

# Europaweite Ausschreibung beim Verkauf städtischer Grundstücke?

Von Matthias Durst, Kim Delphine Weber, P+P Pöllath + Partners, Berlin

## Einleitung

Die Verpflichtung zur Durchführung von Vergabeverfahren besteht nach dem GWB nur für die Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber (§ 97 Abs. 1 GWB). Zumindest begrifflich liegt es nahe, dass beim Verkauf städtischer Grundstücke keine Ausschreibungspflicht besteht, weil die öffentliche Hand mit der Veräußerung gerade keine Leistung (sondern Geld) beschafft und es sich damit schwerpunktmäßig um eine haushaltsrechtliche Materie handelt. Während dies auf reine Grundstückskaufverträge nach wie vor zutrifft, kann sich das Bild bereits bei Hinzutreten sonstiger Verpflichtungen des Erwerbers, wie z.B. von Bauverpflichtungen, ändern und das gesamte Rechtsgeschäft ein nach Vergaberecht ausschreibungspflichtiger Bauauftrag bzw. eine Baukonzession werden.

## Bisherige Rechtsauffassung

Nach bisherigem Verständnis waren Vergabeverfahren im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften letztlich nur durchzuführen, wenn die Daseinsvorsorge als staatliche Aufgabe berührt wurde und der Staat unmittelbar Güter oder Leistungen beschafft hat. Dies ist namentlich der Fall, wenn im Rahmen eines Grundstücksgeschäfts geregelt wird, dass vom Erwerber Erschließungsleistungen (vgl. § 127 Abs. 2 BauGB), z. B. durch Herstellung einer öffentlichen Straße, durchzuführen sind. Ein sonstiges Interesse an der Durchführung der Baumaßnahme auf dem (privaten) Grundstück selbst wurde dagegen gerade nicht als ausreichend angesehen, weil der Staat nicht auf der Nachfrageseite Güter beschafft, sondern lediglich sonstige – nämlich städtebauliche Interessen – im Rahmen des ohnehin gewollten Grundstückskaufvertrages verfolgt. Damit fielen insbesondere Durchführungsverträge, die im Zusammenhang mit vorhabenbezogenen Bebauungsplänen gemäß § 12 BauGB zwingend abzuschließen sind, sowie die Kombination von städtebaulichen Verträgen mit Grundstückskaufverträgen oder Grundstückskaufverträge mit Bauverpflichtung im Regelfall nicht in den Anwendungsbereich des GWB (vgl. BayObLG, NZBau 2002, 108; VGH Kassel, ZfBR 2006, 806, 807).

## Änderung der Rechtslage durch die Ahlhorn-Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hat diese Rechtsprechung in seinem Beschluss vom 13.06.2007 (NZBau 2007, 530, 531 – „Fliegerhorst Ahlhorn“) erstmals aufgegeben und eine sehr extensive Auslegung des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB vertreten und diese Rechtsauffassung in den nachfolgenden Beschlüssen vom 12.12.2007 (NZBau 2008, 138 ff. – „Wuppertal-Vohwinkel“), 06.02.2008 (NZBau 2008, 271 ff. – „Oer-Erkenschwick“) und 30.04.2008 (BeckRS 2008, 08870) bestätigt und weiter ausgebaut. Zusammengefasst sieht das OLG Düsseldorf in der Verknüpfung einer Grundstücksveräußerung durch die öffentliche Hand mit der Verpflichtung des Erwerbers, die Grundstücke entsprechend städtebaulichen Vorgaben der Gemeinde zu bebauen und zu nutzen, eine öffentliche Baukonzession i. S. des § 99 Abs. 1 und 3 GWB (Unterfall des Bauauftrages). Im Wesentlichen lässt sich die neue Rechtsprechung durch folgende Leitsätze skizzieren:

- Ein mit einem städtebaulichen Entwicklungsvertrag kombinierter Grundstückskaufvertrag ist auch dann vergabepflichtig, wenn der öffentliche Auftraggeber die zu errichtenden Bauwerke nicht selbst erwerben oder nutzen will. Es kommt nicht darauf an, ob ein Beschaffungsbedarf des Staates befriedigt wird. Ausreichend ist schon, dass der Investor die Bauwerke nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers zu errichten hat.
- Ein Grundstückskaufvertrag, der eine Bauverpflichtung des Erwerbers nach auch nur nebensächlichen Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers regelt, ist schon dann als öffentlicher Bauauftrag zu qualifizieren, wenn die gestellten Erfordernisse über die Festlegungen in einem bestehenden Bebauungsplan hinausgehen. Darauf, ob die Baumaßnahme nach vom öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Plänen verwirklicht wird, kommt es nicht an. Es genügt eine Verpflichtung zur Herstellung nach vom Auftraggeber gebilligten Plänen.
- Auch wenn sämtliche Vertragsklauseln über eine Bauverpflichtung eliminiert werden, aber der Wille einer Bauverpflichtung fortbesteht, unterfällt der Grundstückskaufvertrag weiterhin der Vergabepflicht.

