstadt im Klimaschutz“	6/2007
Nº 68	Starke Städte und Gemeinden gestalten Zukunft Bilanz 2006 und Ausblick 2007 der deutschen Städte und Gemeinden	3/2007
Nº 67	Handlungsempfehlung zur Optimierung der kommunalen Stadtreinigung – Ergebnisse aus dem BMBF-Forschungsverbund zur betrieblichen Kostenoptimierung	1-2/2007
Nº 66	DStGB-Sicherheitskonferenz in Berlin 2006 Bessere Koordination und Kommunikation (Nur Online-Version)	1-2/2007
Nº 65	Gemeinden und Unternehmen sagen Ja zu Kindern Standortfaktor Familie	11/2006
Nº 64	„Rakeling“ oder die Reform der öffentlichen Verwaltung in Deutschland durch Shared Services	11/2006
Nº 63	Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben nach der Energierechtsreform 2005 – Hinweise für die kommunale Praxis	10/2006
Nº 62	Basistelefon	7-8/2006
Nº 61	Vergaberecht 2006 Aktuelle Neuerungen und kommunale Forderungen	5/2006
Nº 60	Sichere Städte und Gemeinden Unterstützungs- und Dienstleistungsangebote des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe für Kommunen	5/2006
Nº 59	Für ein starkes Deutschland – Arbeitsplätze und Wachstum in der Fläche – Stärkung der Gemeinden und Mittelstädte unverzichtbar (Nur Online-Version)	4/2006
Nº 58	Handlungsempfehlung zur Kostensenkung in der kommunalen Abfallentsorgung Ergebnisse aus dem BMBF-Forschungsverbund zur betrieblichen Kostenoptimierung	4/2006
Nº 57	Bildung im Wandel – Schulen ans Netz	4/2006
Nº 56	Breitbandanbindung von Kommunen Durch innovative Lösungen Versorgungslücken schließen Grundlagen – Beispiele – Ansprechpartner	1-2/2006
Nº 55	Intelligenter Energieeinsatz in Städten und Gemeinden Klimaschutz und Kostensenkung: Gute Beispiele aus dem Wettbewerb „Energiesparkommune“	1-2/2006
Nº 54	Mit starken Kommunen Aufschwung und Reformen Bilanz 2005 und Ausblick 2006 der deutschen Städte und Gemeinden	3/2006
Nº 53	Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit Bewertung des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD aus kommunaler Sicht	12/2005
Nº 52	Mobile Kommunikation Anwendungsbeispiele für Kommunen, Bürger und Wirtschaft (Nur Online-Version)	12/2005



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund
www.dstgb.de

Marienstraße 6 · 12207 Berlin
Telefon 030 77307-0
Telefax 030 77307-200
E-Mail: dstgb@dstgb.de
Internet: www.dstgb.de

Konzeption und Druck:
Verlag WINKLER & STENZEL GmbH · Postfach 1207 · 30928 Burgwedel
Telefon 05139 8999-0 · Telefax 05139 8999-50
E-Mail: info@winkler-stenzel.de · Internet: www.winkler-stenzel.de