



Gemeindeprüfungsanstalt
Baden-Württemberg

GPA-Mitteilung Nr.1/2014

Az. 656.620;656.630;656.640

07.07.2014

Vergaberecht und Verträge im Städtebau

1 Einleitung

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 25.03.2010 C - 451/08 (DÖV 2010, 485) explizit festgestellt, dass der Verkauf eines kommunalen Grundstücks, das einer späteren Bebauung im Zuge einer städtebaulichen Neuordnung (Erlass eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans) ohne Bauverpflichtung zugeführt werden soll, nicht dem Vergaberecht unterliege.

Damit wurde der anderslautenden Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, der sog. „Ahlhorn Linie“ (Ahlhorn 13.06.2007, VII-Verg 2/07; Wuppertal - Vohwinkel 12.12.2007, VII - Verg 30/07; Oer-Erkenschwick 06.02.2008, VII - Verg 37/07), eine klare Absage erteilt. Diese war noch durch eine extensive Interpretation des Begriffs der Bauverpflichtung, des Begriffs der Baukonzession und des Beschaffungsbegriffs geprägt. In Konsequenz unterlagen Grundstücksveräußerungen im Rahmen sogenannter Investorenmodelle, bei denen der öffentliche Auftraggeber eine bestimmte städtebauliche Nutzung anstrebt und mit deren Realisierung er einen Privaten beauftragt, dem Vergaberecht. War die Beauftragung eines Investors mit der Veräußerung eines Grundstücks der öffentlichen Hand verbunden, wertete das Oberlandesgericht Düsseldorf den Gesamtvorgang als ausschreibungspflichtige Baukonzession.

Mit der o.g. Entscheidung bestätigte der Europäische Gerichtshof zudem, dass die Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in 2009 (BGBl. I S. 790 ff.; ber. 09.07.2009 BGBl. I S. 1795) dem Grunde nach europarechtskonform ist, nachdem dies aufgrund der „Ahlhorn Linie“ lange Zeit strittig erschien. Aus der Entscheidung kann jedoch nicht gefolgert werden, dass dem Vergaberecht im kooperativen Städtebau keine Bedeutung mehr zukomme. Vielmehr ist im Einzelfall, nach Maßgabe des § 99 Abs. 3 und 6 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu **prüfen**, ob ein entgeltlicher Vertrag eines öffentlichen Auftraggebers mit Unternehmen über die Beschaffung einer Bauleistung oder ob eine Baukonzession vorliegt.

Ein Bauauftrag dient der Herstellung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks (ggf. mit Planung), das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte, gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (§ 99 Abs. 1 und 3 GWB).

Anhand der Kernaussagen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 25.03.2010 a.a.O. und nach § 99 GWB beantwortet sich die Frage, ob eine Ausschreibungspflicht besteht,

- nach der einklagbaren **Bauverpflichtung**,
- nach dem **unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse der Gemeinde an der Bauleistung**,
- nach einem **maßgeblichen Einfluss des Auftraggebers auf die Bauleistung** und
- nach der **Gegenleistungspflicht**.

Die Tatbestandsvoraussetzung der Bauleistung ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut. Sie leitet sich jedoch aus der Entgeltlichkeit des Vertrags ab, in dem sich der Auftragnehmer verpflichtet, die Bauleistungen entsprechend dem Vertragsinhalt auszuführen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich in der Folge mit Beschluss vom 27.10.2010, VII Verg 25/8 der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs angeschlossen. Die bloße Ausübung von städtebaulichen Regelzuständigkeiten reicht für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags nicht aus (vgl. EuGH Urt. v. 25.03.2010 a.a.O.). Es ist auch rechtlich unbestritten, dass eine Angebotsplanung auf der Grundlage eines Bebauungsplans keine Ausschreibungspflicht auslöst, da eine Planung allein nicht den Tatbestand der Beschaffung erfüllt.

