

Per Email: [richard.dammann@t-online.de](mailto:richard.dammann@t-online.de)

Herrn  
Richard Dammann  
Hagenstraße 34b  
48301 Nottuln

Düsseldorf, den 08.05.2020  
Unser Zeichen: 87-20

## **BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN OV Nottuln - Prüfung Vergabeverfahren Kita Nottuln Nord**

Sehr geehrter Herr Dammann,

in der vorbezeichneten Angelegenheit nehmen wir wie folgt Stellung, wobei wir unter dem Gliederungspunkt 1 zunächst das vorweggenommene Prüfungsergebnis darstellen. Unter Gliederungspunkt 2 werden der Kurzsachverhalt und die wesentlichen Fragen wiedergegeben. Unter dem Gliederungspunkt 3 erfolgen sodann unsere rechtlichen Erwägungen.

### **1 Vorweggenommenes Prüfungsergebnis**

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Vorgehen der Gemeinde aus vergaberechtlicher Sicht in Ermangelung der Pflicht der Gemeinde Nottuln zur Anwendung des (hier in Betracht kommenden) Unterschwellenvergaberechts u.E. keinen Raum für vergaberechtliche Beanstandungen bietet. Es besteht bei der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke trotz einhergehender Bauverpflichtung im

**Bankverbindung**  
**Deutsche Bank**  
SWIFT/BIC: DEUT DE DBDUE  
IBAN: DE16 3007 0024 0047 1730 00

**E-Mail / URL**  
info@clp-rechtsanwalte.de  
info-berlin@clp-rechtsanwalte.de

**Steuernummer 103/5822/1634**

**Düsseldorf**  
**CUBUS**  
Niederkasseler Lohweg 18  
40547 Düsseldorf  
fon: 0211 / 5066667-0  
fax: 0211 / 5066667-99

Informationen zum **Datenschutz** finden Sie auf unserer Website.  
[www.clp-rechtsanwalte.de](http://www.clp-rechtsanwalte.de)

**USt-ID-Nr. DE257454134**

**Berlin**  
**UPPER WEST**  
Kurfürstendamm 11  
10719 Berlin  
fon: 030 / 5490872-0  
fax: 030 / 5490872-99

### **DÜSSELDORF**

**Dr. Rainer Gith\*)**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

**Dr. Marc Weißling\*)**  
Rechtsanwalt

**Carsten Schmidt, LL.M.\*)**  
Rechtsanwalt

**Carsten Wittenberg\*)**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht

**Henrik Rinnert\*)**  
Rechtsanwalt

**Dr. Jan-Holger Arndt\*)**  
Rechtsanwalt

**Candida Gräfin von Hardenberg, LL.M.**  
Rechtsanwältin

**Dr. Michael Priebe\*\*)**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

**Edzard Traumann**  
Rechtsanwalt  
of counsel

**Dorothee Bührig, LL.M.**  
Rechtsanwältin

**Mehdi Kashefi**  
Rechtsanwalt

**Robin Lorenz**  
Rechtsanwalt

**Christine Meßmer, LL.M.**  
Rechtsanwältin

**Katja Jungfermann, LL.M.**  
Rechtsanwältin

**Inga Zhak**  
Rechtsanwältin

**Henrik Trockel**  
Rechtsanwalt

**Simone Wittenberg**  
Rechtsanwältin

### **BERLIN**

**Jacob Scheffen\*)**  
Rechtsanwalt

**Eric Neumann, LL.M.**  
Rechtsanwalt

**Viktoria Sanchez**  
Rechtsanwältin

**Agnieszka Wiśniewska, LL.M.\*\*)**  
Rechtsanwältin

\*) Partner der Gesellschaft  
\*\*) in Bürogemeinschaft

**CLP Rechtsanwälte Gith, Weißling & Partner mbB**

Liste der Partner im Partnerschaftsregister AG Essen PR 2780

Unterschwellenbereich keine Verpflichtung zur Durchführung eines vergaberechtlichen Auswahlverfahrens.

Auch jenseits eines Vergabeverfahrens müsste die Auswahlentscheidung gleichbehandelnd und diskriminierungsfrei erfolgen. Belastbare (d.h. beweisbare) Gründe für ein nicht diskriminierungsfreies Auswahlverfahren liegen nicht vor. Die Behauptung einer bewussten Ausrichtung des Verfahrens auf einen Investor kann nicht belastbar verifiziert werden. Die Mutmaßung ist nicht ausreichend.

Hiervon gesondert ist jedoch eine beihilferechtliche Betrachtung anzustellen. Wenn der vorgesehene Kaufpreis weder von einem zuvor eingeholten unabhängigen Sachverständigengutachten gestützt wird, noch der Käufer im Rahmen eines wettbewerblichen, diskriminierungsfreien, transparenten und bedingungsfreien Auswahlverfahrens (Ausschreibungsverfahren) ausgewählt wurde und die Marktüblichkeit des vereinbarten Kaufpreises auch nicht anderweitig bestätigt werden kann, so besteht bei der beabsichtigten Grundstückstransaktion der Gemeinde Nottuln das grundsätzliche Risiko der Gewährung einer unzulässigen staatliche Beihilfe (Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis).

In der Gesamtbetrachtung ist u.E. daher davon auszugehen, dass eine Veräußerung des Grundstücks vorliegend unter Marktpreis erfolgt und dass daher das Vorliegen einer Beihilfe möglich erscheint und u.E. zwingend hätte abgeprüft werden müssen. Diese Prüfung wäre vor dem Hintergrund u.E. unerlässlich, weil die unzulässige Gewährung einer Beihilfe zu gravierenden Rechtsfolgen führen kann. Der BGH (Urteil vom 05.12.2012 - I ZR 92/11) hat diesbezüglich festgestellt, dass eine beihilferechtswidrige Kaufpreisabrede nichtig ist. Weil der Kaufpreis wesentlicher Vertragsbestandteil ist, ist auch bei Vereinbarung einer salvatorischen Klausel der Wille der Vertragsparteien in der Regel dahin auszulegen, dass der Kaufvertrag insgesamt nichtig sein soll.

