

VERTRAULICH
bis zur Feststellung des
schriftlichen Ergebnisses der
letzten nicht öffentlichen
Ausschusssitzung durch
die/den Vorsitzende/n!

Stadt Heidelberg
Dezernat I, Rechtsamt

**Vergaberechtliche Anforderungen bei
städtebaulichen Verträgen und
Grundstücksverkäufen der Stadt Heidelberg**

Informationsvorlage

Beratungsfolge	Sitzungstermin	Behandlung	Kenntnis genommen	Handzeichen
Stadtentwicklungs- und Verkehrsausschuss	12.03.2008	N	<input type="radio"/> ja <input type="radio"/> nein	
Haupt- und Finanzausschuss	19.03.2008	N	<input type="radio"/> ja <input type="radio"/> nein	
Gemeinderat	03.04.2008	Ö	<input type="radio"/> ja <input type="radio"/> nein	

Inhalt der Information:

Der Gemeinderat nimmt von den Ausführungen Kenntnis.

I. Prüfung der Nachhaltigkeit der Maßnahme in Bezug auf die Ziele des Stadtentwicklungsplanes / der Lokalen Agenda Heidelberg

1. Betroffene Ziele des Stadtentwicklungsplanes

Nummer/n: (Codierung)	+ / - berührt:	Ziel/e: keine
		Begründung: keine

2. Kritische Abwägung / Erläuterungen zu Zielkonflikten:

Informationsvorlage, deshalb keine Nachhaltigkeitsprüfung.



II. Begründung:

Die sogenannte „Stadt Roanne“- Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 18.01.2007 sowie verschiedene seit Juni 2007 ergangene Beschlüsse des Oberlandesgerichtes (OLG) Düsseldorf sowie einige Vergabekammern haben zu erheblichen Veränderungen hinsichtlich der vergaberechtlichen Wertung von im Zusammenhang mit städtebaulichen Maßnahmen stehenden Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand (bisher unter dem Stichwort „Investorenwettbewerbe“ diskutiert) geführt. Zuletzt haben das OLG Düsseldorf am 06.02.2008 und am 15.02.2008 die Vergabekammer (VK) Brandenburg bundesweit beachtete Entscheidungen zu diesem Thema erlassen.

Aufgrund der praktischen Bedeutung und der rechtlichen Brisanz der Entscheidungen vergeht zur Zeit kaum eine Woche, in der nicht neue juristische Abhandlungen veröffentlicht oder Einladungen zu Workshops und Seminaren zu dem genannten Thema bei den Städten und Gemeinden, bei den Investoren und sonstigen Betroffenen eingingen.

Im Folgenden soll ein erster Überblick über den Stand der Rechtsprechung (I.) sowie über die vergaberechtliche Behandlung verschiedener Fallgruppen (II.) gegeben werden. Zur Vertiefung kann auf einen **Handlungsleitfaden** zurückgegriffen werden, den der nordrhein-westfälische Städtetag und der Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen in der zweiten Februarwoche 2008 unter dem Titel „Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht“ herausgegeben haben. Der Handlungsleitfaden sowie die einschlägigen Gerichtsentscheidungen und eine Übersicht über die hier vorliegenden Veröffentlichungen in der juristischen Fachliteratur können beim Rechtsamt angefordert werden.

I. Darstellung der Rechtslage

I.1. Bisherige Rechtslage:

Bis zu der Entscheidung des OLG Düsseldorf zum „Flughafen Ahlhorn“ vom 13. Juni 2007 gingen sowohl die Rechtsprechung, als auch die juristische Literatur davon aus, dass Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand auch dann nicht ausschreibungspflichtig seien, wenn in den Grundstückskaufverträgen oder in begleitenden städtebaulichen Verträgen neben den von den Investoren beabsichtigten Bauleistungen im Interesse des öffentlichen Auftraggebers städtebauliche Aspekte verwirklicht werden sollten. Lediglich dann, wenn das zu errichtende Objekt vom öffentlichen Auftraggeber selbst genutzt werden sollte, war schon bisher von dem Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages im Sinne des § 99 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit der Folge einer Ausschreibungsverpflichtung ausgegangen worden.

