

# Auf neuen Wegen: Shoppingcenter und Vergaberecht

-von Dr. Ute Jasper und Barbara v. der Recke -

„Oer-Erkenschwick“, „Münster“ und „Mönchengladbach“ sind nur einige Beispiele von Shoppingcentern oder Einzelhandelsvorhaben, bei denen die Projektentwicklung in den vergangenen Monaten gestoppt wurde: Aus Angst vor gerichtlichen Verfahren, Schadensersatzansprüchen anderer interessierter Investoren, einem Veto aus Brüssel oder vor der Nichtigkeit etwaiger Verträge. Denn Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes und besonders des Oberlandesgerichts Düsseldorf stellen derartige Entwicklungsmaßnahmen mit einem Mal in Frage. Hintergrund ist: Kommunale Grundstücksverkäufe dürfen nicht mehr direkt an den Wunschinvestor verkauft werden.

Der Verkauf von kommunalen Grundstücken ist nach der neueren Rechtsprechung europaweit auszuschreiben, wenn die Stadt dem Investor eine Bauverpflichtung auferlegt und das Bauvorhaben den Schwellenwert von € 5.150 Mio. erreicht. Obwohl die erste aufsehenerregende Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (die sogenannte „Ahlhorn-Entscheidung“, Beschluss vom 13.06.2007, Verg 02/07) inzwischen über ein Jahr zurückliegt, zeigt sich immer noch vielerorts Unverständnis und Ärger über die neuen Spielregeln. Zwar sind von der Ausschreibungspflicht auch andere öffentliche Vorhaben betroffen, z.B. der Verkauf von städtischen Grundstücken für Wohnentwicklung, Altersgerechtes Wohnen, Sportanlagen, etc. Gegenstand der in den vergangenen Monaten fast wöchentlich ergangenen Entscheidungen der Vergabekammern und Beschwerdeinstanzen waren aber meist Shoppingcenter.

In den meisten Fällen hatten Städte oder deren Tochtergesellschaften häufig bereits vor einigen Jahren Entwicklungsvereinbarungen über beste Innenstadt-Grundstücke geschlossen. Die Projektentwickler und Investoren wurden in der Regel ohne Wettbewerb ausgewählt. Die Entwicklungen hatten oft schon einen Grad erreicht, wonach der Realisierung des Vorhabens eigentlich nichts mehr im Wege stand. Wären da nicht die europaweite Ausschreibungspflicht und der Wettbewerbsgedanke des EU-Primärrechts, der von den Gerichten plötzlich eingefordert und mit Nichtigkeit der Verträge durchgesetzt wurde.

## Die „Ahlhorn-Linie“

Die „Ahlhorn-Linie“ des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat sich inzwischen gefestigt. Das OLG hat diese Rechtsprechung in weiteren Fällen bestätigt. Dem schlossen sich im März und Juni dieses Jahres außerdem die Obergerichte Bremen und Karlsruhe an. Danach steht fest: Die üblichen Investorenverhandlungen sind in der bisherigen Form nicht mehr zulässig, wenn zum Grundstückskaufvertrag gleichzeitig ein städtebaulicher Entwicklungsvertrag abgeschlossen wird, die Kommune städtebauliche oder planerische Gestaltungsvorgaben macht oder infrastrukturelle Umfeld- und Erschließungsmaßnahmen vorgibt. Denn dann enthält der Grundstücksverkauf zugleich einen vergaberelevanten öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe-

schränkungen (GWB). Unerheblich ist dabei, ob der Verkäufer, d.h. die Stadt (sowie Land und Bund) oder die kommunalen Gesellschaften bei dem Verkauf zugleich Bauleistungen beauftragen oder selbst nur mittelbare Ziele, zum Beispiel der Stadtentwicklung, verfolgen. Entscheidend ist allein, ob sich der Investor verpflichten muss, ein Vorhaben nach konkreten Vorgaben des Auftraggebers zu errichten. Wird hingegen auf eine Bau- oder Strukturpflicht des Investors verzichtet, ist der Verkauf des Grundstücks nach wie vor vergaberechtsfrei und unterliegt allenfalls dem allgemeinen Wettbewerbsgebot, der für die Kommunen und Städte bereits nach kommunalem Haushalts- und Beihilferecht gilt.

