

Zur vergaberechtlichen Einordnung der Übertragung von Rechten oder des Eigentums an Grundstücken oder Sachgesamtheiten durch öffentliche Aufgabenträger

Diese Darstellung geht der grundsätzlichen Frage nach, welche möglichen Bieterauswahl- oder Vergabeformen mit einer sich anschließenden gerichtlichen Kontrolle in Betracht kommen bei der Einräumung von Rechten oder Veräußerungen von Grundstücken oder Beteiligungen durch einen öffentlichen Aufgabenträger.

Rechtliche Vorgaben zu den einzelnen Vergabe- und Auswahlformen ergeben sich dabei einerseits aus zwingenden gesetzlichen Regelungen, so für das kodifizierte Kartellvergaberecht, andererseits (nur) aus der aktuellen Rechtsprechung.

Die in Frage kommenden Vergabe- und Auswahlformen lassen sich nach den Rechtsgebieten tabellarisch wie folgt darstellen:

Beschaffung	keine Beschaffung (Verkauf statt Einkauf)	
<p>Kartellvergaberecht</p> <p>Nach dem klassischen Kaskadenprinzip</p> <p>EU Richtlinien 2004/18/EG 2004/17/EG</p> <p>↓</p> <p>§§ 97 ff. GWB</p> <p>↓ ↓</p> <p>VgV SektVO</p> <p>↓</p> <p>VOB/A VOL/A VOF ThürVgG</p> <hr/> <p>Wesensmerkmal: Beschaffung</p> <p>↓</p> <p>Entscheidung durch Vergabekammer</p>	<p>Vergabeverwaltungsrecht</p> <p>Verwaltungsakt kontingentierte Verwaltungsakte (Rettungsdienst/Dienstleistungskonzession)</p> <p>↓</p> <p>verwaltungsrechtliches Auswahlverfahren/öffentliche Ausschreibung (kein Kartellvergaberecht)</p> <p>↓</p> <p>Prüfung durch Verwaltungsgericht</p>	<p>Zivilrecht</p> <ul style="list-style-type: none"> - Veräußerung Grundstücke - Veräußerung von GmbH-Anteilen und Geschäftsanteilen - zivilrechtliche Dienstleistungskonzession <hr/> <p>Zivilrecht</p> <p>1. Haushaltsrechtliche Grundsätze</p> <p>2. Bestimmung des Verkehrs-/Marktwertes</p> <p>↓</p> <p>Bieterverfahren/Auswahlverfahren (vorvertragliches Schuldverhältnis)</p> <p>↓</p> <p>mögliche Prüfung durch Zivilgerichte</p>

I. Vergabeverfahren nach dem Kartellvergaberecht, §§ 97 ff. GWB

Dieses klassische Vergaberecht geht zurück auf die EU-Richtlinien 2004/18/EG (VKR) und 2004/17/EG (SKR) und ist bundesgesetzlich normiert in den §§ 97 ff. GWB sowie in der Vergabeverordnung (VgV). Die VgV sieht im Wesentlichen die Schwellenwerte für

die einzelnen Leistungsbereiche (Bau-, Liefer-/Dienstleistungen und freiberufliche Leistungen) sowie die Anwendung der betreffenden Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF) oberhalb der Schwellenwerte vor. Für den Sektorenbereich (Trinkwasser, Energieversorgung, Verkehrsversorgung und Postdienste) gilt die Sektorenverordnung (SektVO). In Thüringen sind außerdem die Regelungen des Thüringer Vergabegesetzes oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte zu beachten.

Dieses Kartellvergaberecht gilt für entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmern, die die Beschaffung von Leistungen (Bau-, Liefer-/Dienstleistungen) zum Gegenstand haben, § 99 I GWB. Kern des vergaberechtlich relevanten öffentlichen Auftrages ist daher die *Beschaffung*.

