FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG Immobilienmarkt

Grenzfälle im Vergaberecht

Grundstücksverkäufe nach Ahlhorn und Wildeshausen / Von Johannes Grooterhorst

DÜSSELDORF, 29. September. Das Jahr 2007 war eine Zäsur in der bis dahin üblichen Praxis der nicht formalisierten Vergabe öffentlicher, üblicherweise kommunaler Grundstücke an Investoren. Häufig ging es dabei um großflächige Einzelhandelsvorhaben in prominenter Lage. Die sogenannte Ahlhorn-Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und eine Serie weiterer Entscheidungen des Gemehr, dass der öffentliche Auftraggeber Vorgaben für die Errichtung des Bauwerks machte und diese durch eine Bauverpflichtung seinem Vertragspartner auferlegte. Nicht zuletzt auf Intervention der Immobilienwirtschaft änderte der Gesetzgeber daraufhin den Paragraphen 99 im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in mehrfacher Hinsicht. Er stellte damit klar, dass die vom Oberlandesgericht Düsseldorf qua Richterrecht vereinbarten Voraussetzungen nicht der Gesetzeslage entsprachen.

Ausgangspunkt Ahlhorn: *An dem Verkauf des Fliegerhorstes in Niedersachsen entzündete sich ein jahrelanger Rechtsstreit.* Foto picture-alliance/dpa

richts qualifizierten Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand als öffentliche Bauaufträge in der Form sogenannter Baukonzessionen und unterwarfen den Abschluss solcher Verträge dem GWB-Vergaberecht mit der Notwendigkeit einer europaweiten Ausschreibung.

Nach dieser Rechtsprechung kam es nicht darauf an, ob ein Bauwerk vom öffentlichen Auftraggeber selbst genutzt werden sollte. Entscheidend war vielmingerecht realisiert, ohne dass gleich eine Vergabepflicht ausgelöst wird.

Als kritisch wird die Vereinbarung von Vertragsstrafen und sonstigen finanziellen Sanktionen angesehen. Verpflichtet sich der Investor zur Durchführung von Erschließungsmaßnahmen auf eigene Kosten (echter Erschließungsvertrag), ist dies nicht vergabepflichtig. Gleiches gilt, wenn der Investor Maßnahmen der äußeren Erschließung durchführt. Stellt der Investor aber der Kommune die Kosten der Erschließungsleistungen in Rechnung (unechter Erschließungsvertrag), unterliegt dieser Vertrag dem Vergaberecht.

Somit sind seit der EuGH-Entscheidung aus dem vergangenen Jahr zwar eine Reihe von Verkaufsvorgängen der öffentlichen Hand zweifelsfrei vergaberechtsfrei. Es bleiben aber die genannten Grenzfälle.

Obwohl teilweise bezweifelt wurde, ob diese gesetzlichen Regelungen Deutschlands mit den entsprechenden EU-Richtlinien im Einklang standen, billigte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der sogenannten Wildeshausen-Entscheidung am 25. März vergangenen Jahres die deutsche Gesetzesänderung. Ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des GWB setzt voraus, dass dem Auftraggeber eine Bauleistung durch Dritte unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen muss – und zwar gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn etwa die Kommune selbst Räumlichkeiten in dem durch ihren Grundstückskäufer zu errichtenden Objekt anmietet. Eine bloße Erhöhung der Attraktivität eines städtischen Umfelds zur Stärkung der Kaufkraft oder zur Ansiedlung von Unternehmen mit positiven Auswirkungen auf die Steuereinnahmen bewirkt lediglich einen mittelbaren Vorteil. Damit unterfallen vertragliche Verpflichtungen zur Errichtung rein privatnützlicher Bauvorhaben nicht dem Vergaberecht.

Anders kann die Bewertung ausfallen, wenn sich die Bauverpflichtung auf ein Vorhaben bezieht, das teilweise im privaten, teilweise aber auch im öffentlichen Interesse liegt – wenn etwa der private Bauherr, der ein Einkaufszentrum errichten will, zum Bau einer öffentlichen Tiefgarage verpflichtet wird. Das Gleiche gilt in Fällen, in denen die öffentliche Hand finanzielle Beteiligungen für die Erstellung eines Bauwerks eingeht oder Risiken aus dem wirtschaftlichen Fehlschlag der Investition übernimmt. Ein Bauauftrag liegt auch dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des Bauwerks werden soll. Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob ein vergabepflichtiger öffentlicher Bauauftrag vorliegt, wenn im Grundstückskaufvertrag oder im städtebaulichen Vertrag die Kommune nachhaltigen Einfluss auf die Gestaltung der Bauwerke nimmt oder konkrete Sortimentsbeschränkungen für Einzelhandelsvorhaben vornimmt. Vereinbart werden kann dagegen ein Rücktritt für den Fall, dass der Käufer das Vorhaben nicht oder nicht termin

In der Literatur wird dementsprechend darauf hingewiesen, dass der öffentliche Auftraggeber vor Einleitung eines Verkaufsvorgangs dazu verpflichtet ist, die vergaberechtlichen Notwendigkeiten einzuschätzen. Die Vergabepflicht hängt nicht vom Ergebnis des Vergabeverfahrens ab, sondern von der vorab anzustellenden Prognose des Auftraggebers.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich durch einen Beschluss vom 27. Oktober vergangenen Jahres der EuGH-Rechtsprechung angeschlossen. Es verweist aber darauf, dass die öffentliche Stelle in ihrer Entscheidung, mit wem sie einen Grundstückskaufvertrag abschließt, nicht völlig frei ist. Neben einer Bindung an den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz sind bei einer Binnenmarktrelevanz auch die europäischen Grundfreiheiten wie Publizität, Transparenz und Willkürfreiheit zu beachten. Schließlich muss die öffentliche Hand auch noch das EU-Beihilferecht beachten. Die Europäische Kommission hat mit der sogenannten Grundstücksmitteilung vom 10. Juli 1997 einen Leitfaden für ein Verfahren formuliert, das den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gibt, Verkäufe von Bauten und Grundstücken in einer Weise abzuwickeln, die staatliche Beihilfen grundsätzlich ausschließt. Die Mitteilung sieht zwei zulässige Verkaufsverfahren vor: den Verkauf durch ein bedingungsfreies Bietverfahren und den Verkauf auf Grundlage eines Wertgutachtens. Sofern diese Voraussetzungen eingehalten werden, dürften auch die Grundfreiheiten beachtet sein.

Der Autor ist Gründer und Partner der Kanzlei Grooterhorst & Partner in Düsseldorf.