

Unterlage zur Sitzung im öffentlichen Teil

Gremium	am	TOP
Liegenschaftsausschuss	06.05.2010	
Wirtschaftsausschuss	29.04.2010	

Anlass:

 Mitteilung der Verwaltung Beantwortung von Anfragen
aus früheren Sitzungen Beantwortung einer Anfrage
nach § 4 der Geschäftsordnung Stellungnahme zu einem
Antrag nach § 3 der Geschäftsordnung

Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) ist in einer aktuellen Entscheidung der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf zur europaweiten Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen klar entgegengetreten. Nach Ansicht des EuGH, der über die entsprechende Vorlage des OLG Düsseldorf abschließend entschieden hat, setzt ein europaweit ausschreibungspflichtiger öffentlicher Bauauftrag voraus, dass der Auftraggeber eine ihm „unmittelbar wirtschaftlich zugute kommende Bauleistung durch Dritte“ gemäß den von ihm genannten Erfordernissen beschafft. Das ist aber bei kommunalen Grundstücksverkäufen trotz städtebaurechtlicher Vorgaben in der Regel nicht der Fall. Das Vergaberecht wird mit diesem EuGH-Urteil auf seinen ursprünglichen Kern, nämlich die Beschaffung von Bauwerken zu eigenen und unmittelbaren Zwecken der öffentlichen Hand, zurückgeführt und hat in der Praxis zur Folge, dass bei den weitaus meisten kommunalen Grundstücksverkäufen zukünftig eine aufwändige europaweite Ausschreibung nach VOB/A entfällt.

Dazu im Einzelnen:

Der EuGH hat mit Urteil vom 25.03.2010 (Aktenzeichen C- 451/08) die bestehende Rechtsunsicherheit darüber, ob Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand, die mit einer Bauverpflichtung des Erwerbers verbunden sind, der europaweiten Ausschreibungspflicht unterliegen, beseitigt. Seit der sog. Ahlhorn-Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 bestand die Verpflichtung der Kommunen, Grundstücksverkäufe bei Überschreitung des EU-Schwellenwertes europaweit auszuschreiben, wenn aus städtebaulichen Gründen Erfordernisse bzw. Auflagen an den Grundstücksverkauf geknüpft waren und der Grundstücks Käufer zu einer Bauausführung verpflichtet war. Nach Auffassung des

OLG Düsseldorf, dem sich auch weitere Gerichte und Vergabekammern angeschlossen hatten, ist eine solche Konstellation mit einer Baukonzession vergleichbar, die gemäß VOB/A europaweit in einem Verhandlungsverfahren mit vorangehendem öffentlichen Teilnehmerwettbewerb auszuschreiben ist. Seitdem hatte 23/ Liegenschaftsabteilung gemeinsam mit dem Zentralen Vergabeamt mehrere dieser komplexen Ausschreibungen durchgeführt, wenn die Kosten für die vorgesehenen Bauverpflichtungen den Schwellenwert von z. Zt. ca. 4,85 Mill. € überschritten haben.

Nach dem jetzt vorliegenden Urteil des EuGH setzt der Begriff eines ausschreibungspflichtigen öffentlichen Bauauftrags voraus, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Vertrags ist, dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt. Die Ausübung allein von städtebaulichen Regelungen oder Möglichkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber (z. B. durch städtebauliche Verträge oder Instrumente der Bauplanung) genügt nicht, um diese Voraussetzung zu erfüllen. Das wirtschaftliche Interesse ist in erster Linie dann zu bejahen, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks wird. Ein unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil liegt auch dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber über die Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, verfügen bzw. sie nutzen darf (z. B. aufgrund von Miet- oder Pachtvertrag, wenn beispielsweise der Investor für ein Baugebiet eine Schule oder eine Kindertagesstätte errichtet und sie dann der Stadt zur Nutzung überlässt).

Das wirtschaftliche Interesse kann ferner in wirtschaftlichen Vorteilen, die der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann, in seiner finanziellen Beteiligung an der Erstellung des Bauwerks oder in den Risiken, die er im Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks trägt, bestehen.