Vorliegend konnte in Ermangelung abschließender Sachverhaltsinformationen keine abschließende Prüfung des Vorliegens einer unrechtmäßig gewährten Beihilfe vorgenommen werden. So kann zum Beispiel ein lediglich regionaler Bezug eine Beeinträchtigung des europäischen Wettbewerbs verhindern. In diesem Fall läge schon keine Beihilfe vor. Darüber hinaus könnte eine gewährte Beihilfe auch von einer

Anzeige- und Genehmigungspflicht bei der EU freigestellt sein (z.B. De-minimis-Beihilfen, DAWI-Freistellungsbeschluss). Die Prüfung dieser Aspekte ist aufwendig und wurde entsprechend dem erteilten Arbeitsauftrag bisher nicht abschließend vorgenommen.

## **2 Kurzsachverhalt**

Die Gemeinde Nottuln führte im Zeitraum November 2019 bis ca. Februar 2020 über die KoPart eG (eine Genossenschaft aus Kommunen und kommunalen Unternehmen, die Vorwiegend Beschaffungen für ihre Mitglieder durchführt/betreut) ein sog. Investorenauswahlverfahren durch, welches den Verkauf eines Baugrundstücks in Nottuln Nord mit Bau- und Vermietungsverpflichtung (Verpflichtung des Investors zum Bau und anschließender Vermietung einer mind. 5-gruppigen Kindertagesstätte an einen durch die Gemeinde Nottuln ausgewählten Träger) zum Gegenstand hatte.

Ausweislich der Verfahrensunterlagen (dort unter Ziff. 3.1) sollte das Investorenauswahlverfahren „in Anlehnung an die Vorschriften des offenen Verfahrens und des Verhandlungsverfahrens nach den Vorschriften der VgV“ durchgeführt werden, ohne dass hieraus etwaige Rechtsansprüche der Bieter erwachsen sollten. Dies begründete die Gemeinde Nottuln damit, dass es sich um einen reinen Veräußerungsvorgang handelte der dem Vergaberecht nicht unterliege, sodass die vergaberechtlichen Vorschriften (z.B. GWB, VgV, VOB/A, VOL/A) keine Anwendung finden würden.

Der Sachverhalt betreffend die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung des Investorenauswahlverfahrens ist in einigen Punkten kontradiktorisch bzw. ungeklärt.

Recherchen des Mandanten zufolge weisen die Umstände, die zur Auswahl des für die Veräußerung vorgesehenen Investorunternehmens geführt haben, insbesondere folgende (ggf. vergaberechtlich relevante) Auffälligkeiten auf:

- Das Investorenauswahlverfahren wurde nicht öffentlich bekannt gemacht;
- Es wurde kein wettbewerbliches Auswahlverfahren durchgeführt: Drei Nottulner Firmen haben sich initiativ bei der Gemeinde Nottuln als Investoren

beworben. Zwei der Firmen wurden nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die dritte Firma wurde erst nach wiederholter Anmahnung aufgefordert;

- Die Verfahrensunterlagen sind auf den Investor, der das einzige Erstangebot abgegeben hat und nun bezuschlagt wurde/wird, zugeschnitten. Dieser hat die letzten KITAS in Nottuln gebaut.

Hingegen sind der nicht-öffentlichen Beschlussvorlage der Gemeinde Nottuln vom 15.01.2020 (Vorlagen-Nr. 016/2020) sowie dem (Entwurfs-)Schreiben des Mandanten vom 20.02.2020 folgende Gegendarstellungen der Gemeinde Nottuln zu entnehmen:

- Es wurden (in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren ohne TW) 4 Unternehmen aufgefordert, ein Angebot abzugeben;
- Die Bekanntmachung/Veröffentlichung sowie Übersendung der Unterlagen/Angabotsaufforderung an Firma B. erfolgte gem. Veröffentlichungsprotokoll der Vergabeplattform Subreport am 21.10.2019.

Unstreitig dürfte sein, dass bis zum 18.11.2019 (Submissionstermin) lediglich ein Erstangebot des nunmehr für den Vertragsschluss vorgesehenen Unternehmens eingegangen ist. Das Erstangebot belief sich auf 190.000,00 Euro, ausgehend von einer 20-jährigen Mietvertragslaufzeit und unter Ausschluss einer Beteiligung der Gemeinde Nottuln im Falle des Weiterverkaufs des Grundstücks einschließlich der aufstehenden baulichen Anlagen.

Nach durchgeführter Verhandlung mit dem Bieter reichte dieser sein finales Angebot vom 07.01.2020 mit einem angebotenen Kaufpreis von 320.000,00 Euro ein. Das finale Angebot ging nun von einer mindestens 25-jährigen Mietvertragslaufzeit aus und schloss weiterhin eine Beteiligung der Gemeinde Nottuln im Falle des Weiterverkaufs des Grundstücks einschließlich der aufstehenden baulichen Anlagen aus.

Die Gemeinde beabsichtigt, die Transaktion mit dem Bieter zu den letztgenannten Konditionen durchzuführen und teilte am 04.02.2020 mit, dass „der Zuschlag demnächst erteilt wird“. Am 18.02.2020 führte die Gemeinde in nicht-öffentlicher Sitzung den entsprechenden Ratsbeschluss herbei.

Fraglich ist nunmehr, ob der Grundstücksverkauf mit vorgesehener Bauverpflichtung rechtlichen Bedenken begegnet, wobei der Fokus der Betrachtung auf die Einhaltung vergaberechtlicher und beihilferechtlicher Vorgaben gelegt wird.

### **3 Rechtliche Erwägungen**

Der Sachverhalt wirft vorrangig die Frage auf, ob die von der Gemeinde Nottuln (beabsichtigte) Veräußerung des Grundstückes mit Bauverpflichtung (und Vermietungsverpflichtung) den Regelungen des (nationalen oder EU-weiten) Vergaberechtes unterliegt und ob ggf. gegen einschlägige vergaberechtliche Regelungen verstoßen wurde. Im Anschluss daran erfolgt eine erste beihilferechtliche Betrachtung der Angelegenheit.

#### **3.1 Vergaberechtliche Aspekte**

Die Beurteilung der Frage, ob die vom Mandanten dargestellten (strittigen) Auffälligkeiten bei der Ausgestaltung und Durchführung des Investorenauswahlverfahrens vergaberechtlich kritisch sind, setzt voraus, dass die beabsichtigte Grundstücksübertragung mit Bauverpflichtung (sowie Verpflichtung zur anschließenden Vermietung an einen von der Gemeinde ausgewählten Träger) durch die Gemeinde Nottuln ein vergabepflichtiger Vorgang ist.

