

Praxistipps für kommunale Grundstücksverkäufe

Von Ute Jasper und Barbara von der Recke

Viele Städte und Kommunen sind noch immer verunsichert, wie sie mit laufenden Veräußerungsverfahren über kommunale Grundstücke umgehen sollen, nachdem das OLG Düsseldorf mit einem bahnbrechenden Beschluss vom 13. Juni 2007 (»Fliegerhorst Ahlhorn«, VII-Verg 02/07) die Vergabepflicht von Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand festgestellt hat. Diese Rechtsprechung wurde zwischenzeitlich vielfach bestätigt. Nicht nur das OLG Düsseldorf selbst hat seine strenge Linie mit zwei weiteren Beschlüssen vom 12. Dezember 2007 (»Wuppertal«, VII-Verg 30/07) und vom 6. Februar 2008 (»Oer-Erkenschwick«, VII-Verg 37/07) fortgesetzt. Es wurde kürzlich auch durch das OLG Bremen mit Beschluss vom 13. März 2008 (Verg 05/07) bestätigt. Die Hoffnung vieler Städte und Kommunen, dass die sogenannte Ahlhorn-Linie in absehbarer Zeit korrigiert wird, richtet sich nun auf den EuGH, die EU-Kommission und den Bundesgesetzgeber. Das verlangt Geduld. Vorerst bleibt es trotz abweichender erstinstanzlicher Entscheidungen von Vergabekammern bei dem Grundsatz der strengen Anwendung des Vergaberechts, wenn Städte und Kommunen sowie deren kommunale Tochtergesellschaften Grundstücke mit Bauverpflichtungen veräußern. Mit der Ahlhorn-Linie gingen zunächst auch Befürchtungen einher, dass Altverträge, die vor längerer Zeit ohne europaweite Vergabeverfahren geschlossen wurden, angegriffen werden und nichtig sein könnten. Die Vergabekammer Köln hat insoweit mit Beschluss vom 1. April 2008 (VK VOB 3/2008) ein Stück Rechtssicherheit geschaffen. Danach können Altverträge nicht mehr angegriffen werden, da sie verwirkt sind. Die Entscheidung ist jedoch noch nicht bestandskräftig.

Trotz der Vergabepflicht muss das Vergaberecht aber nicht zum Investitionsstopp in den Kommunen führen. Erstens bestehen in zahlreichen Fallkonstellationen Ausnahmen von der Anwendungspflicht. Zweitens bietet der Wettbewerb auch eine Chance für den Haushalt und die städtebauliche Entwicklung.

Ausnahme: Nachträglicher Verzicht

Beispiel: Eine Wirtschaftsförderungsgesellschaft will ein städtisches Grundstück im Gewerbegebiet an ein Logistikunternehmen verkaufen. Das Unternehmen soll dort Lagerhallen und Büroräume bauen. Bisher war es üblich, Grundstücke nur mit Bauverpflichtung und Rückübertragungspflichten zu verkaufen.

Die Stadt darf auf ein Vergabeverfahren verzichten, wenn sie vollständig keine Bauverpflichtung mehr vorsieht. Das setzt voraus, dass weder der Kaufvertrag noch ein städtebaulicher Vertrag oder sonstige Nebenabreden Anhaltspunkte für eine Bauverpflichtung geben. Denn der Vergabesenat des OLG Düsseldorf tendiert dazu, Verträge bei Umgehung des Vergaberechts als vergaberechtswidrig anzuerkennen. In seinem Beschluss vom 6. Februar 2008 hat er einen Vertrag sogar nur deshalb für nichtig erachtet, weil zwar sämtliche Vorschriften einer Bauverpflichtung gestrichen wurden, die Umstände aber, so z. B. die unveränderte Beschlusslage des Rates, auf eine faktische Bauverpflichtung hindeuteten. Ebenso darf keine mittelbare Bauverpflichtung vorliegen. Der Vertrag darf nicht auf ein Nutzungskonzept Bezug nehmen, einen Terminplan für die Errichtung einer baulichen Anlage vorsehen oder Abstimmungsklauseln über das beabsichtigte Vorhaben enthalten. Gleiches gilt, wenn der Vertrag mit einem Vorhaben- und Erschließungsplan oder städtebaulichen Verträgen gekoppelt wird oder Rücktritts- und Wiederkaufsrechte des Auftraggebers enthält.