### **Ausnahmen von der Vergabepflicht**

Zwar gibt es noch immer viele Gegenargumente bei den Vergabekammern und in der Literatur. Dies hat zwar dazu geführt, dass der Vergabesenat des OLG Düsseldorf sich zwischenzeitlich einschränkend zu seiner Rechtsprechung und den erforderlichen Ausnahmen des Vergaberechts geäußert hat. So steht nunmehr fest, dass rein nutzungsbezogene Vorgaben und solche, die auf kommunaler Rechtsetzung beruhen, wie z.B. auf einem bestehenden Bebauungsplan, keine vergaberelevanten Erfordernisse im Sinne eines öffentlichen Bauauftrages gemäß § 99 Abs. 3 GWB sind. Ferner dürften auch Bauwerke, die bei funktionaler Betrachtung keine öffentliche Zweckbestimmung erfüllen sollen, wie z.B. Einzelbauvorhaben eines selbst nutzenden Bauherrn, nicht der europaweiten Ausschreibungspflicht unterliegen. Denn bei Vorhaben dieser Art ist bereits kein Markt und somit kein Wettbewerb gegeben, der durch das Vergaberegime sichergestellt werden könnte. Hiervon dürften alle Vorhaben umfasst sein, die nicht von Projektentwicklern und Investoren vor dem Hintergrund etwaiger Vermarktungsstrategien realisiert, sondern aus unternehmensspezifischen Gründen, wie z.B. der An- oder Umsiedlung eines Gewerbebetriebes, errichtet werden. Eine weitere Ausnahme besteht, wenn der Investor bereits Eigentümer der Grundstücke oder wesentlicher Grundstücksteile ist und somit über eine Monopolstellung verfügt. Diese darf er aber nicht missbräuchlich herbeigeführt haben.

### **Auswirkungen der Rechtsprechung auf Einzelhandelsvorhaben**

Für die typischen Innenstadt-Fälle bleibt die Vergabepflicht aber bestehen. Und bei ihnen ist es meist nicht mit einer einfachen Ausschreibung getan, weil private Grundstücke und bauplanungsrechtliche Anforderungen in das Vergabeverfahren einzuflechten sind. Da Einzelhandelsvorhaben und Shoppingcenter zumeist großräumige und am Markt begehrte Flächen (vorzugsweise in Innenstadtlage) in Anspruch nehmen, sind neben städtischen Grundstücken nicht selten auch private Grundstücke betroffen. Daher wirkt sich bei diesen Vorhaben die neue Rechtsprechung besonders auf die bewährten Planungsprozesse und städtebaulichen Instrumente aus. Kommunen und Immobilienwirtschaft sind aufgefordert, Ansätze zu finden, mit den Konsequenzen umzugehen. Die bislang vielerorts bewährte Entwicklungsvereinbarung zur Vorbereitung und Festsetzung der beiderseitigen Ziele und des entsprechenden Planungsrechts zwischen Stadt und Investoren dürfte nun der Vergangenheit angehören. Als die meisten Entwicklungsverträge der eingangs erwähnten Vorhaben unterzeichnet wurden, war von einer EU-weiten Ausschreibungspflicht noch gar nicht oder kaum die Rede. Wie man es auch dreht und wendet, führt der Abschluss solcher Vereinbarungen von nun an aber zu einem Verstoß gegen das Europarecht. Selbst wenn der Verkauf städtischer Grundstücke im Anschluss an die Umsetzung solcher Vereinba-