Hierbei ist danach zu differenzieren, ob das Oberschwellenvergaberecht (Regelungen europaweite Vergabeverfahren) oder das Unterschwellenvergaberecht (Regelungen für nationale Vergabeverfahren) tangiert sein könnte. Denn je nachdem, ob Oberschwellen- oder Unterschwellenvergaberecht einschlägig ist, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten bzw. unterschiedliche Kriterien für die Beurteilung aufgestellt, ob die hiesige Transaktion aufgrund der verknüpften Bauverpflichtung als öffentlicher Bauauftrag im Sinne des Vergaberechts zu qualifizieren ist.

Ausgangspunkt ist der für Bauvergaben bis zum 31.12.2019 maßgebliche EU-Schwellenwert von 5.548.000 € netto, da in der Regel auf das mit der hiesigen Transaktion einhergehende Bauvolumen (geschätzter Wert der mit der Grundstücksübertragung einhergehenden Verpflichtung zum Bau einer Kindertagesstätte) abgestellt wird.

Vorliegend wird dem Investor mit der Übertragung des Grundstückes die Pflicht zur Errichtung einer 5 bis 6-gruppigen Kita auferlegt. Nach Auskunft des Mandanten kann davon ausgegangen werden, dass sich der Wert der Bauleistungen für das hiesige Projekt deutlich unterhalb des o.g. EU-Schwellenwertes bewegt, sodass die Gemeinde Nottuln allenfalls gegen Vorschriften des Unterschwellenvergaberechts verstoßen haben könnte. Letztlich findet jedoch vorliegend, wie wir ebenfalls nachfolgend darstellen werden, auch das Unterschwellenvergaberecht keine Anwendung.

Wenngleich vorliegend allenfalls das Unterschwellenvergaberecht tangiert sein kann, gehen wir im Folgenden – zwecks Darstellung der Gesamtproblematik kommunaler Grundstücksveräußerungen mit Bauverpflichtung – vorab auf die Erwägungen ein, die im Oberschwellenvergaberecht angestellt werden.

### **3.1.1 Anwendbarkeit des europaweiten Vergaberechts**

Oberhalb der EU-Schwelle statuiert § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB, dass das EU-Vergaberecht nicht für Verträge gilt, die sich auf den Erwerb, die Miete bzw. die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen oder auf Rechte an diesen Gegenständen beziehen. Kauf- oder Mietverträge über noch zu errichtende Gebäude fallen nach der Rechtsprechung des EuGH nicht unter den Ausnahmetatbestand, weil in diesem Fall der Vertrag ohne Umbauten oder Neubau nicht abgeschlossen werden würde, so dass er mit den Bauleistungen steht und fällt. Derartige Verträge sind entweder als öffentliche Bauaufträge oder als öffentliche Dienstleistungsaufträge zu qualifizieren.

Das OLG Düsseldorf hatte den Begriff des öffentlichen Bauauftrags früher eher weit ausgelegt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.200 - Verg 2/07). Danach sollte das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags nicht voraussetzen, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer vertraglich unmittelbar zu Bauleistungen verpflichtet; deshalb konnte schon der Verkauf eines kommunalen Grundstücks unter bestimmten Voraussetzungen als öffentlicher Bauauftrag zu qualifizieren sein. Dieser Rechtsprechung setzte der EuGH (vgl. EuGH, Urteil vom 25.03.2010, C-451/08) allerdings ein Ende, indem er statuierte, dass ein entgeltlicher Bauauftrag nur dann vorliegen kann, wenn der Auftraggeber ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ an der

Leistung hat. So verhalte es sich z.B., wenn vorgesehen ist, dass der Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sichert. Auch dann, wenn der Auftraggeber Maßnahmen ergreift, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen, handele es sich um einen Bauauftrag. Schließlich kann nach Ansicht des EuGH das unmittelbare öffentliche Interesse des Auftraggebers an der Bauleistung auch daraus resultieren, dass er sich finanziell an der Errichtung des Bauwerks beteiligt, z.B. durch den Verkauf des Grundstücks unter Marktwert. Die bloße Ausübung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten genüge hingegen nicht, um ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers an der Bauleistung zu begründen.

An die vorstehenden Grundsätze des EuGH knüpft die aktuelle Regelung in § 103 Abs. 3 GWB an, die die europarechtliche Begriffsdefinition eines öffentlichen Bauauftrages wie folgt ausdehnt:

*Ein Bauauftrag liegt auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.*

Damit sind Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, die eine privatrechtliche und unmittelbar wirkende Bauverpflichtung beinhalten und deren inhaltliche Anforderungen über die Festsetzung eines geltenden Bebauungsplans hinausgehen, in der Regel ausschreibungspflichtig, wobei stets eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen ist. Solange eine Kommune keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Realisierung einer bestimmten (städtebaulichen) Maßnahme hat und es nach dem Kaufvertrag ausschließlich in der Hand des Käufers selbst liegt, im eigenen Interesse Baumaßnahmen auf eigene Kosten und Risiko durchzuführen, kann regelmäßig nicht vom Vorliegen einer vergaberelevanten Bauverpflichtung gesprochen werden.

Mit Blick auf die vorbezeichneten Ausführungen bleibt festzuhalten, dass sich ein kommunales Grundstücksgeschäft in bestimmten Fallkonstellationen durchaus als öffentlicher Bauauftrag qualifizieren kann mit der Konsequenz, dass das EU-Bauvergaberecht (Teil 4 des GWB; Abschnitt 2 der VOB/A 2019) Anwendung finden würde.

Auf den hiesigen Fall betrachtet mögen zwar auf Anhieb durchaus Aspekte dafürsprechen, dass die von der Gemeinde beabsichtigte Transaktion unter Berücksichtigung der vom EuGH aufgestellten Kriterien als öffentlicher Bauauftrag qualifizierbar ist. Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Überschwellenvergaberechts steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass der Wert der in Rede stehenden Bauleistungen den maßgeblichen EU-Schwellenwert überschreitet. Dies ist, wie zuvor dargelegt, vorliegend jedoch nicht der Fall.

