



GESELLSCHAFT FÜR
IMMOBILIEN-
WIRTSCHAFTLICHE
FORSCHUNG E.V.

Society of Property
Researchers, Germany

Wilhelmstraße 12
D- 65185 Wiesbaden

Telefon (0611) 23 68 10 70
Telefax (0611) 23 68 10 75

E-Mail info@gif-ev.de
Internet <http://www.gif-ev.de>

Praktische Hinweise für den Umgang mit der „Ahlhorn-Entscheidung“ (Grundstücksverkäufe der Öffentlichen Hand)

November 2009

© gif Gesellschaft für
Immobilienwirtschaftliche
Forschung e.V.

Arbeitskreis 7
Public Real Estate Management



Arbeitskreis Public Real Estate Management

unter dem Vorsitz von

Dr. Eleonore Pöll,

M C E P Management Consulting

Beteiligte Mitglieder:

Daniel Barthold, Bundesanstalt für Immobilienaufgaben

Peter Bergmann, Flughafen Leipzig/Halle GmbH

Alfred Gangel, Stadt Frankfurt am Main

Karin Hruschka, Staatsbetrieb Immobilien Freistaat Bayern

Paul M. Kiss, CBH Rechtsanwälte Köln

Eberhardt Maurer, Landeshauptstadt Stuttgart

Maik Mittelstädt, HI Hessisches Immobilienmanagement, Wiesbaden

Elisabeth Schmitt, Staatsbetrieb Immobilien Freistaat Bayern

Sabine Steckelbach, Stadt Dortmund

Dr. Richard Vestner, Dorsch Consult

Thomas Zügel, Landeshauptstadt Stuttgart

Rückfragen / Anregungen

Arbeitskreisleitung: e.poell@mcep.de

www.mcep.de

Wiesbaden, im November 2009

- 1 Einleitung**
- 2 Ziele**
- 3 Verfahren**
- 4 Sichtweisen und Interessen der Zielgruppen**
- 5 Kritische Punkte**
- 6 Praxis**
- 7 Fazit**

1 Einleitung

Mit der „Ahlhorn-Entscheidung“¹ zu Grundstücksverkäufen der Öffentlichen Hand sorgte des Oberlandesgericht Düsseldorf in den vergangenen Monaten für Unsicherheit sowohl bei Bund, Ländern und Gemeinden als auch bei Projektentwicklern und Investoren. Die Düsseldorfer Richter folgten damit dem Europäischen Gerichtshof und seiner „Roanne-Entscheidung“². Der Beschluss des Oberlandesgerichtes, Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand mit Auflagen als Beschaffungsvorgang zu werten, stellt den Ansatz des kooperativen Städtebaus grundlegend in Frage. Des Weiteren sind aufgrund der für die Immobilienwirtschaft bislang ungewohnten Verfahrensweisen Projektentwickler und Investoren nachhaltig verunsichert. Die Anzahl der Grundstückstransaktionen, insbesondere bei Verkäufen durch Bund und Länder in Folge der besonderen Dreieckskonstellation sind drastisch zurückgegangen. Betroffen sind dabei Veräußerungen von bundes- oder landeseigenen Grundstücken bei denen in Folge der Umwidmung Baurecht durch die Belegheitskommune geschaffen werden muss.



Eine ähnliche Problematik folgt bereits aus der „Roanne-Entscheidung“: Immer dann, wenn Länder oder Kommunen für staatliche Stellen (Behörden) oder Universitäten Anmietungen beabsichtigen und keine geeigneten Objekte auf dem Markt verfügbar sind, werden Mietverträge ausgeschrieben mit dem Ziel, dass ein Investor das passende Gebäude erstellt und an das Land/die Kommune vermietet (sogenannte Bestellbauten).

