

Vermerk

28.09.2015

Flüchtlingsunterkünfte mit der Perspektive Wohnen hier: vergaberechtliche Einschätzung

Derzeit laufen Planungen zum Bau weiterer Unterkünfte für Flüchtlinge. Diese sehen vor, dass Investoren städtische Flächen ankaufen und mit Wohnungen bebauen sollen. Dabei sollen sich die Investoren verpflichten, die neuen Gebäude für bis zu 15 Jahre an f & w zu verpachten, damit f & w dort Flüchtlinge unterbringen kann. Eine ausdrückliche Bauverpflichtung ist im Vertrag dabei offenbar nicht vorgesehen, der Stadt soll lediglich ein Rückkaufsrecht zustehen, wenn der Bau von Wohnungen oder die Überlassung an f & w zur Flüchtlingsunterbringung unterbleibt. Anschließend sollen die Investoren die Grundstücke selbst verwerten bzw. wirtschaftlich nutzen dürfen.

Ein derartiges Vorgehen ist kartellvergaberechtlich auch dann möglich, wenn die Auswahl des jeweiligen Investors nicht durch ein offenes Vergabeverfahren, sondern im Wege der Direktvergabe erfolgt. Zwar ist das Risiko nicht ganz von der Hand zu weisen, dass hier ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB vorliegen könnte, mit der Folge, dass ein europaweites¹ Vergabeverfahren nach den Regeln des 4. Teils des GWB sowie der VgV erforderlich wäre. Es erscheint jedoch mindestens gut vertretbar, § 99 Abs. 3 GWB und damit Kartellvergaberecht hier als nicht einschlägig anzusehen.

a) Zunächst ist festzuhalten, dass der (bloße) Verkauf eines Grundstücks kein vergaberechtlich relevanter Vorgang ist, und zwar auch dann nicht, wenn der Bebauungszweck des Erwerbers von einem öffentlichen Auftraggeber geprüft und genehmigt werden muss. Das hat der EuGH in der Entscheidung „Helmut Müller“² explizit bestätigt. Daher wäre der Verkauf der Grundstücke zum Zwecke der Bebauung mit Wohnungen für den freien Markt für sich genommen in keinem Fall vergaberechtlich relevant.

b) Auf der anderen Seite führt der Umstand, dass der Investor sein (dann) eigenes Grundstück bebauen und das Eigentum auch behalten soll, er also im eigentumsrechtlichen Sinne für sich und nicht für die FHH baut, nicht zwingend zur Unanwendbarkeit des Vergaberechts. Nach der 2. Alternative des § 99 Abs. 3 GWB kann ein öffentlicher Bauauftrag nämlich auch dann vorliegen, wenn die Bauleistung durch Dritte erbracht wird, aber dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Gemeint sind hier sog. „Bestellbauten“, bei denen der öffentliche Auftraggeber bestimmt, was und wie gebaut wird.

c) Der EuGH hat in der Entscheidung „Helmut Müller“ allerdings auch festgestellt, dass ein öffentlicher Bauauftrag nur vorliegen kann, wenn es eine **einklagbare Verpflichtung zum**

¹ Wegen der Dimension der geplanten Objekte dürfte der Schwellenwert für ein europaweites Verfahren jeweils überschritten sein.

² Urteil vom 25.3.2010, Az. C 451/08

Bau der fraglichen Gebäude gibt. Wenn die vertragliche Konstruktion so ist, dass es keine direkte Bauverpflichtung gibt, sondern lediglich ein Rückabwicklungsrecht für den Fall, dass die von den Parteien bei Vertragsschluss angenommene Bebauung mit Wohnungen doch nicht wie geplant erfolgt, dürfte es an einer solchen einklagbaren Verpflichtung fehlen.

d) Für den Fall, dass man eine nur indirekte Bauverpflichtung doch für ausreichend ansehen würde³, käme es auf eine Abwägung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise an, ob dem Vorgang insgesamt der für § 99 Abs. 3 GWB nötige Beschaffungscharakter zukommt oder nicht. Dabei können die Erträge, die der Investor einerseits durch die Überlassung an f & w und andererseits durch die Vermietung oder Verwertung im Anschluss daran erwirtschaftet, herangezogen werden. Weiter ist von Bedeutung, ob der Investor die Grundstücke zum Marktwert erwirbt oder vergünstigt, ersteres spräche gegen, letzteres eher für einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB. Von Bedeutung dürfte hier auch sein, dass dem Investor nur der Bau von Wohnungen, aber nichts Genaueres vorgegeben wird und somit kein „Bestellbau“ vorliegt. Ein weiterer Aspekt könnte sein, inwieweit die sich an die Flüchtlingsunterbringung anschließende Wohnnutzung trotz noch nicht vorliegendem Baurecht als gesichert angesehen werden kann bzw. als bloße Option. Bei entsprechender Vertragsgestaltung lässt sich auch in diesem Fall gut begründen, dass der Investor mehr für sich als für die FHH baut, der „Beschaffungsanteil“ daher gegenüber dem „Eigenanteil“ des Investors zurücktritt und somit kein öffentlicher Bauauftrag vorliegt.

Alternativ (nicht kumulativ!) könnte man auch argumentieren, es gehe hier sehr wohl um einen Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand, und dieser sei derartig dringend, dass man keine Zeit für offene Ausschreibungen hat. Der völlige Verzicht auf Bekanntmachungen und die Einholung von Vergleichsangeboten ist aber nur zulässig, wenn ein unvorhergesehenes Ereignis zu einer Zwangslage geführt hat. Dies wurde im August nach dem Bekanntwerden der neuen Prognose, dass in diesem Jahr 800.000 statt der bisher prognostizierten 450.000 Flüchtlinge in Deutschland untergebracht werden müssen, allgemein bejaht. Eine ähnliche Korrektur der Prognosen hat es seitdem aber nicht gegeben, so dass die Tragfähigkeit dieser Argumentation ständig nachlässt. Es wäre daher zu prüfen, ob nicht ein abgekürztes sog. nicht offenes Verfahren gemäß § 3 Abs. 3 EG VOB/A möglich ist. Das BMWi hat darauf hingewiesen, dass diese Verfahrensart zum Zwecke der beschleunigten Errichtung von Flüchtlingsunterkünften mit verkürzten Fristen von 15 Tagen zur Einreichung von Teilnahmeanträgen sowie 10 Tagen für die Einreichung von Angeboten allgemein zulässig sein dürfte.

³ So z.B. Eschenbruch in „Kommentar zum GWB-Vergaberecht“, 3. Aufl. 2014, § 99 Rdnr. 65