

EUROFORUM-Newsletter

# Vergaberecht 2010

Ihr begleitender Newsletter zu den renommierten  
vergaberechtlichen Jahrestagungen und Seminaren!



# Grundstücksverkäufe nach der neuen Rechtsprechung

Ende März diesen Jahres ist die lang erwartete Entscheidung des EuGH zu Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand ergangen (Urteil vom 25.3.2010, Rs. C-451/08, „Helmut Müller“): Der EuGH entschärfte die deutsche Rechtsprechung (vgl. u.a. Grundsatzentscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2007, Az. VII-Verg 2/07) und hielt städtebauliche Anforderungen bei Grundstücksverkäufen nicht für ausreichend, um eine Ausschreibungspflicht zu begründen. Das OLG Düsseldorf reagierte und entschied, dass städtebauliche Verträge nicht mehr per se ausschreibungspflichtig sind (Beschluss vom 9.6.2010, Az. Verg. 09/10). Damit dürfen Kommunen nun wieder in vielen Fällen ohne Vergabeverfahren einen Investor für ihre Grundstücke suchen. Die neue Rechtsprechung ist allerdings kein Freifahrtschein. Die Pflicht zu transparentem Wettbewerb gilt weiter. Außerdem bleiben etliche Grundstücksveräußerungen wegen besonderer Vorgaben oder wegen Mietelementen ausschreibungspflichtig. Nach einer kurzen Zusammenfassung der bisherigen Rechtslage (I.) und der neuen Entscheidungen des EuGH und des OLG Düsseldorf (II.) werden die Konsequenzen aus der neuen Rechtsprechung (III.) dargestellt.

## I. Alte „Ahlhorn“-Entscheidung des OLG Düsseldorf

Ausgangspunkt der Diskussion über den Verkauf öffentlicher Grundstücke war die aufsehenerregende „Ahlhorn“-Entscheidung des OLG Düsseldorf im Juni 2007 (Az. VII-Verg 2/07). Das Gericht hat hier den Verkauf eines öffentlichen Grundstücks für ausschreibungspflichtig erklärt, da an die Grundstücksveräußerung ein städtebaulicher Vertrag gekoppelt werden sollte. Nach dem städtebaulichen Vertrag sollte sich der Investor zu bestimmten Baumaßnahmen verpflichten. Mit dieser Entscheidung hatte das OLG Düsseldorf eine Welle in der Rechtsprechung losgetreten, die von oftmals gegensätzlichen Entscheidungen nahezu sämtlicher Vergabekammern und Oberlandesgerichte getragen wurde (vgl. statt aller, OLG Bremen, Beschluss vom 13.3.2008, Az. Verg 51/07). Leidtragende waren die Kommunen, die sich bei Grundstücksverkäufen zur Umsetzung ihrer städtebaulichen Ziele oft ohnmächtig dem strengen Vergaberechtsregime unterwarfen, um mögliche Angriffe Dritter zu vermeiden.

Der deutsche Gesetzgeber reagierte auf die Ausweitung des Vergaberechts mit einer im April 2009 in Kraft getretenen Neufassung des § 99 GWB (BGBl. I Nr. 20 vom 23.4.2009, 790). Er definierte den öffentlichen Bauauftrag (§ 99 Abs. 3 GWB) und die Baukonzession (§ 99 Abs. 6 GWB) enger, um der „Ahlhorn“-Rechtsprechung den Boden zu entziehen. Diese Kritik durch den Gesetzgeber nahm das OLG Düsseldorf zum Anlass, um dem EuGH Fragen nach der Europarechtskonformität seiner Rechtsprechung und der damals noch nicht in Kraft getretenen GWB-Novelle vorzulegen.

## II. Neue Entscheidung des EuGH und des OLG Düsseldorf

Der EuGH hat zu den Vorlagefragen des OLG Düsseldorf Stellung genommen und der strengen „Ahlhorn“-Rechtsprechung eine Absage erteilt (Urteil vom 25.3.2010, Rs. C-451/08, „Helmut Müller“). Vielmehr hat er sich der GWB-Novelle des deutschen Gesetzgebers angeschlossen. Zunächst stellt der EuGH fest, dass der reine Verkauf eines Grundstücks kein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag ist, da zum einen die öffentliche Hand hier nicht als Erwerber auftritt und zum anderen der Verkauf nicht die Ausführung eines Bauvorhabens zum Gegenstand hat. Vielmehr setzt nach dem EuGH ein öffentlicher Bauauftrag des öffentlichen Auftraggebers – neben Erreichung des Schwellenwerts – voraus, dass

- ein schriftlicher Vertrag geschlossen wird, durch den der Auftragnehmer einklagbar zur Erbringung von Bauleistung verpflichtet wird,
- die Leistung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber bedeutet,
- der Auftragnehmer die Erbringung der Leistung gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen schuldet, und
- der Vertrag entgeltlich oder in Form einer Baukonzession geschlossen ist.

