

# Müssen kommunale Grundstückskaufverträge und Erschließungsverträge ausgeschrieben werden?

Von Dr. Torsten Heilshorn und Dr. Dario Mock\*

^^^H Das Vergaberecht bietet aus kommunaler Sicht immer wieder Überraschungen - leider zumeist negative. Gerichte und Vergabekammern dehnen die Ausschreibungspflichten immer weiter aus. Neben dem Verkauf kommunaler Grundstücke könnten demnach auch Erschließungsverträge ausschreibungspflichtig sein.

Nach verschiedenen neueren Entscheidungen soll nun auch der Verkauf kommunaler Grundstücke ausschreibungspflichtig sein, was erstmals der Vergabesenat des OLG Düsseldorf in seiner „Ahlhorn-Entscheidung“ festgestellt und in weiteren Entscheidungen bestätigt hat. Sollte diese Rechtsauffassung Bestand haben, wird dies erhebliche Auswirkungen auf den kommunalen Grundstückshandel haben: Der Verkauf kommunaler Grundstücke müsste in vielen Fällen europaweit ausgeschrieben werden.

Zumindest in Nordrhein-Westfalen wurden aufgrund dieser Entscheidungen zahlreiche Grundstücksveräußerungen vorläufig gestoppt.

Unter Verweis auf die neuen Urteile wird verschiedentlich zudem darauf hingewiesen, dass nunmehr auch Erschließungsverträge ausschreibungspflichtig sein könnten. Dies verkennt jedoch die unterschiedlichen Inhalte der genannten Verträge - und die Tatsache, dass die Ausschreibungspflicht von Erschließungsverträgen schon früher teilweise bejaht worden ist.

Bislang ungeklärt ist dagegen, ob auch für den in der Praxis wichtigeren Bereich unterhalb der Schwellenwerte eine Ausschreibungspflicht besteht. Dies dürfte sowohl für den Verkauf kommunaler Grundstücke als auch den Abschluss von Erschließungsverträgen zu verneinen sein.

## Die Pflicht zur Ausschreibung kommunaler Grundstücksverkäufe

### Schwellenwerte

Die im Vergaberecht anzuwendenden Vorschriften werden maßgeblich durch die so genannten „Schwellenwerte“ bestimmt. Diese beruhen auf der Überlegung, dass sich Anbieter aus anderen EU-Staaten erst ab einem bestimmten Volumen auf einen öffentlichen Auftrag bewerben werden. In Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben legt § 2 VgV diese Schwellenwerte fest, die sich je nach Auftragsart unterscheiden und für Bauaufträge bei (derzeit) 5.150.000 Euro liegen. Oberhalb der Schwellenwerte gelten die §§ 97 ff. GWB, die auch der Gewährleistung des Wettbewerbs dienen und subjektive Rechte der Mitbewerber begründen. In diesem Bereich steht unterlegenen Bietern das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und gegebenenfalls den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte offen.

Unterhalb der Schwellenwerte richtet sich die Auftragsvergabe nach allgemeinem Haushaltsrecht. Für die Gemeinden in Baden-Württemberg ergibt sich die Vergabepflicht in diesem Bereich 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. Konkretisiert werden diese Vorgaben insbesondere durch die Vergabegrundsätze des Innenministeriums.<sup>1</sup> Ein Primärrechtsschutz von Mitbewerbern besteht unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich nicht.<sup>2</sup> Allerdings erkennen die Ge-

richte auch hier verstärkt Rechtsschutzmöglichkeiten an.

Nachfolgend wird zunächst der Bereich oberhalb der Schwellenwerte dargestellt, für den die neueren Entscheidungen zu den städtebaulichen Verträgen ergangen sind. Daran anschließend wird erörtert, ob diese Rechtsprechung auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte übertragen werden kann.

## Die neuere Rechtsprechung zum Verkauf kommunaler Grundstücke

### Bisherige Rechtsprechung

Nach der früheren Rechtsprechung unterlagen Grundstückskaufverträge von Gemeinden grundsätzlich nicht dem Vergaberecht. Dies galt unabhängig der Frage, ob im Kaufvertrag oder einem städtebaulichen Vertrag eine Bauverpflichtung seitens des Auftragnehmers vorgesehen wurde. Es lag demnach keine (ausschreibungspflichtige) Baukonzession vor, da der Vertrag nicht Beschaffungszwecken der Gemeinde diene. Das bloße städtebauliche Interesse einer Gemeinde an einer Baumaßnahme reichte hierfür nicht aus.<sup>3</sup>

Neuere Entscheidungen des EuGH und insbesondere des OLG Düsseldorf vertreten dazu jedoch eine andere Auffassung.

### Die Ahlhorn-Entscheidung des OLG Düsseldorf

Ausgelöst wurde die Diskussion über die Ausschreibungspflicht städtebaulicher Verträge durch die Ahlhorn-Entscheidung des OLG Düsseldorf. Dieser lag folgender (verkürzte) Sachverhalt zugrunde: Der Bund plante den Verkauf eines nicht mehr genutzten Militärflughafens. Eine beauftragte Projektgesellschaft forderte Interessenten auf, Angebote einzureichen, die unter anderem ein Nutzungskonzept beinhalten sollten.

Nach Abgabe der Angebote wurde den Bietern mitgeteilt, man habe sich für eine

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

gewerblich-logistisch-fliegerische Nutzung entschieden. Die verbliebenen Bieter wurden zur Vorlage weiterer Unterlagen aufgefordert. Weiter sollten sie sich zu dem verlangten Abschluss eines städtebaulichen Vertrages äußern.

In Abstimmung mit der betroffenen Gemeinde entschied der Bund, einen der Bieter als „preferred bidder“ auszuwählen. Dies teilte er den übrigen Bietern mit, von denen sich einer gegen den beabsichtigten Abschluss des Kaufvertrags wandte.

Der mit der Gemeinde abzuschließende städtebauliche Vertrag sollte den Bieter unter anderem verpflichten, bestimmte Baumaßnahmen durchzuführen. Grundstückskaufvertrag und städtebaulicher Vertrag waren inhaltlich und zeitlich eng miteinander verknüpft und aufeinander abgestimmt. 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 Ausarbeitung beider Verträge folge.

### Öffentlicher Bauauftrag

Gemäß § 99 Abs. 3 GWB sind öffentliche Bauaufträge Verträge über die Ausführung/Planung eines näher beschriebenen Bauvorhabens/Bauwerks oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

Das OLG Düsseldorf bejaht einen öffentlichen Bauauftrag, da der Bieter durch den städtebaulichen Vertrag verpflichtet werden sollte, bestimmte Bauleistungen zu erbringen. Dies stelle einen Vertrag über die Erstellung von Bauwerken entsprechend den Erfordernissen des Auftraggebers und damit einen öffentlichen Bauauftrag dar. Dieser liege in Form einer Baukonzession vor, da der Vertragsnehmer das wirtschaftliche Risiko trage. Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfe dabei nicht nur auf den formell zur Prüfung anstehenden Vertrag abgestellt werden.

### Beschaffungsinteresse

Ursprünglich forderte die Rechtsprechung für einen öffentlichen Bauauftrag die Befriedigung eines eigenen Beschaffungsbedarfs. Aus verschiedenen Entscheidungen des EuGH folgt das OLG Düsseldorf nun jedoch, dass die Befriedigung eines eigenen Beschaffungsbedarfs nicht Voraussetzung für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags ist. Wollte man dennoch einen Beschaffungsbedarf fordern, seien jedenfalls mittelbare Eigeninteressen, z.B. an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung, ausreichend.