Bereits vor dem vorzitierten EuGH-Urteil hatte sich der Bundesgerichtshof (BGH Urteil vom 22. Februar 2008 - V ZR 56/07) zu der Frage geäußert, ob und inwiefern Kommunen auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Vergaberechts bei der Veräußerung von Grundstücken im Rahmen von sog. Bieterverfahren rechtlichen Bindungen unterliegen. Der BGH stellte insoweit einerseits klar, dass die auf der Grundlage des Vergaberechts zu den Pflichten eines Ausschreibenden entwickelten Grundsätze auf ein für den Verkauf des Grundstücks von einem Träger der öffentlichen Verwaltung gewähltes „Bieterverfahren“ nicht ohne Weiteres übertragen werden können. Demnach stehe es etwa einer Gemeinde im Grundsatz frei, auf welchem Weg sie einen Käufer für ein zu einem Verkauf vorgesehenes Grundstück findet. Andererseits betonte der BGH auch, dass in Fällen, in denen die öffentliche Hand gleichwohl ein Bieterverfahren durchführt, auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Vergaberechts ein Vertrauensverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und den Verfahrensteilnehmern entsteht, das die Kommune grundsätzlich zu Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme verpflichtet.

Vor dem Hintergrund der Unanwendbarkeit des Oberschwellenvergaberechts können die vom Mandanten dargestellten Auffälligkeiten im Investorenauswahlverfahren vorliegend somit nicht als EU-Vergaberechtsverstöße betrachtet werden. Jedoch ist die Gemeinde auch abseits des Vergaberechts zur Gleichbehandlung, Transparenz und Rücksichtnahme verpflichtet. Nachweisbare Verstöße durch die Gemeinde

können bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen ggf. Schadensersatzansprüche nach sich ziehen. Bloße Mutmaßungen sind hingegen nicht ausreichend.

### **3.1.2 Anwendbarkeit des nationalen Vergaberechts (Unterschwellenvergaberrecht)**

Im Unterschwellenbereich (also bei Nichterreicherung des Schwellenwertes) findet das GWB (und insbesondere auch die Definition des Bauauftrags in § 103 Abs. 3 GWB) keine Anwendung und kann auch nicht einfach übertragen werden. Vielmehr kommt die Anwendung der VOB/A 1. Abschnitt lediglich auf haushaltsrechtlicher Grundlage (§ 26 KomHVO NRW i.V.m. Ziff. 4.1 Kommunale Vergabegrundsätze) in Betracht.

Damit bleibt es beim nationalen Begriff des Bauauftrags, der auf Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand beschränkt ist. Der § 1 VOB/A definiert Bauleistungen als Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Dieser liegt mithin nur vor, wenn der öffentliche Auftraggeber letztlich auch Eigentümer der Bauleistung wird und somit einen Beschaffungsakt tätigt. Auch das Vorliegen einer Baukonzession (§ 23 VOB/A) wird abzulehnen sein, da der Investor Eigentümer des zu errichtenden Bauwerks wird. Denn die umfassende Rechtsstellung des Eigentümers schließt es aus, dass demselben durch den Auftraggeber noch ein Recht zur Nutzung übertragen werden kann.

In Ermangelung der Anwendbarkeit des unterschwelligen Vergaberegimes für nationale Bauvergaben hätte die Geltendmachung der Auffälligkeiten (soweit nachweisbar) als mögliche Vergaberechtsverstöße (in Betracht käme vorliegend vor allem Wahl der falschen Verfahrensart und daraus resultierend weitere Verstöße, wie z.B. Verstoß gegen die Pflicht zur nationalen Bekanntmachung bzw. Schaffung von Wettbewerb) keine Aussichten auf Erfolg.

Schreibt eine Kommune außerhalb des Anwendungsbereichs des Vergaberechtes die Veräußerung ihres Vermögens freiwillig öffentlich aus und stellt sie Regeln für die Ermittlung des am besten geeigneten Angebots auf, so kann nach Auffassung des OLG Brandenburg (Urteil vom 24.04.2012 - 6 W 149/11) eine willkürliche Abweichung von diesen Regeln oder gar ein Handeln in unredlicher Absicht einen Schadensersatzanspruch und in dessen Vorfeld den Unterlassungsanspruch begründen.

In dem zugrunde liegenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren hatten die Antragsteller beantragt, der Antragsgegnerin (Kommune) im Wege einstweiliger Verfügung zu untersagen, ein laufendes Ausschreibungsverfahren (das dem hier durchgeführten Investorenauswahlverfahren vergleichbar ist) betreffend den Verkauf eines im Eigentum der Kommune stehenden Grundstücks fortzusetzen sowie einen notariellen Grundstückskaufvertrag mit anderen Kaufinteressenten als den Antragstellern abzuschließen. Die Antragsteller argumentierten u.a., auch abseits des Vergaberechtes liege im Falle eines Grundstücksverkaufs nach öffentlicher Ausschreibung eine einem Vergabeverfahren vergleichbare Interessenlage der Bieter vor. Es entstehe ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis (§§ 241, 311 BGB), welches außerhalb der förmlichen Vergaberegeln zur Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen und transparenten Verfahrens verpflichtet. Dem Antragsbegehren der Antragsteller erteilte das OLG Brandenburg eine Absage und führte zur Begründung mitunter aus:

*Ein Unterschwellenwertvergabeverfahren in der Beschaffungswirtschaft liegt hier nicht vor. Die Antragsgegnerin [...] will sich im vorliegenden Falle keine Leistungen beschaffen, sie veräußert vielmehr ihr Vermögen unter bestimmten Bedingungen im Wege öffentlicher Ausschreibung. Es ist mittlerweile höchstrichterlich entschieden, dass eine Grundstücksveräußerung durch einen öffentlichen Auftraggeber, gekoppelt mit einer Bauverpflichtung, dem Bereich der europaweit ausschreibungspflichtigen Vergabeverfahren [...] nicht bzw. nur unter ganz engen sachlichen Voraussetzungen unterfällt [...]. Bereits aus diesem Grunde kann die bislang von einzelnen Oberlandesgerichten entwickelte Rechtsprechung zur Nachprüfung von sog. Unterschwellenwertvergabeverfahren nicht zur Anwendung kommen.*

Anschließend verneinte das OLG Brandenburg unter Heranziehung der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil v. 22.02. 2008, V ZR 56/07) einen etwaigen Verfügungsanspruch (Schadensersatzanspruch) der Antragsteller und begründete dies damit, dass ein etwaiger Schadensersatzanspruch bei einem formbedürftigen Vertrag einen schweren bzw. in der Regel vorsätzlichen Pflichtverstoß des

Antragsgegners (Kommune) voraussetzen würde, der hier allerdings nicht vorliegt. Schließlich stellte das OLG Brandenburg klar, dass die Antragsteller auch keine Ansprüche aus den - auch abseits des Vergaberechts zu beachtenden - allgemeinen Grundsätzen der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz herleiten können.

