

Ahlhorn bleibt maßgeblich

Geringe Hoffnung durch die Vergaberechtsnovelle

(BS/dy) Die Wahrscheinlichkeit ist groß, dass auch künftig städtebauliche Verträge ausgeschrieben werden müssen. Die Hoffnung, die Kommunen auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Vergaberechts setzen, könnte vergeblich sein. Der Entwurf beschränkt die Pflicht zur Ausschreibung auf Bauleistungen "für den öffentlichen Auftraggeber". Heinz-Peter Dicks, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf, auf das die weiter reichende Anwendung des Vergaberechts zurückgeht, bezweifelt, dass dieser Regelungsvorschlag den europarechtlichen Vorgaben entspricht.

Auf dem Deutschen Vergabereichtstag des Euroforums dampfte er Erwartungen, dass es noch längere Zeit dauern würde, bis nach Inkrafttreten der neuen Regelung der Europäische Gerichtshof (EuGH) diese für rechtswidrig erklärt: "Schon vor Inkrafttreten der Vergaberechtsnovelle ist es ohne Weiteres möglich, dass ein deutsches Gericht den EuGH um Auslegung der noch gültigen Vorschrift des deutschen Vergaberechts bittet (§ 99 GWB) und sich dabei der Sache nach auf die Novellierung bezieht, ohne diese ausdrücklich zu erwähnen."

"Es kann ja auch sein, dass wir nicht Recht haben." Mit dieser bescheidenen Vorbemerkung hatte Dicks seinen Vortrag begonnen. Das Urteil des von ihm geleiteten OLG-

funktionen, die vom europäischen Recht nicht berührt sein dürften (siehe auch Behörden Spiegel 06/08, S. 20). Dies sei nur bei der Hilfsfunktion Beschaffung möglich. "Das ist nicht so!", hielt Dicks entgegen. "Vergaberecht ist durch die europäischen Vorgaben über das Haushaltsrecht hinausentwickelt worden." Es stehe gleichwertig neben dem Beschaffungszweck, d. h. der Sicherung städtebaulicher Planung.

Auswahlfreiheit und Preissteigerungen

Bei den dem OLG vorgelegenen Fällen habe es immer konkurrierende Unternehmen gegeben, die sich jedoch wegen eines nicht stattgefundenen Vergabeverfahrens zurückgezogen hätten. Die Anwendbarkeit

städttebaulicher Pflichten und die Herrschaft über das Bauvorhaben ("Widmung").

Der städtebauliche Zweck gehe über das Grundstücksgeschäft hinaus. Es liege öffentliches Handeln unter Hinzuziehung von Privaten vor und nicht lediglich eine Handlung zwischen Privaten. Beim Beschaffungszweck geht es nach der Auffassung von *Burgi* um mehr als um Eigentum, Besitz oder sonstige rechtliche Verfügbarkeit. Es müsse klar zwischen dem Grundstücksvertrag und dem Vertragskomplex unter Einschluss städtebaulicher Pflichten unterschieden werden, ohne sie voneinander zu trennen.

Kommunale Betriebsverwaltung

Unzweifelhaft sei, ob der Beschaffungszweck von Anfang an feststehe. Irrelevant sei aber auch der Artikel 28 Abs. 2 GG, der die Kommunale Selbstverwaltung sichere. Zum einen sei diese Vorschrift nicht europafest. Zum anderen schränke das Vergaberecht die Kommunale Selbstverwaltung nicht ein, sondern regle eine ihrer Aufgaben. Das Vergaberecht sei ein stets anwendbares Recht zur Strukturierung von Wettbewerbsverhältnissen.

