

Nicht alles ist ausschreibungspflichtig

Grundstücksverkäufe an kommunale Eigengesellschaften

(BS/Dr. Ute Jasper, Dr. Tobias Czepull*) Ab dem 1. August 2013 besteht für jedes Kind unter drei Jahren ein Rechtsanspruch auf einen Platz in einer Kindertagesstätte. Noch fehlen bundesweit rund 130.000 Plätze. Die Kommunen sind also gefordert und überlegen, ihren eigenen Gesellschaften Grundstücke zu verkaufen, damit diese darauf Kindertagesstätten errichten. Ist dieser Vorgang vergabepflichtig?

Nicht immer. Drei Fragen sind entscheidend, ob das Grundstücksgeschäft europaweit auszuschreiben ist: Zunächst stellt sich, wie immer im Vergaberecht, die Frage: Erreicht der Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert von fünf Millionen Euro netto? Nur dann ist das europäische Vergaberecht überhaupt anzuwenden. Wie sich der Schwellenwert bei Grundstücksgeschäften mit Bauverpflichtung errechnet, ist jedoch nicht endgültig geklärt. Unklar ist, ob lediglich der Wert der Bauleistung maßgeblich ist oder ob auch der Grundstückswert einzurechnen ist. Nach der jüngeren Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 02.10.2008, VII-Verg 25/08) ist Letzteres der Fall. Es empfiehlt sich daher, den Grundstückswert in den Auftragswert einzurechnen.

Wirtschaftliches Interesse

Erreicht das Grundstücksgeschäft den Schwellenwert, stellt sich die zweite Frage: Hat die Kommune selbst ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an dem Bauwerk? Fehlt dieses Interesse, ist der Grundstücksverkauf als reines Veräußerungsgeschäft ohne Bezug zu ei-

ner Bauleistung zu betrachten und das europäische Vergaberecht nicht anzuwenden. Von einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse ist etwa auszugehen, wenn die Stadt selbst Eigentümerin des Bauwerks werden soll, wenn sie es mitfinanziert oder wenn sie es für ihre öffentlichen Zwecke nutzen können soll. Ist beispielsweise von Anfang an vorgesehen, dass die Stadt die Kindertagesstätte als Mieterin nutzt, kann es sich um einen vergabepflichtigen Auftrag handeln.

Kein Anderer beauftragt

In diesem Fall ist eine dritte Frage entscheidend, die bei Geschäften zwischen Kommunen und ihren Gesellschaften immer zu beachten ist: Ist das Grundstücksgeschäft im konkreten Fall ein sogenanntes Inhouse-Geschäft? Bei Inhouse-Geschäften wird materiell betrachtet kein "Anderer" mit der Leistungserbringung beauftragt. Solche Aufträge sind daher nicht ausschreibungspflichtig. Ein Inhouse-Geschäft liegt vor, wenn die Kommune allein oder zusammen mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber die Anteile an der beauftragten Gesellschaft besitzt, wenn sie die Ge-

sellschaft wie eine eigene Dienststelle kontrollieren kann und wenn die Gesellschaft fast ausschließlich für ihre Gesellschafter tätig wird. Unter diesen Voraussetzungen ist das Grundstücksgeschäft selbst dann vom Vergaberecht befreit, wenn es den Schwellenwert erreicht und die Gemeinde selbst ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Kindertagesstätte hat, etwa weil sie sie nach Errichtung anmieten soll.

Bis zum 1. August 2013 drängt also die Zeit – vielfach werden sich die bürokratischen Hürden des europäischen Vergaberechts jedoch umschiffen lassen.

Mit fachlicher Unterstützung der Vergaberechtsexperten der Kanzlei HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK veranstaltet der Behörden Spiegel am 16. November 2012 in Düsseldorf ein Praxisseminar zu Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand. Weitere Informationen unter www.fuehrungskraefteforum.de

**Dr. Ute Jasper und Dr. Tobias Czepull sind Rechtsanwälte der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek.*