2 Grundlegende Unterschiede – Vergaberecht und Städtebau

Die Anwendung des Vergaberechts und ggf. daraus resultierende Ausschreibungspflichten dienen dem Schutz des Wettbewerbs innerhalb des europäischen Wirtschaftsraums. Jeder interessierte Unternehmer soll sich gleichberechtigt um öffentliche Aufträge bewerben können. Im Vergleich dazu kommt im Städtebau eine völlig andere Grundstruktur zum Tragen. Die zukünftig mögliche Bebauung bestimmter Flächen spielt eine wesentliche Rolle beim Zustandekommen städtebaulicher Verträge. Die Entscheidung, das dafür erforderliche Planungsrecht zu schaffen, ist zwar der Gemeinde in eigener Verantwortung vorbehalten (Art. 28 GG, § 1 Abs. 3 BauGB). Sie ist jedoch das Ergebnis einer Abwägung der von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange. Beispielsweise entscheidet die Gemeinde nach § 12 Abs. 2 BauGB auf Antrag eines Vorhabenträgers (Investors) über die Einleitung des Bebauungsplanverfahrens nach pflichtgemäßem Ermessen. Der Investor unterbreitet der Gemeinde seine Planungskonzeption über die zukünftige bauliche Nutzung bestimmter Flächen in einem Vorhabensplan. Der sich anschließende Abstimmungsprozess über die zukünftige Bebauung zwischen der Gemeinde und einem potentiellen Investor und das sich anschließende Verfahren zur Schaffung von Planungsrecht sind nicht marktfähig (vgl. Hündfeld, Festschrift für Dieter Sellner, Beck 2010, 463-474).

3 Folgerungen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 25.03.2010 für unterschiedliche Arten städtebaulicher Verträge

3.1 Durchführungsvertrag auf der Grundlage eines Vorhaben- und Erschließungsplans (§ 12 BauGB)

Der Durchführungsvertrag regelt die vom Investor zu erbringenden Planungs- und Bauleistungen. Ein Bauauftrag liegt nicht vor, da diese Verpflichtungen im Rahmen von städtebaulichen (planungsrechtlichen) Befugnissen und Regelzuständigkeiten der Gemeinde liegen (vgl. EuGH, Ur. v. 25.03.2010 a.a.O.). Das Gericht stellt insoweit ausdrücklich fest, dass Festsetzungen in (vorhabenbezogenen) Bebauungsplänen und Vereinbarungen in - damit verbundenen - Verträgen nach §§ 11, 12 BauGB kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Gemeinde an einer der Realisierung der allgemeinen planungsrechtlichen Ziele dienenden Bauleistung begründen. Die Gemeinde kann nicht auf die Erfüllung der vertraglich vereinbarten Durchführungspflicht klagen. Ihr steht bei Nichterfüllung der Durchführungspflicht das Recht zur Aufhebung des Bebauungsplans nach § 12 Abs. 6 Satz 1 BauGB zu (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, B. v. 15.03.2013 – 1 Verg 4/12, NZBau 2013, 453 - 458). Im Ergebnis beinhaltet der Durchführungsvertrag mangels Einklagbarkeit der Durchführungspflicht keine Bauverpflichtung.

Im konkret entschiedenen Fall verkaufte eine Gemeinde in zentraler Lage Grundstücke an einen Investor, der darauf, auf der Grundlage eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans, ein Einkaufszentrum errichten wollte. Der Grundstücksveräußerungsvertrag beinhaltete die Verpflichtung, für die auf dem Grundstück betriebenen Parkplätze auf dem Dach des Einkaufszentrums Ersatz zu schaffen. Das Gericht verneinte ein unmittelbar wirtschaftliches Interesse der Gemeinde an den Bauleistungen, denn die Verlagerung des bestehenden Parkplatzbestandes war lediglich eine Folge des privaten Bauvorhabens. Eine Neuerschließung der Grundstücke war zur Realisierung des städtebaulichen Konzepts nicht erforderlich. Wird jedoch ein solcher Durchführungsvertrag zugleich mit einem Erschließungsvertrag verknüpft, liegt ein vergabe-rechtsrelevanter Vorgang vor (vgl. Nr. 3.5 Erschließungsverträge).