Dieser Mietvertrag, der weder den Regelungen der VOB/A noch den der VOL/A unterliegt und deshalb nach deutschem Recht nicht auszuschreiben wäre, ist hingegen nach § 99 GWB aus europäischer Sicht als Bauauftrag anzusehen und deshalb bei Überschreiten des Schwellenwerts europaweit auszuschreiben³. Denn seit der Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf kommt es auf einen eigenen Beschaffungsbedarf beim Auftraggeber nicht mehr an. Hierbei handelt es sich auch nicht um eine sog. „Baukonzession“, wie in den Fällen des Grundstücksverkaufs mit gleichzeitiger Auferlegung von Baupflichten, sondern in der Tat um einen Bauauftrag, bei dem

¹ Vgl. OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 (Az.: VII-Verg 2/07)

² Vgl. EuGH vom 18.01.2007 (Rs C-220/05)

³ Vgl. Klage der europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland, „Kölner Messehallen“, EuZW 2007,451



das Entgelt (quasi der Werklohn) die Miete ist, die der Auftraggeber (= Mieter) an den Auftragnehmer (= Vermieter) entrichtet.

Diese Unterscheidung hat wegen des für die europaweite Bekanntmachung zu verwendenden Formulars auch durchaus praktische Relevanz (siehe: www.simap.europa.eu). Für Baukonzessionen ist das Formular X, für „klassische“ Aufträge hingegen das Formular II zu verwenden.

Infolge des Vorlagebeschlusses⁴ des OLG Düsseldorf vom 02.10.2008 (VII Verg 25/08) beschäftigt sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) nun erneut mit diesem Thema. Die Beantwortung der Vorlagefragen des OLG Düsseldorf durch den EuGH lässt wichtige und praxisrelevante Klarstellungen erwarten. Bis zu einer endgültigen Klärung ist mit der derzeitigen Rechtsprechung umzugehen.

2 Ziele

Übergeordnetes Ziel der Erarbeitung dieses Arbeitspapiers ist die Darstellung der Folgen und des Umgangs mit der neuen Herausforderung durch die zwingende Anwendung des Vergaberechts.

Das Arbeitspapier verfolgt somit folgende konkrete Zielsetzungen:

- die Förderung des Verständnisses aller Verfahrensbeteiligten zwischen dem öffentlichen Grundstückseigentümer (Bund oder Land), der betroffenen Kommune sowie den Projektentwicklern und Investoren;
- die Beschreibung des Verfahrens für alle Beteiligten und
- den Abbau von Vorbehalten gegenüber der neuen Verfahrensweise bei Projektentwicklern und Investoren (Kaufinteressenten).

⁴ Vgl. OLG Düsseldorf vom 02.10.2008 (Az. VII Verg 25/08)

Dabei kommt es den Verfassern im Speziellen auf eine immobilienwirtschaftliche Betrachtung der Thematik an. Juristische Aspekte stehen nicht im Vordergrund. An dieser Stelle verweisen wir auf den Leitfaden des Städte- und Gemeindebundes NRW in Verbindung mit dem Städtetag NRW vom März 2008⁵ „Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht - Konsequenzen aus der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf [...]“, in dem ausführlich die unterschiedlichen Beschlüsse der Vergabekammern und Oberlandesgerichte und deren Konsequenzen beleuchtet werden. Des Weiteren hat sich der Zentrale Immobilien Ausschuss⁶ intensiv mit den Auswirkungen aus Sicht der Investoren und Projektentwickler beschäftigt.

3 Verfahren

3.1 Rahmenbedingungen

Die OLG Düsseldorf-Entscheidung liefert keine konkrete Beschreibung für die Strukturierung und den Ablauf eines Veräußerungsverfahrens. Basis für die Ausgestaltung eines Veräußerungsverfahrens bilden das GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) und die VOB/A (vgl. § 32a VOB/A für die Baukonzession). Sobald der Wert des öffentlichen „Auftrages“, den Schwellenwert von aktuell 5,15 Mio. € gemäß § 100 Abs.1 GWB i.V. mit § 2 VgV⁷ erreicht, besteht die Pflicht für eine europaweite Ausschreibung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei der Berechnung des Schwellenwertes allein der Wert des Bauauftrags maßgeblich ist, nicht dagegen der Kaufpreis oder andere Preisbestandteile.⁸

Die VOB/A, (Nr. 1, § 3a) unterscheidet vier Möglichkeiten:

