



Kommunale Grundstückskaufverträge künftig (wieder) ausschreibungsfrei! EuGH hat über Ahlhorn-Rechtsprechung entschieden

Seit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13.06.2007 zum Verkauf des ehemaligen Militärflughafens in Ahlhorn (deshalb auch als „Ahlhorn-Entscheidung“ bezeichnet) sind Grundstückskaufverträge der öffentlichen Hand Gegenstand vergaberechtlicher Überprüfung. Das OLG Düsseldorf hatte den Verkauf als ausschreibungspflichtige Baukonzession bewertet. In der Folge bestätigte das Gericht seine Rechtsprechung, der sich andere Gerichte und auch Vergabekammern anschlossen. Die Ausweitung des Vergaberechts auf Immobilienverkäufe wurde seitdem lebhaft diskutiert. Der deutsche Gesetzgeber nahm die Diskussion zum Anlass, im Rahmen der Novellierung des Vergaberechts die Regelung des Begriffs des öffentlichen Bauauftrags im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu überarbeiten, um Grundstückskaufverträge – jedenfalls im Regelfall – dem Vergaberecht (wieder) zu entziehen.

Das OLG Düsseldorf legte dem EuGH im Oktober 2008 eine Reihe von Fragen zur Definition des öffentlichen Bauauftrags vor, um klären zu lassen, ob seine Entscheidungspraxis und die Neuregelung des Bauauftrags in der GWB-Novelle den europäischen Vergaberichtlinien entsprechen.

Die Entscheidung

Der EuGH bestätigt den deutschen Gesetzgeber und zieht enge Grenzen, innerhalb derer Grundstückskaufverträge dem Vergaberecht unterfallen (Urteil vom 25.03.2010, Az. C-451/08). Danach stellt der Verkauf eines bebauten oder unbebauten Grundstücks durch die öffentliche Hand an ein Unternehmen keinen öffentlichen Bauauftrag dar. Erforderlich für das Vorliegen eines Bauauftrags sei ein schriftlich geschlossener Vertrag, aus dem die Kommune eine – einklagbare – Bauleistung gegen ein Entgelt erhalte.

Hinzutreten müsse ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Kommune an der Erbringung von Bauleistungen. Dies sei eindeutig gegeben, wenn sie Eigentümerin des Bauwerks werde. Ein wirtschaftliches Interesse könne auch vorliegen, wenn die Kommune Rechtsansprüche hat, die ihr die Verfügbarkeit des Bauwerks für einen öffentlichen Zweck sichern, sie wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks zieht oder sie sich an der Erstellung des Bauwerks finanziell beteiligt.

Übt die Kommune aber lediglich ihre städtebaulichen Regelungszuständigkeiten aus oder prüft und bewertet sie nur

>SEITE 2

EDITORIAL

Das Vergaberecht kommt nicht zur Ruhe: Die lang erwartete Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum Begriff des öffentlichen Bauauftrags ist da. Der EuGH folgt den Schlussanträgen des Generalanwalts (wir berichteten mit unserem Newsletter 1/2010) und setzt der Ahlhorn-Rechtsprechung ein Ende. Kommunen und Investoren wird es freuen.

Für Aufsehen sorgt ein weiteres Urteil des EuGH, mit dem er über eine Regelung des englischen Vergaberechts, wonach ein Nachprüfungsverfahren unverzüglich einzuleiten ist, zu entscheiden hatte. Danach ist das Kriterium der Unverzüglichkeit mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar. Das wiederum wirft die Frage auf, ob damit auch die Rügepräklusion in § 107 Satz 1 Abs. 3 Nr. 1 GWB

hinfällig ist. Das OLG Dresden und die 1. Vergabekammer des Bundes sehen das nicht so, einige Landes-Vergabekammern wenden die Vorschrift hingegen nicht mehr an. Wie die Entwicklung weitergeht, ist völlig offen.