I.2. Die aktuell diskutierten Gerichtsentscheidungen:

Vorab ist festzustellen, dass die im Folgenden dargestellte Rechtsprechung nur dann relevant wird, wenn die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des GWB erfüllt sind. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, ob ein „öffentlicher Auftraggeber“ im Sinne des § 98 GWB handelt, ob es sich entweder um Bauaufträge im Sinne des § 99 Absatz 3 GWB oder um Dienstleistungsaufträge im Sinne des § 99 Absatz 4 GWB handelt und ob die EU-weiten Schwellenwerte gem. § 100 Absatz 1 GWB in Verbindung mit § 2 Vergabeverordnung (VgV) erreicht sind. Für Bauaufträge liegt der Schwellenwert aktuell bei 5,15 Mio. Euro; Dienstleistungsaufträge sind ab dem Schwellenwert von 412.000 € europaweit auszuschreiben.

a) EuGH, Urteil vom 18.01.2007, NVwZ 2007, 316 – „Stadt Roanne“

Sachverhalt: Die französische Stadt Roanne hatte beschlossen, als Stadtentwicklungsmaßnahme ein Freizeitzentrum mit Multiplexkino, Geschäftsräumen, öffentlichem Parkplatz, Zugangswegen und öffentlichen Plätzen zu errichten. Zur Durchführung des Vorhabens hatte die Stadt ohne vorheriges förmliches Vergabeverfahren eine gemischt wirtschaftliche Stadtentwicklungsgesellschaft (SEDL) damit beauftragt, die fraglichen Grundstücke zu erwerben, ein Auswahlverfahren für Planungsbüros zu organisieren und die Bauarbeiten durchführen zu lassen. Die SEDL sollte die errichteten Gebäude an Dritte veräußern und die öffentlichen Flächen an die Stadt übertragen. Zur Finanzierung des Projekts und als Gegenleistung für die Übertragung der öffentlichen Flächen sollte die Stadt rund 45% der veranschlagten Kosten übernehmen; im übrigen sollte die Finanzierung durch Erlöse aus der Veräußerung der Geschäftsräume erfolgen.

Der EuGH hat die Vereinbarung zwischen der Stadt Roanne und der SEDL als ausschreibungspflichtigen Bauauftrag eingeordnet.

Wesentliche vom EuGH getroffene Feststellungen:

- Unerheblich für die vergaberechtliche Einordnung als ausschreibungspflichtiger Bauauftrag ist, dass neben Bauleistungen weitere Aufgaben übertragen wurden.
- Die Qualifizierung des Vertrages nach nationalem Recht (privates / öffentliches Recht?) ist für die Beurteilung der Ausschreibungspflicht nicht maßgeblich.
- Entscheidend ist, ob die Errichtung eines Bauwerkes Hauptgegenstand des Auftrages sei.
- Ebenfalls keine Rolle spielt es, dass die Stadt mit Ausnahme der öffentlichen Flächen kein Grundeigentum, insbesondere nicht die zu errichtenden Gebäude erwerben oder nutzen wolle.

- Die Tatsache, dass die SEDL selber als öffentlicher Auftraggeber die Folgeaufträge europaweit ausschreiben müsse, verhindere nicht, dass schon der erste Schritt ausschreibungspflichtig sei.
- Zur Bestimmung des Wertes eines Bauauftrages ist der Gesamtwert aus der Perspektive eines potentiellen Bieters zu berücksichtigen, was u.a. auch alle Zahlungen Dritter einschließt.

Konsequenz: Ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts liegt immer dann vor, wenn der Vertragspartner gegenüber dem öffentlichen Auftragnehmer die vertragliche Verpflichtung übernimmt, eine Bau-, Liefer- oder Dienstleistung zu erbringen – an wen auch immer, und sei es auch nur zur eigenen Nutzung (zitiert aus Wagner/Görs, NVwZ 2007, 900/901). Für die Annahme einer Ausschreibungspflicht kommt es nicht darauf an, ob die vom Unternehmen zu erbringende Leistung ein wesentlicher oder gar der Hauptzweck des Vertrages „sein soll“. Auch ein nur unwesentlicher Bestandteil eines Vertrages führt zur Ausschreibungspflicht des Gesamtvertrages, sofern das Gesamtinteresse des Vertragspartners den einschlägigen Schwellenwert erreicht.

b) **Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13. Juni 2007 – „Flughafen Ahlhorn“**
(Beschl. v. 13.06.2007, VII-Verg 1/2007, KommJur 2007, S. 380 ff.)

Sachverhalt: Der Bund als Eigentümer des aufgelassenen ehem. Militärflughafens Ahlhorn bei Oldenburg beabsichtigte, die Flughafengrundstücke zu verkaufen. Gemeinsam mit dem Landkreis und der Standortgemeinde wurden zunächst Angebote verschiedener Investoren für den Grundstückserwerb und die Entwicklung des Geländes eingeholt. Dabei wurden die unterschiedlichen Konzepte der einzelnen Interessenten anhand einer Reihe von Kriterien zur Wirtschaftlichkeit des Projekts, zur Schaffung von Arbeitsplätzen sowie zum „Umgang mit dem Standort“ verglichen. Durch den Abschluss eines städtebaulichen Vertrages zwischen der Gemeinde und dem Investor sollte sichergestellt werden, dass das Vorhaben wie geplant umgesetzt werde.

