

Herausgeber: Dr. **Stephan Articus**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städtetages, Köln; Prof. Dr. **Hans-Jörg Birk**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Justiziar des Sächsischen Städte- und Gemeindetages, Stuttgart/Dresden; Dr. **Jürgen Busse**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Bayerischen Gemeindetages; Prof. Dr. **Matthias Dombert**, Rechtsanwalt, Richter des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg, Potsdam; **Hans Jörg Duppré**, Präsident des Deutschen Landkreistages und Landrat Südwestpfalz, Pirmasens; Prof. Dr. **Dorothea Hegele**, Rechtsanwältin, Berlin; Prof. Dr. **Franz-Ludwig Knemeyer**, Universität Würzburg; Dr. **Gerd Landsberg**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin; **Michael Löher**, Geschäftsführer des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Berlin; Prof. Dr. **Thomas Mann**, Universität Göttingen; Prof. Dr. **Albert von Mutius**, Universität Kiel; **Hans-Joachim Reck**, Hauptgeschäftsführer Verband kommunaler Unternehmen e.V.; Prof. **Konrad Frhr. von Rotberg**, Ministerialdirigent a. D. im Innenministerium Baden-Württemberg, Stuttgart; Dr. **Bernd Jürgen Schneider**, Hauptgeschäftsführer des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen; **Christian Ude**, Oberbürgermeister der Stadt München, Präsident des Deutschen Städtetages

Schriftleitung: Rechtsanwältin **Martina Seipelt** (V.i.S.d.P.), Much; **Uwe Zimmermann**, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Bonn

AUFsätze

Grundstücksverkäufe mit Nutzungsregelungen – Ein Beitrag aus der Praxis

Ingeborg Diemon-Wies/Michael Kappelhoff, Münster*

Die Entscheidung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf zum Verkauf des Geländes des Flughafens Ahlhorn vom 13. 6. 2007¹ sowie die daran anschließenden Folgeentscheidungen vom 12. 12. 2007² und vom 6. 2. 2008³ haben für erhebliche Unruhe in den Reihen der Kommunen wie auch der vergaberechtlichen Fachwelt gesorgt. Ohne weitere Differenzierung wurde angenommen, dass „Grundstückskaufverträge“ der Kommunen oder anderer öffentlicher Auftraggeber nunmehr dem Vergaberecht unterfallen. Sogar der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts⁴ enthält diesbezüglich Vorschläge für das Gesetzgebungsverfahren.

I. Einführung

Die Vergabekammer Münster (VK Münster)⁵ befasste sich am 26. 9. 2007 das erste Mal mit der Frage, ob ein bereits geschlossener Vertrag i. S. v. § 99 III GWB mit einem Nachprüfungsantrag angegriffen werden kann. Kommunen, die in der Vergangenheit ähnliche Verträge bereits geschlossen hatten, konnten nunmehr nicht mehr vollumfänglich auf den Bestand dieser Verträge vertrauen.

Die VK Köln⁶ urteilte dann in dem zu entscheidenden Einzelfall, dass das Recht auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht uneingeschränkt und quasi ohne zeitliche Begrenzung ausgeübt werden kann, sondern dass besondere

Gesamtumstände zur Verwirkung dieses Rechts führen können. Demgegenüber entschied die VK Münster,⁷ dass eine Verwirkung erst dann einsetzen könne, wenn der Inhaber des Rechts, also der Antragsteller, sein Recht überhaupt erst kennt.

Bereits weitere Oberlandesgerichte⁸ haben sich der Auffassung des OLG Düsseldorf angeschlossen, wobei die Entscheidung des OLG Brandenburg eine vorläufige ist.

II. Investorenwettbewerbe

Ausgangslage für diese Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen sind die so genannten Investorenwettbewerbe. Dabei

* Die Autorin ist Vorsitzende der Vergabekammer Münster, der Mitautor ist Rechtsreferendar.

1 OLG Düsseldorf, KommJur 2007, 380 = NZBau 2007, 530.

2 OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 185 = NZBau 2008, 138.

3 OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 188 = NZBau 2008, 271.

4 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, Stand: 3. 3. 2008, www.bmwi.de

5 VK Münster, NZBau 2007, 736.

6 VK Köln, 1. 4. 2008, VK VOB 3/2008, nicht bestandskräftig.

7 VK Münster, 6. 5. 2008, VK 4/08, nicht bestandskräftig.

8 OLG Bremen, 13. 3. 2008, Verg 5/07; OLG Brandenburg, 13. 3. 2008, Verg W 4/08; OLG Karlsruhe, 13. 6. 2008, 15 Verg 3/08.

verkauft der öffentliche Auftraggeber ein Grundstück und verlangt entweder in dem notariellen Kaufvertrag oder in einem städtebaulichen Vertrag, dass der Erwerber dieses Grundstücks ein ganz bestimmtes Nutzungskonzept verwirklicht, das ihm vom öffentlichen Auftraggeber vorgegeben wird. Zu diesem Zwecke finden „Wettbewerbe“ mit potentiellen Interessenten statt, die zwar keine Angebote i. S. d. § 21 VOB/A vorlegen, aber Konzepte für die Nutzung.

