

DER BAYERISCHE BÜRGERMEISTER

ZEITSCHRIFT FÜR KOMMUNALE SELBSTVERWALTUNG

Ein Beitrag aus dem Bayerischen Bürgermeister Heft 1/2008 Seite 41 bis 47

Projektentwicklung in den Fängen des Vergaberechts?

Zur Ausschreibungspflicht von kommunalen Grundstücksgeschäften

Dr. Christoph Brandenburg, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, München,
Dr. Oliver Klöck, Rechtsanwalt, Düsseldorf¹

Stadt Roanne“ und „Fliegerhorst Ahlhorn“ – diese Schlagworte bestimmen derzeit bei Kommunen, Investoren und Projektentwicklern die Debatte. Sie stehen für zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bzw. des OLG Düsseldorf, wonach kommunale Grundstücksgeschäfte unter Umständen dem Vergaberechtsregime unterliegen und europaweit ausgeschrieben werden müssen.

Die Reichweite dieser neuen Rechtsprechung ist in vielen Einzelheiten noch ungeklärt: Aufgrund dieser Unsicherheit liegen derzeit zahlreiche Großvorhaben in Deutschland auf Eis, und über vielen bereits abgeschlossenen Projekten schwebt das Damoklesschwert der Nichtigkeit. Allerdings birgt die neue Entwicklung nicht nur Risiken, sondern auch Chancen. Als – soweit ersichtlich – erste deutsche Großstadt hat sich die Stadt Köln dazu entschlossen, alle größeren Entwicklungsprojekte öffentlich auszuschreiben.

Dieser Beitrag hat das Ziel, in einer ersten Einschätzung anhand mehrerer Fallgruppen herauszuarbeiten, unter welchen Voraussetzungen Projekte

künftig vergaberechtspflichtig sind und wann eine Ausschreibung nicht erforderlich ist.

Wann liegt eine Ausschreibungspflicht von Grundstücksgeschäften vor?

Ein Vertragswerk ist vergaberechtspflichtig, wenn es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt. Ein öffentlicher Auftrag liegt nach § 99 Abs. 1 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) vor, wenn

- ▶ ein öffentlicher Auftraggeber mit einem Unternehmen einen entgeltlichen Vertrag i.S. der § 99 Abs. 2 bis 5 GWB schließt,
- ▶ sein Wert die Schwellenwerte gemäß § 100 Abs. 1 GWB i.V. mit § 2 VgV erreicht oder überschreitet und
- ▶ wenn kein Anwendungsausschluss nach § 100 Abs. 2 GWB greift.

Ein solcher Vertrag unterfällt dem Vergaberecht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), ist also europaweit auszuschreiben und kann Gegenstand eines Nachprü-

fungsverfahrens vor den Vergabekammern bzw. Gerichten nach §§ 107 ff. GWB sein.

Öffentliche Auftraggeber

Der subjektive Anwendungsbereich des Vergaberechts ist bei Verträgen von Kommunen stets erfüllt: Kommunen sind als Gebietskörperschaften in jedem Fall öffentliche Auftraggeber i.S. des § 98 Nr. 1 GWB. Bei städtischen Tochtergesellschaften ist die Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB zu bejahen, wenn ihr Gründungszweck darauf gerichtet ist, dass sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen, und wenn die Kommune sie durch Beteiligung oder auf andere überwiegend finanziert oder über ihre Leitung die Aufsicht ausübt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder ihrer

¹ Die Autoren sind Partner der Kanzlei Taylor Wessing in München (Dr. Brandenburg) bzw. Düsseldorf (Dr. Klöck). Beide beraten u.a. Kommunen, Investoren und Projektentwickler im öffentlichen Bau- und Planungsrecht, im Umweltrecht sowie im Vergaberecht (www.taylorwessing.com).

Geschäftsführung oder ihres Aufsichtsorgans bestimmt hat. Diese Voraussetzungen sind etwa bei Stadtwerken, kommunalen Stadtentwicklungsgesellschaften oder Verkehrsbetrieben i.d.R. erfüllt.

Entgeltlicher Vertrag gemäß § 99 Abs. 2 bis 5 GWB

Problematisch ist dagegen die Frage, ob bei Grundstücksverkäufen von Kommunen ein entgeltlicher Vertrag i.S. der § 99 Abs. 2 bis 5 GWB vorliegt.

