

# Investorenmodelle im Brennpunkt des Vergaberechts

von Dr. Daniela Hattenhauer und Carsten Steinert

- ▶ Bei kommunalen Projekten sind Investorenmodelle ein vielfach bewährtes Instrumentarium zur Umsetzung von Bauprojekten. Sie ermöglichen Bauvorhaben, selbst wenn Teile des notwendigen Kapitals fehlen. Charakteristisch ist, dass der Investor Gelder zur Verfügung stellt sowie Bauleistungen und gegebenenfalls Planungsleistungen erbringt.

Insbesondere bei Öffentlich-Privaten-Partnerschaften (ÖPP) werden Investorenmodelle (siehe Grafik unten) zur Erbringung von Planungs-, Bau- und Finanzierungsleistungen durch ein privates Unternehmen umgesetzt. Entweder als Mietkaufmodell (Build Own Operate Transfer - BOOT) oder als Nutzungsvertrag (Build Own

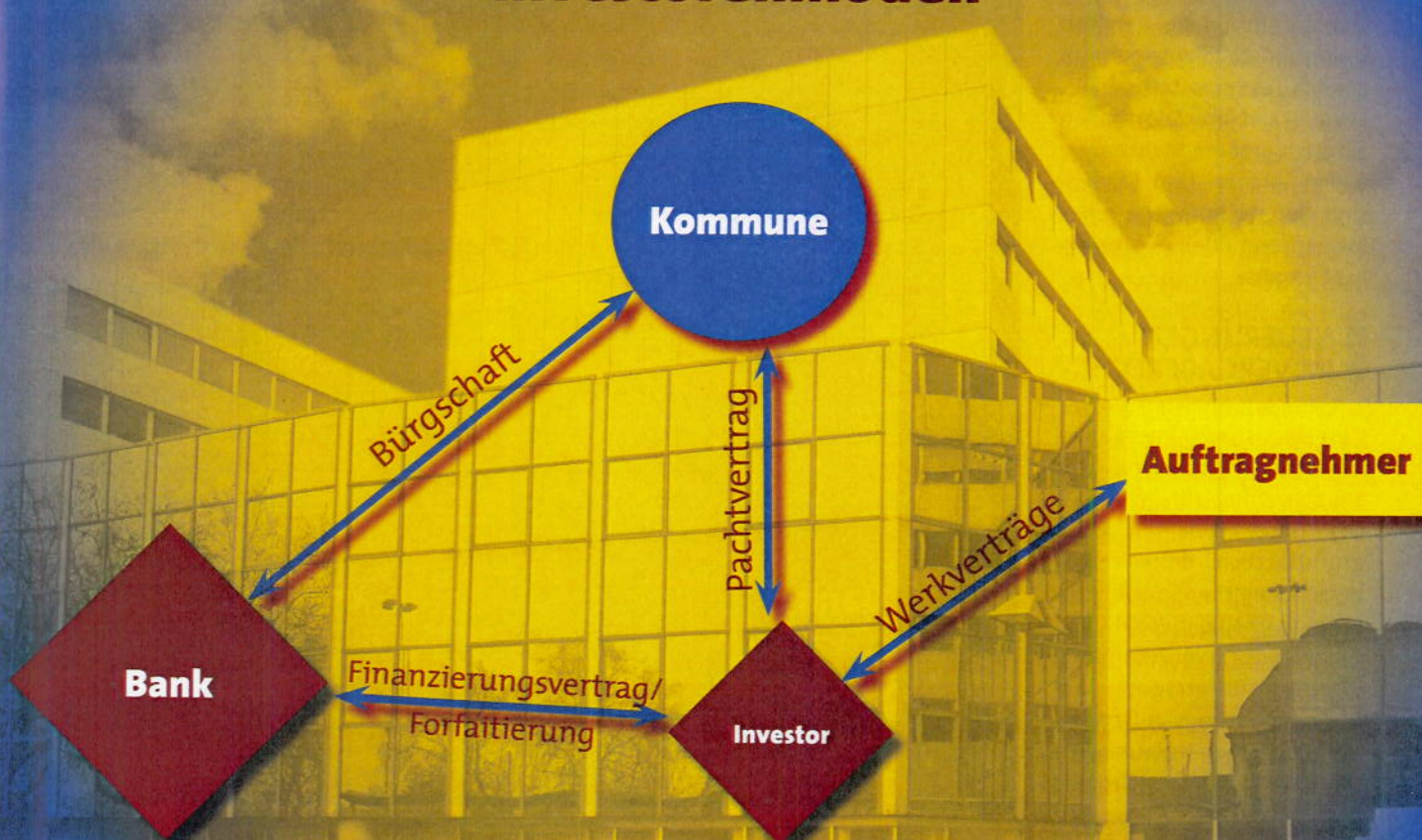
Operate - BOO) haben sich Investorenmodelle in der Praxis durchgesetzt und bieten Kommunen die Möglichkeit, bei einer nachhaltigen Entlastung des Haushaltes dringend erforderliche Bauprojekte umzusetzen. Im Gegenzug zahlen die Kommunen über einen langfristigen Zeitraum ein vertraglich festgelegtes Entgelt an

