

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner
Bismarckstraße 11-13 | D-50672 Köln

Registernummer	Telefon	Telefax	E-Mail
	+49.221.95190-89	+49.221.95190-99	s.hertwig@cbh.de r.lamm@cbh.de

Köln, den 26. März 2010

EuGH-Urteil vom 25.03.2010 zur Ausschreibungspflicht kommunaler Grundstücksverkäufe (Rs. C-451/08)

Am 25.03.2010 hat der EuGH das mit Spannung erwartete Urteil in dem Rechtsstreit der Helmut Müller GmbH gegen die von CBH Rechtsanwälte vertretene Bundesanstalt für Immobilienaufgaben verkündet.

Fast drei Jahre nach der „Ahlhorn-Rechtsprechung“ tritt damit nun wieder eine Kehrtwende in der vergaberechtlichen Praxis ein. Öffentliche Auftraggeber, die ihre Grundstücke mit einer Bauerrichtungsverpflichtung verkaufen wollen, können - zumindest in den meisten Fällen - das GWB und die VOB/A wieder zurück ins Regal stellen.

Wir haben mit der Entscheidung des EuGH erwirkt, dass zumindest die meisten Ihrer Verkaufsgeschäfte nicht mehr in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts fallen.

Hintergrund für das Urteil ist ein Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf an den EuGH im Zusammenhang mit dem Verkauf eines ehemaligen Kasernengrundstücks in der Gemeinde Wildeshausen. Eine Bauverpflichtung war in dem Grundstückskaufvertrag nicht enthalten, das OLG Düsseldorf wollte jedoch mit der Begründung, dass die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben und die Ortsgemeinde als einheitliche Auftraggeber anzusehen seien und durch

Dr. Gert Cornelius ^{bis 1999}
Prof. Dr. Kurt Bartenbach ^{1 4}
Manfred Haesemann ²
Werner M. Mues ¹
Dr. Manfred Hecker ⁵
Dr. Joachim Strieder
Ernst Eisenbeis ¹
Dieter Maier-Peveling
Dr. Stefan Hertwig ^{2 3}
Dieter Korten M.A.
Carl-Peter Forschbach
Arnd Holzapfel ³
Stefan Rappen ²
Dr. Jörg Laber ¹
Paul H. Assies ⁷
Paul M. Kiss
Dr. Ingo Jung ⁴
Johannes Ristelhuber
Jens Kunzmann ⁴
Falk Newi ⁶
Volker Werxhausen ¹
Markus Vogelheim ³
Andrea Heuser ⁸
Doris Deucker
Stefan Koch ²
André Ueckert ¹
Nadja Siebertz ⁴
Franziska Anneken
Dr. Martin Quodbach, LL.M. ⁴
Dr. Markus Ruttig ⁴
Dr. Eike N. Najork, LL.M.
Dr. Soenke Fock, LL.M. ⁴
Dr. Tassilo Schiffer ²
Dr. Markus J. Goetzmann, LL.M.
Christian Schmitt
Christine Püschmann
Nils Mrazek
Torsten Bork ³
Dr. Anja Bartenbach-Fock, LL.M.
Dr. Sascha Vander, LL.M.
Dr. Marcus Geschwandtner
Dr. Marcus Steinberg
Christopher Küas
Dr. Jochen Hentschel
Regina Lamm
Dr. Falk Müller, LL.M.
Tobias Gabriel
Marie Teworte-Vey
Lars Christoph
Niklas Kinting
Alexander Brierley, LL.M.
Dr. Matthias Steegmann
Dr. Cornelia Wellens

Prof. Dr. Max Dietlein ^{bis 2005}
Verwaltungs- und Verfassungsrecht
Dr. Gabriele Wurzel
Staatssekretärin a.D.
Verwaltungs- und Verfassungsrecht
Prof. Dr. Winfried Pinger
Unternehmensnachfolge und Erbrecht

1 Fachanwalt für Arbeitsrecht
2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
3 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
4 Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
5 Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
6 Fachanwalt für Versicherungsrecht
7 Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
8 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

die Stadt Wildeshausen städtebauliche Ziele vorgegeben würden, eine Vergabepflicht annehmen. Dies stellte nach unserer Auffassung eine zu extensive Auslegung des europäischen Rechts dar. Die von uns vertretene Auffassung, dass ein öffentlicher (Bau)auftrag nur und erst dann vorliegt, wenn eine einklagbare Bauverpflichtung begründet wird, hat der Europäische Gerichtshof bestätigt. Das Urteil geht aber darüber hinaus und nimmt weiter alle Grundstücksverkäufe vom Vergaberecht aus, in denen die Bauverpflichtung nicht dem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Verkäufers dient.

Dabei hat der EuGH wegweisende und erfreulich klare Aussagen getroffen, die die Uhren wieder auf den Stand „vor Ahlhorn“ zurückdrehen.

I. Das Urteil

Der EuGH stellt fest:

- Der Begriff des öffentlichen Bauauftrages setzt voraus, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrages ist, dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt. Sie muss dabei jedoch nicht in einem körperlich gegenständlichen Sinn „beschafft“ werden. Das wirtschaftliche Interesse ist auch gegeben, wenn der öffentliche Auftraggeber die Bauleistung auf Grund eines anderen Rechts nutzen kann, wie z.B. bei einem Mietvertrag über ein noch zu errichtendes Gebäude. Das wirtschaftliche Interesse kann ferner darin liegen, dass sich der öffentliche Auftraggeber an der Erstellung finanziell beteiligt oder Risiken im Falle eines Fehlschlages des Projektes übernimmt.
- Die Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber geschieht im Allgemeininteresse und stellt keinen öffentlichen Bauauftrag dar.
- Der Begriff des öffentlichen Bauauftrages erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrages sind, übernimmt und dass es sich um eine nach dem jeweiligen nationalen Recht einklagbare Verpflichtung handelt.
- Vom öffentlichen Auftraggeber genannte „Erfordernisse“ im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB bestehen nicht in dem bloßen Umstand, dass eine Behörde bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne prüft oder in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten eine Entscheidung trifft.

