

# Spielräume für Grundstücksverkäufe und Vergaberecht

Von Dr. Ute Jasper, Partnerin und Barbara v. der Recke, Rechtsanwältin,  
Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

*Bereits ein Jahr ist es her, dass der Vergabesenat des OLG Düsseldorf viele Kommunen und Städte mit seiner überraschenden Rechtsprechung zur Vergabepflicht von kommunalen Grundstücksverkäufen in Unruhe versetzt hat. Trotz der inzwischen verstrichenen Zeit herrscht vielerorts weiterhin Ungewissheit: Wie geht man mit der Veräußerung von städtischem Grundbesitz um? Wie vermeidet man die Vergabepflicht? Welche Vorteile bietet das Vergaberecht und wie können diese genutzt werden? Kurzum: Welche Spielräume stehen öffentlichen Auftraggebern bei der Veräußerung von kommunalen Grundstücken zu, um Investitionen nicht stoppen zu müssen und die städtebauliche Entwicklung fördern zu können?*

Auf deutscher Ebene begann die Unruhe mit dem sogenannten „Ahlhorn“-Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 (Az. VII-Verg 02/07). Das OLG entschied, dass Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand, die mit Bauverpflichtungen des Investors verbunden sind, der Vergabepflicht unterworfen sind. Bis dato unterlagen Grundstücksverkäufe nur dem Vergaberegime, wenn die öffentliche Hand die zu errichtenden Gebäude selbst nutzen wollte. Das OLG Düsseldorf verneinte nun das Erfordernis eines eigenen Beschaffungsbedarfes. Es genügt, dass die öffentliche Hand planerische oder städtebauliche Vorgaben an die Bebauung macht. Die öffentliche Hand muss sich eine Bauleistung verfügbar machen. Sie muss einen durchsetzbaren Anspruch auf die Bauleistung haben. Welche Interessen sie damit verfolgt, ist irrelevant. So genügen beispielsweise rein städtebauliche Interessen.

Diese Rechtsprechung wurde zwischenzeitlich vielfach bestätigt. So hatte sich das OLG Düsseldorf in den vergangenen Monaten mit zwei weiteren Grundstücksfällen auseinanderzusetzen und entschied jeweils in Fortsetzung seiner „Ahlhorn“-Rechtsprechung (Beschluss vom 12.12.2007 „Wuppertal“, VII-Verg 30/07; Beschluss vom 06.02.2008 „Oer-Erkenschwick“, VII-Verg 37/07). Zwar wird diese „Ahlhorn-Linie“ von verschiedenen erstinstanzlichen Nachprüfungsbehörden entschieden abgelehnt. Die Vergabekammern Brandenburg (Beschluss v. 15.02.2008, VK 02/08), Hessen (Beschluss v. 05.03.2008; 69d-VK-06/2008) und Baden-Württemberg (Beschluss v. 07.03.2008, 1 VK 1/08) verneinten entweder eine Bauverpflichtung oder forderten weiterhin einen unmittelbaren Beschaffungsbedarf als unausweichliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vergaberechts. Die Hoffnung vieler Kommunen und Städte, dass die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in nächster Zeit durch eine Entscheidung des BGH korrigiert werde, dürfte sich aber nach einer weiteren obergerichtlichen Entscheidung des OLG Bremen vom 13.03.2008 (Az. Verg 05/07) erübrigt haben. Das OLG Bremen bestätigte die „Ahlhorn-Linie“ des OLG Düsseldorf ausdrücklich und erweiterte sie sogar auf Pachtverträge. Daher bleibt es vorerst bei dem Grundsatz der strengen Anwendungspflicht des Vergaberechts, wenn Städte und Kommunen Grundstücke mit Bauverpflichtungen veräußern wollen.

Die Umstände, die mit der neuen Rechtsprechung vielerorts einhergehen, sollten aber nicht überbewertet werden. Denn das Vergaberecht muss nicht zwingend zu einem Investitionsstop in den Städten und Kommunen führen. Neben den bereits bekannten vergaberechtsfreien In-House-Geschäften bestehen zahlreiche Spielräume der Auftraggeber, die ebenfalls einen Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren zu-

lassen. Aber selbst für den Fall, dass man ein Vergabeverfahren unumgänglich ist, gibt es viele Möglichkeiten, wie sowohl der Haushalt als auch die städtebauliche Entwicklung in den Kommunen durch einen Wettbewerb verbessert und zielorientiert gestaltet werden können. Das Vergaberecht bietet daher auch eine Chance.

