

## Viele Fragen offen gelassen

Ein Urteil des BGH zum Verkauf kommunaler Grundstücke

(BS/Ute Jasper/Jan Seidel) Die Diskussion über Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand ist um eine höchstrichterliche Entscheidung reicher: Außerhalb des Vergaberechts steht es öffentlichen Körperschaften gänzlich frei, ob sie vor dem Verkauf einen Bieterwettbewerb durchführen – so der Bundesgerichtshof (BGH). Trotz dieser auf den ersten Blick klaren Aussage sollten öffentliche Grundstücke auch künftig im Wettbewerb veräußert werden (siehe auch Seite 20).

### Kein Vergaberecht – keine Verfahrensanforderungen?

Der BGH (Urteil vom 22.02.2008 - V ZR 56/07) hatte über Schadensersatzansprüche aus einem Bieterwettbewerb um ein öffentliches Grundstück zu entscheiden. Der Kläger hatte ein Angebot unter dem geforderten Preis abgegeben und war daher aus dem Wettbewerb ausgeschieden. Während der Verhandlungen mit dem verbliebenen Bieter wurden Altlasten auf dem Grundstück entdeckt. Dies führte zu einem endgültigen Kaufpreis, der unter dem Betrag lag, mit dem der Kläger aus dem Wettbewerb ausgeschieden war. Daraufhin verlangte der Kläger gegenüber der Körperschaft den Ersatz entgangenen Gewinns.

Die Begründung, mit der der BGH den Anspruch des Klägers ablehnt, enthält zwei überraschende Argumente für die Praxis des Verkaufs öffentlicher Grundstücke. Zum einen schließt der BGH Ersatzansprüche aufgrund eines durch falsche oder unvollständige Angaben der öffentlichen Hand fehlerhaft kalkulierten Angebots aus. Er führt zur Begründung an: Im Unterschied zum Vergabeverfahren sei die Abgabe eines Angebots im Wettbewerb wegen des Erfordernisses der notariellen Beurkundung nach § 311 b Abs. 1 BGB nicht bindend. Dies vermittelt den Anschein – ohne dass dies näher ausgeführt wird –, dass der BGH Grundstücksverkäufe nicht als tauglichen Gegenstand eines Vergabeverfahrens ansieht.

### Ohne Blick auf die aktuelle Rechtsprechung

Zum anderen – und das ist der praktisch noch relevantere Aspekt des Urteils – hält der BGH einen erneuten Bieterwettbewerb nicht für erforderlich, auch wenn sich die maßgeblichen tatsächlichen Umstände verändert haben. Er führt an, die Durchführung eines solchen Wettbewerbs sei jenseits des Vergaberechts ohnehin in das Belieben der öffentlichen Hand gestellt. Diese Aussage überrascht angesichts mehrerer europäischer und kommunalrechtlicher Aspekte, welche eher für eine Wettbewerbspflicht beim Verkauf öffentlicher Grundstücke sprechen. Nicht zuletzt erstaunt, dass der BGH kein Wort zur umfangreichen Rechtsprechung zur Vergabepflicht von Grundstücksverkäufen verliert. Auch zu primär europarechtlichen Anforderungen an Transparenz und Gleichbehandlung außerhalb von Vergabeverfahren fehlt jede Äußerung.

Die Bedeutung einer solchen Aussage wird sich noch verstärken, wenn die Vergaberechtsnovelle entsprechend dem Kabinettsbeschluss vom 21.05.2008 umgesetzt wird (siehe Seite 20). Denn dann sind Grund-



Ute Jasper und Jan Seidel sehen in dem Urteil des BGH über den Verkauf eines öffentlichen Grundstücks deutliche Reibungsflächen gegenüber einschlägigen Rechtsgebieten, aber auch der Rechtsprechung.

Fotos: BS/Archiv

stücksverkäufe nach § 99 Abs. 3 GWB nF. generell nicht mehr vergabepflichtig. Ob eine solche Regelung allerdings europarechtskonform ist, soll hier nicht erörtert werden.

### Europa- und kommunalrechtliche Wettbewerbspflicht

Die Entscheidung des BGH ist jedoch auch im Kontext des europäischen Rechts zu sehen. Für das Europarecht leitet der EuGH in ständiger Rechtsprechung aus dem Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit die Verpflichtung öffentlicher Körperschaften zur Transparenz ab. Diese Transparenzpflicht gilt auch im vergabefreien Bereich; namentlich bei Dienstleistungskonzessionen muss ein öffentlicher Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung der Unparteilichkeit ermöglicht. Hierfür führt der EuGH vor allem die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) an. Diese Rechtsprechung des EuGH lässt sich jedoch auch zumindest auf den gewerblichen Erwerb von Grundstücken der öffentlichen Hand übertragen. Denn auch hier ist – zumal im Lichte einer möglichst effektiven wirtschaftlichen Betätigung – die Dienstleistungsfreiheit des Erwerbers betroffen. Zudem ist die Interessenlage eines Grundstücksnutzers auf Grund einer Konzession der eines Grundstückserwerbers vergleichbar, vor allem im Falle der anschließenden Verpachtung oder Vermietung des erworbenen Grundstücks.

### Beihilfe- und Haushaltsrecht

Auch das EU-Beihilferecht spricht für einen transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb. Denn anderenfalls besteht die Gefahr einer unzulässigen Beihilfe nach Art. 87 ff. EGV. Eine solche ist bei dem Verkauf eines öffentlichen Grundstücks

unter dem Marktwert gegeben. Der EU-Kommission zufolge lässt sich dies lediglich dadurch ausschließen, dass – vorrangig – ein hinreichend publiziertes, bedingungsloses Bieterverfahren durchgeführt oder zumindest der Marktwert des Grundstücks durch einen unabhängigen Sachverständigen bewertet wird (vgl. Mitteilung der Kommission vom 10.07.1997, ABI. Nr. C 290/03).

Ferner sind insbesondere Gemeinden nach kommunalen Haushaltsgrundsätzen zur Wirtschaftlichkeit, Effizienz und Sparsamkeit verpflichtet. Zudem dürfen sie ihre Vermögensgegenstände in der Regel nur zu deren vollem Wert veräußern. Dies gilt auch für kommunale Unternehmen, die einen Ertrag für den Gemeindehaushalt abwerfen sollen. Die genannten Anforderungen lassen sich jedoch nur durch einen Bieterwettbewerb erfüllen.

### Mit Wettbewerb auf der sicheren Seite

Es ist daher zu vermuten, dass die überraschende Aussage des BGH zur Wettbewerbsfreiheit bei öffentlichen Grundstücksverkäufen nicht das letzte Wort sein wird. Die öffentliche Hand ist daher gut beraten, vor dem Verkauf ihrer Grundstücke weiterhin zumindest Bieterwettbewerbe durchzuführen. Jenseits einer rechtlichen Pflicht hierzu bieten sich auch deutliche Vorteile.

Denn Wettbewerbe fördern oft wirtschaftlichere Konzepte zu Tage als Exklusivverhandlungen. Eine höhere Qualität der erzielbaren Angebote und vor allem höhere Kaufpreise sind auch aus sich heraus überzeugend. Die Wettbewerbe können schnell und schlank umgesetzt werden. Zunächst genügt die Veröffentlichung. Wenn sich nach einer Bekanntmachung nur ein Bieter meldet, darf auch mit diesem exklusiv verhandelt werden. Bei mehreren Bietern sind lediglich saubere Dokumentation und gleiche Chancen für alle zu beachten und zu wahren.

*Dr. Ute Jasper ist Partnerin, Jan Seidel Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Woitek*