Bühner & Partner Rechtsanwälte

Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

15. Speyerer Europarechtstage 25. – 26. September 2023

Vergabeverfahren und Konzeptvergabe im Licht des Beihilfenrechts

Arnd Bühner
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht
Nürnberg

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Inhaltsverzeichnis

1. Grundstücksveräußerungen – beihilferechtlicher Rahmen
2. Grundstückstransaktionen – vergaberechtlicher Rahmen
3. Typische Arten von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand
4. Schlussfolgerungen

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

1. Grundstücksveräußerungen – beihilferechtlicher Rahmen

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Befürchtung: Drohende Begünstigung eines Erwerbers staatlichen Eigentums

1.1 Art. 107 AEUV

Beihilfenverbot

1.2 Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), nachfolgend: Bekanntmachung

Ziff. 4.2 Bekanntmachung: Das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten (Rn. 74/75)

Kommission verwendet generell den Begriff des **marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten**, um zu prüfen,

- ob wirtschaftliche Transaktionen von öffentlichen Stellen zu **marktüblichen Bedingungen** vorgenommen werden und
- ob der Gegenseite dadurch ein **Vorteil** entsteht
- Private Vendor Test beim Verkauf staatlichen Eigentums

ⓘ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen UnionINHALTSVERZEICHNIS (europa.eu)

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

1. Grundstücksveräußerungen – beihilferechtlicher Rahmen

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Problem

1. Konzept des Private Vendor Tests beim Verkauf staatlichen Eigentums beruht auf Urteil des EuGH aus 2012 über Verkauf einer Bank, die bereits staatliche Beihilfen erhalten hatte

   (Urt. v. 28.02.2012, Land Burgenland und Österreich / Kommission, verbundene Rechtssachen T – 268/08 und T – 281/08)

2. Bank wurde an einen Bieter im Rahmen **eines transparenten, wettbewerblichen Höchstpreisverfahrens verkauft**, der nur den **zweithöchsten Preis** geboten hatte. Der Höchstbieter wurde vom Veräußerer in der Schlussrunde aufgrund qualitativer Aspekte aussortiert (Seriosität, befürchtete Schwierigkeiten bei bankenaufsichtlicher Genehmigung u.a.)

3. Kommission und Gericht **nahmen Beihilfe** in Höhe der Differenz zwischen Angebot des Höchstbieters und des Zuschlagsprätendenten **an** und **verlangten Nachzahlung** des Zuschlagsprätendenten

4. Entscheidung 1:1 auf Grundstücksverkäufe anwendbar?

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

1. Grundstücksveräußerungen – beihilferechtlicher Rahmen

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Ziff. 4.2.2 Bekanntmachung: Allgemeine Grundsätze (Rn. 76 – 82)

- Maßgeblich ist, ob sich ein **marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter ebenso verhalten hätte**
- **Vorteile und Pflichten des Staates**, die mit der Rolle des Staates als Wirtschaftsbeteiligter zusammenhängen, **können** bei Auswahlentscheidungen **berücksichtigt werden** (z.B. Beseitigung von Altlasten, Fähigkeit zur Kaufpreiszahlung)
- Irrelevant sind Vorteile und Pflichten, die sich an die Rolle des Staates als Träger öffentlicher Gewalt knüpfen (z.B. Haftungsrisiken aus gesetzlicher Garantieverpflichtung nach jeweiligem Landesrecht)
- Allgemeine **Gemeinwohlgründe** (Soziales oder regionale Entwicklung) sind rechtlich **irrelevant**
- Ex - ante Analyse nötig, ob Kriterien denjenigen eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten entsprechen. Ex-post Betrachtungen reichen nicht aus.
- Ob Transaktion Marktbedingungen entspricht, erfordert **umfassende Bewertung der Transaktion**

ⓘ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen UnionINHALTSVERZEICHNIS (europa.eu)

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

1. Grundstücksveräußerungen – beihilferechtlicher Rahmen

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Ziff. 4.2.3 Bekanntmachung: Feststellung der Marktkonformität(Rn. 83- 114)

Allgemeines:

- Marktkonformität kann nachgewiesen werden durch:
  - transaktionsspezifische Marktdaten **(direkt)** oder
  - andere verfügbare Methoden **(indirekt)**
- **Direkte** Methoden
  - Private Wirtschaftsbeteiligte kaufen/verkaufen zu gleichen Bedingungen („pari passu“)
  - Kauf/Verkauf in wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren. Es wird (widerleglich) vermutet, dass höchster Angebotspreis den Marktpreis darstellt (keine „Mondpreise“)

ⓘ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen UnionINHALTSVERZEICHNIS (europa.eu)