- Eine öffentliche Baukonzession liegt nur im Falle einer befristeten Rechtsübertragung vor. Eine unbefristete Erteilung von Konzessionen würde den Wettbewerb beeinträchtigen und damit gegen die Rechtsordnung der Union verstoßen.

II. Folgerungen

Was bedeutet diese Entscheidung im Klartext für Ihre Praxis bei der Vermarktung städtischer Grundstücke?

Sicher ist: Sie müssen kein Vergaberecht anwenden, wenn Sie eine Bauverpflichtung des Käufers nur vereinbaren wollen, um eine Brachfläche im Gemeindegebiet oder Spekulationen mit dem Grundstück zu vermeiden.

Genauso sicher ist, dass Vergaberecht Anwendung findet, wenn auf dem zu veräußernden Grundstück etwas für die Stadt errichtet wird, z.B. ein Rathaus oder eine Schule. Selbst wenn Sie in diesen Fällen keinen Werklohn für die Errichtung der Gebäude zahlen, sondern den Erwerber über Mietzahlungen refinanzieren, liegt ein öffentlicher Auftrag vor, sofern der Schwellenwert erreicht wird. Es kommt nicht darauf an, ob der öffentliche Auftraggeber am Ende Eigentümer des Gebäudes wird.

Auch städtebauliche Verträge unterliegen weiterhin dann dem Vergaberecht, wenn mit ihnen eine Bauleistung verlangt wird, die der Kommune, z.B. als öffentliche Straße, wirtschaftlich zugute kommt.

Noch nicht entschieden ist der Fall, dass der öffentliche Grundstücksverkäufer nur an Teilen der verlangten Bauleistung ein eigenes unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat. Diese Konstellation wäre etwa gegeben, wenn er auf dem verkauften Grundstück die Errichtung eines Einkaufszentrums mit einer öffentlichen Tiefgarage verlangt. Ist dann der vergaberechtlich relevante Schwellenwert nur aus den Baukosten der Tiefgarage oder aus den insgesamt notwendigen Investitionen zu errechnen, weil die Tiefgarage ohne das EKZ nicht gebaut würde? Wir würden hier raten, den sichersten Weg zu gehen und den Wert der Gesamtinvestition zu betrachten.

Ein weiteres genaues Augenmerk ist auf die Aussage des Gerichtshofes zu richten, wonach unbefristete Konzessionen europarechtswidrig sind. Sie könnte etwa Sale-and-Lease-Back Verträgen entgegenstehen, bei denen der öffentliche Grundstücksverkäufer nur eine Ankaufsoption erhält, das Grundstück mithin unbefristet in das Eigentum des Käufers und Leasinggebers übergeht.

Laufende Vergabeverfahren über Grundstücke sollten fortgeführt werden. Werden sie aufgehoben, drohen Schadensersatzforderungen der Bieter, welche darauf vertrauen durften, mit Abgabe ihres Angebotes eine Chance auf den Zuschlag zu haben.

III. Beihilfenverbot

Wenn Sie sich schließlich fragen sollten, ob es weitergehende (europarechtliche) Anforderungen gibt, die Sie bei einem Grundstücksverkauf beachten müssen, so lautet die Antwort: ja. Denn neben dem kommunalen Haushaltsrecht und dem daraus folgenden Wirtschaftlichkeitsgebot muss auch das europäische Beihilferecht in den Blick genommen werden. Das Beihilferecht verbietet den Verkauf eines Grundstücks unter dem Marktpreis, etwa um die Ansiedelung eines interessanten Gewerbesteuerzahlers zu erreichen. Eine unzulässige Beihilfe führt nach der nationalen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu, dass der Grundstückskaufvertrag nichtig ist.

Dem Vorwurf, nicht zum Marktpreis veräußert zu haben, können die Kommunen neben der Einholung eines Wertgutachtens durch die Durchführung eines Bietverfahrens um das Grundstück entgehen. Stützt sich die Kommune auf ein Wertgutachten, obwohl ihr ein höheres Gebot eines anderen Kaufinteressenten vorliegt, dann droht zwar kein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren mehr. Der höher bietende Kaufinteressent kann aber unter beihilferechtlichem Blickwinkel den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen und argumentieren, das Wertgutachten spiegele die Marktverhältnisse nicht zutreffend wider.

Es bleibt deshalb bei unserer Empfehlung, bei „Leuchtturmprojekten“ – also der Veräußerung von Grundstücken in 1a-Lagen mit hohem Interesse im Markt – ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen. Die bisher gewonnenen Erfahrungen zeigen auch, dass diese Verfahren einen Verkauf durchaus beschleunigen können, weil sie die Willenbildung aller auf Seiten der öffentlichen Hand Beteiligten kanalisieren und diese zwingen, ihre Beiträge rechtzeitig in das Verfahren einzuspeisen.

Sollten Sie Interesse an dem Volltext des Urteils haben, senden wir Ihnen dieses gern zu. Auch für Fragen in diesem Zusammenhang, können Sie uns jederzeit gerne ansprechen.

Mit freundlichen Grüßen

(Dr. Stefan Hertwig)
Rechtsanwalt

(Regina Lamm)
Rechtsanwältin