Auch mit Blick auf die vorzitierte OLG-Rechtsprechung lassen sich dem Sachverhalt derzeit keine belastbaren Informationen dahingehend entnehmen, dass die Gemeinde Nottuln – nachweisbar (!) – willkürlich und in unredlicher Absicht vom ausgelobten Auswahlverfahren abgewichen ist bzw. im Rahmen des Auswahlprozesses potentielle Verfahrensteilnehmer vorsätzlich und in unredlicher Absicht unter Missachtung des Transparenzgrundsatzes diskriminiert hat. Dementsprechend hätte etwa ein auf Unterbrechung/Neudurchführung des Auswahlverfahrens oder gar auf Schadensersatz gerichtetes gerichtliches Vorgehen gegen die Gemeinde Nottuln nach derzeitiger Einschätzung keine Aussichten auf Erfolg.

### **3.2 Beihilferechtliche Aspekte**

Wie vorstehend dargestellt, sind im Unterschwellenbereich Verträge über den Verkauf von Grundstücken (inkl. Bauverpflichtung) nicht als öffentliche Bauaufträge im vergaberechtlichen Sinne zu bewerten, soweit der Auftraggeber nicht Eigentümer wird. Doch auch abseits des nationalen Vergaberegimes ist die öffentliche Hand bei der Veräußerung von Vermögenswerten an privatwirtschaftliche Dritte nicht völlig frei, da sie weiterhin die Vorgaben des europäischen Primärrechtes, insbesondere das EU-Beihilferecht, beachten muss. Dies wird schon deutlich durch einen Blick auf § 90 Abs. 3 GO NRW:

*„Die Gemeinde darf Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht braucht, veräußern. Vermögensgegenstände dürfen in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Ausnahmen sind im besonderen öffentlichen Interesse zulässig. Dies gilt insbesondere für Veräußerungen zur Förderung von sozialen Einrichtungen, des sozialen Wohnungsbaus, des Denkmalschutzes und der Bildung privaten Eigentums unter sozialen Gesichtspunkten. Vor dem Unterwertverkauf eines*

*Grundstücks an Unternehmen ist die Vereinbarkeit der Vergünstigung mit dem Binnenmarkt sicherzustellen.“*

Relevanz kann das EU-Beihilferecht im vorliegenden Fall dadurch erhalten, dass der Grundstücksverkaufspreis von 320.000,00 Euro nach eigenen Angaben der Gemeinde Nottuln den ortsüblichen Marktpreis unterschreitet. Eine Gemeinde darf ihre Grundstücke und Gebäude grds. nicht unter Marktwert veräußern, verpachten oder vermieten. Andernfalls besteht das Risiko, dass sie dem Erwerber oder Pächter/Mieter eine Beihilfe in der Höhe der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Marktwert gewährt hat. Wird ein kommunales Grundstück unterhalb des Marktwertes an ein privates Unternehmen verkauft, kann hierin somit eine unzulässige staatliche Beihilfe liegen, da sie nicht den marktwirtschaftlichen Bedingungen entspricht und mit einer Begünstigung eines privaten Dritten im Sinne des EU-Beihilferechts einhergeht.

Die Gemeinde führt ihrer Beschlussvorlage in diesem Zusammenhang aus:

*Die Gemeinde Nottuln ist sich darüber im Klaren, dass der aufgerufene Grundstückskaufpreis nicht dem am Markt ortsüblich zu erzielenden Preis entspricht. In der Gesamtschau und insbesondere vor dem Hintergrund der gemeindlichen Verpflichtung, eine ausreichende Versorgung des Gemeindegebiets mit Kitaplätzen sicherzustellen, ist die Zuschlagserteilung jedoch weitgehend alternativlos. Das ist zum einen darauf zurückzuführen, dass in Ermangelung weiterer Bieter ein konkurrierendes Angebot gerade nicht vorliegt. Zum anderen ist nicht vorgesehen, dass die Gemeinde hier selbst Bauherr wird. Im Ergebnis bleibt nur zu empfehlen, den Zuschlag auf das Angebot zu erteilen.*

Recherchen des Mandanten zufolge liegt der Bodenrichtwert im gegenständlichen Gebiet bei 300 €/m<sup>2</sup>, was bei einer zu veräußernden Grundstücksfläche von 1.900 m<sup>2</sup> einem Marktwert von 570.000,00 € entsprechen würde. Sofern man den mitgeteilten Bodenrichtwert als zulässige Wertermittlungsmethode im beihilferechtlichen Sinne zugrunde legt (was durchaus kritisch zu sehen ist), hieße das, dass die

Gemeinde Nottuln das Grundstück ca. 44 % - und somit in erheblichem Umfang - unterhalb des Marktwertes an den Investor zu veräußern beabsichtigt.

Bisher hatte die EU-Kommission ihre Rahmenbedingungen für eine beihilfekonforme Veräußerung eines Grundstückes in der sogenannten Grundstücksmitteilung (Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (ABl. C 209 vom 10.7.1997, S. 3)) erläutert. Das ist nach der im Mai 2016 veröffentlichten Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV formal hinfällig. Die Mitteilung wurde aufgehoben. Jedoch hat sich die inhaltliche Ausrichtung nicht geändert und die in Deutschland bewährte Praxis kann fortgeführt werden. Auch nach der am 19.07.2016 bekannt gemachten Mitteilung der Europäischen Kommission („Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikel 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2016/ C 262/01“) liegt eine Begünstigung und somit ein Beihilfetatbestand nicht vor, wenn das Grundstück mindestens zum Marktpreis verkauft wird. Der Marktpreis kann dabei gemäß einer in erster Linie in einem diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren oder durch Wertermittlung mithilfe eines unabhängigen Sachverständigengutachtens ermittelt werden.

Grundstücksgeschäfte, bei denen die Gemeinde keine der beiden vorstehenden Alternativen anwendet, stehen dagegen per se unter dem Verdacht, eine Beihilfe zu enthalten. Sie müssen daher in der Regel bei der EU-Kommission zur Genehmigung angemeldet und von ihr genehmigt werden oder über eine Freistellung von der Anzeige- und Genehmigungspflichtigkeit freigestellt sein.

