

Stärkung des kooperativen Städtebaus durch den EuGH

Klarheit zur Ausschreibungspflicht kommunaler Immobiliengeschäfte

Mit seinem aktuellen Urteil vom 25. März 2010 in der Rechtssache Müller GmbH (Az.: C-451/08) beseitigt der Europäische Gerichtshof (EuGH) eine Vielzahl der insbesondere durch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf verursachten Unsicherheiten für die Kommunen hinsichtlich der Ausschreibungspflicht von Grundstücksgeschäften, die im Zusammenhang mit städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB, Vorhaben- und Erschließungsplänen nach § 12 BauGB, Erschließungsverträgen gemäß §§ 124ff. BauGB sowie Sanierungs- und Entwicklungsverträgen i.S.d. §§ 136ff. BauGB stehen.

Die umstrittene Rechtsprechung einiger nationaler Gerichte

In Übereinstimmung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts (KommJur 2010, 28) widerspricht der EuGH dem Teil der nationalen Rechtsprechung, der dem sog. Ahlhorn-Beschluss des OLG Düsseldorf inhaltlich folgte. Danach wurde angenommen, dass ein das Kartellvergaberecht auslösender Beschaffungszweck der Kommune bereits bei deren städtebaulichem Interesse an einem Bauvorhaben vorliege, welches sie nicht selten durch die vertragliche Auferlegung von Bauverpflichtungen zu verfolgen sucht. Damit waren nicht nur klassische fiskalische Beschaffungsgeschäfte, sondern entgegen der bisherigen Rechtsprechung auch der Grundstücksverkauf durch den öffentlichen Auftraggeber erfasst. Dementsprechende Verträge wurden als öffentliche Bauaufträge i. S. d. §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) interpretiert, was die Pflicht zur Durchführung zeitintensiver und komplizierter Vergabeverfahren nach sich zog. Hinzu trat eine Fehleranfälligkeit mit der häufigen Folge einer Nichtigkeit des Bauauftrags.

Zudem wurde der Begriff der Baukonzession in einem sehr weiten Sinn verstanden. Nach der sog. Ahlhorn-Rechtsprechung waren ein Grundstücksverkaufvertrag und ein eine Bauverpflichtung enthaltender städtebaulicher Vertrag als Einheit zu betrachten und als Baukonzession i.S.d. GWB dem Vergaberecht zu unterwerfen, selbst wenn der Grundstücksverkäufer und der Träger der Bauaufsicht nicht personenidentisch waren. Dazu bedurfte es auch nicht der Verpflich-

tung des Unternehmers, die Bauleistung für den öffentlichen Auftraggeber zu erbringen. Dieser konnte vielmehr auch den Willen haben, das Bauwerk der Allgemeinheit oder lediglich einzelnen Dritten zur Verfügung zu stellen (OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 138, 140). Es reichte mithin aus, dass der städtebauliche Vertrag nur dazu diene, städtebauliche Gestaltungsvorstellungen der Kommune umzusetzen. Zudem schloss auch der Eigentumserwerb des Unternehmers die Annahme einer Baukonzession nicht aus.

Der Sichtweise des OLG Düsseldorf folgten etwa das OLG Bremen und Karlsruhe sowie die Vergabekammer Brandenburg, nicht aber das OLG München sowie die Vergabekammern Baden-Württemberg und Hessen. Nicht zuletzt durch diese Disparitäten wurde eine Verunsicherung bei den Kommunen erzeugt, die jene in nicht wenigen Fällen vom Abschluss städtebaulicher Verträge abhielt und somit zu Investitionshemmnissen führte. Dieser Verunsicherung ist neben anderen auch das Difu mit einer Fachtagung unter dem Titel „Vor den Vergabegerichten – das Ende des kooperativen Städtebaus?“ am 24. Januar 2008 in Berlin entgegengetreten (dazu unter <http://www.difu.de/dokument/vor-den-vergabegerichten-das-ende-des-kooperativen.html-0>).

