

EuGH: Kommunale Grundstücksverkäufe doch vergaberechtsfrei Die „Ahlhorn“-Entscheidung



Dr. Johannes Grooterhorst



Dr. Rainer Burbulla

Das OLG Düsseldorf hat in einer Reihe von Entscheidungen, die unter dem Begriff "Ahlhorn"-Rechtsprechung bekannt geworden sind, Grundstücksverkäufe und städtebauliche Verträge der öffentlichen Hand weitläufig als ausschreibungspflichtige Bauaufträge betrachtet. Diese Rechtsprechung hat zu einer erheblichen Verunsicherung bei Investoren und der öffentlichen Hand geführt. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 25.03.2010 die sehr strikte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksgeschäften mit der öffentlichen Hand verworfen. Dr. Johannes Grooterhorst und Dr. Rainer Burbulla erläutern im nachfolgenden Beitrag die Konsequenzen.

Ausgangslage

Seit der sogenannten „Ahlhorn“-Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 13.06.2007, VII Verg 2/07) wurden Grundstücksverkäufe durch Bund, Länder und Kommunen, die mit einer (auch nur mittelbaren) Bauverpflichtung verbunden sind, als ausschreibungspflichtig betrachtet. Diese Rechtsprechung hat viele Unsicherheiten sowohl auf Seiten der Kommunen als auch auf Seiten von Projektentwicklern und Investoren hervorgerufen. Im Rahmen der Reform des Vergaberechts (GWB 2009) führten diese Unsicherheiten zur Neudefinition des öffentlichen Bauauftrags (§ 99 Abs. 3 GWB) und der Baukonzession (§ 99 Abs. 6 GWB). Hierdurch sollte der „Ahlhorn“-Rechtsprechung der Boden entzogen werden.

Noch vor Inkrafttreten des GWB 2009 am 24.04.2009 legte das OLG Düsseldorf in seinem Vorlageverfahren Helmut Müller ./ Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (Rs.C-451/08) dem EuGH einen Katalog an Fragen bezüglich der Ausschreibungspflicht von Grundstücksverträgen zwischen Kommunen und privaten Bauinvestoren vor und stellte damit letztlich die Gesetzesänderung des GWB 2009 auf den Prüfstand des europäischen Gemeinschaftsrechts.

Die Entscheidung des EuGH vom 25.03.2010 (Rs.C-451/08)

Mit Urteil vom 25.03.2010 hat der EuGH zu diesen Vorlagefragen Stellung genommen und die strenge Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksverträgen mit der öffentlichen Hand verworfen. Im Ergebnis hat sich der EuGH damit zugleich dafür ausgesprochen, dass die Novellierungen des GWB 2009 zu § 99 Abs. 3 und 6 europarechtskonform sind. Denn auch der EuGH stellt in seinem Urteil darauf ab, dass eine europaweite Ausschreibung zwar nicht nur in einer gegenständlichen oder körperlichen Beschaffung begründet sein könne. Erforderlich sei jedoch, dass die Bauleistung dem Auftraggeber „unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt“, wie es in § 99 Abs. 3 GWB angelegt ist. Vor diesem Hintergrund differenziert der EuGH in seiner Betrachtung.

Reine Grundstücksverträge sind nicht ausschreibungspflichtig

Keinen öffentlichen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag stellt der Verkauf eines unbebauten oder bebauten Grundstücks durch eine öffentliche Stelle an ein Unternehmen dar. Voraussetzung für einen öffentlichen Bauauftrag sei, dass die öffentliche Stelle als „Erwerber und nicht als Verkäufer“ auftritt und ein solcher Auftrag die Ausführung von Bauleistungen zum Gegenstand hat, woran es bei reinen Grundstücksverkäufen fehlt.

Erbringung von Bauleistungen als Gegenleistung

Weiterhin stellt der EuGH ausdrücklich klar, dass der öffentliche Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Bauleistung haben muss, also einen Beschaffungszweck verfolgt. Ein solches wirtschaftliches Interesse liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks oder dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt wird, über die

Bauwerke zu verfügen. Ferner kann das wirtschaftliche Interesse in wirtschaftlichen Vorteilen bestehen, die der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann. Die bloße Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung eines im allgemeinen Interesse liegendes öffentliches Ziel, wie etwa die städtebauliche Entwicklung oder die Kohärenz eines kommunalen Ortsteils, genügt hierzu jedenfalls nicht.

Einklagbare Bauverpflichtung als Voraussetzung für einen öffentlichen Auftrag

Auch die auf die „Ahlhorn“-Rechtsprechung zurückzuführende streitige Frage, ob der Begriff des öffentlichen Bauauftrages eine Verpflichtung zur Erbringung von Bauleistungen voraussetzt, hat der EuGH eindeutig bejaht. Ein öffentlicher Bauauftrag liegt damit nicht vor, wenn der Auftragnehmer nicht direkt oder indirekt zur Erbringung von Bauleistungen verpflichtet wird. Zudem muss diese Verpflichtung einklagbar sein.