Nach der bisher ganz herrschenden Meinung unterfallen reine Grundstücksveräußerungen mangels eines Beschaffungsaktes nicht dem Vergaberecht. Denn es liegt schon begrifflich kein Beschaffungsakt vor, weil die öffentliche Hand mit der Veräußerung gerade keine Leistung beschafft, sondern im Gegenteil einen Vermögenswert abstößt. Auf solche Geschäfte wurde daher bisher das Vergaberecht nicht angewandt. Vielmehr musste i.d.R. aus EU-beihilferechtlichen und haushaltsrechtlichen Gründen regelmäßig ein „strukturiertes Bieterverfahren“ durchgeführt werden. Es war einem Vergabeverfahren zwar inhaltlich angenähert. Die gesetzlichen Vorschriften zum Vergabe- oder gar Nachprüfungsverfahren waren hierauf jedoch nach praktisch einhelliger Auffassung nicht anzuwenden.

In seiner Entscheidung vom 18.1.2007 in der Rechtssache „Stadt Roanne“ (C-220/05) entschied der EuGH erstmals, dass eine Grundstücksveräußerung der öffentlichen Hand dann dem Vergaberechtsregime unterfalle, wenn die öffentliche Hand dem Erwerber Verpflichtungen aufgrund ihrer eigenen Erfordernisse auferlegt. Wenn diese Verpflichtung auf die Errichtung eines Bauwerks nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers gerichtet ist, liegt danach ein öffentlicher Bauauftrag vor, und zwar unabhängig davon, ob der öffentliche Auftraggeber das zu errichtende Bauwerk selbst erwerben oder nutzen will. Es reicht aus, dass das Bauwerk entsprechend den Erfordernissen des Auftraggebers erstellt wird, und zwar auch dann, wenn der Auftragnehmer das Bauwerk sodann selber nutzen oder an einen bestimmten oder beliebigen Dritten veräußern soll.

Bereits in seiner Entscheidung vom 18.11.2004 in der Rechtssache „Donauwald“ (C-126/03) hatte der EuGH die Auffassung vertreten, dass das EU-Vergaberecht nicht zwischen Aufträgen, die

der öffentliche Auftraggeber zur Deckung seiner im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben vergibt, und anderen Aufträgen unterscheide. Es reiche vielmehr aus, dass der öffentliche Auftraggeber überhaupt Aufträge vergibt, zu welchen Zwecken auch immer.

Insbesondere auf diese beiden Entscheidungen, v.a. das „Roanne“-Urteil, hat das OLG Düsseldorf seinen Beschluss vom 13.6.2007 (VII-Verg 2/07 – „Ahlhorn“) gestützt. Danach sind ein Grundstückskaufvertrag und ein städtebaulicher Vertrag dann gemeinsam als Bauauftrag oder – im dort entschiedenen Fall – als vergaberechtspflichtige Baukonzession anzusehen, wenn sie vergaberechtlich als Einheit anzusehen sind und wenn sich aus dem Vertragswerk insgesamt ergibt, dass der Erwerber verpflichtet ist, ein Bauwerk nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers zu errichten. Für die Annahme eines Bauauftrags – oder einer Baukonzession – reicht es nach dieser Entscheidung aus, „dass der Auftraggeber den Auftragnehmer mit der Erstellung (gegebenenfalls einschließlich Planung) von Bauwerken/Bauvorhaben entsprechend seinen Erfordernissen beauftragt.

Demgegenüber ist es nicht Voraussetzung, dass der Auftraggeber damit seinen eigenen Bedarf befriedigen will“. Die Vorgabe von Erfordernissen des Auftraggebers wird schon dann bejaht, wenn dieser ein wie auch immer geartetes mittelbares Eigeninteresse an dem Vorhaben hat. Dafür kann etwa das Interesse an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung genügen. Ob es sich um einen privatrechtlichen oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, ist vergaberechtlich unerheblich.

