

Ausnahmen von der Vergabepflicht bei Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand

Dr. Ute Jasper und Barbara Frfr. v. der Recke, Düsseldorf¹⁾

Die Rechtsprechung zur Vergabepflicht von Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand festigt sich immer mehr. Nicht nur das OLG Düsseldorf selbst hat seine bahnbrechende "Ahlhorn"-Rechtsprechung¹⁾ mit zwei weiteren Beschlüssen vom 12.12.2007 und 06.02.2008²⁾ bestätigt. Erstmals hat sich jetzt auch ein weiteres Oberlandesgericht mit der Interpretation der europäischen Vorgaben und der Rechtsprechung des EuGH auseinandergesetzt. Das OLG Bremen rückt von seiner bisherigen Meinung ab, bestätigt die strenge Linie des OLG Düsseldorf ausdrücklich und erweitert sie auf Pachtverträge.³⁾

Die Rechtsprechung insbesondere des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat viele Städte und Kommunen dazu veranlasst, laufende Veräußerungsverfahren über kommunale Grundstücke abbrechen oder zwischenzeitlich auf "Eis" zu legen. Die "Ahlhorn-Linie"⁴⁾ begegnet in der Praxis vielerlei Kritik. Denn dem OLG Düsseldorf und dem OLG Bremen zufolge unterfallen fast sämtliche Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand dem Vergaberecht. Bislang waren diese nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur vergaberechtsfrei. Die Kritik wurde inzwischen von verschiedenen Vergabekammern aufgenommen,⁵⁾ zuletzt von der Vergabekammer Baden-Württemberg.⁶⁾ Obwohl sich das OLG Bremen der "Ahlhorn-Linie" des OLG Düsseldorf angeschlossen hat, geben die Entscheidungen der Vergabekammern den Kommunen Anlass zu der Hoffnung, dass der BGH oder der Gesetzgeber diese Rechtsprechung in absehbarer Zeit korrigieren wird.

Der folgende Beitrag soll im Schwerpunkt nicht die Kritik der "Ahlhorn-Linie" fortsetzen.⁷⁾ Vielmehr soll er ein Augenmerk auf die Ausnahmen von der Vergabepflicht werfen, die sich entweder bereits aus der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf selbst ergeben oder die bei einer Betrachtung der vergaberechtlichen Vorschriften mit der Rechtsprechung noch vereinbar sind, ohne den Kurs des OLG Düsseldorf insgesamt ändern zu wollen. Ausgehend von der "Ahlhorn-Linie" des OLG Düsseldorf und des OLG Bremen (I) sowie den neuesten Entscheidungen der Vergabekammern Brandenburg, Hessen und Baden-Württemberg (II) werden im Anschluss die Ausnahmen der Vergabepflicht herauskristallisiert (III).

I. "Ahlhorn-Linie"

Trotz der Kritik an der "Ahlhorn"-Entscheidung aus Juni 2007 hat der Vergabesenat des OLG Düsseldorf seine strenge Auffassung zur Vergabepflicht von kommunalen Grundstücksveräußerungen bei Investorenwettbewerben in zwei weiteren Entscheidungen bestätigt. Danach ist es für den Senat weiterhin unerheblich, ob der öffentliche Auftraggeber mit der Veräußerung des Grundstücks einen eigenen Beschaffungsbedarf decken will oder nicht. Die Gemeinde müsse weder Eigentümerin des zu errichtenden Bauwerks werden, noch dieses selbst nutzen. Der Auftraggeber müs-

se dem Investor auch kein unmittelbares Entgelt zahlen. Denn ein vergabepflichtiger entgeltlicher Auftrag liege auch vor, wenn sich der Investor durch Veräußerungserlöse oder Miet- und/oder Pachteinnahmen Dritter refinanzieren. In einer solchen Konstellation erkennt das OLG Düsseldorf eine Baukonzession, die bei richtlinienkonformer Auslegung des § 99 Abs. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) der Vergabepflicht unterliege. Maßgeblich sei allein, ob der Auftraggeber bei der Veräußerung seiner Grundstücke den Investor verpflichte, auf den Grundstücken ein Bauwerk nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers zu errichten.⁸⁾

Im Fall "Wuppertal" hat der Senat außerdem die Frage aufgestellt, ob ein Beschaffungszweck überhaupt Voraussetzung für einen öffentlichen Auftrag sei und ob es bei einem Fall des § 99 Abs. 3, 2. Alt. GWB überhaupt einer Bauverpflichtung bedürfe.⁹⁾ Der Senat ließ diese Frage aber offen, da eine Bauverpflichtung klar auf der Hand lag.

Konkret ging es bei dem Fall um die Veräußerung eines städtischen Kirmesplatzes gegen "Höchstgebot mit Bauverpflichtung". Der Kaufvertrag beinhaltete Vorschriften über den Abriss der Bestandsgebäude und einen Neubau, der den Festsetzungen des bestehenden Bebauungsplans entsprechen und mit diversen Stellen der Gemeinde abgestimmt werden sollte. Die Entscheidung sollte nach den Kriterien Kaufpreis, Erscheinungsbild und Nutzung getroffen werden. Ein Vergabeverfahren mit europaweiter Bekanntmachung hatte nicht stattgefunden.

* Die Autorinnen sind Rechtsanwältinnen im Düsseldorfer Büro der Rechtsanwaltssozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek. Der Beitrag ist zugleich eine Besprechung von OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007, VII-Verg 30/07, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, VII-Verg 37/07 und der Vergabekammern Brandenburg, Beschluss vom 15.02.2008, VK 02/08, Vergabekammer Hessen, Beschluss vom 05.03.2008, VK 69d-6/2008 und Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.03.2008, 1 VK 1/08.

1) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.07, VII-Verg 02/07 - Ahlhorn, ZfBR 2008, 102 ff.

2) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007, VII-Verg 30/07, ZfBR 2008, 207 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, VII-Verg 37/07, VergabeR 2008, 229 ff.

3) OLG Bremen, Beschluss vom 13.03.2008, Verg 5/07, NZBau 2008, 336.

4) Vgl. Greb/Rolshoven, NZBau 2008, 163 ff.; Ziekow, DVBL 2008, 137 ff.

5) Vergabekammer Brandenburg, Beschluss vom 15.02.2008, VK 02/08; Vergabekammer Hessen, Beschluss vom 05.03.2008, VK 69d-6/2008.

6) Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.03.2008, 1 VK 1/08 (nicht bestandskräftig).

7) Vgl. Reidt, BauR 2007, 1664 ff.; Rosenkötter/Fritz, NZBau 2007, 559 ff.; Reidt, VergabeR 2008, 11 ff.; Ziekow, DVBL 2008, 137 ff.; Drey, BehördenSpiegel 2008, S. 20; Krohn, ZfBR 2008, 27 ff.; Greb/Rolshoven, NZBau 2008, 163 ff.; Ziekow, VergabeR, 151 ff.; Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133 ff.

8) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.07, VII-Verg 02/07 - Ahlhorn, ZfBR 2008, 102; Beschluss vom 12.12.2007, VII-Verg 30/07, ZfBR 2008, 207; Beschluss vom 06.02.2008, VII-Verg 37/07, VergabeR 2008, 229.

9) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007, VII-Verg 30/07, ZfBR 2008, 207.

Das OLG bestätigte mit diesem Beschluss seine "Ahlhorn"-Rechtsprechung und untersagte die Zuschlagserteilung ohne ein europaweites Vergabeverfahren. Zugleich warf es die Frage auf, ob bereits die Vorgaben eines Bebauungsplanes "Erfordernisse" des öffentlichen Auftraggebers im Sinne eines öffentlichen Bauauftrages nach § 99 Abs. 3, 3. Alt. GWB darstellten. Auch diese Frage ließ der Senat vorerst offen. Das Ausmaß einer entsprechenden Feststellung wäre undenkbar weit.

Offenbar angesichts der scharfen Kritik, der sich der Senat des OLG Düsseldorf für seine vorangegangene Rechtsprechung ausgesetzt sah, widmete er sich der letzten Frage in seiner dritten Entscheidung zu Grundstücksverkäufen "Oer-Erkenschwick".¹⁰ Verträge ohne Bauverpflichtung und ohne Rücktritts- und Wiederkaufsrechte unterfielen danach nicht dem Vergaberecht, wenn ein Bebauungsplan bereits bestehe und nicht geändert werde. Die Furcht der Kommunen, bereits allein aufgrund bestehenden Planungsrechtes ausschreiben zu müssen, ist ihnen damit (zumindest vorerst) genommen worden. Aber auch diesmal hat es sich der Senat nicht nehmen lassen, einen weiteren Schrecken zu verbreiten: vergaberechtswidrige Grundstückskaufverträge können nichtig sein.

Im Fall "Oer-Erkenschwick" enthielt der Grundstückskaufvertrag zunächst eine Bauverpflichtung über ein Einzelhandels- und Dienstleistungszentrum nach vertraglich festgelegten städtebaulichen Zielen. Diese wurde aus dem bereits notariell beurkundeten Vertrag gestrichen, nachdem ein Konkurrent einen Nachprüfungsantrag gestellt hatte. Der Senat unterstellte den Vertragsparteien anhand der Vertragsumstände, aber weiterhin an einer - zumindest faktischen - Bauverpflichtung festgehalten zu haben. Mit der Änderung des Vertrages hätten die Parteien versucht, das Vergaberecht zu umgehen. Da der Anwendungsbereich des Vergaberechts weiterhin eröffnet gewesen sei, hätte der beabsichtigte Zuschlag gem. § 13 Vergabeverordnung (VgV) den üblichen Interessenten bekanntgegeben werden müssen. Der Verstoß gegen die Informationspflicht führe gem. § 13 VgV zur Nichtigkeit des Änderungsvertrages.¹¹

Eine baldige Änderung dieser Rechtslage ist derzeit nicht abzusehen. Zwar haben neben der anhaltenden Kritik in der Literatur auch die EU-Kommission und verschiedene Oberlandesgerichte, so z.B. München, dem Vernehmen nach angekündigt, dass sie die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf nicht in ihrem gesamten Ausmaße unterstützen und bestätigen werden.¹² Solange es aber zu keiner Vorlage zum BGH oder einer klarstellenden Gesetzesänderung¹³ kommt, sind den Kommunen angesichts der nunmehr gefestigten "Ahlhorn-Linie" des OLG Düsseldorf und des OLG Bremen die Hände gebunden, wenn sie Grundstücke mit Bauverpflichtungen an Investoren veräußern wollen.

Die Möglichkeit einer Vorlage ließ das OLG Bremen kürzlich ungenutzt.¹⁴ Es hatte darüber zu entscheiden, ob Pachtverträge über Grundstücke der öffentlichen Hand ebenfalls öffentliche Baukonzessionen darstellen, wenn der Pächter verpflichtet wird, auf den gepachteten Grundstücken Windkraftanlagen zu errichten und befristet zu betreiben. Das OLG Bremen nahm in ausdrücklicher Übereinstimmung mit dem OLG Düsseldorf eine vergabepflichtige Baukonzession an und legte die von der Literatur und den Vergabekammern bezweifelte Interpretation der EuGH-Rechtsprechung durch das OLG Düsseldorf nicht dem BGH vor. Dabei wäre eine Klarstellung der Rechtslage durch den BGH überaus wünschenswert gewesen. Das OLG Bremen hielt es für unerheblich, dass die Anlagen nach Ablauf der Pachtzeit nicht in das

Eigentum der Verpächterin übergehen, sondern vom Pächter zu beseitigen sind. Der Senat verlangt ebenso wie das OLG Düsseldorf keinen eigenen Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers.¹⁵ Es hielt die Vorlage zum BGH aufgrund der "Roanne"-Entscheidung des EuGH¹⁶ für nicht erforderlich.

II. Rechtsprechung der Vergabekammern Brandenburg, Hessen und Baden-Württemberg

Manch ein Investor sieht in der "Ahlhorn-Linie" nicht allein die Gefahr, aufgrund des nunmehr erforderlichen europaweiten Wettbewerbs den Auftrag bzw. das Grundstück nicht wie geplant erhalten zu können. Er sieht darin auch eine Chance, laufende oder abgeschlossene Grundstücksvergaben (nachträglich) angreifen zu können. Damit erhofft er sich, selbst in die bevorzugte Position zu gelangen. So sind in letzter Zeit schlagartig diverse Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern anhängig gemacht worden. Die Vergabekammern der Länder Brandenburg, Hessen und Baden-Württemberg haben aber entsprechende Nachprüfungsanträge überraschend verworfen. Sie verneinten - entgegen dem OLG Düsseldorf - das Vorliegen von vergabepflichtigen öffentlichen Bauaufträgen.¹⁷ Ob mit diesen Entscheidungen die erhoffte Kehrtwende der "Ahlhorn"-Linie einhergeht, ist noch nicht abzusehen. Diese Frage hängt davon ab, wie die Beschwerdegerichte entscheiden werden.