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

1. Grundstücksveräußerungen – beihilferechtlicher Rahmen

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Verkauf mittels Ausschreibungsverfahrens (direkte Methode)

- Bei Veräußerung mittels Ausschreibungsverfahrens, das Vorschriften über Vergabe öffentlicher Aufträge beachtet, kann davon ausgegangen werden, dass Transaktion Marktbedingungen entspricht
- Dies gilt nicht, bei:
  - Verhandlungsverfahren ohne vorherige EU-Bekanntmachung
  - Abgabe nur eines einzigen Angebotes (ausnahmsweise zulässig, dann jedoch Preisprüfung notwendig)
- Bedingungsfreiheit ist gegeben, wenn es potentiellen Käufern grundsätzlich freisteht, den Vermögensgegenstand zu erwerben und für eigene Zwecke zu nutzen
- Ausschreibung nicht bedingungsfrei, wenn Erwerber zugunsten der Behörde oder im allgemeinen Interesse besondere Pflichten eingeht, die ein privater Verkäufer nicht verlangt hätte und sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht oder aus Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben (Flächennutzungs-/Bebauungsplan)
  - Solche Pflichten können sich jedoch aus dem Recht der öffentlichen Auftragsvergabe ergeben (z.B. Bau- oder Dienstleistungskonzession)
  - Dann i.d.R. auch beihilferechtlich nicht zu beanstanden
- Bei Verkauf nach Beihilferecht ist **das höchste Angebot einziges Auswahlkriterium** – unter Berücksichtigung geforderter Vereinbarungen und Glaubwürdigkeit der Angebote

ⓘ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen UnionINHALTSVERZEICHNIS (europa.eu)

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

1. Grundstücksveräußerungen – beihilferechtlicher Rahmen

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Nachweis der Marktkonformität durch **indirekte** Methoden

- Marktkonformität kann nachgewiesen werden durch:
  - ➢ Benchmarking oder
  - ➢ andere Bewertungsmethoden

  Wichtig: Wenn Verkauf durch Ausschreibung erfolgen soll, kann der Marktpreis nicht nachträglich durch andere Bewertungsmethoden (z.B. unabhängige Gutachten) in Frage gestellt werden. (Urt. v. 28.02.2012, Land Burgenland und Österreich / Kommission, verbundene Rechtssachen T – 268/08 und T – 281/08)
- Benchmarking

  Prüfung anhand vergleichbarer Transaktionen/Gutachterwert

  Wichtig: damit ist wettbewerbsfreier Verkauf an nur einen Bieter gestattet
- Andere Bewertungsmethoden (primär für Unternehmenskauf/-verkauf)
  - ➢ Rückgriff auf allgemein anerkannte Standard Bewertungsmethoden
  - ➢ Kapitalrendite Ermittlung mittels Internal Rate of Return – IRR oder des Barwerts (NET Present Value – NPV)

ⓘ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen UnionINHALTSVERZEICHNIS (europa.eu)

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

2. Grundstückstransaktionen – vergaberechtlicher Rahmen

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

§ 97 GWB - Grundsätze der Vergabe

- *Wettbewerb*
- *Transparenz*
- *Wirtschaftlichkeit*
- *Nicht-Diskriminierung*

§ 103 GWB – Öffentliche Aufträge

- *Bauaufträge (auch Mietverträge können u.U. Bauaufträge sein)*
- *Liefer- und Dienstleistungsaufträge*

§ 105 GWB - Konzessionen

- *Privater erhält neben oder anstelle einer Vergütung ein Recht auf Verwertung seiner Leistung*
- *Voraussetzungen: Konzessionär trägt Betriebsrisiko und Staat deckt Beschaffungsbedarf*
- *Häufig übernimmt/erwirbt Konzessionär staatliches Eigentum*

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

2. Grundstückstransaktionen – vergaberechtlicher Rahmen

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Besonderheiten

§ 107 Allgemeine Ausnahmen

*Vergaberecht ist **nicht anzuwenden** auf die Vergabe von öffentlichen **Aufträgen** und **Konzessionen** (…)*

*für den **Erwerb**, die Miete oder die Pacht **von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden** oder anderem unbeweglichem Vermögen sowie Rechten daran, ungeachtet ihrer Finanzierung (…)*

Bestellbau-Rechtsprechung des EuGH

Urt.v. 22.04.2021 – Rs. C – 537/19 (Wiener Gate 2)

Ist **Kauf-/Mietvertrag** über ein noch zu errichtendes Standard Bürogebäude ein Bauauftrag?

§ 107 Abs. 1 Nr. 1 GWB anwendbar, wenn Gebäude z. Zt. des Vertragsschlusses noch nicht vorhanden ist?