Wesensmerkmal der Beschaffung und damit eines Vertrages im Sinne von § 99 GWB ist die Teilnahme des öffentlichen Auftraggebers am Markt. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck des Vergaberechts, den Wettbewerb auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten zu verstärken. Eine Beschaffungsabsicht ist daher nur dann anzunehmen, wenn der öffentliche Auftraggeber am Marktgeschehen auf der Nachfrageseite zur Deckung seines Bedarfes an Wirtschaftsgütern teilnimmt. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen handelt.

1. Gemäß § 100 V GWB gilt dieses Vergaberecht nicht bei Verträgen über den Erwerb oder die Miete oder Rechte an Grundstücken.

Das Vergaberecht ist in Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber als Anbieter von Leistungen auftritt, nicht anwendbar, die bloße Überlassung einer Nutzung z. B. in Form einer Vermietung von Flächen ist als solches Anbieten einer Leistung anzusehen (LG Berlin, Beschluss vom 19.10.2007 - Az.: 13 O 479/07). Auch die schlichte Verpachtung eines Grundstücks durch die öffentliche Hand unterliegt nicht dem Vergaberecht, weil die öffentliche Hand hierbei lediglich als Anbieter einer eigenen Leistung auf

dem Markt auftritt und keine fremde Leistung nachfragt. Die Einnahme einer Gegenleistung in Geld ist kein vergaberechtlich relevanter (Beschaffungs-)Vorgang (OLG Bremen, Beschluss vom 13.03.2008, Az.: Verg 5/07; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 15.08.2008, Az.: 1 VK 27/08; VK Niedersachsen, Beschluss vom 16.10.2008, Az.: VgK-30/2008; VK Thüringen, Beschluss vom 28.07.2008, Az.: 250-4003.20-1907/2008-026-EF).

Auch für reine Grundstücksveräußerungen besteht mangels Annahme eines entgeltlichen Beschaffungsakts keine Ausschreibungspflicht nach dem Vergaberecht, da davon ausgegangen wird, dass bereits begrifflich kein Beschaffungsakt vorliegt, weil die öffentliche Hand mit der Veräußerung gerade keine Leistung beschafft, sondern vielmehr einen Vermögenswert abstößt (vgl. u. a. EuGH-Urteil vom 25.03.2010, Az.: C-451/08; BGH-Urteil vom 22.02.2008, Az.: V ZR 56/07). Es gilt allgemein der Grundsatz, dass das Vergaberecht in den Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber als Anbieter von Leistungen auftritt, nicht anwendbar ist (VK Berlin, Beschluss vom 09.02.2009, Az.: VK-B 1-28/08).

Somit fällt weder die Veräußerung noch die Verpachtung von Immobilien unter das Kartellvergaberecht, unterliegt nicht dem Vergaberecht nach dem GWB.

2. Allerdings wurde in besonderen Fällen in der Vergangenheit von der Rechtsprechung auch bei Grundstücksveräußerungen die Anwendbarkeit des Vergaberechts bestätigt.

So wurde vom OLG Düsseldorf in der sogenannten „Ahlhorn“-Entscheidung vom 13.06.2007 und in weiteren Entscheidungen anderer Obergerichte entschieden, dass Grundstücksveräußerungen dann dem Vergaberecht unterliegen, wenn der öffentliche Auftraggeber dem Käufer eine Bauverpflichtung auferlegt. Diese Verträge wurden als dem Vergaberecht unterfallende Bauaufträge angesehen.

Hierauf hat der deutsche Gesetzgeber reagiert. Mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 wurde § 99 III GWB neu gefasst und der Begriff des Bauauftrages eingeschränkt.

Nach der Definition in § 99 III GWB sind Bauaufträge Verträge über die Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber oder über die Ausführung einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Die Bauleistung muss danach dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen. Mit diesem zusätzlichen Erfordernis sollte ein eigener Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers als Voraussetzung eines ausschreibungspflichtigen Bauauftrages festgeschrieben werden.

