

VERGABERECHT I

Keiner kommt an der europaweiten Ausschreibung vorbei

Der Verkauf des ehemaligen Fliegerhorst Ahlhorn in Niedersachsen muss europaweit ausgeschrieben werden, sagt der Vergabesenaat des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 13. Juni 2007, Az. VII-Verg 2/07). Die Richter beziehen sich auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), das die Pflicht zu EU-weiter Ausschreibung aus dem materiellen Gesamtzusammenhang einer Immobilienveräußerung ableitet (IZ 5/07). Der Hamburger Rechtsanwalt Dr. Martin Schellenberg von der Kanzlei Heuking Kühn Lüer und Wojtek erklärt im Gespräch, warum diese Entscheidung weite Kreise ziehen wird.

Immobilien Zeitung: Herr Schellenberg, was ist das Besondere an dem Beschluss, in dem es um einen kleinen Ort in Niedersachsen geht?

Martin Schellenberg: Aus meiner Sicht ist die Entscheidung deshalb so erstaunlich und wichtig, weil sie sogar über die des EuGH (Urteil vom 18. Januar 2007, Az. C-220/05) hinausgeht. Unter dem Strich bedeutet das, dass städtebauliche Vorhaben zukünftig meist ausschreibungspflichtig sind.

IZ: Wie kommt das?

Schellenberg: Das OLG hat ein bestimmtes Merkmal, das für die Frage Ausschrei-

bung ja oder nein wesentlich ist, anders ausgelegt, als das bisher getan wurde. Die Frage ist stets, wie weit müssen Vorgaben des Auftraggebers umgesetzt werden. Bislang sah das so aus: Erstens gibt es normale Bauverträge, bei denen ganz klar die Vorgaben des Auftraggebers zählen – also ausschreibungspflichtig. Zweitens gibt es Baukonzessionen, bei denen zwar ein Dritter die Arbeiten zahlt, aber dennoch die Vorgaben des Auftraggebers gelten – also ausschreibungspflichtig. Und dann gibt es drittens die städtebaulichen Verträge. Auch hier sind natürlich Vorgaben des Auftraggebers vorhanden. Aber diese wurden bisher häufig nicht nach § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) beurteilt. Das OLG sah das nun als erstes deutsches Gericht anders.

IZ: Das heißt, die Düsseldorfer Richter weichen von der bisherigen Auslegung ab und fordern eine Ausschreibung.

Schellenberg: Ja. Und das auch bei der hier vorliegenden Grundkonstellation, dass die Vorgaben für den Investor zwar von der Gemeinde oder dem Kreis kommen, dessen Zahlung aber an den Bund geht.

IZ: Welche Begründung liefert das OLG für seinen neuen Weg?

Schellenberg: Das ist ja das Erstaunliche: Es gibt keine weitere Begründung. Bisher wurde der städtebauliche Vertrag als Ausnahme gesehen, davon weicht das OLG nun ab, verbunden mit der wichtigen Aus-

sage: Es kommt für die Pflicht zur Ausschreibung nicht darauf an, wer das Geld bekommt.

IZ: Wie unerwartet ist das?

Schellenberg: Nun, im Grunde ist das ein Phänomen, das derzeit überall auftritt. Die Krankenkassen bekommen das Geld von den Versicherten, die öffentlichen Rundfunkanstalten von den Rundfunkteilnehmern und beide werden bei der Vergabe von Aufträgen zunehmend als ausschreibungspflichtig angesehen.

IZ: Halten Sie den Beschluss des OLG für richtig?

Schellenberg: Es kommt nicht darauf an, ob man ihn richtig oder falsch findet. Er wird auf jeden Fall die Landschaft verändern. Denn das OLG Düsseldorf ist nicht darauf an, ob man ihn richtig oder falsch findet. Er wird auf jeden Fall die Landschaft verändern. Denn das OLG Düsseldorf ist

nicht irgendeine Vergabekammer auf dem Land, sondern eine wichtige Instanz in Vergabesachen, an der sich Vergabekammern und andere Gerichte orientieren.

IZ: Glauben Sie, die Folgen des Urteils sind den Betroffenen bewusst?

Schellenberg: Nein. Die Pflichten sind aber auch nicht einfach zu überblicken, denn es gibt keine baugesetzliche Grundlage; das Ganze ist überhaupt nirgendwo richtig gesetzlich verankert. Da alle Erlösströme eines Vorhabens zusammengezählt werden müssen, ist die Schwelle für eine europaweite Ausschreibung schnell überschritten.

IZ: Bricht also jetzt die große Hektik aus?

Schellenberg: Bei einigen bestimmt. **IZ:** Welchen Rat haben Sie für Investoren?



Martin Schellenberg.

Bild: Heuking

Schellenberg: Investoren, die sich in einem begonnenen Vergabeverfahren befinden und zu unterliegen drohen, können bei der Vergabestelle eine Rüge einreichen.

IZ: Das sind für die Kommunen ja unschöne Aussichten. Können sie ihre laufenden Verfahren irgendwie retten?

Schellenberg: Wenn sie feststellen, dass ihr Verfahren nicht den europarechtlichen Vorgaben entspricht, gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder sie brechen es ab, oder sie geben den Beteiligten zur Kenntnis, dass das Verfahren nach den bisherigen Regeln weitergeführt wird. Im Vergaberecht gilt dann die so genannte Rügepräklausur: Ein Verstoß gegen formale Vorgaben muss unverzüglich, nachdem er bekannt wurde, gerügt werden. Geschieht das nicht, kann nicht mehr dagegen vorgegangen werden.

IZ: Wie sehen Vergaben Ihrer Ansicht nach in Zukunft aus?

Schellenberg: Ich denke, dass der so genannte wettbewerbliche Dialog, den es bereits gibt, eine größere Rolle spielen wird. Er ermöglicht es den Auftraggebern, Verhandlungen mit den Bietern zu führen und gemeinsam Lösungen zu entwickeln. Weiß die Kommune von vornherein genau, was gebaut werden soll, ist weiterhin das normale Vergabeverfahren, das den europarechtlichen Vorgaben entspricht, zwingend.

IZ: Vielen Dank, Herr Schellenberg. Das Gespräch führte Brigitte M.-Bansa.