

ABHANDLUNGEN

Die Pflicht zur Ausschreibung städtebaulicher Verträge

Zur Einordnung von kommunalen Grundstückskaufverträgen und Erschließungsverträgen als ausschreibungspflichtige öffentliche Bauaufträge

Von Dr. Torsten Heilshorn und Dr. Dario Mock*

Sind städtebauliche Verträge ausschreibungspflichtig? Diese Frage wird vor allem hinsichtlich kommunaler Grundstückskaufverträge seit der sog. „Ahlhorn-Entscheidung“ des OLG Düsseldorf vom 13. 6. 2007 intensiv diskutiert. Von ähnlicher praktischer Bedeutung ist die Ausschreibungspflicht von Erschließungsverträgen, was in der Zahl der dazu vorliegenden Entscheidungen jedoch noch keinen Niederschlag gefunden hat. Teilweise wird eine Ausschreibungspflicht sogar mit dem „Aus“ solcher Verträge gleichgesetzt und ein Einschreiten des Gesetzgebers gefordert.

Ob eine Pflicht zur Ausschreibung solcher Verträge durchweg abzulehnen ist, unterliegt jedoch erheblichen Zweifeln. Höherer Aufwand und etwaige Verzögerungen stehen im Einzelfall besseren und wirtschaftlicheren Ausschreibungsergebnissen gegenüber. Zudem ist die von Auftraggebern oftmals geäußerte Befürchtung, am Ende einer Ausschreibung stehe der Vertragsabschluss mit einem ungeeigneten und nicht gewünschten Anbieter, bei einer ordnungsgemäßen Angebotswertung nicht berechtigt. Bei der Forderung nach einer Reaktion des nationalen Gesetzgebers ist ebenfalls Vorsicht geboten: Die konsequente Anwendung der vom EuGH entwickelten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben spricht in vielen Fällen städtebaulicher Verträge für eine Ausschreibungspflicht, soweit die maßgeblichen Schwellenwerte erreicht werden. Davon abweichende nationale Regelungen werden der zu erwartenden kritischen Überprüfung durch den EuGH nicht standhalten. Ein eindeutiger Befund ergibt sich dagegen für beide Vertragsformen bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte: Das Haushaltsrecht fordert keine Ausschreibung dieser Verträge. Hier ergeben sich Grenzziehungen vor allem aus dem nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot, das dem Auftraggeber aber deutliche Entscheidungsspielräume belässt.

I. Der Verkauf von Grundstücken als öffentlicher Bauauftrag i. S. d. § 99 GWB?

1. Die neuere Rechtsprechung zum Verkauf öffentlicher Grundstücke

a) Bisherige Rechtsprechung

Nach der früheren Rechtsprechung unterlagen *Grundstücksverkäufe* öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich nicht dem Vergaberecht. Dies galt unabhängig von der Frage, ob im Kaufvertrag oder einem städtebaulichen Vertrag eine Bauverpflichtung des Auftragnehmers oder andere städtebauliche Vorgaben enthalten waren. Es liege keine (ausschreibungspflichtige) Baukonzession und kein öffentlicher Bauauftrag vor, da der Vertrag *nicht Beschaffungszwecken des Auftraggebers diene*. Das bloße städtebauliche Interesse etwa einer Gemeinde an einer Baumaßnahme reiche hierfür nicht aus.¹

Verschiedene neuere Entscheidungen sind dagegen auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH der Auffassung, ein *Beschaffungsvorgang* sei für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht erforderlich. Grundstückskaufverträge mit städtebaulichen Elementen, insbesondere Bauverpflichtungen, seien als öffentliche Bauaufträge in Form einer *Baukonzession* einzuordnen. Das Erfordernis der Entgeltlichkeit umfasse auch *Entgelte von Dritten*.

b) Die Ahlhorn-Entscheidung des OLG Düsseldorf?

Insbesondere nach der „Ahlhorn-Entscheidung“ des OLG Düsseldorf soll in diesen Fällen unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausschreibungspflicht bestehen. Der Entscheidung lag folgender (verkürzter) Sachverhalt zugrunde: Der Bund plante den Verkauf eines nicht mehr genutzten Militärflughafens. Eine beauftragte Projektgesellschaft forderte Interessenten auf, Angebote einzureichen, die u. a. ein Konzept zur Nutzung beinhalten sollten.²

Nach Abgabe der Angebote wurde den Bietern mitgeteilt, man habe sich für eine gewerblich-logistisch-fliegerische Nutzung entschieden. Die verbliebenen Bieter sollten sich zu dem verlangten Abschluss eines *städtebaulichen Vertrages* äußern und wurden zur Vorlage weiterer Unterlagen aufgefordert. In Abstimmung mit der betroffenen Gemeinde entschied der Bund, einen der Bieter

* Dr. Torsten Heilshorn ist Partner der Sozietät Sparwasser & Heilshorn, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Lehrbeauftragter an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Dr. Dario Mock ist Rechtsanwalt in der Sozietät Sparwasser & Heilshorn.

¹ Vgl. z. B. BayObLG, Beschl. v. 19. 10. 2000 – Verg 9/00 (soweit nichts anderes angegeben ist, sind sämtliche Entscheidungen nach Juris zitiert); HessVG, Beschl. v. 20. 12. 2005 – 3 TG 3035/05.

² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 6. 2007 – VII-Verg 2/07.

als „preferred bidder“ auszuwählen. Dies teilte er den übrigen Bietern mit, von denen sich einer gegen den beabsichtigten Abschluss des Kaufvertrags wandte.

Grundstückskaufvertrag und städtebaulicher Vertrag waren inhaltlich und zeitlich eng miteinander verknüpft und aufeinander abgestimmt. Der mit der Gemeinde abzuschließende städtebauliche Vertrag sollte den Bieter u. a. anderem verpflichten, *bestimmte Baumaßnahmen* durchzuführen. Zwar war der Vertrag noch nicht in allen Einzelheiten ausgearbeitet, der voraussichtliche Inhalt ergab sich jedoch aus den von Bund und Gemeinde angeforderten Planungsunterlagen und Nutzungskonzepten und dem vorliegenden Schriftverkehr.

Das OLG Düsseldorf hat Grundstückskaufvertrag und städtebaulichen Vertrag als einen einheitlichen öffentlichen Bauauftrag in Form einer Baukonzession eingeordnet, woraus die Pflicht zur Ausschreibung beider Verträge folge. Es bejaht einen öffentlichen Bauauftrag, da der Bieter durch den städtebaulichen Vertrag verpflichtet werden sollte, bestimmte Bauleistungen zu erbringen. Dies stelle einen öffentlichen Bauauftrag dar. Dieser liege in Form einer Baukonzession vor, da der Vertragsnehmer das wirtschaftliche Risiko trage. Das Gericht verzichtet auf das ungeschriebene Merkmal des Vorliegens eines Beschaffungsvorgangs und lässt für die Entgeltlichkeit des Vertrages Entgelte von Dritten genügen.

c) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 12. 2007 (Verg 30/07)

Diese Auffassung hat das OLG Düsseldorf in einer weiteren Entscheidung vom Dezember 2007 bestätigt. In diesem Fall beabsichtigte eine Kommune, Grundstücke mit Bauverpflichtung gegen Höchstgebot zu veräußern. In dem an einen ausgewählten Bieter übersandten Kaufvertragsentwurf waren u. a. die *Pflicht zur Bebauung* gemäß dem vorgestellten Baukonzept, eine *bestimmte Nutzung* und *Abstimmungspflichten mit der Gemeinde* enthalten. Daneben sollte die Gemeinde einen durch Vormerkung gesicherten *Anspruch auf Rückübertragung* des Grundstücks haben, sollte die Bebauung gemäß dem Vertragsentwurf nicht binnen zwei Jahren fertig gestellt werden.

Das OLG Düsseldorf ordnete auch diesen Vertrag als Bauauftrag gemäß § 99 Abs. 3 Var. 2 GWB ein, da eine Bauverpflichtung vorliege. Selbst wenn man eine *Bauverpflichtung verneinen wollte*, so liege dennoch ein öffentlicher Bauauftrag vor. Denn der dritten Variante des § 99 Abs. 3 GWB unterfielen Aufträge, die – ohne Aufträge i. S. d. ersten oder zweiten Variante des § 99 Abs. 3 GWB zu sein – mittels „*der vom Auftraggeber genannten Erfordernisse gewährleisten sollen, dass das herzustellende Bauwerk für einen bestimmten öffentlichen Zweck zur Verfügung steht, und die dem Auftraggeber kraft einer vertraglichen Vereinbarung zugleich die rechtliche Befugnis vermitteln, die Verfügbarkeit im Interesse der öffentlichen und durch die wirtschaftliche oder technische Funktion des Bauvorhabens beschriebenen Zweckbestimmung sicherzustellen und einen Einfluss darauf auszuüben*“.³

d) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6. 2. 2008 (VII-Verg 37/07)

Das Gericht hat seine Rechtsprechung in einer Entscheidung vom 6. 2. 2008 fortgeführt. Wiederum wollte eine Kommune einen Kaufvertrag mit städtebaulichen Elementen abschließen. Der Käufer sollte sich verpflichten, binnen 8 Wochen nach Vertragsabschluss *genehmigungsfähige Bauantragspläne* nach näherer Maßgabe der dem Vertrag beigefügten Konzeptionspläne einzureichen. Zur Absicherung war ein *Rücktrittsrecht der Gemeinde* vereinbart. Neben einer weiteren *Verpflichtung zur Durchführung bestimmter baulicher Maßnahmen* und zur Gestaltung der Anlage in Übereinstimmung mit der Gemeinde sah der Vertrag ein *Wiederkaufsrecht* vor. Eine ausdrückliche Bauverpflichtung enthielt der Vertrag jedoch nicht.

Der Vertrag wurde zunächst in der beschriebenen Form abgeschlossen, wogegen Beschwerde eingelegt wurde. Daraufhin wurde ein Änderungsvertrag abgeschlossen, aus dem die meisten

verpflichtenden Elemente getilgt waren und der im Wesentlichen bloße Absichtserklärungen enthielt. Das *Rücktrittsrecht* wurde jedoch beibehalten.

Ungeachtet dessen, dass in dem zu beurteilenden Vertrag eine Bauverpflichtung enthalten sei, soll es nach dem OLG Düsseldorf ausreichend sein, dass die Gemeinde Einfluss auf die gestalterischen Konzepte des Käufers nehme und damit *mittelbar ihre eigenen Interessen verfolgen könne*. Es sei nicht einmal erforderlich, dass wesentliche und nicht nur nebensächliche Erfordernisse vorgegeben worden seien. Es komme lediglich darauf an, dass der Auftraggeber solche durch eine öffentliche Zweckbindung motivierten Erfordernisse überhaupt anbringe.⁴

2. Abweichende Entscheidungen

Mittlerweile liegen erste Entscheidungen anderer Vergabekammern (VK) vor, die von der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf abweichen. Nach einer Entscheidung der VK Brandenburg⁵ sei in Übereinstimmung mit der „Ahlhorn-Entscheidung“ des OLG Düsseldorf eine *Bedarfsdeckung im engeren Sinne zwar nicht erforderlich*. Der Auftraggeber müsse aber zumindest *im weiteren Sinne einen eigenen Bedarf decken* und deshalb bei wirtschaftsfunktionaler Betrachtung als Nachfrager der vertragsgegenständlichen Leistung auftreten.⁶ Dies sei zumindest bei einer Bauverpflichtung regelmäßig gegeben. Eine nähere Abgrenzung zu vergabefreien Vereinbarungen nimmt die Vergabekammer aber nicht vor.