Das OLG Karlsruhe hat mit einem aktuellen Beschluss (15 Verg 3/08) die Vergabepflicht von Grundstücksgeschäften nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf bestätigt. Die Begründung lautet: Grundstücksverträge mit Bauverpflichtungen unterliegen der Vergabepflicht. Ein unmittelbarer Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers ist nicht erforderlich. Die EU-Vergaberichtlinie ist nicht auf den "Einkauf" der öffentlichen Hand beschränkt. Mittelbare Eigeninteressen des Auftraggebers genügen. Die Beschwerde wurde aber zurückgewiesen, da das Nachprüfungsrecht nach Ansicht des Senats nach sieben Monaten Untätigbleibens des Antragstellers verwirkt war. "Damit festigt sich die Rechtsprechung zur Vergabepflicht von Grundstücksgeschäften weiter", so die Düsseldorfer Rechtsanwältin *Ute Jasper*. Die Vergabekammer Baden-Württemberg hat diese Position mit einem Beschluss (1 VK 18/08) nunmehr ebenfalls bejaht.



Die im Jahre 2002 gefällte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zum Teatro della Scala in Mailand verlangt Ausschreibungen, wenn städtebauliche Pflichten begründet werden und die Öffentliche Seite die Herrschaft über das Bauvorhaben behält. Foto: BS/Archiv

Senats zur Vorwertung des Truppenübungsplatzes Ahorn hatte wie kaum eine andere vergaberechtliche Entscheidung Städte und Gemeinden in Deutschland in heftigste Unruhe versetzt und vor die Frage gestellt, was sich dadurch bei der Herangehensweise an städteplanerische Aktivitäten ändert.

Haupt- und Hilfsfunktionen

Dicks wandte sich gegen die von *Friedhelm Marx* auf dem Vergaberechtstag vertretene Unterscheidung zwischen Haupt- und Hilfsfunktionen bei der Aufgabenwahrnehmung der öffentlichen Hand. Stadtplanung zählt nach Auffassung des Leiters der Unterabteilung Wettbewerbs- und Preispolitik im Bundeswirtschaftsministerium zu den Haupt-

des Vergaberechts sei nicht durch eine Veräußerung bedingt, sondern durch einen darüber hinaus weisenden "nicht gegenständlichen Beschaffungszweck im übertragenen Sinne". Es gebe keine Prämisse, dass ein gegenständliches Beschaffungsobjekt gegeben sein müsse. Beim Fall Roanne des EuGH habe es keine Beschaffung gegeben. Dennoch sei das Vergaberecht anzuwenden gewesen.

Dicks: "Es kommt nicht unmittelbar auf einen körperlichen Verwendungszweck an, sondern darauf, dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird sowie Wettbewerbsverzerrungen, Bevorzugen und unkorrekte Vorgehensweisen vermieden werden. Wir haben nicht das Recht neu erfunden, sondern das angewendet, was im Gesetz steht und nicht etwas, das hineininterpretiert wird, sich dort aber nicht befindet." Im Übrigen gebe es durchaus positive Stimmen aus Kommunen zur Rechtsprechung des Düsseldorfer Vergabe-Senats: "Seitdem wir danach vorgehen, laufen die Dinge ausgezeichnet: Es gibt Auswahlfreiheit und Preissteigerungen", sei eine solche.

Der Wert der öffentlichen Hand

Für Prof. *Martin Burgi* von der Ruhr-Universität Bochum ist die entscheidende Maßgabe für den Umgang mit Vergaberecht bei städteplanerischen Maßnahmen weniger das Roanne- oder das Donauwald-Urteil des EuGH als vielmehr das Luxemburger "Mailand"-Urteil. Bei ihm ging es um den Umbau der Scala-Oper und weiterer städtischer Gebäude sowie um die Errichtung eines weiteren Theaters im Bicocca-Viertel, in dem vorübergehend die Aufführungen der Scala stattfanden, das danach aber anderweitig genutzt wurde.

In zwei Randnummern des Urteils (siehe Kasten) werden, so *Burgi*, die entscheidenden Kriterien genannt, um einen Beschaffungszweck festzustellen, der die Anwendung von Vergaberecht verlangt:

1. die konstitutive Begründung