den privaten Partner, das zur Refinanzierung der getätigten Investitionen sowie der laufenden Betriebs- und Unterhaltskosten zuzüglich einer angemessenen Kapitalverzinsung dient.

Die kommunale Praxis kennt Investorenmodelle auch abseits von ÖPP in der Form, dass Grundstücke

an einen Investor veräußert werden und dieser im eigenen Namen und auf eigene Rechnung eine Bebauung verwirklicht. Langjährige Nutzerverträge mit den Kommunen sind hier allerdings nicht vorgesehen, da der private Investor in diesem Fall Immobilien errichtet, die einzig einer privaten Nutzung zugeführt werden.

## Investorenmodell



Bei der Umsetzung von Investorenmodellen kommt der Finanzierung eine entscheidende Bedeutung zu. Sind die Kommunen bei anderen Formen der ÖPP, etwa dem Betreibermodell (siehe Grafik oben) oder dem Konzessionsmodell (siehe Grafik unten), anteilig in die Projektfinanzierung eingebunden, gilt für die Finanzierung von Investorenmodellen, dass diese ausschließlich durch den privaten Partner erfolgt.

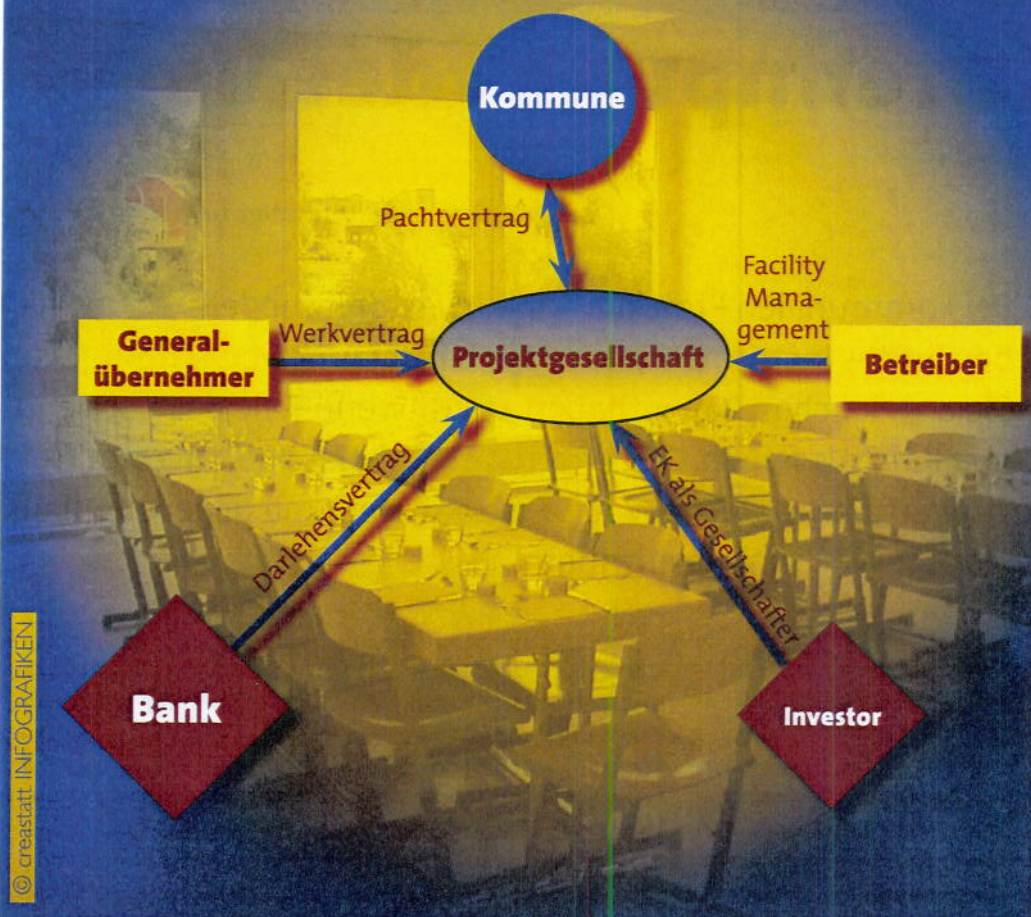
Allerdings bedeutet auch das Investorenmodell keine Umsetzung eines Bauvorhabens ohne jeglichen Einsatz kommunaler Finanzmittel. Denn wie bereits zuvor dargestellt, zahlt die öffentliche Hand – außer bei der Veräußerung von kommunalen Grundstücken an einen Investor – stets ein Entgelt zur Refinanzierung der gesamten Investitionskosten an den privaten Partner. Dieses Entgelt muss haushaltsverträglich sein und in das Gesamtbild der kommunalen Investitionstätigkeiten passen.