3.2 Übersicht Verfahrensarten

Verfahren	<u>Offenes Verfahren</u>	<u>Nichtoffenes Verfahren</u>	<u>Verhandlungsverfahren</u>	<u>Wettbewerblicher Dialog</u>
			- mit Bekanntmachung - ohne Bekanntmachung	
Unterschiede	Ausschreibungsgegenstand ist abschließend zu beschreiben, es sind keinerlei Änderungen möglich, Nachverhandlungsverbot	Ausschreibungsgegenstand ist abschließend zu beschreiben, es sind keinerlei Änderungen möglich, Nachverhandlungsverbot	Ausschreibungsgegenstand (Konzept und Vertrag) stehen noch nicht abschließend fest	Gemeinsame Entwicklung eines „Produktes“ keine Verhandlung über den Preis!
	Keine Beschränkung der Bieterzahl möglich	Beschränkung der Bieterzahl im Verfahren durch Auftraggeber möglich	Sukzessive Beschränkung der Bieterzahl im Verfahren durch Auftraggeber möglich (Teilnahmewettbewerb, Absichten Bieter im Verfahren)	Beschränkung der Bieterzahl im Verfahren durch Auftraggeber möglich

⁵ Vgl. Städte- und Gemeindebund NRW / Städtetag NRW vom März 2008, 2. Auflage (Autoren Barbara Meißner, Stephan Keller, RA Dr. Stefan Hertwig, RAin Regina Lamm, geb. Öynhausen).

⁶ Vgl. www.zia-deutschland.de: Stellungnahme des ZIA zum Spannungsverhältnis zwischen kooperativem Städtebau und Vergaberecht vom 01.11.2008 und ZIA-Position zum Verhältnis von Städtebau und Vergaberecht vom 19.02.2009

⁷ Verordnung (EG) Nr. 1422/2007, Amtsblatt L 317/34

⁸ OLG Düsseldorf in dem nicht veröffentlichten Streitwertbeschluss vom 27.09.2007 (Ahlhorn, VII Verg 2/07).



Die Wahl der Verfahrensart orientiert sich an der individuellen Grundstückssituation, maßgebend dabei ist der Entwicklungsstand und Marktgängigkeit des Grundstückes. Zwingende Voraussetzung für die Wahl des Offenen und Nichtoffenen Verfahrens sowie des Verhandlungsverfahrens ist die Definition des Ausschreibungsgegenstandes. Im Nichtoffenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren und beim Wettbewerblichen Dialog kann der Auftraggeber eine Höchstzahl von Unternehmen bestimmen, die zur Angebotsabgabe oder zur Teilnahme am Dialog aufgefordert werden.

Das offene Verfahren bietet sich an, wenn der Verfahrensgegenstand fest steht, also der Vertrag und z.B. die umzusetzende Planung fix sind und nur noch bepreist werden müssen. Der Vorteil des Verfahrens liegt in der Schnelligkeit seiner Durchführung, wenn es einmal gestartet wurde. Anders als im Nichtoffenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren müssen zum Zeitpunkt der Bekanntmachung bereits alle Unterlagen fertig sein. In den anderen Verfahrensarten kann man den Zeitraum des Teilnahmewettbewerbs (mind. 52 Tage) noch nutzen, um die konkreten Ausschreibungsunterlagen abschließend fertig zu stellen.

Das Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung ist für die Veräußerung von großflächigen Grundstücken, insbesondere Konversionsgrundstücken das geeignete Verfahren. Es kann je nach Komplexität und Umfang flexibel gestaltet werden kann. Im Sinne einer kooperativen Zusammenarbeit kann die Kommune Einfluss auf die Auswahl des Investors durch die gemeinsame Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien nehmen. Die Vertragsbedingungen zwischen Verkäufer und Käufer können verhandelt werden.

Das Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung wurde bislang am häufigsten angewendet und wird nachfolgend näher dargestellt.

3.3 Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung

3.3.1 Allgemeines

Beim Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung handelt es sich um ein zweistufiges Verfahren:

1. Stufe: Teilnahmewettbewerb (Qualifikationsphase für Interessenten)
2. Stufe: Angebotsphase (Verhandlungsphase mit Bietern)

Das Verfahren ist je nach Komplexität und Umfang flexibel zu gestalten. Eine verbindliche Festlegung von Verfahrensregeln ist notwendig. Dies gebietet das Transparenzgebot, dem im Vergaberecht eine besondere Bedeutung zukommt. Der Auftraggeber ist stets an den von ihm bekannt gegebenen Verfahrensablauf gebunden und darf nicht überraschend und willkürlich davon abweichen. Die Festlegung fester Regeln hilft, Rügen zu vermeiden. Allerdings sollte der Auftraggeber darauf achten, die Anforderungen nicht so streng zu formulieren, dass er bereits in der indikativen Angebotsphase gezwungen wird, unter Umständen interessante Angebote ausschließen zu müssen.