## 1. Vergaberechtliche Ausnahmen

Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand unterliegen nicht in jedem Fall dem Anwendungsbereich des Vergaberechts. Denn nach § 99 Absatz 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterfallen nur solche Grundstücksverträge dem Begriff des öffentlichen Bauauftrages, die zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen geschlossen werden, bei denen der Auftraggeber den Unternehmer verpflichtet, bestimmte Bauleistungen zu erbringen. Aus diesem Grund fallen sogenannte „In-House-Geschäfte“ und reine Grundstücksveräußerungen ohne Bauverpflichtungen bereits per se aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts heraus. Darüber hinaus bestehen weitere Ausnahmen von der Vergabepflicht:

### *In-House-Geschäfte*

Eine Ausnahme von der Anwendungspflicht des Vergaberechts besteht schon nach bisheriger Rechtsprechung bei In-House-Geschäften. Diese setzen jedoch voraus, dass die Städte und Kommunen als Auftraggeber an der Person des Vertragspartners beteiligt sind. Sie müssen über diese Person eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben, so dass dem Auftragnehmer keine eigene Entscheidungsgewalt zukommt. Die Person des Auftragnehmers muss zudem ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber verrichten. Diese Anforderungen entsprechen inzwischen gefestigter EuGH-Rechtsprechung (so zuletzt mit Urteil vom 08.04.2008, Rs.- C 337/05). Der Anwendungsbereich von In-House-Geschäften ist danach jedoch sehr eng. Regelmäßig scheitern sie schon aufgrund des zweiten Kriteriums, nämlich der Kontrolle des Auftraggebers wie über seine eigene Dienststelle. So scheiden Übertragungen von Grundstücken an gemischt-wirtschaftliche Gesellschaften per se aus. Ein In-House-Geschäft kommt daher nur bei der Grundstücksveräußerung an eine 100 %ige Eigengesellschaft des Auftraggebers in Betracht. Entgegen früher vertretener Ansicht scheidet ein In-House-Geschäft auch mit Sparkassen aus, da eine Sparkasse nicht im Wesentlichen für die beteiligte Kommune, sondern zu großen Teilen auch für private Haushalte und Unternehmen tätig ist. Zwar steht bei diesen „Drittgeschäften“ der Sparkassen anders als bei privaten Banken die Gewinnmaximierung nicht im Vordergrund. Leitmotiv ist in der Regel die Gemeinwohlorientierung. Die Tätigkeit der Sparkassen ist aber deshalb nicht dem Wettbewerb entzogen. Aufgrund des zwischenzeitlichen Auslaufens von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung per 18.07.2005 ist der Wettbewerbsvorteil der Sparkassen entfallen. Daher erfüllen Grundstücksgeschäfte öffentlicher Auftraggeber mit Sparkassen nicht das dritte Kriterium eines vergabefreien In-House-Geschäfts.

### *Ausnahmen nach § 100 Absatz 2 GWB*

Eine weitere Ausnahme besteht ungeachtet der neuen Rechtsprechung zur Vergabepflicht von kommunalen Grundstücks-

verkäufen auch nach § 100 Abs. 2 GWB, insbesondere § 100 Abs. 2 lit. h) GWB. Danach unterfallen Aufträge über den Erwerb oder Mietverhältnisse über oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts. Damit sind Fälle gemeint, in denen eine Gemeinde beispielsweise ein bereits bestehendes Gebäude für die Unterbringung ihrer Verwaltung anmietet. Dieser Fall darf nicht verwechselt werden mit der Veräußerung eines Grundstückes, auf dem ein Gebäude erst noch nach den Anforderungen des Auftraggebers errichtet werden soll. Das ist z.B. der Fall, wenn eine Kommune ein Grundstück veräußert und zugleich bebauen lässt, um das Gebäude anschließend zu mieten oder zu pachten. Der Gesetzestext („vorhandene Gebäude“) schließt diese Fälle ausdrücklich von der Vergabefreiheit aus. Entscheidend ist hierbei nicht die Grundstücksveräußerung an sich, sondern die damit verbundene Bauverpflichtung. Werden dem Investor zugleich Bauleistungen aufgegeben, findet der Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 lit. h) GWB keine Anwendung.