3.2 Baurealisierungsverträge (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB)

Baurealisierungsverträge eröffnen der Gemeinde die Möglichkeit, ihre städtebaulichen bzw. bauleitplanerischen Ziele vertraglich zu sichern. Unter diese Kategorie fallen z.B. Verträge im Sinne von Einheimischenmodellen zur Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung. Mit der vertraglichen Verpflichtung, das Grundstück innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht an Auswärtige zu verkaufen, sichern sich die Gemeinden u.a. ihre städtebauliche Konzeption ab. Zwar beinhaltet der Grundstückskaufvertrag im Rahmen des Einheimischenmodells i.d. Regel eine Bauverpflichtung. Die Schaffung von Baurecht ist nicht als Entgelt zu werten, ebenso fehlt es an einem Beschaffungsvorgang. Von vornherein

kommt nur ein begrenzter Personenkreis als Vertragspartner für die Gemeinde in Betracht. Baurealisierungsverträge unterliegen damit nicht dem Vergaberecht. Es bleibt anzumerken, dass nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes, Urteil v. 08.05.2013 (C-197/11; C-203/11, flämisches Einheimischenmodell) Einheimischenmodelle grundsätzlich für rechtmäßig erklärt worden sind, vorausgesetzt, ihnen liegen angemessene Kriterien zu Grunde. Davon unberührt bleibt das von der Europäischen Kommission gegen Deutschland eingeleitete und bisher noch nicht abgeschlossene Vertragsverletzungsverfahren infolge des von der nordrheinwestfälischen Gemeinde Selfkant und von bayerischen Kommunen praktizierten Einheimischenmodells. Der Unterschied des bayerischen zu dem flämischen Modell besteht darin, dass nach dem bayerischen Modell Ortsansässige nur dann Sonderkonditionen beim Erwerb von Bauland erhalten können, wenn sie auf dem heimischen Grundstücksmarkt, bedingt durch ihre finanzielle Situation, nicht zum Erwerb von Bauland in der Lage sind und demzufolge ihre Heimatgemeinde verlassen müssten.

3.3 Folgekostenverträge (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 BauGB)

Die Gemeinde beschafft sich mit Folgekostenverträgen keine baulichen Anlagen. Sie verpflichtet vielmehr den Vertragspartner zur Kostentragung für solche Maßnahmen, die wiederum Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens des Vertragspartners sind. Bei derartigen Verträgen ist das Koppelungsverbot zu beachten, ebenso müssen die vereinbarten Leistungen angemessen sein. Ein entgeltlicher, dem Vergaberecht unterliegender Beschaffungsvorgang liegt nicht vor.

3.4 Erschließungsverträge (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 BauGB)

3.4.1 Einordnung von Erschließungsmaßnahmen als öffentlicher Bauauftrag

Der Europäische Gerichtshof hat in einem weiteren Urteil (Urteil vom 26.05.2011 C -306/08; NZBau 2011, 431) klar zum Ausdruck gebracht, dass Bauleistungen, soweit sie den Hauptgegenstand eines Vertrags zur Beauftragung des Erschließungsträgers ausmachen, zur Konsequenz führen, dass der Vertrag als dem Vergaberecht unterliegender öffentlicher Bauauftrag zu qualifizieren ist. Bauleistungen (Erschließungsmaßnahmen), die bezogen auf das Vertragskonstrukt lediglich von untergeordneter Bedeutung sind und deshalb nicht maßgeblich den Inhalt des Vertrags prägen, führen nicht zur Einordnung des Vertrags als öffentlicher Bauauftrag. Ein Vertrag, der zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines öffentlichen Auftrags anderer Art aufweist, ist nach den Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge zu vergeben, die auf den Hauptgegenstand des Vertrags Anwendung finden.

Gegenstand der vorgenannten Entscheidung war die Umsetzung von Stadtentwicklungsmaßnahmen in einer spanischen Stadt. Nach dem spanischen Städtebaurecht war der Erschließungsträger dabei nicht nur verantwortlich für die klassische städtebauliche Erschließung (Fahrbahnherstellung, Straßenbeleuchtung, Versorgung mit Wasser und Elektrizität, Abwasserableitung), sondern auch für die Entwicklung und