Zum Schluss eine weniger spektakuläre, aber ebenfalls sehr praxisrelevante Entscheidung: Auftraggeber müssen auf die mit Vergaberechtsnovelle 2009 eingeführte 15tägige Reaktionsfrist zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei Nichtabhilfe einer Rüge hinweisen. Anderenfalls findet die Frist keine Anwendung, wie das OLG Celle für Vergaben nach VOF und VOL/A befunden hat. Für die VOB/A gilt dies genauso.

die Pläne des Bauherrn, handele es sich nicht um die Vergabe eines Bauauftrags. Der öffentliche Auftraggeber müsse den Inhalt der auszuführenden Bauleistungen selbst definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf ihre Konzeption ausüben. Genehmigungs- und planungsrechtliche Tätigkeiten der Kommunen seien daher vergaberechtlich ohne Bedeutung. Auch bei der Frage, ob ein Grundstücksverkauf die Erteilung einer Baukonzession darstellt, tritt der EuGH der Ahlhorn-Rechtsprechung entgegen. Für eine Baukonzession reiche es nicht aus, wenn ein Investor ein Grundstück erwirbt und hierauf ein Gebäude errichtet. Die Genehmigung eines solchen Bauvorhabens stelle nicht die Erteilung einer Baukonzession dar. Diese müsse zudem immer befristet sein. Das sei nicht der Fall, wenn ein Erwerber ein Grundstück dauerhaft zu Eigentum erwirbt, ohne dass die Gemeinde ein zuvor vereinbartes Rückkaufsrecht erhält. Tätigkeiten der Kommunen seien daher vergaberechtlich ohne Bedeutung.

Auch bei der Frage, ob ein Grundstücksverkauf die Erteilung einer Baukonzession darstellt, tritt der EuGH der Ahlhorn-Rechtsprechung entgegen. Für eine Baukonzession reiche es nicht aus, wenn ein Investor ein Grundstück erwirbt und hierauf ein Gebäude errichtet. Die Genehmigung eines solchen Bauvorhabens stelle nicht die Erteilung einer Baukonzession dar. Diese müsse zudem immer befristet sein. Das sei nicht der Fall, wenn ein Erwerber ein Grundstück dauerhaft zu Eigentum erwirbt, ohne dass die Gemeinde ein zuvor vereinbartes Rückkaufsrecht erhält.

Kommentar

Der EuGH bestätigt den deutschen Gesetzgeber und schafft damit die dringend benötigte Rechtssicherheit. Mit seiner Entscheidung beendet er die seit der Ahlhorn-Rechtsprechung intensiv geführte Diskussion um eine zentrale Frage des Vergaberechts, die insbesondere bei den Städten und Gemeinden in Deutschland eine erhebliche Verunsicherung bewirkte.

Die Ausdehnung des Vergaberechts auf kommunale Immobiliengeschäfte, die zu einer starken Formalisierung im Bereich des gestaltenden Städtebaus geführt hatte, ist damit hinfällig. Nur dann, wenn Kommunen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an einer Bauleistung haben, sind Grundstückskaufverträge öffentlich auszuschreiben. Für die Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs, die mit Sicherheit Vergabekammern und Gerichte beschäftigen wird, gibt der EuGH klare Kriterien an die Hand.

Damit besteht die Hoffnung, dass das Instrument des städtebaulichen Vertrags wieder effektiv eingesetzt werden kann, um zügig Baurecht für wichtige Investitionen in Städten und Gemeinden zu schaffen. Investorenwettbewerbe, bei denen sich Unternehmen um den Erwerb eines kommunalen Grundstücks und die Errichtung von Immobilien mit den von der Gemeinde vorgegebenen städtebaulichen Anforderungen bemühen, sollten künftig wieder zu der notwendigen Flexibilität bei der – beschleunigten – Umsetzung städtebaulicher Projekte führen.

Die Pflicht zur „unverzüglichen“ Rüge – besteht sie noch? Unsicherheit über Entscheidung des EuGH

Antragsteller in einem Nachprüfungsverfahren fragen sich oft, ob sie den – als solchen erkannten – Vergaberechtsverstoß rechtzeitig gerügt haben. Ihre Sorge, die viele Bieter, Bewerber und übergangene Interessenten bereits von der Antragstellung abhält, ist berechtigt, denn die Rechtslage ist alles andere als eindeutig. So ist der Antrag nach § 107 Satz 1 Abs. 3 Nr. 1 GWB bereits unzulässig, soweit der Antragsteller den Verstoß gegen Vergabevorschriften nicht „unverzüglich“ gerügt hat.

