

„Investorenverträge und Vergaberecht - das Damoklesschwert des neuen GWB“

Von RA Dr. Ute Jasper und RA Barbara v. der Recke, Düsseldorf

Das Thema Grundstücksverkäufe der Öffentlichen Hand wird seit zwei Jahren mit großem Interesse durch die vergaberechtliche Brille - oder besser: Lupe - verfolgt. Grund hierfür ist die „Ahlhorn“-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2007. Sie hat die Praxis kommunaler Grundstücksverkäufe tiefgreifend geändert. Die mit der Entscheidung statuierte Ausschreibungspflicht stellte völlig neue Anforderungen an die Kommunen, insbesondere bei der Innenstadtentwicklung und Gewerbeförderung. Plötzlich trat ein formalisierter Wettbewerb an die Stelle flexibler, manchmal auch gewohnt bequemer Investorengespräche.

Die großen anfänglichen Unsicherheiten und die dem Vergaberecht entgegengebrachte Skepsis sind jedoch deutlich gewichen. Bund, Land und Kommunen sowie deren Tochtergesellschaften haben sich vielerorts mit den neuen Rahmenbedingungen anfreunden können. Hiervon zeugen eine ganze Reihe erfolgreicher Investorenwettbewerbe aus den vergangenen zwei Jahren, neben der Restrukturierung von Gewerbeflächen insbesondere Innenstadtprojekte, wie z.B. Einkaufszentren. Die langsam, aber stetig geschwundene Abwehrhaltung hat einen einfachen Grund: Der Wettbewerb und die Möglichkeit der Kommunen, bei den Projekten in ihrem Sinne lenkend mitzuwirken, haben neben qualitativen vor allem wirtschaftliche Vorteile mit sich gebracht.

Trotz der positiven Entwicklungen hat sich der Gesetzgeber dieser zart blühenden Pflanze bemächtigt. In Folge der Novelle zur Modernisierung des Vergaberechts, die am 24.04.2009 in Kraft getreten ist, sollen Grundstücksverkäufe der Öffentlichen Hand mit Bauverpflichtungen für den Investor nun wieder von dem Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts ausgenommen sein. Der neue § 99 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) regelt, dass die Bauleistung dem Öffentlichen Auftraggeber unmittelbar zugute kommen muss. Ein vergaberechtsrelevanter Bauauftrag liegt also nur dann vor, wenn ein eigener Beschaffungsbedarf des Öffentlichen Auftraggebers realisiert wird. Alle Fälle, in denen der Öffentliche Auftraggeber hingegen mit seiner Bauverpflichtung lediglich mittelbare Zwecke, wie z.B. solche der Stadtentwicklung, verfolgt, sollen hiernach wieder vergaberechtsfrei vergeben werden können. Alleine die Realisierung einer gewünschten städtebaulichen Entwicklung unterfällt nach Ansicht des Gesetzgebers nicht dem Begriff der Beschaffung. Damit wird der in der vergaberechtlichen Diskussion anzutreffende Gedanke aufgegriffen, dass eine Gleichsetzung von gemeindlichem Interesse und gemeindlicher Beschaffung unzulässig sei. Im Gesetzgebungsverfahren der Novelle zur Modernisierung des Vergaberechts hat der Gesetzgeber zur Begründung der Änderung des Bauauftragsbegriffs explizit auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf Bezug genommen. Die neue Vorschrift des § 99 Abs. 3 GWB soll diese, in seinen Augen falsche Rechtsprechung korrigieren. Nach Ansicht des Gesetzgebers handele es sich um eine verfehlt überspannte Vergaberechts. Der Gesetzgeber hat sich damit also denjenigen kritischen Stimmen angeschlossen, die eine Anwendung des Vergaberechts auf Grundstücksverkäufe der Öffentlichen Hand mit Bauverpflichtung ablehnen.

Neben dem Begriff des Bauauftrages hat sich der Gesetzgeber ferner auch der Definition der Baukonzession angenommen. Mit der neuen Vorschrift des § 99 Abs. 6 GWB hat er diese begrifflich neu gefasst. § 99 Abs. 6 GWB bestimmt

zunehmend, dass eine Baukonzession vorliegt, wenn der Konzessionär als Gegenleistung für die Bauarbeiten ein befristetes Recht auf Nutzung der Bauanlage erhält. Das neue Merkmal der „Befristung“ soll dabei klarstellen, dass Konzessionsverhältnisse nur solche Rechtsverhältnisse sind, die für eine bestimmte zeitliche Dauer vergeben werden. Auch zu dieser Änderung sah sich der Bundesgesetzgeber durch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf motiviert. Dem weiten Baukonzessionsbegriff der „Ahlhorn-Entscheidung“ wollte er nicht länger folgen.