Die VK Hessen⁷ geht in ihrer Entscheidung weiter davon aus, dass die Anwendbarkeit des Vergaberechts zwingend einen *Beschaffungsvorgang* voraussetze. Dies sei dem Vergaberecht immanent. Auch eine Baukonzession liege nicht vor. Vorsichtiger äußert sich die VK Baden-Württemberg.⁸ Die vom OLG Düsseldorf angestellten Überlegungen hält die VK lediglich für nicht zwingend. Daher liege es nahe, am Erfordernis eines Beschaffungsvorgangs festzuhalten. Im konkreten Fall war eine abschließende Entscheidung entbehrlich.

3. Bestätigung des OLG Düsseldorf durch das OLG Bremen/OLG Karlsruhe

Das OLG Bremen hat sich in einer Entscheidung vom 13. 3. 2008 der Auffassung des OLG Düsseldorf angeschlossen. Eine gemeindeeigene Gesellschaft verpachtete ein Grundstück mit der Verpflichtung, auf diesem Windkraftanlagen zu planen und zu errichten. Diese sollten nach Ablauf der Pachtdauer wieder entfernt werden. Das OLG Bremen hat einen öffentlichen Bauauftrag in Form einer Baukonzession angenommen. Ein Beschaffungsvorgang müsse nach der Rechtsprechung des EuGH nicht vorliegen.

Hiervon geht nun auch das OLG Karlsruhe aus.⁹ Auch wenn dies im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich war, schließt sich das OLG Karlsruhe in seinen Ausführungen der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf an. Ergänzend verweist das OLG Karlsruhe darauf, dass die Vergabekoordinierungsrichtlinie in den Erwägungsgründen sowie in Art. 1 Abs. 2 b keinen Hinweis darauf enthalte, dass ihre Anwendbarkeit auf den „Einkauf“ der öffentlichen Hand beschränkt sein sollte. Im Anschluss an diese Entscheidung geht nun auch die VK Baden-Württemberg bei

3 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 12. 2007 – Verg 30/07.

4 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6. 2. 2008 – VII-Verg 37/07 – Rn. 43 f.

5 VK Bbg, Beschl. v. 15. 2. 2008 – VK 2/08, zit. nach ibr-online.

6 VK Bbg, Beschl. v. 15. 2. 2008 – VK 2/08, zit. nach ibr-online (mit Verweis auf *Rosenkötter/Fritz*, NZBau 2007, 559, 560).

7 HessVK, Beschl. v. 5. 3. 2008 – 69 d-VK-06/2008, zit. nach ibr-online.

8 VK BW, Beschl. v. 7. 3. 2008 – 1 VK 1/08, zit. nach ibr-online; nachfolgend OLG Karlsruhe, Beschl. v. 13. 6. 2008 – 15 Verg 3/08 (dazu sogleich im Text).

9 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 13. 6. 2008 – 15 Verg 3/08, zit. nach ibr-online; vorgehend die zitierte Entscheidung der VK BW (Fn. 8).

Kaufverträgen mit Bauverpflichtung von einer Anwendbarkeit des Vergaberechts aus.¹⁰

4. Wesentliche Neuerungen durch die Entscheidungen des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf und die sich dem anschließenden Entscheidungen betreten mit den dargestellten Entscheidungen in mehrfacher Hinsicht rechtliches Neuland:

a) Verzicht auf Beschaffungsbezug

Insbesondere der Verzicht auf das Erfordernis, ein Vertrag müsse *Beschaffungszwecken der Gemeinde* dienen, um dem Vergaberecht zu unterliegen, hat weitreichende Folgen. Es soll nicht erforderlich sein, dass die Gemeinde Eigentümer des errichteten Vorhabens wird. Vielmehr sei unerheblich, ob der Auftraggeber die Gebäude erwerbe oder der Investor die errichteten Bauwerke selbst erwerben, sie nutzen oder an Dritte veräußern oder vermieten wolle. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf sei jedenfalls das *mittelbare Interesse* an einer geordneten Stadtentwicklung ausreichend.

Aus dem Verzicht auf einen Beschaffungsbedarf werden teilweise zumindest missverständliche Schlussfolgerungen gezogen. So wird u. a. davon ausgegangen, das OLG Düsseldorf habe den Beschaffungscharakter eines Grundstücksverkaufs bejaht, und deshalb das Vergaberecht für anwendbar gehalten.¹¹ Dies geht jedoch an der Sache vorbei. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf kommt es vielmehr nicht darauf an, ob ein Beschaffungsvorgang vorliegt, da dies nach der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht von Bedeutung sei.

Fraglich ist jedoch, ob diese Auffassung den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht.

aa) Vorgaben des EuGH

Den Verzicht auf einen Beschaffungsvorgang entnimmt das OLG Düsseldorf der Rechtsprechung des EuGH. Dieser hat ausgeführt: – Das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags i. S. d. Vergaberechts ist nicht davon abhängig, ob ein öffentlicher Auftraggeber Aufträge vergibt, um *im Allgemeininteresse liegende Aufgaben* zu erfüllen, oder ob der Auftrag in keinem Zusammenhang mit derartigen Aufgaben steht.¹²

– Eine Vereinbarung, nach der ein öffentlicher Auftraggeber einem Auftragnehmer die Errichtung eines Bauwerks überträgt, stellt einen öffentlichen Bauauftrag dar, unabhängig davon, ob vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber *Eigentümer* des gesamten Bauwerks oder eines Teils davon ist oder wird.¹³ Aus diesen beiden Entscheidungen schließt das OLG Düsseldorf, das ungeschriebene Merkmal des *Beschaffungsbedarfs* sei keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vergaberechts.

(1) Irrelevanz der Zweckbestimmung

Das vom OLG Düsseldorf zur Begründung seiner Auffassung herangezogene Urteil des EuGH vom 18. 11. 2004 (Heizkraftwerk München-Nord) ist nicht geeignet, diese Auffassung zu stützen. In dem genannten Urteil führt der EuGH lediglich aus, die *Zweckbestimmung des Vertrages* sei für die Anwendbarkeit des Vergaberechts unerheblich. Dies stellt eine Fortführung der Rechtsprechung des EuGH dar, nach der die Einordnung eines Vertrages als öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag für die Anwendung des Vergaberechts ohne Bedeutung ist.¹⁴

Der EuGH will verhindern, dass Verträge bereits aufgrund ihrer Zweckbestimmung dem Vergaberechtsregime entzogen werden. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts ist unabhängig davon, welchem *Aufgabenbereich* man den Auftrag zuordnet. Dies hat jedoch keine zwingenden Folgen für die Frage, ob ein Beschaffungsbedarf vorliegen muss.¹⁵ Ein solcher Bedarf kann nicht nur in den Bereichen bestehen, in denen der öffentliche Auftraggeber

zum Wohle der Allgemeinheit tätig wird, sondern auch bei wirtschaftlicher Tätigkeit.

(2) Bedeutung der Eigentumslage

Das Urteil des EuGH in der Sache *Stadt Roanne* stützt jedoch die Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf. In dieser Entscheidung hat der EuGH das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags bejaht, da die Errichtung eines Bauwerks nach den Erfordernissen des Auftraggebers vorliege. Die Stadt Roanne habe mit der getroffenen Vereinbarung auch ihre *städtebaulichen Vorstellungen* verwirklichen wollen. Nicht entscheidend sei, ob der Auftraggeber Eigentümer sei oder werde. Ein öffentlicher Bauauftrag kann demnach sogar vorliegen, wenn der Auftraggeber nie Eigentum erlangt.

Die französische Regierung hatte hingegen vorgetragen, der Teil des zu errichtenden Freizeitzentrums, der zum Verkauf an Dritte bestimmt sei, könne keinen Bauauftrag i. S. d. Richtlinie darstellen. Gerade weil dieser Teil für Dritte bestimmt sei, könne man nicht die Ansicht vertreten, dass er den Bedürfnissen der Stadt entspreche. Dies würde bedeuten, dass ein Bauwerk nur dann den Bedürfnissen der Stadt entsprechen könnte, wenn es auch für diese bestimmt ist und ein bestehender Bedarf abgedeckt wird. Dem ist der EuGH jedoch nicht gefolgt.

Wenn es unerheblich ist, ob der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des zu errichtenden Bauwerks wird, ist aber kaum zu begründen, weshalb dennoch ein Beschaffungsvorgang im klassischen Sinne, d. h. ein Eigentumserwerb, erforderlich sein sollte.¹⁶

bb) Wortlaut der maßgeblichen Regelungen

Die genannte Interpretation des OLG Düsseldorf entspricht auch dem Wortlaut der Vergabekoordinierungsrichtlinie. Im GWB ist dagegen eine Unterscheidung zwischen Bauvorhaben und Beschaffungsvorhaben lediglich angedeutet.

(1) GWB

Die Definition der dem Vergaberecht unterfallenden Aufträge findet sich in § 99 GWB. Die Definition des öffentlichen Auftrags in Abs. 1 dieser Vorschrift stellt nicht auf den Beschaffungszweck, sondern auf die Entgeltlichkeit und den Inhalt des Vertrages ab. Weiter ausdifferenziert wird der Begriff des öffentlichen Auftrags in den Absätzen 2 bis 6. Lieferaufträge sind nach Abs. 2 ausdrücklich Verträge zur Beschaffung von Waren. Für Dienstleistungsaufträge ergibt sich der Beschaffungscharakter aus Abs. 6. Die Definition des öffentlichen Bauauftrags (Abs. 3) stellt jedoch einen solchen Bezug nicht her.

Anderes könnte sich möglicherweise aus § 97 Abs. 1 GWB ergeben. Dort heißt es: Öffentliche Auftraggeber *beschaffen* Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Es ist jedoch bereits fraglich, ob diese Vorschrift die Definition des öffentlichen Bauauftrags i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB einschränken soll. Zudem könnte das Erfordernis eines Beschaffungsvorgangs nur Bestand haben, wenn dem nicht das Gemeinschaftsrecht entgegensteht. Sehen die einschlägigen Richtlinien eine derartige Einschränkung nicht vor, kann die Anwendbarkeit

¹⁰ VK BW, Beschl. v. 5. 6. 2008 – 1 VK 16/08, zit. nach ibr-online.

¹¹ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP zu den Auswirkungen für die Stadtplanung und Entwicklung, BT-Drs. 16/8292, Ziff. 4.