Der Gesetzgeber wollte der Judikatur im Sinne des OLG Düsseldorf durch die Novellierung des GWB im Jahr 2009 bewusst das Fundament entziehen. So wurde die gesetzliche Definition des öffentlichen Bauauftrags deutlich enger formuliert als zuvor. Ein kartellvergaberechtlicher öffentlicher Bauauftrag ist nunmehr nur noch anzunehmen bei einem Vertrag „über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ (§ 99 Abs. 3 GWB, die durch die Gesetzesänderung hinzugekommenen Worte sind kursiv hervorgehoben).



Novellierungsbedarf bei der BauNVO. Ergebnisse einer Umfrage des Deutschen Instituts für Urbanistik und des Deutschen Städtetages:

Das Deutsche Institut für Urbanistik und der Deutsche Städtetag führten gemeinsam eine Umfrage zum Novellierungsbedarf der BauNVO unter deutschen Kommunen durch. Die Befragungsergebnisse wurden in einer Online-Sonderpublikation veröffentlicht: <http://edoc.difu.de/edoc.php?id=G1LZUY70>

Bindungswirkung der Entscheidung des EuGH

Nunmehr besteht die begründete Hoffnung, dass das EuGH-Urteil zu einer Vereinheitlichung der deutschen Rechtsprechung zugunsten der Handlungsfähigkeit der Kommunen führen wird. Dieses ist in gewisser Weise auch dem OLG Düsseldorf zugute zu halten, da es das Urteil des EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens (KommJur 2008, 419) nach Art. 267 AEUV herbeigeführt hat, weil es sich insbesondere auch an der Novellierung des GWB störte. Aufgrund dieser Verfahrensart sind allerdings grundsätzlich nur das OLG Düsseldorf und die Vorinstanzen in der Rechtssache Müller GmbH an die in dem Urteil ergangene Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH gebunden. Faktisch sind jedoch auch alle anderen nationalen Gerichte daran gebunden, weil stets eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH besteht, wenn ein Gericht von der Auslegung des EuGH abweichen will (EuGH, C-283/8, Rn. 21). Eine solche Bindung besteht zwar unmittelbar nur für die in letzter Instanz entscheidenden Gerichte, alle anderen nationalen Gerichte werden sich jedoch schon deshalb an die Auslegung des EuGH halten, weil sie sonst mit einer Aufhebung ihres Urteils in einer höheren Instanz rechnen müssen.

Die zentralen Aussagen des EuGH

Das Urteil verwirft die durch das OLG Düsseldorf erfolgte Auslegung in wesentlichen Punkten. Dem EuGH zufolge findet das GWB nicht schon allein deshalb Anwendung, weil die vertraglichen Vereinbarungen im Zuge einer Grundstücksveräußerung auch der Umsetzung bestimmter städtebaulicher Ziele dienen. Diese Ziele kann die Kommune vielmehr durch detaillierte Verpflichtungen des Grundstückserwerbers verfolgen, ohne dass das trotz Erreichens der vergaberechtlichen Schwellenwerte dem Kartellvergaberecht unterliegen würde. Das ist nach dem EuGH nur dann der Fall, wenn die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt, also dessen unmittelbare wirtschaftliche Interessen befriedigt. Dem ist aber gerade nicht so, wenn der öffentliche Auftraggeber zur Verwirklichung allgemeiner Interessen allein in Ausübung seiner städtebaulichen Regelungszuständigkeiten handelt.

Zudem findet das Kartellvergaberecht nach dem EuGH grundsätzlich keine Anwendung auf eine Situation, in der eine öffentliche Stelle ein Grundstück an ein Unternehmen veräußert, während eine andere öffentliche Stelle beabsichtigt, einen öffentlichen Bauauftrag in Bezug auf dieses Grundstück zu

vergeben, wenn letztere noch nicht formell beschlossen hat, den entsprechenden Auftrag zu erteilen.