Wichtig ist es auch, um Vertrauen zwischen der Kommune und dem Eigentümer zu schaffen, eindeutige städtebauliche Ziele zu formulieren. Diese sollten dabei so konkret, wie nötig aber auch so offen, wie möglich definiert werden. Die Kommune kann außerdem Einfluss nehmen auf die Auswahl des Investors z.B. über die gemeinsame Abstimmung der Zuschlagskriterien. Falls seitens des Bundes das alleinige Zuschlagskriterium „Kaufpreis“ favorisiert wird, kann die Kommune auch über verbindliche Mindestanforderungen ihre städtebaulichen Ziele durchsetzen. Verantwortlich für die Inhalte des Verfahrens bleibt aber die jeweilige Vergabestelle.

Die Erläuterung des Verfahrens ist so eindeutig wie möglich und die verwendeten Formblätter sind so verständlich wie möglich zu gestalten, um Rügen und Nachprüfungsverfahren von vornherein zu vermeiden!

3.3.2 Teilnahmewettbewerb

Für den Teilnahmewettbewerb sind die Vorarbeiten noch nicht sehr aufwendig. Fest stehen müssen die Eignungskriterien und die Zuschlagskriterien⁹. Ferner ist der Bewerbungszeitraum von mind. 52 Tagen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften¹⁰ nach VOB/A 2006, §32a Nr. 1 Abs. 3 VOB/A zu beachten! Anders als bei Bauaufträgen gibt es nach deutschem Recht keine Verkürzungsmöglichkeit für diese Mindestfrist!¹¹

Das Erstellen eines Informationsmemorandums ist nicht zwingend, bietet sich aber bei größeren Projekten an. Gegebenenfalls kann anschließend unter Einhalten von Fristen eine zusätzliche Anzeigenschaltung erfolgen. Dabei ist es besonders wichtig, darauf zu achten, keine anderen Informationen als die in der Bekanntmachung Genannten aufzunehmen (vgl. § 32a Nr. 1 Abs. 3 VOB/A i.V.m. § 17a Nr. 2 Abs. 5 VOB/A). Wenn in der europaweiten öffentlichen Bekanntmachung auf ein abrufbares Exposé verwiesen wird, kann dies selbstverständlich zusätzlich auch in anderen (nationalen) Medien erfolgen. So dürfen Interessenten nach der förmlichen Bekanntmachung im Amtsblatt auch konkret auf diese Bekanntmachung hingewiesen werden. Ihnen dürfen aber keine weitergehenden Informationen zuteil werden, als im Amtsblatt veröffentlicht sind.

Es kann auch ratsam sein, bereits in der Bekanntmachung darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber in der Aufforderung zur Angebotsabgabe einen Mindestkaufpreis benennen wird, bei dessen Unterschreitung er berechtigt (aber nicht verpflichtet) ist, die Ausschreibung aufzuheben. Damit verhindert er, zu dem gebotenen „symbolischen Euro“ verkaufen zu müssen bzw. sich schadensersatzpflichtig zu machen, wenn die Ausschreibung wegen Unterschreitung der wirtschaftlichen Vorstellungen des Auftraggebers aufgehoben würde.

Falls der Auftraggeber den Bieterkreis ggf. im weiteren Verfahrensverlauf reduzieren („Abschichten“) möchte, kann er dies bereits in der Bekanntmachung ankündigen bzw. sich vorbehalten. Spä-

⁹ Anders als beim Bauauftrag wird deren Aufnahme in die Bekanntmachung nach der Richtlinie 2004/18/EG ausdrücklich verlangt, dort Anhang VII Teil B, dort Nr. 5 „Kriterien für die Erteilung des Auftrags“).

¹⁰ www.simap.europa.eu

¹¹ Dies, obwohl diese Verkürzungsmöglichkeit von der Richtlinie 2004/18/EG in Art. 59 i.V.m. Art. 38 Abs. 5 vorgesehen ist. Das deutsche Recht hat diese Erleichterung aber nicht umgesetzt.

testens in der Aufforderung zur Angebotsabgabe muss er angeben, wenn er eine „Abschichtung,, beabsichtigt (vgl. § 10a VOB/A).