¹² EuGH, Urt. v. 18. 11. 2004 (Heizkraftwerk München-Nord) – Rs. C-126/03 – Rn. 18.

¹³ EuGH, Urt. v. 18. 1. 2007 (Stadt Roanne) – Rs. C-220/05 – Rn. 47.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. C-399/98 – Rn. 73; Urt. v. 20. 10. 2005 – Rs. C-264/03 – Rn. 36.

¹⁵ Rosenkötter, NVwZ 2007, 559, 560; Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133, 135; a. A. Amelung/Dörn, VergabeR 2007, 634, 648.

¹⁶ So auch Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133, 135; Rosenkötter, NZBau 2007, 559, 560; Wagner/Görs, NVwZ 2007, 900, 901 f.

des Vergaberechts nicht durch nationales Recht eingeschränkt werden.

Nach dem Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts¹⁷ soll § 99 GWB u. a. dahingehend geändert werden, dass öffentliche Aufträge solche sind, die „*entgeltliche Verträge [...] über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben.*“ In die Definition der Bauaufträge in § 99 Abs. 3 GWB soll für Verträge über Bauleistungen nach den Erfordernissen des Auftraggebers eingefügt werden, dass diese Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen muss.

(2) Vergabekoordinierungsrichtlinie

In den *Erwägungsgründen* der Vergabekoordinierungsrichtlinie wird als Anknüpfungspunkt vielfach das „öffentliche Beschaffungswesen“ genannt (z. B. Erwägungsgründe 2 und 7). Daneben sprechen die Erwägungsgründe allgemein von zentralen Beschaffungsverfahren, Beschaffungsstellen, Beschaffungssystemen oder dem öffentlichen Beschaffungsmarkt (z. B. Erwägungsgründe 15, 16 oder 29), ohne dabei zwischen verschiedenen Vertragsinhalten zu differenzieren.

Die *Vorschriften* der Richtlinie sprechen jedoch eher dafür, dass öffentliche Bauaufträge nicht gleichbedeutend mit einem Beschaffungsvorgang sein müssen:

- Die Definition des öffentlichen Auftrags findet sich in Art. 1 Abs. 2 a der Richtlinie, die des öffentlichen Bauauftrags in Art. 1 Abs. 2 b. Sie decken sich mit den Definitionen im GWB. Ansatzpunkte für einen erforderlichen Beschaffungsbedarf bei öffentlichen Bauaufträgen ergeben sich daraus *nicht*.
- Art. 2 der Richtlinie regelt die Grundsätze der Vergabe von Aufträgen, entspricht in seiner Funktion daher § 97 Abs. 1 GWB. Anders als im GWB heißt es lediglich, dass öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer *gleich und nicht diskriminierend behandeln* und *in transparenter Weise vorgehen*.
- In Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie wird unterschieden zwischen Bauvorhaben und Beschaffungsvorhaben, indem geregelt wird: „ein Bauvorhaben oder ein Beschaffungsvorhaben mit dem Ziel, eine bestimmte Menge von Waren und oder Dienstleistungen zu beschaffen.“¹⁸ Dies spricht dafür, dass Bauvorhaben und Beschaffungsvorhaben nicht identisch sind.
- In die gegenteilige Richtung scheinen jedoch Art. 11 Abs. 1 und 2 der Richtlinie zu weisen. Dort heißt es, dass öffentliche Auftraggeber *Bauleistungen*, Waren und/oder Dienstleistungen durch zentrale Beschaffungsstellen *erwerben* dürfen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass ein solcher „Erwerb“ von Bauleistungen gemäß § 1 Abs. 10 der Richtlinie lediglich bedeutet, dass der Vertrag durch die zentrale Beschaffungsstelle für den öffentlichen Auftraggeber abgeschlossen wird.

Der Wortlaut der Vergabekoordinierungsrichtlinie unterscheidet somit zwischen Bauvorhaben und Beschaffungsvorhaben. Jedenfalls für Bauaufträge ist keine Beschränkung auf Beschaffungsvorgänge zu erkennen.¹⁹ Dies ist auch bei der geplanten Änderung des GWB zu beachten.

cc) Wettbewerb, Grundfreiheiten und Binnenmarkt

Schutz und Förderung des Wettbewerbs sind erklärte Ziele des Vergaberechts. Das europäische Vergaberecht dient vor allem der Verwirklichung des Binnenmarkts und der Durchsetzung der Grundfreiheiten.²⁰ Damit auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ein echter Wettbewerb entstehen kann, ist insbesondere erforderlich, dass die beabsichtigten Auftragsvergaben in der gesamten Gemeinschaft bekannt gemacht werden. Nur so können die in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen beurteilen, ob die vorgesehenen Aufträge für sie von Interesse sind.²¹

Diese Zielsetzung kann grundsätzlich auch als Argument für die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf angeführt werden. Denn für das Interesse eines Bauunternehmens an einem Auftrag ist

nicht entscheidend, ob der Auftraggeber aufgrund bestehenden Bedarfs oder aus sonstigen Gründen einen Auftrag erteilt. Es gibt genügend Investoren, die bereit sind, ein Projekt nach Ankauf des Grundstücks selbst – auch nach Vorgaben des Auftraggebers – zu entwickeln und auf eigenes Risiko zu vermarkten. Entscheidend für die *wettbewerbliche* Relevanz eines Auftrags sind das Bestehen eines Marktes und die Frage, ob ein Vorhaben wirtschaftlich lohnenswert erscheint.²²

So zeigen auch die bisher durchgeführten Verfahren vor den VK in Bezug auf Grundstückskaufverträge mit Bauverpflichtung, dass dieser Vertragstyp durchaus wettbewerbliche Relevanz besitzt. Es erscheint daher nur folgerichtig, auch in diesem Bereich das Vergaberecht anzuwenden, um den Wettbewerb zu fördern.²³

Andererseits ist aber auch zu beachten, dass insbesondere die Grundfreiheiten und der Gleichbehandlungsgrundsatz als Europäisches Primärrecht ohnehin anzuwenden sind. Ungeachtet der Anwendbarkeit der Koordinierungsrichtlinien fordert der EuGH aufgrund dieser Vorgaben bei binnenmarktrelevanten Geschäften ein *transparentes Vergabeverfahren* und untersagt *willkürliche Zuschlagskriterien* (siehe unten). Daher besteht kein zwingender Grund, aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben eine großzügige Auslegung der Koordinierungsrichtlinien abzuleiten.

dd) Beschaffungszweck im weiteren Sinne?

Bedeutet dies das vollständige Ende des Beschaffungszwecks als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eines öffentlichen Bauauftrags? Ein Ausweg scheint schon in der Entscheidung des EuGH vom 18. 1. 2007 angedeutet und wird in der ersten Entscheidung des OLG Düsseldorf deutlich vorgezeichnet.

Der EuGH hatte in seiner Entscheidung zu der Frage, ob ein Auftrag zur Errichtung nach den Erfordernissen des Auftraggebers vorliege, ausgeführt, dass sich aus mehreren Punkten der betreffenden Vereinbarung die Absicht der Stadt Roanne ergebe, das Bahnhofsviertel aufzuwerten und zu beleben.²⁴ Hieraus hat das OLG Düsseldorf den Schluss gezogen, dass jedenfalls *mittelbare Interessen des öffentlichen Auftraggebers* (z. B. an einer geordneten Stadtentwicklung) ausreichend seien, wolle man am Beschaffungsbezug festhalten.

Dies legt nahe, zwischen einem *Beschaffungsbedarf im engeren Sinne* und einem *im weiteren Sinne* zu unterscheiden.²⁵ Ersterer verlangt einen Eigentumserwerb des Auftraggebers, letzterer lediglich die mittelbare Verfolgung von Eigeninteressen. Dabei beschafft der Auftraggeber zwar kein konkretes Bauwerk, aber eine verbesserte städtebauliche Situation. Auf dieser Grundlage könnte der Beschaffungszweck als Tatbestandsmerkmal in modifizierter Form beibehalten werden.

In diesem Sinne hat auch das OLG Düsseldorf eine Ausnahme von der Vergabepflicht für möglich gehalten, wenn der Veräußerung des Grundstücks und seiner Bebauung keine wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebauliche Funktion

¹⁷ Gesetzesentwurf vom 21. 5. 2008, zit. nach ibr-online.

¹⁸ Vgl. auch ebda., Abs. 5 a: „ein Bauvorhaben oder die beabsichtigte Beschaffung von Dienstleistungen“.

¹⁹ So auch OLG Bremen, Beschl. v. 13. 3. 2008 – Verg 5/07 – zitiert nach ibr-online.

²⁰ Vgl. etwa *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 36 Rn. 9 ff.

²¹ Richtlinie 93/37/EWG v. 14. 6. 1993, Erwägungsgrund 10.

²² Für eine verstärkte Betrachtung unter Wettbewerbsgesichtspunkten auch *Wüfel/Butt*, NVwZ 2003, 153, 156.

²³ Nach *Greb/Rolshoven*, NZBau 2008, 165, soll es auf das Bestehen eines Marktes nicht ankommen können, da dieser Umstand auch für reine Grundstücksverkäufe gelte. Dies lässt aber unbeachtet, dass ein reiner Grundstückskaufvertrag nicht die Definition des öffentlichen Auftrags erfüllt.

²⁴ EuGH, Urt. v. 18. 1. 2007 (Stadt Roanne) – Rs. C-220/05 – Rn. 42.

²⁵ VK Bbg, Beschl. v. 15. 2. 2008 – VK 2/08, zit. nach ibr-online; *Rosenkötter*, NZBau 2007, 559, 560.

zuzuerkennen ist, z. B. wenn ein auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelvorhaben errichtet werden soll.²⁶

Diese Auslegung des Merkmals „Beschaffungsbedarf“ erscheint auf den ersten Blick praktikabel und mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf sowie des EuGH in der Sache Stadt Roanne vereinbar. Ein „Beschaffungsbedarf im weiteren Sinne“ dürfte jedoch nicht mit der Verfolgung städtebaulicher und damit öffentlicher Ziele gleichgesetzt werden, da dadurch die Anwendbarkeit des Vergaberechts von den verfolgten Zwecken abhängig gemacht würde. Dies hat der EuGH gerade ausgeschlossen. Der Beschaffungsbedarf im weiteren Sinne muss sich auch auf Verträge beziehen, die nicht in den Bereich öffentlich-rechtlicher Zweckbestimmung fallen.²⁷

Führt man diese Unterscheidung konsequent fort, sind letztlich nur Verträge vom Vergaberecht ausgeschlossen, bei denen der Auftraggeber weder öffentliche noch sonstige wirtschaftliche Beschaffungszwecke verfolgt – also *reine Grundstücksverkäufe ohne weitere Zweckbestimmung*. Diese jedoch waren und sind dem Vergaberecht ungeachtet der neueren Entscheidungen nicht unterworfen.

b) Einordnung als öffentlicher Auftrag in Form einer Baukonzession

Das OLG Düsseldorf ordnet den Kaufvertrag mit städtebaulichen Elementen als öffentlichen Bauauftrag in Form einer *Baukonzession* ein. Eine Baukonzession ist ein Vertrag, der von einem öffentlichen Auftrag insoweit abweicht, als die Vergütung entweder in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.²⁸ Bislang wurde ganz überwiegend davon ausgegangen, dass die Nutzung nur für einen bestimmten Zeitraum erfolgt²⁹ und der Auftraggeber Eigentümer des Bauwerks wird.