Was ist darunter zu verstehen? Die Legaldefinition in § 121 BGB, wonach „unverzüglich“ mit „ohne schuldhaftes Zögern“ beschrieben wird, hilft nicht weiter, da hierdurch ein unbestimmter Rechtsbegriff durch einen anderen unbestimmten Rechtsbegriff erklärt wird. Vergabekammern und Gerichte stehen daher in jedem Einzelfall vor der undankbaren

Aufgabe, zu entscheiden, ob der Antragsteller seiner Rügeobligiertheit rechtzeitig nachgekommen ist – und tun sich dabei schwer: Das Spektrum reicht von einem bis maximal vierzehn Tage.

Die Entscheidung

Mit Urteil vom 28.01.2010, Az. Rs. C-406/08 („Uniplex“), stellt der EuGH fest, dass das Erfordernis der Unverzüglichkeit mit dem Gemeinschaftsrecht nicht zu vereinbaren ist. Zwar enthalte die einschlägige Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG keine konkreten Fristenregelungen für Nachprüfungsverfahren; dies sei Sache der internen Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedsstaaten. Die mit der Richtlinie verfolgten Ziele verlangten von den Mitgliedsstaaten jedoch Fristenregelungen, die „hinreichend genau, klar und vorhersehbar“ sind.

Gegenstand der Entscheidung war eine Regelung des englischen Vergaberechts, wonach das Gerichtsverfahren zur Nachprüfung von Vergabeverfahren „unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Monaten nach dem ersten Eintreten eines Grundes für die Einleitung eines Verfahrens“ einzuleiten ist. Der klagende Bieter verlangte Schadensersatz wegen eines vergabewidrig erfolgten Vertragsschlusses mit einem anderen Bieter. Das vorliegende britische Gericht war – unter anderem – im Zweifel, ob die Klage fristgerecht erhoben wurde und ob das Erfordernis der Unverzüglichkeit mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

Erste Entscheidungen der Vergabekammern

Als erste berücksichtigte die Vergabekammer Nordbayern die Entscheidung des EuGH (Beschluss vom 10.02.2010, Az. 21.VK-3194-01/10). Den im Ergebnis als unbegründet zurückgewiesenen Nachprüfungsantrag verwarf sie nicht als unzulässig, obwohl die Antragstellerin den erkannten Vergabeverstoß erst nahezu zwei Monate (!) später rügte. Die Rüge, so die Vergabekammer, sei zwar nicht unverzüglich erhoben worden; aufgrund der Rechtsprechung des EuGH sei allerdings fraglich, ob die Regelung europarechtskonform sei und deswegen unbeachtet bleiben müsse. Die Vergabekammern Hamburg (Beschlüsse vom 07.04.2010, Az. VK BSU 2/10, VK BSU 3/10) und Rheinland-Pfalz (Beschluss vom 20.04.2010, Az. VK 2-7/10) sehen sich aufgrund des Urteils des EuGH gehindert, von der Rügepräklusion Gebrauch zu machen.

Anders sieht dies allerdings die 1. Vergabekammer Bund (Beschluss vom 05.03.2010, Az. VK 1-16/10). Die vom EuGH bemängelte Regelung enthalte eine Ausschlussfrist für das Nachprüfungsverfahren selbst (vergleichbar mit § 107 Satz 1 Abs. 3 Nr. 4 GWB), wohingegen § 107 Satz 1 Abs. 3 Nr. 1 GWB die Anforderungen an die Rügeobliegenheit als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag regelt. Zudem sei der Begriff der Unverzüglichkeit – anders als in England – im deutschen Recht definiert (ohne schuldhaftes Zögern) und durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert worden.