Durchführung von Maßnahmen der Stadtplanung und der Flurbereinigung. Weiter war er verantwortlich für die Finanzierung der Gesamtmaßnahmen. Er musste insoweit die erforderlichen Schritte unternehmen, um die Unentgeltlichkeit der Aktivitäten für die Verwaltung sicherzustellen. Andererseits hatte er für die gerechte Aufteilung der mit der Stadtentwicklungsmaßnahme zusammenhängenden Kosten und Immobilienerträge unter den Eigentümern (welche die Arbeiten finanzierten) der betroffenen Baugrundstücke zu sorgen. Im konkreten Fall hatte der Europäische Gerichtshof die Klage mit folgender Begründung abgewiesen: Die Kommission habe nicht hinreichend nachgewiesen, dass die bauliche Komponente, d.h. die Erschließungsmaßnahme, den Hauptgegenstand des Vertrags ausmache.

Von dieser Besonderheit im spanischen Städtebaurecht unterscheidet sich der Erschließungsvertrag nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 BauGB bzw. der unechte Erschließungsvertrag. Hier sind im Regelfall die Bauleistungen maßgebender Schwerpunkt des Vertragsinhalts.

3.4.2 Echter Erschließungsvertrag

Echte Erschließungsverträge, bei denen der Erschließungsunternehmer die Erschließung auf eigene Kosten vornimmt, sich über die Veräußerung der erschlossenen Grundstücke refinanziert und sich verpflichtet, hergestellte Erschließungsanlagen unentgeltlich an die Gemeinde zu übertragen, sind „öffentliche Bauaufträge“. Es ist unstrittig, dass sich der Erschließungsunternehmer hier zu der Bauleistung i.S. einer „Herstellung der Erschließungsanlagen“ verpflichtet. Die Gemeinde wird zu gegebener Zeit Eigentümerin der Erschließungsanlagen, womit sich deren unmittelbares wirtschaftliches Interesse geradezu aufdrängt. Weiter nimmt die Gemeinde durch die vertraglichen Regelungen maßgeblich Einfluss auf die Bauleistung des Erschließungsunternehmers.

Entgegen einigen Auffassungen in der Fachliteratur fehlt es auch nicht an der Entgeltlichkeit der Vertragsleistung. Ein **entgeltlicher Vertrag** liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber sich zu einer **geldwerten Leistung** verpflichtet und wenn **Leistung und Gegenleistung miteinander untrennbar verbundene Teile eines einheitlichen Leistungsaustausches** sind. Das Entgelt für die Bauleistung kann nicht nur aus einer Vergütung in Geld, sondern aus jeder Gewährung eines geldwerten Vorteils bestehen. Soweit ersichtlich, hat sich in der europäischen Rechtsprechung der **weite Entgeltbegriff** durchgesetzt (vgl. Stephan Keller, Kooperativer Städtebau und Kartellvergaberecht, Nomos Verlag, 1. Auflage 2010, Vergaberecht und städtebauliche Kooperation, Nina Jarass Cohen, S. 140).

Die **Übertragung des Erschließungsrechts per Erschließungsvertrag auf den Grundstückseigentümer** oder auf den **Erschließungsunternehmer als Alleineigentümer der Grundstücke** im Vertragsgebiet beinhaltet für diesen einen geldwerten Vorteil in Form des Nichtentstehens der Erschließungsbeitragspflicht. Diese Leistung der Gemeinde ist auch mit der Gegenleistung des Vertragspartners, der Herstellung der Erschließungsanlagen, untrennbar (rechtlich) verknüpft. Ohne das Nichtentstehen der Beitragspflicht würde der Vertragspartner die dem echten Erschließungsvertrag immanente Verpflichtung zur Kostenübernahme und zur Herstellung der Erschließungsanlagen nicht übernehmen (vgl. Heike Schoen,

