

## **Generalanwalt beim EuGH: Neues zu Immobiliengeschäften öffentlicher Auftraggeber**

Viele Beteiligte an großen öffentlichen Immobilienprojekten und damit verbundenen Investorenwettbewerben beschäftigt und plagt seit geraumer Zeit die Frage bestehender Ausschreibungspflichten bei Immobiliengeschäften öffentlicher Auftraggeber.

Die dabei bestehende Rechtsunsicherheit geht zurück auf die sog. „Ahlhorn“-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, das den Begriff des „öffentlichen Bauauftrags“ bzw. der „öffentlichen Baukonzession“ derart ausdehnte, dass auch mit städtebaulichen Verträgen verknüpfte Immobiliengeschäfte öffentlicher Auftraggeber vom Anwendungsbereich des Vergaberechts erfasst werden. Wohl nicht zuletzt aufgrund der praktischen und wirtschaftlichen Relevanz des Themas, deutlicher juristischer Gegenstimmen und der neuen Legaldefinition des „öffentlichen Bauauftrags“ im deutschen Recht seit April 2009 sah sich das OLG Düsseldorf veranlasst, die insoweit bestehenden EU-vergaberechtlichen Fragen dem EuGH vorzulegen (Beschl. v. 02.10.2008 – Verg 25/08).

Am 17.11.2009 hat nunmehr der Generalanwalt beim EuGH, Paolo Mengozzi, seine Schlussanträge zu diesen Vorlagefragen vorgelegt (Rechtssache C-451/08). Geht es nach dem Generalanwalt, ist nur noch dann vom Bestehen einer Ausschreibungspflicht auszugehen, wenn eine „unmittelbare Verbindung des öffentlichen Auftraggebers mit den zu realisierenden Arbeiten oder Werken“ besteht. Hinsichtlich der erst im April 2009 geänderten Legaldefinition des „öffentlichen Bauauftrags“ in § 99 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ließe sich mit dem Generalanwalt also feststellen, dass die Gesetzesänderung kein kompletter Fehlgriff des nationalen Gesetzgebers war, jedoch im Lichte der EU-Vergaberichtlinien auszulegen sein wird.

Die Schlussanträge des Generalanwalts bringen Licht ins Dunkel und zahlreiche Fragen rund um öffentliche Bauaufträge und Baukonzessionen werden geklärt. Der EuGH selbst ist an die Schlussanträge des Generalanwalts jedoch nicht gebunden, auch wenn er diesen häufig folgt. Mit dem Urteil des EuGH wird Mitte 2010 gerechnet. Bis dahin sind die Beteiligten an Immobilienprojekten öffentlicher Auftraggeber also gut beraten, im Zweifel vom Bestehen einer Ausschreibungspflicht auszugehen.

Schon jetzt sei jedoch die Prognose gewagt, dass aufgrund der Komplexität und Individualität jedes Immobilienprojekts auch in Zukunft eine Einzelfallprüfung, insbesondere auf das

Vorliegen des neuen Tatbestandsmerkmals der „unmittelbaren Verbindung“, unumgänglich sein wird.

Zu den Schlussanträgen des Generalanwalts im Einzelnen:

## **1. Grenzen des Anwendungsbereichs der EU-Vergaberichtlinien**

Dem Generalanwalt gelingt es in seinen Schlussanträgen, eine klare Grenze des Anwendungsbereichs der EU-Vergaberichtlinien zu ziehen. Er stellt erfreulicherweise heraus, dass es Grenzen des Anwendungsbereichs der EU-Vergaberichtlinien geben muss und gibt und umreißt diese Grenze dann für den gemeinschaftsrechtlichen Begriff des „öffentlichen Bauauftrags“.

## **2. Tatbestandsmerkmal der „unmittelbaren Verbindung“**

Voraussetzung für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags bzw. Baukonzession ist nach dem Generalanwalt eine „triftige unmittelbare Verbindung“ zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den zu realisierenden Arbeiten oder Werken. Ein rein immaterieller und mittelbarer Nutzen für den öffentlichen Auftraggeber reiche dafür nicht aus.