Liegt nun bei einem Grundstückskaufvertrag mit städtebaulichen Elementen eine (entgeltersetzende) Einräumung eines Nutzungsrechts vor? Dies setzt voraus, dass in der Übertragung des Eigentums zugleich die Übertragung der Nutzung gesehen werden kann.

aa) Nutzung als Folge der Eigentumsübertragung

Hiergegen wird eingewandt, die Möglichkeit der Nutzung des Grundstücks ergebe sich aus dem Eigentum, das dem Erwerber zustehe. Die Nutzungsmöglichkeit werde nicht mittels Übereignung des Grundstücks übertragen, könne daher nicht vom Verkäufer abgeleitet werden.³⁰

Diese Betrachtung ist formal richtig. Der Eigentümer eines Grundstücks ist grundsätzlich berechtigt, dieses zu nutzen. Dies gilt unabhängig davon, von wem er das Eigentum erhalten hat und zu welchem Zweck das Eigentum übertragen wurde. Im Rahmen eines üblichen Kaufvertrags stellt das übertragene Eigentum kein „Entgelt“ dar.

bb) Nutzungsmöglichkeit als Zweck der Eigentumsübertragung

Die beschriebene rein zivilrechtliche Betrachtung ist jedoch nicht zwingend. Der Zweck der Eigentumsübertragung kann auch darin gesehen werden, dass dem Erwerber die *Möglichkeit zur Nutzung* vermittelt wird. Diese Auslegung wird gestützt durch die Rechtsprechung des EuGH, nach der bei der Prüfung, ob ein vergabepflichtiger Auftrag vorliegt, eine Zusammenschau verschiedener, aber zusammenhängender Verträge stattfinden muss.³¹ Dies gilt ebenso, wenn die Elemente zweier Verträge in einem Vertrag zusammengefasst werden, wie hier Kaufvertrag und Elemente eines städtebaulichen Vertrags. Das kaufvertragliche Element der Eigentumsübertragung kann nicht isoliert von den übrigen, städtebaulichen Bestandteilen des Vertrags betrachtet werden. Daher ist zu fragen, ob auch eine Eigentumsübertragung die Einräumung einer Nutzungsbefugnis darstellen kann. Dies war bisher nicht der Fall, da im Falle des Verkaufs eines Grundstücks kein Beschaffungsvorgang angenommen wurde. Fällt diese Vor-

gabe weg, lässt sich kaum noch begründen, warum die Eigentumsübertragung nicht zur Einräumung eines Nutzungsrechts geeignet sein sollte.

Auch aus den Erläuterungen der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen ergibt sich eine derartige Einschränkung nicht. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ist danach vielmehr die Frage, wer *das wirtschaftliche Risiko trägt*.³² Auch wird die Einräumung eines Nutzungsrechts nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Übertragung der Nutzung nur für einen bestimmten Zeitraum erfolgen kann. Diese Einschränkung kann weder dem Wortlaut der Richtlinie noch der Rechtsprechung des EuGH oder der Mitteilung der Kommission entnommen werden. Dort heißt es zwar, das übertragene Nutzungsrecht erlaube es dem Konzessionär, während eines bestimmten Zeitraums eine Vergütung zu erlangen. Dies bedeutet nur, dass der Zeitraum wesentlich für die Entlohnung des Konzessionärs ist, soweit der „Regelfall“ einer zeitlich begrenzten Konzession vorliegt.

Die Annahme einer Baukonzession ist letztlich nur die konsequente Fortführung des *Verzichts auf den Beschaffungsbezug*. Erfordert ein öffentlicher Bauauftrag keinen Beschaffungsvorgang (mehr), so kommt es nur noch darauf an, ob ein Nutzungsrecht eingeräumt wird. Wie dies erfolgt, ob durch vertragliche Regelung oder Eigentumsübertragung, ist nicht mehr entscheidend.

c) Entgeltlichkeit

aa) Entgelte von Dritten

Hinsichtlich der für einen öffentlichen Bauauftrag erforderlichen Entgeltlichkeit hat das OLG Düsseldorf aus der Rechtsprechung des EuGH³³ geschlossen, es seien auch Beträge zu berücksichtigen, die der Auftragnehmer nicht vom Auftraggeber, sondern *von Dritten* erhält. Dieser Punkt dürfte in der Literatur am meisten Kritik erfahren haben.³⁴ In einer Entscheidung des OLG Sachsen-Anhalt wurde dies allerdings schon vor der Entscheidung des OLG Düsseldorf vertreten. Durch das – weit zu fassende – Merkmal der Entgeltlichkeit sollen die vergaberechtpflichtigen öffentlichen Aufträge lediglich „von den vergabefreien Gefälligkeitsverhältnissen oder außerrechtlichen Beziehungen“ abgegrenzt werden.³⁵ Der EuGH hat in der Entscheidung *Stadt Roanne* ausgeführt, dass offenkundig eine entgeltliche Vereinbarung getroffen worden sei: „[...] Schließlich stehen der SEDL nach der Vereinbarung Einnahmen aus der Veräußerung der errichteten Bauwerke an Dritte zu.“

Dementsprechend soll es nach Auffassung des OLG Düsseldorf nicht darauf ankommen, ob das Entgelt vom Auftraggeber stammt. Dies war nach früherer Auffassung noch der Fall, da Voraussetzung für einen öffentlichen Bauauftrag das Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs war. Deshalb wurde das Entgelt bei einer Baukonzession in der Möglichkeit der Nutzung des Bauwerks gesehen, die man dem Auftragnehmer dafür einräumte, dass dieser das Bauwerk errichtete. Muss aber kein Beschaffungsvorgang seitens des Auftraggebers vorliegen, dürfte es auch nicht mehr zwingend sein, dass das Entgelt vom Auftraggeber stammt. Durch die Abkopplung des Vorhabens vom Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs ist es für die Entgeltlichkeit ausreichend, wenn der Auf-

26 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6. 2. 2008 – VII-Verg 37/07.

27 So wohl aber *Rosenkötter*, NZBau 2007, 559, 560 f.

28 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, Abl. C-121 v. 29. 4. 2000.

29 *Vetter/Bergmann*, NVwZ 2008, 133, 138 m. w. N.

30 So etwa *Reidt*, BauR 2007, 1664, 1671.

31 EuGH, Urt. v. 10. 11. 2005 – Rs. C-29/94; so auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 13. 6. 2008 – 15 Verg 3/08.

32 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (2000/C 121/02), Ziff. 2.1.2.

33 EuGH, Urt. v. 18. 1. 2007 (Stadt Roanne) – Rs. C-220/05 – Rn. 45.

34 Ablehnend etwa *Amelung/Dörrn*, VergabeR 2007, 634, 644 ff.; *Vetter/Bergmann*, NVwZ 2008, 133, 136 f.; *Reidt*, BauR 2007, 1664, 1672.

35 OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 3. 11. 2005 – 1 Verg 9/05.

tragnehmer das Vorhaben refinanzieren kann, sei es durch Leistungen des Auftraggebers, sei es durch Leistungen Dritter bei Vermietung oder Verkauf.

bb) Schaffung von Baurecht als Entgelt?

Teilweise wird die Schaffung von Baurecht durch die Gemeinde als öffentlichem Auftraggeber als „Entgelt“ angesehen.³⁶ Auch wenn das Entgelt i. S. v. § 99 Abs. 1 GWB jede Art von Vergütung umfassen soll, die einen Geldwert haben kann,³⁷ wird dies zu Recht überwiegend abgelehnt. Da gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB ein Anspruch auf die Aufstellung eines Bebauungsplans auch durch Vertrag nicht begründet werden kann, kann die Schaffung von Baurechten nicht als entgeltersetzendes Element eingestuft werden.³⁸ Zumindest in rechtlicher Hinsicht geschieht die Plan-aufstellung unabhängig von vertraglichen „Verpflichtungen“, weshalb eine entgeltersetzende Funktion ausscheidet.

d) Zusammenfassung

Der Verzicht auf einen Beschaffungsvorgang kann auf die Rechtsprechung des EuGH gestützt werden. Dafür sprechen auch der Wortlaut der Vergabekoordinierungsrichtlinie und (eingeschränkt) die wettbewerbsfördernde Zielrichtung des Vergaberechts. Die Einordnung als Baukonzession und die weite Auslegung der Entgeltlichkeit sind eine Folge des Verzichts auf den Beschaffungsbezug.

Damit liegt ein auszuschreibender öffentlicher Bauauftrag vor, wenn der Auftragnehmer zur Planung oder Errichtung eines Vorhabens oder Bauwerks verpflichtet wird, oder wenn inhaltliche Vorgaben für die Errichtung eines Bauwerks gemacht werden. Ob der geschlossene Vertrag einen Beschaffungsvorgang darstellt, ist irrelevant.

Ohne eine abweichende Entscheidung des EuGH zu dieser Frage erscheint es daher nur schwer möglich, von der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf abzuweichen. Eine nationale Regelung, nach der die fraglichen Vertragsgestaltungen nicht ausschreibungspflichtig sein sollen, wird dafür kaum genügen.

5. Betroffene Vertragsgestaltungen

Von der sich aus dem Vorstehenden ergebenden Ausschreibungspflicht können eine Vielzahl von vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten betroffen sein. Entscheidend ist die Frage, ob nach dem Vertrag eine Herstellung „nach Erfordernissen des Auftraggebers“ erfolgen soll, unabhängig vom Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs.³⁹

a) Reiner Grundstückskaufvertrag

Ein *reiner Grundstückskaufvertrag* ohne städtebauliche Elemente unterfällt wie bisher nicht der Ausschreibungspflicht. Hier entscheidet allein der Käufer, ob und wie gebaut werden soll.

b) Verträge mit Bauverpflichtung

Ein *Kaufvertrag mit Bauverpflichtung* führt grundsätzlich zur Ausschreibungspflicht. Dies gilt auch bei Verkauf eines bereits bebauten Grundstücks, soweit eine Pflicht zur Umnutzung vereinbart wird.