III. Auffassung in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung herrschte vor der „Ahlhorn“-Entscheidung des OLG Düsseldorf die Ansicht, dass derartige Grundstückskaufverträge oder städtebauliche Verträge nicht dem Vergaberecht unterfallen.⁹ Der EuGH¹⁰ entschied dann aber Anfang 2007, dass es sich um einen öffentlichen Bauauftrag handle, wenn die Kommune ein Bauwerk durch einen Dritten herstellen ließe, das sie nicht selbst nutzen wolle, sondern damit darüber hinausgehende stadtplanerische Interessen verfolge. In dem konkreten Fall ging es um die Umgestaltung und Aufwertung eines Bahnhofsviertels. Das OLG Düsseldorf nahm diese Rechtsprechung auf und formulierte im Beschluss vom 13. 6. 2007,¹¹ dass es ausreiche, wenn der öffentliche Auftraggeber die Bauwerke oder das Bauvorhaben entsprechend seinen Erfordernissen beauftrage; einen eigenen Beschaffungsbedarf müsse er damit nicht befriedigen.

1. Beschaffungsbedarf erforderlich?

Auch nach den Entscheidungen der Rechtsprechung ist es unzweifelhaft, dass eine „Beschaffung“ stattfinden muss. Die Frage ist nur, wie man die „Beschaffung“ definiert. Beschaffung wird im Allgemeinen als Einkauf einer Leistung am Markt verstanden, die der Auftraggeber selbst nicht erbringen kann oder will.¹² Es handelt sich folglich um den Vorgang einer Bedarfsdeckung durch einen Dritten. Dieser wird vom öffentlichen Auftraggeber beauftragt, nachdem er unter Anwendung der Vergaberegeln ermittelt wurde.

Dabei hat der EuGH in der Ausgangsentscheidung deutlich gemacht, dass diese Beschaffung nicht erfolgen muss, damit der öffentliche Auftraggeber die angeschaffte Sache selbst nutzt, sondern die Beschaffung kann auch darin liegen, dass der öffentliche Auftraggeber bestimmte Vorstellungen hat, die verwirklicht werden sollen. Die Nutzung des in Auftrag gegebenen Bauwerks muss also nicht durch die Bediensteten des öffentlichen Auftraggebers erfolgen. Ausreichend ist vielmehr, dass entsprechend den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers gebaut wird.

Dies ist eigentlich eine Schlussfolgerung, die im Vergaberecht überhaupt nicht neu ist. Bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt veranlasst der öffentliche Auftraggeber den Bau von Straßen oder Brückenbauwerken, die anschließend von der Allgemeinheit genutzt werden. Im Bereich der Dienstleistungs- und Lieferaufträge gibt es zahlreiche Beispiele für eine Beschaffung von Leistungen und Gegenständen, die weder vom öffentli-

chen Auftraggeber in Anspruch genommen oder genutzt werden sollen, noch in sein Eigentum übergehen werden. Als Beispiele seien hier nur die Beschaffung von Schulbüchern oder die Durchführung von Schülerspezialverkehre genannt. Aber auch die Abfallentsorgung ist eine Leistung, die durch Dritte erfolgt, ohne dass dies unmittelbar der „Bedarfsdeckung“ beim öffentlichen Auftraggeber dient.

All diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Beschaffung erfolgt, weil der öffentliche Auftraggeber auf Grund gesetzlicher Vorgaben dazu verpflichtet ist. So ist die Abfallentsorgung eine hoheitliche Aufgabe der Entsorgungskörperschaften, die diese entweder selbst oder durch Dritte ausführen lassen können. Wenn man sich zur Ausführung dieser hoheitlichen Aufgabe eines Dritten bedient, so ist der öffentliche Auftraggeber bereits aufgrund seiner Pflicht zur wirtschaftlichen Haushaltsführung gezwungen, diesen Dritten im Wege einer Ausschreibung zu ermitteln.