Schlüsselbegriffe für die Bauleistung werden das „unmittelbare wirtschaftliche Interesse“ des Auftraggebers und die „einklagbare Bauverpflichtung“ des Auftragnehmers. Der EuGH führt in diesem Zusammenhang aus, dass entgegen der deutschen

„Ahlhorn“-Rechtsprechung die bloße Ausübung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten nicht ausreiche, um eine Ausschreibungspflicht zu begründen. Städtebauliche Anforderungen sind nicht darauf gerichtet, ein unmittelbar wirtschaftliches Interesse zu befriedigen. Vielmehr dienen sie nur dem allgemeinen Interesse. Eine Auftragsleistung müsse aber schon nach ihrer Natur ein unmittelbar wirtschaftliches Interesse für den Auftraggeber bedeuten.

Das Kriterium des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses ist – so der EuGH – u.a. erfüllt, wenn der Auftraggeber

- Eigentums- oder Verfügungsrechte erwirbt,
- Vorteile aus Nutzung oder Veräußerung hat,
- sich finanziell am Bau beteiligt oder Risiken übernimmt.

Der EuGH stellt weiter klar, dass eine Bauverpflichtung einklagbar sein muss. Damit erteilt er der deutschen Rechtsprechung eine Absage, die auf die Einklagbarkeit bislang verzichtete. In Zukunft kann sich die öffentliche Hand Rücktrittsrechte, Wiederkaufsrechte oder Vertragsstrafen vorbehalten, ohne dass ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.

Das OLG Düsseldorf reagierte auf die Rechtsprechung des EuGH und hat in einer neuen Entscheidung im Juni 2010 seine bisherige Rechtsprechung zu kommunalen Grundstücksverkäufen ausdrücklich aufgegeben, verzichtet aber nicht in jedem Fall auf ein Vergabeverfahren (Beschluss vom 9.6.2010, Az. Verg 09/10). Der Senat verneinte zwar im Streitfall eine Ausschreibungspflicht, wies aber ausdrücklich darauf hin, dass in einem Verkauf unter Marktwert eine finanzielle Beteiligung der öffentlichen Hand und damit eine Ausschreibungspflicht liegen könne.

## III. Konsequenzen für die Praxis

Für die Praxis bringen die neuen Entscheidungen des EuGH und des OLG Düsseldorf einige Erleichterungen. Die Uhren können wieder auf die Zeit „vor Ahlhorn“ zurückgestellt werden. Damit dürfen Städte und Gemeinden grundsätzlich ohne Ver-

gabeverfahren Investoren für Einkaufszentren, Ärztehäuser oder Gewerbeflächen suchen.

Das Vergaberecht bleibt aber weiterhin anwendbar, wenn auf dem zu veräußernden Grundstück ein Gebäude für die Kommune (z. B. eine Behörungs- parkplatz) errichtet wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.6.2010, Az. Verg 09/10). Genauso wird regelmäßig dann, wenn der Investor auch die Erschließung übernimmt, kein Weg am Vergaberecht vorbeiführen. Das Vergaberecht bleibt auch einschlägig, wenn die öffentliche Hand und der Investor Bauanforderungen vereinbaren, die über die städtebauliche Regelungskompetenz hinausgehen (was z. B. bei der Gestaltung der Außenfassade in der Regel der Fall ist).

Zudem ist das Vergaberecht weiterhin anzuwenden, wenn sich der öffentliche Träger finanziell am Bau beteiligt oder Risiken übernimmt. Hierbei ist es oft schwierig im Vorhinein einzuschätzen, ob eine Beteiligung der öffentlichen Hand für ein Investorenprojekt notwendig ist. Führt ein öffentlicher Grundstücksveräußerer bei Zweifeln von Anfang an ein förmliches Vergabeverfahren durch, ist er immer auf der sicheren Seite und erspart sich später unter Umständen viel Zeit und Kosten.

Nicht zuletzt muss der öffentliche Träger bei der Veräußerung eines Grundstücks weiterhin das

Beihilferecht beachten. D.h. ein Grundstücksverkauf unter Marktpreis ist verboten. Um den Vorwurf einer beihilferechtlichen Rechtswidrigkeit zu begegnen, sollte der Auftraggeber daher einen formlosen transparenten Wettbewerb durchführen. Die grundlegenden Anforderungen an diesen Wettbewerb hat die EU-Kommission in einer Mitteilung zusammengefasst (Mitteilung vom 10.7.1997, 97/C 209/03; Mitteilung vom 1.8.2006, 2006/C 179/02, abzurufen auf <http://www.heuking.de/anwaelte/profil/jasper.html> unter „Veröffentlichungen“). Soweit diese Anforderungen aber erfüllt sind, können die Kommunen bei ihren Grundstücksgeschäften nach einer rechtsunsicheren Zeit wieder in eine entspannte Zukunft blicken.



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



Julia Lehmann,  
Rechtsanwältin, Heuking Kühn  
Lüer Wojtek, Düsseldorf