Die Aussagen des EuGH beziehen sich insbesondere auf drei zentrale Themenbereiche: das unmittelbare wirtschaftliche Interesse, die Bauverpflichtung und die Baukonzession.

Unmittelbares wirtschaftliches Interesse

Neben den soeben beschriebenen allgemeinen Feststellungen des EuGH hat dieser eine positive Festlegung von fünf Fallgruppen getroffen, in denen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers und damit ein öffentlicher Bauauftrag vorliegen können (EuGH, C-451/08, Rn. 50ff.):

- wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des vertragsgegenständlichen Bauwerks wird,
- wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit des vertragsgegenständlichen Bauwerks im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt,
- wenn wirtschaftliche Vorteile vorliegen, die der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann,
- wenn er an der Erstellung des Bauwerks finanziell beteiligt ist sowie
- wenn er die Risiken eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks trägt.

Die ersten zwei Fallgruppen sind aus sich selbst heraus verständlich. Wurde vertraglich vereinbart, dass die Kommune ein Gebäude nach dessen Fertigstellung etwa als Behördensitz oder Schule nutzen darf oder zu diesem Zwecke erwirbt, ist dieses Geschäft – so wie bisher – ausschreibungspflichtig. Die dritte Fallgruppe leitet sich aus den ersten beiden Fallgruppen ab, unterscheidet sich aber insoweit, als die Kommune ihre Eigentums- oder Nutzungsrechte nicht selbst wahrnimmt, sondern z.B. durch Vermietung an andere weitervermittelt und dadurch Einnahmen erzielt. Mit der vierten Fallgruppe sind „versteckte“ Entgelte des öffentlichen Auftraggebers gemeint. Danach setzt dieser öffentliche Mittel ein, damit das Geschäft unter Preis erfolgen kann. Der fünften Fallgruppe liegt die Vermutung zugrunde, dass ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Kommune dann besteht, wenn sie vertragliche Verpflichtungen eingeht, durch die sie den wirtschaftlichen Misserfolg des Bauwerks mitträgt. Mit den Fallgruppen wird

man sich in Zukunft noch genauer auseinandersetzen müssen, da das unmittelbare wirtschaftliche Interesse der Kommunen die entscheidende Voraussetzung für die Ausschreibungspflicht ist. Ist ein solches z.B. darin zu erblicken, dass die Kommune Altlastrisiken übernimmt?

Bauverpflichtung

Voraussetzung des vergaberechtlichen Bauauftrags ist nach dem Urteil auch, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die vertragliche Verpflichtung zur Erbringung von Bauleistungen übernimmt und dass es sich dabei um eine nach nationalem Recht einklagbare Verpflichtung handelt. Diese Festlegung könnte Zweifel an der klaren Linie des Urteils aufkommen lassen, weil eine indirekte Bauverpflichtung etwa darin zu sehen ist, dass eine Kommune – wie in der Praxis häufig – einklagbare Vertragsstrafen oder preislimitierte Ankaufsrechte zu ihren Gunsten für den Fall vereinbart, dass der Vorhabenträger das Vorhaben nicht durchführt. Bauverpflichtungen sollten aber doch gerade nicht mehr zur Ausschreibungspflicht führen. Das wird durch den EuGH jedoch letztlich nicht in Frage gestellt, da die von ihm geforderte einklagbare Bauverpflichtung nur eine von mehreren Voraussetzungen ist, die zur Bejahung eines öffentlichen Bauauftrags kumulativ vorliegen müssen. Kommt die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber schon nicht unmittelbar wirtschaftlich zugute, weil sie im allgemeinen Interesse liegt, so kann auch das Vorliegen einer wie auch immer gearteten vertraglichen Bauverpflichtung nicht zur Annahme eines öffentlichen Auftrags führen.