Für die Entgeltlichkeit eines Bauauftrags kommt es nach der „Roanne“- und der „Ahlhorn“-Entscheidung nicht darauf an, ob das Entgelt vom Auftraggeber stammt oder nicht. Es ist daher unerheblich, ob der Auftraggeber an den Investor für die Bauleistungen ein Entgelt zahlt. Der EuGH sieht als Entgelt vielmehr auch die Einnahmen an, die der Auftragnehmer durch die Veräußerung der errichteten Bauwerke erzielen wird. Was die gebotene Gesamtbetrachtung betrifft, geht das OLG Düsseldorf davon aus, dass nicht nur auf den formell gerade zur Vergabe anstehenden Vertrag abzustellen sei. Vielmehr müsse eine Gesamtschau verschiedener, aber zusammenhängender Verträge stattfinden, schon um eine ansonsten mögliche Umgehung des Vergaberechtsregimes durch eine geschickte Gestaltung ver-

schiedener Verträge zu vermeiden. Entscheidend ist, ob die einzelnen Verträge „strategisch aufeinander abgestimmt“ sind. Indiz hierfür ist z.B. eine enge Verknüpfung der einzelnen Verträge (hier: des Kaufvertrages und des städtebaulichen Vertrages) in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht.

Die beiden Entscheidungen haben in der Spruchpraxis der Vergabekammern bereits ihren ersten Niederschlag gefunden. Die Vergabekammer Düsseldorf (Beschluss vom 2.8.2007 – VK-23/2007-B –) hat einen Grundstückskaufvertrag als ausschreibungspflichtig angesehen, in dem eine Bauverpflichtung statuiert war. Noch weiter geht die Vergabekammer Münster (Beschluss vom 26.9.2007 – VK 17/07). Sie ist der Auffassung, dass ein Grundstückskaufvertrag im Zusammenhang mit der städtebaulichen Entwicklung eines Grundstücks selbst dann ausschreibungspflichtig sein könne, wenn eine ursprünglich vereinbarte Bau- und Rückbauverpflichtung aufgrund der aktuellen vergaberechtlichen Entscheidungen bewusst gestrichen worden ist. Eine weitere Besonderheit dieser Entscheidung liegt darin, dass die Vergabekammer nicht einmal verlangt, dass die Verpflichtung zur Erbringung von Bauleistungen der Hauptzweck oder jedenfalls ein wesentlicher Zweck des Vertragswerks ist. Darüber hinaus hat die VK Münster den streitgegenständlichen Vertrag wegen kollusiven Zusammenwirkens der Beteiligten als nach § 138 BGB nichtig angesehen.

Maßgeblicher Schwellenwert

Der für Bauaufträge (und Baukonzessionen) maßgebliche Schwellenwert beträgt derzeit EUR 5,278 Mio. Nach der „Roanne“-Entscheidung des EuGH ist „zur Bestimmung des Werts eines Bauauftrags der Gesamtwert des Bauauftrags aus der Perspektive eines potenziellen Bieters zu berücksichtigen (...), was nicht nur alle Beträge einschließt, die der öffentliche Auftraggeber zu zahlen hat, sondern auch alle Zahlungen von Dritten“. Maßgeblich ist somit, welchen Betrag ein potenzieller Bieter für Planung und Errichtung eines entsprechenden Vorhabens aufwenden müsste. Jedenfalls bei größeren Entwicklungsprojekten wird der Schwellenwert regelmäßig erreicht.

Kein Anwendungsausschluss nach § 100 Abs. 2 GWB

§ 100 Abs. 2 GWB listet abschließend die Fälle auf, die vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind. Im Falle von Grundstücksgeschäften im Zusammenhang mit der Realisierung von Entwicklungsprojekten kommt allein die Vorschrift des § 100 Abs. 2 lit. h) GWB in Betracht. Sie erfasst nur Verträge über das Grundstück selbst oder bestehende Gebäude, nicht aber die Durchführung zusätzlicher Maßnahmen wie etwa die Errichtung oder den Abbruch von Gebäuden.

Soweit die vorstehend skizzierten Voraussetzungen erfüllt sind, unterfällt ein kommunales Grundstücksgeschäft somit dem Regime des Vergaberechts, obwohl nach der vorstehend zitierten gesetzlichen Vorschrift die kommunalen Grundstücksgeschäfte eigentlich nicht dem Vergaberecht unterfallen sollen.