Der beabsichtigte Verkauf an den sog. „preferred bidder“ wurde vom OLG Düsseldorf untersagt, sofern nicht zuvor eine EU-weite Ausschreibung nach § 32 a Nr. 2 VOB/A durchgeführt würde. Das OLG hat die Konstruktion dabei als Bauauftrag (in Form einer Baukonzession) eingestuft, da in dem mit der Gemeinde abzuschließenden städtebaulichen Vertrag Verpflichtungen zur Durchführung bestimmter Baumaßnahmen vereinbart werden sollten.

Wesentliche vom OLG Düsseldorf getroffene Feststellungen:

- Die Einstufung als öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag ist für die Einordnung als „Bauftrag“ unerheblich.
- Für die Entgeltlichkeit eines Bauauftrages kommt es nicht darauf an, ob das Entgelt vom Auftraggeber stammt oder nicht.
- Maßgebliches Kriterium eines öffentlichen Bauauftrages ist ausschließlich, dass der Auftragnehmer nach den Vorgaben des Auftraggebers eine Bauverpflichtung übernimmt. Es ist nicht erforderlich, dass der Vertragspartner Bauwerke *für die Gemeinde* errichtet.
- Die „Entgeltlichkeit“ eines öffentlichen Auftrages ist auch dann zu bejahen, wenn der Investor Einnahmen von Dritten (sei es durch Veräußerung, Nutzung oder z. B. auch Vermietung der zu errichtenden Bauwerke) erzielt.
- Der Begriff der „Baukonzession“ ist weit auszulegen, um sämtliche Fallkonstellationen einer Beauftragung mit Bauleistungen nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers zu erfassen.
- Alle mit dem Grundstückseigentümer und der Gemeinde abzuschließenden Verträge sind vergaberechtlich als Einheit anzusehen („Zusammenschau“ der Verträge).
- Unerheblich ist, ob sich die Verpflichtung zur Erbringung von Bauleistungen als wesentlicher oder gar als der Hauptzweck des Vertragspaketes erweist.

c) Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12.12.2007, Aktenzeichen: VII – Verg 30/07 – „Wuppertal“

Sachverhalt: Die betroffene Gemeinde versuchte seit mehreren Jahren, verschiedene zusammenhängende Grundstücke zwecks Verbesserung der städtischen Infrastruktur einer ihren Vorstellungen entsprechenden Bebauung und Nutzung zuzuführen. Es existierte bereits seit dem Jahr 2003 ein Bebauungsplan. Nachdem eine Verkaufsanzeige im Jahre 2002 erfolglos geblieben war, versandte die Stadt Wuppertal an ausgesuchte Projektentwicklungsunternehmen ein Verkaufsexposé, wonach die Grundstücke gegen ein Höchstgebot mit Bauverpflichtung veräußert werden sollten. Im Exposé waren bestimmte Erwartungen an die Bebauung sowie Abstimmungsverpflichtungen mit Behörden der Stadt aufgelistet. Mit einem an der Bebauung interessierten Investor wurde ausführlich über das Bebauungskonzept sowie die Nutzung verhandelt. Im notariellen Kaufvertragsentwurf wurden weitere Vorgaben an die Bebauung und an die Nutzung vorgesehen. Ein weiterer Interessent, der nicht zum Zuge kommen sollte, hat die Vergabekammer Düsseldorf eingeschaltet und die nicht durchgeführte europaweite Ausschreibung gerügt. Sowohl die Vergabekammer Düsseldorf, als auch in seinem Beschwerdebeschluss das OLG Düsseldorf haben dem Nachprüfungsantrag stattgegeben.

Wesentliche vom OLG Düsseldorf getroffene Feststellungen:

- Für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages ist es unbeachtlich, ob der (öffentliche) Auftraggeber das Bauwerk selbst nutzen oder es der Allgemeinheit oder lediglich einzelnen Dritten zur Verfügung stellen will.
- Ausdrücklich offen gelassen wird, ob für die Bejahung eines öffentlichen Bauauftrages im Sinne des § 99 Absatz 3 GWB die Vereinbarung einer einklagbaren Bau- oder Realisierungsverpflichtung überhaupt erforderlich ist. Das OLG weist darauf hin, dass der Wortlaut der europarechtlichen Vorschriften keinen Hinweis auf eine Bauverpflichtung als Voraussetzung für die Ausschreibungspflicht enthalte.
- Ein öffentlicher Bauauftrag ist immer dann zu bejahen, wenn sich der Grundstückskäufer auf einem Markt betätigt (und einen Auftrag erhalten soll), auf dem er mit anderen Unternehmen konkurriert.

d) Beschluss des OLG Düsseldorf vom 06.02.2008, Aktenzeichen: VII – Verg 37/07 (voran gegangene Entscheidung: Vergabekammer Münster vom 26.09.2007, Aktenzeichen: VK 17/07).