### *Reine Grundstücksveräußerungen Verzicht auf eine Bauverpflichtung*

Betrachtet man die neue Rechtsprechung zu Grundstücksgeschäften, stellt man fest, dass auch hiernach nicht jede Grundstückstransaktion der Vergabepflicht unterliegt. Reine Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand sind weiterhin vergabefrei. Die „Ahlhorn-Rechtsprechung“ findet hierbei keine Anwendung. Denn bei reinen Grundstücksveräußerungen fehlt es an der maßgebenden Bauverpflichtung des Investors. Es steht ihm völlig frei, wie er mit dem Grundstück umgeht. Der Auftraggeber hat keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Errichtung eines bestimmten Bauvorhabens. Ein Einkauf von Leistungen, sei es auch nur die mittelbare Verwirklichung städtebaulicher Interessen, liegt nicht vor.

Verzichtet die öffentliche Hand bei Grundstücksverkäufen auf jegliche Bauverpflichtungen oder Vorgaben an Nutzung und Bebauung - auch mittelbarer Art wie bspw. die Bezugnahme auf Nutzungskonzepte oder Abstimmungsklauseln -, gelten lediglich die allgemeinen haushaltsrechtlichen Vorschriften. Das Vergaberecht ist grundsätzlich nicht zu beachten.

### *Bauvorgaben nach bestehendem Bebauungsplan*

Das Vergaberecht muss auch dann nicht angewendet werden, wenn die öffentliche Hand zwar Bauvorgaben aufstellt, diese aber nicht über die allgemeinen Festsetzungen eines bestehenden Bebauungsplanes hinausgehen. Ferner darf der Grundstückskaufvertrag keine Rücktritts- und/oder Wiederkaufsrechte der öffentlichen Hand enthalten. Hintergrund dieser Ausnahme ist, dass es sich bei den allgemeinen Festsetzungen eines bestehenden Bebauungsplanes um keine „besonderen Erfordernisse“ des Auftraggebers im Sinne des § 99 Absatz 3 GWB handelt. Solche liegen nur vor, wenn der Auftraggeber weitere, über die bestehenden Festsetzungen hinausgehende Anforderungen aufstellt oder das Planungsrecht für ein konkretes Vorhaben erst noch schafft. Behält sich der Auftraggeber in dem Kaufvertrag oder in sonstigen Nebenabreden zudem den Rücktritt oder Wiederkauf des Grundstückes für den Fall vor, dass der Investor das Grundstück beispielsweise nicht innerhalb einer bestimmten Zeit bebaut, besteht eine Vergabepflicht des Grundstücksverkaufes. Denn die zeitlichen Vorgaben, die durch Rücktritts- und Wiederkaufsrechte begründet werden, stellen nach Auffassung des OLG Düsseldorf mittelbare Bauverpflichtungen dar. Der zeitliche Druck, unter den ein Investor mit diesen Regelungen

gestellt werde, sei einer Bauverpflichtung gleichzusetzen.

Zwar wird dieser letzte Aspekt in der Literatur und von den oben genannten Vergabekammern entschieden kritisiert. Sie vertreten die Auffassung, dass ein solcher Vertrag ebenfalls vergaberechtsfrei sei. Denn auch die Tatsache, dass die Kommune beispielsweise bei einer andauernden Brachlage zum Rücktritt berechtigt sei, führe nicht dazu, dass der Auftraggeber die Bebauung des Grundstückes im Sinne des § 99 Absatz 3 GWB rechtlich oder wirtschaftlich durchsetzen könne. Die Entscheidungen der Vergabekammern wurden aber bislang noch nicht obergerichtlich bestätigt. Daher ist es ratsam, vorerst dem OLG Düsseldorf zu folgen und Verträge mit zeitlichen Bauvorgaben und Rücktritts-/Wiederkaufsrechten einem Vergabeverfahren zu unterziehen. Zuvor sollte aber überlegt werden, ob der in Frage stehende Vertrag tatsächlich einer Bauverpflichtung oder Rücktritts- und/oder Wiederkaufsrechten bedarf oder ob nicht hierauf verzichtet werden kann. Da der Investor selbst ein großes Interesse daran hat, seinen Kaufpreis für das Grundstück durch die Realisierung eines konkreten Bauvorhabens zu amortisieren, kommt oftmals ein Verzicht auf die Bauverpflichtung in Betracht.

