

Tobias Osseforth, Stephen Lampert

Vergaberechtlicher Rechtsrahmen für Konzeptverfahren

„Konzeptverfahren“ oder „Konzeptvergaben“ sind wettbewerblich organisierte Grundstücksgeschäfte, bei denen eine Kommune ein Grundstück oder ein Erbbaurecht in einem Bietverfahren nicht ausschließlich nach dem höchsten Preis, sondern zusätzlich oder einzig unter Berücksichtigung der Qualität eines von den Auftragnehmern einzureichenden und bei Bedarf zu präsentierenden Nutzungskonzepts vergibt.¹ Aus rechtlicher Sicht handelt es sich hierbei um ein Auswahlverfahren, das rechtsstaatlichen Anforderungen unterliegt, wobei verschiedene Konstellationen zu unterscheiden sind. Konzeptverfahren unterliegen in aller Regel nicht dem Vergaberecht. Da Einzelheiten der Abgrenzung und Einordnung nicht unumstritten sind, empfiehlt sich ein pragmatisches Herangehen durch Orientierung an vergaberechtlichen Grundsätzen.

GWB-Vergabeverfahren sind Ausnahmekonstellationen

Konzeptverfahren sind lediglich in Ausnahmefällen nach dem sogenannten Kartellvergaberecht durchzuführen, das in den §§ 97 ff. des Gesetzes über Wettbewerbsbedingungen (GWB) sowie der Vergabeverordnung (VgV) und Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) geregelt ist. Dieses Kartellvergaberecht findet Anwendung, soweit ein Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB² einen öffentlichen Auftrag (vgl. § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB) vergibt, bei dem der ordnungsgemäß zu schätzende Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert³ erreicht oder überschreitet (vgl. § 106 Abs. 1 Satz 1 GWB).

Gemäß § 103 Abs. 1 GWB handelt es sich bei einem öffentlichen Auftrag um einen entgeltlichen Vertrag zwischen einem Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB und einem Unternehmen über die Beschaffung von Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen. Ein Bauauftrag wiederum ist in § 103 GWB als ein öffentlicher Auftrag über Bauleistungen nach den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen definiert, die dem Auftraggeber „unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen“. Ausweislich der „Helmut-Müller“-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 25.03.2010 (C-451/08) wird ein kommunales Grundstücksgeschäft nur dann als vergabepflichtiger öffentlicher Bauauftrag angesehen, wenn die öffentliche Hand

- ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ an einer auszuführenden Bauleistung verfolgt,
- maßgeblichen Einfluss auf die Konzeption des Bauwerks ausübt und

- der Auftragnehmer eine einklagbare Verpflichtung übernimmt, eine Bauleistung gegen eine Gegenleistung zu erbringen.⁴

Diese drei Voraussetzungen müssen gemeinsam (kumulativ) vorliegen, damit ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Bauauftrag besteht. Davon sind bei Konzeptverfahren typischerweise die ersten beiden Voraussetzungen nicht erfüllt. Die nicht trennscharfe Fassung dieser Voraussetzungen bringt hingegen in der Praxis oftmals Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich und führt dazu, dass im Einzelfall beurteilt werden muss, ob auf ein Konzeptverfahren nicht doch das Kartellvergaberecht zur Anwendung zu bringen ist.

„Unmittelbares wirtschaftliches Interesse“

Ein solches „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ liegt nicht vor, wenn die Kommune mit dem Grundstücksgeschäft lediglich ein in ihrem Zuständigkeitsbereich liegendes öffentliches Interesse erfüllen will (beispielsweise reine Wirtschaftsförderung oder die Bereitstellung von Kitaangeboten). Auch die Verfolgung städtebaulicher Zielvorstellungen mittels einer Veräußerung oder der Bestellung eines Erbbaurechts, um beispielsweise eine stärkere soziale Durchmischung eines Quartiers zu erreichen, führt nicht bereits zu einem öffentlichen Auftrag. Festsetzungen in vorhabenbezogenen Bebauungsplänen und Vereinbarungen in damit verbundenen Verträgen nach §§ 11, 12 BauGB genügen für eine Vergabepflicht ebenso wenig wie die bloße Absicht, über das Grundstücksgeschäft eine konkrete städtebauliche Maßnahme zu verfolgen.⁵

Ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ im vergaberechtlichen Sinne wird dagegen vor allem dann angenommen, wenn die das Grundstück veräußernde Kommune

1 Vgl. Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung 2018, S. 13, 17; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages 2019, S. 5.