Auch ein Nutzungskonzept des Investors kann schaden. Erfordernisse des Auftraggebers an die Bebauung im Sinne eines vergabepflichtigen öffentlichen Bauauftrags nach § 99 Abs. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nehmen die Oberlandesgerichte auch an, wenn sich der Auftraggeber ein Nutzungskonzept des Investors zu eigen macht. In die-

sem Fall besteht eine Vergabepflicht, wenn aus den weiteren Umständen des Vertrags hervorgeht, dass der Investor zur Umsetzung des Konzepts verpflichtet wird.

Grundstücksverträge dürfen ferner keine Rücktritts- oder Wiederkaufsklauseln enthalten, wonach der Investor das Grundstück an die Kommune zurückzugeben hat, wenn er es brachliegen lässt und nicht innerhalb einer vorgegebenen Zeitspanne bebaut. Zeitliche Bauvorgaben und Rücktrittsrechte dieser Art führen dem OLG Düsseldorf zufolge zu einer mittelbaren Bauverpflichtung. Diese Auffassung wird von der Literatur und den Vergabekammern Hessen und Baden-Württemberg bezweifelt. Denn der Auftraggeber habe mit Rechten dieser Art nicht die Möglichkeit, eine Bebauung des Grundstücks nach seinen Erfordernissen durchzusetzen. Bei Ausübung der Rechte werde vielmehr die Ausgangslage wieder hergestellt. Von einer Bauverpflichtung könne daher nur gesprochen werden, wenn dem Auftraggeber auch tatsächlich ein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf die Errichtung einer baulichen Maßnahme zustehe. Diese Kritik mag durchaus berechtigt sein. Sie ändert aber derzeit nichts an der Vergabepflicht von Grundstücksveräußerungen nach der letztinstanzlichen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Ein vollständiger Verzicht des Auftraggebers auf eine Bauverpflichtung liegt darüber hinaus nur vor, wenn der Bebauungsplan bereits besteht und nicht noch nach Vorgaben des Investors geändert werden muss. Praktisch hat diese Rechtsprechung eine Vergabepflicht auch für solche Verträge zur Folge, denen ein in Abstimmung auf das Vorhaben geänderter Bebauungsplan zugrunde liegt. Denn mit der Änderung des Bebauungsplans und der Schaffung spezifischen Baurechts für das geplante Vorhaben bringt der Auftraggeber (ebenfalls mittelbar) zum Ausdruck, dass es ihm auf die Errichtung genau dieser baulichen Anlage ankommt. Damit stellt er Erfordernisse an die Errichtung des Vorhabens auf.

Ausnahme: Ausschließlichkeitsrechte

Beispiel: Ein Investor möchte einen Baumarkt errichten. Er ist bereits Eigentümer der wesentlichen Grundstücke. Ein Teil-

grundstück gehört der Stadt. Die Stadt verkauft das Grundstück an den Investor mit der Verpflichtung, den Baumarkt zu errichten.

Die Stadt darf bei der Veräußerung des Grundstücks mit einer Bauverpflichtung ausnahmsweise von einem Vergabeverfahren absehen, da dem Investor ein Ausschließlichkeitsrecht an dem Grundstück zusteht. Die Stadt ist daher berechtigt, das Grundstück ohne Vergabeverfahren an den Investor zu verkaufen. Die Bauleistungen können aufgrund der Eigentümerverhältnisse an den weiteren erforderlichen Grundstücken nur von diesem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden. Als Ausschließlichkeitsrechte werden insbesondere Patente, Urheberrechte, gewerbliche Schutzrechte oder das Eigentum bzw. eigentumsähnliche Rechte, z. B. Vorkaufsrechte an einem Grundstück, angesehen. Das städtische Grundstück darf nicht beherrschend und seine Entwicklung ohne die Gesamtfläche nicht sinnvoll sein. In diesem Fall ist es mit guten Argumenten vertretbar, dass sich das Ausschließlichkeitsrecht des Investors auf das städtische Grundstück erstreckt. In den meisten Fällen wird nämlich eine Entwicklung der städtischen Grundstücke ohne den Investor und dessen beherrschende Position nicht möglich sein. Der Wettbewerb über das städtische Grundstück ist daher gar nicht erst eröffnet. Voraussetzung ist aber, dass sich der Investor seine Monopolstellung nicht zuvor künstlich geschaffen hat. In diesem Fall müssten Auftraggeber und Investor mit dem Vorwurf einer Umgehung des Vergaberechts rechnen. Feste Maße für die Beurteilung, ob ein Grundstück beherrschend ist oder nicht, sind bislang weder gesetzlich noch von der Rechtsprechung festgelegt. Eine starre Festlegung, beispielsweise von 10 Prozent zu 90 Prozent, dürfte sich verbieten. Vielmehr bedarf es einer Einzelfallbetrachtung. Entscheidend ist, ob das Eigentum einen Wettbewerb objektiv unsinnig macht.