### *Faktische Bauverpflichtung*

Bei rein faktischen Bauverpflichtungen liegt ebenfalls kein öffentlicher Bauauftrag vor. Zwar hat das OLG Düsseldorf in dem Fall „Oer-Erkenschwick“ entschieden, dass ein Grundstücksverkauf der Vergabepflicht unterliegt, wenn der Kaufvertrag zunächst eine Bauverpflichtung vorsah, diese aber nachträglich - aufgrund der neuen „Ahlhorn“-Rechtsprechung aus dem Vertrag eliminiert worden ist. Das OLG Düsseldorf sah in diesem Vorgehen eine Umgehung des Vergaberechts und erklärte den Grundstückskaufvertrag für nichtig. Die Entscheidung überraschte nicht. Denn ungeachtet der Tatsache, dass die Bauverpflichtung nachträglich aus dem notariell beurkundeten Kaufvertrag herausgenommen wurde, sprachen verschiedene Umstände, nicht zuletzt die fortbestehende Beschlusslage des Rates, für eine weiterhin gewollte Bauverpflichtung.

Für den Regelfall aber, dass der Auftraggeber in dem Kaufvertrag bereits von Beginn an auf eine Bauverpflichtung verzichtet und allenfalls mündlich Vorgaben an die Bebauung aufstellt, liegt - in Übereinstimmung mit der Vergabekammer Brandenburg (s.o.) - keine Bauverpflichtung im vergaberechtlichen Sinne vor. Denn nur eine ausdrückliche und schriftlich fixierte Bauverpflichtung begründet einen Rechtsanspruch des Auftraggebers auf Errichtung des Bauvorhabens. Setzt der Unternehmer lediglich die faktisch bestehenden Interessen des Auftraggebers um, liegt grundsätzlich keine Bauverpflichtung vor. Dieser „Regelfall“ wurde aber bislang noch nicht obergerichtlich bestätigt.

### *Einzelbauvorhaben*

Dem OLG Düsseldorf selbst zufolge kommt eine Ausnahme der Vergabepflicht auch dann in Betracht, „wenn der Veräußerung eines Grundstückes und seiner verpflichtenden Bebauung keine wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebauliche Funktion zukommt“. Das OLG Düsseldorf nennt als Beispielfall ein auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelbauvorhaben. Es hat sich jedoch nicht näher zu diesem Ausnahmefall erklärt. Insbesondere wird aus dem Beschluss („Oer-Erkenschwick“) nicht ersichtlich, wann dem OLG Düsseldorf zufolge eine Bebauung keine wirtschaftliche Funktion erfüllt. Zwar ist anzunehmen, dass das OLG Düsseldorf beabsichtigte, den von

ihm zuvor mit dem „Ahlhorn-Beschluss“ sehr weit gezogenen Anwendungsbereich des Vergaberechts bei Grundstücksverkäufen wieder einzuschränken. Sofern hiernach für die Abgrenzung der Vergabepflicht das Kriterium der Wirtschaftlichkeit maßgebend sein soll, ist ihm dies aber nicht gut gelungen. Denn allein bei einer Betrachtung der umfassenden bauleitplanerischen Belange des § 1 Absatz 6 Nr. 1 bis 12 BauGB ist keine Bebauung vorstellbar, die nicht irgendeine städtebauliche, und damit wirtschaftliche Funktion in dem vom OLG Düsseldorf beschriebenen Sinne erfüllt. Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit kann daher nicht entscheidend sein. Andernfalls würde der Ausnahmefall des OLG Düsseldorf keine Anwendung finden.