Bestellbau/Bauauftrag und somit **Vergabepflicht (+)**, soweit:

1. Einfluss auf Standortauswahl
2. missbräuchliche Umwandlung von Eigentümer zum Mieter
3. zahlreiche, detaillierte und qualifizierte Forderungen an Objekt, Räume, deren Ausgestaltung Lage und Beschaffenheit
4. Entscheidender Einfluss auf Planung oder Festlegung der Bauleistung
5. Wesentlicher bestimmender Einfluss auf die Konzeption

EuGH, U.v. 29.9.2009 (Köln Messe)
EuGH, U.v. 10.07.2014 (Pizzarotti)
EuGH, U.v. 22.04.2021 (Wiener Gate 2)
VK Bund, B.v. 17.12.2019 (Dienststellen)
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.08.2013 (Kreispolizeibehörde)

➢ Keine Vergabepflicht bei Kauf/Anmietung einer noch zu errichtenden Standard-Büroimmobilie

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

3. Typische Arten von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

3.1 Planung, Bau und Gebäudeunterhalt auf kommunalem Grundstück (PPP)

- öffentlicher Bauauftrag – Vergaberecht (Verhandlungsverfahren)

- **Öffentlicher Auftrag, Schwerpunkt Bauauftrag, EU-Vergabeverfahren**
- **Kein Verkauf kommunalen Eigentums, kein EU-Beihilferecht**

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

Neue Bertolt-Brecht-Schule in Nürnberg eingeweiht | BR24 (Letzter Aufruf 14.08.2023)

3. Typische Arten von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

3.2 Planung, Bau und Betrieb einer Therme, Gebäudeunterhalt und Einräumung eines Verwertungsrechts (Eintrittserlöse) an private Partner, Einräumung eines Erbbaurechts

- Öffentlicher Auftrag, Spezialfall Baukonzession (Verwertungsrecht des Privaten)
- Grundstücksüberlassung/Erbbaurechtsbestellung beihilferechtlich nicht problematisch bei Beachtung des EU-Vergaberechts (Gutachterwert)

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

https://www.allgaeuer-zeitung.de/bilder/so-sieht-die-neue-therme-in-lindau-aus_mediagalid-5518?bild=2 (Letzter Aufruf 14.08.2023)

3. Typische Arten von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

3.3 Wettbewerbsfreier Verkauf eines Grundstücks an einen Großinvestor für gewerbliche Zwecke

Der Haushaltsausschuss des Landtags von Brandenburg hat grünes Licht für den Verkauf einer Liegenschaft an den US-Automobilhersteller Tesla gegeben. Das gab Landesfinanzministerin Katrin Lange (SPD) am Donnerstag nach der Sitzung des Ausschusses in Potsdam bekannt.

Damit ist ein wichtiger Schritt hin zu der geplanten "Gigafactory" in Grünheide bei Berlin getan, wo bereits ab Sommer 2021 produziert werden soll.

- **Kein Beschaffungsbedarf, kein Vergaberecht**
- **Verkauf rein nach Beihilferecht**
- **Wettbewerbsfrei möglich**
- **Preisfindung mittels „indirekter Methode“ (Gutachterwert maßgeblich)**

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

https://www.focus.de/finanzen/boerse/40-91-millionen-euro-bodenrichtwert-eigentlich-dreimal-so-hoch-tesla-bekommt-grundstueck-zum-billigpreis_id_11535804.html

3. Typische Arten von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

3.4 Verkauf eines ehemaligen Krankenhauses im Wettbewerb zum höchsten Preis ohne Nutzungsvorgabe/ Bewertung der Konzeptqualität

Hauptsache der Preis stimmt

Und all das scheitert jetzt möglicherweise, weil das Klinikum Nürnberg, also ein öffentliches Unternehmen, nicht das macht, was die Politik immer wieder fordert, sondern lediglich auf den Preis schaut. Auf Nachfrage heißt es vom Klinikum Nürnberg schriftlich: "Wir haben alle Optionen geprüft, doch das EU-Beihilferecht schreibt uns ein bedingungsfreies Verfahren ohne weitergehende Hürden neben dem Preiskriterium vor, um nicht Gefahr zu laufen, eine ungerechtfertigte Beihilfe an den Käufer zu leisten."

Konzeptausschreibung wäre möglich

Arnd Bühner, Fachanwalt für Vergaberecht aus Nürnberg, schätzt die Lage anders ein. Das Klinikum Nürnberg sei zwar nicht für die Städteplanung zuständig, sondern für die Gesundheitsvorsorge. Das Beihilferecht der EU sehe vor, dass man sowohl zum Höchstpreis Grundstücke verkaufen kann als auch zu einem fixierten Preis. Und das Beihilferecht gestatte auch, dass man eine Mischung zwischen Preis und Qualität zugrunde legen kann. Als Tochterunternehmen der Stadt Nürnberg könne das Klinikum also durchaus eine sogenannte Konzeptausschreibung ins Auge fassen.