2 Kommunen sind öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

3 Bei Bauaufträgen derzeit – bis zum 31.12.2021 – 5,35 Mio. Euro (netto).

4 Vgl. EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08 – „Helmut Müller“ – ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 48, 59, 60 und 62 f.

5 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.06.2010 – VII-Verg 9/10; OLG Schleswig, Beschluss vom 15.03.2013 – 1 Verg 4/12.

Eigentümerin des zu errichtenden Bauwerks werden soll, sie es mitfinanziert oder etwa künftig als Mieterin nutzen soll (häufig bei Kindertagesstätten). Für die Mitfinanzierung genügt es nicht, dass sie finanzielle Anreize (Förderungen oder Beihilfen) für bestimmte Personengruppen gibt (zum Beispiel erleichterter Erwerb eines Grundstücks für einkommensschwache ortsansässige Familien, sogenanntes „Einheimischenmodell“).⁶ Fehlt das unmittelbare eigene wirtschaftliche Interesse der Kommune, ist beispielsweise ein Grundstücksverkauf als reines Veräußerungsgeschäft anzusehen, mit der Folge, dass das Vergaberecht nicht anzuwenden ist.



Abb. 1: Schöne Aussichten: Konzeptverfahren durch Orientierung an vergaberechtlichen Grundsätzen (Foto: Metscher)

„Maßgeblicher Einfluss auf die Konzeption des Bauwerks“

Damit ein Bauauftrag vorliegt, muss die öffentliche Hand zusätzlich die geplante Bebauung mitgestalten. Die veräußernde Kommune muss dafür auf die Ausführung des zu errichtenden Bauwerks entscheidenden Einfluss nehmen und ihre Gestaltungswünsche vertraglich durchsetzen (z. B. zu der Art und Weise der Bebauung oder zu der Anbindung an die Umgebung). In der Entscheidung „Wiener Wohnen“ (C-537/19) vom 22.04.2021 stellt der EuGH nunmehr konkret darauf ab, ob „die architektonische Gebäudestruktur beeinflusst wird, wie Größe, Außenwände und tragende Wände. Anforderungen dagegen, welche die bloße Gebäudeeinteilung betreffen, müssen sich aufgrund ihrer Eigen-

art oder ihres Umfanges abheben, um einen entscheidenden Einfluss zu belegen“.⁷

Dass auf einem zu veräußernden Grundstück beispielsweise künftig (auch) eine Kindertagesstätte in kommunaler oder kirchlicher Trägerschaft betrieben werden soll, reicht deshalb allein nicht aus, wenn derartige sich von üblichen Ausgestaltungen in einem Mietvertrag abhebende Anforderungen an die Architektur nicht gestellt werden und beispielweise lediglich ein Nutzungskonzept mit Raumprogramm abgefragt wird. Entsprechendes gilt bei zu errichtenden Wohngebäuden, bei denen sich die Kommune ein Belegungsrecht einräumen lässt.

„Einklagbare Verpflichtung“

Schließlich muss der Vertrag eine einklagbare Verpflichtung des Erwerbers gegenüber der veräußernden Kommune zur Erbringung von Bauleistungen enthalten (sogenannte „Bauverpflichtung“). Die Durchführungsverpflichtung nach § 12 BauGB (zur Umsetzung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans) ist aus vergaberechtlicher Sicht keine Bauverpflichtung in diesem Sinne, sondern ist in § 12 Abs. 6 Satz 1 BauGB rechtsfolgenbewehrt.⁸

