

**Antwort
der Bundesregierung**

**auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Patrick Döring, Gisela Piltz, Horst Friedrich (Bayreuth), weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP
– Drucksache 16/8124 –**

Auswirkungen der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf für die Stadtplanung und -entwicklung**Vorbemerkung der Fragesteller**

Der Vergabesenate des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat am 13. Juni 2007 und am 12. Dezember 2007 unter Berufung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) entschieden, dass die Regeln über die Vergabe von Bauaufträgen auch dann einzuhalten sind, wenn der öffentliche Eigentümer des Geländes und die betreffende Gemeinde bei der Vermarktung zusammenarbeiten und dabei im Zusammenhang mit dem Verkauf ein städtebaulicher Vertrag nach § 11 des Baugesetzbuchs (BauGB) bzw. ein Durchführungsvertrag nach § 12 Abs. 1 BauGB abgeschlossen wird. Der „abzuschließende Kauf- und der mit der Gemeinde abzuschließende städtebauliche Vertrag“ seien, so das OLG Düsseldorf, „vergaberechtlich als Einheit anzusehen“ und wie eine Baukonzession zu behandeln. Auch Bauvorhaben, für die die Gemeinde selbst kein Entgelt zahlt und für die allein der Investor das wirtschaftliche Risiko trägt und sich durch den Verkauf oder die Vermietung der bebauten Grundstücke an Dritte zu refinanzieren versucht, würden danach einer EU-weiten Ausschreibungspflicht unterliegen. Für die kommenden Wochen wird eine weitere Entscheidung zu einem vergleichbaren Fall erwartet.

Rechtsprechung anderer Vergabesenate zu der Problematik liegt – abgesehen von einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLG) aus 2004 – noch nicht vor. Das OLG Düsseldorf ist der Ansicht, eine Vorlage an den Bundesgerichtshof (BGH) (§ 124 Abs. 2 GWB) sei wegen der klaren Rechtsprechung des EuGH nicht geboten.

Von den kommunalen Spitzenverbänden (DStGB (VIS), 19. Oktober 2007) sowie von namhaften Experten (Reidt, BauR 2007, S. 1664 ff.; Krohn, ZfBR 2008, S. 27 ff.; Ziekow, DVBl. 2008, S. 137 ff., Wilke, Vortrag am 24. Januar 2008, DIfU Berlin; Schmidt-Eichstaedt, Vortrag ebd.) wird die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf stark kritisiert. In der Praxis herrscht (schon) in planungsrechtlicher Hinsicht bei der Vorbereitung von Verträgen gemäß §§ 11, 12 BauGB wegen der damit in Zusammenhang gebrachten vergaberechtlichen Problematik starke Verunsicherung. Verbreitet ist die Meinung zu hören, die Vergaberechtsprechung bedeute das Aus für den kooperativen Städtebau, insbesondere für Verträge mit Durchführungspflichten.

1. Welche Auswirkungen sind unter Zugrundelegung der vergaberechtlichen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschlüsse vom 13. Juni und 12. Dezember 2007) auf die städtebauliche Planung (insbesondere das Abwägungsgebot, § 1 Abs. 7 BauGB) und die Vorbereitung und den Abschluss von Verträgen nach §§ 11, 12 BauGB, von Erschließungsverträgen (§ 124 BauGB) bzw. ähnlichen Vertragsformen im Besonderen Städtebaurecht zu erwarten?

In Anbetracht der Tatsache, dass die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf noch relativ jung ist und dass die Maßnahmen hauptsächlich bei kommunalen Baumaßnahmen zum Tragen kommen, liegen der Bundesregierung bislang keine verbindlichen, fallbezogenen Informationen über Auswirkungen vor. Gesetzgeberische Maßnahmen im Baurecht sind nach Auffassung der Bundesregierung nicht erforderlich, da es sich um eine vergaberechtliche Problematik handelt, die durch Klarstellungen im GWB aufgegriffen werden soll (siehe Antwort zu den Fragen 6 bis 8).

2. Welche Auswirkungen sind unter Zugrundlegung der in Frage 1 genannten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf auf bereits abgeschlossene Verträge nach §§ 11, 12 BauGB von Erschließungsverträgen (§ 124 BauGB) bzw. ähnlichen Vertragsformen im Besonderen Städtebaurecht zu erwarten?

Auswirkungen auf bereits abgeschlossene Verträge sind bislang nicht bekannt.

3. Hält die Bundesregierung eine Ausschreibung in den oben beschriebenen Fällen für notwendig, und wie begründet sie ihre Auffassung?
4. Teilt die Bundesregierung die Ansicht, dass der Verkauf von Baugrundstücken keinen Beschaffungscharakter hat, und wie begründet sie ihre Auffassung?

Die Bundesregierung ist im Unterschied zu der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf der Auffassung, dass in den o. g. Fällen der für eine Ausschreibung erforderliche Beschaffungscharakter nicht vorliegt.

Die Bestimmungen des § 99 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) definieren klar, dass „öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen sind, die Liefer-, Bau- und Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsverträgen führen sollen.“

Die Regelungen des nationalen wie europäischen Vergaberechts sind Einkaufsvorschriften zur Bedarfsdeckung der öffentlichen Hände gegen Entgelt und keine Vorschriften zur Veräußerung von öffentlichem Vermögen. Der Verkauf von Grundstücken richtet sich ausschließlich nach den jeweiligen haushaltrechtlichen Bestimmungen.

5. Werden vergleichbare Veräußerungen von Grundstücken aus öffentlichem Eigentum auch in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union EU-weit ausgeschrieben, und wenn ja, in welchen?

Hierüber liegen der Bundesregierung keine Informationen vor.

6. Hält die Bundesregierung Maßnahmen für erforderlich, um durch nationale oder europäische Regelungen eine Ausschreibungspflicht in den einführend beschriebenen Fällen zu vermeiden?
7. Wenn ja, welche Maßnahmen wird die Bundesregierung ergreifen?
8. Wenn nein, wie begründet die Bundesregierung ihre Haltung?

Die Bundesregierung hat die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und die daraus resultierenden rechtlichen Unklarheiten zum Anlass genommen, im Rahmen der derzeit laufenden Vergaberechtsnovelle Klarstellungen in einzelnen Vorschriften des GWB vorzuschlagen.

9. Hält die Bundesregierung bei grundsatzbedeutsamen Fällen der hier vorliegenden Art eine Änderung des § 124 Abs. 2 GWB für geboten (z. B. durch Einführung einer Grundsatz-Rechtsbeschwerde-Möglichkeit zum BGH)?

Auf Grund der derzeitigen Planungen und Überlegungen zur Änderung und Klarstellung einzelner Bestimmungen des GWB wird keine Notwendigkeit einer weiteren Änderung z. B. des § 124 Abs. 2 GWB gesehen.