### Entgeltlichkeit

Für die Entgeltlichkeit ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf nicht zu fordern, dass das Entgelt vom Auftraggeber stammt. Als Entgelt seien bei Bauaufträgen nach der Rechtsprechung des EuGH auch Einnahmen anzusehen, die der Auftragnehmer durch die Veräußerung oder die Vermietung der zu errichtenden Gebäude von Dritten erhalte. Dies sei erst recht bei Baukonzessionen der Fall, bei denen als einziger Unterschied der Auftragnehmer das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts trägt. Die Refinanzierungsmöglichkeit sei neben der Entgeltlichkeit auch bei der Berechnung der Schwellenwerte zu berücksichtigen.

### OLG Düsseldorf, Beschluss vom 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 zunächst, Grundstücke mit Bauverpflichtung gegen Höchstgebot zu veräußern. In dem an einen ausgewählten Bieter übersandten Kaufvertragsentwurf waren unter anderem die Pflicht zur Bebauung gemäß dem vorgestellten Baukonzept sowie 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.

Es sei für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags unerheblich,

- ob es sich um einen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt,
- wie der Verwendungszweck des zu errichtenden Bauwerks ausgestaltet ist,
- ob der Auftraggeber Eigentümer werden soll,
- ob der Auftraggeber das Bauwerk selbst nutzen oder es der Allgemeinheit oder lediglich einzelnen Dritten zur Verfügung stellen will und
- ob ein Eigeninteresse des Auftraggebers an der Erstellung besteht.

*Entscheidend sei vielmehr, „dass sich der Öffentliche Auftraggeber kraft einer mit dem künftigen Bauauftrag zu vereinbarenden Verpflichtung des Auftragnehmers die rechtliche Befugnis sichert, die Verfügbarkeit des Bauwerks für die von ihm angestrebte öffentliche Zweckbestimmung, im Streitfall für eine bestimmte wirtschaftliche, d.h. städtebauliche Funktion, zu gewährleisten“.*

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 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“.

### OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.2008 (VII-Verg 37/07)

Diese Rechtsprechung hat das Gericht 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 Vertragsschluss 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 für den Fall vor, dass der Käufer nicht mit der Errichtung des geplanten Einkaufszentrums beginnt. Eine ausdrückliche Bauverpflichtung enthielt der Vertrag jedoch nicht. Die Genehmigung sollte nach § 34 BauGB erfolgen.

Dieser 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.

### Mittelbare Einflussnahme auf die Planung

Das OLG Düsseldorf führt dazu zunächst aus, dass in der ersten Fassung des Vertrags unter Berücksichtigung aller Begleitumstände auch ohne ausdrückliche Formulierung eine Bauverpflichtung enthalten gewesen sei. Ungeachtet dessen sei es ausreichend, 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.<sup>8</sup>

Auf die abwegige Auffassung der Vorinstanz, nach der es für die Einflussnahme auf die Planungen des Käufers genüge, dass ein Vorhaben nach § 34 BauGB genehmigt wird, geht das OLG Düsseldorf zurecht nicht ein.

### Nichtigkeit

Von sehr großer praktischer Bedeutung sind die Ausführungen des Gerichts, welche Rechtsfolgen der Verstoß gegen die vergaberechtlichen Vorgaben für die Wirksamkeit des bereits abgeschlossenen Kauf-

vertrags habe. Nach Auffassung des Gerichts ist der Vertrag wegen Verstoßes gegen die Informationspflicht aus § 13 S. 1 VgV gemäß § 13 S. 6 VgV als nichtig anzusehen.

### Abweichend: Vergabekammer Brandenburg, Beschluss vom 15.2.2008 (VK 2/08)

Mit einem Beschluss der Vergabekammer Brandenburg vom 15.2.2008 liegt nun die erste Entscheidung vor, die den Entscheidungen des OLG Düsseldorf teilweise widerspricht.

In dem von der Vergabekammer Brandenburg entschiedenen Fall sollte für die Errichtung eines Einkaufszentrums zunächst ein Kaufvertrag nebst Durchführungsvertrag abgeschlossen werden. Auf den Durchführungsvertrag, der Durchführungsverpflichtungen und Anforderungen an das Vorhaben enthalten sollte, wurde jedoch verzichtet, um keine Vergabepflichten entsprechend den Entscheidungen des OLG Düsseldorf auszulösen. Stattdessen sollte ein reiner Kaufvertrag abgeschlossen werden.

Nach der Vergabekammer Brandenburg sei der Grundstückskaufvertrag nicht als öffentlicher Bauauftrag in Form einer Baukonzession einzuordnen, da er keine ausdrückliche oder mittelbare Bauverpflichtung und auch keine Vorgaben für das Projekt enthalte. In Übereinstimmung mit der „Ahlhorn-Entscheidung“ des OLG Düsseldorf sei 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.<sup>10</sup> Dies sei zumindest bei einer Bauverpflichtung regelmäßig gegeben. Eine nähere Abgrenzung zu vergabefreien Vereinbarungen nimmt die Vergabekammer aber nicht vor.

Entgegen der Auffassung des OLG Düsseldorf liege auch keine entgeltsetzende Nutzungsübertragung vor, da die Nutzung durch den Investor allein auf dem übertragenen Eigentum beruhe.

Dieser Beschluss der Vergabekammer Brandenburg ist im Ansatz sicherlich be-

grüßenswert, da richtigerweise am Erfordernis des Beschaffungsbezugs angesetzt wird, um die Vergabepflicht gegenüber der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf einzugrenzen. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie das OLG Brandenburg zweitinstanzlich entscheiden wird - und wie hier die nähere Abgrenzung der Ausschreibungspflicht erfolgen wird.

### Wesentliche Neuerungen durch die Entscheidungen des OLG Düsseldorf

Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Vergabe von Grundstückskaufverträgen betritt in mehrfacher Hinsicht rechtliches Neuland:

#### Verzicht auf Beschaffungsbezug

Erhebliche Auswirkungen hat vor allem die Feststellung des OLG Düsseldorf, ein Vertrag müsse keinen Beschaffungszwecken der Gemeinde dienen, um dem Vergaberecht zu unterliegen. Demzufolge soll es auch nicht erforderlich sein, dass die Gemeinde Eigentümer des errichteten Vorhabens wird.<sup>11</sup> Vielmehr ist unerheblich, ob der Auftraggeber die Gebäude erwirbt oder der Investor die errichteten Bauwerke selbst erwerben, sie nutzen oder an Dritte veräußern oder vermieten will. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf sei in jedem Falle das mittelbare Interesse an einer geordneten Stadtentwicklung ausreichend.

Wenn sich diese Auffassung durchsetzen sollte, würde eine Vielzahl vertraglicher Vereinbarungen ausschreibungspflichtig, ohne dass ein echter Beschaffungsvorgang auch nur entfernt zu erkennen wäre.

#### Einordnung als öffentlicher Auftrag in Form einer Baukonzession

Ebenfalls sehr weitgehend ist die Auslegung des Begriffs der Baukonzession durch das Gericht. Wurde bislang davon ausgegangen, dass die Nutzung nur für einen bestimmten Zeitraum erfolgen und der Auftraggeber Eigentümer des Bauwerks sein oder werden müsse, sollen jetzt die Übertragung des Eigentums und die Möglichkeit der Verwertung durch Vermietung oder Verkauf ausreichen, da die Eigentumsübertragung gerade im Hinblick auf die dadurch ermöglichte Nutzung erfolge.