Ausnahme: Einzelvorhaben ohne wirtschaftliche Funktion

Beispiel: Ein Investor möchte ein städtisches Grundstück erwerben und darauf einen Betriebshof für die Wartung und Reparatur seines Busunternehmens errichten. Die Stadt veräußert ihm das Grundstück mit einer entsprechenden Bauverpflichtung.

Eine weitere Ausnahme von der Vergabepflicht besteht dem OLG Düsseldorf zufolge dann, wenn der Veräußerung eines Grundstücks und seiner Bebauung keine wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebauliche Funktion zuzuerkennen ist. Das OLG nennt als Beispiel ein auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelvorhaben. Wie weit dieser Ausnahmetatbestand greift, steht derzeit noch nicht fest. Das OLG hat sich nicht weiter zu dem Anwendungsbereich dieser Ausnahme geäußert. Es stellt sich daher in vielen Fällen die Frage, was in diesem Zusammenhang konkret unter einer wirtschaftlichen Funktion zu verstehen ist. Im Grunde sind Fälle ohne eine derartige wirtschaftliche Funktion kaum denkbar. Allein die Schaffung von Arbeitsplätzen für Zwecke der Wirtschaftsförderung könnte das Kriterium streng betrachtet erfüllen. Dann wäre die Feststellung des OLG aber überflüssig gewesen. Der Fall trifft unseres Erachtens daher beispielsweise auf Grundstücke zu, auf denen Investoren Gewerbe oder sonstige Endnutzungen ansiedeln. Denn in diesen Fällen dürfte bereits keine Baukonzession vorliegen. Typisch für eine Baukonzession ist, dass dem Investor für die Errichtung eines Bauwerkes kein Entgelt des Auftraggebers gezahlt wird. Der Investor erhält aber das Recht, das Bauwerk zu nutzen und sich durch die Vermarktung, Veräußerung oder Vermietung der baulichen Anlage zu refinanzieren. Im Vordergrund steht hierbei in der Regel das Interesse des Investors, den Wert eines Grundstücks abzuschöpfen. Dies ist aber bei Gewerbeansiedlungen oder sonstigen Endnutzungen des Investors nicht der Fall. Hier refinanziert er sich lediglich durch den Betrieb seiner Anlage. Ob derartige Fallkonstellationen eine Vergabepflicht auslösen oder nicht, bleibt abzuwarten. Rechtssicher ist momentan nur der Weg eines Vergabeverfahrens.

Ausnahme: Schwel lenwerte

Beispiel: Eine Gemeinde verkauft ein Grundstück an einen Bauträger mit der Bauverpflichtung, ein Wohnhaus zu errichten. Die Baukosten betragen zirka 600.000 EUR.

Der Verkauf des Grundstücks muss nicht ausgeschrieben werden. Eine Ausschreibungspflicht kommunaler Grund-

stücksverkäufe besteht nach derzeitiger Rechtslage nur bei Auftragswerten oberhalb der Schwellenwerte. Diese liegen für Bauaufträge bei 5,15 Millionen EUR. Es ist nicht erforderlich, dass der Auftraggeber die Kosten zuvor detailliert aufstellt. Es genügt eine umsichtige und sachkundige Schätzung des Auftragswertes. Hierbei ist die geschätzte Gesamtvergütung für die Baumaßnahme entscheidend. Zunächst war bei Baukonzessionen unklar, ob auch der Grundstückspreis bei der Auftragswertermittlung berücksichtigt werden muss. Das OLG Düsseldorf hat in seinem Streitwertbeschluss zu dem Verfahren Ahlhorn (Beschluss vom 13. Juni 2007, Az. VII-Verg 2/07) aber inzwischen dargelegt, dass auch bei Baukonzessionen lediglich auf die Kosten der Bauleistungen abzustellen ist. Der Grundstückspreis bleibt unberücksichtigt.

