



---

**Ausarbeitung**

---

**Vergaberechtliche Beurteilung von Konzeptverfahren**

**Vergaberechtliche Beurteilung von Konzeptverfahren**

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 176/19  
Abschluss der Arbeit: 14.11.2019  
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht,  
Bau und Stadtentwicklung

---

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

**Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Konzeptverfahren in der Praxis</b>	<b>4</b>
<b>3.</b>	<b>Vergaberechtliche Einordnung</b>	<b>5</b>
<b>4.</b>	<b>Öffentlicher Auftrag</b>	<b>5</b>
<b>5.</b>	<b>Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf</b>	<b>6</b>
<b>6.</b>	<b>Fazit</b>	<b>8</b>

## 1. Einleitung

Die Veräußerung von Grundstücken aus staatlicher Hand erfolgt oft im Rahmen eines von den Beteiligten in einem Vergabeverfahren. Diese Verfahren stellen regelmäßig keine Vergabeverfahren im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>1</sup> dar. Zahlreiche Städte und Gemeinden haben bei der Veräußerung diverser Grundstücke sogenanntes Konzeptverfahren entwickelt, die neben dem Verkauf des Grundstückes weitergehende Ziele verfolgen.

Es stellt sich hierbei die Frage, inwieweit die Konzeptvergabe mit bestehendem Vergaberecht der Europäischen Union (EU) oder dem deutschen Recht vereinbar ist. Von Interesse wäre es hierbei insbesondere zu klären, ob es eine Grenze gibt, bei der dem Preis (Kaufpreis, Vergabepreis) keine ausschlaggebende Bedeutung bei der Vergabeentscheidung beizumessen ist. Zu verweisen ist beispielsweise auf den Verkauf eines Grundstücks mit einem Marktwert von 500.000 Euro zum symbolischen Preis von 1 Euro mit der Verpflichtung zum Bau von 12 Wohnungen mit Sozialbindung statt 4 Einfamilienhäusern.

Vor diesem Hintergrund wird zunächst die rechtliche Handhabung von Konzeptverfahren in der Praxis (Ziffer 2) und deren etwaige Einordnung in das GWB vorgestellt (Ziffer 3). Des Weiteren wird der vergaberechtliche Begriff des öffentlichen Auftrages erläutert (Ziffer 4), um im Anschluss daran, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf zu beleuchten (Ziffer 5).

Nach seinen Verfahrensgrundsätzen prüft der Wissenschaftliche Dienst keine sozialen oder städtebaulichen Konzepte im Einzelfall. Es erfolgen deshalb allgemeine Ausführungen zur vergaberechtlichen Einordnung von Konzeptverfahren. Die haushaltsrechtliche Beurteilung des Konzeptverfahrens erfolgt in einer gesonderten Arbeit.

## 2. Konzeptverfahren in der Praxis

Bund, Länder und Gemeinden entwickeln zunehmend Instrumente und Verfahren, um den Verkauf von öffentlichen Liegenschaften mit strategischen Zielen für das Gemeinwohl zu verbinden. Die Ausgestaltung dieser Konzeptverfahren ist sehr vielfältig und die einzelnen Modelle sind kaum noch überschaubar. Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) hat deshalb für eine Projektlaufzeit vom 1. Dezember 2017 bis 31. Mai 2019 ein Forschungsprogramm hierzu in Auftrag gegeben.

Ziel des Forschungsprojekts war es, anhand der Analyse einer Auswahl von Best-Practice-Beispielen aus ganz Deutschland, Empfehlungen für die im Sinne der Baukultur erfolgreiche Umsetzung von Konzeptverfahren zu erarbeiten. Die hieraus zu entwickelnden Empfehlungen sollten insbesondere für jene Städte zugeschnitten sein, die bisher noch nicht oder nur in geringem Ausmaß Konzeptverfahren durchgeführt haben. Zunächst wurden 30 Verfahrensbeispiele aus ganz

---

1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Art. 10 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb> (Stand dieser und aller folgenden Online-Quellen ist der Tag der Abschlusses des vorliegenden Ausarbeitung Ausarbeitung).

Deutschland aus den letzten zehn Jahren recherchiert und verglichen. Bei einer Auswahl von 10 näher untersuchten Städten wurden 11 unterschiedliche Konzeptverfahren festgestellt. Ob und wie beispielsweise das Erbbaurecht oder das Planungs- und Vergaberecht für derartige Verfahren fruchtbar gemacht werden kann, befindet sich in der Diskussion. Eine systematische Analyse der Modelle und ihrer Vor- und Nachteile gibt es bisher nicht.<sup>2</sup>

### 3. Vergaberechtliche Einordnung

Eine systematische Einordnung von Konzeptverfahren in das Vergaberecht im Sinne des GWB ist soweit ersichtlich ebenfalls bisher nicht erfolgt. Im Gegensatz zum Vergabeverfahren nach dem GWB, in dem derjenige den Zuschlag erhält, der den höchsten Preis bietet, hat der Kaufpreis in Konzeptverfahren nur eine geringe Bedeutung. Einen weitaus höheren Stellenwert nimmt dort das Konzept des zu realisierenden Bau- oder Nutzungsprojektes ein. Die Grundstücke werden somit nicht zum Höchstpreis, sondern an den Bieter mit dem besten Konzept für das Grundstück veräußert. Die ungleich höhere Gewichtung des Konzepts dient in der Regel der effektiven Umsetzung städtebaulicher Ziele.