### **3.2.1 Ausschreibungsverfahren**

Die Kommission geht von einer Marktkonformität eines Verkaufs dann aus, wenn der Transaktion ein wettbewerbliches, transparentes, diskriminierungsfreies und bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren unter Einhaltung bestimmter Kriterien vorgeschaltet war:

*Wenn der Verkauf von [...] Vermögenswerten [...] in einem wettbewerblichen, 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, sofern die **unter [...] genannten einschlägigen Kriterien zur Auswahl des Käufers [...] angewendet worden sind.***

Im Einzelnen stellt die Kommission folgende Anforderungen an das durchzuführende Ausschreibungsverfahren:

#### **3.2.1.1 Wettbewerblich**

Laut Kommission muss das Ausschreibungsverfahren **wettbewerblich** sein, damit alle interessierten und qualifizierten Bieter teilnehmen können.

Auf den Fall betrachtet:

Das Kriterium „wettbewerblich“ dürfte als erfüllt anzusehen sein. Legt man die Darstellungen der Gemeinde Nottuln zugrunde, so lässt sich vertreten, dass das Verfahren wettbewerblich ausgerichtet war. Die Gemeinde Nottuln hat nach eigenen Angaben vier Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert. Darauf, dass letztlich nur ein Unternehmen tatsächlich ein Angebot eingereicht hat, dürfte es indes bei der Beurteilung dieses Kriteriums nicht ankommen, da zumindest zugunsten weiterer Unternehmen die Möglichkeit geschaffen wurde, sich durch Angebotsabgabe am Verfahren zu beteiligen.

#### **3.2.1.2 Transparent**

Laut Kommission muss das Verfahren **transparent** sein, damit alle interessierten Bieter in jeder Phase des Ausschreibungsverfahrens in gleicher Weise ordnungsgemäß informiert sind. Der Zugang zu Informationen, ausreichend Zeit für interessierte Bieter und die Klarheit der Auswahl- und Zuschlagskriterien sind für ein transparentes Auswahlverfahren von entscheidender Bedeutung. Die Ausschreibung muss hinreichend bekannt gemacht werden, damit alle potenziellen Bieter davon Kenntnis erlangen können. Welcher Grad an Öffentlichkeit notwendig ist, um in einem

bestimmten Fall eine hinreichende Bekanntmachung zu gewährleisten, hängt von den Merkmalen der jeweiligen Vermögenswerte, Waren oder Dienstleistungen ab. Vermögenswerte, Waren und Dienstleistungen, die angesichts ihres hohen Wertes oder anderer Merkmale für europa- oder weltweit tätige Bieter von Interesse sein könnten, sollten so ausgeschrieben werden, dass potenzielle Bieter, die europa- oder weltweit tätig sind, darauf aufmerksam werden.

Auf den Fall betrachtet:

Ob das Kriterium „transparent“ vorliegend eingehalten wurde, kann nach erster Bewertung als kritisch betrachtet werden. So ist der Beschlussvorlage der Gemeinde Nottuln mittelbar zu entnehmen, dass keine öffentliche Bekanntmachung stattgefunden haben kann, da ein Verfahren in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (Aufforderung an vier ausgewählte Unternehmen zur Abgabe von Erstangeboten) durchgeführt wurde. Dies deckt sich auch mit der Darstellung des Mandanten. Andererseits schreibt die Gemeinde Nottuln (bzw. KoPart) in der vom Mandanten zitierten Emailkorrespondenz von einem „Veröffentlichungsprotokoll vom 21.10.2019“ bzw. von einer Veröffentlichung auf der Vergabe- und Bekanntmachungsplattform „Subreport“. Vor einem etwaigen Vorwurf fehlender Transparenz wäre die Sach- und Rechtslage dahingehend zu überprüfen und abzusichern, ob, inwiefern und über welchen Zeitraum die Gemeinde ihre Verkaufsabsicht bzw. die Informationen betreffend das Investorenauswahlverfahren über „Subreport“ oder ggf. auf anderweitigen Wegen publik gemacht haben könnte. Zur groben Orientierung könnten insoweit im Zweifel die Grundsätze der Kommission aus ihrer früheren (offiziell aufgehobenen) Mitteilung vom 10.07.1997 (*„Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand - 97/C 209/03“*) herangezogen werden. Demzufolge sah die Kommission ein Verkaufsangebot dann hinreichend publiziert an, wenn es über einen längeren Zeitraum (zwei Monate und mehr) mehrfach in der nationalen Presse, Immobilienanzeigern oder sonstige geeignete Veröffentlichungen und durch Makler, die für eine große Anzahl potentieller Käufer tätig sind, bekanntgemacht wurde und so allen potentiellen Käufern zur Kenntnis gelangen konnte.

### 3.2.1.3 Diskriminierungsfrei

Laut Kommission sind die **diskriminierungsfreie Behandlung aller Bieter** in allen Phasen des Verfahrens sowie objektive, vorher mitgeteilte Auswahl- und Zuschlagskriterien unerlässlich, um sicherzustellen, dass die sich aus dem Verfahren ergebende Transaktion den Marktbedingungen entspricht. Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, sollten die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Darüber hinaus betont die Kommission, dass das höchste Angebot das einzige maßgebliche Kriterium für die Auswahl des Käufers sein soll, wobei auch den geforderten vertraglichen Vereinbarungen (zum Beispiel einer Garantie des Verkäufers oder anderer nach dem Verkauf eingreifender Verpflichtungen) Rechnung zu tragen ist.

#### Auf den Fall betrachtet:

Ob das Kriterium „diskriminierungsfrei“ vorliegend von der Gemeinde eingehalten wurde, bedarf einer eingehenderen und abschließenden Prüfung. Aus den derzeitigen Sachverhaltsinformationen lässt sich jedenfalls nach cursorischer erster Bewertung keine evident diskriminierende Wirkung der Konzeption der Verfahrensunterlagen folgern.