Dies vermag kaum zu überzeugen, da die Nutzungsmöglichkeit nicht durch die Gemeinde eingeräumt wird, sondern sich aus dem Eigentum am Grundstück ergibt. Die alleinige Grundstücksübertragung ist nach herkömmlicher Auffassung aber gerade nicht ausschreibungspflichtig.

### Entgeltlichkeit

Hinsichtlich der für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags erforderlichen Entgeltlichkeit hat das OLG Düsseldorf aus der Rechtsprechung des EuGH<sup>12</sup> geschlossen, es seien auch Beträge zu berücksichtigen, die der Auftragnehmer nicht vom Auftraggeber, sondern von Dritten erhalte. Dieser Punkt dürfte in der Literatur am meisten Kritik erfahren haben.<sup>13</sup> In einer Entscheidung des OLG Naumburg zur Bewertung von Erschließungsverträgen wurde dies allerdings schon vor der Entscheidung des OLG Düsseldorf vertreten.<sup>14</sup>

Nach dem OLG Düsseldorf begründen bereits Einnahmen aus Vermietung und Verkauf die Entgeltlichkeit des Vertrages. Daneben könnte die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit durch Übertragung des Eigentums für die Entgeltlichkeit herangezogen werden, nimmt man eine Baukonzession an.

Für die in der Praxis wichtigsten Fallgestaltungen ergibt sich aus diesen Vorgaben, dass eine Vielzahl möglicher Vertragsgestaltungen betroffen sein kann.

### Betroffene Vertragsgestaltungen

Entscheidend ist die Frage, ob nach dem Vertrag eine Herstellung „nach Erfordernissen des Auftraggebers“ erfolgen soll. Dabei kommt es nicht allein darauf an, ob die Gemeinde das „Ob“ der Bebauung bestimmt, vielmehr kann ausreichend sein, wenn die Gemeinde auf Planung und Ausführung Einfluss nehmen kann.

### Reiner Grundstückskaufvertrag

Ein reiner Grundstückskaufvertrag ohne städtebauliche Elemente unterfällt wie bisher nicht der Ausschreibungspflicht. In einem solchen Fall entscheidet allein der Käufer, ob und wie gebaut werden soll.

### Verträge mit Bauverpflichtung

- Ein Kaufvertrag mit Bauverpflichtung führt zur Ausschreibungspflicht, wenn mit dem Vorhaben zumindest mittelbar ein öffentlicher Zweck verfolgt wird. Gleiches gilt bei Verkauf eines bereits bebauten Grundstücks verbunden mit einer Pflicht zur Umnutzung.

Eine Ausnahme kommt in Betracht, wenn dem Projekt keine wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebauliche Funktion zuzuerkennen ist.<sup>15</sup> Als Beispiel wird die Errichtung eines auf einen einzelnen Unternehmenszweck gerichteten Einzelvorhabens genannt. Inhalt und Reichweite dieser denkbaren Ausnahme sind noch ungeklärt.

- Ein Kaufvertrag und ein gleichzeitig oder in zeitlichem Zusammenhang abgeschlossener Durchführungs- bzw. sonstiger städtebaulicher Vertrag sind als vergäberechtliche Einheit anzusehen. Die Bauverpflichtung im Durchführungsvertrag begründet dann die Ausschreibungspflicht.

- Die Vergabe von Erbbaurechten in Verbindung mit einer Bauverpflichtung ist ebenfalls ausschreibungspflichtig.

### Faktischer Bauzwang

Wird in einem Kaufvertrag oder in Verbindung damit in einem städtebaulichen Vertrag 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.

### 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 damit vor allem im planerischen Bereich. Ein auf ein Bauvorhaben zugeschnittener Bebauungsplan begründet

ohne die angesprochenen vertraglichen Regelungen keine Ausschreibungspflicht.

### Keine Eigentumsübertragung

Wird ein Vorhaben auf einem Grundstück durchgeführt, das bereits dem Investor gehört, leitet dieser also sein Eigentum nicht von dem öffentlichen Auftraggeber ab, liegt keine Baukonzession vor.<sup>16</sup>

Dies sollte die Gemeinden jedoch nicht dazu verleiten, eine zeitliche Staffelung der Verträge für ausreichend zu halten. Die Rechtsprechung wird bei einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang der Verträge im Zweifel eine Zusammenschau der Verträge vornehmen.

### Privater Erwerber

Beim Verkauf eines Grundstücks an einen privaten Erwerber zu Wohnzwecken liegt grundsätzlich kein öffentlicher Auftrag vor, da der Vertragspartner der Gemeinde kein Unternehmen ist (§ 99 Abs. 1 GWB). Welchen Personenkreis die Rechtsprechung bei den vorliegend erörterten Verträgen als Unternehmen einordnen wird, bleibt allerdings abzuwarten.

### Durchführungsvertrag (§ 12 Abs. 1 S. 1 BauGB)

Wenn man die Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf auf den vorhabenbezogenen Bebauungsplan i.S.d. § 12 BauGB überträgt, 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 für ein Beschaffungsinteresse im weiteren Sinn ausreichen soll.

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.

### Mögliche Lösungsansätze

Die Pflicht zur Ausschreibung von Verträgen, auf deren Grundlage oftmals wichtige städtebauliche Projekte durchgeführt werden sollen, bedeutet nicht nur einen erheblichen Aufwand. Die Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens nimmt zudem erhebliche Zeit in Anspruch. In Einzelfällen kann eine zu lange Verfahrensdauer sogar das gesamte Projekt gefährden. Vor diesem Hintergrund taucht die Frage nach Lösungsmöglichkeiten auf, um eine Ausschreibung nicht erforderlich werden zu lassen.

### „Abspecken“ des Kaufvertrages

Die Ausschreibungspflichtigkeit eines Kaufvertrages 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. Dabei ist jedoch Vorsicht geboten.

### Zu streichende Regelungen

Das OLG Düsseldorf hat einem solchen Versuch enge Grenzen gezogen. Dem nach der ersten Entscheidung des Gerichts unternommenen Versuch, zwar keine ausdrückliche Bauverpflichtung in den Vertrag aufzunehmen, aber durch vertragliche Regelungen eine faktische Bauverpflichtung zu schaffen oder zumindest durch die Vorgabe inhaltlicher Kriterien bzw. die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Planung zu gewährleisten, hat das Gericht eine Absage erteilt. Es komme nicht auf die Vereinbarung einer ausdrücklichen Bauverpflichtung an. Ein Auftrag zur Ausführung eines Bauvorhabens nach den Erfordernissen des Auftraggebers (§ 99 Abs. 3 GWB) liege bereits dann vor, wenn der Auftraggeber durch vertragliche Regelungen die Verfügbarkeit des Vorhabens für den angestrebten öffentlichen Zweck sicherstellen und Einfluss auf die Planung nehmen könne.<sup>17</sup>

Es wäre damit wohl erforderlich, sämtliche städtebaulichen Elemente aus dem Vertrag zu entfernen. Dies müsste angesichts der Tatsache, dass die Gerichte bestrebt sind, eine Aushebelung des Vergaberechts durch Umgehungsversuche zu verhindern, äußerst gründlich erfolgen. Übrigbliebe ein reiner Kaufvertrag, so dass eine Steuerung des Vorhabens nur über Vorgaben des Bebauungsplans erfolgen könnte.