Dies ist im Bereich der Investorenwettbewerbe nicht anders. Der öffentliche Auftraggeber ist kraft seiner Planungshoheit (§ 1 BauGB) in der Lage und auch verpflichtet, für Grundstücke in seinem Zuständigkeitsbereich Vorgaben zu erstellen. Die städtebaulichen Vorstellungen werden in der Regel entweder in Bauleitplänen oder – soweit keine Bauleitplanung erfolgt und vorhanden ist – in einem Genehmigungsverfahren nach § 34 BauGB umgesetzt. Weitere Mittel zur Umsetzung der städtebaulichen Vorstellungen sind die städtebaulichen Verträge oder die Vorhaben- und Erschließungspläne. Allein die Ausübung der kommunalen Planungshoheit bei der städtebaulichen Ordnung ist für sich genommen vergaberechtlich nicht entscheidend.¹³ Erst wenn Dritte damit beauftragt werden, kann dieser Umstand vergaberechtliche Relevanz bekommen.

Die Beschaffung oder Bedarfsdeckung, so formuliert das OLG Bremen,¹⁴ liege dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber mit der Errichtung des Bauvorhabens eigene Zielsetzungen verfolge, wobei allgemeine wirtschafts- und gesellschaftspolitische Zwecksetzungen ausreichend sind. Es geht nicht um eine Bedarfsdeckung in der Form eines Erwerbs von Gütern, die dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar zugute kommen sollen,¹⁵ sondern um eine geordnete städtebauliche Entwicklung auf diesen Grundstücken, die dann der Allgemeinheit zugute kommen soll.

9 BayObLG, NZBau 2002, 108; VGH Kassel, ZfBR 2006, 806.

10 EuGH, KommJur 2007, 258 = NZBau 2007, 185 - Stadt Roanne.

11 OLG Düsseldorf, 13. 6. 2008, VII-Verg 2/07.

12 Motzke/Pietzcker/Prieß, Kommentar zur VOB Teil A, § 99 Rn. 10.

13 OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 185 = NZBau 2008, 138.

14 OLG Bremen, 13. 3. 2008, Verg 5/07.

15 So die VK Baden-Württemberg, 7. 3. 2008, 1 VK 1/08.

2. Abgrenzung zum Planungsrecht

Allein die Umsetzung der städtebaulichen Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers in Planungsrecht (Bauleitpläne) reicht hingegen nicht aus, um einen vergabepflichtigen Vorgang anzunehmen. Wenn also unabhängig von einem konkreten Bauvorhaben ein Bebauungsplan bereits besteht und vom öffentlichen Auftraggeber im Plangebiet ein Grundstück veräußert wird, das ohne eine ausdrückliche Bauverpflichtung (und ohne Vereinbarung eines Rücktritts- oder Wiederkaufsrechts) ausschließlich im Rahmen der Festsetzungen des Bebauungsplans vom Erwerber bebaut werden kann, dann kommt Vergaberecht nicht zur Anwendung.¹⁶

Entscheidend ist vielmehr, dass der öffentliche Auftraggeber in dem zivilrechtlichen Vertrag mit dem Investor seine Erfordernisse versucht durchzusetzen, indem er dem Investor aufgibt, eine von der Stadtplanung gewünschte Entwicklung auf dem Grundstück, wie beispielsweise die Errichtung eines Einzelhandelskaufhauses oder eines Windparks, umzusetzen. Wenn der Investor diese städtebaulich gewünschte Entwicklung innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens nicht verwirklicht, dann fällt das Eigentum am Grundstück (durch Rücktritt oder Wiederkauf) an den öffentlichen Auftraggeber zurück. Diese Kopplung mit der Rückgabe des Eigentums zwingt den Investor, die Baumaßnahme zu realisieren und löst die Vergabepflichtigkeit des Grundstückskaufvertrags aus.

Entscheidet sich hingegen eine Kommune allein mit planungsrechtlichen Mitteln vorzugehen, so kann sie ein Baugeschäft gem. § 176 BauGB im Bebauungsplan festsetzen, wobei die Durchsetzung dieses Baugeschäfts gegenüber dem Eigentümer zunächst mit Vollstreckungsmaßnahmen und anschließend in einem Enteignungsverfahren zu erfolgen hat. Das führt dazu, dass auf dem Grundstück möglicherweise über viele Jahre hinweg eben nicht die geordnete städtebauliche Entwicklung stattfindet, die sich die Kommune vorstellt.