Nach den Darstellungen des Mandanten sind die Verfahrensunterlagen auf den Investor, der die letzten Kitas in Nottuln gebaut sowie das einzige Angebot abgegeben hat und der nun bezuschlagt werden soll, zugeschnitten. Würde man diese Aussage des Mandanten pauschal zugrunde legen, so würde zwar eine Diskriminierung und somit ein Verstoß gegen die Vorgaben der EU-Kommission nahe liegen. Um justizabel zu sein, bedarf dieser allgemein formulierte Vorwurf der Diskriminierung zum einen der Substantiierung (detaillierte Darstellung der kritischen Vorgaben/Anforderungen in den Verfahrensunterlagen und Aufzeigung, inwiefern hiervon diskriminierende Wirkung ausgeht), zum anderen einer umfassenden Absicherung der Sach- und Rechtslage. Insbesondere wäre noch eingehend und kritisch prüfen, ob sich etwaige Einschränkungen des potenziellen Bieterkreises (durch die Leistungsbeschreibung/Bauverpflichtung oder durch aufgestellte Eignungs- und Zuschlagskriterien) als sachlich gerechtfertigt erweisen könnten. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang

ein der Gemeinde Nottuln grundsätzlich einzuräumender Ermessens- und Beurteilungsspielraum, der nur eingeschränkt einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Nach cursorischer Erstsichtung lassen sich den vorgelegten Unterlagen keine evidenten Diskriminierungssachverhalte entnehmen. Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen (dort unter Ziff. 3.7.2) waren als Mindesteignungskriterien Referenznachweise (Errichtung von mind. 2 Kindertagesstätten in den letzten 5 Jahren) sowie der Nachweis liquider Mittel (mind. 2 Mio. € - Fremdnachweis z.B. durch Bankerklärung) vorzulegen. Als Zuschlagskriterien wurden der Angebotspreis (Gewichtung 50 %), Beteiligung an Kaufpreis bei Wiederveräußerung (10 %), städtebauliche Gestaltung (20 %) und funktionale Gestaltung (20 %) in den Ausschreibungsunterlagen ausgewiesen. Der Umstand, dass mindestens 2 vergleichbare Referenzen aus den letzten 5 Jahren gefordert wurden, kann u.U. ein objektives und sachgerechtes Eignungskriterium darstellen, der auch unter rein vergaberechtlichen Gesichtspunkten unkritisch wäre. Auch die festgelegten Zuschlagskriterien indizieren zunächst keine diskriminierende Wirkung, da sie dem ersten Anschein nach einen objektiven Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote im Sinne der Vorgabe der Kommission ermöglichen sollen. Ebenfalls ist festzuhalten, dass - der Forderung der Kommission entsprechend - dem Angebotspreis mit 50 % Gewichtung im Vergleich zu den restlichen Zuschlagskriterien das höchste Gewicht bei der Wertung der Angebote zukommt.

#### **3.2.1.4 Bedingungsfrei**

Laut Kommission ist eine Ausschreibung für den Verkauf von Vermögenswerten, Waren oder Dienstleistungen **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. Die von der Kommission geforderte Bedingungsfreiheit bezweckt,

dass sich ein echter Marktpreis bilden kann, und zwar dadurch, dass nicht nur ein einziger Bieter oder ein beschränkter Bieterkreis die Kaufbedingungen erfüllen kann.

Auf den Fall betrachtet:

Im Rahmen unserer Erstbewertung im Hinblick auf das Kriterium „bedingungsfrei“ ist der Umstand kritisch, dass die Grundstücksveräußerung durch die Gemeinde Nottuln an zwei rechtliche Verpflichtungen geknüpft wird:

- Bau einer mind. 5-gruppigen Kindertagesstätte auf dem erworbenen Grundstück;
- Vermietung an einen von der Gemeinde Nottuln auszuwählenden Träger.

Wir sehen das Risiko, dass sich die mit der Veräußerung des Grundstückes einhergehenden Verpflichtungen des Investors als unzulässige Bedingungen qualifizieren lassen. Zu Begründung ließe sich u.E. anführen, dass die an den Kauf geknüpften (eintragbaren) Verpflichtungen zum Bau und zur Vermietung einer Kindertagesstätte den Zweck der Ausschreibung (Bildung eines echten Marktpreises) dadurch konterkarieren, dass

- nur ein beschränkter Bieterkreis diese Bedingungen erfüllen kann (Einschränkung des Bietermarktes) und
- sich diese zusätzlichen Bedingungen wertmindernd auf den Grundstücksverkaufspreis auswirken und somit kein Marktpreis abgebildet werden kann.

Weiter lässt sich ggf. ins Feld führen, dass die Kommission ausdrücklich die Bedingungsfreiheit der Ausschreibung verneint, 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. Insoweit lässt sich argumentieren, dass die Verpflichtung des Käufers zum Bau und zur Vermietung einer Kindertagesstätte eine besondere Verpflichtung zugunsten der Gemeinde Nottuln bzw. eine im allgemeinen öffentlichen Interesse stehende Verpflichtung darstellt, die ein privater

Grundstücksverkäufer nicht verlangt hätte und die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht oder aus Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben.

### **3.2.1.5 Sonderkonstellation: VHV ohne TW und nur 1 abgegebenes Angebot**

Unbeschadet des vorstehend dargestellten möglichen Verstoßes der Gemeinde gegen den Grundsatz der Bedingungsfreiheit könnte die beabsichtigte Transaktion unter einem weiteren Gesichtspunkt als beihilferechtlich kritisch eingestuft werden. Zum einen aus dem Umstand, dass die Gemeinde Nottuln nach eigenen Angaben ein Verfahren in Anlehnung an ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt hat, zum anderen aus dem Umstand, dass nur ein einziges Angebot im Rahmen dieses Verfahrens eingereicht wurde.

Die Kommission stellt in ihrer Bekanntmachung aus 2016 (dort unter Rn. 93) klar, dass die (in den Rn. 90-93 genannten) Kriterien

- wettbewerblich,
- transparent und
- diskriminierungsfrei

erfüllt sind, wenn ein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt wurde und sofern alle Voraussetzungen für die Anwendung des jeweiligen Verfahrens erfüllt sind.

Als Ausnahme von diesem Grundsatz benennt die Kommission besondere Umstände, die die Ermittlung eines Marktpreises unmöglich machen:

- Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (d.h. ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung);
- Wenn nur ein einziges Angebot abgegeben wird. Dann nämlich sei das Verfahren in der Regel nicht ausreichend, um einen Marktpreis zu erhalten. Als Rückausnahme von diesem Grundsatz benennt die Kommission wiederum zwei Konstellationen, nämlich
  - wenn bei der Ausgestaltung des Verfahrens besonders strenge Vorkehrungen getroffen wurden, um echten und wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, und nicht offensichtlich ist, dass realistisch betrachtet

- nur ein einziger Wirtschaftsbeteiligter in der Lage sein dürfte, ein glaubhaftes Angebot einzureichen, oder
- wenn sich die Behörden durch zusätzliche Maßnahmen vergewissern, dass das Ergebnis dem Marktpreis entspricht.

