

Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper und Rechtsanwalt Jan Seidel, Düsseldorf

Neue Dissonanzen beim Verkauf kommunaler Grundstücke*

Während die Aufregung um die Vergabepflicht für kommunale Grundstücksverkäufe weiter anhält, sorgt nunmehr eine Entscheidung des BGH zum vergabefreien Verkauf von Grundstücken der öffentlichen Hand für zusätzliche Verwunderung. Nach dessen Ansicht steht es einer Gemeinde jenseits des Vergaberechts frei, auf welchem Wege sie einen Käufer für ein zum Verkauf beabsichtigtes Grundstück findet. Der folgende Beitrag zeigt, warum dies vermutlich nicht das letzte Wort sein wird und die öffentliche Hand gut beraten ist, vor dem Verkauf ihrer Grundstücke zumindest Bieterwettbewerbe durchzuführen.

I. „Dauerbrenner“ kommunale Grundstücksverkäufe

Wie kaum ein anderer Bereich der kommunalen Wirtschaft ist der Verkauf von Grundstücken derzeit Gegenstand lebhafter Diskussionen und anhaltender Verunsicherung.

Zunächst stand hierbei die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf kommunale Grundstücksverkäufe im Zentrum. Den Anfang machte der *EuGH*, der 2007 ein Vergabeverfahren für Grundstücksverkäufe forderte und dies (auch) mit städtebaulichen Vorgaben der Gemeinde begründete¹. Hiervon inspiriert, hat das *OLG Düsseldorf* seitdem in schneller Folge städtebauliche Entwicklungsverträge ebenso dem Vergaberecht unterstellt wie sonstige Grundstückskaufverträge, die eine Bauverpflichtung enthalten². Diese Ausweitung des Vergaberechts ist teilweise auf Ablehnung gestoßen³, teilweise aber auch bestätigt und ausgedehnt worden⁴. Schließlich hat sich die Bundesregierung von der Rechtsprechung des *OLG Düsseldorf* distanziert und eine Klarstellung im Rahmen der Vergaberechtsnovelle angekündigt⁵. Mittlerweile liegt der Kabinettsbeschluss zum Referentenentwurf des neuen Vergaberechts vor, der in § 99 III GWB n.F. (sog. „Ahlhorn-Klausel“) Grundstücksverkäufe generell nicht mehr dem Vergaberecht unterstellt⁶. Zudem ist die EU-Kommission vor Kurzem in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland der Rechtsprechung des *OLG Düsseldorf* entgegengetreten. Sie sieht bloße Rücktritts- oder Wiederkaufsrechte einer Kommune im Falle der Nichtdurchführung des Projekts nicht als ausreichende Bauverpflichtung an⁷.

Ohne gerichtliche Klärung ist derweil die Frage geblieben, welche Verfahrensbedingungen an kommunale Grundstücksverkäufe außerhalb des Anwendungsbereichs des Vergaberechts zu stellen sind. Auf Grund einer Mitteilung der Europäischen Kommission war die Fachwelt überwiegend von transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren ausgegangen. Doch nunmehr hat der *BGH* zu dieser Frage höchstrichterlich Stellung bezogen.

II. Entscheidung des BGH vom 22. 2. 2008

Der Entscheidung des *BGH* zu Grunde liegt ein Bieterverfahren einer Gebietskörperschaft zum Verkauf eines Grundstücks. Diese hatte hierfür einen Kaufpreis in Höhe von 8,9 Mio. Euro gefordert. In der letzten Bieterunde gab der spätere Kläger ein Angebot von 8,21 Mio. Euro ab, was zu seinem Ausscheiden aus dem Wettbewerb führte. Mit dem verbleibenden Bieter, der den geforderten Kaufpreis geboten hatte, nahm die Gebietskörperschaft Verhandlungen auf. Während dieser Verhandlungen wurden Altlasten auf dem Grundstück entdeckt, die vor der beabsichtigten Neubebauung beseitigt werden mussten. Dies führte zu einer Reduzierung des endgültigen Kaufpreises auf 8,05 Mio. Euro. Als der Kläger hiervon erfuhr, verlangte er von der Gebietskörperschaft

Ersatz des entgangenen Gewinns von 4,6 Mio. Euro. Zur Begründung führte der Kläger an, ihm habe auf Grund seines höheren Gebots der Zuschlag gebührt. Zudem hätte er nach der Änderung der Sachlage erneut in das Bieterverfahren einbezogen werden müssen.