Vergaberecht als Chance

Liegt keiner der zuvor genannten Ausnahmetatbestände vor und sieht sich eine Kommune der Ausschreibungspflicht ausgesetzt, bedeutet dies nicht in jedem Fall das Aus für die Kommune. Anders als zunächst angenommen, wird der kooperative Städtebau zwar eingeschränkt, aber nicht behindert. Vielmehr sind der neuen Rechtssituation auch positive Seiten abzugewinnen. Insbesondere das Verhandlungsverfahren führt zu einer wesentlichen Flexibilisierung der Verfahren. Die neue Rechtslage verzahnt die Zusammenarbeit zwischen Stadtplanung, Liegenschaften und Wirtschaftsförderung und führt demnach zu mehr Wettbewerb und einer gewissen Disziplinierung der Kommunalpolitik. Auch wenn mit der Anwendungspflicht des Vergaberechts eine zunehmende Verrechtlichung des Städtebaus einhergeht und somit auch die Gefahr gerichtlicher Verfahren vergrößert wird, entwickeln sich in den Wettbewerben doch oft wirtschaftlichere Konzepte, als sie die Kommunen bei Exklusivverhandlungen mit kleinen zumeist ortsnahen Investorenkreisen erreichen könnten. Ein Vergabeverfahren ist daher nach derzeitigem Stand der Rechtslage nicht nur der sicherste Weg, sondern bietet darüber hinaus auch Vorteile.

Es hat eine Weile gebraucht, bis die Kommunen den ersten Schreck überwunden haben. Inzwischen wurden aber erste Verfahren erfolgreich abgeschlossen. Si-

cherlich ist es nur eine Frage der Zeit, bis sich die Kommunen mit der neuen Rechtslage anfreunden und die Vorteile des Vergabeverfahrens schätzen lernen. So ist die Entwicklung möglicher Umwege und Ausnahmesituationen in der Regel viel aufwendiger als ein Vergabeverfahren. Außerdem geht damit angesichts der Strenge der Ahlhorn-Linie immer auch ein gewisses Risiko einher:

- So kann der Grundstückskaufvertrag wegen Umgehung des Vergaberechts nichtig sein.
- Ebenso sind Zwangsgelder bzw. Strafen der EU-Kommission, Schadensersatzansprüche von potenziellen Bietern und Nachprüfungsverfahren nicht auszuschließen.

Das Vergaberecht sieht hingegen viele Möglichkeiten vor, ein Vergabeverfahren so kreativ zu gestalten, dass Immobilientransaktionen nicht etwa stocken müssen, sondern auf der Grundlage von wirtschaftlichen und qualitativ hochwertigen Konzepten durchgeführt werden können. Die neue Rechtsprechung muss daher nicht mehr länger als Investitionsbremse angesehen werden. Vielmehr sollte das Augenmerk von nun an auf die Vorteile und Chancen eines Vergabeverfahrens gelenkt werden, um den Verfahrensstopp vieler Immobilientransaktionen, wie er aufgrund der neuen Rechtsprechung in den letzten Monaten verhängt wurde, zu lösen.

Offenes Verfahren für schnelle Rechtssicherheit

Beispiel: Die Innenstadt soll durch einen Hotelneubau städtebaulich aufgewertet werden. Die Investorensuche war bislang nur in der Ortspresse bekannt gegeben. Die Verhandlungen mit dem bevorzugten Bieter sind inzwischen abgeschlossen. Der Kaufvertrag mit Bauverpflichtung bedarf nur noch der Beurkundung. Die Stadt will jetzt sicher gehen und den Grundstücksverkauf europaweit ausschreiben.