Baukonzession

Auch der Ansicht des OLG Düsseldorf, nach der mit dem Grundstückserwerb eines Privaten eine Baukonzession einhergehen könne, folgte der EuGH nicht. Er macht deutlich, dass das Eigentumsrecht des privaten Unternehmers an dem in Rede stehenden Baugrundstück das Vorliegen einer Baukonzession grundsätzlich ausschließt. Die einer Konzession immanente Risikotragung durch den Konzessionsnehmer müsse sich aus dem Konzessionsvertrag selbst und nicht aus den städtebaulichen Regelungszuständigkeiten des öffentlichen Auftraggebers ergeben. Ist vertraglich eine Eigentumsübertragung vorgesehen, so kann darin nicht gleichzeitig eine Baukonzession gesehen werden, selbst wenn gleichzeitig eine Bauverpflichtung vorliegt (ein Bauauftrag bleibt in einem solchen Fall allerdings – je nach konkreter Konstellation – möglich). Danach geht eine Baukonzession regelmäßig nur noch mit einer Grundstückverpachtung oder der Bestellung

eines Erbbaurechts einher (so auch Vetter/Bergmann, NVwZ 2010, 299, 301).

Wie geht es weiter?

Es steht zu erwarten, dass das EuGH-Urteil in nächster Zeit zu einer Wiederaufnahme von aufgrund der Rechtsunsicherheit aufgeschobenen Vertragsverhandlungen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand führen wird. Zumal der bereits beschriebene eingeschränkte Auftragsbegriff des novellierten GWB mit dem aktuellen Urteil korrespondiert. Dadurch könnten in einigen Kommunen längst überfällige Investitionen angeschoben werden. Deshalb ist es wichtig, dass eine zeitnahe Aufbereitung der neuen Rechtslage für die Praxis erfolgt. Das Urteil ist auch keinesfalls ein Freifahrtsschein für eine gänzlich vergaberechtsfreie Veräußerungspraxis. So ist insbesondere bei Projekten im Rahmen öffentlich-privater Partnerschaften weiterhin besondere Sorgfalt walten zu lassen. Auch zukünftig ist in jedem konkreten Einzelfall zu untersuchen, ob ein öffentlicher Bauauftrag vorliegt, der die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens auslöst. Dieses hat am Maßstab der Judikatur des EuGH und der damit konformen nationalen Rechtsprechung sowie unter Beachtung der Besonderheiten der in Deutschland typischen Vertragskonstruktionen zu erfolgen. Auch ist bei Grundstücksverkäufen (unter Wert) stets das Europäische Beihilferecht in den Blick zu nehmen. Zudem erledigt das EuGH-Urteil nicht alle von den nationalen Gerichten unterschiedlich beantworteten Fragen zur Ausschreibungspflicht städtebaulicher Verträge. Das gilt etwa für Grundstückskaufverträge, denen zufolge der Erwerber im Auftrag der Stadt die Erschließungsmaßnahmen durchzuführen hat.

Difu-Brennpunktseminar

Aufgrund der Aktualität bietet das Difu am 16. Juni 2010 in Berlin das Brennpunkt-Seminar „Stärkung des kooperativen Städtebaus durch den EuGH“ an.

In dem Seminar soll insbesondere folgenden Fragen nachgegangen werden:

- Welche Veränderungen bringt das Urteil des EuGH vom 25. März 2010?
- Unter welchen Voraussetzungen sind Grundstückskaufverträge weiterhin ausschreibungspflichtig?
- Welche Fragen hat das Urteil offen gelassen und wie sind diese zu beantworten?
- Welche sonstigen rechtlichen Hürden sind zu bewältigen?

Anmeldung und weitere Informationen:

Telefon: 030/39001-258
E-Mail: fortbildung@difu.de

Weitere Informationen:

Ass. iur. Stefanie Hanke
Telefon: 030/39001-157
E-Mail: hanke@difu.de