

EUROFORUM-Newsletter

# Vergaberecht 2009

Der begleitende Newsletter zu den renommierten  
vergaberechtlichen Jahrestagungen und Seminaren!



# Investorenwettbewerbe nach dem neuen GWB ohne Vergaberecht?

Kommunen haben es in den letzten Jahren nicht leicht gehabt, wollten sie ihre Grundstücke im Rahmen eines Investorenwettbewerbs veräußern. Tief saß der Stachel, den die „Ahlhorn“-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in die bisherige Praxis der kommunalen Grundstücksverkäufe mit Bauverpflichtung getrieben hatte. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf und ihm folgend weiterer Obergerichte, führte bei den Beteiligten zu großen Rechtsunsicherheiten, die mancherorts noch bis heute anzutreffen sind. Erst nach und nach erkannten Kommunen die Chancen, die ihnen das Vergaberecht bei der Projektumsetzung bietet. So haben sich mittlerweile viele Kommunen mit den neuen Rahmenbedingungen angefreundet. Hiervon zeugen eine ganze Reihe erfolgreicher Investorenwettbewerbe aus den letzten zwei Jahren. Diese umfassten neben der Restrukturierung von Gewerbeflächen insbesondere auch Innenstadtprojekte, wie z.B. Einkaufszentren. Überwiegend hat der Wettbewerb bei diesen Projekten wirtschaftliche Vorteile erbracht.



Dieser zart blühenden Pflanze der eintretenden Sicherheit mit dem Umgang der „Ahlhorn“-Rechtsprechung hat sich jüngst der Gesetzgeber bemächtigt. Grundstücksgeschäfte der Öffentlichen Hand mit Bauverpflichtungen für den Investor sollen nach der Gesetzesnovelle zur Modernisierung des Vergaberechts, welche zum 24.04.2009 in Kraft getreten ist, wieder von dem Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts ausgenommen sein.

Nach §99 Abs. 3 des neuen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen muss die Bauleistung dem Öffentlichen Auftraggeber unmittelbar zugute kommen. Alle Fälle, in denen der Öffentliche Auftraggeber mit seiner Bauverpflichtung lediglich mittelbare Zwecke, wie z.B. Zwecke der Stadtentwicklung, verfolgt, sollen hiernach wieder vergaberechtsfrei vergeben werden können.

Diese gesetzgeberische Entscheidung fordert zu einer kritischen Betrachtung auf. Sind Investorenwettbewerbe jetzt wirklich wieder ohne europäisches Vergaberecht möglich? Oder ist die Entscheidung des Gesetzgebers vor dem Hintergrund der europarechtlichen Vorgaben nicht mehr als nur ein Wunschdenken? Antworten hierzu sind zum jetzigen Zeitpunkt nur schwer möglich. Sie werden letztlich von dem EuGH erbracht werden müssen. Bereits jetzt werden aber gewichtige Argumente vorgetragen, die an der GWB-Novelle und damit auch an der Vergaberechtsfreiheit von Investorenwettbewerben zweifeln lassen.



Den Schwerpunkt bildet dabei die Frage, ob der neue Wortlaut des §99 Abs.3 GWB mit den Vorgaben aus der europäischen Vergaberichtlinie 2004/18/EG übereinstimmt. Wichtige Erkenntnisse hierzu wird die mit Spannung erwartete Entscheidung des EuGH über den Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf vom 02.10.2008 (VII Verg 25/08) liefern. Hierfür bedarf es weiterhin Geduld. Solange sich der EuGH nicht ausdrücklich pro oder contra Vergabepflicht

äußert, ist jedoch davon abzuraten, die Vergaberechtsfreiheit von Grundstücksgeschäften und damit auch von Investorenwettbewerben anzunehmen. Nicht zuletzt der Deutsche Städte- und Gemeindebund empfiehlt den Kommunen trotz der GWB-Novelle, ihre Grundstücke vorerst weiter nach den europäischen Vergabevorschriften zu veräußern.

Die GWB-Novelle hat die Handhabung von Grundstücksgeschäften somit nicht vereinfacht, sondern die Unsicherheit vielmehr vergrößert. Investorenwettbewerbe kommen auch hiernach – jedenfalls momentan – nicht ohne das europäische Vergaberecht aus. Neben den beträchtlichen rechtlichen Unsicherheiten, die mit der Neuregelung einhergehen, sprechen aber auch weitere Gesichtspunkte für die Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften auf Investorenwettbewerbe. Die positiven Erfahrungen vieler Kommunen, die insbesondere auch auf wirtschaftlichen Aspekten fußen, sprechen eine klare Sprache pro Vergaberecht. Gerade das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb bietet den Kommunen viele Möglichkeiten, attraktive Projekte auf ihre Bedürfnisse hin zuzuschneiden und rechtssicher zu realisieren. Das Vergaberecht erweist sich hier nicht als der vielgescholtene Hemmschuh, sondern – im Gegenteil – auch als Chance für den Auftraggeber, seine Vorstellungen zielführend umzusetzen.



**Dr. Ute Jasper**  
Rechtsanwältin und Partnerin,  
Heucking Kühn Lüer Wojtek,  
Düsseldorf



**Barbara von der Recke**  
Rechtsanwältin,  
Heucking Kühn Lüer Wojtek,  
Düsseldorf