Als Beispiel für bewährte Investorenmodelle gelten insbesondere diejenigen im Bereich des Sportstättenbaus. Sowohl kleinere Sporthallen als auch größere Mehrzweckhallen, Arenen und Stadien sind bereits im Wege eines Investorenmodells verwirklicht worden.

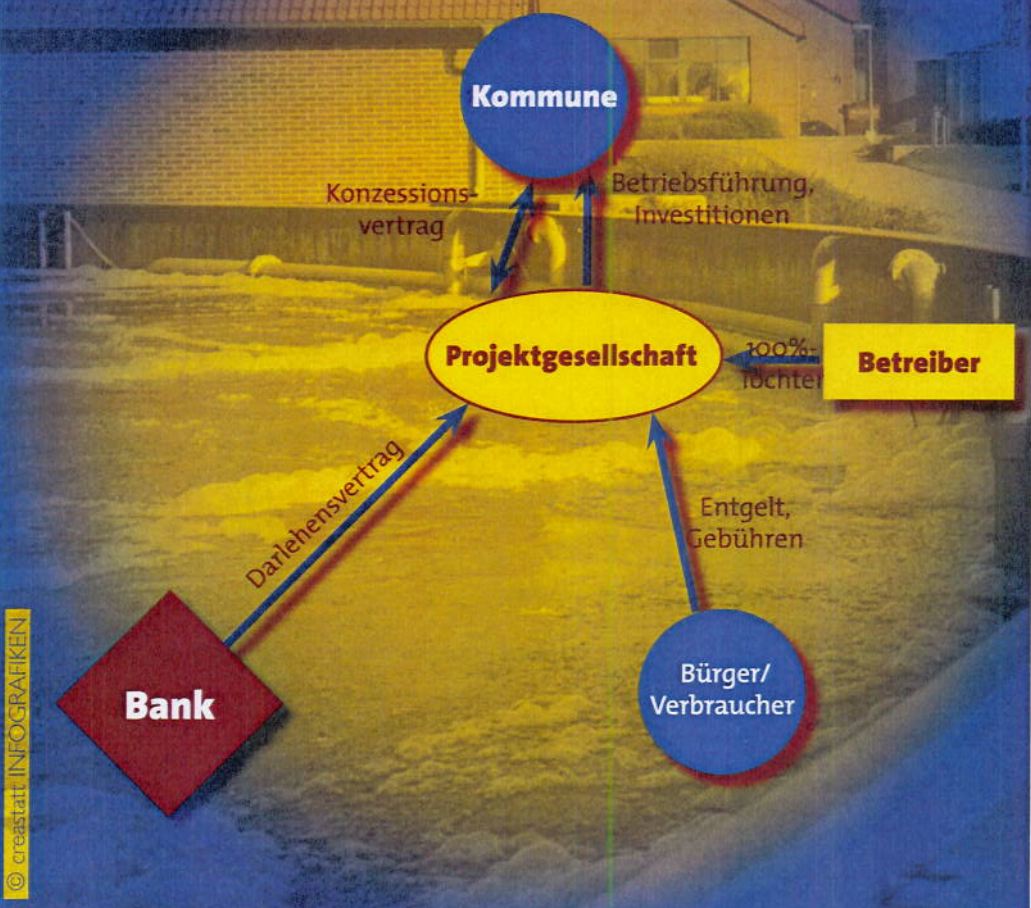
### NEUERUNGEN IM VERGABERECHT

Die klassischen Investorenmodelle im Rahmen der Zusammenarbeit in einer ÖPP unterliegen seit jeher grundsätzlich dem Vergaberechtsregime. Sowohl das Mietkaufmodell (BOOT) auf Grund der vorgesehenen Eigentumsübertragung am Ende der Vertragslaufzeit, als auch die reinen Nutzungsverträge (BOO) sind regelmäßig