Der *BGH* hat im Verhalten der Gebietskörperschaft keine Pflichtverletzung erkannt und dem Kläger keinen Schadensersatz zugesprochen. Zwar komme es im Rahmen eines Bieterverfahrens zu einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis und hieraus zu einer Pflicht zur Gleichbehandlung, Transparenz und Rücksichtnahme⁸. Mit Blick auf das durchgeführte Bieterverfahren seien diese Anforderungen jedoch erfüllt worden. Der *BGH* verweist hierzu auf die Unterschiede zum formellen Vergabeverfahren: In diesem schreibt der öffentliche Auftraggeber die benötigte Leistung aus. Sodann beziffern die Teilnehmer am Ausschreibungsverfahren ihre Forderungen für die Erbringung der Leistung. Schließlich erhält das wirtschaftlichste Gebot den Zuschlag, wodurch unmittelbar ein Vertrag zu Stande kommt. Im Bieterverfahren gehe es jedoch lediglich darum, die Ernsthaftigkeit des Erwerbsinteresses festzustellen und die Zahl der Verhandlungspartner zu begrenzen. Da sich ein Bieter wegen des Erfordernisses der notariellen Beurkundung nach § 311b I BGB nicht durch die Abgabe eines Angebots binden könne, begründe ein auf unvollständige Angaben oder unrichtigen Mitteilungen kalkuliertes Angebot keinen Ersatzanspruch wegen einer Verletzung des Transparenzgebots. Der Verkauf des Grundstücks zu einem deutlich niedrigeren Kaufpreis, als zuvor gefordert, sei ebenfalls unproblematisch, da der vergaberechtliche Grundsatz des Verbots des Verzichts auf die Erfüllung der Mindestbedingung im Bieterverfahren keine Anwendung finde.

Auch ein erneutes Bieterverfahren nach Bekanntwerden der den Kaufpreis mindernden Altlasten sei nicht erforderlich gewesen. Die Durchführung eines Bieterverfahrens sei generell in das Belieben der Körperschaft gestellt. Weder begründe ein einmal durchgeführtes Bieterverfahren eine

* Besprechung von *BGH*, Urt. v. 22. 2. 2008 – V ZR 56/07, NZBau 2008, 407. – Die Autorin Jasper ist Partnerin, der Autor Seidel ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek.

1 *EuGH*, NZBau 2007, 185 = NVwZ 2007, 316 – „Stadt Roanne“.

2 *OLG Düsseldorf*, NZBau 2007, 530 – „Fliegerhorst Ahlhorn“; NZBau 2008, 139 – „Wuppertal-Vohwinkel“; NZBau 2008, 271 – „Oer-Erkenschwick“.

3 *VK Darmstadt*, NZBau 2008, 339 – „Stadtallendorf“; *VK Karlsruhe*, NZBau 2008, 344 L; *Vetter/Bergmann*, NVwZ 2008, 133; *Pietzcker*, NZBau 2008, 293. Die teilweise abweichende Ansicht der *VK Potsdam*, NZBau 2008, 344 L, die den nachträglichen Verzicht auf eine Bauverpflichtung nicht als Umgehung des Vergaberechts ansieht, ist inzwischen durch einen Hinweisbeschluss des *OLG Brandenburg* bestätigt worden.

4 *OLG Bremen*, NZBau 2008, 336 – „Windpark“; vgl. hierzu Jasper/Seidel, NZBau 2008, 339.

5 Antwort der BReg. v. 27. 2. 2008 auf die kleine Anfrage der FDP-Fraktion v. 13. 2. 2008, BT-Dr 16/8292.

6 Der Referentenentwurf ist über die Homepage des Bundeswirtschaftsministeriums erhältlich: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/entwurf-gesetz-zur-modernisierung-des-vergaberechts.property=pdf;bereich=bmwi;sprache=de;rvb=true.pdf>.