Das Augenmerk ist daher vielmehr auf den Begriff der Baukonzession zu legen. Eine Baukonzession beinhaltet kein Entgelt des Auftraggebers für eine bauliche Anlage, sondern ein befristetes Recht des Investors, seine Kosten durch die Nutzung der baulichen Anlage, etwa durch Vermietung oder Verpachtung, zu refinanzieren. Die Vergabepflicht von Grundstücksverkäufen sollte daher unseres Erachtens davon abhängig gemacht werden, ob der Investor ein Grundstück erwirbt, um es anschließend an eine Bebauung für Zwecke des Allgemeinwohls zu vermarkten oder ob er es mit einem Einzelbauvorhaben für eigene Zwecke erwerben will. In dem erstgenannten Fall hat der Investor durch die Verpachtung und Vermietung des Grundstückes die Möglichkeit, den vollen Wert des Grundstückes abzuschöpfen. Das Bauwerk dient zugleich - zumindest ansatzweise - öffentlichen Interessen des Auftraggebers. Daher kann hierin - wenn auch nach zu Recht umstrittener Ansicht - eine Baukonzession gesehen werden. Im zweiten Fall ist dies jedoch definitiv nicht der Fall. Denn hierbei refinanziert sich der Auftragnehmer gerade nicht durch das Abschöpfen des Grundstückswertes, indem er Einnahmen Dritter erwirtschaftet, sondern durch eigene Wirtschaftstätigkeit, etwa durch den Betrieb seiner Anlage. Der maßgebliche Gedanke einer Baukonzession - Refinanzierung durch Vermarktung der baulichen Anlage - greift daher im Falle der Errichtung von Einzelbauvorhaben für eigene Zwecke des Investors nicht.

Bei gewerblichen Anlagen dürfte dies regelmäßig der Fall sein. Wird durch ein Bauvorhaben lediglich der Unternehmenszweck verwirklicht, widerspricht es Sinn und Zweck des Vergaberechts, dieses Vorhaben trotz Bauvorgaben des Auftraggebers ebenfalls dem Vergaberecht zu unterziehen. Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit liegt daher allenfalls bei Vorhaben vor, die dem Auftraggeber selbst einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil gewähren. Baukonzessionen kommen daher konsequenterweise nur in Betracht, wenn der Auftraggeber Eigentümer des Grundstücks und/oder der baulichen Anlage bleibt oder wird und aufgrund des Tätigwerdens des Investors eigene Aufwendungen erspart.

Hierfür spricht auch die Auslegung von Konzessionen durch die EU-Kommission. Nach der Auffassung der EU-Kommission in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen bei Konzessionen ist die Befristung des Nutzungsrechts ein wesentliches Merkmal der Baukonzession. Die Befristung begründe daher regelmäßig ein Dauerschuldverhältnis zwischen dem Öffentlichen Auftraggeber als Eigentümer und dem Unternehmer als Konzessionär. Es überrascht daher, dass das OLG Düsseldorf eine Baukonzession unabhängig von der Frage angenommen hat, ob der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des Bauwerkes oder eines Teils davon ist oder wird. Entscheidend war für das OLG Düsseldorf allein, ob die Vertragsbeteiligten eine hinreichend genaue Beschreibung und Konkretisierung der

Bauleistungen verabreden. Bei einer Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ist jedoch kein Dauerschuldverhältnis erkennbar, wie es für die Baukonzession dem Grunde nach erforderlich ist. Da diese Auffassung bislang aber nicht obergerichtlich bestätigt wurde, darf man nur gespannt hoffen, dass der Anwendungsbereich von Baukonzessionen in nächster Zeit wieder eingeschränkt wird.

#### *Ausschließlichkeitsrechte*

Ein Grundstück kann darüber hinaus ohne Vergabeverfahren direkt an einen Investor veräußert werden, wenn dem Investor ein Ausschließlichkeitsrecht an dem Grundstück zusteht. Der Auftraggeber ist dann zwar grundsätzlich zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet. Er darf jedoch auf ein förmliches Vergabeverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung verzichten. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Investor bereits Eigentümer der weitaus überwiegenden Flächen für ein Gesamtbauvorhaben ist und nunmehr ein städtisches Teilgrundstück mit Bauverpflichtung des Auftraggebers erwerben möchte. Das Eigentum begründet in diesem Fall eine Monopolstellung des Investors, die es nur ihm ermöglicht, das Bauvorhaben zu verwirklichen. Andere Unternehmen können ohne Zustimmung des Investors nicht über die erforderlichen Flächen verfügen. Die Entwicklung des städtischen Grundstückes ist daher ohne den Investor und dessen beherrschende Position nicht möglich. Aus diesem Grund liegt auch kein Wettbewerb über das städtische Grundstück vor. Voraussetzung ist aber, dass das städtische Grundstück nicht beherrschend und seine Entwicklung ohne die Gesamtfläche nicht sinnvoll ist. Darüber darf der Investor seine Monopolstellung nicht zuvor künstlich geschaffen haben. Andernfalls müssen Auftraggeber und Investor gemeinsam mit dem Vorwurf einer Umgehung des Vergaberechts rechnen. Diese könnte zur Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages führen. Wann ein Grundstück beherrschend ist oder nicht, wurde von der Rechtsprechung bislang nicht entschieden. Entscheidend dürfte im Einzelfall sein, ob das Eigentum an den privaten Flächen einen Wettbewerb über das städtische Grundstück objektiv unsinnig macht.

