

# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort .....</b>	<b>V</b>
<b>Inhalt .....</b>	<b>IX</b>
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
I. Einführung .....	1
II. Problemstellung .....	4
III. Gang der Untersuchung .....	6
<b>B. Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf städtebauliche Investorenverträge .....</b>	<b>9</b>
I. Anwendungsvoraussetzungen des GWB-Vergaberechts .....	9
II. Qualifikation städtebaulicher Investorenverträge als Bauauftrag bzw. Baukonzession .....	13
III. Berechnung des Auftragswertes .....	127
IV. Zusammenfassung .....	134
<b>C. Rechtsfolgen der »de-facto«-Vergabe von Investorenverträgen .....</b>	<b>135</b>
I. Allgemeines .....	135
II. Regelungen des Vergaberechts .....	136
III. Allgemeines Europa- und Vertragsrecht .....	159
IV. Zusammenfassung .....	181
<b>D. Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>183</b>
<b>Abkürzungen .....</b>	<b>187</b>
<b>Literatur .....</b>	<b>191</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>199</b>

VII

# Inhalt

<b>Vorwort . . . . .</b>	<b>V</b>
<b>Inhaltsübersicht . . . . .</b>	<b>VII</b>
<b>A. Einleitung . . . . .</b>	<b>1</b>
<i>I. Einführung . . . . .</i>	1
<i>II. Problemstellung . . . . .</i>	4
<i>III. Gang der Untersuchung . . . . .</i>	6
<b>B. Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf städtebauliche Investorenverträge . . . . .</b>	<b>9</b>
<i>I. Anwendungsvoraussetzungen des GWB-Vergaberechts . . . . .</i>	9
1. Grundlagen . . . . .	9
2. Öffentlicher Auftraggeber . . . . .	9
3. Öffentlicher Auftrag in Gestalt eines Bauauftrages bzw. einer Baukonzession . . . . .	10
a) Öffentlicher Auftrag . . . . .	10
b) Bauauftrag . . . . .	10
c) Baukonzession . . . . .	11
d) Verhältnis von Bauauftrag und Baukonzession . . . . .	12
4. § 100 Abs. 2 GWB . . . . .	12
5. Zusammenfassung . . . . .	12
<i>II. Qualifikation städtebaulicher Investorenverträge als Bauauftrag bzw. Baukonzession . . . . .</i>	13
1. Definitionsmerkmale . . . . .	13
2. Beschaffungselement (§§ 97 Abs. 1, 99 Abs. 1 GWB) . . . . .	14
a) Problemaufriss . . . . .	14
(1) Normative Grundlagen . . . . .	14
(2) Situation der Investorenverträge . . . . .	15
b) Erwerb von Eigentum oder einer vergleichbaren Rechtsposition im Rahmen des Beschaffungsbezuges erforderlich? . . . . .	17
(1) Pro . . . . .	17
(2) Contra . . . . .	18
c) Öffentlicher Auftraggeber muss »eigenen« Beschaffungsbedarf verfolgen? . . . . .	19
(1) Pro . . . . .	19
(2) Contra . . . . .	20
d) Verfolgung öffentlicher Interessen und Verfügungsgewalt ausreichend . . . . .	23
e) Konkreter Beschaffungszweck . . . . .	24

## Inhalt

f)	Eröffnung eines »staatlichen Sondermarktes« . . . . .	25
g)	Beschaffungsakt und Beschaffungszweck . . . . .	26
h)	Bauleistung muss dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen . . . . .	27
i)	Beschaffungselement im Rahmen der Baukonzession . . . . .	28
j)	Beschaffungselement insgesamt entbehrlich? . . . . .	29
k)	Beschaffungselement nach der Vergaberechtsreform . . . . .	30
l)	Zusammenfassung . . . . .	31
m)	Stellungnahme . . . . .	32
	(1) Beschaffungselement nicht entbehrlich . . . . .	32
	(2) Eigentumserwerb nicht erforderlich . . . . .	33
	(3) Erfordernis eines »eigenen« Beschaffungsbedarfes? . . . . .	35
	(i) »Eigener« Beschaffungsbedarf unter dem GWB erforderlich . . . . .	35
	(ii) Rechtslage unter der VKR . . . . .	36
	(iii) Schlussfolgerung . . . . .	37
	(4) Öffentliches Interesse und Verfügungsgewalt . . . . .	38
	(i) Zweigliedriger Beschaffungsbegriff . . . . .	38
	(ii) Verfügungskomponente . . . . .	39
	(iii) Interessenkomponente . . . . .	41
	(5) Unmittelbares wirtschaftliches Zugutekommen . . . . .	42
	(6) Weitere Auffassungen . . . . .	45
n)	Zwischenergebnis . . . . .	48
3.	Merkmal des Vertrages über Bauleistungen (§ 99 Abs. 1, 3 GWB) . . . . .	50
a)	Problemaufriss . . . . .	50
b)	Erfordernis einer Bauverpflichtung . . . . .	51
	(1) Contra Bauverpflichtung . . . . .	51
	(2) Pro Bauverpflichtung . . . . .	52
	(3) Weitergehend: Synallagma erforderlich? . . . . .	55
c)	Stellungnahme . . . . .	57
d)	Öffentlicher Bauauftrag in Gestalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages? . . . . .	61
e)	Zwischenergebnis . . . . .	62
4.	Entgeltlichkeit (§ 99 Abs. 1 GWB) . . . . .	63
a)	Allgemeines . . . . .	63
b)	Enger und weiter Entgeltbegriff . . . . .	63
c)	Berücksichtigung von Drittmitteln? . . . . .	65
d)	Bebauungsplan als vergaberechtliches Entgelt? . . . . .	68
e)	Grundstücksübertragung als vergaberechtliches Entgelt? . . . . .	69
f)	Entgeltlichkeit nur bei Diskriminierungsgefahr? . . . . .	69
g)	Stellungnahme . . . . .	71
	(1) Enger und weiter Entgeltbegriff . . . . .	71
	(2) Leistungen Dritter . . . . .	71
	(3) Bebauungsplan oder Baugenehmigung als Entgelt . . . . .	72
	(4) Übertragung des Grundstücks . . . . .	74
	(5) Teleologische Reduktion . . . . .	75
h)	Zwischenergebnis . . . . .	76
5.	Baukonzession (§ 99 Abs. 6 GWB) . . . . .	77
a)	Allgemeines . . . . .	77