Möglichkeiten einer „vergaberechtssicheren“ Gestaltung eines Vertragswerks

Zu prüfen ist, ob und inwieweit ein Vertragswerk so gestaltet werden kann, dass eine Anwendbarkeit des Vergaberechts ausscheidet. Hierbei ist zu beachten, dass seit vielen Jahren eine Tendenz der schrittweisen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts zu beobachten ist. Dies betrifft etwa die heute unumstrittene Anwendbarkeit des Vergaberechts auch auf öffentlich-rechtliche Verträge, die weitgehende Einschränkung der Vergaberechtsfreiheit des so genannten „in-house-Geschäfts“ sowie die u.U. bestehende Pflicht, einen vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrag rückabzuwickeln (EuGH, Urteil vom 18.7.2007 – C-503/04 –).

Jedenfalls der aufgrund der „Ahlhorn“-Entscheidung ergangene Beschluss der Vergabekammer Münster bestätigt diesen Befund: Die Vergabekammer ist, wie dargelegt, in mehreren zentralen Punkten über den Beschluss des OLG Düsseldorf hinausgegangen. Man wird den Beschluss der Vergabekammer so lesen müssen, dass ein Vertragswerk auch dann vergaberechtspflichtig sein kann, wenn es gerade keine Bauverpflichtung und keine sonstigen zwingenden, sich unmittelbar aus dem Vertragswerk selbst ergebenden Vorgaben von Erfordernissen des Auftraggebers

enthält, wenn aber eine Gesamtschau ergibt, dass die Parteien einvernehmlich von der Realisierung eines bestimmten, hinreichend konkretisierten Bauvorhabens ausgehen. Sollte sich diese Auffassung durchsetzen, dürfte die Vergaberechtspflichtigkeit immer dann bestehen, wenn die Realisierung eines solchen Bauvorhabens gewissermaßen Geschäftsgrundlage der vertraglichen Vereinbarungen ist. Die VK Münster hat als Indizien hierfür u.a. einen im Vertrag enthaltenen Hinweis auf den Erlass einer hoheitlichen Abrissverfügung, ein Rücktrittsrecht des Auftraggebers im Falle der Nichtrealisierung des Vorhabens, die Beifügung von (offenbar noch nicht sehr detailgenauen) „Konzeptionsplänen“ zu dem Vertrag sowie sogar die Möglichkeit der Kommune als Auftraggeberin, durch die Erteilung oder Nichterteilung einer Baugenehmigung im unbeplanten Innenbereich nach § 34 Abs. 1 BauGB Einfluss auf die Planungen des Investors nehmen zu können angesehen.

Vor diesem Hintergrund ist es derzeit außerordentlich schwierig, wirklich rechtssichere Varianten zu empfehlen. Klarheit dürfte insofern erst die weitere Entwicklung der vergaberechtlichen Spruchpraxis bringen. Deshalb lassen sich mögliche Lösungsansätze zum gegenwärtigen Zeitpunkt lediglich grob skizzieren. Weitgehend gesichert dürfte Folgendes sein:

- Reine Grundstückskaufverträge – also Verträge, bei denen der Verkäufer dem Erwerber lediglich das Eigentum an einem Grundstück überträgt, ohne dass er auf die spätere Nutzung dieses Grundstücks in irgendeiner Weise Einfluss nimmt – dürften nicht dem Vergaberechtsregime unterfallen, und zwar unabhängig davon, ob der Verkäufer öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht. Wichtig ist allerdings, dass die Veräußerung aus reinem Fiskalinteresse der öffentlichen Hand erfolgt und damit keine (erkennbaren, aus dem Zusammenhang ableitbaren) mittelbaren Eigeninteressen – etwa in städtebaulicher Hinsicht – verbunden sind.
- Grundstückskaufverträge, in denen ein Auftraggeber i.S. des § 98 GWB dem Erwerber eine Bauverpflichtung oder eine sonstige Verpflichtung – etwa hinsichtlich der Fassadengestaltung, der Nutzung o.ä. – auferlegt, dürften jedenfalls dann stets vergaberechtspflichtig sein, wenn der Verkäufer selbst (ebenfalls) Auftraggeber i.S. des § 98 GWB ist.
- Gleiches gilt, wenn diese Verpflichtung dem Erwerber nicht in dem