In der Ausgangsentscheidung vom 26.09.2007 hatte die VK Münster die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf weiter entwickelt und unter anderem entschieden, dass ein Grundstückskaufvertrag, der ohne Beachtung der Ausschreibungsverpflichtungen nach § 32 a VOB/A zustande gekommen ist, gemäß § 138 BGB nichtig sei, wenn der Grundstücksverkauf mit einer Verpflichtung des Käufers verbunden ist, ein bestimmtes städtebauliches Projekt zu verwirklichen. Diese Entscheidung hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 06.02.2008 im Ergebnis gehalten.

Wesentliche vom OLG Düsseldorf getroffene Feststellungen:

- Ausreichend für die Annahme einer Ausschreibungsverpflichtung ist, dass der öffentliche Auftraggeber ein zumindest mittelbares Eigeninteresse an dem Vertrag hat, welches beispielsweise darin liegen kann, dass er eine geordnete städtebauliche Entwicklung anstrebt.
- Für die rechtliche Wertung findet eine Zusammenschau der verschiedenen, inhaltlich zusammenhängenden Verträge statt. In die am Vertragswillen zu orientierende Auslegung der notariellen Verträge sind die den Vertragsparteien bekannten und erkennbaren Begleitumstände einzubeziehen.

- Es ist nicht erforderlich, dass ein unmittelbarer vertraglicher Erfüllungsanspruch vereinbart wird. Ausreichend für die Annahme einer Ausschreibungsverpflichtung ist bereits, dass sich die Stadt als Verkäuferin ein vertragliches Rücktrittsrecht einräumen lässt, für den Fall, dass der Investor die vorgesehene Maßnahme nicht vornimmt.
- Die Annahme eines öffentlichen Bauauftrages ist nicht davon abhängig zu machen, dass der öffentlichen Auftraggeber Eigentümer eines Bauwerkes oder eines Teils davon ist oder wird.
- Für die Bejahung der „Entgeltlichkeit“ im Sinne des § 99 Absatz 1 GWB ist es ausreichend, dass der Investor die Investition über Mieteinnahmen von Dritten refinanziert.
- Das Vertragswerk wird insgesamt als nichtig nach § 13 VgV gewertet, da keinerlei Vergabeverfahren durchgeführt worden ist („de facto – Vergabe“). Auf Rügeverpflichtungen oder ähnliche formale Anforderungen, die der benachteiligte Investor beachten müsste, kommt es bei de facto-Vergaben nicht an.

In seinem Beschluss vom 06.02.2008 setzt sich das OLG Düsseldorf schließlich noch ausführlich mit der Frage auseinander, ob die Entscheidung wegen der bestehenden bundesweiten Diskussionen bzw. wegen möglicherweise entgegenstehender höchstrichterlicher Rechtsprechung dem BGH vorgelegt werden müsse. Das OLG Düsseldorf verneint die Vorlagepflicht, da die zwingend zu beachtende Rechtsprechung des EuGH keine andere Entscheidung zulasse.

e) Beschluss der VK Brandenburg vom 15.02.2008, Az.: VK 2/08

Die Vergabekammer des Landes Brandenburg hat in der bei Verfassung dieser Informationsvorlage aktuellsten Entscheidung vom 15.02.2008 bestätigt, dass in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages **keine Bedarfsdeckung im engeren Sinne** erforderlich sei. Einschränkend hat die Vergabekammer dann aber festgestellt, dass für die Anwendbarkeit des Vergaberechtes nach wie vor gefordert werden müsse, dass der öffentliche Auftraggeber „zumindest in einem weiteren Sinne einen eigenen Bedarf decken will“ und dementsprechend bei wirtschaftsfunktionaler Betrachtung als Nachfrager nach der vertragsgegenständlichen Leistung auftrete. Für den Fall, dass in dem Grundstückskaufvertrag eine konkrete Bauverpflichtung des Investors vereinbart sei, liegt somit auch nach der Vergabekammer Brandenburg ein Beschaffungsbezug und damit eine Ausschreibungsverpflichtung vor.

In dem entschiedenen Einzelfall ist die Vergabekammer Brandenburg dann aber zu dem Ergebnis gekommen, dass der Fall nicht dem Vergaberecht unterfalle. Die Vertragsparteien hatten nämlich darauf verzichtet, in dem Grundstückskaufvertrag Bau- bzw. Investitionsverpflichtungen zu vereinbaren – das Grundstück war von der Stadt als Verkäuferin ohne rechtliche Sicherung verkauft und somit vorbehaltlos „aus der Hand gegeben“ worden. Interessant ist, dass die Kaufvertragsparteien in dem entschiedenen Fall zunächst sämtliche, bei Investorenwettbewerben bisher übliche Sicherungsinstrumentarien in dem Vertragsentwurf vorgesehen hatten, diese jedoch angesichts der neueren Rechtsprechung des OLG Düsseldorf komplett aus dem Vertrag herausgenommen hatten.