Eignungskriterien

Die Abstimmung und Festlegung der Eignungskriterien geschieht in Abhängigkeit von der zu erwartenden Bieteranzahl und der Grundstücksqualität.

Die Prüfung der Eignung der interessierten Investoren erfolgt nach den in der VOB/A genannten Eignungskriterien, d.h. Zuverlässigkeit, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, technische Leistungsfähigkeit. Dafür können unterschiedliche Nachweise verlangt werden, z.B.

- Eigenerklärung der Interessenten zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach VOB A § 8, Ziff. 5 a, b, c, d) und e (Formblatt)
- Alternativ: Vorliegen der steuerlichen Unbedenklichkeitserklärung der Interessenten
- Handelsregisterauszug
- Bankauskunft
- Angaben zum Umsatz, ggf. Jahresabschlüsse
- Angaben zu Referenzen, ggf. Referenzschreiben von Auftraggebern

Eine Festlegung strukturell vergleichbarer Referenzen ist notwendig. Es kann ratsam sein, Mindestanforderungen (z.B. nur Projekte mit bestimmter BGF, bestimmten Auftragsvolumen in € ...) zu definieren, um die „Spreu vom Weizen“ zu trennen. Wenn nicht alle geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, ist anzugeben, nach welchen Kriterien eine Auswahl erfolgt.

Zu beachten ist, dass die Erstellung einer gewichteten Wertungsmatrix zur Bewertung der Eignung, die weder in den Richtlinien noch in der VOB/A verlangt wird, den grundsätzlich bei der Eignungsprüfung bestehenden Ermessensspielraum des Auftraggebers einschränkt.

3.3.3 Verhandlungsverfahren

Im eigentlichen Verhandlungsverfahren werden folgende wesentliche Schritte erforderlich:

- Erstellen der Vergabeunterlagen:
 - Aufforderung zur Angebotsabgabe (inkl. Mindestkaufpreis, Wertungsmatrix, Datum für die Abgabe indikativer Angebote, Verfahrensregeln i.w.S.)
 - Etwaige Gutachten (Altlasten u.Ä.)
 - Stellungnahmen der Kommune
 - Grundstückskaufvertrag
 - Angaben zum Baurecht

- Städtebaulicher Vertrag/Eckpunkte Städtebaulicher Vertrag
 - Frage- und Antwortkatalog
 - bei Bestellbauten Leistungsbeschreibung entweder als LV oder funktional
-
- Es kann auch ein Passwort geschützter Datenraum eingerichtet werden, in dem diese Unterlagen einsehbar sind und Bieterfragen- und Antworten anonymisiert veröffentlicht werden!

Grundregel

Der Bieter muss alle Unterlagen erhalten, die er benötigt, um sein Angebot kalkulieren zu können! Je weniger Unwägbarkeiten in Bezug auf den Kaufgegenstand (z.B. zu Altlasten!) und das (zumeist) noch zu schaffende Baurecht bestehen, umso besser kann er den Kaufpreis kalkulieren!

Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien legen fest, nach welchen Anforderungen der Auftraggeber über die Zuschlagserteilung entscheidet. Dabei können neben wirtschaftlichen Erwägungen auch städtebauliche Zielsetzungen und allgemeine wirtschaftspolitische Ziele (z.B. Schaffung von Arbeitsplätzen) eine Rolle spielen.

Die Oberkriterien sind in der Bekanntmachung, Unterkriterien und Gewichtung hingegen spätestens in den Vergabeunterlagen anzugeben. Denkbare Unterkriterien für das Kriterium „Nutzungskonzept“ sind beispielsweise

- Umgang mit dem Bestand (Gebäude und Erschließung) inkl. Maßgaben
- Art und Maß der Nutzung
- Nachhaltigkeit des Nutzungskonzeptes

Hinweis: Zuschlagskriterien dürfen nicht mit Mindestbedingungen verwechselt werden! Mindestbedingungen sind bindend und zwingend einzuhalten, Zuschlagskriterien hingegen beschreiben den Grad der Zielerreichung. Bei der Wertung sind die Mindestbedingungen irrelevant!