Diese Gesetzeslage in Deutschland hat der EuGH durch seine Entscheidung vom 25.03.2010 (Rs. C-451/08) bestätigt. Die Leistung, die der öffentliche Auftraggeber bei Bauaufträgen erhält, bestehe in der Erbringung der Bauleistung. Eine solche Leistung müsse nach ihrer Natur sowie nach dem System und den Zielen der EU-Richtlinie 2004/18/EG ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber bedeuten (EuGH, Urteil vom 25.10.2010, Rs. C-451/08).

Dieses wirtschaftliche Interesse des öffentlichen Auftraggebers ist danach eindeutig gegeben, wenn der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung wird, aber auch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügt, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrages sind, im Hinblick auf ihre Zweckbestimmung sicherstellt.

Das wirtschaftliche Interesse des öffentlichen Auftraggebers kann danach ferner aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks, in der finanziellen Beteiligung an seiner Erstellung oder in den Risiken, die der Auftraggeber im Falle eines wirtschaftlichen Fehlschlags trägt, bestehen.

In der genannten Entscheidung des EuGH vom 25.03.2010 werden 5 Fallkonstellationen aufgeführt, in denen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers anzunehmen sei:

- (1) Der öffentliche Auftraggeber wird selbst Eigentümer der Bauleistung.
- (2) Der öffentliche Auftraggeber verfügt über einen Rechtstitel, der ihm die Verfügbarkeit des (zu errichtenden) Bauwerks im Sinne seiner öffentlichen Zweckbestimmung sichert.
- (3) Der öffentliche Auftraggeber beteiligt sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks, hierzu reichen Zuschüsse und Subventionen des öffentlichen Auftraggebers aus.
- (4) Der öffentliche Auftraggeber übernimmt Risiken für den Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlags.
- (5) Der öffentliche Auftraggeber zieht wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung und Veräußerung des (zu errichtenden) Bauwerks. Entscheidend ist, ob im Grundstücksübertragungsvertrag bzw. durch die Vertragsgestaltung vorgesehen ist, dass solche wirtschaftlichen Nutzen einklagbar geregelt sind.

Kann ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers in Form der vorstehenden Konstellationen ausgeschlossen werden, so ist im Ergebnis ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 III GWB, also eine dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommende Bauleistung, zu verneinen.

Auch nach der Rechtsprechung des EuGH setzt der Begriff „öffentlicher Bauauftrag“ - in Übereinstimmung mit der Regelung des § 99 III GWB - voraus, dass die Bauleistung im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers ausgeführt wird, ohne dass jedoch die vereinbarte Leistung die Beschaffung eines gegenständlichen Objekts voraussetzt.

Allgemeine Interessen oder im allgemeinen Interesse liegende öffentliche Ziele, die mit der Bauleistung erfüllt werden sollen, wie etwa städtebauliche Interessen oder Ziele, genügen nach der Rechtsprechung des EuGH nicht für die Annahme des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses der dem Auftraggeber zugute kommenden Bauleistung (so jetzt auch OLG Düsseldorf Beschluss vom 09.6.2010, IBR 2010, 407).

Auch das Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Zahlung des Kaufpreises für das Grundstück begründet kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Erstellung des Bauwerks, ebenso wenig wie ein durch Rückkauflassung gesichertes Rücktritts- oder Wiederkaufsrecht des öffentlichen Auftraggebers für den Fall, dass das Bauwerk nicht zur Ausführung gelangt. Ein gesichertes Rücktritts- oder Wiederkaufsrecht räumt dem Auftraggeber nicht das Recht ein, die Bauverpflichtung durchzusetzen, es handelt sich nur um eine mit dem Eigentum verbundene Nutzungsbeschränkung (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.01.2011), welches noch kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Erstellung des Bauwerks und somit nicht die Annahme eines vergaberelevanten Bauauftrages begründet.

Ebenso lässt sich ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Erstellung des Bauwerks nicht damit begründen, dass dem Auftraggeber infolge der Bauverpflichtung Gewerbesteuererinnahmen zufließen, so VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.01.2011.

Nach alledem kann ein öffentlicher Bauauftrag im Falle der Grundstücksveräußerung nur angenommen werden, wenn ein schriftlicher gegenseitiger Vertrag geschlossen wird, durch den der Investor zur Erbringung einer Bauleistung verpflichtet wird.