Die Vergabe von *Erbbaurechten* und der Abschluss von *Pachtverträgen* i. V. m. *Bauverpflichtungen* sind ebenfalls ausschreibungspflichtig.

c) Faktischer Bauzwang

Wird zwar keine ausdrückliche Bauverpflichtung vorgesehen, ergibt sich jedoch aus den Bestimmungen des Vertrages ein *faktischer Bauzwang* (z. B. durch Rücktrittsregelungen, Wiederkaufsrechte oder Vertragsstrafen), so führt dies ebenfalls zur Ausschreibungspflicht.

d) Inhaltliche Vorgaben

Inhaltliche Vorgaben für die Durchführung des Vorhabens können ebenso wie eine vertraglich vorbehaltene *Einflussnahme auf die Planung* ausreichen, um eine Errichtung *nach den Erfordernissen des Auftraggebers* und damit eine Ausschreibungspflicht anzunehmen. Handlungsmöglichkeiten verbleiben den Kommunen vor allem im planerischen Bereich. Ein auf ein Bauvorhaben *zugeschnittener Bebauungsplan* begründet ohne die angesprochenen vertraglichen Regelungen keine Ausschreibungspflicht.

e) Durchführungsvertrag (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB)

Bei einer konsequenten Anwendung der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf auf den *vorhabenbezogenen Bebauungsplan* i. S. d. § 12 BauGB müssen sogar *Durchführungsverträge ohne Eigentumsübertragung* ausschreibungspflichtig sein. In diesem Fall liegt zwar (mangels der Übertragung von Nutzungsrechten) keine Baukonzession vor. Die vom OLG Düsseldorf entwickelten Grundsätze dürften jedoch dazu führen, dass ein Bauauftrag i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB vorliegt. Zwingende Voraussetzung des § 12 Abs. 1 BauGB ist nämlich die Verpflichtung des Vorhabenträgers, das Vorhaben „innerhalb einer bestimmten Frist“ durchzuführen. Damit liegt notwendig eine Bauverpflichtung vor. Die Entgeltlichkeit wäre gegeben, da der Vorhabenträger sich in aller Regel bei Dritten finanziert, wobei jedenfalls Verkauf und Vermietung genügen sollen. Praktisch gesehen erscheint eine Ausschreibungspflicht hier aber kaum durchführbar. Wenn der Vorhabenträger ein Vorhaben auf seinen eigenen Grundstücken entwickeln möchte, kann dieser nicht ohne weiteres durch Dritte ausgetauscht werden.

6. Mögliche Lösungsansätze aus Auftraggebersicht

a) Verzicht auf städtebauliche Elemente

Die Ausschreibungspflichtigkeit ergibt sich nicht aus dem Verkaufsvorgang, sondern aus den zusätzlichen städtebaulichen Elementen, insbesondere der Vereinbarung von Bauverpflichtungen. Naheliegender wäre daher, die entsprechenden *Bauverpflichtungen aus dem Kaufvertrag herauszunehmen*, um so einer Ausschreibungspflicht zu entgehen. Dies ist jedoch nur unter engen Voraussetzungen möglich.

Das OLG Düsseldorf hat dem Versuch, statt einer ausdrücklichen Bauverpflichtung eine faktische Bauverpflichtung oder sonstige Einflussnahmemöglichkeiten zu schaffen, eine Absage erteilt. Es komme nicht auf die *Vereinbarung einer ausdrücklichen Bauverpflichtung an*. Es genüge, dass der Auftraggeber durch vertragliche Regelungen die Verfügbarkeit des Vorhabens für den angestrebten öffentlichen Zweck sicherstellen und Einfluss auf die Planung nehmen könne.⁴⁰ Danach müssten wohl sämtliche städtebaulichen Elemente aus dem Vertrag entfernt werden, um eine Ausschreibungspflicht zu vermeiden. Die Vorhabensteuerung könnte dann nur über Vorgaben des Bebauungsplans erfolgen.

b) Baurechte auf Zeit

Möglicherweise können auf planerischer Ebene inhaltliche Vorgaben (verbunden mit einer Durchführungsfrist) jedoch durch ein *„Baurecht auf Zeit“* gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 BauGB festgesetzt werden.⁴¹ Allerdings ist nicht abschließend geklärt, ob diese Festsetzungen in einem solchen Fall zulässig sind. Im Einzelfall kann sich auch die Frage nach einer absichtlichen Umgehung des Vergaberechts stellen.

36 Amelung/Dörn, VergabeR 2007, 634, 646 ff.

37 OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 3. 11. 2005 – 1 Verg 9/05.

38 Rosenkötter, NZBau 2007, 559, 563; Würfel/Butt, NVwZ 2003, 153, 157.

39 Art. 1 Abs. 2 b der Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie), ebenso § 99 Abs. 3 GWB.

40 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 12. 2007 – Verg 30/07.

41 Dazu Schröder/Rosenkötter, NZBau 2007, 770, 771 f.

c) Fazit

Ohne städtebauliche Elemente in den abzuschließenden Verträgen besteht keine Ausschreibungspflicht. Damit geht aber regelmäßig auch die angestrebte Einflussmöglichkeit des Auftraggebers verloren. In der Praxis wird sich erst noch zeigen müssen, ob vor allem der Einsatz von „Baurechten auf Zeit“ eine hinreichende Steuerungsmöglichkeit eröffnet.

7. Ausschreibungspflicht unterhalb der Schwellenwerte?

Die ergangenen Entscheidungen zur Ausschreibungspflicht städtebaulicher Verträge beziehen sich auf den Bereich *oberhalb* der Schwellenwerte. In der Praxis liegen die meisten Auftragswerte jedoch *unter* diesen Werten. Bei den fraglichen Kaufverträgen ist der Schwellenwert erst bei (derzeit) € 5 150 000 erreicht. Unterhalb dieses Werts gilt nicht das Kartellvergaberecht, sondern das allgemeine *Haushaltsrecht*. Dieses wird nicht (unmittelbar) durch das europäische Vergabe- und Wettbewerbsrecht geprägt, sondern soll in erster Linie eine *sparsame und wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Haushaltsmittel* gewährleisten.

a) Rechtsgrundlagen

Auf kommunaler Ebene ergeben sich Ausschreibungspflichten aus § 31 GemHVO. Danach muss der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung oder freihändige Vergabe rechtfertigen (§ 31 Abs. 1 GemHVO). Konkretisiert werden diese Vorgaben insbesondere durch die Vergabegrundsätze des Innenministeriums,⁴² die auf der Grundlage von § 31 Abs. 2 GemHVO erlassen wurden. Diese Regelungen begründen Ausschreibungspflichten *der klassischen öffentlichen Auftraggeber*, also vor allem der Gemeinden und der Landkreise.⁴³ Dem § 31 GemHVO vergleichbare Vorschriften existieren auch für die Landes- (§ 55 LHO) und die Bundesverwaltung (§ 55 BHO).

§ 106 b GemO verpflichtet die Gemeinden zudem, ihre Gesellschafterrechte in bestimmten Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie bestimmenden Einfluss ausüben können, so auszuüben, dass diese u. a. die VOB anwenden und ihnen die Anwendung der VOL empfohlen wird. Dies erfolgt in Anlehnung an das europäische Vergaberecht, das „seine Auftraggeberdefinition nicht an der Rechtsform einer Einrichtung festmacht, sondern daran, ob eine Einrichtung staatliche Funktionen wahrnimmt oder nicht.“⁴⁴ § 106 b GemO soll dies weitgehend auch auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte erstrecken, soweit eine Gemeinde bestimmenden Einfluss auf privat rechtlich organisierte Unternehmen nehmen kann. Eine weitgehend identische Regelung für andere juristische Personen des öffentlichen Rechts auf Landesebene enthält § 22 Abs. 6 *Mittelstandsförderungsgesetz (MFG)*. Indem § 106 b Abs. 1 Satz 1 GemO und § 22 Abs. 6 Satz 1 MFG auf § 98 Nr. 2 *GW*B verweisen, wird der Kreis der in Bezug genommenen Unternehmen auf diejenigen beschränkt, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen.

Die haushaltsrechtlichen Bindungen, aus denen Ausschreibungspflichten folgen können, haben grundsätzlich *keine Außenwirkung* und vermitteln privaten Bietern keine subjektiven Rechte.⁴⁵ Dies hat auch der bundesdeutsche Gesetzgeber beim Erlass des Vergaberechtsänderungsgesetzes vom 26. 8. 1998 (BGBl. I S. 2512) bestätigt, indem er in der Gesetzesbegründung zum Kartellvergaberecht oberhalb der Schwellenwerte ausgeführt hat: „Bieter erhalten erstmals ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe.“⁴⁶ Subjektive Rechte können sich unterhalb der Schwellenwerte aber vor allem aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben (siehe unten).

b) Anwendbarkeit der VOB/A

§ 1 VOB/A definiert *Bauleistungen* als Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Nach § 32 VOB/A sind *Baukonzessionen* Bauaufträge zwischen einem Auftraggeber und einem Unternehmer (Baukonzessionär), bei denen die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einer Vergütung in dem Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, ggf. zzgl. der Zahlung eines Preises, besteht. Für die Vergabe von Baukonzessionen sind die §§ 1 bis 31 VOB/A sinngemäß anzuwenden.

Dem Wortlaut der VOB/A ist somit für die vorliegende Fragestellung grundsätzlich nichts anderes zu entnehmen als dem *GW*B und den europarechtlichen Vorgaben. In der VOB/A existiert allerdings keine § 99 Abs. 3 *GW*B entsprechende Regelung, wonach Bauaufträge auch Verträge über die Ausführung „einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ sind. Diese Regelung kann somit im haushaltsrechtlichen Bereich nicht zur Begründung einer Vergabepflicht von Grundstückskaufverträgen herangezogen werden.

Von entscheidender Bedeutung sind unterhalb der Schwellenwerte letztlich die Zielsetzung der haushaltsrechtlichen Regelungen und die fehlende Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien.

c) Sinn und Zweck

Das Haushaltsrecht einschließlich der dort vorgesehenen Ausschreibungspflichten soll eine *sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung* gewährleisten.⁴⁷ Es verfolgt aber keine wettbewerblichen Zielsetzungen und dient auch nicht der Einrichtung einer bestimmten Wettbewerbsordnung für das Nachfrageverhalten des Staates. Hier sind *wettbewerbliche* Aspekte nur insoweit von Bedeutung, als der Wettbewerb einen wirtschaftlichen Einkauf gewährleisten soll.⁴⁸ Bei dem Verkauf eines Grundstücks der öffentlichen Hand steht die *sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung* aber grundsätzlich nicht in Frage, da keine Zahlungen an den Vertragspartner (Grundstückskäufer) geleistet werden. Auch Bauverpflichtungen oder andere städtebauliche Vereinbarungen, die oberhalb der Schwellenwerte zur Begründung einer Ausschreibungspflicht herangezogen werden, haben keinen Bezug zu einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung. Die öffentliche Hand zahlt weder für die städtebaulichen Vorgaben noch für die Übernahme der Bauverpflichtung ein Entgelt. Ein haushaltsrechtlicher Bezug ist hier nicht zu erkennen.

d) Systematik

Das Haushaltsrecht enthält für diese Fälle *besondere Vorschriften*, durch die grundsätzlich untersagt wird, Grundstücke unter ihrem vollen Wert zu veräußern (vgl. § 92 Abs. 1 Satz 2 GemO; §§ 63 Abs. 3 Satz 1, 64 LHO; §§ 63 Abs. 3 Satz 1, 64 BHO). Diese Vorschriften fordern nicht die Durchführung eines den Verdingungsordnungen entsprechenden Vergabeverfahrens. Allerdings kann sich i. V. m. den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (vgl. § 77 Abs. 2 GemO) das Gebot ergeben, vor-

42 Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (VergabeVwV) v. 8. 11. 2000 (GABl. S. 414), zuletzt geändert durch VwV v. 7. 12. 2006 (GABl. S. 731).