Prüfung und Billigung von Bauplänen durch die Behörde ist unzureichend

Der EuGH hat zugleich zu der Frage Stellung genommen, wann ein öffentlicher Bauauftrag in der Erbringung einer „Bauleistung ... gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ vorliegt. Nach Auffassung des EuGH genügt es hierfür jedenfalls nicht, dass die öffentliche Hand die Baupläne des privaten Bauherrn prüft und billigt. Vielmehr müsse der öffentliche Auftraggeber den Inhalt der auszuführenden Bauleistung selbst definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf ihre Konzeption ausüben.

Keine Baukonzession bei unbefristetem Nutzungsrecht

Entsprechend der Neuregelung in § 99 Abs. 6 GWB, dass es sich bei der Baukonzession um ein befristetes Nutzungsrecht handeln muss, hat der EuGH ebenfalls festgestellt, dass eine Baukonzession nicht in der Übertragung des Grundstückseigentums und dem darin enthaltenen Recht zur Nutzung der Immobilie durch den Käufer liegen kann. Vielmehr kann ein öffentlicher Auftraggeber ein „Recht auf Nutzung“ eines Bauwerks nur übertragen, wenn er selbst über die Nutzung verfügen kann. Daran fehlt es grundsätzlich, wenn das Nutzungsrecht allein im Eigentumsrecht des Grundstückskäufers begründet liegt. Eine unbefristete Erteilung von Nutzungen hat der EuGH damit im Grundsatz ausdrücklich abgelehnt.

Einheitliche Betrachtung von Grundstücksveräußerungen und Erteilung von öffentlichen Bauaufträgen durch unterschiedliche Stellen

Schließlich hat der EuGH zu der Frage Stellung genommen, ob ein öffentlicher Bauauftrag vorliegt, wenn eine öffentliche Stelle ein Grundstück an einen Investor veräußert, während eine andere öffentliche Stelle beabsichtigt, einen öffentlichen Bauauftrag in Bezug auf dieses Grundstück zu vergeben. Im Ergebnis hält der EuGH es zwar nicht für ausgeschlossen, beide Verträge als Einheit zu behandeln. Im entschiedenen Fall lehnte der EuGH eine solche Einheit allerdings ab, da der öffentliche Bauauftrag in Bezug auf das zu veräußernde Grundstück keine (einklagbare) Bauverpflichtung enthielt.

Konsequenzen

Mit seiner Entscheidung hat der EuGH eine Vielzahl ungeklärter Fragen geklärt und die zum Teil uferlos erscheinende Anwendung des Vergaberechts auf einen Kernbereich zurückgeführt. Hierdurch erhalten Kommunen Spielräume bei der Anwendung des Vergaberechts im Hinblick auf die Verfolgung städtebaulicher Ziele, da eine Vielzahl von Grundstücksveräußerungen nicht (mehr) dem Vergaberecht unterliegen. Unsicherheiten im Hinblick auf die Anforderungen an eine Bauverpflichtung dürften gleichfalls ausgeräumt sein. Mittelbare Bauverpflichtungen, die teilweise bei der Einräumung von Rücktrittsrechten, Wiederkaufsrechten und Vertragsstrafen bejaht wurden, unterfallen nicht mehr dem Anwendungsbereich des Vergaberechts. Ferner hat der EuGH klargestellt, dass in einer Grundstücksveräußerung in der Regel auch keine Baukonzession zu sehen ist. Nicht abschließend geklärt dürfte hingegen die Frage sein, wann ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ der öffentlichen Hand an den Bauleistungen vorliegt sowie weitere spezielle vergaberechtliche Fragen im Zusammenhang mit städtebaulichen Verträgen und Erschließungsverträgen, insbesondere, ob und inwieweit echte Erschließungsverträge dem Vergaberecht unterliegen. Die weitere vergaberechtliche Entwicklung in Reaktion auf die EuGH-Entscheidung dürfte damit spannend bleiben. Für Kommunen und Investoren bedeutet die Entscheidung allerdings zunächst eine „Entwarnung“ bei kommunalen Grundstücksveräußerungen.

Dr. Johannes Grooterhorst
Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte

Dr. Rainer Burbulla
Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte

© 2003-2010 Heuer Dialog GmbH
Hans-Böckler-Str. 1, 40476 Düsseldorf
Tel. +49 211 46 90 50 • Fax +49 211 46 30 51
contact@heuer-dialog.de • <http://www.heuer-dialog.de/>