Als weitere Ausschließlichkeitsrechte kommen eigentumsähnliche Rechte, wie z.B. Vorkaufsrechte, Patente, Urheberrechte und gewerbliche Schutzrechte in Betracht.

#### *Schwellenwerte nicht erreicht*

Ungeachtet der neuen Rechtsprechung besteht eine Vergabepflicht des Grundstücksverkaufes auch dann nicht, wenn das Bauvolumen nach den Vorgaben des Auftraggebers die für eine Vergabepflicht maßgeblichen Schwellenwerte nicht erreicht. Die aktuellen und gültigen Schwellenwerte der EU für Bauleistungen betragen € 5.150 Mio. Ergibt eine vorweggenommene Schätzung der Baukosten, dass dieser Wert nicht erreicht wird, darf auf ein Vergabeverfahren verzichtet werden. Es ist nicht erforderlich, dass der Auftraggeber die Kosten zuvor detailliert aufstellt. Eine umsichtige und sachkundige Schätzung des Auftragswertes genügt. Maßgebend ist hierbei die Gesamtvergütung für die Baumaßnahme. Der Grundstückspreis kann unberücksichtigt bleiben. Entscheidend ist allein das für die Vergabepflicht maßgebliche Geschäft. Dieses liegt nicht in dem Grundstücksverkauf, sondern in der Baukonzession. Der Auftraggeber darf daher unterhalb der Schwellenwerte Bauverpflichtungen jeglicher Art in den Kaufvertrag, in einen städtebaulichen Entwicklungsvertrag oder sonstige Nebenabreden aufnehmen und trotzdem auf ein Vergabeverfahren verzichten.

## 2. Spielräume bei einem Vergabeverfahren

Liegen die vorgenannten Ausnahmetatbestände der Vergabepflicht nicht vor, birgt das erforderliche Vergabeverfahren nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile. Das Verfahren bedeutet daher nicht in jedem Fall einen Investitionsstopp oder eine Behinderung des kooperativen Städtebaus. So ermöglicht das Vergaberecht trotz der Verrechtlichung des Städtebaus auch eine weitreichende Flexibilisierung des Verfahrens. Es führt zu einer wettbewerbsorientierten Vergabe der geforderten Leistungen. Oftmals entwickeln sich in diesen Wettbewerben wirtschaftlichere Konzepte, als sie die Kommunen nach bisheriger Praxis in Exklusivverhandlungen mit den Investoren erreichen konnten. Zwar wird der kooperative Städtebau, wie er bislang praktiziert wurde, an die Zügel genommen. Zugleich wird er aber in gradlinige Bahnen gelenkt. So verzahnt die neue Rechtslage die Zusammenarbeit zwischen Stadtplanung, Liegenschaften und Wirtschaftsförderung und führt damit zu einer gewissen Disziplinierung der Kommunalpolitik.

Das Vergaberecht öffnet den Kommunen und Städten darüber hinaus vielfältige Spielräume, ein Vergabeverfahren nach ihren Zielvorstellungen kreativ zu gestalten. Immobilientransaktionen müssen daher nicht etwa stocken. Vielmehr können sie auf der Grundlage von wirtschaftlichen und qualitativ hochwertigen Konzepten durchgeführt werden. Ebenso gibt es Möglichkeiten zu verhindern, dass ein langjährig gesuchter und erfolgreich gefundener Investor nunmehr aufgrund der Vergabepflicht von seinem Vorhaben Abstand nimmt. Auch in diesen Fällen ist Kreativität gefragt. So kann das Verfahren oftmals - ohne Beeinträchtigung des Wettbewerbs - gewissermaßen auf den Investor „zugeschnitten“ werden.