Der Vergabekammer Brandenburg lag - ähnlich wie im Fall "Oer-Erkenschwick" - ein Vertrag zur Nachprüfung vor, aus dessen Vorentwurf sämtliche Vorschriften über eine Bauverpflichtung eliminiert wurden. Die Vergabekammer sah hingegen in der faktischen Umsetzung städtebaulicher Interessen des Auftraggebers keine Ausschreibungspflicht. Denn der Auftraggeber habe ohne eine ausdrückliche Bauverpflichtung keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf die Realisierung einer bestimmten städtebaulichen Maßnahme. Dies gelte auch dann, wenn die vergaberelevanten

¹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, VII-Verg 37/07, VergabeR 2008, 229.

¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, VII-Verg 37/07, VergabeR 2008, 229.

¹² Vgl. OLG München, Beschluss vom 04.04.2008, Verg 04/08. Das OLG ließ jedoch die Frage der Vergabepflicht von Grundstücksgeschäften letzten Endes offen.

¹³ Siehe Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 03.03.2008, BMWi I B 3 - 26 05 13/1, § 99 Abs. 3 GWB des Entwurfs sieht eine "Ahlhorn"-Klausel vor. Danach sind Bauaufträge "Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen". Ob diese Klausel mit der Vergabekoordinierungsrichtlinie und der Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist, wird die Zukunft zeigen.

¹⁴ OLG Bremen, a.a.O.

¹⁵ OLG Bremen, a.a.O.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 18.01.2007, Rs. C-220/05, NVwZ 2007, 316, EuZW 2007, 117.

¹⁷ Vergabekammer des Landes Brandenburg, Beschluss vom 15.02.2008, VK 2/08; Vergabekammer Hessen, Beschluss vom 05.03.2008, VK 69d-6/2008; Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.03.2008, 1 VK 1/08.

Vorschriften nur aus dem Grund aufgehoben werden, ein Vergabeverfahren zu vermeiden. Eine Umgehung des Vergaberechts liege darin nicht. Die Gründe für die Aufhebung seien vielmehr irrelevant. Der Kaufvertrag sei deshalb nicht nichtig. Eine mittelbare Bauverpflichtung ergebe sich auch nicht aus § 34 BauGB. Denn die hieraus folgende Bauerlaubnis sei eine gebundene Entscheidung, wenn die planungsrechtlichen Voraussetzungen vorlägen und stehe demnach nicht im Ermessen der Gemeinde.¹¹⁸⁾ Zu Recht stellt die Vergabekammer aber fest, dass eine Baugenehmigung ermessensgebunden erteilt wird. Die Kommune könne daher die Planungen eines Bauvorhabens nicht beliebig lang steuern, bis sie den Erfordernissen der Kommune entsprechen. Stimmt ein Bauvorhaben mit den Festsetzungen eines Bebauungsplanes überein, hat die Kommune die Baugenehmigung zu erteilen.

Auch die Vergabekammer des Landes Hessen widersprach dem OLG Düsseldorf.¹¹⁹⁾ Ihr lag ein Vertrag zur Entscheidung vor, der weder städtebauliche Ziele der Kommune, noch eine Bauverpflichtung oder Rücktritts- und Wiederkaufsrechte der Kommune enthielt. Einziger Anhaltspunkt für die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hätte wiederum eine faktische Umsetzung städtebaulicher Interessen sein können. Die Vergabekammer Hessen verneinte diesen Ansatz aber ebenso wie die Vergabekammer Brandenburg. Auch bei Baukonzessionen müsse der Auftraggeber einen vertraglich geregelten Rechtsanspruch auf die Realisierung der Baumaßnahme besitzen. Denn auch Baukonzessionen seien durch ein synallagmatisches Leistungsaustauschverhältnis charakterisiert. Ein solches Verhältnis liege nicht vor, wenn es an einer "Gegenleistung" des Auftraggebers fehle. Die Gegenleistung könne auch nicht in dem Recht zu einer Bebauung erkannt werden, das durch das Grundstücksgeschäft gewährt wird. Denn das Recht zur Bebauung entspringe der zivilrechtlichen Eigentümerbefugnis, die dem Investor nach Erwerb des Grundstücks zukomme. Die Gegenleistung für den Grunderwerb sei der Kaufpreis, den der Investor zahle.¹²⁰⁾

Die Vergabekammer Baden-Württemberg¹²¹⁾ wendete sich noch einen Schritt mehr von der "Ahlhorn"-Linie ab. Der Auftraggeber erhalte bei der Veräußerung eines Grundstücks gekoppelt mit einem städtebaulichen Vertrag keine Bauleistung, sondern allenfalls einen städtebaulichen Nutzen. Hieraus allein ergebe sich keine Vergabepflicht. In dem Fall der Vergabekammer bemühte sich die Gemeinde um die Entwicklung eines ehemaligen Bahngeländes mit der Ansiedlung eines großflächigen Lebensmittelmarktes durch einen Investor. Die Kammer forderte u. a. unter Verweis auf den aktuellen Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts,¹²²⁾ dass die Leistung dem Auftraggeber unmittelbar zugute kommen müsse. Anschließend verneinte die Kammer die Vergabepflicht aber unabhängig davon, dass ein unmittelbarer Nutzen nicht vorgelegen habe. Denn da der Schwerpunkt des Vertrages im Betrieb des Lebensmittelmarktes gelegen habe, stelle der Vertrag eine nicht ausschreibungspflichtige Dienstleistungskonzession dar.

Hiermit führt die Vergabekammer Baden-Württemberg einen neuartigen Aspekt in die Beurteilung kommunaler Grundstücksveräußerungen mit Bauverpflichtungen ein. Denn zumeist wird sich der (mittelbare) Nutzen des Auftraggebers nicht allein aus der Errichtung eines Bauwerks, sondern aus dessen Betrieb oder Nutzung ergeben - so beispielsweise bei der Errichtung von Einzelhandelsvorhaben. Daher dürfte die entscheidende Bedeutung des Vertrags regelmäßig dem Betrieb und der Nutzung der Anlage beizumessen sein. Mit einer solchen Beurteilung gehen aber ge-

wisse Abgrenzungsschwierigkeiten einher. Nicht selten fehlt es an einer explizit geregelten Betriebspflicht. Denn bei Baukonzessionen wird das wirtschaftliche Risiko auf den Koncessionär übertragen.¹²³⁾ Der Betrieb und die Nutzung des Bauwerks liegen daher bereits in dem ureigenen (Refinanzierungs-) Interesse des Investors und bedürfen grundsätzlich keiner gesonderten Regelung. Andererseits bejaht das OLG Düsseldorf eine Vergabepflicht auch bei lediglich mittelbaren Bauverpflichtungen. Gute Gründe sprechen dafür, bei entsprechenden Sachverhalten ebenso mittelbare - vergaberechtsfreie - Dienstleistungskonzessionen anzunehmen. Ob sich diese Überlegungen durchsetzen, bleibt angesichts der noch ausstehenden Beschwerdeentscheidung aber vorerst abzuwarten.

III. Ausnahmen von der Vergabepflicht

Ungeachtet der Strenge der "Ahlhorn"-Linie gibt es zahlreiche Ausnahmetatbestände, die zu einer "Direktvergabe" kommunaler Grundstücke berechtigen. Neben den gesetzlich festgelegten Ausnahmen in § 100 Abs. 2 GWB sind nach bereits gefestigter Rechtsprechung auch sogenannte "In-House-Geschäfte"¹²⁴⁾ und interkommunale Kooperationen¹²⁵⁾ vergaberechtsfrei. Hiervon werden Fälle erfasst, in denen öffentliche Aufträge von einem öffentlichen Auftraggeber an ein von ihm "beherrschtes" Unternehmen vergeben werden, welches keine wesentlichen Drittgeschäfte tätigt.¹²⁶⁾ Gleiches gilt für interkommunale Kooperationen, so bspw. die Beschaffung von Leistungen durch einen gemeindlichen Zweckverband.¹²⁷⁾ Bei der Veräußerung kommunaler Grundstücke kommen darüber hinaus weitere spezielle Ausnahmetatbestände in Betracht. Diese Ausnahmen ergeben sich entweder bereits ausdrücklich aus der "Ahlhorn"-Linie selbst oder sind bei einer konsequenten Anwendung der Rechtsprechung und der gesetzlichen Vorgaben nur konsequent. Ein öffentlicher Auftraggeber ist danach berechtigt, ein Grundstück ohne Vergabeverfahren zu veräußern, wenn er auf eine Bauverpflichtung des Investors verzich-

118 Vergabekammer Hessen, a.a.O.; Kölling, *IBR* 2008, 228; a. A. Vergabekammer Münster, Beschluss vom 26.09.2007, VK 17/07.

119 Vgl. Vergabekammer des Landes Hessen, a.a.O.

120 Vergabekammer des Landes Hessen, a.a.O.; Otting, *IBR* 2008, 227.

121 Vergabekammer des Landes Baden-Württemberg, a.a.O.

122 Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 03.03.2008, a.a.O.

123 Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen und Gemeinschaftsrecht, *ABl. EG* Z/121/2; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007, VII-Verg 30/07, *ZfBR* 2008, 207; EuGH, Urteil vom 18.01.2007, Rs. C-220/05.

124 Vgl. EuGH, Urteil vom 19.04.2007, Rs. C-295/05 - *Asemfo*, *NZBau* 2007, 381; EuGH, Urteil vom 11.05.2006, Rs. C-340/04 - *Carbotermo*, a.a.O.; EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs. C-29/04 - *Stadt Mödling*, *NZBau* 2005, 704, *NVwZ* 2006, 70.

125 Vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 20.12.2001, 1 Verg 4/01, *NZBau* 2002, 346; BayObLG, *VergabeR* 2003, 563.

126 Vgl. EuGH, Urteil vom 19.04.2007, Rs. C-295/05 - *Asemfo*, a.a.O.; EuGH, Urteil vom 11.05.2006, Rs. C-340/04 - *Carbotermo*, a.a.O.; EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs. C-29/04 - *Stadt Mödling*, a.a.O.; Eschenbruch, in: *Kulartz/Kus/Portz*, *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, 2006, § 99 *GWB*, Rdnr. 125 ff.

127 Vgl. OLG Koblenz, a.a.O.; BayObLG, *VergabeR* 2003, 563; Eschenbruch, in: *Kulartz/Kus/Portz*, *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, 2006, § 99 *GWB*, Rdnr. 117 ff.

tet (1.), wenn das zu errichtende Vorhaben keine wirtschaftliche Funktion erfüllt (2.), wenn nur eine "faktische" Bauverpflichtung vorliegt (3.) oder Ausschließlichkeitsrechte des Investors bestehen (4).

1. Bloße Grundstücksveräußerung

Wie bereits zuvor erwähnt, hat sich das OLG Düsseldorf in dem Beschluss "Oer-Erkenschwick" erstmals zu den Ausnahmen seiner Rechtsprechung geäußert.^[28] Danach unterfallen bloße Grundstücksveräußerungen ohne Bauverpflichtung und ohne Rücktritts- und/oder Wiederkaufsrechte nicht der Vergabepflicht, wenn der Bebauungsplan bereits besteht und nicht geändert wird.

Ob danach selbst Verträge mit Bauverpflichtungen dem Vergaberecht unterliegen, bei denen der Auftraggeber keine über die allgemeinen Festsetzungen des Bebauungsplans hinausgehenden Erfordernisse an das Bauwerk aufstellt, wurde von der Rechtsprechung bislang nicht ausdrücklich geklärt. Eine dahin gehende Vergabepflicht kann aber nicht gewollt sein. Denn für einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB bedarf es "besonderer Erfordernisse" des Auftraggebers. Diese müssen über die allgemeinen Festsetzungen des Bebauungsplans hinausgehen.^[29] Hierfür spricht auch die Entscheidung "Wuppertal". Zwar hat das OLG Düsseldorf in dieser Entscheidung noch die Frage aufgestellt, ob bereits in den Festsetzungen eines Bebauungsplans "Erfordernisse" im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB gesehen werden müssen. Diese Frage hat es in der Entscheidung aber nur aus dem Grund offen gelassen, da weitergehende Erfordernisse eindeutig vorlagen. Daher muss das OLG Düsseldorf im anschließenden Fall "Oer-Erkenschwick" vielmehr dahingehend verstanden werden, dass auch Verträge mit Bauverpflichtung dann nicht dem Vergaberecht unterfallen, wenn die Bauverpflichtung lediglich auf die Festsetzungen des bereits bestehenden Bebauungsplans Bezug nimmt. In diesem Fall fehlt es an "Erfordernissen des Auftraggebers" im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB. Der Bebauungsplan darf daher auch nicht mehr in Abstimmung auf das geplante Vorhaben geändert werden. Denn bei einer zielgerichteten Änderung des Bebauungsplanes sind mittelbar aufgestellte "Erfordernisse" des Auftraggebers nicht auszuschließen.

2. Vorhaben ohne wirtschaftliche Funktion

Eine weitere Ausnahme von der Vergabepflicht besteht dem OLG Düsseldorf in "Oer-Erkenschwick" zufolge bei Fallgestaltungen, in denen der Veräußerung eines Grundstücks und seiner Bebauung keine wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebauliche Funktion zuzuerkennen ist. Das OLG nennt als Beispiel ein auf einen einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelbauvorhaben.^[30] Es hat sich jedoch nicht dazu geäußert, was es konkret unter einer wirtschaftlichen Funktion in diesem Zusammenhang versteht. Da dieser Begriff ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, lässt er grundsätzlich einen weiten Spielraum zu.

Der Begriff "wirtschaftlich" muss in diesem Zusammenhang eng ausgelegt werden. Denn andernfalls würde jedes Bauvorhaben, mit dem beispielsweise zugleich die Schaffung neuer Arbeitsplätze verbunden ist, eine wirtschaftliche Funktion erfüllen, so dass eine Vergabepflicht bestehen würde. Das kann aber - vom OLG Düsseldorf - nicht gewollt sein, da der Ausnahmetatbestand praktisch nie vorliegen würde.

Das OLG Düsseldorf bestätigt mit der genannten Ausnahme vielmehr die Vermutung, dass Grundstücksverkäufe, mit denen kein vorwiegend öffentlicher Zweck verfolgt wird, vergaberechtsfrei sind. Hierunter fallen Gewerbeansiedlungen oder Bauten für sonstige Endnutzungen des Investors selbst. Zwar verfolgen beispielsweise Gewerbeansiedlungen sicherlich auch wirtschaftliche, städtebauliche oder städtepolitische Zielsetzungen. Der Investor will die Bauleistungen in diesen Fällen aber ausschließlich zu eigenen wirtschaftlichen Zwecken nutzen. Durch das Bauvorhaben wird sein Unternehmenszweck verwirklicht. Es widerspricht daher Sinn und Zweck des Vergaberechts, wenn Grundstücksveräußerungen für diese Zwecke dem Vergaberecht unterzogen werden. Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit greift allenfalls bei Vorhaben, bei denen der öffentliche Auftraggeber selbst einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil erhält, so etwa bei Baukonzessionen, bei denen der Auftraggeber Eigentümer des Grundstücks und/oder der baulichen Anlage bleibt oder wird und aufgrund des Tätigwerdens des Investors eigene Aufwendungen erspart.

Für ein näheres Verständnis dieser Auffassung bedarf es einer genaueren Betrachtung der Baukonzession. Insbesondere das Kriterium der Entgeltlichkeit spricht gegen die Annahme einer vergabepflichtigen Baukonzession bei Gewerbeansiedlungen und sonstigen Endnutzungen des Investors selbst. Zwar legt die "Ahlhorn-Linie" fest, dass eine Entgeltlichkeit eines Veräußerungsvertrages auch dann vorliegt, wenn der Verkaufsvertrag gerade keine Zahlung an den Investor vorsieht, sondern umgekehrt eine Zahlung des Investors an den öffentlichen Auftraggeber. Das OLG Düsseldorf sieht die Entgeltlichkeit bei Baukonzessionen - unter Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung im Fall "Stadt Roanne"^[31] darin, dass der Investor das Recht erhalte, seine Leistung durch Vermietung oder Verpachtung an Dritte zu nutzen und daraus sein Entgelt zu erzielen. Der Investor trage daher in einem solchen Fall das wirtschaftliche Risiko des Vorhabens. Aus diesem Grund sei eine derartige Fallgestaltung kein "klassischer" Bauauftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB, sondern eine Baukonzession. Dieser Einstufung ist zwar grundsätzlich zuzustimmen. Das OLG Düsseldorf hatte aber bislang nur über Fälle zu entscheiden, in denen der Investor beabsichtigte, durch Bebauung und anschließende Vermarktung eines Grundstücks dessen Wert abzuschöpfen. Sie ist daher nicht pauschal auf jede Grundstücksveräußerung mit Bauverpflichtung übertragbar.^[32]

Eine Baukonzession verlangt nach dem ausdrücklichen Wortlaut in Art. 1 Abs. 3 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG ein "Recht zur Nutzung des Bauwerks". Im deutschen Recht finden sich Regelungen zu Baukonzessionen in § 98 Nr. 6 GWB, § 6 VgV und in den §§ 32, 32 a VOB/A. Mit diesen Regelungen wurden die Vorgaben des Art. 1 Abs. 3 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18 EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in das deutsche Recht umgesetzt. Baukonzessionen

28 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, VII-Verg 37/07, VergabeR 2008, 229.

29 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007, VII-Verg 30/07, ZfBR 2008, 207.

30 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, VII-Verg 37/07, VergabeR 2008, 229.

31 EuGH, Urteil vom 18.01.2007, Rs. C-220/05, NVwZ 2007, 316, EuZW 2007, 117.

32 So auch Krohn, ZfBR 2008, 27 ff.; Horn, VergabeR 2008, 158 ff.; Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133 ff.

sind nach diesen Vorschriften "Verträge über die Erbringung von Bauleistungen, bei denen die Gegenleistung nicht in einer Vergütung in Geld, sondern ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich Zahlung eines Preises steht".³³³

Der Begriff der Konzession war dem Deutschen Recht bis zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben fremd. Er wird auf unterschiedliche Fallgestaltungen angewendet, ohne dass sich eine einheitliche Typologie erkennen lässt. So werden Konzessionen bspw. im Taxigewerbe oder im Energiewirtschaftsrecht gebraucht. Ebenso ist dies der Fall bei großen Infrastrukturarbeiten, welche in den Zuständigkeitsbereich der öffentlichen Hand fallen, so bspw. die Errichtung von Straßen, öffentlichen Gebäuden, Sportstadien, Schwimmbädern, Parkhäusern, Ver- und Entsorgungsanlagen, Kraftwerken etc.³³⁴ Bei all diesen Verwendungsfällen von Konzessionen ist maßgebend, dass der Konzessionär das Recht zur Nutzung des Bauwerkes erhält, nicht jedoch das Eigentum an demselben. Dies wird gerade bei den erst genannten Beispielfällen - der Taxikonzession und Konzessionsverträgen im Energiewirtschaftsrecht, bei denen eine Gemeinde gegen Zahlung eines Entgelts ihre öffentlichen Verkehrswege für die Strom- und Gasversorgung der Letztverbraucher zur Verfügung stellt - deutlich. Sämtlichen Fällen ist gemeinsam, dass ein privatrechtliches Handeln von einer befristeten Gestattung oder Erlaubnis des Auftraggebers abhängt, ohne dass der Begriff der Konzession eine einheitliche Anwendung findet.³³⁵

So sieht auch die Mitteilung der EU-Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vor, dass die Nutzung in der Regel auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt wird. Die Dauer der Konzession stelle für die Entlohnung des Konzessionärs ein wesentliches Element dar.³³⁶ Hieraus folgt, dass Baukonzessionen generell nicht mit einem Eigentumsübergang an dem Grundstück verbunden sind. Vielmehr behält der Konzessionsgeber das Eigentum an dem Grundstück. Er legitimiert den Konzessionsnehmer lediglich, sein Eigentum beschränkt nutzen und die Vorteile aus der Nutzung eines neuen Bauwerkes oder von Bauleistungen an einem bestehenden Bauwerk ziehen zu dürfen. Veräußert jedoch ein Investor das Bauwerk unmittelbar nach dessen Errichtung, mangelt es bereits begriffstechnisch an einer Nutzung.³³⁷ Die Baukonzession setzt daher ein Dauerschuldverhältnis voraus.

Einer weitergehenden Auslegung steht auch die Auslegung der Europäischen Kommission zu Baukonzessionen entgegen. Das Nutzungsrecht an einem Bauwerk wird danach nur als Gegenrecht für die Arbeiten angesehen. Entscheidend ist, dass neben den Risiken, die mit der Errichtung des Werkes verbunden sind, auch jene Risiken auf den Konzessionär übertragen werden, die sich aus der Natur der Verwaltung und der Auslastung des Bauwerks ergeben.³³⁸

Die Vergabekammer Hessen hat in diesem Zusammenhang mit fundierten Argumenten dargelegt, dass der Auftraggeber bei dem Erwerb eines kommunalen Grundstücks mit Bauvorgaben nicht das Recht zu einer Nutzung des Bauwerkes übertragen bekommt, sondern allenfalls das Recht auf Eigentum am Grundstück. Das Recht zur Nutzung des Bauwerkes folge allein aus der Eigentümerstellung des Investors.³³⁹ Diese Auffassung ist nach der zuvor beschriebenen Auslegung einer Baukonzession konsequent.

Zwar hat das OLG Düsseldorf vergaberechtliche Baukonzessionen auch bei Grundstücksveräußerungen bejaht. Wie bereits erörtert,

betrafen sämtliche Entscheidungen des OLG Düsseldorf aber Fälle, in denen der Investor beabsichtigte, den Wert des Grundstücks durch Bebauung und Vermarktung abzuschöpfen. Über diese Fälle hinaus bedarf es daher einer Einschränkung des vergaberechtlichen Anwendungsbereiches von Baukonzessionen. Eine Entgeltlichkeit liegt nur vor, wenn dem Investor tatsächlich das Recht übertragen wird, seine Leistung zu vermarkten.³⁴⁰ Nur dann besteht ein Nutzungsrecht des Investors, was mit der überkommenen Definition einer Baukonzession zu vereinbaren ist. Unabhängig von der Frage, ob ein solches Recht in den vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fällen übertragen wurde, kommt es auf eine freie Vermarktung zwecks Refinanzierung nur bei solchen Objekten an, die vermietet, verpachtet oder anderweitig lukrativ genutzt werden sollen. Bei Gewerbeansiedlungen besteht eine solche Vermarktungsabsicht regelmäßig nicht.³⁴¹ Denn der Investor will in diesen Fällen - wenn auch ggf. mit einer öffentlichen Zweckbindung - das Grundstück erwerben und bebauen, um seinen eigenen Gewerbebetrieb zu führen. In diesen Fällen führt nicht das vom Auftraggeber übertragende Recht zur Nutzung des Grundstücks zu einer Refinanzierung des Investors, sondern die Führung seines eigenen Betriebes.

Selbst für den Fall, dass das OLG Düsseldorf seine "Ahlhorn"-Linie auch auf Fälle von Endnutzungen durch den Investor ausweiten sollte und eine Baukonzession bejaht, dürfte - in Übereinstimmung mit der Vergabekammer Baden-Württemberg - in der Mehrzahl der Fälle zugleich eine vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzession vorliegen, welche den Hauptgegenstand des Vertrages darstellt.³⁴² Dieser Hauptgegenstand ist maßgebend für die Frage, ob das Vergaberecht Anwendung findet oder nicht.³⁴³

Gegen die Annahme einer Entgeltlichkeit bei Gewerbeansiedlungen oder sonstigen Endnutzungen des Investors spricht auch eine praktische Überlegung. So sind öffentliche Auftraggeber bei der Veräußerung städtischer Grundstücke in diesen Fällen gerade nicht an konkreten Bauleistungen interessiert. Für die Auftraggeber ist vielmehr die Verbesserung der städtebaulichen Qualität, die Aufwertung von unbefriedigenden Strukturen, die Ansiedlung von Gewerbe, die Stärkung der einheimischen Wirtschaft oder eine soziale Bodennutzung entscheidend. Der Wert dieser Ziele ist aber naturgemäß nicht in Euro zu bemessen, gleich gar nicht anhand der konkreten Baukosten der vom Investor durch-

33 Vgl. § 32 VOB/A.

34 Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen und Gemeinschaftsrecht vom 29.04.2004, ABl. EG Z/121/2.

35 Reidt/Stickler, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil A, 1. Aufl. 2001, § 32, Rdnr. 2.

36 Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen und Gemeinschaftsrecht, ABl. C121/2 vom 29.04.2000.

37 Greb/Rolshoven, NZBau 2008, 163 ff.; Horn, VergabeR 2008, 158 ff.; a.A. Busch, VergabeR 2003, 622 ff.

38 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen und Gemeinschaftsrecht, ABl. C121/2 vom 29.04.2000, S. 2.

39 Vgl. Vergabekammer Hessen, a.a.O.

40 Krohn, in: ZfBR 2008, 27 ff.

41 Ebenso Krohn, a.a.O.

42 Vgl. Vergabekammer Baden-Württemberg, a.a.O.

43 EuGH, Urteil vom 21.02.2008, Rs. C-412/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.03.2003, Verg 49/02; Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 16. Aufl. 2007, § 1 VOB/A, Rdnr. 2; Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2006, § 99, Rdnr. 243 ff.

geführten Baumaßnahmen.¹⁴⁴ Die Gegenleistung des Auftraggebers - das entgeltersetzende Konzessionsrecht - kann daher nicht bemessen werden. Etwaige Gestaltungsauflagen des Auftraggebers an die Bebauung bzw. Nutzung des Grundstückes stellen regelmäßig nur eine natürliche Eigenschaft des Grundstückes selbst dar, nehmen dem Veräußerungsvertrag aber nicht den Charakter eines reinen Grundstücksgeschäftes.

3. Faktische Bauverpflichtung

Das OLG Düsseldorf hat im Fall "Oer-Erkenschwick" weiter festgestellt, dass auch die faktische Umsetzung städtebaulicher Interessen einer Bauverpflichtung im Sinne eines öffentlichen Bauauftrages gleich komme. Der Auftraggeber umgehe das Vergaberecht, wenn er darauf vertraue, dass das Vergaberecht keine Anwendung finde.¹⁴⁵ Diese Auffassung ist sowohl in der Literatur, als auch in der Rechtsprechung auf scharfe Kritik gestoßen. Die Vergabekammern Brandenburg und Hessen haben diese Auffassung daher revidiert und eine faktische Umsetzung städtebaulicher Interessen als vergaberechtsfrei anerkannt.¹⁴⁶ Zwar wurde das OLG Düsseldorf in seiner "Ahlhorn"-Linie durch das OLG Bremen kürzlich ausdrücklich bestätigt. Zu der Frage einer faktischen Bauverpflichtung hat sich das OLG Bremen aber nicht erklärt. Anhand der erstinstanzlichen Entscheidung ist ersichtlich, dass der Umgehungsvorwurf keine uneingeschränkte Zustimmung findet. Unabhängig von der zuvor erörterten Frage, ob Grundstücksveräußerungen mit Bauverpflichtungen in jedem Fall Baukonzessionen enthalten, fehlt es bei einer rein faktischen Umsetzung städtebaulicher Interessen in der Tat an einer vertraglich fixierten Leistungspflicht des Auftragnehmers. Ob die Umstände im Fall "Oer-Erkenschwick" eine andere Annahme rechtfertigten, soll hier dahin gestellt bleiben.

Wie die Vergabekammer Hessen darlegt, wird ein Schuldverhältnis im Sinne des § 241 Abs. 1 Satz 1 BGB, kraft dessen der Gläubiger (die Kommune) berechtigt ist, von einem Schuldner (dem Grundstückskäufer) eine Leistung (die Bauleistung) zu verlangen, nicht begründet. Es fehlt an einem synallagmatischen Austauschverhältnis, wie es für öffentliche Bauaufträge im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB erforderlich ist. Etwas anderes gilt der Vergabekammer Hessen nach auch nicht für den Fall, dass der Kommune vertraglich zugesicherte Rücktritts- oder Wiederkaufsrechte zustehen. Denn auch die Tatsache, dass die Kommune zum Rücktritt berechtigt sei, wenn der Investor das Grundstück brachliegen lässt und es nicht den mündlichen Abreden bzw. den vorgegebenen städtebaulichen Zielen entsprechend bebaut, führe nicht dazu, dass der Auftraggeber die Bebauung des Grundstückes im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB (wirtschaftlich) durchsetzen könne.¹⁴⁷ Die Vergabekammer und die Literatur differenzieren nur bei vertraglichen Vereinbarungen, die mittelbar zu einer Bauverpflichtung führen. So zum Beispiel bei Vertragsstrafen. Mit einer Vertragsstrafenregelung werde der Investor unmittelbar unter Leistungsdruck gesetzt, der mittelbar zu einer Bauverpflichtung führe.¹⁴⁸

Umstritten ist, ob auch zeitliche Bauvorgaben zu einer mittelbaren Bauverpflichtung führen. Die besseren Gründe sprechen gegen eine Bauverpflichtung, wenn mit ihr keine Vertragsstrafen oder ähnliche Druckmittel verbunden sind. Einer - mittelbaren oder unmittelbaren - Bauverpflichtung nicht vergleichbar sind daher zeitliche Bauverpflichtungen, nach denen der Investor das Grundstück an den Auftraggeber zurückzugeben hat, wenn er es

