



Verkauf von Grundstücken durch die öffentliche Hand

**20. Juni 2018
Berlin**

CBH
RECHTSANWÄLTE

CORNELIUS
BARTENBACH
HAESEMANN
& PARTNER

Rechtsanwalt
Prof. Dr. Stefan Hertwig
FACHANWALT FÜR VERGABERECHT
FACHANWALT FÜR BAU- UND
ARCHITEKTENRECHT
FACHANWALT FÜR
VERWALTUNGSRECHT

Agenda

- I. Beihilfenrecht**
- II. Vergaberecht**
- III. Nebenabreden**
- IV. Rechtssicherheit**

I. Beihilfenrecht

Früher (seit 1997):

Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand:

„II.1 Der Verkauf von Bauten oder Grundstücken nach einem hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahren (ähnlich einer Versteigerung) und die darauf folgende Veräußerung an den meistbietenden oder den einzigen Bieter stellt grundsätzlich einen Verkauf zum Marktwert dar und enthält damit keine staatliche Beihilfe.“

I. Beihilfenrecht

„II.1 b) Bedingungsfrei ist eine Ausschreibung, wenn grundsätzlich jeder Käufer unabhängig davon, ob und in welcher Branche er gewerblich tätig ist, das Gebäude oder Grundstück erwerben und für seinen wirtschaftlichen Zweck nutzen kann und darf. Einschränkungen aus Gründen des Nachbar- oder Umweltschutzes oder zur Vermeidung rein spekulativer Gebote sowie raumordnungsrechtliche Einschränkungen für den Eigentümer eines Grundstücks nach nationalem Recht beeinträchtigen nicht die Bedingungsfreiheit eines Angebots.“

I. Beihilfenrecht

„II.1 c) Wenn es eine Verkaufsbedingung ist, dass der künftige Eigentümer besondere Verpflichtungen erfüllen muss, die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht der Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben, oder Verpflichtungen für den allgemeinen Schutz und die Erhaltung der Umwelt und der öffentlichen Gesundheit zugunsten der öffentlichen Hand oder der Allgemeinheit übernimmt, so ist das Angebot als bedingungsfrei im oben erwähnten Sinn nur anzusehen, wenn alle potentiellen Erwerber *nicht* in der Lage wären, diese Verpflichtung zu erfüllen, unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit oder ob sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder nicht.“

I. Beihilfenrecht

Heute:

Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (NOA):

„89. Wenn der Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (..) in einem wettbewerblichen (146), transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren erfolgt, das mit den Vorschriften des AEUV zum öffentlichen Beschaffungswesen im Einklang steht, kann davon ausgegangen werden, dass diese Transaktionen den Marktbedingungen entsprechen, ...“

I. Beihilfenrecht

„93. Für die Einhaltung der obigen Anforderungen kann es als ausreichend angesehen werden, wenn die in den Vergaberichtlinien (148) vorgesehenen Verfahren angewandt und eingehalten werden, sofern alle Voraussetzungen für die Anwendung des jeweiligen Verfahrens erfüllt sind.“

I. Beihilfenrecht

„94. Eine Ausschreibung für den Verkauf von Vermögenswerten, Waren oder Dienstleistungen ist bedingungsfrei, wenn es potenziellen Käufern unabhängig davon, ob sie bestimmte Unternehmen betreiben, grundsätzlich freisteht, die zum Verkauf stehenden Vermögenswerte, Waren oder Dienstleistungen zu erwerben und für ihre eigenen Zwecke zu nutzen. Wenn zur Bedingung gemacht wird, dass der Käufer zugunsten der Behörden oder im allgemeinen öffentlichen Interesse besondere Verpflichtungen eingeht, die ein privater Verkäufer nicht verlangt hätte und die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht oder aus Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben, kann die Ausschreibung nicht als bedingungsfrei angesehen werden.“

I. Beihilfenrecht

„95. Wenn öffentliche Stellen Vermögenswerte, Waren und Dienstleistungen verkaufen, ist das höchste Angebot das einzige maßgebliche Kriterium für die Auswahl des Käufers (149), wobei auch den geforderten vertraglichen Vereinbarungen (zum Beispiel einer Garantie des Verkäufers oder anderer nach dem Verkauf eingreifender Verpflichtungen) Rechnung zu tragen ist.“

I. Beihilfenrecht

Grundstücksverkäufe werden bei der Prüfung ihrer „Marktkonformität“ privilegiert:

Beim Verkauf von Grundstücken reicht grundsätzlich ein vor den Verkaufsverhandlungen eingeholtes Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen aus, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln (NOA, Rn. 103).

I. Beihilfenrecht

Konkurrenten können aber ein Vergabeverfahren erzwingen und den Verkauf auf der Grundlage eines Wertgutachtens beihilfenrechtlich verhindern, wenn sie – auch unverlangt – ein höheres Gebot abgeben, welches über dem durch Wertgutachten ermittelten Preis liegt.

Ein derartiges Angebot erschüttert die Wertermittlung durch Sachverständigengutachten (s. hierzu: Österr. Staatsgerichtshof, Urt. v. 19.01.2010, RIS-4 Ob 154/09i, und auch EuGH, Rs.C-214/12 P, Rn. 95 – Bank Burgenland -).

I. Beihilfenrecht

S. umgekehrt auch EuGH, Urt. V. 16.07.2015, Rs C-39/14 (BVVG):

„Gleichwohl lässt sich nicht ausschließen, dass unter besonderen Umständen die Methode des Verkaufs an den Meistbietenden nicht zu einem dem Marktwert des fraglichen Objekts entsprechenden Preis führt, so dass es gerechtfertigt ist, auch andere Faktoren als den Preis zu berücksichtigen.