b)	Befristung des Nutzungsrechts (§ 99 Abs. 6 GWB) . . . . .	78
(1)	Rechtslage unter dem GWB und unter der VKR . . . . .	78
(2)	Meinungsstand . . . . .	79
(3)	Stellungnahme . . . . .	81
c)	Charakter des Nutzungsrechts . . . . .	83
(1)	Nutzungsrecht kann in Grundstücksübertragung gesehen werden . . . . .	83
(2)	Grundstücksübertragung begründet kein Nutzungsrecht . . . . .	87
(3)	Vermittelnde Auffassungen . . . . .	90
(4)	Stellungnahme . . . . .	91
d)	Relevanz der Übernahme des wirtschaftlichen Risikos . . . . .	96
(1)	Ansätze . . . . .	96
(2)	Stellungnahme . . . . .	96
e)	Zwischenergebnis . . . . .	97
6.	Bebauung »für den öffentlichen Auftraggeber« (§ 99 Abs. 3 Var. 1, 2 GWB) . . . . .	98
a)	Rechtslage unter dem GWB und unter der VKR . . . . .	98
b)	Meinungsstand und Stellungnahme . . . . .	99
c)	Zwischenergebnis . . . . .	100
7.	Bauleistung durch Dritte (§ 99 Abs. 3 Var. 3 GWB) . . . . .	100
a)	Allgemeines . . . . .	100
b)	Bauleistung gemäß den Erfordernissen des Auftraggebers . . . . .	102
(1)	Bei Beschaffungsvorgang stets gegeben . . . . .	102
(2)	Mittelbares städtebauliches Interesse . . . . .	102
(i)	Ansatz . . . . .	102
(ii)	Kritik . . . . .	103
(3)	Planungsrechtliche Vorgaben nicht ausreichend . . . . .	104
(4)	Auftraggeber-Erfordernisse als Vertragsbestandteil . . . . .	106
(5)	Planungszeitpunkt . . . . .	107
(6)	Stellungnahme . . . . .	108
(i)	Inhaltliche und formale Anforderungen . . . . .	108
(ii)	Abweichende Auffassungen . . . . .	109
(iii)	Zeitpunkt . . . . .	110
c)	Unmittelbares wirtschaftliches Zugutekommen . . . . .	111
(1)	Rechtslage unter dem GWB . . . . .	111
(2)	Vereinbarkeit mit der VKR . . . . .	111
(3)	Stellungnahme . . . . .	112
d)	Zwischenergebnis . . . . .	114
8.	Teleologische Einschränkung des Anwendungsbereichs . . . . .	114
a)	Art. 34 VKR . . . . .	114
(1)	Ansatz . . . . .	114
(2)	Stellungnahme . . . . .	115
b)	§ 100 Abs. 2 lit. h GWB . . . . .	116
(1)	Ansatz . . . . .	116
(2)	Stellungnahme . . . . .	116
c)	Zwischenergebnis . . . . .	117
9.	Vergaberechtliche Einheit bei Auseinanderfallen von Grundstückskaufvertrag und Bauauftrag? . . . . .	117
a)	Problemaufriss . . . . .	117