Somit besteht für eine Veräußerung eines Grundstücks keine Ausschreibungsverpflichtung nach dem Vergaberecht, solange mit der Veräußerung gerade keine Leistung beschafft, sondern einen Vermögenswert abgestoßen wird.

II. Vergabegrundsätze im Verwaltungsrecht - Vergabeverwaltungsrecht

Wesensmerkmal des Kartellvergaberechts ist weiterhin, dass ein Auftrag vergeben bzw. ein Vertrag geschlossen wird, mit dem ein entgeltlicher Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Unternehmen zustande kommt, § 99 I GWB.

Hiervon abweichend werden im Verwaltungsrecht Genehmigungen durch einseitigen Verwaltungsakt gemäß § 35 VwVfG erteilt. In diesem Sinne hat auch der EuGH in einer früheren Entscheidung (Urteil vom 18.12.2007 - Rs. C 220/06) entschieden, dass dann, wenn ein einseitiger Verwaltungsakt vorliegt, daraus zu schließen ist, dass kein Vertrag geschlossen wurde und daher die Richtlinie (92/15/EWG) keine Anwendung findet.

Liegt ein einseitiger Verwaltungsakt vor, ist kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB gegeben. Dies wurde in der nationalen Rechtsprechung bestätigt u. a. durch Urteil des OVG Sachsen-Anhalt vom 22.03.2012, Az.: 1 A 363/08 MD. Danach ist das nationale Vergaberecht nur anwendbar bei Vorliegen eines Vertrages, nicht bei einem einseitigen Verwaltungsakt. Bei einer Konkretisierung einer gesetzlich bestehenden Leistungspflicht durch Verwaltungsakt ist kein Vergaberecht anwendbar.

In einer weiteren Entscheidung des OVG Sachsen-Anhalt vom 22.02.2012, Az.: 3 L 259/10 zu den Rettungsdienstleistungen, wurde allerdings auch in diesen Fällen die Verpflichtung zu einer öffentlichen Ausschreibung und damit die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens auferlegt, nicht jedoch zwingend die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach Maßgabe des 4. Teils des GWB.

Ansatz für diese Rechtsprechung ist, dass der Gesetzgeber in Sachsen-Anhalt dem Träger des Rettungsdienstes vor Erteilung einer Genehmigung nach dem Landesrettungsdienstgesetz (§§ 3 II, 11 I Rettungsdienstgesetz Sachsen-Anhalt) die Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung auferlegt hat.

Damit hat vom Kern her auch im öffentlichen Recht bzw. im Verwaltungsrecht die Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung bzw. zur Durchführung eines Vergabeverfahrens Eingang gefunden.

In einer Entscheidung des OVG Niedersachsen (Beschluss vom 12.11.2012, Az.: 13 ME 231/12), die zur Rettungsdienstleistung nach dem Niedersächsischen Rettungsdienstgesetz ergangen ist, wurde ebenfalls ein verwaltungsrechtliches Auswahlverfahren als notwendig für die Verwaltungsentscheidung bestätigt. In diesem Fall hatte sich der Rettungsdienstträger an den Bestimmungen des förmlichen Vergaberechts orientiert und das Auswahlverfahren in Anlehnung an die VOL/A ausgestaltet. Das OVG Niedersachsen hat dies als mögliche Verfahrensform bestätigt und festgestellt, dass nicht zu beanstanden ist, dass die zuständige Behörde ein Verfahren angewendet hat, das eine Mischung aus verwaltungsrechtlichem Auswahl- und Vergabeverfahren darstellt. Die analoge Anwendung der VOL/A einschließlich der Bestimmung von Ausschlussfristen wurde damit für das verwaltungsrechtliche Auswahlverfahren bestätigt.