7 EU-Kommission, Pressemit. IP/08/867 v. 5. 6. 2008, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/867&format=HTML&afed=0&language=DE&guiLanguage=fr>. Das Erfordernis einer ausdrücklichen Bauverpflichtung, welches die EU-Kommission bejaht, war noch vor Kurzem vom *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 14. 5. 2008 – Verg 27/08, BeckRS 2008, 09282, verneint worden.

8 *BGH*, NZBau 2001, 637 = NJW 2001, 3698.

Pflicht zur Wiederaufnahme nach Änderung der tatsächlichen Umstände, noch habe derjenige, der im ersten Verfahren ein nicht den Bedingungen entsprechendes Angebot abgegeben habe, einen Anspruch auf Einbeziehung in die erforderlichen neuen Verhandlungen.

III. Wettbewerbspflicht für Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand

Die Entscheidung des BGH überrascht aus mehreren Gründen:

Zum einen hätte es im Rahmen der Ausführungen zum Vergaberecht nahegelegen, nun auch höchstrichterlich Stellung zur oben skizzierten, kontrovers diskutierten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu Grundstücksverkäufen zu beziehen. Denn das im entschiedenen Fall zum Verkauf stehende Grundstück war mit Gebäuden bebaut, die zum Betrieb einer Klinik gedient hatten; mit dem Verkauf verfolgte die Gebietskörperschaft das Ziel einer Neubebauung. Ob hierzu eine Verpflichtung des Käufers zu einer entsprechenden Bebauung vereinbart worden ist, lässt sich dem Urteils Sachverhalt nicht entnehmen. Die Ausführungen des BGH lassen allenfalls erkennen, dass er auf Grund der notariellen Beurkundung nach § 311b I BGB den Verkauf öffentlicher Grundstücke als nicht geeignet für ein Vergabeverfahren ansieht – die Konsequenzen hieraus wären jedoch ebenfalls erörterungsbedürftig gewesen.

Zum anderen überrascht die Entscheidung des BGH jedoch mit der Feststellung, ein dem Verkauf eines öffentlichen Grundstücks vorausgehendes Bieterverfahren sei grundsätzlich in das Belieben der Körperschaft gestellt. Eine derartige Aussage ist nicht nur von weitreichender Bedeutung für die aktuelle kommunale Praxis. Erst recht wird sie relevant, wenn die Vergaberechtsnovelle mit der dargestellten „Ahlhorn-Klausel“ vom Gesetzgeber verabschiedet wird und europarechtlich Bestand hat⁹. Denn in diesem Fall wären die meisten Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand vom Vergaberecht ausgenommen, was die Frage nach den dann geltenden Verfahrensbedingungen noch dringlicher machen wird. Umso erstaunlicher ist, dass auch dieses Diktum des BGH ohne jede Begründung erfolgt.

Die folgenden Ausführungen sollen zeigen, welche rechtlichen Aspekte bei der Frage nach der Wettbewerbspflicht beim Verkauf öffentlicher Grundstücke zu beachten sind. Zugleich soll damit verdeutlicht werden, dass die Annahme des BGH einer gänzlichen Wettbewerbsfreiheit im Einzelfall einer differenzierten europarechtlichen Betrachtung bedarf.

1. Erforderlichkeit auf Grund des Europarechts

Wichtige Aspekte für die Frage, ob der Verkauf öffentlicher Grundstücke wettbewerbspflichtig ist, lassen sich aus dem europarechtlichen Kontext entnehmen. Die Regelungsgehalte sowohl der Grundfreiheiten als auch des Beihilferechts sprechen dafür, vor dem Verkauf eines öffentlichen Grundstücks ein transparentes und diskriminierungsfreies Wettbewerbsverfahren durchzuführen.

a) *Die Grundfreiheiten.* Anforderungen an den Verkauf öffentlicher Grundstücke ergeben sich zunächst aus den europarechtlichen Grundfreiheiten sowie dem Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit.

Denn das Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit schließt insbesondere die Verpflichtung öffentlicher Körperschaften zur Transparenz ein¹⁰. Diese Pflicht

zur Transparenz hat der EuGH auch auf den vergabefreien Bereich erweitert. So muss ein öffentlicher Auftraggeber im Falle einer (vergabefreien) Dienstleistungskonzession zu Gunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung der Unparteilichkeit ermöglicht¹¹. Die Vergabe einer Dienstleistungskonzession ohne entsprechende Transparenz stellt demnach eine durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) verbotene mittelbare Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit dar. Eine Ausnahme kommt lediglich dann in Betracht, wenn wegen besonderer Umstände – wie etwa einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung – anzunehmen ist, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten kein Interesse an der Konzession haben¹².