Städtebauliche Verträge und Vergaberecht, Symposium des Zentralinstituts für Raumplanung an der Universität Münster am 24.06.2009). In die gleiche Richtung argumentiert Birk (Städtebauliche Verträge, 5. Aufl. 2013, Randnr. 284 sowie VK Baden Württemberg, B. v. 20.06.2002 – 1 VK 27/02). Die Entgeltlichkeit liege im Wegfall der Befugnis der Gemeinde, sich über Erschließungsbeiträge zu refinanzieren, der Ausschluss der Beitragserhebung sei überdies Geschäftsgrundlage des Erschließungsvertrags. Dieser damit zum Ausdruck kommende **weit gefasste Begriff der Entgeltlichkeit** liegt auch der Entscheidung „Teatro alla Bicocca“ (EuGH, Urt. vom 12.07.2001 C- 399/98, NZBau 2001,512), auf die der Europäische Gerichtshof in seiner eingangs erwähnten Entscheidung vom 25.03.2010 Bezug nimmt, zu Grunde. In diesem Fall konnte der Bauträger seine Erschließungsbeitragsschuld aufgrund einer Besonderheit des italienischen Städtebaurechts durch Errichtung und Übereignung der hergestellten Erschließungsanlage tilgen. Vor dem Hintergrund dieses (auch) hier ersichtlich weit gefassten Begriffs der Entgeltlichkeit kommt es nicht darauf an, ob der Bauträger durch die Maßnahme eine bestehende Erschließungsbeitragsschuld tilgt oder sich entsprechende Erschließungsbeiträge erspart, indem er die Erschließungsmaßnahme selbst durchführt (Eisenreich/Barth, NVwZ 2008, 635 sowie Schunder Achim, Die Bauauftragsvergabe zwischen nationalen und europäischen Zielkonflikten, Festschrift für Dieter Sellner, Beck 2010, 453-462; VK BW, Beschluss v. 20.06.2002 - 1). Die Entgeltlichkeit allein aus formalen Gründen wegen eines fehlenden verrechnungsfähigen (Geld-) Beitrags zu verneinen, wäre in diesem Gesamtzusammenhang gesehen nicht sachgerecht.

Ist Vertragspartner der Gemeinde ein **Erschließungsunternehmer, der nicht zugleich Grundstückseigentümer ist**, ist in der Übertragung des Erschließungsrechts ein vertragliches Entgelt zu sehen (vgl. Heike Schoen a.a.O.). Der Erschließungsunternehmer trägt hier jedoch das Risiko der Refinanzierung. Dieses Risiko und die damit verbundene Beschaffung („Herstellung von Erschließungsanlagen“) sprechen für die Annahme einer Baukonzession. Kennzeichnend dafür ist weiter, dass nach Herstellung der Erschließungsanlagen diese auf die Gemeinde übertragen werden und insoweit nur ein befristetes Nutzungsrecht des Erschließungsträgers an den betroffenen Grundstücken angenommen werden kann. In **Konsequenz** (wegen der Entgeltlichkeit) **unterliegen solche Erschließungsverträge dem Vergaberecht**.

Auch die umsatzsteuerliche Sichtweise spricht für die Entgeltlichkeit des Erschließungsvertrags. Lässt sich danach ein grundbesitzloser Erschließungsträger, der die Erschließungsanlagen hergestellt hat, seine Kosten von den Grundstückseigentümern erstatten, so sind diese Kostenersätze als „Entgelt von Dritter Seite“ für die gegenüber der Gemeinde erbrachten Erschließungsleistungen für den ansonsten von der Gemeinde zu entrichtenden Werklohn zu werten (vgl. BMF – Schreiben vom 07.06.2012 IV D 2 – S 7300/07/10001:001, BStBl. I 2012 S. 621).

Gegenstand des Erschließungsvertrags ist regelmäßig auch die Herstellung leitungsgebundener Einrichtungen der Ver- und Entsorgung. Dies hat in Anbetracht der Entgeltlichkeit des Vertrags die Ausschreibungspflicht zur Folge. Die Anschlussbeitragspflicht bleibt im Fall des Abschlusses eines Erschließungsvertrags unberührt. Zur Vermeidung einer unangemessenen Doppelbelastung betroffener Grundstücksei-

gentümer beteiligt sich die Gemeinde an den Kosten der vom Erschließungsunternehmer hergestellten Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlage in Höhe der satzungsgemäßen Beiträge, höchstens jedoch begrenzt auf die Höhe der tatsächlich entstandenen Herstellungskosten. Im Ergebnis wird damit zumindest teilweise ein Entgelt für die Leistungen des Erschließungsträgers entrichtet.