Diese neueren Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte bestätigen die Konstruktion eines „Vergabeverwaltungsrechts“, welches insbesondere in den Fällen Anwendung findet, in denen durch das Kontingent oder die Vergünstigung der einseitige Verwaltungsakt für eine Vielzahl von Anbietern wirtschaftlich interessant wird, wie etwa bei Sportwetten, Konzessionen, Studienplätzen, Messe- und Marktplätzen, Verkehrs- und Personenbeförderung und Rettungsdiensten bzw. Krankentransportleistungen. In diesen Fällen der kontingentierten Genehmigungen ist daher eine Auswahlentscheidung erforderlich, die nicht das Kartellvergaberecht, sondern das Fachrecht mit einem gesonderten Auswahlverfahren zu lösen hat.

Rechtsbehelfe hiergegen sind dann die Mittel des VwVfG bzw. des Verwaltungsrechtsweges nach der VwGO, hier entweder Klage auf Erteilung der Genehmigung oder gegen die dem Konkurrenten erteilte Genehmigung.

Vorgaben in diesem Rahmen hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 16.05.2013, Az.: 8 C 4.12, für die Vergabe von Glücksspielkonzessionen aufgezeigt. Danach verlangt das Äquivalenzprinzip eine Gleichwertigkeit der Bedingungen; der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbietet eine Zulässigkeitsregelung, die das Recht auf Zugang zur gerichtlichen Kontrolle beeinträchtigt. Es gilt zwar kein formales Vergaberecht, aber den Grundsätzen der Sachgerechtigkeit, der Transparenz und der Gleichbehandlung ist Rechnung zu tragen (vgl. VGH Kassel, Beschluss vom 23.06.2012, Az.: 8 B 48412; OVG Lüneburg, Beschluss vom 12.11.2012, Az.:13 ME 231/12).

In einer Entscheidung des VG Münster vom 08.07.2011, Az.: 7 K 457/09, die ebenfalls zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen ergangen ist, wird auch für diese Fälle das Diskriminierungsverbot, das Transparenzgebot und das Wettbewerbsgebot postuliert. Gleichzeitig wird der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 IV GG bestätigt.

Aus Art. 3 GG wird ein gegen den Staat gerichtetes subjektives Recht auf Gleichbehandlung bei Vergabeentscheidungen abgeleitet unter Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, Az.: 1 BvR 1160/03. Darüber hinaus hat sich die Verwaltungsbehörde in dem verwaltungsrechtlichen Auswahlverfahren an die von ihr selbst vorgegebenen Verfahrensregeln zu halten (unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 17.04.1970, Az.: VII C 60.68).

Aus alledem ist ersichtlich, dass auch im Rahmen von verwaltungsrechtlichen Auswahlentscheidungen, so insbesondere bei kontingentierten Genehmigungen, ein Vergaberecht - auch ohne gesetzliche Normierung - Eingang gefunden hat.

Ausgang dieser verwaltungsrechtlichen Verfahren ist jedoch grundsätzlich ein einseitiger Verwaltungsakt, der einen Vertrag bzw. einen Auftrag gemäß § 99 GWB abschließt. Allerdings sind auch dann die Grundsätze des Vergaberechts anwendbar.

Sofern nur die zivilrechtliche Verpachtung oder die Eigentumsübertragung beispielsweise eines Grundstücks, also nicht durch einseitigen Hoheitsakt, einseitigen Verwaltungsakt im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens, beabsichtigt ist, kann diese Betrachtung letztlich dahinstehen; das Verwaltungsrecht findet keine Anwendung. Die Grundsätze des vorbezeichneten Vergabeverwaltungsrechts kommen nur im Falle hoheitlicher Übertragungen oder Rechtseinräumungen, insbesondere durch Verwaltungsakt, zur Anwendung.

III. Zivilrechtliche Veräußerungen/Privatisierungen

1. Diese Konstellation betrifft Fälle, in denen keine öffentlich-rechtliche Genehmigung in Form eines Verwaltungsakts Grundlage der Ausgabe-/Auswahlentscheidung des öffentlichen Trägers ist, sondern rein zivilrechtliche Formen Grundlage der Übertragung von Rechten oder Sachen sind.