rungen europaweit ausgeschrieben werden würde, verstieße das Verfahren regelmäßig gegen den allgemeinen Wettbewerbsgrundsatz und das Gleichbehandlungsgebot und somit gegen vorrangig zu beachtende Grundsätze des europäischen Vergaberechts. Der Projektentwickler, der den Entwicklungsvertrag vorab geschlossen hat, hätte einen Wettbewerbsvorteil gegenüber weiteren Bietern. Dieser Vorteil kann nur dann neutralisiert werden, wenn sich der Bevorzugte bereit erklärt, seine gesamte Planung und alle weiteren Informationen, die er im Vorfeld der Ausschreibung vom Auftraggeber erhalten hat, offen zu legen. Hierzu dürfte aber angesichts des harten Wettbewerbs kaum ein Marktteilnehmer bereit sein.

## Neue Wege

Städte und Kommunen müssen daher von nun an neue, vergaberechtskonforme Wege einschlagen. Das Vergaberecht ist hier flexibler als viele befürchten und bietet hinreichende Spielräume, um dem Vorhaben dennoch wunschgemäß, zügig und im Einklang mit dem vergabe- und städtebaulichen Anforderungen zum Ziel zu verhelfen.

Beabsichtigt die Kommune, für den Verkauf eines Grundstücks und die Bebauung, beispielsweise mit einem Shoppingcenter, ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen, droht zwar ein bereits ins Auge gefasster Investor nicht selten, von dem weiteren Verfahren abzuspringen. Ungeachtet der Tatsache, dass auch Projektentwickler und Investoren sich der neuen Rechtsprechung stellen müssen, hat die Praxis aber bereits vielfach gezeigt, dass das Vergaberecht kein Hindernis für die Stadtentwicklung darstellen muss. Im Gegenteil: die Chance auf weitaus wirtschaftlichere Konzepte, Ideen und Angebote im Wettbewerb wird noch viel zu sehr unterschätzt. So eröffnen sich den Städten und Kommunen im Wettbewerb häufig neue Ansätze und Ideen, die der Stadtentwicklung ebenso oder gar mehr förderlich sind. Grundstückspreise werden oftmals um das Vielfache überboten. Kleine und mittlere Unternehmen können zum Zuge kommen.

Für komplexe und politisch sehr sensible Projekte auf „Filetgrundstücken“, kommt in der Regel das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb in Betracht. Es bietet eine weitreichende Flexibilisierung und viele „Stellschrauben“, um die Ziele der Stadt im „Fine-Tuning“ zu optimieren. Sämtliche Aspekte des Bauvorhabens, so z. B. die städtebauliche Qualität, die architektonische Gestaltung, die Fassadengestaltung, Nutzungskonzepte und Gesichtspunkte der Wirtschaftsförderung können hierbei verhandelt werden. Der Auftraggeber hat weitreichende Verhandlungs- und Steuerungsmöglichkeiten. Das Verhandlungsverfahren findet zwar nach den vergaberechtlichen Paragraphen nur in Ausnahmefällen Anwendung. Bei Grundstückstransaktionen, bei denen das genaue Vorhaben aufgrund seiner Komplexität zumeist noch nicht feststeht, ist es aber regelmäßig zulässig.

Das Verhandlungsverfahren bietet auch die nötige Flexibilität, um private Grundstücke mit in das Verfahren einzubinden, wenn diese für die Realisierung des angestrebten Projekts erforderlich sind. Dabei stellt sich in der Regel die Frage, ob die privaten Grundstücke im Vorfeld durch den Auftraggeber, beispielsweise über kommunale Vorkaufsrechte, eingebunden werden oder ob die Bieter aufgefordert werden sollen, die Verfügbarkeit dieser Grundstücke im Laufe des Vergabeverfahrens eigens sicherzustellen. Beide Wege sind, je nach der finanziellen Haushaltslage der Kommune, möglich. Bei letzterem Weg bietet es sich im Zweifel an, das Vergabeverfahren zunächst über ein bedingtes Vorkaufsrecht an den städtischen Grundstücken zu führen, damit ein Wettlauf der Bieter um die Sicherstellung der privaten Grundstücke vermieden wird.

