

Anhang Nr. 5

Grundstücksveräußerungen

Im Zusammenhang mit kommunalen Grundstücksveräußerungen hatte sich in der Vergangenheit insbesondere das OLG Düsseldorf mehrfach geäußert und diese bei Kopplung mit einer Bauverpflichtung dem Vergaberecht unterstellt (vgl. NZBau 2007, 530 – „Ahlhorn“; NZBau 2008, 139 – „Wuppertal-Vohwinkel“; NZBau 2008, 271 – „Oer-Erkenschwick“; NZBau 2008, 461 – „O.-Berg“). Das OLG hatte u. a. festgestellt, dass es für die Annahme eines Bauauftrages (bzw. einer Baukonzession) ausreiche, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer im Zusammenhang mit der Grundstücksveräußerung mit der Erstellung (ggf. einschließlich Planung) von Bauwerken/Bauvorhaben entsprechend seinen Erfordernissen beauftragt. Für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrages sei es nach OLG Düsseldorf nicht erforderlich, dass der Auftraggeber damit einen eigenen Bedarf befriedigen wolle. Ein mittelbares Eigeninteresse des Auftraggebers, z. B. an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung sei hierbei ausreichend. In seinen Entscheidungen stellte das OLG Düsseldorf ebenfalls die nur vorübergehende Natur von Baukonzessionen in Frage.

Durch diese Rechtsprechung des OLG Düsseldorf war eine große Rechtsunsicherheit eingetreten. Der nationale Gesetzgeber hatte mit der Novellierung des GWB in § 99 klargestellt, dass es für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrages auf einen Beschaffungscharakter ankommt und eine Baukonzession nur vorübergehenden Charakter besitzt.

Nach Vorlage an den EuGH durch das OLG Düsseldorf hat der EuGH mit Urteil vom 25.03.2010 (Az.: C-451/08) die sog. „Alhorn-Rechtsprechung“ verworfen, die Neuregelungen in § 99 GWB bestätigt und im Wesentlichen wie folgt ausgeführt:

- Die Leistung muss dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zu Gute kommen
- Ein öffentlicher Bauauftrag setzt eine einklagbare Verpflichtung voraus
- Der öffentliche Auftraggeber muss als Bauherr auftreten und damit entscheidenden Einfluss auf die Erbringung und Durchführung der Bauleistung haben – städtebauliche Vorgaben, rein gestalterische Vorgaben oder ein Negativausschluss sind dabei nicht ausreichend
- Eine Baukonzession liegt nicht vor, soweit das Nutzungsrecht allein im Eigentumsrecht des Grundstückserwerbers verwurzelt ist (eine unbefristete Erteilung einer Konzession verstoße ebenfalls gegen die EU-Rechtsordnung)

Soweit die Prüfung nach diesen vom EuGH aufgestellten Kriterien zum Ergebnis hat, dass mit der Grundstücksveräußerung kein öffentlicher Bauauftrag verbunden ist, findet § 30 KomHKV keine Anwendung. In diesem Fall sind bei Grundstücksveräußerungen aber die kommunalverfassungsrechtlichen Anforderungen der Haushaltswirtschaft (§ 79 BbgKVerf), das europäische Beihilferecht, die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insb. das Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot sowie verfassungsrechtliche Vorgaben, wie der Gleichheitsgrundsatz zu beachten.