Mit Beginn des Verhandlungsverfahrens sollten Besichtigungstermine zugelassen werden. Dabei muss aber strengstens beachtet werden, dass immer nur die gleichen Informationen während der Besichtigung erteilt werden. Es kann sich daher anbieten, dass eine nicht mit dem Verfahren befasste Person die Besichtigung begleitet.

Der weitere Verlauf des Verhandlungsverfahrens umfasst:

- Abgabe der indikativen Angebote
- Formale Prüfung und Auswertung gemäß den Zuschlagskriterien; ggf. Abschichten des Bieterkreises auf zwei oder mehr sog. „preferred bidder“
(**Hinweis:** Das Gesetz verlangt, dass bis zur Entscheidung ein echter Wettbewerb gewährleistet ist, d.h. mind. mit zwei Bietern verhandelt wird. Dies gilt natürlich nur, sofern wenigstens zwei wertbare Angebote vorliegen, wenn es nur ein Angebot bzw. nur ein wertbares Angebot gibt, darf auch mit nur einem Bieter verhandelt werden¹²!)
- Verhandlungsrunde(n) mit den Bietern, ggf. Rücksprache mit oder Einbeziehung der Kommune
- Erstellung einer konsolidierten Kaufvertragsfassung
- Abgabe der verbindlichen Angebote ggf. mit verbindlicher Finanzierungszusage der entsprechenden Bank
- Formale Prüfung und Auswertung der Angebote
- Schreiben an den Bieter der für Zuschlag vorgesehen ist mit Fristsetzung für die Abgabe eines notariellen Kaufpreisangebot
- Versand der Informationsschreiben nach § 101a GWB n.F. (früher: § 13 VgV (Vergabeverordnung))
- Abwarten der gesetzlich normierten Wartezeit von nun 10 bzw. 15 Tagen¹³
(**Achtung:** Ein vorher geschlossener Vertrag ist unwirksam!)¹⁴
- Zuschlagserteilung und Annahme des Angebotes in notarieller Form

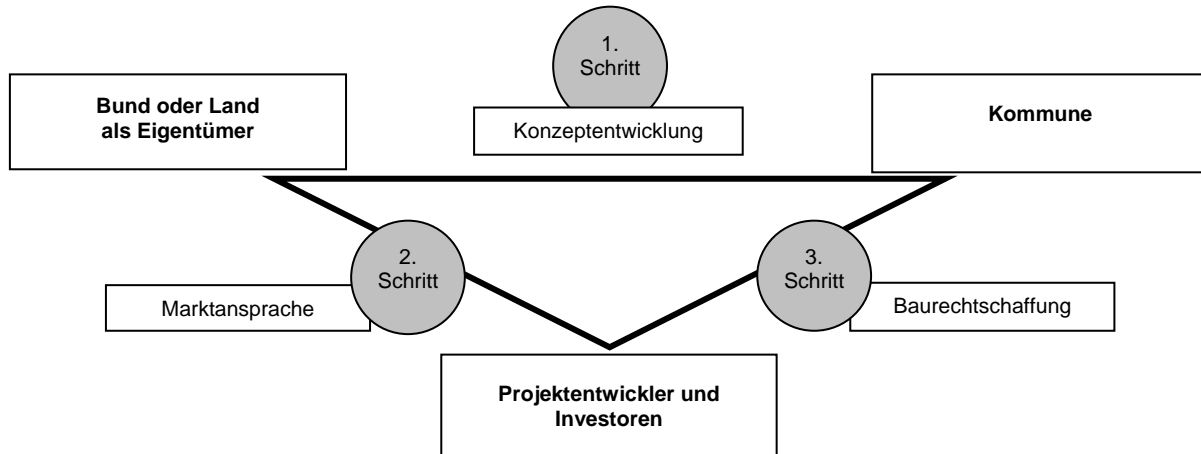
¹² Dies gilt entsprechend für den Fall, dass nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs nur ein wertbarer Teilnahmeantrag vorliegt. Der verbleibende Teilnehmer darf in diesem Fall aufgefordert werden, sein Angebot abzugeben, auch wenn es das einzige Angebot sein wird..

¹³ Abhängig von Versandart der Information, vgl. § 101a GWB n.F.