Anders als von vielen Städten und Kommunen nach der aufsehenerregenden „Ahlhorn“-Entscheidung aus dem vergangenen Jahr zunächst angenommen, muss die neue Rechtsprechung daher nicht mehr länger als Investitionsbremse angesehen werden. Ungeachtet der berechtigten Hoffnung, dass die Rechtsprechung in nächster Zeit korrigiert werde, bleibt es vorerst bei der strengen Anwendungspflicht des Vergaberechts. Daher sind Städte und Kommunen gehalten, sich mit der neuen Rechtslage anzufreunden und die Vorteile des Vergabeverfahrens zu entdecken. Andernfalls droht ihnen wegen Umgehung des Vergaberechts die Nichtigkeit der Verträge, Schadensersatzansprüche potenzieller Bieter und Nachprüfungsverfahren.

### *Wahl des Verfahrens*

Steht ein Auftraggeber vor der Hürde des Vergaberechts, muss er sich zunächst entscheiden, welche Verfahrensart er für den Grundstücksverkauf wählen möchte. In Betracht kommen vorrangig das Verhandlungsverfahren und das Offene Verfahren. Das Nichtoffene Verfahren und der Wettbewerbliche Dialog spielen bei Grundstücksveräußerungen nur eine untergeordnete Rolle und bleiben daher bei der folgenden Darstellung außer Betracht.

### *Verhandlungsverfahren*

Insbesondere das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb bietet eine weitreichende Flexibilisierung des Verfahrens. Es kommt vornehmlich bei komplexen und politisch sehr sensiblen Projekten, beispielsweise mit großem städtebaulichem Interesse auf „Filetgrundstücken“ in Betracht. Bei diesem Verfahren können sämtliche Aspekte des Bauvorhabens, so z. B. die städtebauliche Quali-

tät, die architektonische Gestaltung, die Fassadengestaltung, Nutzungskonzepte und Aspekte der Wirtschaftsförderung verhandelt werden. In Fällen, in denen sich die Kommune im Vorhinein nicht auf ein bestimmtes Nutzungskonzept festlegen will und die Qualität der Bebauung im Vordergrund steht, darf und sollte das Verhandlungsverfahren sogar angewendet werden. Dem steht die Hierarchie der Verfahrensarten nicht entgegen. Danach ist zwar das Offene und das Nichtoffene Verfahren vorrangig. Das Verhandlungsverfahren findet nur in Ausnahmefällen Anwendung. Dies ist aber gerade aufgrund des Verhandlungsbedarfs bei einer nicht feststehenden Leistungsbeschreibung der Fall.

Das Verhandlungsverfahren beinhaltet einen zweistufigen Aufbau. Auf der ersten Stufe werden in einem öffentlichen Teilnahmewettbewerb die geeigneten Unternehmen ausgewählt, mit denen anschließend auf der zweiten Stufe Vertragsverhandlungen mit dem Ziel der Zuschlagsentscheidung geführt werden. Der Auftraggeber sollte sich von den Bewerbern des Teilnahmewettbewerbes neben den üblichen Eignungsnachweisen über z.B. Referenzprojekte, Geschäftszahlen, Kapitalnachweise auch Konzeptideen und ggf. Absichtserklärungen von Endnutzern, beispielsweise in Form eines „letter of intent“ etc., fordern. Anhand dieser Eignungsnachweise kann bereits auf der ersten Stufe des Teilnahmewettbewerbes entschieden werden, ob der Bewerber im Weiteren geeignet ist, an den Verhandlungen teilzunehmen.

Als Zuschlagskriterien kommen neben dem Grundstückspreis die angebotene städtebauliche Qualität, die Verbesserung und Sicherung des Standortes, die Schaffung von Arbeitsplätzen, die architektonische Gestaltung, die äußere Erschließung etc. in Betracht. Diese Kriterien, ggf. Unterkriterien und ihre Gewichtung müssen nicht in jedem Fall zuvor detailliert festgelegt werden. Steht das Projekt noch nicht fest, genügt es, wenn diese Punkte den Bietern erst im Laufe der Verhandlungen, aber noch rechtzeitig vor Angebotsabgabe bekannt gegeben werden. Das Verhandlungsverfahren kann relativ zügig, je nach Komplexität des Vorhabens in ca. sechs bis acht Monaten, durchgeführt werden.