Eine solche „triftige unmittelbare Verbindung“ zwischen öffentlichem Auftraggeber und den zu realisierenden Arbeiten oder Werken liegt nach dem Generalanwalt vor, wenn:

- der öffentliche Auftraggeber an der herzustellenden Sache unmittelbar Eigentum oder ein Recht erwirbt, das sich zwar vom Eigentumsrecht unterscheidet, aber dennoch den Genuss der Sache zumindest in bestimmtem Maße ermöglicht,
- der öffentliche Auftraggeber zur Realisierung der zu realisierenden Arbeiten oder Werke öffentliche Mittel einsetzt (z.B. Konzessionsmodelle mit Anschubfinanzierung), wobei weder der Eigentumserwerb noch öffentliche Mittel in Geld unerlässliche Voraussetzung für das Vorliegen der „unmittelbaren Verbindung“ sind (z.B. Einsatz öffentlicher Mittel durch kostenlose oder unter Marktpreis liegende Überlassung des Baugrundstücks) oder
- die zu realisierenden Arbeiten oder Werke jedenfalls das Ergebnis einer Initiative des öffentlichen Auftraggebers sind (Auffangtatbestand).

Keine „unmittelbare Verbindung“ liegt nach dem Generalanwalt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber bloß von den Befugnissen Gebrauch macht, die gerade ihm als Verwaltung im städtebaulichen Bereich allgemein zuerkannt sind. Andernfalls würde der Anwendungsbereich des Vergaberechts ins Uferlose ausgedehnt.

Der Generalanwalt zieht also den rechtlichen Rahmen für die Beantwortung der Frage des Vorliegens einer „unmittelbaren Verbindung“ und der sich daraus ergebenden Ausschreibungspflicht. Eine Prüfung und Subsumtion der beabsichtigten Konzeption des Immobiliengeschäfts im Einzelfall ersetzt dies selbstverständlich nicht.

### **3. Erfordernis einer vertraglichen Bauverpflichtung**

Die Schlussanträge des Generalanwalts halten ausdrücklich fest, dass die vertragliche Verpflichtung zur Realisierung der Arbeiten oder Werke ein unverzichtbares Element für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags bzw. einer öffentlichen Baukonzession darstellt.

Die Folgen einer etwaigen Nichterfüllung dieser vertraglichen Verpflichtung durch den Auftragnehmer richten sich nach dem nationalen Recht und können insbesondere in der Auflösung des Vertrages, Ersatzvornahme oder Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Auftragnehmer bestehen.

### **4. Keine unbefristete öffentliche Baukonzession**

Ebenso deutlich wird der Generalanwalt bei der Frage, ob das Vorliegen einer öffentlichen Baukonzession ausscheidet, wenn der Konzessionär Eigentümer des zu bebauenden Grundstücks ist oder wird oder die Konzession unbefristet erteilt wird: Mit einer öffentlichen Baukonzession kann nie vorgesehen werden, dass dem Konzessionär ein unbefristetes Recht an der Sache, die Gegenstand der Konzession ist, eingeräumt wird.

### **5. Umgang mit Umgehungstatbeständen**

Zuletzt arbeitet der Generalanwalt für vermeintliche Umgehungstatbestände aufgrund in zeitlicher Hinsicht förmlich voneinander getrennten Handlungen bzw. Rechtsgeschäften heraus, dass auch in solchen Fällen die praktische Wirksamkeit der EU-Vergaberichtlinien bewahrt und Rechtsmissbräuchen begegnet werden muss.

Fallen etwa das Geschäft der Grundstücksveräußerung und das Geschäft der Auftragsvergabe zeitlich/förmlich auseinander, sind diese nur dann als rechtliche Einheit und der gesamte Vorgang als ausschreibungspflichtig anzusehen, wenn zwischen der Grundstücksveräußerung und der Auftragsvergabe keine übermäßig lange Zeitspanne liegt und es plausible Anhaltspunkte dafür gibt, dass die den Auftrag betreffende Absicht des öffentlichen Auftraggebers bereits zum Zeitpunkt der Grundstücksveräußerung bestand.

## 6. Fazit

Dem Generalanwalt gelingt es, mit überwiegend überzeugenden Argumenten zahlreiche Fragen zu klären, die sich um Immobilienprojekte öffentlicher Auftraggeber ranken. Die endgültige Entscheidung des EuGH in dieser Sache steht noch aus. Derzeit gilt für die Praxis aus rechtlicher Sicht also weiter: Im Zweifel für die Ausschreibungspflicht! Für die Zukunft bleiben die sich nach dem EuGH-Urteil stellenden Fragen abzuwarten. Die Frage bestehender Ausschreibungspflichten jedes Immobilienprojekts öffentlicher Auftraggeber wird eine solche des Einzelfalls bleiben. Es ist und bleibt spannend!

26. November 2009  
RA Henrik Baumann, Berlin