brachliegen lässt und nicht den Erfordernissen des Auftraggebers entsprechend bebaut. Denn damit wird lediglich der Zustand wiederhergestellt, der vor Abschluss des Vertrages bestanden hat.¹⁴⁹ Eine vertragliche Vereinbarung, die der Gemeinde die rechtliche Befugnis vermittelt, die Verfügbarkeit eines Bauwerks mit bestimmter Zweckbestimmung sicherzustellen, ist damit nicht verbunden.¹⁵⁰ Die Vergabekammer Brandenburg war zuvor noch zurückhaltender und hat vertragliche Regelungen über Vertragsstrafen, Rücktritts- und Wiederkaufsrechte oder auch Bürgschaften oder Dienstbarkeiten der unmittelbaren Bauverpflichtung gleichgestellt. Der Vergabekammer Hessen und der Literatur ist zuzustimmen, dass allenfalls Sanktionsmittel wie Vertragsstrafen, Bürgschaften und Dienstbarkeiten dazu geeignet sind, den (mittelbaren) Charakter einer Bauverpflichtung zu begründen. Eine rein faktische Umsetzung städtebaulicher Interessen, verbunden mit einem Rücktrittsrecht der Kommune, ist hingegen nicht als - mittelbare - Bauverpflichtung anzusehen. Es ist auch kein Umgehungsgeschäft zu erkennen. Denn ein Umgehungsgeschäft setzt voraus, dass die Kommune ihr ursprüngliches Ziel, nämlich die Verpflichtung des Investors zu einer bestimmten Bebauung, nunmehr mit anderen - per se nicht die Anwendbarkeit des Vergaberechts auslösenden - Mitteln erreichen würde.¹⁵¹ Das ist aber gerade nicht der Fall, wenn ein Grundstückskaufvertrag keinerlei mittelbare oder unmittelbare Bauverpflichtung enthält. In diesem Fall hat die Kommune keine Möglichkeit, eine von ihren Vorstellungen abweichende Bebauung des veräußerten Grundstückes zu verhindern, solange die Bebauung mit den Festsetzungen des Bebauungsplans übereinstimmt.

In Fällen ohne ausdrückliche Bauverpflichtung des Investors entfällt daher eine Vergabepflicht des Auftraggebers, da ihm kein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf die Realisierung eines bestimmten Vorhabens zusteht.

4. Ausschließlichkeitsrechte

Eine weitere Ausnahme von der Vergabepflicht besteht, wenn der Anwendungsbereich des Vergaberechts zwar grundsätzlich eröffnet ist, der Auftraggeber aber ein exklusives Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung durchführen darf. Das ist der Fall, wenn dem Investor Ausschließlichkeitsrechte an dem zu veräußernden Grundstück zustehen. Bei Bauaufträgen und Baukonzessionen oberhalb der Schwellenwerte sind insbesondere die in § 3 a Nr. 6 lit. c) VOB/A genannten Ausschließlichkeitsrechte von Bedeutung. Danach kann von einem förmlichen Verhandlungsverfahren mit einer öffentlichen Vergabebekanntmachung abgesehen werden, wenn die zu leistenden Arbeiten aus technischen

44 Schabel, in: Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.12.2007, *VergabeR* 2008, 103 ff.

45 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008, VII-Verg 37/07, *VergabeR* 2008, 229.

46 Vergabekammer Brandenburg, a.a.O.; Vergabekammer Hessen, a.a.O.

47 Vergabekammer Hessen, a.a.O.

48 Reidt, in: *VergabeR* 2008, S. 11 ff.

49 Vgl. Vergabekammer Hessen, a.a.O.; Reidt, *BauR* 2007, 1664; ders., *VergabeR* 2008, 11 ff.

50 Reidt, *VergabeR* 2008, 11 ff.

51 Vergabekammer Hessen, a.a.O.

oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden können. Die Vorschrift ist eng auszulegen. Sobald bereits zwei Bieter in Betracht kommen, findet der Ausnahmetatbestand keine Anwendung. Als Ausschließlichkeitsrechte werden Patente, Urheberrechte, gewerbliche Schutzrechte oder das Eigentum bzw. eigentumsähnliche Rechte an einem Grundstück angesehen.^[52] Beabsichtigt eine Kommune beispielsweise, ein städtisches Grundstück zu veräußern, das Teil einer zu entwickelnden Gesamtfläche ist und ist eine Entwicklung der Gesamtfläche ohne das Teilgrundstück nicht sinnvoll, stellt das Eigentum bzw. das eigentumsähnliche Recht des Investors an den weiteren Flächen ein Ausschließlichkeitsrecht dar, wenn der Investor aufgrund dieser Rechte eine beherrschende Position innehat. Wann ein Grundstück beherrschend ist, wurde bislang weder gesetzlich noch von der Rechtsprechung festgelegt. Eine starre Festlegung auf ein Verhältnis von beispielsweise 1:10 dürfte sich verbieten. Vielmehr bedarf es einer Einzelfallbetrachtung. Das Ausschließlichkeitsrecht ist nicht gegeben, wenn der Investor seine Monopolstellung zuvor künstlich geschaffen hat.^[53] Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Investor vor der eigentlichen Vergabe Teilgrundstücke vom Auftraggeber in der Absicht erworben hat, in eine ausschließliche Monopolstellung zu gelangen. In diesem Fall müssen Auftraggeber und Investor mit dem Vorwurf einer Umgehung des Vergaberechts rechnen.

IV. Fazit

Trotz der momentan von Kommunen und sonstigen öffentlichen Auftraggebern zu berücksichtigenden "Ahlhorn"-Linie bestehen diverse Ausnahmen von einer Vergabepflicht nach den Vorschriften der §§ 98 ff. GWB. Die Rechtsprechung der OLG Düsseldorf und Bremen bedeutet daher nicht in jedem Fall das "Aus" für Kommunen. So gibt es bereits jetzt viele Wege für öffentliche Auftraggeber, zulässig auf ein Vergabeverfahren zu verzichten. Neben dem Verzicht auf eine Bauverpflichtung sind dies Bauverpflichtungen anhand von Vorgaben nach bestehenden Bebauungsplänen oder das Vorliegen von Ausschließlichkeitsrechten des Investors. Sollte sich die "Ahlhorn-Linie" festigen und auch durch den BGH und ggf. den EuGH bestätigt werden, bleibt darüber hinaus zu hoffen, dass die derzeit weitreichende Vergabepflicht, insbesondere im Bereich von Baukonzessionen eingeschränkt wird. Gerade bei Bauvorhaben, die vom Investor selbst genutzt und betrieben werden, insbesondere bei Gewerbeansiedlungen, liegt ein Bedürfnis nach Wettbewerb und Chancengleichheit im Regelfall nicht vor. Gleiches gilt bei rein faktischen Bauverpflichtungen, bei denen dem Auftraggeber kein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf die Realisierung der Baumaßnahme zusteht. Den europäischen Vorgaben ist in diesen Fällen keine Verpflichtung zu einem Vergabeverfahren zu entnehmen.

⁵² Sticker, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 3. Aufl. 2007, § 3 a VOB/A, Rdnr. 124; Dippel, in: Juris-Praxiskommentar, 2005, § 3 a VOB/A, Rdnr. 57.

⁵³ Dippel, in: Juris-Praxiskommentar, 2005, § 3 a VOB/A, Rdnr. 57.