Im Grunde eliminiert das OLG Düsseldorf damit das Tatbestandsmerkmal „beschaffen“ in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB. Der Erwerb eines gemeindlichen Grundstücks wird eigentlich nur noch dann nicht vom Vergaberecht erfasst, wenn der Kaufvertrag ohne jede Bauverpflichtung und ohne sonstige Regelungen zur Durchsetzung öffentlicher Interessen abgeschlossen wird. Es dürfen also auch keine Rücktritts- oder Wiederkaufsrechte zur indirekten Absicherung von Bauverpflichtungen vorgesehen werden oder beispielsweise Bebauungspläne anlässlich des Kaufvertrages geändert werden.

Dieser Rechtsprechung hat sich das OLG Bremen angeschlossen und sie auf Pachtverträge übertragen (vgl. NZBau 2008, 336 ff. – „Windpark“).

Dagegen haben die Entscheidungen sowohl bei den Kommunen als auch bei den Investoren für erhebliche Verunsicherung gesorgt. Die im streng formalisierten Vergaberecht erforderliche frühe Festlegung eines Vorhabens – anstelle des bislang praktizierten Wettbewerbs ausgewählter Investoren (bei dem das Vorhaben nicht fest definiert war sondern es u. a. Aufgabe der Investoren war, die besten Ideen für die Nutzung zu entwickeln) – hat die Kommunen von größeren Stadtentwicklungsmaßnahmen oberhalb des maßgeblichen Schwellenwertes (EUR 5.278.000,00) erst einmal Abstand nehmen lassen. Ebenso ist der Weg des vorhabenbezogenen Bebauungsplans mit Durchführungsvertrag derzeit im Grunde nur über eine Ausschreibung zu verwirklichen. Problematisch ist dies vor allem in den Fällen, in denen der Anstoß für das Projekt und den Verkauf nicht von der Gemeinde sondern vom Investor ausgeht und dieser mit einer Vorplanung auf die Gemeinde zugeht. Will die Gemeinde den Investor dann an die Planung binden, müsste ausgeschrieben werden.

Durch die zwischenzeitlich ergangenen Entscheidungen unterschiedlicher Vergabekammern (VK Potsdam, Beschluss vom 15.02.2008, NZBau 2008, 344 (nur Leitsätze), nicht rechtskräftig: gegen den Beschluss wurde sofortige Beschwerde beim OLG Brandenburg eingelegt; VK Karlsruhe, Beschluss vom 07.03.2008, NZBau 2008, 344 (nur Leitsätze), nicht rechtskräftig: gegen den Beschluss wurde sofortige Beschwerde beim OLG Stuttgart eingelegt; VK Darmstadt, Beschluss vom 05.03.2008, NZBau 2008, 339

– rechtskräftig), die die weite Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf jeweils nicht teilen, ist zwar wieder Bewegung in die Thematik gekommen. Sollten die in 2. Instanz zuständigen Oberlandesgerichte von der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf abweichen wollen, müssten sie die Entscheidung jedoch erst einmal dem BGH vorlegen (§ 124 Abs. 2 GWB).

Aktuell bewegen sich daher alle Kaufverträge, die den Erwerb eines Grundstücks von der öffentlichen Hand betreffen und mit einer Bauverpflichtung oder der Durchsetzung anderer öffentlicher Interessen im Zusammenhang stehen, in einer juristischen Grauzone und müssen daher entweder ausgeschrieben werden oder führen vorbehaltlich der Nichtigkeitsfälle erst dann sicher zum Erwerb des Grundstücks, wenn die Nachprüfungsrechte möglicher anderer Interessenten verwirkt sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2008, BeckRS 2008, 08870, m. w. N.). Verwirkt sind die Nachprüfungsrechte aber erst, wenn der Interessent in Kenntnis der Ausschreibungspflicht seine Rechte über einen längeren Zeitraum nicht geltend macht. Ein fester Zeitraum lässt sich dafür nicht bestimmen (vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 08870).