## Vereinbarkeit mit der Planungshoheit der Kommunen

Die neue Rechtslage stellt auch neue Anforderungen an die Bauplanung. Sie fordert mehr denn je eine Zusammenarbeit zwischen Stadtplanung, Liegenschaften und Wirtschaftsförderung. Damit werden Städte und Kommunen vor eine weitere Herausforderung bei der Stadtentwicklung gestellt.

Die vielfach bewährte Praxis einer Bauleitplanung auf Basis des Angebotes eines Investors ist passé. Erforderlich ist nun eine kreative Verzahnung von Vergabe- und Stadtplanungsrecht. Das Vergaberecht darf selbstverständlich nicht dazu führen, dass das verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht der Kommunen und ihre Planungshoheit durch das Vergaberecht beeinträchtigt werden. Befürchtungen dieser Art wurden in letzter Zeit häufiger laut. Es ist aber nicht Sinn und Zweck des Vergaberechts, den Kommunen bestimmte städtebauliche Ziele vorzuschreiben. Dem Stadtplanungsrecht ist nach wie vor in jedem Fall der Vorrang einzuräumen. Das Vergaberecht hat vom Grundsatz her lediglich die Funktion, die Umsetzung planerisch bereits vorgegebener Ziele zu strukturieren und damit in rechtsstaatliche Bahnen zu lenken. Dann aber besteht auch keine Gefahr, dass die Planungshoheit beeinträchtigt werden könnte. Denn in diesem Fall kann das Planungsrecht bereits ohne Weiteres zuvor beschlossen werden.

Wenn die städtebaulichen Ziele noch nicht feststehen und der vergaberechtlich geführte Wettbewerb diese anhand der abgefragten Konzepte und Ideen erst noch ermitteln soll, ist besondere Kreativität gefragt. Anders als bei dem bislang bewährten Weg der Entwicklungsvereinbarungen und Angebotsplanungen besteht bei einem vorweg geführten Vergabeverfahren die Gefahr, dass sich der Rat der Stadt durch den Zuschlag und somit den Abschluss eines Grundstückskaufvertrages oder eines Städtebaulichen Vertrages dazu verpflichtet, das entsprechende Planungsrecht zu schaffen. Damit aber wäre seine Entschlussfreiheit im Rahmen seiner Planungshoheit tatsächlich beeinträchtigt. Die Flexibilität des Verhandlungsverfahrens ermöglicht es jedoch, dass auch diese Hürde bewältigt werden kann. Vergabe- und Bauplanungsverfahren müssen deshalb zeitlich nur geschickt miteinander verzahnt werden.

## Fazit

Die Rechtsprechung zur Ausschreibung kommunaler Grundstücksverkäufe hat sich gefestigt. Die bislang entschiedenen Fälle betrafen überwiegend Grundstücksverkäufe zur Entwicklung von Einzelhandelsvorhaben oder Shoppingcentern. Daher ist nicht zu erwarten, dass es in diesem Bereich in nächster Zeit eine Abkehr der Rechtsprechung aus dem vergangenen Jahr geben wird; zumal das Oberlandesgericht Düsseldorf zwischenzeitlich auch von weiteren Obergerichten vielfach bestätigt wurde.

Das Vergaberecht bietet aber die nötige Flexibilität, ein Vergabeverfahren mit dem Ziel eines Shoppingcenters zügig und den politischen Zielen entsprechend umzusetzen. Aufgrund des weiten Verhandlungsspielraumes können sämtliche Aspekte, wie z.B. die städtebauliche Qualität des Vorhabens, die Architektur, der Grundstückskaufpreis und sogar die Einbindung privater Grundstücke verhandelt werden. Die Planungshoheit der Kommunen muss dem Vergaberecht nicht weichen. Städtebaurecht und Vergaberecht können miteinander verzahnt werden. Städte und Kommunen sind insoweit gefordert, umzudenken und bereit zu sein, neue und kreative Wege zu gehen.