¹⁴ Achtung: Für Verfahren, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts begonnen wurden (Stichtag: 24.04.2009), gilt noch § 13 VgV, vgl. § 131 Abs. 8 GWB n.F.

4 Sichtweisen der Verfahrensbeteiligten und Interessengruppen

Auf Basis nachfolgender Darstellung soll die sich durch die Akteurskonstellation ergebende Problematik veranschaulicht werden.



Schritt 1: Konzeptentwicklung – als notwendige Grundlage der Ausschreibungsbedingungen
Vergabestelle Bund oder Land vs. stadtentwicklungspolitische Zielsetzung?

- Bewerberauswahl (ggf. Abstimmung Eignungskriterien)
- Zuschlagskriterien und Mindestanforderungen festlegen (Gewichtung städtebauliche Ziele – Wirtschaftlichkeit – Vertrag)
- **Wichtig:** Absprache mit der Kommune, Nutzungskonzept muss marktgängig sein
- Keine bzw. fast keine Änderungen während des Ausschreibungsverfahrens möglich
- Produktdefinition: so konkret, wie nötig; so offen, wie möglich

Schritt 2: Verkaufsverfahren – durch Eigentümer

Komplexe Konversionsgrundstücke und Marktanforderungen

- Wie können notwendige Marktkenntnisse vor und im Bieterverfahren eingebracht werden?
- Hohe Anforderungen an Kommunikation zwischen Verkäufer und Kaufinteressent

Schritt 3: Baurechtschaffung – durch Kommune / Käufer

Städtische Anforderungen und Markt > Angebotsplanung?

- Nachfrageorientierung und lokale Ansiedlungsinteressen
- Erprobte ÖPP-Konstruktionen z. B. über kommunalen Ankauf mit Entwicklungs-/ Erschließungspartner auf dem Prüfstein

5 Kritische Punkte

5.1 Im Verhältnis Bund/Land <> Kommune

- keine Veränderung des Ausschreibungsgegenstandes möglich
- Dauer der Verfahren erfordern Geduld auf beiden Seiten
- klare Regelungen der Verantwortlichkeiten, nur der Eigentümer/die Vergabestelle kann mit Bietern kommunizieren
- eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Grundstückseigentümer und Kommune ist unabdingbar.
- bilaterale Gespräche zwischen Kommune und Bieter können Ausschreibungsverfahren gefährden, nur die Angaben der Vergabestelle sind verfahrensrelevant
- der Verkaufsgegenstand bzw. der Ausschreibungsgegenstand muss eine entsprechende Ausschreibungsreife aufweisen
- Festlegung von planerischen Mindestbedingungen kann die Zusammenarbeit zwischen Bund/Land mit Kommune erleichtern
- frühzeitige Abstimmung der Eignungs- und Zuschlagskriterien notwendig

5.2 Im Verhältnis Bund/Land <> Käufer

- ungewohnte Veröffentlichung im EU-Amtsblatt für die Interessenten (www.ted.europa.eu)¹⁵
- Einhaltung zwingender Kriterien erforderlich: Form und Fristen
- Verwendung von Formblättern zur Vereinfachung des Verfahrens
- Dokumentation des Verkaufsgegenstandes für Kalkulation zwingend notwendig (einschließlich technische Due Diligence)
- angemessene Wahl der Eignungs- und Zuschlagskriterien
- Sicherstellung der Bieteridentität im gesamten Verfahren
(**Hinweis:** Gründung einer Projektgesellschaft während des Verfahrens ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Ist dies beabsichtigt, muss dies von Anfang an transparent gemacht werden, da sonst der Grundsatz der Bieteridentität verletzt wird).
- Dauer der Verfahren
- Frustpotenzial durch erhöhten Aufwand

Kommt es zu einem Nachprüfungsverfahren durch einen Bieter, ergibt sich für den Bund, vertreten durch die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben zudem die Besonderheit, dass gleich an welchem Ort in Deutschland ein Grundstück veräußert werden soll, in jedem Fall die Vergabekammer Bonn (Bundeskartellamt) und in zweiter Instanz immer das übergeordnete OLG Düsseldorf (Vergabesenat) zuständig sind. Ein solches Nachprüfungsverfahren setzt vorgeschaltet stets eine Rüge des Bieters voraus, d.h. er muss geltend machen, dass vergaberechtliche bieterschützende Vorschriften verletzt sind (vgl. § 107 GWB). Ohne vorherige Rüge ist der die Nachprüfung beantragende Bieter mit seinem Nachprüfungsantrag ausgeschlossen.