Die Grundsätze des Vergaberechts wie beispielsweise das Privatrechts- und Effizienzprinzip oder das Wettbewerbs- und Transparenzprinzip lassen sich nicht oder nur sehr bedingt auf Konzeptverfahren übertragen. Problematisch ist auch die Ausschreibung eines Konzeptverfahrens. Hier stellt sich die Frage, wie der jeweilige Schwellenwert (vgl. § 106 GWB) für derartige Konzeptverfahren zu berechnen ist. Von zentraler Bedeutung für eine Anwendung des GWB ist des Weiteren die Frage, ob bei einem Konzeptverfahren ein öffentlicher Auftrag vorliegt.

### 4. Öffentlicher Auftrag

Der Begriff des öffentlichen Auftrags wird in § 103 Abs. 1 GWB legal definiert. Öffentliche Aufträge sind demnach entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen (Lieferung von Waren, Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen). Wesentlicher Bestandteil eines öffentlichen Auftrages ist die Verfolgung eines sog. „Beschaffungszwecks“. Tritt der öffentliche Auftraggeber lediglich als Verkäufer auf, liegt ein solcher regelmäßig nicht vor.<sup>3</sup>

Die Absätze 2 bis 4 des § 103 GWB definieren die unterschiedlichen Vertragstypen (öffentliche Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge). Eine Sonderrolle nehmen hierbei Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe als Auslobungsverfahren ein (§ 106 Abs. 5 und 6 GWB).

---

2 Vgl. die vom BMI in Auftrag gegebene Forschungsprojekt in: Temel, Endbericht, Baukultur für das Quartier, Prozesskultur durch Konzeptvergabe (2019), S. 4, 9/10, 16/17; abrufbar unter (Stand: 14.11.2019): <https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/FP/ReFo/Staedtebau/2017/baukultur-quartier/Endbericht.pdf?blob=publicationFile&v=1>.

3 Klar, Abgrenzungsprobleme bei der Bestimmung der Auftragsarten des Kartellvergaberechts, NVwZ 2014, 185.

Die zutreffende Einordnung des öffentlichen Auftrags in die dort beschriebenen Vertragstypen hat wesentliche Bedeutung für die weitere vergaberechtliche Prüfung. Auch die Höhe der Schwellenwerte des § 106 GWB ist abhängig davon, welcher Vertragstyp vorliegt.

Die rechtliche Einordnung der im Rahmen von Konzeptverfahren zu erteilenden Aufträge wäre daher entscheidend für deren vergaberechtliche Bewertung. Der Gewinner des Konzeptverfahrens erwirbt das Grundstück mit der Verpflichtung, ein bestimmtes Konzept zu realisieren. Ob es sich bei einem solchen Grundstückskaufvertrag mit Bebauungsverpflichtung um einen öffentlichen Auftrag handelt, entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung. Fest steht aber, dass es sich nach der Rechtsprechung des EuGH bei der bloßen Veräußerung von Grundstücken ohne eine derartige Verpflichtung mangels eines Beschaffungszweckes nicht um öffentliche Aufträge handelt.<sup>4</sup>

Bei der Beurteilung der Frage, unter welchen Umständen der Verkauf eines Grundstücks ausnahmsweise dem Vergaberecht zugänglich ist, kann auf ein Urteil des OLG Düsseldorf und des EuGH zurückgegriffen werden.

## 5. Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf entschied 2007, dass die Veräußerung eines Grundstückes mit Bebauungsverpflichtung zur Erfüllung eines städtebaulichen Konzepts dem Vergaberecht zuzurechnen sei. Der Beschaffungszweck läge dort schließlich in der Verfolgung städtebaulicher Zielbestimmungen. Bei derartigen Verträgen handele es sich daher um „Baukonzessionen“, die wie öffentliche Bauaufträge zu behandeln seien.<sup>5</sup>

Im Jahre 2008 bat das OLG Düsseldorf den EuGH durch Vorlagenbeschluss zur Bestimmung des Begriffes des öffentlichen Bauauftrags und der öffentlichen Baukonzession im Zusammenhang mit der Veräußerung eines bundeseigenen Grundstücks.<sup>6</sup> Dieser stellte im „Wildeshausen-Urteil“ vom 25. März 2010 klar, dass ein öffentlicher Bauauftrag zwingend erfordere, dass der öffentliche Auftraggeber ein *unmittelbares wirtschaftliches Interesse* an der zu beschaffenden Bauleistung hat. Die Ausübung städtebaulicher Konzepte alleine genüge hierfür nicht.<sup>7</sup>

---

4 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, Rn. 41; abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80477&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

5 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2007 – VII-Verg 2/07, Rn. 22 ff.; abrufbar unter: [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2007/VII\\_Verg\\_2\\_07beschluss20070613.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2007/VII_Verg_2_07beschluss20070613.html); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.02.2008 – VII Verg. 37/07, Rn. 29 ff.; abrufbar unter: [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2008/VII\\_Verg\\_37\\_07beschluss20080206.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2008/VII_Verg_37_07beschluss20080206.html).