OLG Dresden: EuGH-Entscheidung berührt Rügepflicht nicht

Mit dem OLG Dresden hat sich nunmehr der erste Vergabesenat geäußert und sich der Rechtsauffassung der 1. Vergabekammer Bund angeschlossen (Beschluss vom 07.05.2010, Az. WVerg 0006/10). Der Übertragbarkeit der Uniplex-Entscheidung stehe bereits entgegen, dass die Rügefrist gemäß § 107 Satz 1 Abs. 3 Nr. 1 GWB mit der subjektiven Kenntnis des Bieters beginne, während die – deswegen beanstandete – englische Regelung auf das objektive Vorliegen eines Vergabeverstoßes abstelle. Als erheblichen „rechtstechnischen Unterschied“ wertet der Vergabesenat zudem, dass § 107 Satz 1 Abs. 3 Nr. 1 GWB kei-

ne Frist zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens enthält, sondern eine „materiell-rechtliche Präklusionsregel“. Schließlich habe der EuGH nur Fristen für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt, deren Dauer – was bei der englischen Regelung der Fall ist – in das freie Ermessen des zuständigen Richters gestellt ist. Ein derartiges Ermessen räume § 107 GWB den deutschen Vergabenachprüfungsorganen gerade nicht ein.

Das OLG Dresden verweist wie die 1. Vergabekammer Bund auf die Legaldefinition des Begriffs „unverzüglich“ und die in „über 100-jähriger Rechtsprechungstradition“ ausdifferenzierte Begriffsbestimmung. Die vergaberechtliche Rechtsprechung habe eine Rügefrist von „in der Regel einer Woche“ herausgebildet, auf die sich Bieter „einzustellen haben und einstellen können“. Abweichungen nach oben oder unten seien nur in Ausnahmefällen begründet. Dieser Rechtszustand sei mit der vom EuGH entschiedenen Konstellation nicht vergleichbar.

Kommentar

Die Reaktionen auf das Urteil des EuGH könnten nicht unterschiedlicher sein. Welche Auffassung sich im Ergebnis durchsetzt, kann zur Zeit kaum abgesehen werden, weswegen eine Auseinandersetzung mit den mehr oder weniger gut begründeten Argumenten nicht weiterhilft. Die Antwort wird letztlich der BGH geben oder – bei entsprechender Vorlage – der EuGH selbst. Möglicherweise legt auch der Gesetzgeber noch mal Hand an das GWB und trifft eine Fristenregelung. Für die Vergabepaxis bedeutet das einstweilen: Alles bleibt beim Alten. Auftragnehmer müssen daher erkannte Vergabeverstöße nach wie vor schnellstmöglich (ein bis drei Tage) rügen. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie sich die Vergabestellen verhalten sollen: Der vielfach gegebenen Empfehlung, in den Vergabeunterlagen „eigene“ Rügefristen (sieben bis vierzehn Tage) zu setzen, schließen wir uns nicht an, denn sie vermittelt öffentlichen Auftraggebern allenfalls scheinbare Rechtssicherheit. So können Rügefristen allein vom (nationalen) Gesetzgeber bestimmt werden, keinesfalls aber von öffentlichen Auftraggebern selbst. Sofern diese dennoch Fristen setzen, müssen sie damit rechnen, dass Vergabekammern und -senate die Fristbestimmungen als unwirksam ansehen.

Ohne Hinweis in Bekanntmachung keine 15-Tages-Frist für Nachprüfungsantrag

Und noch mal zu § 107 GWB: Nach der Vergaberechtsnovelle 2009 ist ein Vergabenachprüfungsantrag unzulässig, wenn er mehr als 15 Kalendertage nach der Mitteilung des Auftraggebers, der Rüge des Bieters nicht abzuwehren, eingereicht wird. Der Gesetzesbegründung zu § 107 Satz 1 Abs. 3 Nr. 4 GWB zufolge soll dies frühzeitig Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens bringen.

Die Entscheidung

Mit Beschluss vom 12.05.2010, Az. 13 Verg 3/10, hat das OLG Celle entschieden, dass die 15-Tage-Frist nur zur Anwendung kommt, wenn der Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung auf die Frist hingewiesen hat. Alternativ muss er eine Stelle angeben, bei der die Bieter Auskünfte über Rechtsbehelfe einholen können. Fehlt beides, gilt die 15-Tages-Frist nicht. Das OLG Celle begründet die Hinweispflicht mit der Pflicht des Auftraggebers – in diesem Fall nach § 9 Abs. 2 VOF (2006) –, das Muster zur Bekanntmachung in Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 zu verwenden. Dieses sieht in Ziffer VI. 4.2 die Angabe von Rechtsbehelfsfristen vor. Um eine solche handele es sich bei der 15-Tages-Frist. Genauso hatte das OLG Celle schon für eine Vergabe nach VOL/A, die in § 17a VOL/A (2006) die Verpflichtung zur Verwendung des Bekanntmachungsmusters vorsieht, entschieden (Beschluss vom 04.03.2010, Az. 13 Verg 1/10).