Konzeptvergaben als Veräußerungsverfahren

Wenn das Kartellvergaberecht im konkreten Einzelfall auf den Veräußerungsvorgang (bzw. den Bestellvorgang bei der Übertragung eines Erbbaurechts) nicht anzuwenden ist, darf die öffentliche Hand Grundstücke in aller Regel nur als Ergebnis eines sogenannten „strukturierten Bietverfahrens“ veräußern (bzw. ein Erbbaurecht bestellen). In einem derartigen Bietverfahren haben die Interessenten an dem Erwerb des Grundstücks (bzw. an der Bestellung eines Erbbaurechts) ihr Erwerbsinteresse förmlich nachzuweisen. Diese Interessenten werden auch als Bewerber bezeichnet. Im Verfahren der Konzeptvergabe findet eine Auswahl zwischen den von ihnen eingereichten Konzepten nach von der Kommune im Vorfeld festgelegten Auswahlkriterien statt, die in eine Vergabeentscheidung mündet.⁹ Zwischen der das Grundstücksgeschäft betreibenden Kommune und den Erwerbsinteressenten entsteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, das die Kommune zur Gleichbehandlung der Teilnehmer (Art. 3 Abs. 1 GG), Transparenz und Rücksichtnahme verpflichtet, ohne dass vergaberechtliche Grundsätze oder Regelungen unmittelbar anzuwenden sind.¹⁰

⁷ EuGH, Urteil vom 22.04.2021 – Rs. C-537/19, – „Kommission/Österreich“ = „Wiener Wohnen“ – ECLI:EU:C:2021:319.

⁸ Vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 15.03.2013 – 1 Verg 4/12.

⁹ Zur Strukturierung nach Konzept-, Ausschreibungs-, Bewerbungs- und Entscheidungsfindungsphase vgl. Wollenschläger 2011, S. 472 ff.

¹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 02.02.2008 – V ZR 56/07; OLG Brandenburg, Urteil vom 24.04.2012 – 6 W 149/11; OLG Schleswig, Urteil vom 15.03.2013 – 1 Verg 4/12.

⁶ Zum sog. „M-Modell“ OLG München, Beschluss vom 27.09.2011 – 1 Verg 15/11.



Die Kommune darf daher die Verfahrensbedingungen fall-spezifisch festlegen, unter besonderer Beachtung der vorgenannten Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz. Größere Kommunen und die Stadtstaaten verfahren in aller Regel nach vereinheitlichten Rahmenbedingungen für Konzeptverfahren, die eine einheitliche Vorgehensweise sicherstellen. Je stärker sich die Kommune an ordnungsgemäßen vergaberechtlichen Verfahren orientiert, umso größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Kommune die von dem Bundesgerichtshof entwickelten Anforderungen aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis erfüllt.

Von zentraler Bedeutung für die Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahrensschritte ist die Festlegung wirtschaftlich tragfähiger, verbindlicher und transparenter Verfahrensbedingungen in Form von Bewerbungsbedingungen und Auswahlkriterien (Baulandkommission 2019, S. 4/5). Regelmäßig empfiehlt sich die Festlegung eines Mindestkaufpreises bzw. eines Mindesterbbauszinses. Von den Bewerbern werden schriftliche Projektbeschreibungen und Nutzungskonzepte (einschließlich Auswirkungen auf das Umfeld, Finanzierungskonzept, Raumprogramm) und bei Bedarf sogar Architekturentwürfe angefordert. Die Kommune darf sogar einen Festpreis vorschreiben. Dieser sollte allerdings zur Vermeidung einer unzulässigen Beihilfe mindestens dem durch ein unabhängiges Sachverständigen-gutachten ermittelten Verkehrswert¹¹ entsprechen, sofern nicht der Teilnahmekreis auf rein private Bauherren, Bauherrengemeinschaften oder Baugenossenschaften beschränkt wird.

Die Kommune muss die Anforderungen klar und deutlich formulieren und den Teilnehmern am Konzeptverfahren rechtzeitig vor der Einreichung ihrer Bewerbungen mitteilen. Das Konzeptverfahren muss angemessen bekannt gemacht werden. Aufgrund der einfachen und weit verbreiteten Nutzung des World Wide Webs eignen sich Internetseiten der Kommune besonders gut für entsprechende Bekanntmachungen. Es muss sichergestellt sein, dass Interessenten – insbesondere solche aus anderen Mitgliedstaaten – einfach auf diese Internetbekanntmachungen zugreifen können. In der Praxis sind die Verfahrensbedingungen üblicherweise knapp gehalten und umfassen

- eine Verfahrensbeschreibung,
- Bewerbungsbedingungen,
- städtebauliche Zielvorstellungen,
- Nutzungsvorgaben,
- gestalterische Ziele,
- einen Parzellierungsvorschlag und
- die Auswahlkriterien.