Diese Rechtsprechung des EuGH ist auf den Verkauf öffentlicher Grundstücke übertragbar. Zumindest der gewerbliche Erwerb von Grundstücken fällt unter die Dienstleistungsfreiheit. Für deren Anwendbarkeit verlangt der EuGH lediglich, dass die jeweilige Tätigkeit nicht von den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr sowie der Freizügigkeit von Personen erfasst und dass eine Leistung des Wirtschaftslebens gegen Entgelt erbracht wird¹³. Diese Voraussetzungen treffen auf einen gewerblichen Erwerb öffentlicher Grundstücke zu. Denn ein Grundstück stellt keine einfuhrfähige Ware im Sinne des freien Warenverkehrs dar. Sein Verkauf berührt auch nicht den Kapitalverkehr, welcher nur Bewegungen des Kapitals als solchen erfasst. Die Freizügigkeit von Personen betrifft lediglich den Ortswechsel, nicht jedoch den Erwerb von Grundstücken in anderen Mitgliedstaaten¹⁴. Zwar räumt die öffentliche Hand dem Erwerber nicht – wie bei Konzessionen – lediglich ein Recht zur Nutzung ein, sondern überträgt endgültig das Eigentum. Die Interessenlage eines Grundstücksnutzers ist jedoch der eines Grundstückserwerbers vergleichbar, vor allem im Fall der anschließenden Verpachtung oder Vermietung des erworbenen Grundstücks. Zudem schützen die Grundfreiheiten des EGV umfassend und möglichst effektiv die wirtschaftliche Betätigung. Entsprechend hat gerade der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit in den letzten Jahren eine erhebliche Ausweitung erfahren¹⁵.

b) *EU-Beihilferecht.* Ohne einen transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb vor dem Verkauf eines öffentlichen Grundstücks besteht zudem die Gefahr einer unzulässigen Beihilfe nach Art. 87 ff. EGV. Eine solche lässt sich nach Ansicht der EU-Kommission lediglich dadurch ausschließen, dass – vorrangig – ein hinreichend publiziertes, bedingungsloses Bieterverfahren durchgeführt oder zumindest der Marktwert des Grundstücks durch einen unabhängigen Sachverständigen bewertet wird. Nur auf diese Weise kann der Marktwert eines öffentlichen Grundstücks ermit-

9 Zu den aus den Gerichten bereits vernehmbaren Zweifeln an der Europarechtskonformität der „Ahlhorn-Klausel“ soll hier nicht näher Stellung bezogen werden.

10 EuGH, Urt. v. 18. 11. 1999 – C-275/98, BeckRS 2004, 75905 – „Unifon Scandinavia“.

11 EuGH, Slg. 2000, I-10745 = NZBau 2001, 148 = EuZW 2001, 90 – „Tel Austria“.

12 EuGH, Slg. 2005, I-7310 = NZBau 2005, 592 = NVwZ 2005, 1052 – „Co. Na. Me.“.

13 Z. B. EuGH, NJW 2000, 2011 = NZA 2000, 648 – „Deliège“; ebenso Tiedje/Troberg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl. (2003), Art. 50 EGV Rdnr. 5.

14 Vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 24. 3. 1994 – C-275/92, BeckRS 2004, 75900 – „Her Majesty's“.

15 Vgl. Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. (2007), Art. 49 Rdnr. 1 ff.

telt werden. Der Verkauf eines öffentlichen Grundstücks unter dem Marktwert stellt eine unzulässige Beihilfe dar¹⁶.

Bei einem Verstoß gegen diese Verfahrensvorgaben besteht die Gefahr, dass die EU-Kommission auf den Hinweis eines Wettbewerbs ein Beihilfeprüfverfahren gegen Käufer einleitet. Hierzu kann sie der Konkurrent im Wege der Untätigkeitsklage zwingen. Als Konsequenz ist die Differenz zwischen Marktpreis und Kaufpreis vom Käufer zurückzuzahlen¹⁷.