6 OLG Düsseldorf, Vorlagebeschluss vom 02.10.2008 – VII-Verg 25/08, NZBau 2008, S. 727, abrufbar unter: [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2008/VII\\_Verg\\_25\\_08beschluss20081002.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2008/VII_Verg_25_08beschluss20081002.html).

7 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, Rn. 57, 68; abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80477&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

---

Nach dem Urteil des EuGH setzt ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB und Art. 1 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2004/18/EG<sup>8</sup> voraus,

- dass ein schriftlicher Vertrag geschlossen wird,
- durch den der Auftragnehmer zur Erbringung von Bauleistungen verpflichtet wird,
- die Leistung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber bedeutet und
- der Vertrag entgeltlich oder in Form einer Baukonzession geschlossen ist.

Ein derartiges Interesse liegt nach der Rechtsprechung des EuGH nur in folgenden fünf Fallgruppen vor:<sup>9</sup>

- der öffentliche Auftraggeber erwirbt Eigentum an dem Bauwerk,
- der öffentliche Auftraggeber soll über einen Rechtstitel verfügen, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt,
- der öffentliche Auftraggeber soll wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen können,
- der öffentliche Auftraggeber beteiligt sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks,
- der öffentliche Auftraggeber übernimmt Risiken für den Fall des wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks.

Besteht dieses wirtschaftliche Interesse nicht, so handelt es sich demnach nicht um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des GWB. Dies hat gleichzeitig zur Folge, dass auch die Vergabevorschriften des GWB keine Anwendung finden. Das OLG Düsseldorf hat daraufhin entschieden, dass ein Grundstücksverkauf unter der Bedingung der Erfüllung eines städtebaulichen Konzepts

---

8 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. Nr. L 134 S. 114, ber. ABl. Nr. L 351 S. 44), die mittlerweile durch die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. Nr. L 94 S. 65), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2017/2365 vom 18.12.2017 (ABl. Nr. L 337 S. 19) ersetzt wurde, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>.

9 EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08, Rn. 50 ff.; abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80477&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

---

kein Bauauftrag darstelle. Eine Baukonzession scheidet schon begrifflich aus, da ein Konzessionsverhältnis ein Rechtsverhältnis darstelle, das auf eine gewisse Zeitdauer angelegt sei und die Veräußerung ein dauerhaftes Nutzungsrecht gewähre.<sup>10</sup>

Anknüpfend an die vom EuGH entwickelten Kriterien hängt die Frage, ob ein im Rahmen eines Konzeptverfahrens zu errichtendes Bauwerk einer hinreichenden öffentlichen Zweckbestimmung unterliegt, stets von der Ausgestaltung des jeweiligen zu Grunde zu legenden Vertragswerkes ab. Grundsätzlich ist zweifelhaft, ob ein Konzeptverfahren überhaupt als Vergabeverfahren nach dem GWB ausgestaltet werden kann.

## 6. Fazit

Bund, Länder und Gemeinden entwickeln zunehmend Instrumente und Verfahren, um den Verkauf von öffentlichen Liegenschaften mit strategischen Zielen für das Gemeinwohl zu verbinden. Für diese Instrumente wird vielfach die Bezeichnung Konzeptverfahren gewählt.

Konzeptverfahren stellen regelmäßig keine Vergabeverfahren im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dar.

Die Grundsätze des Vergaberechts, wie beispielsweise das Privatrechts- und Effizienzprinzip oder das Wettbewerbs- und Transparenzprinzip, lassen sich nicht oder nur sehr bedingt auf Konzeptverfahren übertragen.

Ausnahmsweise kann nach der Rechtsprechung des EuGH ein öffentlicher Bauauftrag vorliegen, wenn der öffentliche Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Errichtung des Bauwerks hat. Selbst wenn dies im Einzelfall gegeben wäre, müsste ein Konzeptverfahren die übrigen Voraussetzungen eines Vergabeverfahrens nach dem GWB erfüllen.

\* \* \*

---

10 OLG Schleswig, 15.03.2013 – 1 Verg 4/12, Rn. 62; abrufbar unter: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/8ab2f8f0-e58f-428d-8489-3a4f073549b9>; vgl. auch die Begründung des Gesetzgebers zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz BT-Drs. 16/10117, S. 18; abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/101/1610117.pdf>.