Bei Grundstücksverkäufen kommen in der Regel das offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren in Betracht. Der Auftraggeber steht damit vor der Entscheidung, ob er die Leistungsbeschreibung eines Projektes bereits

im Vorfeld vorgeben möchte oder diese im Rahmen von Verhandlungen mit potenziellen Bietern zunächst entwickeln möchte. In Fällen, in denen der Auftraggeber bereits über eine Leistungsbeschreibung verfügt oder sogar ein Investor vorhanden und das Projekt bereits endverhandelt ist, bietet sich das offene Verfahren an. Jedoch können die Angebote in diesem Verfahren nicht mehr optimiert werden. Verhandlungen über die Angebotsinhalte sind ausgeschlossen. Damit ist seitens des Auftraggebers wenig »Handsteuerung« möglich. Stattdessen gibt der Auftraggeber die vertraglichen Regelungen bereits vor und setzt beispielsweise einen Mindestkaufpreis fest. Danach erhält die beste Bauleistung bzw. das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag. Mit der Wahl des offenen Verfahrens geht in den vorgenannten Fällen immer auch das Risiko einher, dass der bereits ausgesuchte Investor letztlich nicht den Zuschlag erhält, da ein anderer Bieter ein besseres Angebot abgibt. Häufig scheuen sich auch die bereits interessierten und lang gesuchten Investoren, sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen. Diese Risiken können aber minimiert werden, indem der Auftraggeber das Verfahren im Rahmen des rechtlich Zulässigen auf die konkreten Investitionen zuschneidet. So kann er z. B. den (bereits verhandelten) Kaufvertrag vorgeben und den Wettbewerb neben dem Grundstückspreis auch über das Nutzungskonzept des Bieters führen. Darüber verschafft sich der Auftraggeber einen Wertungsspielraum bei der Auswahl des Investors. Weiterer Vorteil dieses Verfahrens ist seine relativ schnelle und einfache Durchführbarkeit. Bei überschaubaren Projekten kann es nach zirka drei bis vier Monaten abgeschlossen werden.

Verhandlungsverfahren für mehr Flexibilität

Beispiel: Eine Stadt möchte brachliegende Grundstücke in exponierter Innenstadtlage veräußern. Es kommen vielfältige Nutzungsmöglichkeiten in Betracht. Die Architektur ist von erheblicher Bedeutung. Die Stadt möchte sich im Vor herein auf keine bestimmte Nutzung festlegen. Die Bieter sollen vielmehr Nutzungskonzepte vorschlagen.

Für komplexe und politisch sensible Projekte mit großem städtebaulichem Interesse, beispielsweise auf »Filetgrundstücken«, bietet sich als Verfahrensart das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb an. Hierbei können sämtliche Aspekte des Bauvorhabens (z. B. Qualität der Bebauung, Architektur, Nutzungskonzepte) und Aspekte der Wirtschaftsförderung verhandelt werden. Das Verhandlungsverfahren bietet damit eine große Flexibilität des Vergaberechts. Allerdings ist das Verfahren nur in Ausnahmefällen anwendbar. Das offene und das nicht offene Verfahren genießen grundsätzlich Vorrang. Dies ist bei Grundstücksverkäufen dann der Fall, wenn der Wettbewerb nur noch über den Preis, nicht aber über die Qualität der Bebauung geführt werden soll. In der Regel steht aber das Konzept einer Bebauung bei Grundstücksverkäufen zum Zeitpunkt der Verfahren noch nicht fest. Wegen der Komplexität der Bauvorhaben ist daher in den meisten Fällen das Verhandlungsverfahren zulässig. Der Auftraggeber hat mit diesem Verfahren die Möglichkeit, das Grundstück verschiedenen Nutzungsmöglichkeiten zuzuführen. Entsprechend groß ist der Bieterkreis. Das Vergaberecht bietet aus diesen Gründen auch eine Chance. Der Auftraggeber sollte sich von den Bewerbern des Teilnahmewettbewerbs neben den üblichen Eignungsnachweisen über Referenzprojekte, Geschäftszahlen und Kapitalnachweise je nach Projekt Architekten nennen lassen und Konzeptideen sowie Absichtserklärungen der Endnutzer, z. B. in Form eines »Letter of Intent« fordern. Denn bei einem Verhandlungsverfahren spielt der Grundstückspreis nur eine untergeordnete Rolle. Viel entscheidender ist die Qualität der Bebauung. Das Verhandlungsverfahren kann je nach Komplexität des Vorhabens ebenfalls zügig, in der Regel in etwa sechs bis acht Monaten, durchgeführt werden.

Das Vergaberecht führt also weniger zu einer Behinderung des Städtebaus, sondern vielmehr zu mehr Wettbewerb und einer Qualitätsförderung der Angebote.

Dr. Ute Jasper
und

Barbara Frfr. v. der Recke
Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek,
Düsseldorf