Die Kopplung mit der Verpflichtung zur „Rückgabe des Eigentums“ am Grundstück, falls die Vorgaben der Kommune nicht zeitnah verwirklicht werden, ist ausschlaggebend und führt in das Vergaberecht. Liegt hingegen ein Grundstückskaufvertrag ohne diese Kopplung vor und gibt es möglicherweise nur eine Bauverpflichtung nach § 176 BauGB, so ist Vergaberecht nicht anwendbar.

Vor diesem Hintergrund ist die Formulierung des OLG Düsseldorf¹⁷ zu verstehen, wonach allein das Vorhandensein eines Bebauungsplans keine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigt, weil allein die Festsetzungen im Bebauungsplan die Vergabepflichtigkeit wohl nicht auslösen. Zutreffend führt *Reidt*¹⁸ aus, dass die bloße Bauleitplanung kartellvergaberechtlich irrelevant ist. Vielmehr muss eine vertragliche Kopplung in dem städtebaulichen Vertrag oder Grundstückskaufvertrag mit dem Investor aufgenommen werden.

3. Bauvertrag i.S.v. § 99 III GWB

Die zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Investor zu schließende Vereinbarung muss ein Bauauftrag i. S. v. § 99 III GWB darstellen, wobei diese Regelung durch richtlinienkonforme Auslegung auch auf die nicht ausdrücklich genannten Baukonzessionen anzuwenden ist.

Der § 99 III GWB enthält insgesamt drei Varianten. Die erste und zweite Variante umfasst Bauaufträge, die die Ausführung oder Ausführung und Planung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, beinhalten. Die dritte Variante umfasst Bauleistungen durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

a) Bauauftrag im Sinne der 1. und 2. Variante

Das OLG Düsseldorf¹⁹ hat bislang noch nicht abschließend entschieden, ob ein Bauauftrag nach der ersten oder zweiten Variante eine einklagbare Bau- oder Realisierungsverpflichtung erfordert. Der Vergabesenat tendiert dazu, eine derartige einklagbare Verpflichtung nicht als erforderlich anzusehen, was sich wohl auch aus der Entscheidung des EuGH „Stadt Roanne“²⁰ herleiten lässt. Für die rechtliche Qualifizierung eines Vertrags ist nach Auffassung des EuGH nicht das nationale Recht entscheidend.

Ob die 1. und 2. Variante nach ihrem Wortlaut eine Verpflichtung des Investors zur Errichtung eines Bauwerks als vertragliche Hauptleistungspflicht fordern, die dann bei Nichterfüllung vom öffentlichen Auftraggeber einklagbar ist, ist bislang in der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden. Wenn aber derartige Bauverpflichtungen in einem Vertrag tatsächlich vorhanden sind, dann stellt sich diese Frage überhaupt nicht.²¹

Entgegen der Auffassung von *Ziekow*²² gibt es keine Entscheidung des OLG Düsseldorf zu dieser Frage, weil der Senat genau diese Rechtsfrage immer offen gelassen hat. Eine Notwendigkeit zur Entscheidung gab es bislang nicht, weil die Sachverhalte unter die 3. Variante fielen. Sollte es einmal tatsächlich darauf ankommen, so würde der Senat diese Rechtsfrage auch nicht selbst entscheiden, sondern sie zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH machen.²³

Dies war auch der Grund in dem Verfahren vor der VK Münster²⁴ zur Änderung des bereits vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens abgeschlossenen notariellen Grundstückskaufvertrags während des laufenden Verfahrens. Der bestehende Vertrag wurde so geändert, dass alle unmittelbaren

16 OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 188 = NZBau 2008, 271.

17 OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 185 = NZBau 2008, 138.

18 *Reidt*, VergabeR 2008, 11 (12).

19 OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 185 = NZBau 2008, 138.

20 EuGH, KommJur 2007, 258 = NZBau 2007, 185 – Stadt Roanne.

21 VK Münster, 6. 5. 2008, VK 4/08.

22 *Ziekow*, VergabeR 2008, 151.

23 OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 188 = NZBau 2008, 271.

24 VK Münster, 26. 9. 2007, VK 17/07.

vertraglichen Verpflichtungen für die gewünschten städtebaulichen Maßnahmen (Abriss des Hallenbads; Errichtung eines Einzelhandelskaufhauses) herausgenommen wurden. Stattdessen hat man mittelbare Ansprüche hinsichtlich dieser Maßnahmen im Vertrag belassen. So wurde beispielsweise zunächst der Investor zum Abriss des dort vorhandenen Hallenbads verpflichtet, nach der Änderung des Vertrags gab es nur noch die Befugnis der Kommune, dem Käufer als Eigentümer des Grundstücks auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften einen Abbruch des Hallenbads vorzuschreiben. Hinsichtlich der Errichtung des Einzelhandelskaufhauses gab es die Regelung in § 7 des Vertrags, in der auf die Vorschrift des § 34 BauGB Bezug genommen wurde.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf²⁵ gab es aber den ersten Vertrag nicht mehr, weil die Kommune diesen selbst aufgehoben habe. Man habe zwar einen „Änderungsvertrag“ schließen wollen, der aber letztlich zur Aufhebung des ersten und zur Neubegründung eines zweiten – neuen – Schuldverhältnisses geführt.