43 Vgl. Ziff. 1 VergabeVwV.

44 LT-Drs. 12/5615 v. 17. 10. 2000, S. 24, vgl. auch ebda. S. 27.

45 VGH BW, Urf. v. 29. 6. 1998 – 1 S 1580/96 –, dem folgend OVG Schl.-H., Beschl. v. 25. 8. 1999 – 2 L 153/98 –, OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. 7. 2006 – 1 L 59.06 –, VGH BW, Beschl. v. 23. 1. 2007 – 3 S 2946/06 –, vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006 – 1 BvR 1160/03 –, BVerwG, Beschl. v. 2. 5. 2007 – 6 B 10.07 –.

46 BT-Drs. 13/9340 S. 1 f.; vgl. dazu auch BVerwG, Beschl. v. 2. 5. 2007 – 6 B 10.07 –.

47 Vgl. etwa § 77 Abs. 2 GemO und § 6 Abs. 1 HGrG; dazu auch BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006 – 1 BvR 1160/03 –, *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 20), § 36 Rn. 6.

48 BVerwG, Beschl. v. 2. 5. 2007 – 6 B 10.07 –.

handene Marktchancen etwa durch eine öffentliche Aufforderung zu Angeboten zu nutzen.⁴⁹

e) Gemeinschaftsrechtliche Ableitung der Vergabepflicht

Auch die Rechtsprechung zum Kartellvergaberecht kann nicht undifferenziert auf die Ausschreibung unterhalb der Schwellenwerte übertragen werden. Auslöser der nationalen Entscheidungen zur Vergabepflicht von Grundstückskaufverträgen war in erster Linie die Rechtsprechung des EuGH, die sich auf die europäischen Koordinierungsrichtlinien stützt. Diese (der Verwirklichung des Binnenmarkts dienenden)⁵⁰ Vorschriften können aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen der Regelungen unterhalb der Schwellenwerte nicht herangezogen werden. Die Auslegung der nationalen haushaltsrechtlichen Vorschriften darf sich daher nicht an der sehr weitgehenden Rechtsprechung des EuGH zur Vergabepflicht nach den Koordinierungsrichtlinien orientieren. Das *europäische Primärrecht* ist zwar auch hier zu beachten, führt aber nicht zu einer formalen Ausschreibungspflicht (siehe unten).

Im Ergebnis sprechen die Koordinierungsrichtlinien und die Rechtsprechung des EuGH daher nicht für eine Pflicht zur Ausschreibung von Grundstückskaufverträgen unterhalb der Schwellenwerte. *Gegen* eine solche Pflicht sprechen jedoch Sinn und Zweck der haushaltsrechtlichen Vorschriften und deren Systematik.

f) Pflicht zur Einwirkung auf private Unternehmen

Im Ergebnis nichts anderes dürfte gelten für den Anwendungsbereich von § 106 b GemO und § 22 Abs. 6 MFG. Wie bereits dargestellt, sollen die Gemeinden und andere juristische Personen auf Landesebene danach unter bestimmten Voraussetzungen auch privatrechtlich organisierte Unternehmen zur Anwendung der VOB anhalten. Da diese Vorschriften lediglich Unternehmen i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB in Bezug nehmen, sind diese oberhalb der Schwellenwerte ohnehin selbst öffentliche Auftraggeber. Unterhalb der Schwellenwerte werden sie von den haushaltsrechtlichen Vorgaben jedoch nicht erfasst. Dem sollen § 106 b GemO und § 22 Abs. 6 MFG mittels Vorgabe von Einwirkungspflichten entgegen wirken. Diese Regelungen dienen zwar auch wettbewerblichen Zielsetzungen und bezwecken insbesondere eine Förderung des Mittelstandes.⁵¹ Eine inhaltliche Ausdehnung der haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflichten ist aber wohl kaum bezweckt. Dass diese Vorschriften keine Gleichschaltung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Vergaberecht anstreben, ergibt sich u. a. auch daraus, dass lediglich die Anwendung der VOB zwingend vorgegeben werden soll, während die Anwendung der VOL nur empfohlen und die VOF gar nicht genannt wird. Diese Einwirkungspflicht dürfte daher nicht für Grundstücksveräußerungen gelten.

8. Pflicht zur Gleichbehandlung

Soweit das Haushaltsrecht nach dem Vorstehenden keine formale Ausschreibung fordert, bedeutet dies jedoch nicht, dass die öffentlichen Grundstücksverkäufer keinen rechtlichen Bindungen unterliegen würden. Auf das grundsätzliche haushaltsrechtliche Verbot, Grundstücke unter Wert zu verkaufen, wurde bereits hingewiesen. Zudem unterliegen die öffentlichen Stellen dem *Gleichbehandlungsgebot*.

a) Verfassungsrechtliches Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG)

Der Staat ist auch bei der Auftragsvergabe an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden.⁵² Gleiches gilt für die Veräußerung von Grundstücken.⁵³ Sowohl unterhalb der genannten Schwellenwerte als auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Vergaberechts können Bieter daher Ansprüche aus dem *verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz* ableiten. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot vermittelt zwar keinen dem Nachprüfungsverfahren der

§§ 102 ff. GWB vergleichbaren Rechtsschutz. Das BVerfG hat 2006 ausdrücklich festgestellt, dass die unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte verfassungskonform sind.⁵⁴ Ungeachtet dessen verbietet Art. 3 Abs. 1 GG Ungleichbehandlungen, für die *kein sachlicher Grund* besteht. Die Vergabestellen haben insoweit einen recht großen Einschätzungsspielraum.⁵⁵ Daher führen zumeist erst *offenkundige Gleichheits- oder Wettbewerbsverstöße* zu einer Rechtsverletzung.⁵⁶ Solche Ansprüche sind nach einer Grundsatzentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2007 unterhalb der Schwellenwerte auf dem *ordentlichen Rechtsweg* geltend zu machen.⁵⁷

Aufgrund einer einheitlichen Verwaltungspraxis können auch einzelne *Bestimmungen der Verdingungsordnungen* über Art. 3 Abs. 1 GG Außenwirkung erlangen.⁵⁸ Viel zu weit führt es allerdings, den Verdingungsordnungen aufgrund Art. 3 GG eine pauschale Außenwirkung zuzuerkennen und aus den dort geregelten Diskriminierungsverboten (vgl. z. B. § 2 VOL/A) einen „subjektiven Anspruch auf die Einhaltung der Vorschriften über das Vergabeverfahren“ abzuleiten.⁵⁹ Entscheidend ist die *tatsächliche Verwaltungspraxis* und eine daraus folgende Selbstbindung der Verwaltung.⁶⁰ Nur insoweit können Ansprüche aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz abgeleitet werden.

b) Gemeinschaftsrecht

Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene bestehen ebenfalls verschiedene Rechtsbindungen des *Primären Gemeinschaftsrechts*, die sich weder an Auftragswerten noch am Anwendungsbereich der Koordinierungsrichtlinien orientieren. Vorgaben für die staatliche Bedarfsdeckung – und auch für die Veräußerung von Grundstücken – ergeben sich insbesondere aus dem Diskriminierungsverbot und den Grundfreiheiten. Der EuGH fordert aufgrund dieser Normen ein *transparentes Vergabeverfahren* und erteilt *willkürlichen Zuschlagskriterien* eine Absage.⁶¹ Daher muss bei binnen-

49 Kunze/Bronner/Katz, GemO BW, Komm., Stand: Dezember 2006, § 92 Rn. 26.

50 Dazu etwa Mestmäcker/Schweitzer (Fn. 20), § 36 Rn. 9 ff. mit Nachweisen aus der Rspr.

51 Vgl. §§ 1 Abs. 1, 22 Abs. 1 MFG.

52 BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006 – 1 BvR 1160/03 –; des weiteren BVerfG, Beschl. v. 2. 5. 2007 – 6 B 10.07 – NVwZ 2007, 820 ff.; VGH BW, Beschl. v. 23. 1. 2007 – 3 S 2946/06 –; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. 7. 2006 – 1 L 59.06; OLG Brandenburg, NVwZ 1999, 1142, 1146; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, Art. 1. III Rn. 49; zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen NdsOVG, Beschl. v. 7. 2. 2006 – 11 ME 26/05.

53 Dazu etwa BayVGH, Urt. v. 22. 12. 1998 – 1 B 94.3288 –; ferner OVG NRW, Beschl. v. 30. 6. 2000 – 21 E 472/00 –; zum sog. „Einheimischenmodell“ auch VG München, Beschl. v. 27. 12. 2006 – M 9 E 06.4069 – und v. 25. 11. 2003 – M 1 E 03.5151 –.

54 BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006 – 1 BvR 1160/03 –; vgl. dazu Heilshorn/Tanneberger, BWGZ 2006, 813 ff.

55 Vgl. auch VGH BW, Urt. v. 29. 6. 1998 – 1 S 1580/96 –: Der Gleichheitsgrundsatz fordere keine „bestimmte Form der Auftragsvergabe“.

56 Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006 – 1 BvR 1160/03 –: „Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden.“; dem folgend BVerfG, Beschl. v. 2. 5. 2007 – 6 B 10.07 –.

57 BVerfG, Beschl. v. 2. 5. 2007 – 6 B 10.07 –; kritisch dazu Burgi, NVwZ 2007, 737 ff. Zur Frage der Statthaftigkeit einstweiliger Verfügungen vgl. LG Cottbus, Urt. v. 24. 10. 2007 – 5 O 99/07 –; LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 14. 11. 2007 – 13 O 360/07 –; OLG Brandenburg, Beschl. v. 17. 12. 2007 – 13 W 79/07 –.

58 Näher dazu Heilshorn/Tanneberger, BWGZ 2006, 813, 815 f.

59 So OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 25. 5. 2005 – 7 B 10356/05 –; ähnlich SächsOVG, Beschl. v. 13. 4. 2006 – 2 E 270/05 –; LG Cottbus, Urt. v. 24. 10. 2007 – 5 O 99/07 –; zu Recht differenzierter OVG NRW, Beschl. v. 4. 5. 2006 – 15 B 692/06 –.

60 Vgl. dazu auch BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2006 – 1 BvR 1160/03; BVerfG, Beschl. v. 2. 5. 2007 – 6 B 10.07.