Da die VK Brandenburg eine konkrete Einzelfallentscheidung zu treffen hatte, ist zwar zu erwarten, dass es zu einer Beschwerdeentscheidung des zuständigen Oberlandesgerichtes kommen wird; eine sog. Divergenzvorlage zum BGH wird es jedoch wiederum nicht geben, da die Vergabekammer sich der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf weitgehend angeschlossen hat und durch Auslegung des Einzelfalles zu dem gefundenen Ergebnis gekommen ist.

f) Zu erwartende Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg

In den kommenden Wochen wird es bezogen auf eine Grundstücksveräußerung einer Gemeinde eine Entscheidung der für Heidelberg zuständigen Vergabekammer Baden-Württemberg geben. Unabhängig von der Frage, wie diese Entscheidung inhaltlich aussehen wird,

ist zu erwarten (und zu hoffen), dass es in dem anhängigen Verfahren zu einer Beschwerdeentscheidung des Vergabesenates des OLG Karlsruhe kommen wird.

I.3. Zukünftige Entwicklung

Selten ist eine Rechtsmaterie durch einige gerichtliche Entscheidungen so in Bewegung geraten, wie die Frage der Ausschreibungspflichten bei Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand durch die oben dargestellten Entscheidungen. Mittlerweile gibt es eine Vielzahl von Abhandlungen zu diesem Thema. Darin wird zum Teil massiv Kritik an der Rechtsprechungslinie des OLG Düsseldorf geübt. Hauptkritikpunkte sind die großzügige Annahme eines „Baufauftrages“ bzw. einer „Baukonzession“ auch in Fällen, in denen keine oder nur unwesentliche Bauleistungen unmittelbar für die öffentliche Hand erbracht werden („Beschaffungs“-charakter des jeweiligen Vorganges), und die Bejahung der Entgeltlichkeit, obwohl vielfach keine Leistung des öffentlichen Auftraggebers erfolgt, die echten Entgeltcharakter hat. Dennoch wird zukünftig mit der Ausschreibungspflicht in vielen bisher als ausschreibungsfrei gewerteten Fällen auszugehen sein. Bezeichnend ist, dass selbst diejenigen Aufsätze, die versuchen die Entscheidungen des OLG Düsseldorf „auseinander zu nehmen“ und erhebliche Kritik üben, im jeweiligen Resümee mit Sätzen wie den folgenden enden:

„Die Quintessenz ist klar: Die Ausschreibungsfreiheit städtebaulicher Verträge wird in Zukunft ein seltener Ausnahmefall sein.“ (Ziekow, Städtebauliche Verträge zwischen Bauauftrag und Baukonzession, DVBl. 2008, S. 137-145).

Erwartet wird, dass sich die EU-Kommission aufgrund der „aufgeregten“ Diskussion in Deutschland in näherer Zukunft zu den vergaberechtlichen Fragestellungen äußern wird.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass das Vergaberecht zukünftig bei Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand und bei städtebaulichen Verträgen eine noch größere Bedeutung erlangen wird, als es schon in den vergangenen Jahren der Fall war. Zwar mögen der eine oder andere rechtsdogmatische Ansatz des OLG Düsseldorf fraglich sein und durch spätere Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte oder eventuell sogar des BGH korrigiert werden; die vom OLG Düsseldorf aufgezeigte Grundtendenz wird allerdings unabhängig von den rechtsdogmatischen Fragen beibehalten werden. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, sich in dem jeweils zu beurteilenden Einzelfall über die konkrete Verfahrens- und Rechtsgestaltung Gedanken zu machen. Hierzu sollen die im Folgenden unter II. vergaberechtlich kurz bewerteten Fallgruppen einen ersten Anhaltspunkt geben.

II. Fallgruppen

II.1. (Einfacher oder qualifizierter) Bebauungsplan – „Angebotsplan“ ohne Projektbezug existiert bereits

a) Der Verkauf eines kommunalen Grundstückes, für das ein **Bebauungsplan als Angebotsplan** bereits besteht, ist, wenn **auf die Vereinbarung einer Bauverpflichtung verzichtet** wird, ohne Ausschreibung vergaberechtlich zulässig. Ausschlaggebend ist hier der allgemein verbindliche Charakter des als Satzung zu beschließenden Bebauungsplanes: Solange nicht versucht wird, über den Bebauungsplan, den Kaufvertrag und/oder sonstige Absprachen ein bestimmtes projektiertes Vorhaben sicherzustellen bzw. zu verwirklichen, ist der bedingungsfreie Verkauf ohne vorherige Ausschreibung zulässig und wirksam. Zu beachten ist allerdings, dass damit auch tatsächlich keine vertraglich abgesicherten Einwirkungsmöglichkeiten auf das Vorhaben bestehen, sofern sich dieses an die baurechtlichen Vorschriften (z.B. die Vorgaben des Bebauungsplanes) hält.