Auf eine einklagbare Bauverpflichtung im Vertrag, die die Tatbestandsmerkmale des § 99 III 1. und 2. Variante GWB erfüllen würde, kommt es jedenfalls dann nicht an, wenn die Voraussetzungen der 3. Variante vorliegen.

b) Bauauftrag im Sinne der 3. Variante

Als öffentliche Bauaufträge sind bei richtlinienkonformer Auslegung danach auch Verträge oder Aufträge über die Erbringung von Bauleistungen durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen anzusehen. Das Vorliegen dieser Variante ist nicht davon abhängig, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer kraft Auftrags zu Bauleistungen verpflichtet.²⁶ Im Falle der 3. Variante muss der Vertrag nicht als Bauauftrag (Werkvertrag) ausgestaltet sein und erst recht muss dieser Vertrag keine Verpflichtung zur Herstellung eines Bauwerks aufweisen.²⁷

Vielmehr muss das herzustellende Bauwerk für einen bestimmten öffentlichen Zweck zur Verfügung stehen und der öffentliche Auftraggeber sichert sich über die vertragliche Vereinbarung seine Einflussnahme auf die Realisierung. Die vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse sind die Vorgaben und Vorstellungen, die er mit dem Verkauf dieses Grundstücks verfolgt. Wenn der öffentliche Auftraggeber das Grundstück verkauft, um im Interesse der Aufwertung des Stadtteils eine bestimmte – von ihm gewünschte – städtebauliche Situation herbeizuführen, dann liegen die Voraussetzungen der 3. Variante vor.

Ist somit feststellbar, dass die Kommune mit dem Vertrag ganz bestimmte städtebauliche Vorstellungen verfolgt, was sich häufig aus Ratsbeschlüssen oder der Präambel des Vertrags ergibt, und akzeptiert sie die Konzepte des Investors, dann liegt ein Bauauftrag im Sinne der 3. Variante des § 99 III GWB vor.

Die VK Münster²⁸ verlangte darüber hinaus, dass sich der öffentliche Auftraggeber im Vertrag den Einfluss auf die Gestal-

tung des Grundstücks vorbehält. Die Einflussnahme auf den Erwerber müsse vertraglich festgelegt werden. Dies könne erfolgen, indem im unbeplanten Innenbereich eine Baugenehmigung nach § 34 BauGB in Aussicht gestellt werde, worauf bereits im Vertrag hingewiesen wird. Das OLG Düsseldorf meint hingegen, dass bereits die Billigung der vom beigeladenen Investor vorgelegten Pläne (Grundrisszeichnungen, die als Anlage dem Vertrag beigelegt waren) dafür ausreichend sei.

4. Baukonzession

Auch die Einordnung der Vertragsgestaltungen als Baukonzession ist folgerichtig, mag man sie auch als extensiv ansehen. Die Gegenansicht, die für eine Baukonzession das Vorliegen eines Nutzungsrechts auf Zeit verlangt,²⁹ verkennt, dass dies allenfalls ein – wenn auch für den Vorhabenträger – wichtiges Begleitmerkmal der Definition ist. Die Eu-Kommission selbst geht jedoch davon aus, dass das wichtigste Erkennungsmerkmal der Definition darin besteht, dass als Gegenleistung für die Arbeiten das Recht auf Nutzung des Bauwerks gewährt wird.³⁰ Auch bei Überarbeitung der Richtlinien wurde ein Zeitmoment nicht so stark bewertet, als dass es in die Definition der Baukonzession aufgenommen worden wäre.³¹

Diejenigen, die das Nutzungsrecht für das Bauwerk allein aus dem Eigentum am Grundstück folgen sehen,³² verkennen, dass es auf eine Gesamtschau der Vertragsgestaltung ankommt. Das Eigentum am Grundstück wird nur verbunden mit der Bauverpflichtung übertragen, so dass in der Gesamtschau der Vertragsbedingungen die Nutzungsmöglichkeiten nur bestehen, wenn die Kommune die Bebauung ermöglicht. Im Fall des OLG Bremen³³ wird dies besonders deutlich, da dort eine Laufzeit des Vertrages sogar vereinbart wurde.