### Folgen

Die Gemeinde verliert durch ein solches Vorgehen grundsätzlich jeglichen Einfluss auf die Durchführung des Vorhabens. Neben fehlenden inhaltlichen Vorgaben, von einer Steuerung des Vorhabens durch den Bebauungsplan abgesehen, könnte ein Investor im Ergebnis von einer Durchführung des Projekts Abstand nehmen, ohne dass die Gemeinde dies beeinflussen oder dagegen vorgehen könnte.

Somit muss die planende Gemeinde aufgrund der drohenden Ausschreibungspflicht genau prüfen, in welchen Fällen sie durch Bauverpflichtungen oder ähnliche Klauseln den Einfluss auf die Planung behalten will und dafür ein Ausschreibungsverfahren in Kauf nimmt.

### Baurechte auf Zeit

Um Vorgaben für die Durchführung eines Vorhabens (verbunden mit einer Frist zur Realisierung) machen zu können, ohne eine Ausschreibungspflicht zu begründen, wird vorgeschlagen, hierzu „Baurechte auf Zeit“ gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 BauGB festzusetzen.<sup>18</sup>

Die Gemeinde solle nach Erlass einer Verordnungsänderungssperre einen Bebauungsplan erlassen, dessen Festsetzungen soweit wie möglich das geplante Vorhaben widerspiegeln. Die Festsetzungen seien für den Zeitraum zu befristen, in dem das gewünschte Vorhaben realisiert werden soll. Werde das Vorhaben nicht in der vorgegebenen Frist durchgeführt, verfalle das Baurecht automatisch.

Dieser durchaus kreative Einsatz des Baurechts auf Zeit begegnet jedoch Bedenken. Einmal stellt die vorgeschlagene Anwendung des Baurechts auf Zeit nicht den vom Gesetzgeber vorgesehenen Fall dar.<sup>19</sup> Es ist daneben nicht ausgeschlossen, dass die

Rechtsprechung wegen Umgehung des Vergaberechts eine Ausschreibungspflicht annehmen könnte, wenn Bauverpflichtung und inhaltliche Vorgaben im Bebauungsplan enthalten sind und in engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang dazu ein Kaufvertrag abgeschlossen wird.

### Übertragung auf Verträge unterhalb der Schwellenwerte?

Die vorstehend erläuterten Entscheidungen beziehen sich durchweg auf den Bereich oberhalb der Schwellenwerte. Die kommunalen Aufträge liegen jedoch zu etwa 95 Prozent unter den Schwellenwerten, weshalb dieser Bereich von praktisch deutlich größerer Bedeutung ist. Erst wenn der Kaufpreis zuzüglich des „Entgelts“ den Betrag von 5.150.000 Euro erreicht, kommt die dargestellte Rechtsprechung zum Tragen. Gerade in kleineren Wohn- oder Gewerbegebieten, bei denen die Kommune dem Käufer städtebauliche Vorgaben machen möchte, wird dieser Wert vielfach jedoch nicht erreicht werden. In diesem Fall richtet sich die kommunale Auftragsvergabe nach haushaltsrechtlichen Vorschriften, die eine sparsame und wirtschaftliche Verwendung der Haushaltsmittel gewährleisten sollen und nicht unmittelbar durch europäische Wettbewerbsvorgaben geprägt sind. Daraus folgt im Ergebnis, dass eine Ausschreibungspflicht städtebaulicher Verträge hier nicht besteht.

### Formale Ausschreibungspflicht nach VOB/A

#### Anwendungsbereich

Die für die Kommunen nach § 31 GemHVO i.V.m. Ziff. 2.1.1. der VergabeVwV des Innenministeriums (und unter den Voraussetzungen des § 106b GemO) verbindliche VOB/A definiert Bauleistungen als Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Der Begriff der Baukonzession, aus dem nach der Rechtsprechung zum GWB eine Vergabepflicht bei Grundstücksgeschäften folgen soll, ist in § 32 VOB/A angesprochen. Danach 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 Nut-

zung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht. Für die Vergabe von Baukonzessionen sind gemäß § 32 Abs. 2 VOB/A 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 GWB und den europarechtlichen Vorgaben. In der VOB/A existiert allerdings keine § 99 Abs. 3 GwB 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.

Für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte ist letztlich entscheidend auf den Sinn und Zweck der haushaltsrechtlichen Vorgaben abzustellen, die gegen eine Ausschreibungspflicht sprechen.

### Sinn und Zweck

Die haushaltsrechtlichen Vorschriften sollen eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung gewährleisten. Bei dem Verkauf eines Grundstücks steht diese aber grundsätzlich nicht in Frage, da die Gemeinde keine Zahlungen an den Vertragspartner leistet. Dementsprechend ist eine reine Grundstücksveräußerung nach herrkömmlicher Ansicht auch nicht ausschreibungspflichtig. Jedenfalls unter haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten können Bauverpflichtungen oder andere städtebauliche Vereinbarungen daran nichts ändern, da diese keinen Bezug zu einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung haben. Weder für die städtebaulichen Vorgaben noch für die Übernahme der Bauverpflichtung durch den Käufer zahlt die Kommune ein Entgelt. Die vertragliche Absicherung städtebaulicher Zielsetzungen hat keinen haushaltsrechtlichen Bezug.

Der haushaltsrechtliche Ansatzpunkt ist insoweit vielmehr das grundsätzliche Verbot, Grundstücke unter ihrem vollen Wert zu veräußern (vgl. § 92 Abs. 1 S. 2 GemO). Diese Vorschrift fordert jedoch keine bestimmte Art der Veräußerung und auch

nicht die Durchführung eines Vergabeverfahrens entsprechend den Verdingungsordnungen. Allerdings kann sich in Verbindung mit den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (vgl. § 77 Abs. 2 GemO) das Gebot ergeben, vorhandene Marktchancen etwa durch eine öffentliche Aufforderung zu Angeboten zu nutzen.<sup>20</sup>

Die neuere Rechtsprechung ist maßgeblich geprägt durch die Auslegung europarechtlicher Vergabepflichten durch den EuGH. Diese kann unterhalb der Schwellenwerte jedoch nicht herangezogen werden. Die europäischen Normen begründen formale Vergabepflichten nur insoweit, wie der Anwendungsbereich der Koordinierungsrichtlinien reicht. Es besteht kein Anlass, die sehr weitgehende Rechtsprechung des EuGH auf die nationalen haushaltsrechtlichen Vorschriften zu übertragen. Soweit dem europäischen Primärrecht Vorgaben zu entnehmen sind, führt dies jedenfalls nicht zu einer formalen Ausschreibungspflicht (siehe unten).

Im Ergebnis sprechen damit Sinn und Zweck der haushaltsrechtlichen Vorschriften und die speziellen Bestimmungen über die Veräußerung von Vermögensgegenständen dagegen, eine Pflicht zur Ausschreibung von Grundstückskaufverträgen unterhalb der Schwellenwerte anzunehmen.

### Pflicht zur Gleichbehandlung

Auch soweit eine formale Ausschreibungspflicht nicht besteht, unterliegen die Kommunen jedoch insbesondere dem Gleichbehandlungsgebot.

### Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der Staat ist auch bei der Auftragsvergabe an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden.<sup>21</sup> Bieter können daher Ansprüche aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz ableiten, auch wenn die maßgeblichen Schwellenwerte nicht überschritten sind oder das Vergaberecht nicht anwendbar ist. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot vermittelt zwar keinen dem Nachprüfungsverfahren der §§ 102 ff. GWB vergleichbaren Rechtsschutz. Es verbietet jedoch Ungleichbehandlungen, für die kein sachlicher Grund besteht. Die Vergabestellen haben insoweit einen recht gro-

ßen Einschätzungsspielraum. Daher führen zumeist erst offenkundige Gleichheits- oder Wettbewerbsverstöße zu einer Rechtsverletzung. Die Diskussion über die insoweit bestehenden Bindungen ist derzeit jedoch noch in vollem Gang, so dass sich noch keine einheitliche Linie herausgebildet hat.<sup>22</sup>

### Europarecht

Auch auf europarechtlicher Ebene bestehen verschiedene Rechtsbindungen, die sich nicht an den Auftragswerten oder einer Ausschreibungspflicht orientieren. Zwar sind die europäischen Koordinierungsrichtlinien nur oberhalb der Schwellenwerte anzuwenden. Das Primäre Gemeinschaftsrecht ist jedoch ungeachtet dieser Werte verbindlich. Insbesondere das Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten enthalten Vorgaben für die staatliche Bedarfsdeckung. Der EuGH fordert aufgrund dieser Normen ein transparentes Vergabeverfahren und erteilt willkürlichen Zuschlagskriterien eine Absage.<sup>23</sup> Daher muss bei binnenmarktrelevanten Vergaben ein angemessener Grad von Öffentlichkeit ebenso wie ein unparteiisches Vergabeverfahren sichergestellt werden.<sup>24</sup> Inhaltlich entsprechen die europarechtlichen Vorgaben weitgehend den ohnehin bestehenden nationalen verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Auch wenn alle Verfahrensbeteiligte ihren Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben, können diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben anwendbar sein. 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).

### Zwischenergebnis

Unterhalb der Schwellenwerte besteht für Grundstücksaufverträge keine Ausschreibungspflicht. Dies gilt unabhängig davon, ob sie 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. Diese

verboten insbesondere eine willkürliche Ungleichbehandlung der Bieter.

### Ausschreibungspflicht von Erschließungsverträgen?

Ein weiterer praktisch sehr wichtiger Bereich, in dem sich die Frage einer Ausschreibungspflicht stellt, ist der Abschluss von Erschließungsverträgen gemäß § 124 Abs. 1 BauGB. Hier beauftragt die Gemeinde ein Bauunternehmen nicht durch zivilrechtlichen Werkvertrag, sondern überträgt die Erschließung auf einen Erschließungsträger. Dieser refinanziert sich über Kostenersatzvereinbarungen mit den Eigentümern oder stellt die Herstellungskosten in die Grundstückskaufpreise ein.

In der Praxis machen sich die Kommunen in aller Regel keine näheren Gedanken über eine Pflicht zur Ausschreibung solcher Verträge. Für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte wurde jedoch bereits vor längerem entschieden, dass eine Ausschreibungspflicht bestehe. Dies dürfte auf ungeschwellige Vergaben aber nicht zu übertragen sein.

### Ausschreibungspflicht oberhalb der Schwellenwerte

#### Erschließungsvertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag

Die Einordnung des Erschließungsvertrags als öffentlich-rechtlicher Vertrag steht einer Vergabepflicht nicht entgegen.<sup>25</sup>

#### Faktische Alternativlosigkeit?

Auch mit einer angeblichen faktischen Alternativlosigkeit in dem Fall, in dem der Erschließungsträger alleiniger Eigentümer der Grundstücke im Erschließungsgebiet ist, wird eine Pflicht zur Ausschreibung kaum abgelehnt werden können.<sup>26</sup> Gleiches gilt für die Behauptung, es gäbe „keine echte Wettbewerbssituation um die Erschließungsarbeiten“.<sup>27</sup> Ungeachtet der Eigentumsverhältnisse kommen in der Praxis verschiedene Anbieter als Erschließungsträger in Betracht. Gerade in den Fällen, in denen vor Durchführung der Erschließung noch eine (freiwillige) Bodenordnung durchzuführen ist, besteht keine Vorabfestlegung auf einen bestimmten Erschließungsträger.

### Entgeltlichkeit

Die Frage nach der Entgeltlichkeit stellt sich jedoch auch beim Erschließungsvertrag.

Beim echten Erschließungsvertrag führt der Erschließungsträger die Maßnahmen zunächst auf eigene Kosten durch. Er überträgt die fertig gestellten Erschließungsanlagen ohne Gegenleistung auf die Gemeinde. Der Erschließungsträger gibt die Erstellungskosten an die Grundstückserwerber als Teil des Kaufpreises weiter oder schließt mit diesen Kostenübernahmeverträge. Die fehlende gemeindliche Beteiligung an den Erschließungsaufwendungen spricht in diesem Fall gegen die Entgeltlichkeit des Vertrages im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB.<sup>28</sup> Oberhalb der Schwellenwerte ist jedoch auch hier bereits entschieden worden, dass eine Vergabepflicht bestehe.

#### Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg

So hat die Vergabekammer Baden-Württemberg den Erschließungsvertrag bereits im Jahre 2002 als entgeltlich eingestuft.<sup>29</sup> In dem von der Vergabekammer entschiedenen Fall beabsichtigte eine Gemeinde, die Erschließung durch einen Erschließungsträger durchführen zu lassen, der auch das Umlegungsverfahren betreuen sollte. Nach Auffassung der Vergabekammer sei die Entgeltlichkeit zu bejahen. Zwar sollten sich die Eigentümer der zu erschließenden Grundstücke anstelle der Gemeinde zur Zahlung verpflichten. Das Kriterium der Entgeltlichkeit 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 kann. 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.<sup>30</sup>

Die Parteien haben diesen Rechtsstreit zwar im Beschwerdeverfahren vor dem OLG Stuttgart für erledigt erklärt. Das OLG Stuttgart 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.“<sup>31</sup>

### Neuere Entscheidungen

Die bereits dargestellten neueren Entscheidungen zu den städtebaulichen Verträgen bestärken 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.

Zudem hat auch der Vergabesenat des OLG Naumburg entschieden, dass Entgeltlichkeit im Sinne des Vergaberechts z.B. auch dann vorliege, wenn der Vertrag das Recht zur Gebührenerhebung vermittelt. Es würden auch geldwerte Vorteile genügen, die auf Leistungen Dritter beruhen. Es reiche aus, dass der Vertrag mittelbar die sichere Möglichkeit eines geldwerten Vorteils einräumt.<sup>32</sup>

### Zwischenergebnis

Oberhalb der Schwellenwerte ist es aus kommunaler Sicht mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden, wenn ein Erschließungsvertrag nicht ausgeschrieben wird. Zugleich ist in der Praxis allerdings festzustellen, dass das tatsächliche Risiko eines Nachprüfungsantrags gering ist.