61 Vgl. z. B. EuGH, Urt. v. 13. 10. 2005 – Rs. C-458/03, NVwZ 2005, 1407; EuGH, Urt. v. 6. 4. 2006 – Rs. C-410/04; jüngst EuGH, Urt. v. 21. 2. 2008 – Rs. C-412/04; zu den Vorgaben für den Abschluss langfristi-

marktrelevanten Vergaben ein angemessener Grad von Öffentlichkeit ebenso wie ein unparteiisches Vergabeverfahren sichergestellt werden.⁶² Der erforderliche grenzüberschreitende Bezug ist bereits dann gegeben, wenn es sich nicht ausschließen lässt, dass auch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen an der Erbringung der betreffenden Dienstleistung interessiert sind (sog. *Binnenmarktrelevanz*). Daher können gemeinschaftsrechtliche Regelungen auch zur Anwendung kommen, wenn alle Verfahrensbeteiligten ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben. Inhaltlich entsprechen die europarechtlichen Vorgaben weitgehend den dargestellten nationalen verfassungsrechtlichen Anforderungen.

II. Ausschreibungspflicht von Erschließungsverträgen?

Neben dem Verkauf von Grundstücken der öffentlichen Hand sind *Erschließungsverträge* ein weiterer Anwendungsfall städtebaulicher Verträge, für den sich die Frage nach einer Ausschreibungspflicht stellt. Gemäß § 124 Abs. 1 BauGB kann die Gemeinde die Erschließung durch Vertrag auf einen Dritten übertragen. Dabei handelt es sich nicht um einen zivilrechtlichen Werkvertrag, sondern um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i. S. d. § 54 Satz 1 VwVfG.

1. Ausschreibungspflicht oberhalb der Schwellenwerte

a) Erschließungsvertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag

Die Einordnung des Erschließungsvertrags als *öffentlich-rechtlicher Vertrag* steht einer Vergabepflicht nicht entgegen. Nach Auffassung des EuGH umfasst der Begriff des „öffentlichen Auftrags“ i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB grundsätzlich auch *öffentlich-rechtliche Verträge* und damit Erschließungsverträge.⁶³

b) Faktische Alternativlosigkeit?

Eine angebliche *faktische Alternativlosigkeit* kann einer Ausschreibungspflicht kaum entgegeng gehalten werden.⁶⁴ Auch ist nicht zu treffend, dass „keine echte Wettbewerbssituation um die Erschließungsarbeiten“⁶⁵ bestehe. Das Interesse an einer Erschließungsträgerschaft hängt nicht zwingend mit dem Eigentum an den fraglichen Flächen zusammen. In vielen Fällen stehen die Flächen zudem im Eigentum privater Dritter, was oftmals zunächst eine (freiwillige) Bodenordnung erfordert. Zumindest hier kommen verschiedene Anbieter in Betracht, die zwar keine Flächen in dem Baugebiet haben, für welche die Erschließung aber trotzdem wirtschaftlich interessant ist.

c) Bauauftrag

Inhaltlich handelt es sich bei dem Erschließungsvertrag um einen *Bauftrag* i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB.⁶⁶

d) Entgeltlichkeit

Anders als bei den erörterten Grundstückskaufverträgen steht der Beschaffungszweck bei den Erschließungsverträgen in aller Regel nicht in Frage, da die Erschließungsanlagen nach Fertigstellung unentgeltlich auf die Gemeinde übertragen werden. Die Frage nach der *Entgeltlichkeit* stellt sich jedoch auch beim Erschließungsvertrag.

Beim „*unechten Erschließungsvertrag*“⁶⁷ erstattet die Kommune dem Erschließungsträger später teilweise oder vollständig seine Kosten. Bei diesem Modell handelt es sich in erster Linie um eine Vorfinanzierung. Es kommt insbesondere in Betracht, wenn weitere Grundstückseigentümer vorhanden sind, die keine Kostenübernahmevereinbarungen mit dem Erschließungsträger abschließen wollen. Die Kommune erhebt dann Beiträge von diesen sog. „Fremdanliegern“. Ein solcher „*unechter Erschließungsvertrag*“ unterscheidet sich nicht wesentlich von einer Beauftragung durch Werkvertrag, weshalb der Vertrag als entgeltlich anzusehen ist.⁶⁸

Beim „*echten Erschließungsvertrag*“ führt der Erschließungsträger die Maßnahmen auf eigene Kosten durch. Diese Kosten gibt er dann an die Grundstückserwerber als Teil des Kaufpreises weiter oder schließt mit den Eigentümern Kostenübernahmeverträge. Bei dieser Vertragsgestaltung ist eine *Entgeltlichkeit* des Erschließungsvertrags nicht zu erkennen.⁶⁹ Die Kommune hat weder Kosten noch zahlt sie dem Erschließungsträger ein Entgelt. Zu einem Beitragsverzicht durch die Kommune kommt es nicht, da ihr kein beitragsfähiger Aufwand entsteht. Entgeltlich sind nur die Verträge zwischen Erschließungsträger und Eigentümern.

Gewisse Besonderheiten gelten zwar für die *Wasserversorgungs- und Abwasserbeiträge*. Hier entstehen die Beitragspflichten mit der Anschlussmöglichkeit an die öffentliche Anlage, auch wenn der Erschließungsträger sämtliche Kosten für die Leitungsverlegung (im Baugebiet) übernommen hat. Da eine Beitragsserhebung durch die Kommune zu einer Doppelfinanzierung jedenfalls hinsichtlich der dezentralen Einrichtungen führen würde,⁷⁰ werden in der Praxis regelmäßig flankierende Vereinbarungen getroffen, nach denen sich die Gemeinde an den Herstellungskosten beteiligt, etwa indem sie einen Teil der Beiträge erlässt. Auch dies ist jedoch kein entgeltlicher Vorgang im eigentlichen Sinn: Der Erschließungsträger erhält keine Gegenleistung für eine von ihm erbrachte Maßnahme, sondern die Kommune verzichtet auf eine unangemessene Beitragsserhebung für eine nicht von ihr finanzierte Maßnahme.⁷¹

aa) Annahme einer Ausschreibungspflicht

Auch für den Erschließungsvertrag wird jedoch vielfach eine Ausschreibungspflicht bejaht. Diese Auffassung hat u. a. die *VK Baden-Württemberg* bereits im Jahr 2002 vertreten.⁷² In dem von der VK entschiedenen Fall beabsichtigte eine Gemeinde, die Erschließung durch einen Erschließungsträger durchführen zu lassen, der auch das Umlegungsverfahren betreuen sollte. Nach Auffassung der VK sei die Entgeltlichkeit zu bejahen. Zwar sollten sich die Eigentümer der zu erschließenden Grundstücke anstelle der Gemeinde zur Zahlung verpflichten. Das Kriterium der Ent-

ger Konzessionsverträge vgl. EuGH, Urt. v. 9. 3. 2006 – Rs. C-323/03; zur Bedeutung dieser Rechtsprechung für Dienstleistungskonzessionen *Götte/Heilshorn*, BWGZ 2005, 857 ff. Ungenau ist es, in diesem Zusammenhang eine Einhaltung der „sich aus § 97 GWB ergebenden Prinzipien“ zu fordern (so aber *Ax/Keseberg*, KommJur 2007, 6, 7). Zu den Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts vgl. auch *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 20), § 36 Rn. 9 ff.

62 Zur Konkretisierung dieser primärrechtlichen Anforderungen vgl. die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (2006/C 179/02).

63 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. 399/98, NZBau 2001, 512 – Milano et Lodi; ebenso z. B. BayVGH, BayVBl. 2003, 605; näher dazu (und zu abweichenden Ansichten) *Weyand*, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand: 9. 1. 2008, § 99 GWB Rn. 1033 ff.; des Weiteren etwa *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410, 412 m. w. N.

64 Dazu auch *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410, 412 m. w. N.

65 *Numberberger/Hitziger*, BayVBl. 2005, 581, 585.

66 Zur Herstellung einer kommunalen Erschließungsanlage vgl. EuGH, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. C-399/98, NZBau 2001, 512 – Milano et Lodi; dazu auch *Würfel/Butt*, NVwZ 2003, 153 ff.; *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410, 412; anders für bestimmte städtebauliche Verträge mit Erschließungsvertrag *Seufert/Tilmann*, BWGZ 2008, 168 ff.

67 Dazu etwa *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410, 411; *Numberberger/Hitziger*, BayVBl. 2005, 581, 583; aus der Rspr. BVerwG, Urt. v. 22. 3. 1996 – 8 C 17.94 – NVwZ 1996, 794.

68 So auch *Numberberger/Hitziger*, BayVBl. 2005, 581, 583; *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410, 414 m. w. N.

69 Dazu *Wilke*, ZfBR 2002, 231, 232; *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410, 413 m. w. N.; vgl. auch *Numberberger/Hitziger*, BayVBl. 2005, 581, 583 f.

70 Dazu *Gössl*, Arbeitsmappe Abwasserbeitrag und Wasserversorgungsbeitrag, Stand: August 2007, S. 93 f.

71 Anders *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410, 413.

72 VK BW, Beschl. v. 20. 6. 2002 – 1 VK 27/02, zitiert nach *ibr-online*; dazu *Rosenkötter*, NZBau 2006, 630, 631.

geltlichkeit erfasse jedoch jede Art von Leistung, die einen Geldwert darstellt. Dementsprechend handele es sich auch bei Konzessionsverträgen um entgeltliche Verträge, wobei *die Gegenleistung in der Möglichkeit bestehe, eine eingeräumte Rechtsposition finanziell nutzen zu können*. Auch beim Erschließungsvertrag erhalte der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers eine Rechtsposition eingeräumt, aufgrund derer er einen finanziellen Nutzen ziehen könne. Dies ergebe sich in dem entschiedenen Fall daraus, „dass der Vertragspartner der (Gemeinde) befugt sein soll, seine Aufwendungen für die Herstellung und die vereinbarte Vergütung für die Projektsteuerung, die Planungs- und Ingenieurleistungen und die Bauleitung unmittelbar bei den Eigentümern zu erheben.“ Das Entgelt sei darin zu sehen, dass die Gemeinde auf eine eigene Erschließung verzichte und damit das Nichtentstehen der Beitragsschuld bewirke.⁷³ Die Parteien haben diesen Rechtsstreit zwar im *Beschwerdeverfahren* vor dem OLG Stuttgart für erledigt erklärt. Das OLG soll jedoch „eindeutig zu verstehen gegeben (haben), dass in Fällen, in denen zwar eine Drittfinanzierung vorliegt, die eigentliche Vergabeentscheidung aber bei der Gemeinde verbleibt, der erstinstanzlichen Rechtsauffassung zu folgen ist. Eine andere Rechtsauffassung würde zu einer unzulässigen Umgehung des Vergaberechts führen.“⁷⁴

Auch in der Literatur wird vielfach eine Ausschreibungspflicht angenommen.⁷⁵

bb) Neuere Entscheidungen

Die bereits dargestellte neuere Rechtsprechung zur Entgeltlichkeit bestärkt diese Auffassung. Der Begriff der Entgeltlichkeit ist nach diesen Entscheidungen weit auszulegen und umfasst grundsätzlich jede Art von Vergütung, die der Unternehmer für die Ausführung der vom öffentlichen Auftraggeber beauftragten Arbeiten erhält, sei es von diesem selbst oder von Dritten. Eine konsequente Anwendung dieser Rechtsprechung führt zur Annahme der Entgeltlichkeit auch des Erschließungsvertrags. Ebenso erscheint es denkbar, dass der EuGH den gesetzlichen Ausschluss des Entstehens von Erschließungsbeiträgen als entgeltliche Leistung werten wird.⁷⁶ Insgesamt führen die Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte zu dem Schluss, dass oberhalb der Schwellenwerte grundsätzlich eine Pflicht zur Ausschreibung auch von Erschließungsverträgen besteht.⁷⁷