IV. Nachprüfungsmöglichkeiten vor und nach Vertragsschluss

Soweit man der Auffassung in der Rechtsprechung folgt, kann es sich – je nach Vertragsgestaltung – um ausschreibungspflichtige Verträge handeln. Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor Vertragsschluss zur Prüfung dieser Frage ist in der Regel unproblematisch.

Allerdings steht der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach Vertragsschluss der § 114 II GWB entgegen, wonach

²⁵ OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 188 = NZBau 2008, 271.

²⁶ OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 185 = NZBau 2008, 138.

²⁷ OLG Düsseldorf, KommJur 2008, 185 = NZBau 2008, 138.

²⁸ VK Münster, 26. 9. 2008, VK 17/07.

²⁹ Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133.

³⁰ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen vom 29. 4. 2000.

³¹ Richtlinie 2004/18/EG vom 31. 3. 2004.

³² Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133.

³³ OLG Bremen, 13. 3. 2008, Verg 5/07.

ein bereits erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden kann.

Dabei ist zu prüfen, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen ist.³⁴ Als mögliche Nichtigkeitsgründe kommen im Falle von de facto-Vergaben der § 13 S. 6 VgV analog, der § 138 BGB oder § 134 BGB i. V. m. § 101 GWB in Betracht, aber auch die Rechtsmittelrichtlinie vom 11. 12. 2007, RL 2007/66/EG.

1. § 13 S. 6 VgV analog

Die Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrages im Falle von de facto-Vergaben ist nach Auffassung des BGH³⁵ in analoger Anwendung des § 13 VgV möglich, wenn ein Auswahlverfahren stattgefunden hat, in dem mehrere Unternehmen beteiligt waren und verschiedene Angebote abgegeben wurden und dies zu einer Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber geführt hat.

Die an diesem „Auswahlverfahren“ beteiligten Bieter und Interessenten werden in den Schutzbereich des § 13 VgV einbezogen, so dass ihnen gegenüber eine Informationspflicht bestand. Wird diese Information vor Abschluss des notariellen Grundstückskaufvertrags vom öffentlichen Auftraggeber nicht schriftlich erteilt, können diese Bieter oder Interessenten die Nichtigkeit des Vertrags fordern. Demgegenüber ist nicht jedes auf dem Markt tätige Unternehmen befugt, einen Antrag zu stellen. Vielmehr muss dieses Unternehmen zumindest als Interessent für den Auftraggeber erkennbar gewesen sein und auch ein ernstzunehmendes Interesse gehabt haben.³⁶ Demnach kann einen Nachprüfungsantrag nur derjenige stellen, der darlegt, dass er sich bei ordnungsgemäßer Vergabe um den fraglichen Auftrag beworben hätte, um diesen Vertrag (Grundstückskaufvertrag mit einer Bauverpflichtung) im eigenen Namen abzuschließen.³⁷

2. Weitere Nichtigkeitsgründe

Möglicherweise kann die Nichtigkeitsfolge auch aus § 101 I GWB i.V.m. § 134 BGB hergeleitet werden,³⁸ soweit man § 101 I GWB als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB einordnet. Aber auch eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB kommt in Betracht, wenn die Parteien in Kenntnis der Umstände kollusiv zusammenwirken, um das Vergaberechtsregime zu umgehen.³⁹

Bislang noch nicht geklärt ist die Frage, ob die Rechtsprechung des EuGH⁴⁰ zur Verpflichtung der Beendigung vergaberechtswidriger Verträge herangezogen werden kann, um den § 114 II 1 GWB so auszulegen, dass solche Verträge regelmäßig auf Antrag hin von einer Vergabekammer für nichtig zu erklären sind. Die VK Düsseldorf⁴¹ meinte jedenfalls, dass dies so nicht geht. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH obliege es dem Mitgliedstaat bei fortwährenden Vergaberechtsverstößen geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Diese Rechtsprechung bedeute aber nicht, dass eine Vergabekammer den § 114 II GWB entgegen dem Wortlaut im Sinne dieser Rechtsprechung so auszulegen habe, dass in der Regel solche Verträge von einer Nachprüfungsinstanz einfach aufgehoben werden.

2. Rechtsmittelrichtlinie vom 11. 12. 2007, RL 2007/66/EG

Die Rechtsmittelrichtlinie, die zum 1. 1. 2008 in Kraft getreten, aber noch nicht in nationales Recht umgesetzt wurde, ermöglicht jedenfalls im Falle von de facto-Vergaben über eine Ausschlussfrist gemäß Art. 2 f I lit. b, die Nachprüfungsmöglichkeiten mit entsprechenden Nichtigkeitsfolgen einzugrenzen. Ein Antrag auf Nachprüfung ist dann nur innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss möglich. Ausschlussfristen sind von Amts wegen zu prüfen und führen zum Erlöschen des Anspruchs.

