



[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Rechtsanwälte

Sonder-Newsletter • Grundstücksvergabe

April 2008

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

die durch das OLG Düsseldorf eingeleitete Diskussion um die Frage der Vergabepflichtigkeit von Grundstücksverkäufen durch öffentliche Auftraggeber wird durch immer neue Entscheidungen der Vergabekammern und der zuständigen OLG-Senate bereichert. Wir dokumentieren im Folgenden zwei brandneue Entscheidungen in von uns betreuten Mandaten und weisen gleichzeitig auf einige weitere Entscheidungen hin.

In dem Beschwerdeverfahren zur Entscheidung der VK Brandenburg vom 15.02.2008 (VK 2/08), die wir in unserem Sonder-Newsletter vom März 2008 in Leitsätzen dokumentiert hatten, hat nunmehr der zuständige Senat des OLG Brandenburg eine Zwischenentscheidung bis zu der von ihm für den 20.05.2008 terminierten mündlichen Verhandlung getroffen. Die wichtigsten Aussagen haben wir als Leitsätze formuliert.

Am 28.03.2008 hat die VK Brandenburg (VK 6/08) erneut einen Nachprüfungsantrag in einer Grundstücksvergabe-Angelegenheit

als unzulässig verworfen. Hier hatte die von uns vertretene Vergabestelle in drei Losen den Betrieb einer Motorsport-Rennstrecke, einer Kfz-Teststrecke und den Verkauf des entsprechenden Grundstücks europaweit ausgeschrieben und – nachdem keine den Vergabebedingungen entsprechenden Angebote eingegangen waren – mit den vier bekannten Bietern verhandelt und schließlich beschlossen, zwei Bietern den Zuschlag auf die Lose 1 und 2 sowie ein befristetes Grundstückskaufangebot zu erteilen. Hiergegen hatte ein weiterer Bieter, dessen Angebot im Verhandlungsverfahren als wirtschaftlich weniger gut zurückgestellt worden war, einen Nachprüfungsantrag gestellt, der nun verworfen wurde. Auch insoweit haben wir im Folgenden Leitsätze formuliert.

Hinweisen möchten wir noch auf einen Beschluss der VK Baden-Württemberg vom 07.03.2008 (1 VK 1/08), mit dem ein Nachprüfungsantrag gegen die Vergabe einer Kaufoption an einen Investor durch eine Gemeinde als unzulässig verworfen wurde, obwohl eine Bauverpflichtung, abgesichert durch ein Rückkaufsrecht und die Pflicht zur



Durchführung eines Fassadenwettbewerbs sowie ein städtebaulicher Vertrag vereinbart worden war. Die Vergabekammer ging davon aus, dass es schon fraglich sei, ob ein städtebaulicher Vertrag überhaupt eine Beschaffungsmaßnahme im Sinne des Vergaberechts sein könne, weil die Bauverpflichtung und die Art des Gebäudes sich auch mit den nach dem BauGB zur Verfügung stehenden Instrumenten erreichen ließen. Diese Frage könne aber letztlich offen bleiben, weil in dem konkreten Fall das Vertragswerk eine nicht ausschreibungspflichtige „Dienstleistungskonzession“ betreffe. Schwerpunkt des Vertragswerks seien nicht Baumaßnahmen, sondern die Verpflichtung des Investors zur Übernahme und zum Weiterbetrieb eines bestehenden Supermarktes für 10 Jahre.

Als vergabepflichtigen Vertrag hat dagegen das OLG Bremen in einem Beschluss vom 13.03.2008 (Verg5/07) einen Rechtsvorgang charakterisiert, mit dem eine kommunale Gesellschaft Grundstücke zum Zweck der Errichtung und des Betriebes von Windkraftanlagen verpachten wollte. Der Pächter musste sich verpflichten, die Anlagen gemäß dem von ihm vorgelegten Nutzungskonzept innerhalb eines Jahres zu erstellen und für eine Laufzeit von 20 Jahren zu betreiben. Das OLG Bremen sieht hier den Schwerpunkt des Vertrages in der Errichtung der Bauwerke und qualifiziert den Vorgang

deshalb als eine ausschreibungspflichtige Baukonzession.

Die dargestellten Entscheidungen zeigen, dass in Zukunft die Frage der Abgrenzung von Baukonzession und Dienstleistungskonzession bei typengemischten Verträgen eine wichtige Weichenstellung für das zum Vertragsabschluss führende Verfahren bedeutet. Auch hierüber werden wir in unserem [GGSC]-Strategieseminar ausführlich diskutieren.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Grundstücksvergabe-Team

[Leitsätze]

GWB §§ 99, 107 Abs. 3, 115 Abs. 3, 118 Abs. 1 Satz 3

Wenn der Abschluss eines Grundstückskaufvertrages durch einen öffentlichen Auftraggeber ein vergabepflichtiges Rechtsgeschäft betreffen kann, so kann bei Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens nicht ohne Weiteres von einer wirksamen Zuschlagerteilung ausgegangen werden, die zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages führen würde, auch wenn der Kaufvertrag bereits notariell beurkundet und im Übrigen wirksam geworden ist. Der Vergabesenat kann dann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens durch einstweilige Maßnahmen sicherstellen,



len, dass auf dem vertragsgegenständlichen Grundstück keinerlei bauliche Maßnahmen bis zur Entscheidung des Senats über die Beschwerde getroffen werden.