Es ist jedoch im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob aufgrund besonderer Umstände doch keine Vergabepflicht besteht. So kann eine Ausschreibungspflicht z.B. ausscheiden, wenn ein so genanntes „In-House-Geschäft“ vorliegt. Dies setzt voraus, dass es

sich bei dem Erschließungsträger um eine kommunale Gesellschaft handelt, über die die Gemeinde eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und die Gesellschaft im Wesentlichen für die Gemeinde tätig wird, welche die Anteile hält.<sup>33</sup>

### Ausschreibungspflicht unterhalb der Schwellenwerte?

Auch bei den Erschließungsverträgen spricht unterhalb der Schwellenwerte vieles gegen eine Pflicht zur förmlichen Ausschreibung. Allerdings lassen sich auch hier der jüngeren Rechtsprechung Argumente entnehmen, warum eine Ausschreibungspflicht bestehen könnte.

### Erschließungsvertrag als Bauauftrag

Unterhalb der Schwellenwerte ist zunächst von entscheidender Bedeutung, nach welchen Bestimmungen sich die Vergabe eines Erschließungsvertrags richtet. Wenn man davon ausgeht, dass die VOF die maßgebliche Verdingungsordnung ist, kommt eine Ausschreibungspflicht unterhalb der Schwellenwerte nicht in Betracht, da die VOF nur oberhalb der Schwellenwerte anwendbar ist.

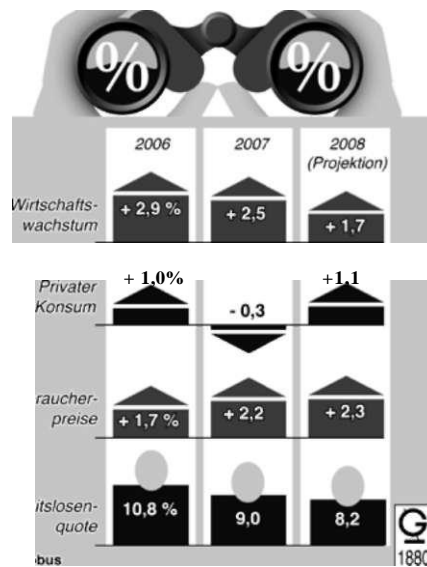
Die Anwendung der VOF auf Erschließungsverträge<sup>34</sup> vermag jedoch nicht zu überzeugen. Eine der Hauptleistungen des Erschließungsträgers besteht in der Herstellung der Erschließungsanlagen, was einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB darstellt. Der maßgebliche Schwellenwert für Erschließungsverträge liegt daher bei (derzeit) 5.150.000 Euro.<sup>35</sup>

### 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.

### Konjunktur aus Berliner Sicht

Aus dem Jahreswirtschaftsbericht der Bundesregierung



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 unentgeltlich. Dies gilt sowohl bei Kostenerstattungsvereinbarungen mit den Eigentümern als auch bei einer Weitergabe der Erschließungskosten über den Kaufpreis. Zu einem Verzicht auf eine Beitragserhebung kommt es bereits deshalb nicht, weil die Gemeinde mangels beitragsfähigem Aufwand gar keine Veranlagung vornehmen kann. Bei einer solchen vollständigen Freistellung der Gemeinde von den Erschließungskosten steht eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung grundsätzlich nicht in Frage.<sup>36</sup> Auch hier ist somit festzustellen, dass der Erschließungsvertrag mit den klassischen entgeltlichen Beschaffungsvorgängen, die haushaltsrechtlich gesteuert werden sollten, nicht vergleichbar ist.

Fraglich ist jedoch, ob sich ein anderes Ergebnis damit begründen lässt, dass die Gemeinde mit der Übertragung der Erschließungsanlagen eine Leistung von dem Erschließungsträger erhält. Zwar sind Art und Umfang der herzustellenden Erschließungsanlagen oftmals planerisch vorgegeben. Hinsichtlich der konkreten Ausführung (z.B. Material, Qualität, Gewährleistung)

können sich die Angebote jedoch deutlich unterscheiden. Die Auswahl des besten Angebots ist daher unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten zweifellos sinnvoll.

Eine solche Argumentation geht aber weit über die hergebrachte Auslegung der Entgeltlichkeit und des Beschaffungsvorgangs hinaus. Beim Erschließungsvertrag geht es nicht um eine möglichst sparsame Verwendung der öffentlichen Gelder und Vermögensgegenstände, sondern um eine möglichst hohe Vermögenszuwendung. Es handelt sich um Verwertungshandlungen und nicht um öffentliche Beschaffungsvorgänge. Diese werden 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 ausschreibungspflichtig sein soll - ebenfalls die Erzielung eines möglichst hohen Kaufpreises in Frage. Und auch bei der nicht vergabepflichtigen Dienstleistungskonzession zahlt der Konzessionär regelmäßig Entgelte an die Kommune<sup>37</sup>, ohne dass daraus auf die Anwendbarkeit des Vergaberechts geschlossen würde. Daher sprechen unterhalb der Schwellenwerte die besseren Argumente gegen eine Ausschreibungspflicht.<sup>38</sup>

### Anzuwendendes Verfahren

#### Verfahrensarten

In der Praxis dürfte sich vor allem das Verhandlungsverfahren zur Ausschreibung komplexer städtebaulicher Projekte anbieten, möglicherweise auch das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs, bei dem es sich um ein in besonderer Weise gestaltetes Verhandlungsverfahren handelt. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit dieser beiden Vergabeverfahren ergeben sich aus § 3a Nr. 4-6 VOB/A.

#### Zuschlagskriterien

Besonderes Augenmerk ist im Rahmen des Vergabeverfahrens auf die Formulierung der Zuschlagskriterien zu legen. Diese müssen schon in der Bekanntmachung genannt werden und dürfen während der Durchführung des Verfahrens nicht geändert werden. Auch eine nachträgliche Verwendung oder Änderung von Unterkriterien ist nicht zulässig.<sup>39</sup>



## Phasenweise Abwicklung

Weiter bietet sich an, bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens dieses in mehreren aufeinanderfolgenden Phasen abzuwickeln (sog. strukturiertes Verhandlungsverfahren). Dies ist bereits in der Bekanntmachung anzugeben. Durch diese Vorgehensweise ist eine Abschichtung der eingehenden Angebote möglich. Es empfiehlt sich, Verhandlungen bis zum Ende mit mindestens zwei Bietern parallel zu führen, um auch in der Schlussphase noch Wettbewerb zu gewährleisten, wie es § 3 a Nr. 7 VOB/A fordert.

## Folgen eines Verstoßes gegen Ausschreibungspflicht

### Rechtsaufsicht/GPA

Wird ein Auftrag vergaberechtswidrig nicht ausgeschrieben, so kann dies eine Beanstandung des gemeindlichen Vorgehens durch die GPA oder die Rechtsaufsichtsbehörde zur Folge haben. Eine solche Beanstandung hat auf die Wirksamkeit des Vertrags keine Auswirkungen, sondern soll vor allem für die Zukunft gewährleisten, dass die Gemeinde die vergaberechtlichen Vorgaben einhält. Aus Sicht der Kommunen stellt dies somit die am wenigsten belastende Rechtsfolge dar („wird künftig beachtet“). Dritte haben keinen Anspruch auf ein Tätigwerden dieser Einrichtungen.

### Nachprüfungsanträge

Handelt sich um einen Auftrag oberhalb der Schwellenwerte, so bestehen aus Gründen des Wettbewerbsschutzes subjektive Rechte von potentiellen Mitbieter. Diese können ein Nachprüfungsverfahren bei der zuständigen Vergabekammer einleiten. Ein solches Nachprüfungsverfahren führt in aller Regel zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens - selbst wenn der Nachprüfungsantrag abgewiesen wird.

Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens stellt die Vergabekammer fest, ob die zu beachtenden vergaberechtlichen Vorschriften eingehalten wurden. Wird eine Rechtsverletzung des betroffenen Bieters festgestellt, ergreift die Vergabekammer geeignete Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung

betreffender Interessen zu verhindern (§ 114 Abs. 1 GWB).

Bei einem vergaberechtswidrigen Grundstücksverkauf wird die Vergabekammer die Erteilung des Zuschlags untersagen und aufgeben, den Verkauf auf der Grundlage eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens auszuschreiben.

### Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?

Die Frage des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte entzieht sich nach wie vor einer abschließenden Beantwortung. Nach der Grundsatzentscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2006<sup>40</sup> konnte man zunächst versucht sein, diesen Bereich als weitgehend geklärt anzusehen. Nach Auffassung des BVerfG sind die unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte verfassungskonform. Die Vorschriften des GWB einschließlich des dort vorgesehenen Nachprüfungsverfahrens gelten damit nicht, soweit die Schwellenwerte nicht erreicht werden. Zugleich hat das Gericht jedoch bestätigt, dass auch bei der Auftragsvergabe eine Bindung staatlicher Stellen an Art. 3 Abs. 1 GG bestehe (dazu siehe oben). Der genaue Umfang der insoweit bestehenden Bindungen ist jedoch weitgehend ungeklärt. Zudem haben verschiedene neuere Entscheidungen sogar einen Pri-

märrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte anerkannt. Insoweit steht insbesondere in Frage, ob einstweilige Verfügungsverfahren nach der ZPO statthaft sind.<sup>41</sup>

### Sekundärrechtsschutz

Bei einem Verstoß der Vergabestelle gegen die dargestellten rechtlichen Vorgaben kann ein Bieter unter Umständen Schadensersatz verlangen. Solche Ansprüche können sich auch aus dem zivilrechtlichen Rechtsinstitut des Verschuldens bei Vertragsschluss („culpa in contrahendo“, §§ 280 I, 311 II BGB) ergeben.

### Nichtigkeit

Zwar kann ein erfolgter Zuschlag durch einen wirksamen zivilrechtlichen Vertrag gemäß § 114 Abs. 2 S. 1 GWB mittels eines Nachprüfungsverfahrens nicht aufgehoben werden. In einem solchen Fall kommen grundsätzlich nur Schadensersatzansprüche der betroffenen Bieter in Betracht.<sup>42</sup>

Etwas anderes gilt aber dann, wenn der geschlossene Vertrag nichtig ist. Aufgrund des Verstoßes gegen § 13 S. 1 VgV ist ein ohne Beachtung dieser Informationspflichten zustande gekommener Vertrag als nichtig anzusehen (§ 13 S. 6 VgV). Dies gilt auch bei einer de-facto-Vergabe ohne geregeltes Vergabeverfahren. Damit liegt ein wirksamer Zuschlag gerade nicht vor. Daneben kommt die Nichtigkeit von

## Die Erhaltung wertvoller Kulturlandschaften wird belohnt

### Bewerbungsschluss ist der 30. Mai 2008

Bereits zum 18. Mal schreiben der Schwäbische Heimatbund und der Sparkassenverband Baden-Württemberg gemeinsam den Kulturlandschaftspreis aus. Auch 2008 können sich Privatleute, Vereine und ehrenamtliche Initiativen aus Württemberg, Hohenzollern und den angrenzenden Gebieten um den mit insgesamt 12.500 Euro dotierten Preis bewerben.

Angesprochen sind Menschen, die sich für eine nachhaltige und traditionsbewusste Nutzung der Kulturlandschaft und ihrer wertvollen ökologischen Funktionen einsetzen. Beispiele sind die Förderung des Streuobstanbaus, die Pflege von Heidelandschaften oder die Erhaltung traditioneller Weinbaustandorte.

Zusätzlich wird ein Sonderpreis für die Erhaltung von Kleindenkmälern vergeben. Kleindenkmäle sind zum Beispiel Gedenksteine, steinerne Ruhebänke, Trockenmauern, Feld- und Wegekreuze sowie Wegweiser, Unterstände und viele andere mehr.

Das Preisgeld stellt die Sparkassen-Stiftung Umweltschutz zur Verfügung. Es kann unter den Preisträgern aufgeteilt werden. Bewerbungsschluss ist der 30. Mai 2008. Die Verleihung der Preise findet im Herbst 2008 im Rahmen einer öffentlichen Veranstaltung statt.

Weitere Informationen:

[www.schwaebischer-heimatbund.de](http://www.schwaebischer-heimatbund.de)

Quelle: Pressemitteilung des Schwäbischen Heimatbunds vom 7. März 2008

Verträgen auch auf der Grundlage von § 138 BGB in Betracht. Dies dürfte jedoch nur dann der Fall sein, wenn der öffentliche Auftraggeber in bewusster Missachtung des Vergaberechts handelt und kollusiv mit dem Auftragnehmer zusammenwirkt.

**Rückforderung gewährter Subventionen**

Sehr weitgehende Auswirkungen kann ein Vergaberechtsverstoß haben, soweit für ein nicht oder fehlerhaft ausgeschriebenes Vorhaben Fördermittel in Anspruch genommen wurden. In einem solchen Fall kann es zur Rückforderung der bewilligten Förderung kommen.

Bei der Gewährung von Subventionen wird regelmäßig zur Auflage gemacht, dass die durchzuführenden Arbeiten auszusprechen bzw. die vergaberechtlichen Vorschriften einzuhalten sind.

Wird durch fehlerhafte oder unterlassene Ausschreibung gegen eine solche Auflage verstoßen, so kann der Bewilligungsbescheid gemäß § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG widerrufen werden. Erbrachte Leistungen sind nach § 49 a Abs. 1 VwVfG zu erstatten.

**Fazit und Ausblick**

Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsauffassung vor allem des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht kommunaler Grundstücksverkäufe durchsetzen wird. Aus Sicht der Kommunen wäre zu wünschen, dass der BGH kurzfristig die Möglichkeit erhält, eine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage zu treffen. Sollte das in zweiter Instanz zuständige OLG Brandenburg die abweichende Entscheidung der Vergabekammer Brandenburg bestätigen, wäre eine Vorlage an den BGH möglich und wahrscheinlich.

Derzeit sind die Gemeinden jedoch gut beraten, sich bei diesen Rechtsgeschäften an den vergaberechtlichen Vorschriften zu orientieren, da andernfalls sogar die Nichtigkeit der abgeschlossenen Verträge droht. Anderes gilt lediglich bei Grundstückskaufverträgen ohne städtebauliche Auflagen der Kommune. In vielen Fällen dürfte es möglich sein, z.B. durch Bebauungsplanfestsetzungen die gewünschten städte-

baulichen Zielsetzungen zu erreichen, ohne eine Vergabepflicht auszulösen. Hier kann in Einzelfällen das Baurecht auf Zeit nach § 9 Abs. 2 BauGB ein taugliches Mittel sein. Auch soweit nach der strengen Rechtsprechung eine Ausschreibungspflicht besteht, kann die Kommune in vielen Fällen auf das verhältnismäßig flexible Verhandlungsverfahren zurückgreifen. Zudem stehen Möglichkeiten offen, etwa über die Vorgabe von Mindestkaufpreisen zu verhindern, dass ein Grundstück zu günstig veräußert werden muss.