In den typischen und meisten Fällen von Grundstücksverkäufen an Investoren aber, die aufgrund vertraglicher Regelungen auf dem Grundstück Gewerbe- oder Wohnimmobilien errichten oder sanieren sollen und an private Dritte weiterveräußern, verpachten oder sonst zur Nutzung überlassen, entfällt zukünftig die Durchführung eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens nach VOB/A.

Der EUGH folgt mit seiner Rechtsprechung der Neuregelung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Mit der Vergaberechtsnovelle vom 20. 04. 2009 legte der Bundesgesetzgeber in § 99 Abs. 3 GWB fest, dass Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand als Bauverträge nur ausschreibungspflichtig sind, wenn die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt. Damit hatte der Bundesgesetzgeber bereits eine deutlich engere Definition des Bauauftrags vorgenommen, die jetzt durch den EuGH bestätigt wurde.

Der EuGH hat zugleich klargestellt, dass unbefristete Baukonzessionen, wie sie sich im Falle von Grundstücksveräußerungen mit Bauverpflichtungen ja darstellen würden, gegen das Europäische Gemeinschaftsrecht verstoßen. Baukonzessionen können nur befristet erteilt werden. Außerdem erfordert der Begriff „öffentliche Bauaufträge“, dass der Auftragnehmer die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, unmittelbar übernimmt und dass es sich dabei um eine einklagbare Verpflichtung handelt. Aufgrund des fehlenden Leistungs- und Gegenleistungsverhältnisses zwischen Kommune und Grundstückskäufer über die Erbringung der Bauleistung ist dies nicht möglich, die Kommune als Verkäuferin des Grundstücks kann die Bauleistung nicht im Klagewege durchsetzen. Vielmehr lässt sich daraus folgern, dass es auch zukünftig zulässig sein wird, wenn die Verträge Vertragsstrafen und Rücktrittsrechte als Druckmittel der Stadt Köln vorsehen, falls der Vertragspartner seinen Bauverpflichtungen nicht oder nicht fristgemäß nachkommen sollte.

In der praktischen Konsequenz werden daher die meisten Grundstücksverkäufe bei der Stadt Köln zukünftig ohne ein komplexes und zeitaufwändiges europaweites Vergabeverfahren erfolgen können. Der Verkauf von Liegenschaften wird in der Regel wie vor Beginn der Ahlhorn-Rechtsprechung wieder in kooperativer Form mit interessierten Investoren durchgeführt werden können, wobei in der Regel auf wettbewerbliche und transparente

Verfahren zurückgegriffen wird. Selbstverständlich werden dabei die haushaltsrechtlichen Vorgaben und beihilferechtlichen Vorschriften des EU-Rechts beachtet werden. Für laufende Vergabeverfahren über Grundstücksverkäufe, bei denen bereits Bekanntmachungen über die Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens nach VOB/A erfolgt sind, gilt, dass sie als förmliche Vergabeverfahren konsequent fortgeführt und beendet werden sollten. Die betreffenden Vergabeentscheidungen können zwar nicht mehr per Vergabebeschwerde von den beteiligten Bietern angefochten und zu Fall gebracht werden, aber bei einer Abweichung vom Verfahren nach VOB/A, insbesondere von den festgelegten und bekanntgegebenen Bewertungskriterien, könnten erhebliche Schadensersatzansprüche der unterlegenen Bieter wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen entstehen. Die Stadt Köln hat durch die Bekanntmachung der europaweiten Ausschreibung einen Vertrauenstatbestand geschaffen, dessen Verletzung zu einem Ersatzanspruch für den erlittenen Vertrauensschaden führt (z. B. für die Ausfertigung des Angebots, Planungs- und Kalkulationskosten etc.). Um solche im Einzelfall möglicherweise sehr hohen Ersatzansprüche zu vermeiden, ist die Fortführung bereits begonnener Verfahren unter Beachtung der VOB/A zwingend notwendig.

gez. Dr. Walter-Borjans