Nach allgemeiner Auffassung stellt zwar die Veräußerung von Vermögen keinen Beschaffungsvorgang der öffentlichen Hand dar. Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn mit der Veräußerung ein Beschaffungsverhältnis einhergeht, z.B. eine Abrede, dass der Käufer Anforderungen zu erfüllen habe, die über sein grundstücksbezogenes Projektentwicklungsinteresse hinausgehen. Bei der Prüfung der Umstände, die auf ein solches Beschaffungsinteresse des öffentlichen Auftraggebers schließen lassen, darf nicht allein auf den Wortlaut des angegriffenen Vertrages abgestellt werden, vielmehr sind evtl. in sachlich-zeitlichem Zusammenhang liegende Umstände, die eine Zielsetzung des Auftraggebers in Richtung „Beschaffung“ zeigen, mit zu berücksichtigen.

Beschluss des OLG Brandenburg vom 13.03.2008 (Verg W 04/08)

GWB § 99

Ein Vertrag, dessen Schwerpunkt auf der Vereinbarung einer Dienstleistungskonzession liegt, unterliegt nicht dem förmlichen Vergaberecht. Zwar gilt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch für den Abschluss von Dienstleistungskon-

zessionen aus dem Transparenzgebot die Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen. Für die Überprüfung der Einhaltung dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien ist jedoch im innerstaatlichen Recht mangels Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB der spezielle Rechtsschutzweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet.

Die Dienstleistungskonzession ist einerseits von der Baukonzession und andererseits von der Vergabe einer Dienstleistung abzugrenzen. Eine vergabepflichtige Dienstleistung liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, ein Entgelt zu zahlen, während die Dienstleistungskonzession darin besteht, dass dem Auftragnehmer ausschließlich die Befugnis zur Nutzung seiner eigenen Leistungen auf eigenes Risiko eingeräumt wird. Eine Baukonzession liegt vor, wenn Hauptgegenstand des Auftrags die Erbringung einer Bauleistung ist. Nebenleistungen zu einer Dienstleistungskonzession, wie z.B. Instandhaltungspflichten oder rein faktische Investitionsnotwendigkeiten führen nicht dazu, dass das Vertragsverhältnis insgesamt als Baukonzession ausschreibungspflichtig ist.

Beschluss der VK Brandenburg vom 28.03.2008 (VK 6/08)



[GGSC]-Strategieseminar

Kommunale Grundstücksveräußerungen und Städtebau - aktuelle, vergaberechtliche Herausforderungen -

**am 09. April 2008
im Energieforum Berlin**

[GGSC] möchte mit Ihnen einen Ratschlag über ein ganz aktuelles und für viele Gemeinden brennendes baurechtliches Thema halten. Es geht um Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand. Diese sind schon lange in ihrem Ablauf rechtlich in der Diskussion: Welches ist das beste Verfahren, um Verkäufer, Kaufpreis und Vertragspflichten festzulegen? Oft will die Gemeinde den Käufer zu Investitionen verpflichten oder muss dies tun (beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan und im Entwicklungsbereich). Hier zeichnet sich aufgrund der Entwicklung der Rechtsprechung im Jahr 2007 eine einschneidende Wende ab. Grundstücksveräußerungen mit einer Investitionsverpflichtung sind unter bestimmten Voraussetzungen vergabepflichtige Bauaufträge in Gestalt einer Baukonzession. Ein europaweites Verfahren ist die Folge.

Welche Immobiliengeschäfte der öffentlichen Hand sind im Einzelnen betroffen? Welche Verfahrensart ist im Einzelfall zweckmäßig und rechtlich geboten? Welche Rechtsfolgen sind an Vergaberechtsverstöße geknüpft? Wie können laufende Verfahren „gerettet“ werden? Das Anwaltsbüro [GGSC] begleitet und berät seit Jahren eine Vielzahl von Gemeinden und auch Investoren im Zusammenhang mit der Realisierung städtebaulicher Projekte. Wir sind in aktuellen Mandaten mit den gestellten Fragen konfrontiert. In dem Seminar sollen die Konsequenzen der jüngeren Rechtsprechung praxisnah erläutert und Strategien aufgezeigt werden, Immobiliengeschäfte rechtssicher, insbesondere vergaberechtlich unangreifbar, zu realisieren.