Kommentar

Öffentlichen Auftraggebern ist dringend zu empfehlen, in Ziffer VI. 4.2 des Bekanntmachungsformulars auf die 15-Tage-Frist hinzuweisen. Alternativ oder besser noch zusätzlich ist

die Stelle anzugeben, wo Bieter Auskünfte über Rechtsbehelfe und Rechtsmittelfristen einholen können. Dies kann beispielsweise das Ingenieurbüro sein, welches mit der Erarbeitung der Verdingungsunterlagen und der Abwicklung der Ausschreibung beauftragt ist, aber auch eine Stelle beim öffentlichen Auftraggeber selbst. Nicht ausreichend ist die Angabe der zuständigen Vergabekammer. Aus Transparenzgründen sollten öffentliche Auftraggeber auch in dem Schreiben, in dem sie den Bieter über die Ablehnung seiner Rüge informieren, darauf hinweisen, dass nach 15 Kalendertagen Rechtsmittel ausgeschlossen sind.

Die Rechtslage bei Wegfall der 15-Tage-Frist – hierzu brauchte das OLG Celle nicht Stellung zu nehmen – ist noch nicht abschließend geklärt. Vieles spricht dafür, dass sich die Auffassung der Vergabekammer Sachsen durchsetzen wird: Danach soll ein Nachprüfungsantrag in Anlehnung an § 58 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) innerhalb eines Jahres zulässig sein (Beschluss vom 11.12.2009, Az. 1/SVK/054/09).

Die zur VOL/A und VOF in den – noch gültigen – Fassungen von 2006 ergangene Rechtsprechung des OLG Celle kann ohne Weiteres auf Vergaben nach VOB/A (2006) und nach der Sektorenverordnung übertragen werden, die zur Bekanntmachung ebenfalls auf Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 verweisen (§ 17 a bzw. § 16). Gleiches wird für die Neufassungen von VOB/A (§ 12 a), VOL/A (§ 15 EG) und VOF (§ 9) gelten, die am 01.07.2010 zusammen mit der neuen Vergabeverordnung in Kraft treten.

SAMMLERUSINGER

SAMMLER · VOLHARD · BREN · LANGE · USINGER
RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER
PARTNERSCHAFT

LEIPZIG

Burgplatz 7 | 04109 Leipzig
Telefon: +49 341-21 49-0
Telefax: +49 341-21 49-600

BERLIN

Lennéstraße 1 | 10785 Berlin
Telefon: +49 30-26 39 509-0
Telefax: +49 30-26 39 509-600

Ihre Ansprechpartner:

Dr. Martin Fleckenstein
Telefon: 030-26 39 509-180
martin.fleckenstein@sammlerusinger.com

Dr. Rut Herten-Koch M.A.
Telefon: 030-26 39 509-190
rut.herten-koch@sammlerusinger.com

Dr. Konstantin Pohlmann
Telefon: 0341-21 49-133
konstantin.pohlmann@sammlerusinger.com

Dr. Tilman Rosse
Telefon: 0341-21 49-131
tilman.rosse@sammlerusinger.com

Impressum:

Sammler Volhard Bren Lange Usinger
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater
Partnerschaft

Burgplatz 7 · D-04109 Leipzig

Telefon +49 341 2149-0
Telefax +49 341 2149-600

www.sammlerusinger.com
info@sammlerusinger.com

Sammler Volhard Bren Lange Usinger
ist eingetragen im Partnerschaftsregister
des Amtsgerichts Leipzig (PR 68).

USt-ID: DE218661592

Dieser Newsletter enthält nur eine Auswahl von relevanten Themen zum Vergaberecht und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.