Kaufvertrag, sondern in einem mit diesem in engem Zusammenhang stehenden und auf diesen konzeptionell-strategisch abgestimmten Vertrag auferlegt wird. Das dürfte etwa dazu führen, dass die Realisierung eines Vorhabens im Wege eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nach § 12 BauGB künftig regelmäßig ausschreibungspflichtig ist. Denn damit ist stets der Abschluss eines Durchführungsvertrags verbunden, in dem sich der Vorhabenträger zur Durchführung einer bestimmten Maßnahme verpflichten muss, § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Bei städtebaulichen Verträgen gilt das Gleiche, wenn diese eine Bauverpflichtung enthalten.

Soweit keiner dieser recht eindeutigen Befunde vorliegt, bleiben viele Fragen offen. Ein paar Beispiele aus der Praxis:

- Kann eine Grundstücksveräußerung auch dann vergaberechtlich relevant sein, wenn der Verkäufer nicht selbst Auftraggeber i.S. des § 98 GWB ist, ein solcher aber eigene Erfordernisse i.S. der „Ahlhorn“-Rechtsprechung vorgibt? Die Landeshauptstadt München hat kürzlich einen städtebaulichen Vertrag für ein privates Grundstück ausgeschrieben. Vergabekriterium ist u.a. die Verfügungsbefugnis über das private Grundstück. Klar ist, dass damit nur ein Bieter für die Vergabe in Frage kommt.
- Muss die Verpflichtung aufgrund der v.g. „Erfordernisse“ in dem Vertragswerk ausdrücklich ausgesprochen sein, oder unterfällt auch eine Konstruktion dem Vergaberecht, in der eine zwar nicht rechtlich durchsetzbare, wohl aber faktische Verpflichtung besteht? Eine solche Konstellation dürfte etwa vorliegen, wenn der Verkäufer den Erwerber nicht explizit verpflichtet, eine bestimmte Maßnahme zu treffen, ihm aber für den Fall, dass diese Maßnahme nicht durchgeführt wird, ein Rücktrittsrecht eingeräumt ist. Nach Ansicht der Vergabekammer Münster dürfte dies ausreichen, um eine Ausschreibungspflicht zu bejahen. Es ist unbestritten, dass solche Regelungen in der Praxis einen erheblichen Druck auf den Erwerber ausüben können, ein bestimmtes Vorhaben zu realisieren. Wenn er damit rechnen muss, dass sein Vertragspartner vom Vertrag zurücktritt, falls er ein zuvor abgestimmtes Vorhaben nicht (fristgemäß) realisiert, dient der Vertrag mittelbar dazu, ihn zur Vornahme dieser Handlung zu verpflichten.

Gleichwohl erscheint es sehr weitgehend, in einem solchen Fall vom Vorliegen eines Bauauftrags auszugehen, weil es hier jedenfalls im strengen Sinne an einem synallagmatischen Verhältnis zwischen Veräußerer- und Erwerberpflichten fehlt und zumindest keine durchsetzbare Handlungspflicht besteht².

- Reichen Hinweise im Vertragswerk auf die u.U. gegebene Möglichkeit, ein Baugebot oder eine Abbruchverpflichtung mit hoheitlichen Mitteln durchsetzen zu können, für die Annahme einer Vergabepflichtigkeit aus? Auch dies hat die Vergabekammer Münster grundsätzlich bejaht. Danach soll, wie ausgeführt, bereits die faktische Möglichkeit der Baugenehmigungsbehörde ausreichen, im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens auf die konkrete Ausgestaltung des Bauvorhabens Einfluss zu nehmen. Diese Ansicht erscheint jedoch jedenfalls dann nicht überzeugend, wenn das Vertragswerk die ohnehin bestehende öffentlich-rechtliche Rechtslage lediglich wiedergibt, wenn eine vertragliche Bestimmung also keinen über die jeden potenziellen Bauherrn treffenden öffentlich-rechtlichen Pflichten hinausgehenden Regelungsgehalt hat. Das ist etwa der Fall, wenn der Vertrag vorsieht, dass der Erwerber einschlägige bauplanungsrechtliche Vorgaben – etwa Festsetzungen des Bebauungsplans, die Eigenart der näheren Umgebung nach § 34 Abs. 1 BauGB oder die Restriktionen des § 35 BauGB –, bauordnungsrechtliche, denkmal-schutzrechtliche oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften beachten muss. Dies muss er ohnehin, und zwar auch dann, wenn der Verkäufer ihn darauf nicht ausdrücklich hinweist. Insofern dürfte nicht von „Erfordernissen“ des Auftraggebers gesprochen werden können, sondern von solchen des objektiven Rechts. Das kann freilich nur gelten, wenn sich die entsprechende vertragliche Regelung tatsächlich auf einen schlichten Hinweis auf die objektive Rechtslage beschränkt.
- Führt die vertragliche Verpflichtung des Erwerbers, bestimmte in einem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht als Satzung beschlossenen Bebauungsplan getroffene Festsetzungen zu akzeptieren und insofern auf die Geltendmachung von Rechtsbehelfen – etwa die Einleitung eines Normenkontrollverfahrens gegen den Bebauungsplan oder die Geltendmachung von planschadens-