Das Seminar wendet sich an MitarbeiterInnen der Liegenschafts- und Bauverwaltungen von Städten und Gemeinden, an städtische und private Entwicklungsgesellschaften und an Investoren, die im Einvernehmen mit der Gemeinde an zentralen Orten rechtssicher, aber zügig bedeutende Vorhaben umsetzen wollen.

Veranstalter:

Das Seminar wird von [GGSC]-Seminare GmbH in Berlin durchgeführt.



Programm des Seminars:

- 9:30 Uhr** **Begrüßung und Vorstellung des [GGSC]-Strategieseminars**
Rechtsanwalt Dr. Klaus-Martin Groth
Anwaltsbüro [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
- 9:45 Uhr** **Welche Grundstücksgeschäfte kommen zukünftig in den Bereich einer möglichen Vergabepflicht?**
Rechtsanwalt Dr. Gerrit Aschmann
Anwaltsbüro [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
- 10:15 Uhr** **Entwicklung der Rechtsprechung zur Baukonzession im Jahr 2007**
Rechtsanwältin Dr. Maren Wittzack
Anwaltsbüro [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
- 10:45 Uhr** **Nachfragen/Diskussion**
- 11:00 Uhr** **Kaffeepause**
- 11:15 Uhr** **Kommunalaufsichtliche Problembewertung in vergabe- und kommunalrechtlicher Hinsicht**
Regierungsrätin Birgit Gründel
Innenministerium des Landes Brandenburg
- 11:45 Uhr** **Vor welchen Problemen stehen die Gemeinden jetzt?**
Vertreter aus dem gemeindlichen Liegenschaftsbereich
- 12:30 Uhr** **Mittagspause**
- 14:00 Uhr** **Gesetzlich vorgeschriebene Verträge mit Bauverpflichtungen: Wie ist in den Fällen des § 12 und des § 169 Abs. 6 – 8 BauGB zu verfahren?**
Rechtsanwalt Dr. Jörg Beckmann
Anwaltsbüro [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]



- 14:30 Uhr** **Grundstücksveräußerungen und Städtebau: Welche Verfahren wählt der Berliner Liegenschaftsfonds?**
Dr. Rainer Emenlauer
Geschäftsführer Prostadt GmbH
- 15:00 Uhr** **Nachfragen/Diskussionen**
- 15:30 Uhr** **Kaffeepause**
- 15:45 Uhr** **Wie vermeide ich Zeitverlust und Fehler bei einem europaweiten Ausschreibungsverfahren?**
Rechtsanwältin Franziska Hansmann
Anwaltsbüro [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
- 16:15 Uhr** **Nachfragen/Diskussion**
- 16:45 Uhr** **Seminarende**

Tagungsveranstalter: **[GGSC]-Seminare GmbH**
Stralauer Platz 34, 10243 Berlin
Telefon: 030/726 10 260
Telefax: 030/726 10 2610

Tagungsleitung: **Anwaltsbüro [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]**
www.ggsc.de

Tagungsort: **Energieforum**
Stralauer Platz 34, 10243 Berlin
www.energieforum-berlin.de

Tagungskosten: Der Kostenbeitrag beträgt für Mitarbeiter öffentlicher Auftraggeber 220,00 € sowie für andere Teilnehmer 290,00 €, jeweils zzgl. Umsatzsteuer und ist nach Anmeldung (vgl. beigefügtes Antwortfax) und Rechnungsstellung zu überweisen.



[GGSC]-Seminare GmbH
Frau Urban
per Fax: (030) 726 10 26 10

Anmeldung bis 28.03.2008

[GGSC]-Strategieseminar
unter Leitung des Anwaltsbüros [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
im Energieforum Berlin am 09. April 2008

Sehr geehrte Damen und Herren,

an der Veranstaltung nehme ich /nehmen wir mit Personen teil:

1.
(Name, Vorname, Funktion) – bitte in Blockschrift ausfüllen -

2.
(Name, Vorname, Funktion) – bitte in Blockschrift ausfüllen -

Der Kostenbeitrag (Teilnahme, Tagungsunterlagen, Kaffee und Gebäck, 1 x Mittagessen) beträgt je Person für

- | | | |
|--|----------------------------|----------------------------|
| • Mitarbeiter öffentlicher Auftraggeber | 220,00 € zzgl. USt. | <input type="checkbox"/> * |
| • andere Teilnehmer | 290,00 € zzgl. USt. | <input type="checkbox"/> * |

*(Zutreffendes bitte ankreuzen)

Nach Eingang dieser Faxanmeldung erhalten wir unaufgefordert eine Teilnahmebestätigung/Rechnung.

Mit freundlichen Grüßen

(Unterschrift)

(Stempel/Telefonnummer)

(E-Mail-Adresse – bitte unbedingt angeben)