¹¹ Abzüglich preismindernder Anforderungen an die Konzepte.

Als weitere Orientierungshilfe können ein Vorentwurf oder eine Bauvoranfrage beigefügt werden. Aus Sicht der Bewerber muss klar erkennbar sein, welche Mindestinhalte die Bewerbung im Allgemeinen und die von ihnen zeitgleich einzureichenden Bebauungs- und Nutzungskonzepte oder Projektbeschreibungen im Besonderen aufweisen müssen. Außerdem ist die Frist zur Einreichung der Bewerbungen transparent zu regeln. Zudem kann geregelt werden, bis wann Bewerberfragen gestellt werden dürfen, um mittels Antworten auf diese Bewerberfragen etwaige Unklarheiten auszuräumen. Es sollte möglichst frühzeitig in einem Konzeptverfahren feststehen, nach welchen Auswahlkriterien – also nach welchen Qualitätskriterien und Unterkriterien – die Bewerbungen bewertet werden. Oftmals verwendete Auswahlkriterien sind:

- soziale Kriterien,
- das Nutzungskonzept,
- die Realisierbarkeit,
- die architektonische Gestaltung,
- die Ökologie und
- der Kaufpreis bzw. der Erbbauzins.¹²

Der Kaufpreis (bzw. der Erbbauzins) kann bei Konzeptvergaben im Einzelfall sogar mit einer deutlich geringeren Gewichtung (beispielsweise 30 %) in die Wertung einfließen. Hierzu muss der Kaufpreis in Wertungspunkte umgewandelt werden, weil sich nur dann der Kaufpreis ins Verhältnis zu den anderen Auswahlkriterien setzen lässt, die ebenfalls mittels der Vergabe von Wertungspunkten zu bewerten sind. Um eine Gewichtung für den Preis in Höhe von 30 % zu erreichen, könnte die Kommune festlegen, dass für alle nichtpreislichen Auswahlkriterien eine Höchstpunktzahl von 70 Wertungspunkten zu erreichen ist. Diejenige wertbare Bewerbung mit dem höchsten angebotenen Kaufpreis erhält dann für das preisliche Kriterium die maximale Punktzahl von 30 Wertungspunkten, um ein Gewichtungsverhältnis von 30 zu 70 und somit eine Gewichtung von 30 % zu erreichen. Die anderen Bewerbungen erhalten für deren angebotenen Kaufpreis genau den gleichen prozentualen Abschlag auf diese maximale Punktzahl, wenn deren Kaufpreis den höchsten Kaufpreis unterschreitet.

Hat beispielsweise der Bewerber A den höchsten Kaufpreis angeboten, in Höhe von 1 Mio. Euro, und der Bewerber B in Höhe von 900.000,- Euro, dann beträgt der Preisabstand 10 %. In diesem Fall würde der Bewerber A für seinen angebotenen (höchsten) Kaufpreis 30 Wertungspunkte und der Bewerber B für dessen angebotenen Kaufpreis 27 Wertungspunkte (30 Wertungspunkte – 10 %) erhalten.

¹² Eine Bekanntmachungspflicht, wie in einem Vergabeverfahren auf entsprechenden frei zugänglichen Bekanntmachungsportalen mit einer Vielzahl an Pflichtangaben, besteht nicht. Die Kriterien können sogar im Verfahrensverlauf konkretisiert werden, soweit die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz eingehalten werden.



In diesem gebildeten Beispielfall wird deutlich, dass ein Kaufpreis, der um 100.000,- Euro günstiger ist, lediglich drei (3) Wertungspunkte weniger erhält. Der Bewerber könnte durch eine gelungene Bewerbung in den anderen Auswahlkriterien die drei (3) Wertungspunkte leicht aufholen. Deswegen sollte die Kommune im Vorfeld genau abwägen, ob sie dem Kaufpreis tatsächlich ein solch geringes Gewicht in Höhe von lediglich 30 % einräumen mag – vorzugsweise, indem sie sich vorab die Konsequenzen mittels Beispielberechnungen vor Augen führt.