### Reaktion des Gesetzgebers

Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hat inzwischen den Gesetzgeber auf den Plan gerufen. Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, dass der Bauauftrag einen eigenen Beschaffungsbedarf voraussetze und dass allein die Verwirklichung einer vom Planungsträger angestrebten städtebaulichen Entwicklung keinen Beschaffungsbedarf darstelle. Auch habe die Baukonzession nur ein befristetes Nutzungsrecht zum Gegenstand, weshalb die (dauerhafte) Veräußerung von Grundstücken schon begrifflich nicht unter § 99 GWB subsumiert werden könne. Die durch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf verursachte Rechtsunsicherheit soll deshalb durch folgende klarstellende Gesetzesformulierungen beseitigt werden (Kabinettschluss der Bundesregierung vom 21.05.2008):

● Neufassung von § 99 Abs. 3 GWB: „Baufträge 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.“

● Neueinfügung von § 99 Abs. 6 GWB: „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, gegebenenfalls zusätzlich der Zahlung eines Preises besteht.“

Obwohl angesichts dieses Wortlauts (letztlich entscheidend sind die Worte „unmittelbar“ in § 99 Abs. 3 und „befristet“ in § 99 Abs. 6) fraglich sein könnte, ob tatsächlich eine abweichende Rechtslage geschaffen wird, ergibt sich doch zumindest aus der Begründung des Gesetzesentwurfs eindeutig, dass ohne echten Beschaffungsbedarf der Gemeinde kein Bauauftrag vorliegt und eine Baukonzession bei Grundstückskaufverträgen mangels befristeter Nutzungsüberlassung ausscheidet. In der Begründung des Gesetzesentwurfes heißt es zu dem neu gefassten Absatz 3, dass die Textergänzung („unmittelbar wirtschaftlich zugute“) den immanenten Beschaffungscharakter des Bauauftrags deutlich hervorhebe. Die Verwirklichung einer vom Planungsträger angestrebten städtebaulichen Entwicklung sei nicht als einzukaufende Leistung zu werten. Vergaberecht betreffe prinzipiell nicht die Aufgabenebene einer staatlichen Institution, sondern lediglich die Ebene der Ressourcenbeschaffung zur Bewältigung der Aufgaben der Institution (vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, S. 14).

Auch der neu vorgeschlagene § 99 Abs. 6 GWB richtet sich unmittelbar gegen die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf. Aus Sicht der Bundesregierung ist der vom OLG Düsseldorf verwandte weite Baukonzessionsbegriff eine wichtige Grundlage der Entscheidungen. Durch den neuen Absatz 6 wird daher festgelegt, dass bei einer Baukonzession das Nutzungsrecht befristet ist, was für Konzessionsverhältnisse typisch sei. Die Veräußerung, die ein dauerhaftes Nutzungsrecht beinhaltet, sei damit nicht Teil einer Konzession (vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, S. 14 f.).

Die Novelle des GWB soll voraussichtlich im Dezember 2008 in Kraft treten.

### Europarechtliche Fragestellungen

Soweit alles gut, könnte man meinen. Ob damit das Kapitel Ausschreibung beim Grundstückskauf von der Gemeinde abgeschlossen werden kann, darf allerdings bezweifelt werden. Das OLG Düsseldorf hat sich in seinen Beschlüssen nämlich im Wesentlichen auf die sog. Roanne-Entscheidung des EuGH vom 18.01.2007 (NZBau 2007, 185 ff. – „Stadt Roanne“) gestützt und diese Entscheidung –

nach unserer Auffassung zu Unrecht – so interpretiert, als ob dadurch die weite Auffassung vom Zweck des Vergabeverfahrens und dessen Anwendbarkeit auch ohne unmittelbaren Beschaffungsfall europarechtlich gefordert sei.