### *Offenes Verfahren*

Das Offene Verfahren bietet sich in Fällen an, in denen die Leistungsbeschreibung bereits detailliert feststeht und in der Regel nur noch über den Preis entschieden werden muss. Gerade in letzter Zeit ist es der Wunsch vieler Auftraggeber, eine schnelle Rechtssicherheit über einen Grundstücksverkauf zu erreichen. Hierfür bietet das Offene Verfahren den Vorteil, dass es sehr zügig - bei einer straffen Projektführung in ca. drei bis vier Monaten - durchgeführt werden kann.

Bei dem Offenen Verfahren werden Bauleistungen nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben. Es sollte nur in Betracht gezogen werden, wenn die Leistungsbeschreibung bereits feststeht. Denn bei einem Offenen Verfahren sind dem Auftraggeber jegliche Verhandlungen mit potenziellen Bietern untersagt. Er kann das Verfahren nicht mehr nachträglich steuern. Die beste Bauleistung bzw. das wirtschaftlichste Angebot erhält den Zuschlag.

Das Offene Verfahren bietet sich daher regelmäßig nur bei Projekten an, bei denen es keiner Optimierung der Angebote mehr durch Verhandlungen mit den Bietern bedarf. Neben der schnellen Rechtssicherheit bietet das Verfahren auch den Vorteil, dass es ggf. auf einen bereits vorhandenen Investor „zugeschnitten“ werden kann. Der Auftraggeber kann

beispielsweise den bereits verhandelten Kaufvertrag in dem Verfahren vorgeben. Um eine mögliche Projektantenstellung des bereits bekannten Investors zu verhindern, sind den weiteren Bietern sämtliche verhandelte Informationen zugänglich zu machen. Zwar kann auf diese Weise das Risiko, dass sich weitere Bieter mit einem günstigeren Angebot auf den Vertrag bewerben, nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Diesen müsste ggf. der Zuschlag erteilt werden. Dem Auftraggeber steht es aber frei, den Wettbewerb neben dem Grundstückspreis auch über das Nutzungskonzept des Bieters zu führen. Darüber verschafft er sich einen Wertungsspielraum bei der Auswahl des Investors. Selbstverständlich muss nach wie vor ein fairer Wettbewerb gewährleistet sein. Die ersten abgeschlossenen Verfahren dieser Art zeigen aber, dass sich in der Regel keine weiteren Unternehmen auf den bereits endverhandelten Vertrag bewerben.

### 3. Fazit

Vieles hat sich in der Städteplanung deutscher Kommunen und Städte in den vergangenen Monaten geändert. Es ist erstaunlich, welche Konsequenzen ein einziger Beschluss eines Oberen Gerichts nach sich ziehen kann. Das letzte Stündlein

hat damit aber noch nicht geschlagen. Die Rechtsprechung lässt zum Einen viele Ausnahmen zu. Zum Anderen sind noch viele Fragen ungeklärt. Diese betreffen insbesondere die Dimensionen der neuen Vergabepflicht. Wollte man die Rechtsprechung losgelöst von den bislang entschiedenen Fällen, die entweder Kauf- oder Pachtverträge betrafen, auf sämtliche grundstücksbezogenen Verträge der öffentlichen Hand ausdehnen, würde der Anwendungsbereich des Vergaberechts bei weitem überdehnt werden. Wünschenswert ist daher eine baldige Rückkehr zu der bisherigen Rechtsprechung, zumindest aber eine klare Grenzziehung, wann das Vergaberecht berührt ist und wann nicht. Letzteres gilt insbesondere bei der Veräußerung von kommunalen Grundstücken für Einzelbauvorhaben und Gewerbeansiedlungen. Bei einer konsequenten Betrachtung der Wesensmerkmale einer Baukonzession sind Vorhaben dieser Art von der Vergabepflicht ausgenommen. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Düsseldorf und Bremen kann hierauf nicht ohne Weiteres übertragen werden. Da es aber bislang an gerichtlichen Entscheidungen zu dieser Auffassung fehlt, bleibt es vorerst bei der strengen Anwendungspflicht des Vergaberechts. Kommunen und Städte müssen sich weiterhin in Geduld üben.