Zulässig und verbreitet ist sogar die Bewertung einer persönlichen Präsentation vor einem Entscheidungsgremium nach Einreichung der Bewerbungen und Ablauf der Bewerbungsfrist. Diesem Entscheidungsgremium gehören in aller Regel Fachleute und Vertreter aus der Zivilgesellschaft sowie der Politik an. Die vorbereitende Vorprüfung und Bewertung der Projekte können durch ein externes Planungsbüro oder eine externe Rechtsanwaltskanzlei in enger Zusammenarbeit mit der Verwaltung der Kommune erfolgen.

Ein Konzeptverfahren darf auch mehrstufig ausgestaltet werden, indem vor dem eigentlichen Auswahlverfahren eine Teilnehmersauswahl stattfindet. Es kann auch vorgesehen werden, dass die einzureichenden Bewerbungen und die darin enthaltenen Konzepte schrittweise von den Bewerbern zu konkretisieren sind. Oft sind mehrere Bewerbungsrunden vorgesehen, bei denen – wie in einem vergaberechtlichen Verhandlungsverfahren – über die Bewerbungen, insbesondere über die Konzepte, verhandelt wird, mit dem Ziel, die Bewerbungen inhaltlich zu verbessern. Hierbei erhält auch die Kommune die Möglichkeit, ihre Anforderungen zu konkretisieren.

Beabsichtigt die Kommune, den Bewerbungsprozess zu einem Abschluss zu führen, muss sie deutlich alle Bewerber darauf hinweisen, dass die letzte und finale Bewerbung einzureichen ist. Nach Ablauf der Frist zur Einreichung der finalen Bewerbung ist eine weitere Nachverhandlung unzulässig. Die Kommune kann auch vor das eigentliche Konzeptverfahren (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) zur Markterkundung ein sogenanntes „Interessenbekundungsverfahren“ vorschalten,¹³ um das konkrete Interesse des Marktes an dem betreffenden Grundstücksgeschäft besser abschätzen zu können. In jedem Fall ist das Konzeptverfahren von Anbeginn an vollumfänglich und für einen Dritten nachvollziehbar zu dokumentieren.

Fazit

- In den meisten Fällen sind Konzeptvergaben außerhalb des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) durchzuführen, wobei sich wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten eine

Anlehnung an das Vergaberecht empfiehlt, die aber nicht schematisch erfolgen muss, sondern ausreichende Flexibilität zulässt.

- Das Veräußerungsverfahren ist transparent und unter Wahrung der Gleichbehandlung der Bewerber durchzuführen. Es besteht ein weiterer Gestaltungsspielraum der Kommune, der lediglich durch die Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz eine Einschränkung erfährt. Das Veräußerungsverfahren ist ausreichend zu dokumentieren.
- Konzeptvergaben können im Einzelfall dem Rechtsregime des Kartellvergaberechts unterfallen und nach den strengen vergaberechtlichen Regelungen durchzuführen sein, wenn die das Grundstück veräußernde Kommune Eigentümerin des zu errichtenden Bauwerks werden soll, es mitfinanziert oder etwa künftig als Mieterin nutzen soll (häufig bei Kindertagesstätten), die Kommune maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung des Bauwerks nimmt und der Erwerber vertraglich zur Umsetzung der Gestaltungsanforderungen verpflichtet ist.



Tobias Osseforth, Mag. rer. publ.

Fachanwalt für Vergaberecht, Partner bei LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB, München



Dr. Stephen Lampert

Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Partner bei LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB, München

Quellen:

- Baulandkommission (2019): Empfehlungen „Nachhaltige Baulandmobilisierung und Bodenpolitik“ vom 02.07.2019.
- Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) (Hrsg.) (2018): Bündnis für bezahlbares Wohnen und Bauen. Bericht 2014 bis 2017, in <https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/veroeffentlichungen/sonderveroeffentlichungen/2018/buendnis-bezahlbares-wohnen.html>.
- Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) (Hrsg.) (2020): Baukultur für das Quartier. Prozesskultur durch Konzeptvergabe (Juni 2020), in: <https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/veroeffentlichungen/sonderveroeffentlichungen/2020/konzeptvergabe.html>.
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (2019): Vergaberechtliche Beurteilung von Konzeptverfahren, vom 14.11.2019 (WD 7 – 3000 – 176/19).
- Wollenschläger, Ferdinand (2011): Verteilungsverfahren.

¹³ Zu den Verfahrensgestaltungen vgl. Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung 2020, S. 98 ff.