Bislang beschränken sich die ergangenen Entscheidungen auf den Bereich oberhalb der europarechtlich vorgegebenen Schwellenwerte. Der neuerdings teilweise gewährte Primärrechtsschutz auch unterhalb der Schwellenwerte lässt jedoch befürchten, dass sich auch hier Gerichte finden werden, die Vorgaben für den kommunalen Grundstückshandel machen werden. Dem ist jedoch eine ganz klare Absage zu erteilen, soweit Bindungen angenommen werden, die über den verfassungs- und europarechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hinausgehen. Das haushaltsrechtliche Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte ist weiterhin auf die klassischen Bedarfsdeckungsgeschäfte zu beschränken. Weder die Verfassung noch das europäische Recht verlangen, dass Grundstückskaufverträge in diesem Bereich gemäß dem vierten Teil des GWB ausgeschrieben werden. Hier verbleibt es bei den herkömmlichen Bindungen, die einen sachlichen Grund für die gewählte Verfahrensweise und Zuschlagsentscheidung fördern.

Az. 600.53, 880.00, 902.03

**Fußnoten**

- 1 Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (VergabeVwV) vom 8.11.2000 (GABl. 2000, S. 414), zuletzt geändert durch VwV vom 7.12.2006 (GABl. 2006 S. 731).
- 2 Dazu näher Heilshorn/Tanneberger, BWGZ 2006, S. 813ff.
- 3 BayObLG, Beschluss vom 19.10.2000 - Verg 9/00; VGH Hessen, Beschluss vom 20.12.2005 - 3 TG 3035/05.
- 4 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.07 - VII-Verg 2/07.
- 5 EuGH, Ur. v. 10.11.2005 - C-29/04; VergabeR 06, 47 ff.
- 6 EuGH, Ur. v. 18.11.04 - C-126/03 - Rn. 18; EuGH, Ur. v. 18.1.2007 (Stadt Roanne)- C-220/05 - Rn. 47.
- 7 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007 - Verg 30/07
- 8 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.208 - VII-Verg 37/07 - Rn. 43 f.
- 9 VK Münster, Beschluss vom 26.9.07 - VK 17/07.
- 10 VK Brandenburg, Beschluss vom 15.2.2008 - VK 2/08 - mit Verweis auf Rosenkötter/Fritz, NZBau 2007, S. 559 (560).
- 11 So auch EuGH, Ur. v. 18.1.2007 (Stadt Roanne) - C-220/05 - Rn. 47.

- 12 EuGH, Ur. v. 18.1.2007 (Stadt Roanne) - C-220/05 - Rn. 45.
- 13 Ablehnend Amelung/Dörn, VergabeR 07, S. 634 (644 ff); Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, S. 133 (136 ff); Reidt, BauR 2007, S. 1664 (1672). Teilweise wird vorgeschlagen, die Schaffung von Baurecht als Entgelt anzusehen.
- 14 OLG Naumburg, NZBau 2006, S. 58 (62 f).
- 15 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.08 - VII-Verg 37/07 - Rn. 44.
- 16 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.2.08 - VII-Verg 37/07 - Rn. 40 ff.
- 17 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007 - Verg 30/07
- 18 Schröer/Rosenkötter, NZBau 2007, S. 770 (771 f).
- 19 Dies räumend auch Schröer/Rosenkötter, a.a.O. ein.
- 20 Kunze/Bronner/Katz, GemO BW, Komm., Stand: Dezember 2006, § 92 Rn. 26.
- 21 BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03; des weiteren z.B. OLG Brandenburg, NVwZ 1999, S. 1142 (1146).
- 22 Näher dazu Heilshorn/Tanneberger, BWGZ 2006, S. 813ff.
- 23 Vgl. z.B. EuGH, Ur. v. 20.10.2005 - Rs. C-264/03; EuGH, Ur. v. 6.4.2006 - Rs. C-410/04. Zur Bedeutung dieser Rechtsprechung für Dienstleistungskonzessionen vgl. Götter/Heilshorn, BWGZ 2005, S. 857.
- 24 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 Vergaberechtslinien fallen (2006/C 179/02).
- 25 Vgl. dazu EuGH, Ur. v. 12.7.2001 - RS. 399/98, NZBau 2001, S. 512 - Milano et Lodi; ebenso z.B. BayVGH, BayVBl 2003, S. 605; näher dazu (und zu abweichenden Ansichten) Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 10.8.2007, § 99 GWB Rn 1033 ff.
- 26 Überzeugend Köster/Häfner, NVwZ 2007, S. 410 (412) m.w.N. zur Gegenansicht.
- 27 Numberger/Hitziger, BayVBl. 2005, S. 581 (585).
- 28 Wilke, ZfBR 2002, S. 231 (232); vgl. dazu auch Burmeister/Heilshorn, BWGZ 2002, S. 104 (107 f.).
- 29 VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 20.6.2002 - 1 VK 27/02.
- 30 VK Baden-Württemberg Beschluss vom 20.6.2002 - 1 VK 27/02 - ZfBR 2003, S. 81, zitiert nach ibr-online.
- 31 So Horschitz, IBR 2002, S. 619; vgl. auch Ax/Keseberg, KommJur 2007, S. 6 [8]; aus der Entscheidung der VK Baden-Württemberg eine Pflicht zur Ausschreibung „echter“ Erschließungsverträge ableitend auch Busch, VergabeR 2003, S. 622 (626 ff.); Wirner, IBR 2004, S. 177; Pieper, DVBl. 2000, S. 160 (163 ff.); in diese Richtung zudem Reidt, BauR 2007, S. 1664 (1665); vgl. auch Köster/Häfner, NVwZ 2007, S. 410ff.; anders Numberger/Hitziger, BayVBl. 2005, S. 581 (583ff.); Antweiler, NZBau 2003, S. 93 (95ff.).
- 32 OLG Naumburg, NZBau 2006, S. 58 (62 f.). zur Einräumung eines Gebührenerhebungsrechts.
- 33 Vgl. etwa Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: September 2007, § 124 Rn. 91 m.w.N.
- 34 So Ax/Keseberg, KommJur 2007, S. 6 (8).
- 35 Zur Herstellung einer kommunalen Erschließungsanlage vgl. EuGH, Ur. v. 12.7.2001 - RS. 399/98, NZBau 2001, S. 512 - Milano et Lodi (zum früheren Schwellenwert von Euro 5 Mill.); dazu auch Würfel/Butt, NVwZ 2003, S. 153ff.; Köster/Häfner, NVwZ 2007, S. 410 (412).
- 36 So mit ähnlicher Begründung auch Würfel/Butt, NVwZ 2003, S. 153 (158).
- 37 Zum Beispiel der Übertragung von Werbemaßnahmen auf öffentlichen Straßen und Plätzen vgl. Götter/Heilshorn, BWGZ 2005, S. 857ff.
- 38 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.
- 39 EuGH, Ur. v. 24.1.2008 - Rs. C-532/06.
- 40 BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03; vgl. dazu Heilshorn/Tanneberger, BWGZ 2006, S. 813ff.
- 41 Dies bejahend etwa LG Cottbus, Ur. v. 24.10.2007 - 5 O 99/07; LG Frankfurt (Oder), Ur. v. 14.11.2007 - 13 O 360/07; OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.12.2007 - 13 W 79/07.
- 42 Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 9.1.2008, § 104 GWB Rn. 1538.