Allerdings ist diese Rechtsmittelrichtlinie vor ihrer Transformation schon deshalb nicht unmittelbar anwendbar, weil dem Mitgliedstaat ein Ermessensspielraum eröffnet wird, der zunächst vom Gesetzgeber auszufüllen ist.⁴² Es bleibt auch abzuwarten, auf welche Verträge der nationale Gesetzgeber diese Ausschlussfristenregelung anwenden will, also ob davon Verträge, die vor Inkrafttreten der Richtlinie geschlossen wurden, erfasst werden sollen. Zu klären ist auch, welchen konkreten Zeitraum der nationale Gesetzgeber für angemessen hält.

3. Verwirkung

Bereits die VK Köln⁴³ befasste sich vor dem Hintergrund dieser Konstellationen mit der Frage, ob das Recht auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht ab einem bestimmten Zeitpunkt verwirkt sein muss. Die Verwirkung von Rechten ist ein Sonderfall des Einwands des widersprüchlichen Verhaltens i. S. v. § 242 BGB. Die Verwirkung eines Rechts infolge Zeitablaufs bedeutet, dass dem Inhaber die Ausübung seines Rechts versagt wird, weil er über einen längeren Zeitraum hinweg von seinem Recht keinen Gebrauch gemacht und dadurch bei der Gegenseite den Eindruck erweckt hat, mit der Beanspruchung des Rechts werde in Zukunft nicht mehr zu rechnen sein.⁴⁴ Neben dem Zeitmoment (welche Zeitspanne ist noch angemessen?) müssen besondere Umstände (Umstandsmoment) hinzutreten, die die Geltendmachung des Rechts als widersprüchlich im Verhältnis zum bisherigen Verhalten des Antragstellers erscheinen lassen. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf trat jedenfalls Verwirkung ein, nachdem sich die Antragstellerin fünf Jahre lang nicht bei der Vergabestelle gemeldet hatte, obwohl über das Projekt auch in der örtlichen Presse ausführlich berichtet wurde.⁴⁵

34 Vgl. dazu VK Münster, 26. 9. 2007, VK 17/07.

35 BGH, 1. 2. 2005, X ZB 27/04.

36 VK Münster, 6. 5. 2008, VK 4/08.

37 OLG Düsseldorf, 14. 5. 2008, VII-Verg 27/08.

38 So KG, 11. 11. 2004, 2 Verg 16/04 – entgegen OLG Düsseldorf, 23. 2. 2005, Verg 78/04.

39 OLG Düsseldorf, 12. 1. 2000, Verg 4/99; 25. 1. 2005, Verg 93/04.

40 EuGH, 18. 7. 2007, C-503/04.

41 VK Düsseldorf, 12. 3. 2008, VK-03/2008.

42 Vgl. dazu VK Münster, 6. 5. 2008, VK 4/08.

43 VK Köln, 1. 4. 2008, VK VOB 3/2008.

44 Palandt, 68. Auflage 2008, § 242 Anm. 5 a; Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2007, § 242 Rn. 296.

45 OLG Düsseldorf, 30. 4. 2008, VII-Verg 23/08.

Die VK Münster⁴⁶ meinte, dass ein Antragsteller sein Recht auf Nachprüfung zunächst einmal kennen muss, bevor dieses Recht durch Nichtgebrauch verirken kann. Demgegenüber führte das OLG Karlsruhe⁴⁷ aus, dass der Berechtigte keine Kenntnis von seiner Berechtigung haben müsste und sein Recht verirkt sein könnte, wenn er sieben Monate verstreichen lässt, bevor er einen Nachprüfungsantrag stellt.

V. Fazit

Die Entwicklung in der Rechtsprechung zeigt deutlich, dass die Durchführung eines vergaberechtlich geregelten Verfahrens im Falle von so genannten Investorenwettbewerben zum

gegenwärtigen Zeitpunkt unbedingt erfolgen sollte. Dabei gibt es sicherlich noch viele Gesichtspunkte, die noch nicht abschließend geklärt sind.

Allerdings führt nicht jeder Grundstückskaufvertrag in das Vergaberechtsregime, sondern im Einzelfall ist sorgfältig zu klären, ob durch eine vertragliche Kopplung mit einer „Rückgabe“ des Eigentums am Grundstück die Vergabepflichtigkeit tatsächlich ausgelöst wird.