- Kein Beschaffungsbedarf, kein Vergaberecht
- Beihilferecht pur, hier Höchstpreisvergabe
- Mögliche Alternative: Konzeptvergabe bei fixiertem Preis

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

Hersbruck: Altes Krankenhaus kommt unter den Hammer | BR24(Letzter Aufruf 14.08.2023)

3. Typische Arten von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

3.5 Verkauf eines ehemaligen Kurmittelhauses mit Verpflichtung, im Objekt Bauleistungen für benachbarten staatlichen Kurbetrieb zu erbringen und diesem entgeltlich zu überlassen

- Grundstücksveräußerung, damit Beihilferecht zu beachten
- Herstellung von Bauleistungen für Staat, deshalb Vergaberecht zu beachten
- Veräußerung eingebunden in Erteilung einer Baukonzession, damit primär Konzessionsvergaberecht zu beachten
- Herstellung Beihilfenrechtskonformität durch Vorgabe eines festen Kaufpreises (Gutachterwert)

Erhalten oder abreißen? Neues Eberhardsbad in Bad Wildbad gilt als gefährdet - Region - Pforzheimer-Zeitung (pz-news.de)

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

3. Typische Arten von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

3.6 Verkauf eines Pakets von Innenstadtgrundstücken durch Kommune im Wettbewerb mit Ziel der Schaffung eines innerstädtischen und einheitlich gemanagten Einkaufsschwerpunktes unter Einbindung von Baudenkmälern

FÜRTH - Ein Jahr nach der Eröffnung des ersten Teils der Neuen Mitte haben Stadtspitze und Investor eine Zwischenbilanz gezogen - und die fällt überaus positiv aus. Dabei steht das "Sahnehäubchen" für die Fürther Innenstadt erst noch in den Startlöchern.

- Keine Bedarfsdeckung der Kommune (nur Einzelhandel), kein Vergaberecht
- Wettbewerbliches beihilferechtliches Ausschreibungsverfahren
- Verkauf zum Festpreis, Auswahl anhand der Konzeptqualität

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

https://www.nordbayern.de/region/fuerth/neue-mitte-bringt-die-further-city-wieder-auf-touren-1.5033282

3. Typische Arten von Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

3.7 Wettbewerbsfreie Anmietung von Räumlichkeiten zur Unterbringung eines Museums durch öffentlichen Auftraggeber in noch zu errichtendem Gebäude eines Investors

Seit Jahren wird im Bayerischen Landtag darüber gestritten, ob bei Standortauswahl und Mietvertrag alles mit rechten Dingen zuging. Nun nimmt sich der EU-Binnenmarktkommissar des Themas an - nach dem Hinweis eines deutschen EU-Politikers.

- de facto Vergabe, obwohl Bestellbau, der als Bauauftrag hätte ausgeschrieben werden müssen (a.A. Prof. Burgi, München)
- Beihilferechtlich ist Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter nicht geeignet, Marktkonformität der Miethöhe nachzuweisen

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

EU-Kommission will Vergabepraxis für Zukunftsmuseum in Nürnberg prüfen - Bayern - SZ.de (sueddeutsche.de)

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

4. Schlussfolgerungen

4.1 Konzeptvergaben an der Schnittstelle zwischen Vergabe- und Beihilferecht eröffnen zahlreiche Abgrenzungsfragen.

4.2 Reine Grundstücksveräußerungen – ohne besondere Auflagen und Bedingungen richten sich nach Beihilfenrecht (Höchstpreisvergabe oder Gutachterwert).

4.3 Vergaberechtliche Verfahren, insb. Baukonzessionen beinhalten häufig Grundstücksüberlassungen oder Verkäufe staatlichen Eigentums. Vergabeverfahren lege artis genügt beihilferechtlichen Anforderungen idR. Grundstücke sollten zum festen Gutachterwert überlassen werden.

4.4 Vorsicht bei der Anmietung von Bestellbauten ohne wettbewerbliches Verfahren!

4.5 Stadtentwicklungsprojekte ohne Deckung eines staatlichen Beschaffungsbedarfs müssen nach Beihilferecht geführt werden.

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg

Bühner & Partner Rechtsanwälte
Kanzlei für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Danke für Ihr Interesse

Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB

Im Sebalder Pfarrhof
Füll 1
90403 Nürnberg

Telefon: 0911 255865-0
Telefax: 0911 255865-29

E-Mail: info@buehner-rae.de
Internet: www.buehner-rae.de

© Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB, Nürnberg