rechtlichen Ansprüchen nach §§ 39 ff. BauGB – zu verzichten, zur Anwendbarkeit des Vergaberechts? Dies dürfte jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn das Bauleitplanverfahren das Stadium des § 33 BauGB (Planreife) noch nicht erreicht hat. Denn dann dürfte der Verkäufer eigene Erfordernisse vorgeben, die über die ohnehin bestehende Rechtslage hinausgehen. Das dürfte wohl auch dann gelten, wenn der Erwerber durch ein entsprechend gestaltetes Rücktrittsrecht des Verkäufers wirksam davon abgehalten wird, die v.g. Rechtsmittel einzulegen.

- Ist ein vertragliches Rücktrittsrecht zu Gunsten des Erwerbers für den Fall, dass die Kommune einen konkreten Bebauungsplan nicht als Satzung in Kraft setzt oder die Baugenehmigungsbehörde dem Erwerber die Baugenehmigung für ein konkretes Vorhaben nicht erteilt, vergaberechtlich problematisch? Für sich betrachtet dürfte eine solche Regelung unbedenklich sein. Allerdings kann sie ein Indiz dafür sein, dass der Auftraggeber dem Erwerber bestimmte Verpflichtungen aufgrund eigener Erfordernisse auferlegt hat, nämlich dann, wenn sich das Rücktrittsrecht in der gebotenen Gesamtbetrachtung als eine Art „Gegenleistung“ für die Erfüllung dieser Erfordernisse darstellt.
- Stellt die Gewährung einer Zuwendung oder ein an einen Dritten gerichteter Antrag des Auftraggebers auf Gewährung einer Zuwendung ein Indiz für die Vorgabe eigener Erfordernisse im Sinne der neuen Rechtsprechung dar? Diese Frage dürfte, auch wenn sie – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung bisher nicht aufgeworfen wurde, zu bejahen sein, sofern das mit der Zuwendung zu fördernde Vorhaben in einem jedenfalls mittelbaren Zusammenhang zu dem betroffenen Projekt steht.

Rechtsfolgen einer „De-facto-Vergabe“

Im Folgenden ist zunächst der Frage nachzugehen, ob und inwieweit vergaberechtspflichtige Aufträge, für die ohne Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens der Zuschlag erteilt wird (die so genannte „De-facto-Vergabe“), nichtig und ggf. rückabwicklungspflichtig sind.

Teilweise wird angenommen, dass vergaberechtspflichtige Aufträge, die der

Auftraggeber ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens vergibt, nichtig seien. Bisweilen wird die Auffassung vertreten, dass diese Nichtigkeitsfolge bei dem ungleich schwerer wiegenden Vergaberechtsverstoß, der darin besteht, dass der Auftraggeber gar kein Vergabeverfahren durchgeführt hat, erst recht gelten müsse. Die Rechtsprechung ist dieser Auffassung bislang nicht gefolgt. Ungeachtet aller Unterschiede im Einzelnen hat sich in der Spruchpraxis die Ansicht durchgesetzt, dass § 13 Satz 6 VgV zumindest voraussetzt, dass ein wie auch immer geartetes wettbewerbliches Verfahren stattgefunden hat, in dem es Angebote und Bieter gibt (BGH, Urteil vom 22.2.2005 – KZR 36/03 –) und im Fall einer freihändigen Vergabe nur jene schützt, die auf irgendeine Weise ihr Interesse an dem Auftrag bekundet haben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.2.2005 – VII-Verg 88/04 –). Eine allgemeine Nichtigkeit ergibt sich aus § 13 Satz 6 VgV daher nach kaum noch bestrittener Ansicht nicht.