3.4.3 Unechter Erschließungsvertrag

Beim unechten Erschließungsvertrag, d.h. im Fall der Beauftragung eines Dritten mit der Durchführung der Erschließung (modifizierter Erschließungsvertrag) und der Abrechnung sämtlicher Kosten mit der Gemeinde, liegt die Entgeltlichkeit auf der Hand. Die Gemeinde erhebt Erschließungsbeiträge bzw. stellt den Bauträger durch Verrechnung der Erschließungsbeiträge von der Beitragspflicht frei. Die Anwendung des Vergaberechts ist hier unstrittig.

4 Ausschließlichkeitsrecht

Stehen alle Grundstücke des Erschließungsvertragsgebiets im Eigentum des Erschließungsunternehmers und Vertragspartners der Gemeinde, dürfte wegen faktischer Alternativlosigkeit bzw. aufgrund faktischer und rechtlicher Monopolstellung eine Ausschreibungspflicht nicht bestehen. In dieser Fallkonstellation sind der Abschluss und die Umsetzung eines Erschließungsvertrags gegen den Willen des Erschließungsunternehmers kaum denkbar (vgl. VG Augsburg, Ur. v. 13.06.2013 – 2 K 12.1237, ZfBR 2014,79).

5. Verträge mit Sanierungs-/Entwicklungsträgern (§§ 157,165 BauGB)

Verträge mit Sanierungs- und Entwicklungsträgern unterliegen den vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 97 ff. GWB als Dienstleistungsauftrag, sofern der Schwellenwert von 207.000 EUR seit dem 01.01.2014 überschritten wird. Bei vergaberechtswidriger Auftragsvergabe droht neben der Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens und der Verpflichtung zur Neuausschreibung unter Umständen auch die Rückforderung von Fördermitteln (vgl. Vergaberecht bei Städtebauvorhaben, Möisinger, Morscheid, NZBau 2009, 413 ff., BGH, Ur. v. 17.11.2011 - III ZR 234/10, BauR 2012, 496-500, VGH BW, Ur. v. 28.09.2011 – 9 S 1273/10, BauR 2012,297, BVerwG, B. v. 13.02.2013 – 3 B 58.12, NVwZ 2013, 1082). Bei Unterschreiten des für eine europaweite Ausschreibung maßgeblichen Schwellenwerts gilt das nationale Recht (§ 31 GemHVO).

6. Verträge über eine Grundstücksveräußerung

Für Verträge, die allein die Veräußerung eines Grundstücks zum Gegenstand haben, besteht, wie oben erwähnt, nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 25.03.2010 keine Ausschreibungspflicht nach dem Vergaberecht. Nach wie vor kann es aber zu einer Ausschreibungspflicht aus mit dem Vertrag verbundenen „Abreden“ kommen.

Der Europäische Gerichtshof schließt nicht aus, dass ein zweistufiger Vorgang - der Verkauf eines Grundstücks und die spätere Vergabe eines Bauauftrags in Bezug auf dieses Grundstück - als rechtliche Einheit und ggf. vergabepflichtiger Vorgang zu bewerten ist. In diesem Sinne sind weitere vergabepflichtige Vorgänge denkbar, wenn z.B. eine Gemeinde einen Kaufpreisnachlass im Zuge einer Grundstücksveräußerung gewährt und als Gegenleistung eine öffentlich-rechtliche Zwecksetzung fordert (z.B. Belegungsrechte im sozialen Wohnungsbau) oder sich finanziell an der Erstellung eines Bauwerks beteiligt (z.B. Einkaufszentrum mit öffentlicher Tiefgarage, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.06.2010, Verg 9/10, NZBau 2010, 580 - 582).