## Inhalt

b)	Vergaberechtliche Einheit bei »Inhouse«-Geschäften . . . . .	118
(1)	Ansatz . . . . .	118
(2)	»Stadt Mödling«-Entscheidung des EuGH . . . . .	118
(3)	»Ragusa«-Entscheidung des EuGH . . . . .	119
(4)	Übertragung auf die Situation der Investorenverträge . . . . .	119
c)	Adaption für Investorenverträge durch Rechtsprechung und Literatur . . . . .	120
d)	Stellungnahme . . . . .	122
e)	Zwischenergebnis . . . . .	124
10.	Zusammenfassung . . . . .	124
<i>III.</i>	<i>Berechnung des Auftragswertes</i> . . . . .	127
1.	Allgemeines . . . . .	127
2.	Berücksichtigung von Drittmitteln? . . . . .	128
3.	Berücksichtigung des Grundstückspreises? . . . . .	129
4.	§ 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV analog bei Großprojekten? . . . . .	130
5.	Auftragswertberechnung anhand des Wertes des Nutzungsrechtes? . . . . .	131
6.	Stellungnahme . . . . .	131
a)	Drittmittel . . . . .	131
b)	Grundstückspreis . . . . .	132
c)	§ 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV analog . . . . .	133
d)	Wert des Nutzungsrechtes . . . . .	133
7.	Zwischenergebnis . . . . .	133
<i>IV.</i>	<i>Zusammenfassung</i> . . . . .	134
<b>C.</b>	<b>Rechtsfolgen der »de-facto«-Vergabe von Investorenverträgen</b> . . . . .	135
<i>I.</i>	<i>Allgemeines</i> . . . . .	135
<i>II.</i>	<i>Regelungen des Vergaberechts</i> . . . . .	136
1.	Regelungen des GWB . . . . .	136
2.	Vorgaben der RMR . . . . .	136
3.	Chronologische Ablaufdarstellung . . . . .	137
a)	Ansatz . . . . .	137
b)	Erste Phase: Vertragsschluss beabsichtigt . . . . .	137
c)	Zweite Phase: Vertrag abgeschlossen . . . . .	139
(1)	»de-facto«-Vergabe . . . . .	139
(2)	Feststellung im Nachprüfungsverfahren . . . . .	140
d)	Dritte Phase: Nachprüfungsverfahren eingeleitet . . . . .	142
4.	Rechtsfolgen . . . . .	143
a)	Allgemeines . . . . .	143
b)	Erste Phase: Rechtslage in der Schwebezzeit . . . . .	144
(1)	Normative Grundlagen . . . . .	144
(2)	Gesetzesmaterialien . . . . .	145
(3)	Literaturauffassungen . . . . .	145
(4)	Stellungnahme . . . . .	147
c)	Zweite Phase: Rechtsfolgen der Unwirksamkeit . . . . .	149
(1)	Allgemeines . . . . .	149
(2)	Unwirksamkeit inter partes oder inter omnes? . . . . .	149
(i)	Problemaufriss . . . . .	149

(ii) Stellungnahme . . . . .	150
(3) Unwirksamkeit auch des dinglichen Geschäfts? . . . . .	151
(4) Rückabwicklung . . . . .	152
(i) Allgemeines . . . . .	152
(ii) Vereinbarkeit von Bereicherungsrecht und Vergaberecht? . . . . .	153
(aa) Ansatz . . . . .	153
(bb) Faktisches Vertragsverhältnis? . . . . .	154
(cc) Stellungnahme . . . . .	154
5. Konsequenzen für Investorenverträge . . . . .	157
6. Zwischenergebnis . . . . .	158
<i>III. Allgemeines Europa- und Vertragsrecht</i> . . . . .	159
1. Europarecht . . . . .	159
a) Problemaufriss . . . . .	159
b) Vertragsverletzung durch »de-facto«-Vergaben? . . . . .	160
(1) Rechtsprechung des EuGH . . . . .	160
(2) Literaturauffassungen . . . . .	164
(3) Stellungnahme . . . . .	165
c) Rechtsfolgen: Umsetzung im nationalen Recht . . . . .	166
(1) Störung der Geschäftsgrundlage . . . . .	166
(2) Literaturauffassungen . . . . .	167
(3) Stellungnahme . . . . .	169
d) Bedeutung für Investorenverträge . . . . .	172
(1) Investorenvertrag noch nicht vollzogen . . . . .	172
(2) Investorenvertrag teilweise oder vollständig vollzogen . . . . .	173
2. Allgemeine Vorschriften des Vertragsrechts . . . . .	174
a) Allgemeines . . . . .	174
b) § 134 BGB . . . . .	175
(1) Meinungsstand . . . . .	175
(2) Stellungnahme . . . . .	177
c) § 138 Abs. 1 BGB . . . . .	178
(1) Anwendungsvoraussetzungen . . . . .	178
(2) Bedeutung für Investorenverträge . . . . .	179
3. Zwischenergebnis . . . . .	180
<i>IV. Zusammenfassung</i> . . . . .	181
<b>D. Zusammenfassung der Ergebnisse</b> . . . . .	183
<b>Abkürzungen</b> . . . . .	187
<b>Literatur</b> . . . . .	191
<b>Sachregister</b> . . . . .	199