2. Kommunalrecht

Eine Pflicht der öffentlichen Hand zur Veräußerung ihrer Grundstücke im Wettbewerb ergibt sich zudem aus dem Kommunalrecht. Denn nach dessen Haushaltsgrundsätzen hat eine Gemeinde die Haushaltswirtschaft wirtschaftlich, effizient und sparsam zu führen (in Nordrhein-Westfalen § 75 I 2 NWGO). Dieses Wirtschaftlichkeitsgebot lässt sich beim Verkauf von Grundstücken jedoch im Normalfall am besten über einen Wettbewerb realisieren¹⁸.

Zudem darf eine Gemeinde ihre Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußern (in Nordrhein-Westfalen § 90 I 2 NWGO). Unter diesem „vollen Wert“ ist jedoch regelmäßig der Verkehrswert, mithin der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr erzielbare Preis zu verstehen¹⁹. Auch hieraus ergibt sich – von Ausnahmen abgesehen – das Erfordernis eines Wettbewerbs, da sich dieser Verkehrswert am besten im Wettbewerb ermitteln lässt, wenn es eine hinreichende Nachfrage gibt. Für eine Ausnahme von der Regel des Verkaufs zum vollen Wert ist ein strenger Maßstab anzulegen. Denn grundsätzlich gilt das Postulat, mit öffentlichen Mitteln erworbenes Gemeindevermögen nicht zu Lasten der Allgemeinheit zu „verschleudern“²⁰.

Diese Grundsätze gelten auch für kommunale Unternehmen entsprechend. Diese sollen einen Ertrag für den Gemeindehaushalt abwerfen²¹, welcher im Wettbewerbsverfahren meist größer ausfallen wird.

IV. Fazit

Die Entscheidung des *BGH* vom 22. 2. 2008 bietet Anlass, die rechtlichen Anforderungen an die Veräußerung öffentlicher Grundstücke jenseits des Vergaberechts in den Blick zu nehmen. Dabei zeigt sich, dass in vielen Fällen ein Bieterwettbewerb sowohl aus europarechtlichen als auch aus kommunalrechtlichen Gründen geboten sein dürfte.

Hinzu kommt, dass sich in Wettbewerben oft wirtschaftlichere Konzepte als bei Exklusivverhandlungen ergeben, so dass auch jenseits einer rechtlichen Pflicht der höheren Qualität der Angebote und den höheren Kaufpreisen der Vorzug zu geben ist. Die Wettbewerbe können schnell und schlank umgesetzt werden. Zunächst genügt die Veröffentlichung, die ohne Formulare und Formalien im EU-Amtsblatt möglich ist. Wenn sich nach einer Bekanntmachung nur ein einziger 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.

Die öffentliche Hand ist daher gut beraten, trotz der Entscheidung des *BGH* auch zukünftig vor dem Verkauf ihrer Grundstücke ein Wettbewerbsverfahren durchzuführen. ■

16 Mitt. der EU-Kommission v. 10. 7. 1997, ABIEG v. 10. 7. 1997 Nr. C 209, S. 3; EU-Kommission, Entscheidung v. 21. 6. 2000, 2000/796/EG, ABIEG v. 16. 12. 2000 Nr. L 318, S. 62; EU-Kommission, Entscheidung v. 12. 7. 2000, 2002/14/EG, ABIEG v. 15. 1. 2002 Nr. L 12, S. 1; *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 15), Art. 87 Rdnr. 28; *Mederer/van Ysendyck*, in: *v. d. Groeben/Schwarze* (o. Fußn. 13), Art. 87 Rdnr. 22.

17 *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (o. Fußn. 15), Art. 88 Rdnr. 23 ff.

18 Für eine Ausschreibungspflicht aus haushaltsrechtlichen Gründen auch *VK Münster*, Beschl. v. 6. 5. 2008 – VK 4/08 (unveröff.).

19 *Krämer/Semewald*, in: *Held/Becker u. a.*, KommunalverfassungsR NW, Stand: 2008, § 90 NWGO Nr. 2.

20 *OVG Münster*, NJW 1983, 2517 (2518).

21 Vgl. § 109 I 2 NWGO.