Losgelöst davon hat das Oberlandesgericht München die Ausschreibungspflicht für die verbilligte Veräußerung einer Grundstücksfläche mit Bauverpflichtung im Rahmen der Wohnraumförderung für den Fall verneint, dass für den Erwerber keine weitere Verpflichtung verbunden ist, die dem öffentlichen Auftraggeber einen Zugriff auf das Bauwerk oder dessen Entstehung ermöglicht oder in denen der öffentliche Auftraggeber von keiner ihn selbst unmittelbar treffenden Aufgabe entlastet wird (vgl. OLG München, Beschluss v. 27.09.2011 - Verg 15/11, NZBau 2012, 134 - 136). Es stehe der Kommune grundsätzlich frei, auf welche Art und Weise sie bezahlbaren Wohnraum fördern wolle. Entweder führe sie den Bau von Wohnungen für einkommensschwächere Bürger selbst durch oder sie beauftrage damit private Dritte. Der Verkauf und die Bebauung von Grundstücken im freifinanzierten und sozialen Wohnungsbau unterscheiden sich nur durch die Beihilfe, die in der verbilligten Abgabe der Grundstücke liegt. Allein dieser Umstand könne aber nicht zur Anwendung des Vergaberechts führen. Zusammenfassend stellt der Senat fest, dass es ein absurdes Ergebnis wäre, wenn für Grundstücke, welche - abgesehen von der Beihilfe - unter denselben Bedingungen einmal im frei finanzierten und einmal im sozialen Wohnungsbau veräußert würden, einmal das Vergaberecht anwendbar wäre und einmal nicht.

7. Errichtung öffentlich genutzter Bauten

Die Errichtung öffentlich genutzter Bauwerke im Wege von Erbbau-, Miet-, Pacht- und Leasingkonstellationen kann unter bestimmten Voraussetzungen zur Vergabepflicht führen (z.B. Überlassung von Grundstücken für Zwecke der Wohnraumförderung mit Belegungs-, Benennungs- oder Besetzungsrechten).

8. Fazit

Mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 25.03.2010 ist die Anwendung des Vergaberechts im Bereich des kooperativen Städtebaus in weiten Teilen zurückgedrängt worden. Andererseits ist als Kernbereich der Anwendung des Vergaberechts durch die öffentliche Hand die „beschaffungstypische Einkaufskomponente zur öffentlichen Aufgabenerfüllung“ dezidiert festgestellt.

Wie die aufgezeigten Fallkonstellationen zeigen, kann im Bereich des kooperativen Städtebaus die Anwendung des Vergaberechts im Einzelfall allerdings nach wie vor erforderlich sein.

Die Missachtung einer sich aus dem Europarecht ergebenden Ausschreibungspflicht kann innerhalb der Sechsmonatsfrist nach § 101b Abs. 2 GWB im Falle eines Nachprüfungsverfahrens die Unwirksamkeit entsprechender Verträge, nebst der Verpflichtung zur Neuausschreibung, nach sich ziehen.

Im Zusammenhang mit dem Abschluss eines modifizierten (unechten) Erschließungsvertrags hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 30.01.2013 – 9 C 11/11 (KStZ 2013, 173 – 177) u.a. auf die Folgen eines Vergaberechtsverstoßes (im konkreten Fall war laut Sachverhalt dem Vertragsabschluss kein Ausschreibungsverfahren vorausgegangen) hingewiesen. Ein Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften hat danach nicht automatisch die Nichtigkeit des Erschließungsvertrags bzw. die Rechtswidrigkeit der Beitragsfestsetzung zur Folge. Die Vergabevorschriften dienen insoweit dem Schutz der öffentlichen Haushalte und der Wahrung eines lautereren Wettbewerbs aber nicht dem Schutz des Beitragsschuldners, der nicht Marktteilnehmer ist. Als mittelbar Betroffener steht ihm jedoch das Recht zu, die Unangemessenheit der mit der Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften verbundenen Mehrkosten geltend zu machen. Danach sind die infolge eines Verstoßes gegen vergaberechtliche Vorschriften mit der Herstellung einer Erschließungsanlage verbundenen Mehrkosten beachtlich, wenn diese in für die Gemeinde erkennbarer Weise eine grob unangemessene Höhe erreichen. Der Gemeinde obliegt demzufolge bei unterlassener Ausschreibung im Streitfall die Beweislast für die Angemessenheit der Erschließungskosten. Nur ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren indiziert die Erforderlichkeit der beitragsfähigen Kosten. Nach dieser Entscheidung werden die Gemeinden beim Abschluss eines solchen Vertrags auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Anforderungen verstärkt achten müssen (vgl. im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerwG Urt. v. 30.01.2013 a.a.O. auch VG Augsburg, Urt. v. 13.06.2013 a.a.O.).