⁴⁶ VK Münster, 6. 5. 2008, VK 4/08.

⁴⁷ OLG Karlsruhe, 13. 6. 2008, 15 Verg 3/08.

Förderansprüche privater Träger nach § 74 SGB VIII, Haushaltsrecht und Demokratieprinzip

Dr. David Rauber, Mühlheim a.M.*

Im Folgenden soll am Beispiel von § 74 SGB VIII der Frage nachgegangen werden, ob es mit dem Demokratieprinzip aus Art. 20 II GG vereinbar ist, dass der Haushaltsgesetzgeber in Bund, Ländern und Gemeinden durch das Verhalten privater Dritter gezwungen werden kann, dem Grunde nach Mittel zur Förderung des Dritten aus öffentlichen Haushaltsmitteln bereit zu stellen. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bejaht das teilweise sogar dann, wenn entsprechende Haushaltsmittel nicht zur Verfügung gestellt worden sind.¹

I. Einführung

Die bereits erwähnte – noch näher zu skizzierende – Rechtsprechung ist mit dem Wortlaut des § 74 III 1 SGB VIII nicht ohne Weiteres zu vereinbaren, der vorsieht, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe „im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel“ über Art und Höhe der Förderung freier Träger entscheidet.

Das legt nahe, dass § 74 SGB VIII selbst, aber auch das Demokratieprinzip aus Art. 20 II GG, eine möglichst weit reichende Entschließungskompetenz des jeweiligen Haushaltsgesetzgebers verlangen. Damit ist es nicht zu vereinbaren, dass das Entschließungsermessen des öffentlichen Trägers der Jugendhilfe bei der Förderentscheidung auch dann auf Null reduziert sein soll, wenn dieser die zu einer gesetzmäßigen Aufgabenerfüllung erforderlichen Mittel bereit gestellt hat, d. h. er seine gesetzlichen Verpflichtungen – insbesondere den Anspruch auf „einen“ Kindergartenplatz – erfüllt hat.² Im Folgenden soll zunächst beleuchtet werden, wie § 74 SGB VIII in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung angewendet wird (II.), ob diese Auslegung mit den herkömmlichen Auslegungsmetho-

den hergeleitet werden kann (III.) und welche verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Auslegung von Haushaltsvorbehalten aus dem Demokratieprinzip erwachsen (IV.).

II. § 74 SGB VIII und seine Auslegung durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung

Nach einer teilweise in der obergerichtlichen Rechtsprechung³ vertretenen Auffassung, trifft den nach Landesrecht zu bestimmenden Träger der öffentlichen Jugendhilfe dem Grunde nach eine Förderpflicht in Bezug auf die freiwillige Tätigkeit auf dem Gebiet der Jugendhilfe.⁴ Die Haushaltslage als solche bietet keinen Grund für eine ermessensgerechte Ablehnung von Förderbegehren.⁵ Das BVerwG hat sich hierzu nicht in gleicher Klarheit geäußert, einerseits hat es in jüngerer Zeit noch eine Ermessensreduzierung auf eine Förderung dem Grunde nach bei Erfüllung der Voraussetzungen nach § 74 SGB VIII verneint,⁶ andererseits hat das Gericht es aber

* Der Verfasser ist Referent in der Abteilung Finanzen, Personal, Soziales beim Hessischen Städte- und Gemeindebund in Mühlheim am Main. Die Ausführungen geben seine persönliche Auffassung wieder.

¹ Ausdrücklich VGH Kassel, NVwZ-RR 2006, 475 (476); implizit auch OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2006, 483 (485), wo davon die Rede ist, dass ein Träger, der die Fördervoraussetzungen des § 74 I SGB VIII erfüllt, einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Höhe des Förderbegehrens habe, ohne dass das Vorhandensein von Haushaltsmitteln beim öffentlichen Träger zu problematisieren.

² Zu den Anforderungen an die Bedarfsdeckung bei Tageseinrichtungen nach § 24 SGB VIII einerseits BVerwG, NVwZ 2002, 1382 (1383); in Krippen: BVerwG, NVwZ 2000, 1300.

³ VGH Kassel, NVwZ-RR 2006, 475 (476).

⁴ VGH Kassel, NVwZ-RR 2006, 475 (476); vgl. auch BVerwG, DVBl. 2005, 772 (773).

⁵ OVG Koblenz, Urt. v. 24. 1. 2008, 7 A 10974/07 – juris, Rn. 26.

⁶ BVerwG, NVwZ 2002, 1382 (1383).