Gegenstand der Roanne-Entscheidung war allerdings ein Beschaffungsfall: Die Stadt Roanne beabsichtigte, einen weiteren öffentlichen Auftraggeber mit der Planung und Errichtung eines Freizeitentrums zu beauftragen, um ein Bahnhofsviertel aufzuwerten und zu beleben. Gegenstand des Auftrags war, die betreffenden Grundstücke zu kaufen (!), ein Auswahlverfahren für Architekten und/oder Planungsbüros zu organisieren, Planungen vornehmen zu lassen, die Bauarbeiten durchführen zu lassen und Finanzmittel zu beschaffen. Die Finanzierung des Ganzen sollte teilweise aus den Einnahmen, teilweise aus Abverkäufen der Grundstücke an Dritte und teilweise durch Mittel der Stadt Roanne erfolgen. Ein am Ende verbleibender Gewinn sollte der Stadt Roanne zustehen, die ebenso auch etwaige Verluste zu tragen gehabt hätte. Mit anderen Worten kann man sagen, dass die Stadt Roanne wie ein Projektentwickler aufgetreten ist und dabei unter Einsatz öffentlicher Mittel den öffentlichen Zweck verfolgt hat, ein Stadtviertel aufzuwerten. Dieser Fall lässt sich ohne jede Frage unter die Beschaffung durch die öffentliche Hand zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf der Nachfrageseite subsumieren. Das Beschaffungselement tritt hier sogar in ungewöhnlich deutlicher Form zu Tage, weil öffentliche Mittel eingesetzt und Grundstücke gekauft werden.

Der Fall Roanne eignet sich damit nicht, die viel weitere Auffassung des OLG Düsseldorf zu stützen. Gerade in den Fällen, in denen eine verkaufende Gemeinde zwar städtebauliche Interessen wahr, aber letztlich gemeindliches Vermögen verkauft, fehlt es am Beschaffungsfall. Das OLG Düsseldorf greift sich letztlich nur einen identischen Aspekt (Aufwertung Bahnhofsviertel) unter Außerachtlassung der gesamten sonstigen Fallkonstellation und des Zwecks des Vergaberechts – auch des europarechtlichen Vergaberechts – heraus und begründet damit seine Rechtsprechung. Tatsächlich wird diese Rechtsauffassung aber weder durch die Roanne-Entscheidung, noch durch sonstiges Europarecht gestützt. Das Tatbestandsmerkmal der Beschaffung liegt auch den maßgeblichen Vergaberichtlinien (Richtlinien 2004/17/ EG und 2004/18/ EG) zu Grunde. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt der öffentliche Bauauftrag nämlich eine ent-

sprechende entgeltliche Leistung an den Unternehmer als Gegenleistung voraus (EuGH, NZBau 2001, 512, 516 – Teatro alla Biccoca; EuGH NZBau 2005, 49, 50 – Heizkraftwerk München Nord). Ebenso wird der Begriff der Konzession nur auf Fälle angewandt, in denen ein zeitlich befristetes Recht eingeräumt wird (Mitteilung der Kommission zur Auslegungsfrage des Konzessionsbegriffs, ABl. EG Nr. C 121 vom 29.04.2000, S. 2 ff.; EuGH, NZBau, 2001, 148 – Teleaus-

tria). In der Roanne- Entscheidung wird hiervon nicht abgewichen.

**Ausblick**

Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung nach Inkrafttreten der Gesetzesreform der Bundesregierung reagiert. Das OLG Düsseldorf hat angeblich bereits verlauten lassen, dass die Änderungen des Gesetzgebers nicht europarechtskonform seien. Insoweit könnte es nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung

möglicherweise zu einer Auslegungsvorlage nach Art. 234 EG kommen, um die Frage durch den EuGH klären zu lassen. In diesem Fall bestünde bis zu einer verbindlichen Klärung durch den EuGH weiter Rechtsunsicherheit und die Gemeinden werden voraussichtlich im Zweifel eher von Verkäufen absehen oder ausschreiben.

**Weitere Informationen im Kanzleiprofil am Ende des Handbuchs.**



Dr. Matthias Durst



Kim Delphine Weber

**P+P Pöllath + Partners**

**Dr. Matthias Durst** (Partner) und **Kim Delphine Weber** (Senior-Associate) sind Rechtsanwälte bei P+P Pöllath + Partners.

Herr Durst und Frau Weber beraten ausschließlich im Bereich Immobilienrecht, vorwiegend bei Projektentwicklungen, Immobilientransaktionen, Gewerbemietverträgen, Joint Ventures und Finanzierungen. Herr Durst ist Vorsitzender des Boards für den Postgraduierten Studiengang (LL.M) Real Estate Law der Wilhelms-Universität in Münster.

Partner von P+P stehen mit an der Spitze auf internationalen Ranglisten. Weitere Hinweise und Beiträge zu aktuellen Themen aus dem Bereich Immobilienrecht: [www.pplaw.com](http://www.pplaw.com). Weitere Kontakte im Bereich Immobilienrecht: Dr. Carsten Führling, Dr. Stefan Lebek.