Während die Anlehnung des Auswahlverfahrens an das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und der damit einhergehende etwaige Verzicht auf eine öffentliche Bekanntmachung bei isolierter Betrachtung darauf hinauslaufen kann, dass das durchgeführte Auswahlverfahren unzureichend war, wäre in Bezug auf den Umstand, dass nur ein Angebot abgegeben wurde, ergänzend zu prüfen und abzusichern, ob und inwiefern die Gemeinde Nottuln besonders strenge Vorkehrungen getroffen haben könnte, um echten Wettbewerb gewährleisten bzw. sich durch zusätzliche Maßnahmen vergewissert hat, dass das Ergebnis dem Marktpreis entspricht.

Zusammengefasst ist u.E. daher festzuhalten, dass das vorliegend durchgeführte „Auswahlverfahren“ (vorbehaltlich einer weiteren Sachverhaltsaufklärung) den Anforderungen der EU-Kommission nicht gerecht wurde. Infolgedessen wurde der Verkauf unter Marktwert sowie das Vorliegen einer Beihilfe nicht durch das vorgenommene Auswahlverfahren ausgeschlossen.

### 3.2.2 Sachverständigengutachten

Neben dem vorbezeichnet dargestellten Ausschreibungsverfahren lässt die Kommission die Prüfung der Marktkonformität einer Transaktion auf der Grundlage von **Benchmarking** oder **anderen Bewertungsmethoden** zu:

Im Rahmen der Erläuterungen zu den „anderen zulässigen Bewertungsmethoden“ stellt die Kommission ausdrücklich klar, dass und unter welchen Voraussetzungen die Einholung Wertgutachtens eines unabhängigen Gutachters ausreicht, um die Beihilfekonformität einer Grundstückstransaktion zu gewährleisten:

*103. [...] 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.*

Als zweite Möglichkeit des Nachweises der Marktkonformität käme somit die vorherige Wertermittlung durch Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens und der Verkauf zum (mind.) ermittelten Wert in Betracht. Das Gutachten muss vor Abschluss des Kaufvertrages beauftragt und erstellt sein. Es darf aber auch nicht zu lange vor dem Verkauf des Grundstückes eingeholt worden sein, insbesondere wenn beim Verkauf bereits absehbar ist, dass der Wert des Grundstückes durch zeitlich nach dem Verkauf liegende Ereignisse (insbesondere der Erlass eines Bebauungsplans) steigen wird.

Dieser Weg erscheint zwar von vornherein als versperrt, da das Grundstück schon nach Angaben der Gemeinde – und somit wohl unstreitig – zu einem Kaufpreis veräußert werden soll, der nicht marktkonform ist.

In diesem Kontext sei ein von BMWi im Juni 2016 veröffentlichtes „Sensibilisierungspapier: Grundstücksverkäufe“ (abrufbar unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-sensibilisierungspapier-8-grundstuecksverkaeufe.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfenkontrollpolitik-sensibilisierungspapier-8-grundstuecksverkaeufe.pdf?__blob=publicationFile&v=5)) erwähnt, das folgende Ansätze be-reithält:

*Hiernach sind zur Gewährleistung der Marktkonformität eines Verkaufs (= no aid) insbesondere zwei Methoden heranzuziehen:*

- *Zum einen können Grundstücke infolge eines hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungs-freien Bietverfahrens (ähnlich einer Versteigerung) an den Meistbietenden verkauft werden. Es spielt dann keine Rolle, ob vor dem Bietverfahren eine andere Bewertung des Gebäudes oder des Grundstückes existierte, z.B. für Buchungszwecke oder um ein beabsichtigtes erstes Mindestangebot bereitzustellen. Nach der Mitteilung garantiert ein solches Bietverfahren, dass der Verkauf keine staatliche Beihilfe enthält.*

- *Zum anderen kann sich bei der Vorbereitung des Verkaufs einer Bewertung des Grundstücks durch unabhängige Sachverständige bedient werden, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln (also ohne Bietverfahren). Der so festgestellte Marktpreis ist der Mindestkaufpreis, der vereinbart werden kann, ohne dass eine staatliche Beihilfe gewährt würde.*
- *Weitere Lösungsansätze ohne Bietverfahren sind denkbar, wenn ein Vorgehen nach den o.g. beiden Methoden im Einzelfall nicht möglich sein sollte, z.B. Einbeziehung einer Preistoleranz bis zu 5% und ggf. Neubewertung, Verknüpfung des Verkaufs an besondere Verpflichtungen (bewertungsrelevant!) oder Heranziehung der (zeitnahen) Gestehungskosten der öffentlichen Hand als Marktwertindikator.*
- *Ist die Veräußerung eines Grundstücks unterhalb des Marktwerts beabsichtigt, muss geprüft werden, ob die darin wahrscheinlich liegende staatliche Beihilfe nach den Vorschriften des EU-Beihilferechts gerechtfertigt werden kann und inwieweit die Europäische Kommission an dem Verfahren zu beteiligen ist (Anzeige/Notifizierung).*

Auch der Weg der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Sicherstellung eines Verkaufs zum Marktpreis ist u.E. daher nicht gegeben. Diese Aussage steht jedoch ebenfalls unter dem Vorbehalt weitergehender Sachverhaltsinformationen.

In der Gesamtbetrachtung ist u.E. daher davon auszugehen, dass eine Veräußerung des Grundstücks vorliegend unter Marktpreis erfolgt und dass daher das Vorliegen einer Beihilfe möglich erscheint und zwingend hätte abgeprüft werden müssen. Diese Prüfung wäre vor dem Hintergrund u.E. unerlässlich, weil die unzulässige Gewährung einer Beihilfe zu gravierenden Rechtsfolgen führen kann. Der BGH (Urteil

vom 05.12.2012 - I ZR 92/11) hat diesbezüglich festgestellt, dass eine beihilferechts-  
widrige Kaufpreisabrede nichtig ist. Weil der Kaufpreis wesentlicher Vertragsbe-  
standteil ist, ist auch bei Vereinbarung einer salvatorischen Klausel der Wille der Ver-  
tragsparteien in der Regel dahin auszulegen, dass der Kaufvertrag insgesamt nichtig  
sein soll.

Wir hoffen, Ihnen mit den vorstehenden Ausführungen behilflich gewesen zu sein.  
Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne auch telefonisch zur Verfügung. Einstweilen  
verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen aus Düsseldorf



Carsten Schmidt, LL.M.  
Rechtsanwalt



Mehdi Kashefi  
Rechtsanwalt