Darüber hinaus fallen hierunter die Dienstleistungskonzessionen für deren Vergabe es derzeit noch keine dezidierten gültigen rechtlichen Vorgaben gibt, die sich mithin derzeit als förmlich vergaberechtsfrei darstellen (vgl. OVG Niedersachsen, Beschluss vom 12.11.2012, Az.: 13 ME 231/12). Dienstleistungskonzessionen sind auch keine öffentlichen Aufträge. Sie setzen allerdings voraus, dass der Auftraggeber das mit der Dienstleistung einhergehende Betriebs- und Einnahmerisiko auf den Auftragnehmer überträgt (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 09.10.2012, Az.: 12 Verg 12/11). Vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzessionen setzen voraus, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zu ihrer Nutzung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für die Dienstleistungskonzessionen entscheidend, dass Dritte den Zuschlagsempfänger vollumfänglich vergüten und dieser einem Betriebsrisiko ausgesetzt ist, so weil die Höhe der Nutzungsentgelte von jährlichen Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Dritten abhängt (EuGH, Urteil vom 10.03.2011 - Rs. C-274/09).

Jedenfalls diese Dienstleistungskonzessionen, in denen der Zuschlagsempfänger das Betriebsrisiko trägt, sind vom Kartellvergaberecht bisher auf EU-Ebene sowie auch national ausgenommen.

Auch in diesen Fällen besteht die Verpflichtung bzw. die Notwendigkeit zur Etablierung eines Auswahlverfahrens jedenfalls dann, wenn auf Seiten der Interessenten eine Vielzahl von Anbietern dem zu übertragenden Recht, der zu übertragenden Konzession, gegenüber steht.

Grundsätzlich maßgeblich ist hier der Verkehrswert bzw. der Marktwert der Rechtsgewährung, die durch den öffentlichen Träger an Interessenten vergeben wird. Dies folgt aus dem allgemeinen haushaltsrechtlichen Grundsatz, dass öffentliche Mittel nicht unter Preis, veräußert oder gewährt werden dürfen.

Diesem Erfordernis kann zwar grundsätzlich durch eine gutachterliche Verkehrswertbestimmung Rechnung getragen werden, jedoch ist bei einem großen Interessentenkreis damit noch keine Entscheidung darüber getroffen, wer zu dem festgestellten Verkehrs-/Marktwert Empfänger der Rechtsgewährung oder der Übertragung von Rechten ist. Hinzu kommt, dass außer dieser Auswahlentscheidung im Bieterverfahren auch ein aktueller Marktwert bestimmt werden kann, der möglicherweise die gutachterlichen Verkehrswertfeststellungen korrigiert.

Insoweit ist nun auch die Rechtsprechung der Zivilgerichte (vgl. LG Stuttgart, Urteil vom 24.03.2011, Az.: 17 O 115/11) beeinflusst von den zuvor dargestellten Maßstäben, die für die kontingentierten Konzessionen gelten, auch wenn hierzu keine einschlägigen gesetzlichen Vorgaben bestehen. Das OLG Stuttgart hat auch für den Fall des Abschlusses eines zivilrechtlichen Vertrages nach einer Ausschreibung öffentlicher Aufträge bestimmt, dass es der Dispositionsfreiheit des Auftraggebers unterliegt zu

bestimmen, worauf es ihm ankommt. Grenzen sind lediglich willkürliche und vergabefremde Zwecke (OLG Stuttgart, Urteil vom 19.05.2011, Az.: 2 U 36/11, Bestätigung der Entscheidung des Urteils des LG Stuttgart, vom 24.03.2011, Az.: 17 O 115/11).

Neuland in diesem Sinne betritt auch das LG Köln mit seinem Urteil vom 07.11.2012, Az.: 90 O 59/12. Anlass für diese Entscheidung des LG Köln war eine Stromkonzessionsvergabe. Diese Entscheidung zu einer dem Kartellvergaberecht nicht unterliegenden Vergabe bestätigt zunächst für die Bieter einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf diskriminierungsfreie und sachlich gerechtfertigte Durchführung des Ausschreibungsverfahrens. Allerdings muss der Bieter dann auch in diesem Ausschreibungsverfahren erkannte Rechtsverstöße unverzüglich rügen.

Mit dieser Entscheidung wird auch für die nicht dem Kartellvergaberecht unterfallende Dienstleistungskonzessionsvergabe die Rügepflicht des Bieters gemäß § 107 III GWB etabliert. Zwar gelten die Regelungen des Kartellvergaberechts nicht unmittelbar, jedoch erkennt das LG Köln ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen Bieter und Auftraggeber an, welches nicht nur den Auftraggeber, sondern auch den Bieter zu einem fairen Umgang und zur Rücksichtnahme verpflichtet.

In dem hart umkämpften Markt der Vergabe von Stromkonzessionen muss der Auftraggeber stets damit rechnen, dass unterlegene Bieter den Vertragsschluss gerichtlich verhindern bzw. einen Vertragsschluss mit dem Bieterunternehmer durchsetzen wollen. Die bisherige Rechtsprechung hat zu Konzessionsvergaben häufig bieterfreundlich die Angriffe unterlegener Unternehmen bestätigt. Mit dieser Entscheidung des LG Köln wird nunmehr das Vergaberecht auch in dem umgekehrten Sinne, also zu Lasten des Bieters, bei Konzessionsvergaben angewandt (ähnliche Tendenz: LG Wiesbaden, 12.07.2012, Az.: 4 O 17/12; LG Berlin, 05.12.2011, Az.: 52 O 254/11).

Dies wurde nun auch obergerichtlich bestätigt durch Beschluss des OLG Düsseldorf vom 04.02.2013, Az.: Verg 31/12. Nach dieser Entscheidung ergibt sich für den Bieter auch bei den einer Nachprüfung nach dem GWB nicht unterliegenden Konzessionsvergaben (nach § 46 EnWG) die Verpflichtung, den Auftraggeber insbesondere auch auf Rechtsverstöße im Vergabeverfahren hinzuweisen. Eine Verletzung dieser vorvertraglichen Hinweispflicht führt dazu, dass die betreffenden Rügen von einer Nachprüfung materiell-rechtlich ausgeschlossen sind. Diese Rücksichtnahmepflicht des Bieters wurde auf §§ 241 II, 311 II Nr. 1 BGB gestützt.

Es wird daher in diesen Fällen, in denen der Übertragung oder Rechtsgewährung eine Mehrheit von Anbietern gegenüber steht, ein Bieterauswahlverfahren mit Preisbestimmung durch den Wettbewerb zu empfehlen sein, da hierdurch zum einen eine verlässliche Verkehrswertbestimmung für die Übertragung oder Rechtsgewährung gewährleistet ist und zum anderen im Falle einer diskriminierungsfreien, transparenten und dem Wettbewerbsgrundsatz Rechnung tragenden Auswahlentscheidung dem auch insoweit grundsätzlich geltenden Art. 3 GG Rechnung getragen wird.

Die Voraussetzung, dass der Rechtsgewährung bzw. der Übertragung von Eigentums- oder Nutzungsrechten bzw. Dienstleistungskonzessionen eine Mehrzahl möglicher Anbieter gegenüber steht, kann dann durch ein vorgeschaltetes Verfahren, beispielsweise ein Interessenbekundungsverfahren oder eine Interessennachfrage, festgestellt werden. Sofern sich dann ein größerer Interessenten- bzw. Anbieterkreis ermitteln lässt, wäre ein entsprechendes Bieterauswahlverfahren mit Preisbestimmung nach dem Wettbewerbsgrundsatz anzuwenden. Bei Einhaltung der von dem öffentlichen Träger vorgegebenen und bekannt gegebenen Verfahrensschritte würde dieses Auswahlverfahren auch einer zivilgerichtlichen Kontrolle standhalten.

Es ist daher zu empfehlen, vorab zu ermitteln, ob der Übertragung eines Rechts bzw. des Eigentums ein größerer Interessenten-/Anbieterkreis gegenüber steht. Dies könnte

durch eine entsprechende öffentliche Bekanntgabe der ausstehenden Übertragung des Rechts erfolgen. Für den Fall, dass sich ein größerer Interessenten-/Anbieterkreis ergibt, wäre dann ein entsprechendes Auswahlverfahren mit wettbewerblicher Preisbestimmung anzuschließen.

Obwohl nach derzeitiger Rechtslage für die Notwendigkeit und die Ausprägung eines solchen Auswahlverfahrens keine gesetzliche Vorgaben für den Bereich der Übertragung von Rechten und Sachgesamtheiten durch einen öffentlichen Auftraggeber außerhalb des Kartellvergaberechts bestehen, ist diese Vorgehensweise zur Absicherung der Auswahlentscheidung für den Fall möglicher zivilgerichtlicher Nachprüfung in Anbetracht der Entwicklung der Rechtsprechung zu empfehlen. So wird bezüglich der Dienstleistungskonzessionen zwar heute davon ausgegangen, dass diese nicht dem Vergaberecht unterfallen, aufgrund des EU-Primärrechts jedoch grundsätzlich eine analoge Anwendung der VOL/A für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zugrunde gelegt.

2. Hinzuweisen ist darauf, dass die neuen EU-Vergaberichtlinien Ende 2013/Anfang 2014 in Kraft treten. Für die Mitgliedsstaaten ist hierzu eine Umsetzungsfrist von 2 Jahren vorgesehen.

Diese werden nach dem derzeitigen Stand aus drei Richtlinien bestehen, die den allgemeinen Bereich, den Sektorenbereich und einen neu kodifizierten Bereich regeln. Hinsichtlich der Dienstleistungskonzessionen ist nunmehr eine Regelung ab einem Schwellenwert von € 5 Mio. vorgesehen.

Vorausgesetzt ist danach auch, dass für die Konzessionen das Betriebsrisiko beim Auftragnehmer liegt. Für diese Dienstleistungskonzessionen gilt dann auch das EU-Vergaberecht mit dem Rechtsschutz nach dem GWB vor der Vergabekammer. Einziger Ausnahmefall ist der Notfall-Rettungsdienst und die Wasserversorgung.

Danach ist festzustellen, dass auf jeden Fall für den Bereich der Dienstleistungskonzessionen die vergaberechtsfreie zivilrechtliche Übertragung nicht mehr bestehen wird, sondern diese dann dem Kartellvergaberecht mit dem sich hieraus ergebenden Rechtsschutz unterfallen. Auch hieraus ist letztlich eine Erweiterung der Grundsätze des Vergaberechts insgesamt zu erkennen.

3. Im Ergebnis ist in den Fällen der rein zivilrechtlichen Übertragung oder Rechtsgewährung durch einen öffentlichen Aufgabenträger zu empfehlen, das zunächst ermittelt wird, ob hier ein größerer Interessen-/Anbieterkreis in Frage kommt bzw. festzustellen ist.

Sofern dies zutrifft, wäre dann den Anbietern im Rahmen eines Bieterauswahlverfahrens mit wettbewerblicher Preisbildung die Übertragung des Rechts oder des Eigentums anzubieten mit der Möglichkeit des Erwerbs.

Damit kann sicher haushaltsrechtlichen Grundsätzen im Hinblick auf die Feststellung des Verkehrswerts sowie auch den für das allgemeine Zivilrecht in diesen Fällen geltenden Grundsätzen der Diskriminierungsfreiheit, der Transparenz und des Wettbewerbsgrundsatzes Rechnung getragen werden.

Sofern sich keine Mehrzahl von Interessenten oder Anbietern feststellen lässt, verbliebe es bei der Verkehrswertfeststellung durch einen Sachverständigen mit der Möglichkeit der Übertragung des Rechts oder des Eigentums auf den dann allein in Frage kommenden Interessenten.

Erfurt, den 10.12.2013

Bruno Walter
Rechtsanwalt