Die neuen Regelungen in den §§ 99 Abs. 3 und Abs. 6 GWB fordern jedoch zu einer kritischen Betrachtung auf. Sind Investorenwettbewerbe nunmehr wirklich auch ohne europäisches Vergaberecht möglich? Oder sind die Entscheidungen des Gesetzgebers vor dem Hintergrund der europarechtlichen Vorgaben nicht mehr als nur ein Wunschdenken? Gelingt es dem Gesetzgeber mit Hilfe dieser Gesetzesänderungen der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und anderer Obergerichte sowie vieler Vergabekammern den Boden zu entziehen? Eine Beantwortung dieser Fragen ist zum jetzigen Zeitpunkt nur schwer möglich. Sie hängt letztlich von der Rechtsprechung des EuGH ab. Bereits jetzt werden aber gewichtige Argumente vorgetragen, die an der Europarechtskonformität der GWB-Novelle und damit auch an der Vergaberechtsfreiheit von Investorenwettbewerben zweifeln lassen.

Hauptansatzpunkt ist die Frage nach der Vereinbarkeit des neuen GWB mit dem Europäischen Recht. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob die Regelungen des nationalen Vergaberechts mit den Europäischen Vorgaben in Einklang zu bringen sind. Bei der Prüfung und Auslegung der nationalen Regelungen ist der Anwendungsvorrang des Europäischen Vergaberechts stets im Auge zu behalten. Entscheidend ist die Frage, ob der neue Regelungsgehalt des § 99 Abs. 3 GWB mit den Vorgaben aus der europäischen Vergaberichtlinie 2004/18/EG übereinstimmt. Hierbei ist insbesondere eine Auseinandersetzung mit dem neuen Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit zu führen. Wann ist eine Beschaffung unmittelbar? Die Vergaberichtlinie kennt ein solches Kriterium nämlich nicht. Ferner ist die Frage zu stellen, ob die Modifikation des Begriffs der Baukonzession, insbesondere das Merkmal der Befristung, den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entspricht.

Die aktuelle Debatte ist kontrovers. Zu der letzten Frage, ob eine Baukonzession lediglich ein befristetes Recht zur Nutzung beinhalten kann, hatte bereits vor der „Ahlhorn“-Rechtsprechung die EU-Kommission in einer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen ausgeführt, dass die Nutzung in der Regel auf einen bestimmten Zeitraum zu beschränken sei. Die Dauer der Konzession stelle für den Konzessionär ein wesentliches Element dar. Auf der anderen Seite schränken die Definitionen der Konzession in Art. 1 Abs. 3 VKR und Art. 1 Abs. 3 lit. a) SKR das Recht auf Nutzung in zeitlicher Hinsicht gerade nicht ein.

Wichtige Erkenntnisse zu diesen Fragestellungen wird die mit Spannung erwartete Entscheidung des EuGH über den Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf vom 02.10.2008 (VII Verg 25/08) liefern. Auch hierin ging es erneut um die Frage der Vergabepflicht eines Grundstücksgeschäftes. Das OLG nutzte den Kostenbeschluss, um sämtliche Streitpunkte, die ihm seine Kritiker vorwarfen, dem EuGH vorzulegen. Für die Entscheidung bedarf es allerdings weiterhin Geduld.

Solange sich der EuGH nicht ausdrücklich pro oder contra der Vergabepflicht äußert, ist jedoch davon abzuraten, die Vergaberechtsfreiheit von Grundstücksgeschäften und damit auch von Investorenwettbewerben anzunehmen. Nicht zuletzt der Deutsche Städtetag und der Deutsche Städte- und Gemeindebund empfehlen den Kommunen trotz der GWB-Novelle, ihre Grundstücke vorerst weiter nach den europäischen Vergabevorschriften zu veräußern. Bei der Durchführung neuer Projekte könnten das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der Neuregelung des Gesetzgebers und der damit verbundene Verzicht auf eine Ausschreibung zu großen Schwierigkeiten führen. Denn sollte sich der EuGH bei den vom OLG Düsseldorf vorgelegten Fragen im Sinne des Vorlagegerichtes entscheiden, droht auch nachträglich noch die Unwirksamkeit der abgeschlossenen Verträge.

Die GWB-Novelle hat die Handhabung von Grundstücksgeschäften somit gerade nicht vereinfacht, sondern die Unsicherheit

vielmehr vergrößert. Das Damoklesschwert schwebt weiter über ihnen. Investorenwettbewerbe kommen auch nach dem neuen GWB - jedenfalls momentan - nicht ohne das europäische Vergaberecht aus. Neben den beträchtlichen rechtlichen Unsicherheiten, die mit der Neuregelung einhergehen, sprechen aber unabhängig davon viele Gesichtspunkte für die Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften auf Investorenwettbewerbe. Die positiven Erfahrungen vieler Kommunen, die insbesondere auch auf wirtschaftlichen Aspekten fußen, sprechen eine klare Sprache pro Vergaberecht. Gerade das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb bietet den Kommunen viele Möglichkeiten, attraktive Projekte ihren Bedürfnissen entsprechend flexibel zu gestalten und rechtssicher zu realisieren. Das Vergaberecht erweist sich hier nicht als der vielgescholtene Hemmschuh, sondern - im Gegenteil - auch als Chance für den Auftraggeber, seine Vorstellungen zielführend umzusetzen.