¹⁵ Hinweis: Die jeweils 5 letzten Ausgaben des Amtsblattes sind ohne Registrierung einsehbar; alle aktuellen und auch archivierte Bekanntmachungen sind nur nach der kostenlosen Registrierung abrufbar.

Der § 101a GWB n.F. regelt außerdem nun zusätzlich, dass ein Bieter nach Zurückweisung einer Rüge durch den Auftraggeber innerhalb von 15 Kalendertagen ein Nachprüfungsverfahren einleiten muss; dieses ist sonst zu einem späteren Zeitpunkt unzulässig.

Die Zuständigkeiten sind in folgender (Instanzen-) Übersicht dargestellt:

Eigentümer	Bund – Bundesanstalt für Immobilienaufgaben	Land	Kommune
Zuständigkeiten (Instanzen)	In jedem Fall das Bundeskartellamt / Vergabekammer Bonn	Jeweilige Vergabekammer vor Ort	Jeweilige Vergabekammer vor Ort
	In jedem Fall das OLG Düsseldorf	Jeweiliges OLG im betroffenen Bundesland	Jeweiliges OLG im betroffenen Bundesland

5.3 Im Verhältnis Kommune <> Käufer

- Zeitpunkt der Bauleitplanung (vor-/ nachgelagert)?
- bedarfsgerechte Nachnutzungsplanung vs. Angebotsplanung, daher sollten die Vorgaben so konkret, wie nötig; so offen, wie möglich sein
- keine Veränderung des Ausschreibungsgegenstandes im Verfahren

6 Praxis

Nach 19 Monaten Verfahrensdauer konnte im März 2009 durch das Vorliegen aller formellen Voraussetzungen mit der Annahme des notariellen Angebotes das europaweite Ausschreibungsverfahren für den Flugplatz Ahlhorn nach neuer Vergaberechtssprechung erfolgreich abgeschlossen werden.

Das Nutzungskonzept des Käufers sieht auf dem Ende 2005 von der Bundeswehr frei gezogenen Gelände die Entwicklung eines Logistik-, Gewerbe und Technologieparks auf den über 300 Hektar vor. Eine zivile Flugverkehrsnutzung ist ebenfalls geplant.

Damit konnte der juristische Grundsatzfall für Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand zum ersten Mal in der Dreieckskonstellation auch praktisch gelöst werden.¹⁶

¹⁶ Vgl. „Bunte entwickelt den Fliegerhorst“ in der Immobilien Zeitung vom 09.04.2009, Seite 17

7 Fazit

Trotz der nun kürzlich – am 24.04.2009 – erfolgten Änderung des § 99 Abs. 3 GWB, mit dessen Neufassung der Bundesgesetzgeber den Zweck verfolgt, die Ausschreibungspflichtigkeit wieder von einem Beschaffungsvorgang des öffentlichen Auftraggebers und seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse an dem Beschaffungsakt abhängig zu machen, bleibt abzuwarten, wie der EuGH abschließend urteilen wird. Denn es ist aufgrund ernst zu nehmender Literaturstimmen zu der Gesetzesänderung als durchaus fraglich anzusehen, ob diese Gesetzesänderung mit europarechtlichen Vorgaben im Einklang steht.

Bis zu einer Entscheidung des EuGH in dem o.g. Vorlageverfahren gilt deshalb, der rechtlich sicherste Weg ist die Grundstücksveräußerung über eine Europaweite Ausschreibung.

Das jeweilige Verfahren ist individuell auf die tatsächlichen Rahmenbedingungen und insbesondere auf die Vermarktungsfähigkeit des konkreten Grundstücks abzustimmen. Eine unreflektierte Anwendung und unzureichende Vorbereitung wird nicht zum Erfolg führen. Obwohl hieraus ein erhöhter Zeit- und Kostenaufwand resultiert, ist ein aktiver Umgang mit der aktuellen Vergaberichtssprechung bei allen Verfahrensbeteiligten notwendig, um weitere Investitionshemmnisse abzuwenden.