Zu beachten ist lediglich das EU-Beihilferecht: Die Veräußerung des Grundstückes muss (mindestens) zum Marktwert erfolgen. Ein Verkauf unter Marktwert wäre nur nach Durchführung eines Genehmigungsverfahrens bei der EU-Kommission (Notifizierungsverfahren) zulässig.

In diesem Verfahren prüft die EU-Kommission, ob die sehr engen Voraussetzungen zulässiger Zuschussleistungen vorliegen. Fällt diese Prüfung negativ aus, würde die entsprechende Grundstücksveräußerung untersagt werden.

Der Marktwert ist nach dem „Leitfaden für den Verkauf von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“ (Mitteilung der EU-Kommission vom 10.07.1997 – 97/C 209/03) entweder durch einen unabhängigen Gutachter oder mit Hilfe der Durchführung eines „hinreichend publizierten und bedingungsfreien Bietverfahrens“ festzustellen.

b) Eine Grundstücksveräußerung mit Bauverpflichtung an **private Eigennutzer** ist ebenfalls ausschreibungsfrei zulässig: Es handelt sich weder um den Verkauf an „Unternehmen“ im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), noch ist zu erwarten, dass in diesen Fällen der EU-Schwellenwert für Bauleistungen (5,15 Mio. €) erreicht wird.

c) Wird bei einer Grundstücksveräußerung über die Vereinbarung von **Baufristen, Eigennutzungsregelungen, Ankaufs- oder Rückkaufsrechte**, Verbot einer baurechtlich an sich möglichen Mindernutzung des Grundstückes oder ähnliche mittelbare Pflichten und durch entsprechende Sicherungsmittel Einfluss auf die Durchführung der Bebauung genommen, ist jedenfalls auf der Grundlage der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf damit zu rechnen, dass derartige Vereinbarungen als ausschreibungspflichtig eingestuft werden würden. Das OLG Düsseldorf lässt es für die Annahme einer Ausschreibungspflicht in der Entscheidung vom 06.02.2008 ausdrücklich ausreichen, dass entsprechende Sicherungsmittel (Rückkaufsrechte usw.) vereinbart werden, ohne eine Durchführungsverpflichtung in den Vertrag aufzunehmen.

Spätestens seit der Entscheidung der VK Brandenburg vom 15.02.2008 ist es allerdings als umstritten anzusehen, ob dies auch dann gilt, wenn die Bebauung selber **keinen direkten Bezug** zu einer im Interesse der öffentlichen Hand liegenden Nutzung hat. Die VK Brandenburg fordert, dass die Stadt zumindest einen eigenen Bedarf „im weiteren Sinne“ decken will („Beschaffungsvorgang“).

Eine Ausnahme deutet das OLG Düsseldorf zudem für einen Fall an, bei dem es um ein auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelvorhaben geht. Wörtlich heißt es in dem Beschluss:

„Genauso sind im Prinzip Fallgestaltungen einer Anwendung des Vergaberechts entzogen, in denen der Veräußerung eines Grundstücks und seiner Bebauung keine wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebaulichen Funktion zuzuerkennen ist, dies zum Beispiel dann, wenn ein auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelbauvorhaben errichtet werden soll“. (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, S. 20).

d) **„Qualifizierte“ Bauverpflichtungen:** Werden über die durch Bebauungsplan und sonstige baurechtliche Vorschriften ohnehin vorgegebenen Anforderungen an ein Bauvorhaben hinaus im öffentlichen Interesse zusätzliche Vorgaben Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen, ist von einer Ausschreibungspflicht auszugehen. Dies gilt zumindest nach den bisher ergangenen Entscheidungen unabhängig davon, ob es sich in Anbetracht des Gesamtvolumens des Vorhabens um eher unwesentliche oder um wesentliche Verpflichtungen handelt.

e) Werden Anlagen und Einrichtungen hergestellt, die (zumindest auch) **im öffentlichen Interesse** liegen, wie zum Beispiel Rad- und Wegeverbindungen, öffentliche Plätze, Kindertagesstätten und so weiter, ist von einer vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht auszugehen.