## Betreibermodell



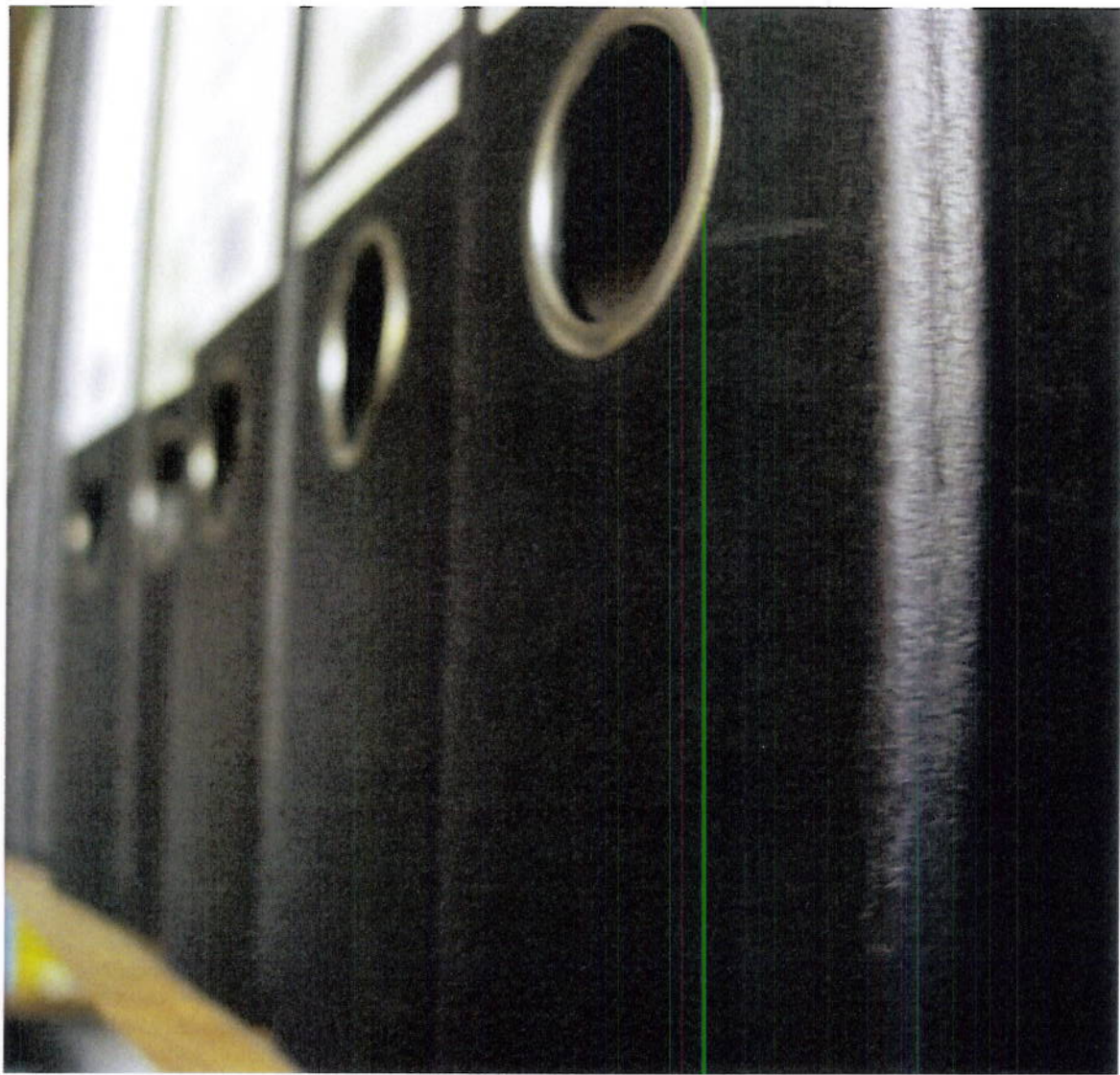
## Konzessionsmodell



als vergaberechtpflichtige Aufträge über die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen nach Paragraf 99 Absatz 3, 3. Alternative GWB zu qualifizieren. Will der öffentliche Auftraggeber die zu errichtende Immobilie also selber nutzen, war und ist das Vergaberecht anwendbar.

Anders war die Rechtslage bei Investorenmodellen, bei denen Kommunen einem privaten Partner ein Grundstück verkaufen, welches der Private dann bebaut und selber nutzt. Diese waren ursprünglich ohne eine Ausschreibung – und somit ohne Beachtung des Vergaberechts – umsetzbar. Städte und Gemeinden kauften hierbei keine Leistung am Markt ein, sondern verkauften lediglich ein Grundstück. Dieser reine Veräußerungsvorgang unterlag nicht dem Vergaberecht, so dass Projektentwickler und Investoren in aller Regel ohne Wettbewerb ausgesucht werden konnten.

Die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts bei den Investorenmodellen hat seit Mitte 2007 durch drei richtungweisende Entscheidungen des OLG Düsseldorf („Ahlhorn“, „Wuppertal Vohwinkel“ und „Oer-Erkenschwick“) eine neue, einschränkende Wendung erfahren. Nach



