

# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b> .....	V
<b>Inhalt</b> .....	IX
<b>A. Einleitung</b> .....	1
I. Einführung .....	1
II. Problemstellung .....	4
III. Gang der Untersuchung .....	6
<b>B. Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf städtebauliche Investorenverträge</b> .....	9
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> .....	135
I. Allgemeines .....	135
II. Regelungen des Vergaberechts .....	136
III. Allgemeines Europa- und Vertragsrecht .....	159
IV. Zusammenfassung .....	181
<b>D. Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	183
<b>Abkürzungen</b> .....	187
<b>Literatur</b> .....	191
<b>Sachregister</b> .....	199

# 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
II. <i>Problemstellung</i> .....	4
III. <i>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
II. <i>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

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 Grundstücks- kaufvertrag 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 Schwebezeit . . . . .	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
<b>III. Allgemeines Europa- und Vertragsrecht</b> .....	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
<b>IV. Zusammenfassung</b> .....	181
<b>D. Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	183
<b>Abkürzungen</b> .....	187
<b>Literatur</b> .....	191
<b>Sachregister</b> .....	199