40 Dies könnte u. a. dann der Fall sein, wenn, ... das Höchstgebot aufgrund seines offensichtlich spekulativen Charakters deutlich über den sonstigen im Rahmen einer Ausschreibung abgegebenen Preisgeboten und dem geschätzten Verkehrswert des Objekts liegt.“

.

II. Vergaberecht

Die europäischen Regelungen über das Vergaberecht finden auf staatliche Einkaufsvorgänge (Beschaffungen) Anwendung,

nicht jedoch auf staatliche Verkaufsvorgänge.

II. Vergaberecht

Einkäufe werden aber vollständig erfasst:

„Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über Leistungen, die nicht unter Absatz 2 oder 3 fallen und keine Auslobungsverfahren sind.“

(§ 103 Abs. 4 GWB)

III. Nebenabreden

Problematisch sind „Nebenbestimmungen“ in Kaufverträgen:

Mit einem Kaufvorgang kann jedoch der Einkauf einer Bauleistung verbunden werden. Dann kann Vergaberecht zur Anwendung kommen, wenn auf der Bauleistung der Schwerpunkt des Vertrages und die Nebenbestimmung im „unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse“ des öffentlichen Grundstücksverkäufers liegt.

Nicht unter das Vergaberecht fällt die Ausübung „städtebaulicher Regelungszuständigkeiten.“

III. Nebenabreden

Der maßgebliche Schwellenwert ist rasch erreicht:

EuGH, Urt. V. 18.01.2007, Rs C-220/05 (Commune de Roanne):

Wenn sich der Wert eines Bauauftrags aus Entgelten zusammensetzt, die sowohl vom öffentlichen Auftraggeber als auch von Dritten stammen, hängt das Interesse eines potenziellen Bieters an einem solchen Auftrag ganz offensichtlich von dessen Gesamtwert ab (Rn. 54).

III. Nebenabreden

Das für einen „öffentlichen Auftrag“ notwendige Entgelt kann in einem Nachlass auf den Kaufpreis liegen.

S. hierzu Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 17. November 2009 in der Rs. C- 451/08 (Helmut Müller):

„Man denke z. B. an den Fall, dass dem Auftragnehmer oder Konzessionär zur Realisierung der Werke oder Arbeiten öffentliche Grundstücke kostenlos oder zu einem niedrigeren Preis als dem Marktpreis überlassen werden.“

III. Nebenabreden

Beispiele:

- **-Einkaufszentrum** mit öffentlicher Tiefgarage,
- Herstellung von **Erschließungsanlagen** mit Rücküberweisung an die Kommune, (Unterscheidung möglich zwischen echter und unechter, zwischen innerer – auf dem Grundstück- und äußerer Erschließung und sog.Folgekostenverträgen)

III. Nebenabreden

Beispiele (Forts.)

- Überlassung von Grundstücken für Zwecke der **Wohnraumförderung** mit Belegungs-, Benennungs- oder Besetzungsrechten
- **Sortimentsbeschränkungen** jenseits der Möglichkeiten nach der BauNVO,
- Besondere Anforderungen an die **Architektur**

IV. Rechtssicherheit

Rechtssicherheit durch Betrauung?

Wohnraumförderung oder die Einräumung von Belegungsrechten könnten sich als „Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) darstellen. Dann läge nach der Altmark-Trans-Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Beihilfe vor, wenn lediglich die damit verbundenen Aufwendungen ausgeglichen würden, z.B. durch einen Nachlass auf den Kaufpreis.

Aber: die Betrauung mit einer derartigen Dienstleistung setzt ein Vergabeverfahren oder eine Konstellation voraus, in der der Grundstückskäufer „inhouse“ beauftragt werden darf.

IV. Rechtssicherheit

Rechtssicherheit durch Vergabeverfahren oder vertragliche Regelung:

1. Für die Einhaltung der obigen Anforderungen kann es als ausreichend angesehen werden, wenn die in den Vergaberichtlinien (148) vorgesehenen Verfahren angewandt und eingehalten werden (NOA, Rn. 93)

oder/und

2. salvatorische Beihilfeklausel

IV. Rechtssicherheit

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2012 - I ZR 92/11 (CEPS-Pipeline):

„Ein Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot führt weder nach Unionsrecht noch nach deutschem Recht zwingend zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags, durch den eine Beihilfe gewährt wird. Ist Beihilfeelement ein zu niedriger Kaufpreis, reicht es zur Beseitigung des rechtswidrig erlangten Wettbewerbsvorteils aus, wenn vom Beihilfeempfänger die Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen dem vereinbarten und dem höheren beihilfefreien Preis zuzüglich des bis zur Rückforderung entstandenen Zinsvorteils verlangt wird.“

IV. Rechtssicherheit

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2012 (Forts.):

„Ein Kaufvertrag, der Beihilfeelemente enthält, kann nicht durch Vereinbarung einer Erhaltens- und Ersetzungsklausel mit beihilferechtskonformem Inhalt aufrechterhalten werden, wenn keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestehen, worauf sich die Parteien des Kaufvertrags bei - unterstellter - Nichtigkeit der Kaufpreisvereinbarung verständigt hätten.“

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner

Franklinstrasse 28/29, 10587 Berlin

s.hertwig@cbh.de

Tel.: 030/88672580