dieser Rechtsprechung ist nun verpflichtend festgelegt, dass auch Investorenmodelle europaweit auszuschreiben sind, wenn die Kommunen dem Investor eine Bauverpflichtung auferlegen und das Bauvorhaben zusammen mit dem Grundstückspreis den Schwellenwert von 5,15 Millionen Euro erreicht oder überschreitet.

Nach Ansicht der Rechtsprechung ist daher auch ein Grundstückskaufvertrag samt städtebaulicher Vorgaben insgesamt ein Bauauftrag in Form einer Baukonzession im Sinne des Paragraf 99 Absatz 3, 3. Alternative GWB. Eine unmittelbare Beschaffungsabsicht der veräußernden Kommunen ist dabei nicht erforderlich. Vielmehr genügt ein lediglich mittelbares Eigeninteresse der Kommunen beim Grundstücksverkauf, beispielsweise rein städtebauliche Interessen, welche

die Städte und Gemeinden durch planerische und/oder städtebauliche Vorgaben an die Bebauung zum Ausdruck bringen.

Die Vergabepflicht kommunaler Grundstücksgeschäfte mit Bauverpflichtung ausgehend von den Entscheidungen des OLG Düsseldorf findet nunmehr auch in der Rechtsprechung anderer Vergabese-nate und Vergabekammern ihre Fortsetzung, so dass die neuen Entwicklungen mittlerweile als gefestigt anzusehen sind.