II.2. Mit einem konkreten Vorhaben abgestimmter Bebauungsplan

Die Konstellation, dass ein Bebauungsplan als Satzung beschlossen werden soll, der Festsetzungen enthält, die nicht auf allgemeine städtebauliche Überlegungen, sondern auf ein bestimmtes Projekt zurückzuführen sind, führt – nach der derzeitigen Rechtsprechung – zur Ausschreibungspflicht einer damit im Zusammenhang stehenden Grundstücksveräußerung sowie sonstiger vertraglicher Vereinbarungen. Die Rechtsprechung nimmt hier eine Zusammenschau der mit den einzelnen Schritten zusammenhängenden Maßnahmen vor und geht vergaberechtlich von einer **ausschreibungspflichtigen Baukonzession** aus. Umstritten ist, ob sich an dieser Einschätzung etwas ändert, wenn der Kaufvertrag bedingungsfrei gestaltet wird. Ein dennoch abgeschlossener Kaufvertrag läuft jedenfalls Gefahr, als von Anfang an unwirksam eingeordnet zu werden.

II.3. Nicht beplanter Innenbereich – Genehmigung nach § 34 BauGB

Wenn zwar kein Bebauungsplan vorliegt, aber eine Bebaubarkeit als Innenbereichsbebauung nach § 34 BauGB besteht, sollte nach der Entscheidung der Vergabekammer Münster vom 26.09.2007 stets eine Ausschreibungspflicht anzunehmen sein, da die Gemeinde nach Auffassung der Vergabekammer die Planungen eines Investors bei einer baurechtlichen Entscheidung nach § 34 BauGB „ohne weiteres beeinflussen“ könne, da die Genehmigung erst erteilt werde, „wenn das Vorhaben den Vorstellungen der Gemeinde als Baugenehmigungsbehörde entspreche“.

Die VK Brandenburg hat dieser Auffassung in der Entscheidung vom 15.02.2008 zutreffender Weise widersprochen und ausgeführt, dass im Rahmen einer Baugenehmigung keine hinreichenden Einflussmöglichkeiten zur Absicherung gemeindlicher Vorgaben besteht, da es sich bei einer Genehmigung nach § 34 BauGB um eine **gebundene** Entscheidung handelt, die der Baugenehmigungsbehörde gerade kein Ermessen zuspricht.

Im Ergebnis ist die Veräußerung eines Innenbereichsgrundstückes also nicht allein deshalb ausschreibungspflichtig, weil es sich um ein nach § 34 BauGB zu beurteilendes Grundstück handelt. Bezüglich der Vereinbarung sonstiger, über die Vorgaben des BauGB und der LBO hinausgehender Anforderungen an das Bauvorhaben gilt somit nichts anderes, als oben zu Grundstücksveräußerungen von in dem Geltungsbereich eines Bebauungsplanes gelegenen Grundstücken gesagt wurde.

II.4. Energiekonzeption der Stadt; Nutzungsbeschränkungen

Die Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter allgemein gültiger Vorgaben (zum Beispiel der Energiekonzeption der Stadt) führt nicht zu einer Ausschreibungspflicht, solange kein Einfluss darauf genommen wird, **ob** und wann gebaut wird. Gleiches gilt für den negativen Ausschluss unerwünschter Nutzungen, wie zum Beispiel Spielhallen, Sexshops und sonstiger städtebaulich nicht erwünschter Einrichtungen.

II.5. Vorhaben, die auf **Privat**grundstücken verwirklicht werden sollen

Vorhabenbezogene Bebauungspläne (VEP) sind dann ausschreibungsfrei, wenn es um Vorhaben geht, die **auf Grundstücken eines privaten Investors** durchgeführt werden und **allein im privaten Interesse** erfolgen.

Sofern auf den Privatgrundstücken vom Investor (auch) im öffentlichen Interesse liegende Einrichtungen hergestellt werden sollen (zum Beispiel öffentliche Verkehrsanlagen), kann trotz der Eigentümerstellung des Investors von einer Ausschreibungspflicht auszugehen sein. Allerdings ist hier nach der aus dem Jahr 2000 stammenden „Mitteilung der EU-Kommission zur Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht“ vom 12.04.2000 das EU-rechtliche **Verhandlungsverfahren** zulässig und sinnvoll. In dieser Mitteilung hat die EU-Kommission Folgendes klargestellt:

„Im Rahmen der Baukonzessionen kann der Konzessionsgeber nach Gutdünken das geeignetste Verfahren wählen und insbesondere in das Verhandlungsverfahren eintreten.“ (Mitteilung der EU-Kommission vom 12. April 2000, NVwZ-Beilage III 7 2000).

Das heißt, dass die Vergabe zwar unter Beachtung bestimmter Bekanntmachungspflichten erfolgt, dass im übrigen aber „ganz normal“ und ausschließlich mit dem Investor über die konkrete Vertragsgestaltung verhandelt werden kann. Die Bekanntmachungsvorschriften dienen dabei einzig der Transparenz des Verfahrens.

II.6. Erschließungsverträge

Bei Erschließungsverträgen ist zu differenzieren zwischen Verträgen, bei denen sich der private Investor verpflichtet, ausschließlich in seinem Privateigentum stehende Grundstücke zu erschließen und anschließend einer baulichen Nutzung zuzuführen (a) und Verträgen, bei denen ein privater Investor entweder Grundstücke der Gemeinde erwirbt und diese anschließend erschließt oder – neben eigenen Grundstücken – auch Grundstücke Dritter mit erschließt und die Erschließungskosten von der Gemeinde erstattet bekommt (b).

a) Im erst genannten Falle besteht keine Ausschreibungsverpflichtung, da der Investor von der Gemeinde weder die Nutzungsbefugnis für die betroffenen Grundstücke noch ein Entgelt für die vorgenommenen Bauleistungen erhält.

b) Die sonstigen genannten Fälle sind dagegen ausschreibungspflichtig:

- Der Verkauf gemeindeeigener, noch nicht erschlossener Grundstücke zwecks Herstellung der Baureife und Weiterveräußerung durch den Investor ist nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf als Baukonzession einzustufen.
- Der zuletzt genannte Fall der sogenannten „unechten“ Erschließungsverträge (bei denen auch Grundstücke Dritter miteingeschlossen werden) galt schon vor der ersten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 allgemein als ausschreibungspflichtiger Vorgang.

II.7. Rechtsfolgen eines festgestellten Vergaberechtsverstoßes:

Über die genannten Fallgruppen hinaus gibt es eine Vielzahl weiterer Differenzierungen, die zum Teil anhand der oben genannten Aspekte vergaberechtlich bewertet werden können. Im Ergebnis ist immer auf die Besonderheiten des konkreten Einzelfalles abzustellen.

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen bestehende Ausschreibungspflichten kann die Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 BGB oder nach § 13 Vergabeverordnung sein. Die Vergabekammer Münster hat aufgrund des von ihr festgestellten „kollusiven Zusammenwirkens“ der Vertragspartner die Sittenwidrigkeit der entsprechenden Verträge nach § 138 BGB und damit die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte angenommen. Diese sehr weit gehende Interpretation des zu beurteilenden Sachverhaltes wird aber voraussichtlich eine Ausnahme bleiben. Für die Praxis wesentlich relevanter dürfte folgende Feststellung sein: Sofern trotz vergaberechtlich relevanten Sachverhaltes **kein** Vergabeverfahren durchgeführt wurde, gilt der entsprechende Vertrag nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH und des BGH zu § 13 Satz 6 Vergabeverordnung als von Anfang an unwirksam. Aus diesem Grunde wird die Frage der Ausschreibungspflichten bei Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand und bei städtebaulichen Verträgen gerade auch von den Investoren und den Banken sehr ernsthaft behandelt, mit der Folge, dass die öffentliche Hand, die Investoren und die finanzierenden Banken im gemeinsamen Interesse eine vergaberechtliche „saubere“ Lösung herbeiführen müssen.

Zur Vertiefung der vorstehenden Ausführungen sei nochmals auf den Handlungsleitfaden des Städtetages Nordrhein-Westfalen und des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen vom Februar 2008 hingewiesen.

III. Ausschreibungs- und Vergabeverfahren

Wenn die vergaberechtliche Prüfung ergeben hat, dass es sich um einen EU-weit auszuschreibenden Vorgang, insbesondere um eine Baukonzession nach §§ 32, 32 a VOB/A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) handelt, ist zunächst zu entscheiden, ob im offenen, im nicht offenen oder im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben werden soll. Die oben bereits zitierte Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 12.04.2000 hält insoweit insbesondere das Verhandlungsverfahren für geeignet. Im Regelfall wird dabei entweder das offene Verfahren oder – wenn man zwar eine Vielzahl von Bewerbern erreichen, aber nur mit wenigen konkret verhandeln will – die Durchführung eines europaweiten Teilnahmewettbewerbes mit anschließenden Verhandlungsverfahren zu empfehlen sein. Die Durchführung eines offenen Verfahrens setzt regelmäßig voraus, dass die zu beschaffende Leistung des Investors in der auszuschreibenden Leistungsbeschreibung abschließend beschrieben werden kann.

Stets erforderlich ist es, dass sich die Gemeinde bereits vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe darüber im Klaren ist, ob und wenn ja welche Vorgaben gemacht werden und wie die einzelnen Angebote hinsichtlich der von der Gemeinde vorgegebenen Kriterien bewertet werden sollen (Bewertungsmatrix). Einzelheiten zu den sich hierbei ergebenden Teilfragen und zu den zu beachtenden Aspekten werden auf den konkreten Einzelfall bezogen im Zusammenhang mit dem Ausschreibungsverfahren „Altes Hallenbad“ in einer gesonderten Beschlussvorlage erörtert werden.

gez.

Dr. Eckart Würzner