2. Ausschreibungspflicht unterhalb der Schwellenwerte?

Dies gilt jedoch nicht unterhalb der Schwellenwerte.

a) Erschließungsvertrag als Bauauftrag

Unterhalb der Schwellenwerte ist zunächst entscheidend, welche Verdingungsordnung einschlägig ist. Bei einer Anwendbarkeit der VOF bestünde von vornherein keine Ausschreibungspflicht, da diese nur oberhalb der Schwellenwerte gilt (§ 2 Abs. 2 VOF i. V. m. §§ 2 und 5 VgV). Unterhalb dieser Werte erklärt § 31 GemHVO i. V. m. der VergabeVwV zwar die VOB/A für anwendbar und empfiehlt die Anwendung der VOL/A, verweist aber nicht auf die VOF. Damit ist das Erreichen der Schwellenwerte zwingende Voraussetzung für eine Vergabepflicht nach der VOF. Dem Versuch, aufgrund einer Anwendung der VOF auf Erschließungsverträge eine Ausschreibungspflicht abzulehnen,⁷⁸ ist jedoch eine klare Absage zu erteilen. Eine der Hauptleistungen des Erschließungsträgers besteht in der Herstellung der Erschließungsanlagen, was einen öffentlichen Bauauftrag i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB darstellt. Der maßgebliche Schwellenwert für Erschließungsverträge liegt daher bei (derzeit) 5 150 000 €.

b) Sinn und Zweck der Ausschreibungspflicht

Ebenso wie bei den Grundstückskaufverträgen ist auch hier auf den Sinn und Zweck der haushaltsrechtlichen Vorschriften zu verweisen. Angestrebt wird allein der *wirtschaftliche und sparsame Umgang* der öffentlichen Hand mit den zur Verfügung stehenden

Haushaltsmitteln. Wettbewerbliche Zielsetzungen bestehen hier nicht. Die europarechtlich vorgegebene Zielsetzung der Schaffung eines möglichst unverfälschten Wettbewerbs kann daher nicht herangezogen werden, um eine Ausschreibungspflicht unterhalb der Schwellenwerte zu begründen. Daher ist es auch unzutreffend, bei Vergaben oberhalb und unterhalb dieser Werte von denselben Voraussetzungen auszugehen.⁷⁹

Die Gemeinde schuldet bei einem Erschließungsvertrag nach § 124 Abs. 1 BauGB grundsätzlich *keine Gegenleistung*, da der Erschließungsträger keinen Vergütungsanspruch gegenüber der Gemeinde hat. Auch bei einer Refinanzierung des Erschließungsträgers bei den Eigentümern bleibt der Vertrag zwischen Gemeinde und Erschließungsträger im eigentlichen Sinne *unentgeltlich*. Dies gilt sowohl bei Kostenerstattungsvereinbarungen mit den Eigentümern als auch bei einer Weitergabe der Erschließungskosten über den Kaufpreis. Der Gemeinde entstehen beim Erschließungsvertrag grundsätzlich auch keine beitragsfähigen Kosten, sodass sie auf eine Beitragserhebung nicht verzichten kann.⁸⁰ Bei einer solchen vollständigen Freistellung der Gemeinde von den Erschließungskosten steht eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung grundsätzlich nicht in Frage.⁸¹ Auch hier ist somit festzustellen, dass der Erschließungsvertrag mit den klassischen entgeltlichen Beschaffungsvorgängen, die haushaltsrechtlich gesteuert werden sollen, nicht vergleichbar ist.

Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht damit begründen, dass die Gemeinde mit der *Übertragung der Erschließungsanlagen* eine Leistung von dem Erschließungsträger erhält. Auch wenn Art und Umfang der herzustellenden Erschließungsanlagen oftmals planerisch vorgegeben sind, können sich die Angebote hinsichtlich der konkreten Ausführung (z. B. Material, Qualität, Gewährleistung) zwar deutlich unterscheiden. Die Auswahl des besten Angebots ist daher unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten zweifellos sinnvoll. Wollte man mit diesem Argument eine Ausschreibungspflicht begründen, ginge dies jedoch weit über die hergebrachte Auslegung der Entgeltlichkeit hinaus. Beim Erschließungsvertrag geht es nicht um eine möglichst sparsame Verwendung der öffentlichen Gelder und Vermögensgegenstände, sondern um eine möglichst hohe *Vermögenszuwendung*. Die sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung soll jedoch nur eine Begrenzung der Ausgaben und einen effektiven Mittlereinsatz gewährleisten, zielt aber nicht auf eine Gewinnmaximierung ab.⁸²

Es handelt sich daher um Vermögenszuwendungen und nicht um öffentliche Beschaffungsvorgänge. Eine solche Zuwendung wird jedoch für sich genommen zurecht nicht als hinreichender Grund für eine Ausschreibungspflicht angesehen, wie andere Beispiele zeigen. So steht bei der reinen Grundstücksveräußerung – die auch nach den strengen neuen Urteilen nicht ausschreibungs-

⁷³ VK BW, ebda.

⁷⁴ So *Horschitz*, IBR 2002, 619; vgl. auch *Ax/Keseberg*, KommJur 2007, 6, 8.

⁷⁵ So für den echten Erschließungsvertrag *Busch*, VergabeR 2003, 622, 626 ff.; *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410 ff.; *Pieper*, DVBl. 2000, 160, 163 ff.; *Weyand* (Fn. 63), § 99 GWB Rn. 1038; *Wirner*, IBR 2004, 177; in diese Richtung zudem *Reidt*, BauR 2007, 1664, 1665; vgl. auch *Grziwotz*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Stand: September 2007, § 124 Rn. 90; anders *Numberger/Hitziger*, BayVBl. 2005, 581, 583 ff.; *Antweiler*, NZBau 2003, 93, 95 ff.

⁷⁶ So die Vermutung von *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410, 414.

⁷⁷ Zum Ausnahmefall sog. „In-House-Geschäfte“ vgl. etwa *Grziwotz* (Fn. 75), § 124 Rn. 91 m. w. N.; näher zur Zulässigkeit der Beauftragung kommunaler Unternehmen mit Erschließungsleistungen *Antweiler*, NZBau 2003, 93 ff.

⁷⁸ So *Ax/Keseberg*, KommJur 2007, 6, 8.

⁷⁹ So aber *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, 410, 412.

⁸⁰ Dazu etwa *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 10. Aufl. 2007, § 124 Rn. 10.

⁸¹ So mit ähnlicher Begründung *Würfel/Butt*, NVwZ 2003, 153, 158.

⁸² *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung BW, Stand: Dezember 2006, § 77 Rn. 38.

pflichtig sein soll – ebenfalls die Erzielung eines möglichst hohen Kaufpreises in Frage. Und auch bei der nicht vergabepflichtigen Dienstleistungskonzession⁸³ zahlt der Konzessionär regelmäßig Entgelte an die Kommune,⁸⁴ ohne dass daraus auf die Anwendbarkeit des Vergaberechts geschlossen würde. Daher besteht unterhalb der Schwellenwerte keine Ausschreibungspflicht.⁸⁵ Auch hier sind allerdings die bereits dargestellten Bindungen an Art. 3 Abs. 1 GG und das Europäische Primärrecht zu beachten.

III. Fazit und Ausblick

Eine konsequente Anwendung der Rechtsprechung des EuGH begründet eine Ausschreibungspflicht auch für *Grundstückskaufverträge* mit städtebaulichen Elementen. Dies gilt jedoch nur oberhalb der Schwellenwerte. Unterhalb dieser Werte ist eine Ausschreibungspflicht abzulehnen – unabhängig davon, ob die Verträge mit städtebaulichen Vorgaben, Bauverpflichtungen oder ähnlichem verbunden werden. Rechtsbindungen ergeben sich allerdings auch hier aus den haushaltsrechtlichen Vorgaben, dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot und dem Europäischen Primärrecht. Gleiches gilt für *Erschließungsverträge*: Auch hier bestehen Ausschreibungspflichten oberhalb, aber nicht unterhalb der Schwellenwerte; in jedem Falle gilt das Diskriminierungsverbot.

Die von der Bundesregierung im Rahmen der laufenden Vergaberechtsnovelle geplante Klarstellung zu einzelnen Vorschriften des GWB kann nicht dazu führen, dass europarechtliche Vorgaben ausgehebelt werden. Sieht das Gemeinschaftsrecht das Erfordernis eines Beschaffungsvorgangs nicht vor, so kann eine derar-

tige Einschränkung nicht im Wege der nationalen Gesetzgebung eingeführt werden. Es ist zu erwarten, dass der EuGH solchen nationalen Bestrebungen eine Absage erteilen wird.

Die öffentlichen Auftraggeber sind aufgrund der möglichen schwerwiegenden Folgen eines Vergaberechtsverstoßes gut beraten, sich zumindest bis zu einer abweichenden Entscheidung des EuGH nach den Urteilen zu richten, die oberhalb der Schwellenwerte eine Ausschreibung bestimmter Grundstückskaufverträge fordern. Andernfalls drohen Nachprüfungsverfahren, Schadensersatzansprüche und auch die Nichtigkeit eines vergaberechtswidrig abgeschlossenen Vertrags. Erhebliche Nachteile können auch entstehen, wenn öffentliche Zuwendungen nicht vergaberechtskonform eingesetzt werden, da dann die Subventionen oftmals vom öffentlichen Subventionsempfänger zurückgefordert werden können.⁸⁶ Eine höchstrichterliche Entscheidung des BGH wäre zwar wünschenswert – und ist zumindest mittelfristig auch zu erwarten. Ob sich dieser (und in der Folge der EuGH) aber gegen eine Ausschreibungspflicht aussprechen werden, erscheint sehr fraglich.

⁸³ Näher dazu *Weyand* (Fn. 63), § 99 GWB Rn. 1159 ff.

⁸⁴ Z. B. der Übertragung von Werbemaßnahmen auf öffentlichen Straßen und Plätzen vgl. *Götte/Heilshorn*, BWGZ 2005, 857 ff.

⁸⁵ Anders *Köster/Häfner*, NVwZ 2007, S. 410, 412 mit dem wenig überzeugenden Hinweis, dass „die maßgeblichen Voraussetzungen für eine Ausschreibungspflicht vom Erreichen bzw. Überschreiten der Schwellenwerte unabhängig“ seien; ebenfalls anders ohne nähere Begründung *Burmeister/Wortha*, VBIBW 2008, 265, 269.

⁸⁶ Vgl. dazu den Überblick bei *Heilshorn/Mock*, BWGZ 2008, 158, 166 f.