## RECHTSSICHERES VORGEHEN

Die nationale Rechtsprechung der Oberlandesgerichte hat bei Städten und Kommunen vielerorts für Unsicherheit gesorgt. Projektiertere, aber auch bereits begonnene Vorhaben zum Verkauf von städ-

tischen Grundstücken für Wohnentwicklungen, altersgerechtes Wohnen, Einzelhandel, Shoppingcenter oder auch Sportanlagen, die mit Hilfe von Investoren verwirklicht werden sollten, wurden in zahlreichen Fällen gestoppt, da die neue Rechtsprechung den Weg für andere interessierte Investoren ebnete, vergaberechtliche Verfahren und insbesondere Schadensersatzansprüche anzumelden. In der Konsequenz bedeutete die nationale Rechtsprechung somit, dass wichtige Projekte zur städtebaulichen Aufwertung und wirtschaftlichen Stärkung der Kommunen oftmals nicht umgesetzt werden konnten.

Um nunmehr diesen negativen Entwicklungen entgegenzuwirken, müssen Städte und Kommunen bei Investorenmodellen zum Verkauf eigener Grundstücke vergaberechtskonforme Wege ein-



Dr. Daniela Hattenhauer

schlagen. Ebenso wie bei den Investorenmodellen als Mietkauf- (BOOT) und Nutzungsvertrag (BOO) müssen selbst bloße Grundstücksverkäufe, bei denen dem Investor Bauvorgaben durch die öffentliche Hand gemacht werden, nach den Vorschriften des Vergaberechts ausgeschrieben werden.

Dies gilt unabhängig davon, ob der Investor neben dem Grundstückserwerb und den Bauleistungen auch Planungsleistungen erbringt oder auf bestehende Planungen der Kommune zurückgreift. Ebenso ist die Finanzierung der Investitionen durch den Erwerber für die Anwendung des Vergaberechts nicht entscheidend.

## VERGABERECHT KEIN HINDERNIS

In der Praxis hat sich bereits gezeigt, dass die Anwendung des Vergaberechts allerdings kein städtebauliches Hindernis sein muss. Wie etwa bei den Investorenmodellen im Rahmen von ÖPP in vielen Fällen erfolgreich beweisen, bietet der Wettbewerb zwischen verschiedenen Inter-

essenten die Möglichkeit für Städte und Kommunen, das Know-how privater Dritter am Markt abzufragen, neue Ansätze und Ideen für die Stadtentwicklung zu erhalten und einen hohen Grundstückskaufpreis zu erzielen, was für das Veräußerungsvorhaben ebenso oder gar mehr förderlich als direkte

Verhandlungen ist. Insbesondere für komplexe und politisch sensible Vorhaben gibt es häufig Ansätze und Ideen, die der Stadtentwicklung nachhaltig zuträglich sind.

Als Verfahrensart kommt in aller Regel das europaweite Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb in Betracht, da bei den in Rede stehenden Grundstücksverkäufen das genaue Bauvorhaben auf Grund seiner Komplexität zumeist noch nicht letztverbindlich feststeht. Das Verhandlungsverfahren bietet für die Kommunen die Möglichkeit, sämtliche städtebaulichen Vorgaben zu erörtern, auf die architektonische Umsetzung des Bauvorhabens Einfluss zu nehmen und etwa auch Aspekte der Nutzung und der Wirtschaftsförderung zu verhandeln.