Bisweilen wird jedoch eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB angenommen, etwa dann, wenn Auftraggeber und erfolgreicher Bieter kollusiv zusammenwirken. Dies hat die Vergabekammer Münster in dem bereits erwähnten Beschluss mit dem Argument bejaht, dass das kollusive Zusammenwirken darin bestanden habe, dass die Vertragsparteien in Kenntnis der neuen Rechtsprechung eine Modifizierung des Vertrags in der Absicht herbeigeführt hätten, das Vergaberecht zu umgehen. Dafür dürfte in der Tat einiges sprechen. In dem von der Vergabekammer Münster entschiedenen Fall liegt auf der Hand, dass das bereits beurkundete Vertragswerk nur zu dem Zweck neu gestaltet worden ist, eine Anwendbarkeit des Vergaberechts zu vermeiden. In solchen Fällen liegt die Annahme eines kollusiven Zusammenwirkens in der Tat nahe. Entgegenhalten muss man dieser Ansicht allerdings, dass eine Vertragsgestaltung, die letztlich zur Vergabefreiheit führt, auch nicht per se unzulässig sein darf.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 18.7.2007 in der Rechtssache „Abfallentsorgung Braunschweig“ entschieden, dass die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet ist, auf die Rückabwicklung eines vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrags hinzuwirken. Dagegen

² Auf diese Aspekte hat etwa der Vorsitzende des Vergabesenats beim OLG Düsseldorf auf einer Veranstaltung am 15. Oktober 2007 entscheidend abgestellt.

sprächen weder die Grundsätze des Vertrauensschutzes noch des „pacta sunt servanda“. Das Landgericht München I (LG München I, Urteil vom 20.12.2005 – 33 O 16465/05 –) hat dem Auftraggeber ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zugesprochen, wenn die Rechtswidrigkeit der Vergabe erst auf Grund späterer Rechtsprechung erkannt wird.

Wie ein Bauauftrag nach Errichtung des betroffenen Bauvorhabens technisch überhaupt rückabgewickelt werden kann und welche zivilrechtlichen Folgefragen sich daraus ergeben – etwa im Zusammenhang mit einer Weiterveräußerung des bebauten Grundstücks –, hat der EuGH ebenso wenig erörtert wie die Frage, ob und auf welche Weise der Bund in der föderalistisch aufgebauten Bundesrepublik Deutschland einen kommunalen Auftraggeber zur Rückabwicklung eines Vertrags veranlassen kann. All dies zeigt, dass die Tragweite dieser Rechtsprechung derzeit noch nicht einmal ansatzweise ausgelotet ist. Sicher ist aber Folgendes: Das in der bisherigen vergaberechtlichen Praxis häufig anzutreffende Vorgehen, dass in problematischen Fällen möglichst rasch der Zuschlag erteilt wurde, weil ein übergangener (ggf. nur potenzieller) Bieter danach wegen des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ allenfalls noch Sekundäransprüche (z.B. Schadensersatz) geltend machen konnte, ist heute kein gangbarer Weg mehr.

Verfahrensfragen

Die Vereinbarkeit eines Vertrags(werks) mit dem Vergaberecht kann insbesondere in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 107 ff. GWB, durch eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission und bei der zuständigen Aufsichtsbehörde des öffentlichen Auftraggebers geprüft werden.

Ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren kann nach § 107 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen beantragen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB geltend machen kann. Im

Fall der „De-facto-Vergabe“ ist eine ansonsten erforderliche vorherige Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB nach allgemeiner Ansicht entbehrlich. Über den Antrag entscheidet die Vergabekammer bzw. in zweiter Instanz der Vergabesenat beim Oberlandesgericht. Ein bereits erteilter Zuschlag kann nicht mehr aufgehoben werden, § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB.

Allerdings muss der Zuschlag wirksam erteilt worden sein. Das ist im Falle der Vertragsnichtigkeit nicht der Fall. Soweit der Vertrag – etwa nach § 138 BGB – nichtig ist, bleibt ein Nachprüfungsantrag auch nach Zuschlagserteilung zulässig.

Antragsbefugt ist nur ein Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat. Hierzu zählen insbesondere Bieter, die auf denselben Auftrag ein Angebot abgegeben haben. Soweit kein Vergabeverfahren durchgeführt worden ist, gilt das auch für jeden, der geltend machen kann, dass er ein Angebot abgegeben hätte, wenn er rechtzeitig von dem Beschaffungsvorhaben des Auftraggebers Kenntnis erlangt hätte. Potenziell kann in diesem Fall also jeder antragsbefugt sein, der einen solchen Auftrag abwickeln könnte.

Für eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission bedarf es dagegen keiner eigenen Rechtsbetroffenheit des Beschwerdeführers. Jeder Bürger kann sich mit einem Hinweis auf einen rechtswidrigen Vorgang an die EU-Kommission wenden. Dies lag etwa der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „Abfallentsorgung Braunschweig“ zu Grunde. Auch im von der Vergabekammer Münster entschiedenen Fall war die EU-Kommission involviert. Bisweilen ergreift diese auch selbst die Initiative, wenn sie – etwa aufgrund einer Medienberichterstattung – von einem vergaberechtswidrigen Vorgang Kenntnis erlangt.

Dies gilt ähnlich auch für die zuständige Aufsichtsbehörde. Auch sie kann von jedermann kontaktiert werden und wird, wenn sie durch das Vorbringen des Beschwerdeführers auf einen Rechtsverstoß aufmerksam wird, i.d.R. einschreiten.

All dies erhellt, dass durchaus ein erhebliches Risiko besteht, dass ein vergaberechtswidriges Vorgehen nicht ohne Folgen bleibt. Dies ist umso eher zu er-

warten, je größer die öffentliche Wirkung eines Vorhabens ist. Bei größeren Stadtentwicklungsprojekten dürfte eine solche öffentliche Wirkung – einschließlich einer umfänglichen Presseberichterstattung – kaum von der Hand zu weisen sein.

Zusammenfassung

Nach der neuen Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf unterfällt eine Grundstücksveräußerung dem Vergaberechtsregime, wenn der Verkäufer ein öffentlicher Auftraggeber ist und seinem Vertragspartner eine Verpflichtung aufgrund eigener Erfordernisse auferlegt, an deren Erfüllung der Auftraggeber zumindest ein mittelbares Eigeninteresse hat. Dies ist jedenfalls immer dann der Fall, wenn sich aus dem Grundstückskaufvertrag oder aus einer damit in einem unmittelbaren Zusammenhang stehenden Vereinbarung (z.B. ein städtebaulicher Vertrag) eine Bauverpflichtung zu Lasten des Erwerbers ergibt. Sofern der maßgebliche Schwellenwert erreicht wird, ist ein solches Grundstücksgeschäft europaweit auszuschreiben. Ein Vertrag, der trotz Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht aufgrund eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens geschlossen wird, ist u.U. nichtig und rückabzuwickeln.

Vor diesem Hintergrund ist allen Beteiligten nachdrücklich zu empfehlen, Grundstücksgeschäfte mit der öffentlichen Hand frühzeitig einer gründlichen vergaberechtlichen Prüfung zu unterziehen. Kommunen sollten neue Grundstücksgeschäfte immer dann ausschreiben, wenn auch nur die entfernte Gefahr einer Ausschreibungspflicht besteht. Bereits abgeschlossene Verträge sollten nachträglich entsprechend geprüft werden, wenn hier noch Handlungsmöglichkeiten bestehen (z.B. der Abschluss eines neuen Vertrages mit vergaberechtlich unbedenklichen Lösungsansätzen). Zukünftig werden die Kommunen nicht vermeiden können, im Rahmen von Städtebauprojekten auch eine vergaberechtliche Prüfung in Erwägung zu ziehen, insbesondere dann, wenn kommunale Grundstücke betroffen sind.