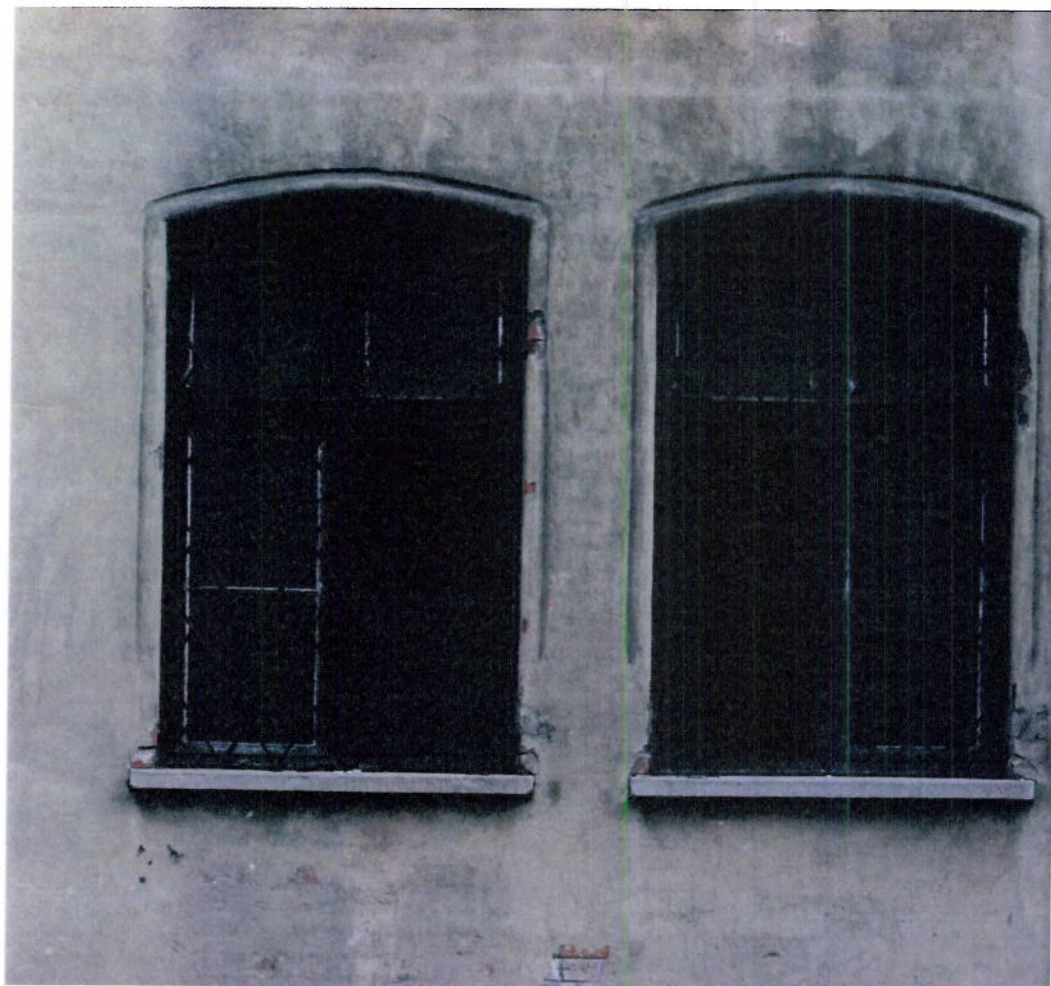
Ferner eröffnet ein Wettbewerb auch immer die Möglichkeit, den Kaufpreis zu ver-

handeln. Aber auch die Erfordernisse und Vorgaben der öffentlichen Hand kommen in einem solchen Verfahren nicht zu kurz.

Sämtliche Aspekte, wie etwa städtebauliche Qualität, architektonisches Konzept oder auch Nutzungskonzepte können in den Verhandlungsrunden berücksichtigt werden. Schließlich bieten die einzelnen Verhandlungen obendrein die Möglichkeit, die mit dem Verkauf verfolgten kommunalen Ziele bestmöglich zu optimieren.

## FAZIT

Investorenmodelle sind bei den kommunalen Bau- und Stadtentwicklungsvorhaben längst gängige Praxis. Ob nun als Mietkaufmodell (BOOT) oder Nutzungsvertrag (BOO) im Rahmen einer ÖPP oder auch bei der Veräußerung von Grundstücken mit kommunalen Bauvorgaben - diese Investorenmodelle sind dem Vergaberecht unterworfen.





Carsten Steinert

Dies hat zuletzt die nationale Rechtsprechung der Oberlandesgerichte bei Grundstücksveräußerungen festgelegt. Die Vergabepflicht bezieht sich dabei auf sämtlich vom privaten Vertragspartner erbrachten Leistungen, das heißt Planungs-, Bau- und Finanzierungsleistungen.

Da insbesondere kommunale Grundstücksverkäufe mit Bauverpflichtung zuletzt mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung waren und von den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte eindeutig als vergabepflichtige Beschaffungsvorgänge eingestuft wurden, sind auch diese Geschäfte nur rechtsicher bei der Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens. Eine Abwendung von dieser Rechtsprechung ist in naher Zukunft nicht zu erwarten.



Dr. Daniela Hattenhauer und Carsten Steinert sind Rechtsanwälte in der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek.