

Rechtsgutachten
betreffend die Frage der „rechtlichen Zulässigkeit des § 15 Abs. 3 HG NW
unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots“

im Auftrag des Landtags Nordrhein-Westfalen

erstellt von
Professor Dr. Rainer Wernsmann
Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht,
insb. Finanz- und Steuerrecht
Universität Passau

Passau, den 25.2.2014

Dieses Gutachten hat der Parlamentarische Beratungs- und Gutachterdienst im Auftrag des Abgeordneten Herrn Christian Möbius MdL erstellen lassen. Das Gutachten wurde durch Herrn Möbius zur Veröffentlichung freigegeben.

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienstes des Landtags Nordrhein-Westfalen sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung - auch auszugsweise - ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	4
B. Fragestellung	6
C. Rechtliche Zulässigkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW	7
I. Verstoß von § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW gegen das Kartellvergaberecht.....	7
1. Ausschreibungspflicht aus § 101 Abs. 1 und 7 GWB	7
2. Anwendungsbereich des GWB	7
3. Ergebnis	19
II. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit Beihilfenrecht	20
III. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit weiterem primärem Unionsrecht (Grundfreiheiten).....	21
1. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Grundstücksveräußerungen durch die öffentliche Hand	21
2. Schutzbereich	23
3. Beeinträchtigung des Schutzbereichs	24
4. Rechtfertigung	26
IV. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 HG NW mit den Grundrechten des Grundgesetzes und der Landesverfassung.....	30
1. Vereinbarkeit mit Art. 12 GG (auch in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Verf NW)	30
2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG (auch in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Verf NW)	30
V. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 HG NW mit höherrangigem Haushaltsrecht	33
1. Haushaltsrechtliche Prüfungsmaßstäbe des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW	33
2. Haushaltsrechtliche Vorgaben nach der LHO für Grundstücksveräußerungen in NRW	34
3. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit der Ausschreibungspflicht der § 30 HGrG und § 55 LHO	35
4. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit den Bestimmungen über Zuwendungen (§§ 26, 14 HGrG, §§ 44, 23 LHO)	36
5. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 6 HGrG, § 7 LHO sowie Art. 86 Abs. 2 Verf NW)	36
6. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit dem Notwendigkeitsgrundsatz (§ 5 HGrG, § 6 LHO).....	44
D. Rechtliche Zulässigkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW	50
I. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit Kartellvergaberecht.....	50

1. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts.....	50
2. Ergebnis.....	55
II. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit EU-Beihilfenrecht (Art. 107 f. AEUV).....	56
III. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit weiterem primärem Unionsrecht (Grundfreiheiten).....	57
IV. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit Grundrechten	59
V. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit Haushaltsrecht	60
1. Ausschreibungspflicht (§ 30 HGrG, § 55 LHO)	60
2. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit dem Notwendigkeitsgrundsatz (§ 5 HGrG, § 6 LHO).....	60
3. Vereinbarkeit mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz (§ 6 HGrG, § 7 LHO sowie Art. 86 Abs. 2 Verf NW).....	61
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	63
I. Rechtmäßigkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW	63
II. Rechtmäßigkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW	66

A. Sachverhalt

Mit dem Haushaltsgesetz 2013 wurde § 15 Abs. 3 des nordrhein-westfälischen Haushaltsgesetzes (HG NW) eingefügt, der die Veräußerung von Grundstücken des Landes Nordrhein-Westfalen betrifft. Dieser lautet:

„Mit Zustimmung des Haushalts- und Finanzausschusses dürfen Grundstücke

1. direkt und ohne öffentliches Ausschreibungsverfahren auf der Grundlage einer gutachterlichen Wertermittlung

a) an Gemeinden und Gemeindeverbände oder mehrheitlich kommunale Gesellschaften für die Erfüllung kommunaler Zwecke oder für die Errichtung von öffentlich gefördertem Wohnraum im Sinne des Wohnraumförderungsgesetzes (WoFG) oder

b) an Studentenwerke (Anstalten öffentlichen Rechts) für deren gesetzlich festgelegte Zwecke, insbesondere für die Errichtung von studentischem Wohnraum oder

2. im öffentlichen Ausschreibungsverfahren

a) unter Beschränkung auf Bieter, die sich vertraglich zur Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben verpflichten oder

b) mit der Auflage, dass in angemessenem Umfang öffentlich geförderter Wohnraum errichtet wird

veräußert werden.“

Während § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW also die ausschreibungsfreie Veräußerung an bestimmte juristische Personen des öffentlichen Rechts und mehrheitlich kommunale Unternehmen regelt, sieht § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW eine Veräußerung von Grundstücken auf der Grundlage einer Ausschreibung vor, ohne eine Einschränkung hinsichtlich des Kreises potentieller Erwerber vorzunehmen. Beiden Nummern gemeinsam ist die Verfolgung bestimmter im öffentlichen Interesse liegender Zwecke durch den Erwerber.

Die Regelung war indessen nicht unumstritten. Im Haushalts- und Finanzausschuss wurden Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot geäußert.¹ § 15 Abs. 3 HG

¹ So die Äußerung des Abgeordneten Dr. Optendrenk (CDU) in der Sitzung des Haushalts- und Finanzausschusses am 14.3.2013, vgl. APr 16/203, S. 40 f.

NW könne dazu führen, dass Grundstücksveräußerungen nicht so vorgenommen werden, wie es am wirtschaftlichsten wäre, sondern so, wie es vielleicht städtebaulich als besonders sinnvoll angesehen werde.²

Im Zuge der Verabschiedung des Haushaltsgesetzes 2014 wurde von der CDU-Fraktion und der Fraktion der Piraten vorgeschlagen, § 15 Abs. 3 HG NW dahingehend zu ändern, dass die Veräußerung von Grundstücken stets auf der Grundlage einer Ausschreibung erfolge, dafür aber der Kreis potentieller Erwerber nicht näher bestimmt werde.³ Der Antrag wurde von den Fraktionen der SPD und Grünen abgelehnt. Auch der daraufhin von CDU, FDP und Piraten gestellte Antrag, § 15 Abs. 3 HG NW ersatzlos zu streichen⁴, wurde abgelehnt. Im Haushaltsgesetz 2014 ist § 15 Abs. 3 HG NW daher mit Ausnahme kleinerer redaktioneller Änderungen unverändert übernommen worden.

² APr 16/203, S. 40.

³ LT-Drucks. 16/4400 Neudruck, S. 15.

⁴ LT-Drucks. 16/4600, S. 24.

B. Fragestellung

In dem Gutachten soll auf die Frage der rechtlichen Zulässigkeit des § 15 Abs. 3 HG NW unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots eingegangen werden. Als Prüfungsmaßstäbe werden das Kartellvergaberecht des Bundes (C I, D I), das EU-Beihilfenrecht (C II, D II), die EU-rechtlich verbürgten Grundfreiheiten (C III, D III), die Grundrechte des Grundgesetzes und der Landesverfassung NRW (C IV, D IV) sowie das Haushaltsrecht (Haushaltsgrundsätzegezet und Landesverfassung NRW; C V, D V) herangezogen.

C. Rechtliche Zulässigkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW

I. Verstoß von § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW gegen das Kartellvergaberecht

1. Ausschreibungspflicht aus § 101 Abs. 1 und 7 GWB

Gemäß § 101 Abs. 1 GWB erfolgt die Vergabe von öffentlichen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen in offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren oder im Verhandlungsverfahren. Offene Verfahren sind in § 101 Abs. 2 GWB als Verfahren definiert, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. § 101 Abs. 7 Satz 1 GWB schreibt für die Vergabe öffentlicher Aufträge regelmäßig das offene Verfahren vor, das einer öffentlichen Ausschreibung entspricht.⁵ Ausnahmen sind in § 101 Abs. 7 Sätze 2 und 3 GWB vorgesehen für Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind sowie bei verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen. Da diese Fallgruppen in den Fällen des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW nicht einschlägig sind, wäre ein offenes Verfahren durchzuführen, wenn der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB eröffnet ist. Damit stünde es im Widerspruch, dass § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW die Veräußerung der Grundstücke ohne eine vorherige Ausschreibung, also im Wege der Direktvergabe zulässt. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob der Verkauf öffentlicher Grundstücke in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt.

2. Anwendungsbereich des GWB

Das Kartellvergaberecht findet Anwendung, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag vergibt, der die Schwellenwerte übersteigt und keine Ausnahme nach den §§ 100 Abs. 2-8, 100a, 100b und 100c GWB einschlägig ist. Das dürfte in Fällen der Grundstücksveräußerung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW regelmäßig nicht der Fall sein.

a) Ausnahme aufgrund gesetzlicher Anordnung

Zunächst ist festzustellen, dass keine der gesetzlichen Ausnahmen von der Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB einschlägig ist.

§ 100 Abs. 5 Nr. 1 GWB betrifft nur den Erwerb, nicht aber die hier in Frage stehende Veräußerung von Grundstücken. Die Norm findet Anwendung, wenn gleichsam die Perspektive gewechselt und die Frage aufgeworfen wird, ob die in § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW als potentielle Erwerber aufgeführten Gemeinden, Gemeindeverbände, mehrheitlich kommunalen Unter-

⁵ Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Aufl. 2014, S. 80.

nehmen und Studentenwerke vor dem Erwerb eines Grundstücks des Landes eine Ausschreibung vornehmen müssen.

Ebenfalls nicht einschlägig ist die in § 100a Abs. 3 GWB enthaltene Ausnahme, wonach das Vergaberecht keine Anwendung auf bestimmte Verträge findet, die mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr. 1-3 GWB geschlossen werden. Sie betrifft nur die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

Gemäß § 99 Abs. 1 GWB ist ein Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen erforderlich. Die RL 2004/18/EG fordert in Art. 1 Abs. 1 lit. a einen Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem oder mehreren anderen Wirtschaftsteilnehmern.

Öffentliche Auftraggeber sind nach § 98 Nr. 1 GWB u. a. Gebietskörperschaften. Als Gliedstaat der Bundesrepublik Deutschland (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Verf NW) ist das Land Nordrhein-Westfalen eine Gebietskörperschaft und daher öffentlicher Auftraggeber.

Andererseits müssten die in § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW genannten potentiellen Erwerber des Grundstücks Unternehmen sein. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH können auch juristische Personen des öffentlichen Rechts „Wirtschaftsteilnehmer“⁶ im Sinne von Art. 1 Abs. 8 RL 2004/18/EG sein, und zwar selbst dann, wenn sie ebenfalls öffentlicher Auftraggeber sind und daher selbst an das Vergaberecht gebunden sind.⁷ Der Einordnung als Unternehmer steht auch nicht entgegen, dass die betreffende Einrichtung nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstrebt, nicht unternehmerisch strukturiert ist oder nicht ständig auf dem Markt tätig ist.⁸

Ausnahmen sind nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings bei zwei Arten von Aufträgen zu machen:

⁶ Der unionsrechtliche Begriff des Wirtschaftsteilnehmers umfasst den des Unternehmers (vgl. Art. 1 Abs. 8 RL 2004/18/EG) und ist insofern für die Auslegung des nationalen Rechts entscheidend. Dadurch erlangt auch die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH Bedeutung.

⁷ EuGH, Urt. v. 18.1.2007, Rs. C-220/05, Auroux u.a., Slg 2007, I-385 Rn. 35; EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, NZBau 2013, 114 (115); EuGH, Urt. v. 13.6.2013, Rs. C-386/11, Piepenbrock, NZBau 2013, 522 (523); Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Aufl. 2014, S. 62; Wegener, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 99 GWB Rn. 9.

⁸ EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, NZBau 2013, 114 (115); EuGH, Urt. v. 13.6.2013, Rs. C-386/11, Piepenbrock, NZBau 2013, 522 (523).

(1) Das eine sind die sog. „In-House-Geschäfte“. Ein solches ist dann gegeben, wenn der öffentliche Auftraggeber über den Vertragspartner eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, der seine Anteile innehat.⁹ Dann fehle es an einem Vertragschluss zwischen zwei verschiedenen Personen.¹⁰

Ein solches „In-House-Geschäft“ kommt in den Fällen des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW nicht in Betracht. Soweit als potentielle Grundstückserwerber Gemeinden, Gemeindeverbände oder Studentenwerke genannt sind, sind diese selbstständige juristische Personen des öffentlichen Rechts, über die das Land NRW keine Kontrolle ausüben kann. In Bezug auf die Gemeinden und Gemeindeverbände verbietet dies schon die verfassungsrechtlich abgesicherte Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 Sätze 1 und 2 GG; Art. 78 Abs. 1 Verf NW). Die in § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a HG NW aufgeführten kommunalen Gesellschaften können auch in privatrechtlichen Rechtsformen geführt werden (vgl. § 108 Abs. 1 GO NRW). Da § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a HG NW aber gleichzeitig das Erfordernis aufstellt, dass es sich um mehrheitlich kommunale Gesellschaften handeln muss, scheidet eine wesentliche Beteiligung durch das Land NRW und damit eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus.

(2) Daneben sind auch solche Verträge aus dem Anwendungsbereich der RL auszunehmen, mit denen eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Aufgabe vereinbart wird.¹¹ Eine Unanwendbarkeit der unionsrechtlichen Vergabevorschriften setzt hier voraus, dass die Verträge ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen, also ohne die Beteiligung Privater, geschlossen werden, dass kein privater Dienstleistungserbringer besser gestellt wird als seine Wettbewerber und dass die im Vertrag vereinbarte Zusammenarbeit nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.¹²

⁹ EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, Teckal, Slg 1999, I-8121 Rn. 50; EuGH, Urt. v. 11.1.2005, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Lochau, Slg 2005, I-1 Rn. 49; EuGH, Urt. v. 9.6.2009, Rs. C-480/06, Kommission / Deutschland, Slg 2009, I-4747 Rn. 34.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 18.11.1999, C-107/98, Teckal, Slg 1999, I-8121 Rn. 49; nach a. A. fallen die In-House-Geschäfte aus dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts heraus, weil der Vertragspartner hier nicht als „Unternehmer“ i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB handele, vgl. *Hertwig*, NZBau 2013, 278 (281). Für das Ergebnis – Unanwendbarkeit des Kartellvergaberechts – ergeben sich aus dieser unterschiedlichen dogmatischen Verortung der Ausnahme allerdings keine Konsequenzen.

¹¹ EuGH, Urt. v. 9.6.2009, Rs. C-480/06, Kommission / Deutschland, Slg 2009, I-4747 Rn. 37 ff.; EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, NZBau 2013, 114 (115); EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, C-197/11, C-203/11, Libert u. a., NZBau 2013, 446 (453).

¹² EuGH, Urt. v. 9.6.2009, Rs. C-480/06, Slg 2009, Kommission / Deutschland, I-4747 Rn. 47; EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, NZBau 2013, 114 (115).

Aus dem Erfordernis eines Vertragsschlusses ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ergibt sich, dass diese Ausnahme jedenfalls dann nicht eingreifen kann, wenn der Vertrag – wie nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW zulässig – mit einem kommunalen Unternehmen abgeschlossen wird, das zwar mehrheitlich, aber nicht ausschließlich in öffentlicher Hand ist.

An der Erfüllung einer allen Beteiligten obliegenden Aufgabe fehlt es, wenn die Grundstücke mit dem Ziel der Erfüllung kommunaler Zwecke veräußert werden. In diesen Fällen wird eben keine gemeinsame, sondern eine kommunale Aufgabe wahrgenommen.

Damit bleibt allein die Veräußerung eines Grundstücks an Gemeinden, Gemeindeverbände oder ausschließlich kommunale Gesellschaften für die Errichtung von öffentlich gefördertem Wohnraum im Sinne des Wohnraumförderungsgesetzes (WoFG)¹³. Gemäß § 4 Abs. 1 WFNG NRW wirken das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände bei der sozialen Wohnraumförderung zusammen. Es handelt sich also um eine gemeinsame Aufgabe im Sinne der Rechtsprechung des EuGH. Diese Aufgabe ist auch eine solche, die im Allgemeinwohl liegt.¹⁴ Da die Gemeinden, Gemeindeverbände ihrerseits als öffentliche Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB angesehen werden können, wären sie bei einer Delegation der Bauarbeiten an Subunternehmer ebenfalls an das Vergaberecht gebunden, so dass argumentiert werden kann, dass auch keine Besserstellung von Privaten zu erwarten ist.¹⁵ Insofern ist davon auszugehen, dass Grundstücksverkäufe nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW an Gemeinden oder Gemeindeverbände mit dem Ziel der Errichtung von öffentlich gefördertem Wohnraum keine öffentlichen Aufträge im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB darstellen.

Fraglich ist, ob auch die Verträge nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. b HG NW über die Veräußerung von Grundstücken an Studentenwerke, insbesondere zum Zwecke der Errichtung studentischen Wohnraums, vom Anwendungsbereich des § 99 GWB auszunehmen sind. Auch die Aufgaben des Studentenwerks (vgl. § 2 StWG) wird man als Gemeinwohlaufgaben einordnen können. Problematischer ist die Frage, ob davon ausgegangen werden kann, dass es sich bei der Errichtung studentischen Wohnraums um eine dem Land und den Studentenwerken gemeinsam obliegende Aufgabe handelt. Streng formal könnte man argumentieren, dass das

¹³ Im Zuge der Föderalismusreform I (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006) ist die Gesetzgebungskompetenz für den sozialen Wohnungsbau auf die Länder übergegangen. Die bundesrechtliche Regelung gilt nur insoweit fort, bis die Länder ein eigenes Gesetz erlassen haben (Art. 125a Abs. 1 GG). Dies ist in Nordrhein-Westfalen durch den Erlass des WFNG geschehen. Da das WoFG in NRW somit keine Geltung mehr beansprucht, ist anzunehmen, dass hier auf das WFNG verwiesen werden sollte.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 1.10.2009, Rs. C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, Slg 2009, I-9021 Rn. 29 f.

¹⁵ Der EuGH scheint hier allerdings einen strengen Maßstab anzulegen. EuGH, Urt. v. 19.12.2012, Rs. C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, NZBau 2013, 114 (116).

Land sich dieser Aufgaben durch die Übertragung auf die Studentenwerke entledigt hat.¹⁶ Gegen eine Einbeziehung dieser Verträge in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts spricht allerdings, dass das Land sie auch selbst erfüllen könnte. In der Literatur wird daher vertreten, dass Aufgabenübertragungen auf einen anderen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1, 2 GWB vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht erfasst seien.¹⁷ Dies liegt auf einer Linie mit der Begründung des EuGH für die Ausklammerung interkommunaler Kooperationen aus dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Danach soll das Unionsrecht die öffentlichen Auftraggeber bei der Wahl der Rechtsform, in der sie ihre öffentlichen Aufgaben erfüllen, nicht beschränken.¹⁸ Soweit ersichtlich, waren öffentliche Auftragsvergaben zwischen einer Gebietskörperschaft und einer durch diese gesetzlich gebildete juristische Person des öffentlichen Rechts noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH. Zuletzt hat der EuGH für die Behandlung von Verträgen zwischen verschiedenen Hoheitsträgern einen strengen Maßstab angelegt.¹⁹ Insbesondere wurde die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe von einer Gebietskörperschaft auf eine andere als ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag angesehen, wenn nicht die Voraussetzungen des In-House-Geschäfts oder eine gemeinsame Aufgabenerfüllung vorliegen. Eine weitere Ausnahme von der Ausschreibungspflichtigkeit öffentlicher Aufträge für delegierende Vereinbarungen zwischen verschiedenen öffentlichen Auftraggebern hat der EuGH also – entgegen Teilen des nationalen Schrifttums²⁰ und der nationalen Rechtsprechung²¹ – nicht anerkannt.²² Auf dieser Grundlage kann derzeit nicht eindeutig beantwortet werden, ob ein Studentenwerk als ein gegenüber dem Land anderer Wirtschaftsteilnehmer im Sinne der Rechtsprechung des EuGH einzuordnen ist.

c) Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht erfordert die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB die Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Der Begriff des öffentlichen Auftrags wird in § 99 Abs. 1 GWB definiert als ein entgeltlicher Vertrag von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

¹⁶ In diese Richtung: *Geitel*, NVwZ 2013, 765 (768).

¹⁷ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 99 GWB Rn. 47.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 9.06.2009, Rs. C-480/06, Kommission / Deutschland, Slg 2009, I-4747 Rn. 47.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 13.6.2013, Rs. C-386/11, Piepenbrock, NVwZ 2013, 931.

²⁰ *Burgi*, NZBau 2005, 208 (210); *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl. 2011, S. 62.

²¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.6.2006 – VII-Verg 17/06, Verg 17/06, NZBau 2006, 662 (664).

²² EuGH, Urt. v. 13.6.2013, Rs. C-386/11, Piepenbrock, NVwZ 2013, 931 (932).

Gemäß § 99 Abs.1 GWB muss der Vertrag die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, betreffen. Unabhängig von der Form der Leistung ist danach eine Beschaffungsmaßnahme durch den öffentlichen Auftraggeber erforderlich. Dieser muss also auf der nachfragenden Seite stehen und darf nicht als anbietender Akteur auftreten.²³ Erstreckt sich die Tätigkeit der öffentlichen Hand lediglich darauf, ein bebautes oder unbebautes Grundstück zu verkaufen, so stellt dies keinen Beschaffungsvorgang im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB dar, so dass sich eine Ausschreibungspflicht aus dem GWB nicht ergibt.²⁴

Die Veräußerung eines Grundstücks durch einen öffentlichen Auftraggeber kann jedoch dem Regime des Kartellvergaberechts unterfallen, wenn mit ihr gleichzeitig ein Beschaffungszweck verfolgt wird (sog. eingekapselter Beschaffungsvorgang).²⁵ In diesem Fall unterliegt das Gesamtgeschäft den Vorgaben des Vergaberechts.²⁶ So kann die Veräußerung eines Grundstücks die Beschaffung einer Bauleistung darstellen, wenn sich der Erwerber in zeitlichem und inhaltlichem Zusammenhang mit der Veräußerung verpflichtet, das Grundstück zu bebauen.²⁷ Bezogen auf den hier in Frage stehenden § 15 Abs. 3 HG NW kommt dies in Betracht, wenn die Veräußerung eines Grundstücks nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a Var. 2 HG NW – also an Gemeinden, Gemeindeverbände oder mehrheitlich kommunale Gesellschaften – für die Errichtung von öffentlich gefördertem Wohnraum im Sinne des Wohnraumförderungsgesetzes erfolgt oder nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. b HG NW zwecks Errichtung studentischen Wohnraums.

Unter welchen Umständen die Veräußerung eines Grundstücks durch die öffentliche Hand mit Errichtungsverpflichtung für den Erwerber einen öffentlichen Auftrag darstellt, wurde in der Vergangenheit kontrovers diskutiert. Das OLG Düsseldorf hatte in mehreren Entscheidungen die Anforderungen an das Merkmal einer Beschaffung sehr niedrig angesetzt und dieses letztlich weitgehend in Frage gestellt (sog. Ahlhorn-Rechtsprechung).²⁸ Danach sollte weder erforderlich sein, dass der öffentliche Auftraggeber das Bauwerk körperlich erlangt, noch dass

²³ BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 – Verg 9/00, NZBau 2002, 108; BayObLG, Beschl. v. 04.2.2002 – Verg 1/02, BayVBl 2003, 26; VK Brandenburg, Beschl. v. 15.2.2008 – VK 2/08, NZBau 2008, 344K; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 99 GWB Rn. 42.

²⁴ Allgemeine Meinung. Vgl. EuGH v. 25.3. 2010, Rs. C-451/08, Helmut Müller, Slg 2010, I-2673 Rn. 41; BGH v. 22.2.2008 – V ZR 56/07, BauR 2008, 1308 (1309); OLG München, v. 27.9.2011 – Verg 15/11, NZBau 2012, 134 (135); Harms/Schmidt-Wottrich, LKV 2011, 537 (539); Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Aufl. 2014, S. 43; Regler, MittBayNot 2008, 475 (477); Seidler, NZBau 2010, 552 f.

²⁵ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 99 GWB Rn. 48.

²⁶ Müller-Wrede/Kaelble (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 70; Otting, NJW 2010, 2167 (2168).

²⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2010 – VII-Verg 25/08, Verg 25/08 –, juris).

²⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07, Verg 2/07, NZBau 2007, 530 (531); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2008 – VII-Verg 37/07, Verg 37/07, NZBau 2008, 271 (274).

er ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse daran hat.²⁹ Diese Rechtsprechung wurde im Zuge der Entscheidung des EuGH in der Rs. „Helmut Müller“³⁰ aufgegeben. Der Europäische Gerichtshof konkretisierte hier die Anforderungen, die an die Auslegung des Begriffs des öffentlichen Bauauftrages zu stellen sind. Ein Bauauftrag kann demnach nur angenommen werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- (1) Der Auftraggeber muss eigene wirtschaftliche Vorteile verfolgen,
- (2) es muss eine einklagbare Pflicht zur Erbringung der Bauleistung vereinbart werden,
- (3) der öffentliche Auftraggeber muss die Bauleistung entscheidend mitbestimmen,
- (4) der öffentliche Auftraggeber muss eine Gegenleistung in Geld erhalten oder ihm muss ein befristetes Nutzungsrecht eingeräumt werden.

Zu (1): Unmittelbares wirtschaftliches Interesse

Wann die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt, hat der EuGH in der Rs. Helmut Müller konkretisiert.³¹ Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers ist danach in den folgenden fünf Fällen anzunehmen:

- (a) Es ist vorgesehen, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks wird, die bzw. das Gegenstand des Auftrags ist.
- (b) Es ist vorgesehen, dass der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt.
- (c) Der öffentliche Auftraggeber kann aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks Vorteile ziehen.
- (d) Der öffentliche Auftraggeber ist an der Erstellung des Bauwerks finanziell beteiligt.
- (e) Der öffentliche Auftraggeber trägt die Risiken eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks.

In Betracht kommt hier (d), also eine finanzielle Beteiligung des Landes NRW an der Erstellung des Bauwerks. Eine solche finanzielle Beteiligung wird überwiegend dann angenommen, wenn das Grundstück dem Erwerber unter einem Preisnachlass verkauft wird.³² Das ist wiederum insbesondere dann der Fall, wenn das Grundstück unter seinem Marktwert veräußert

²⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2008 – VII-Verg 37/07, Verg 37/07,

³⁰ EuGH v. 25.3. 2010, Rs. C-451/08, Helmut Müller, Slg 2010, I-2673.

³¹ EuGH v. 25.3. 2010, Rs. C-451/08, Helmut Müller, Slg 2010, I-2673 Rn. 49 ff.

³² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.6.2010 – Verg 9/10, VII-Verg 9/10, NZBau 2010, 580 (581); OLG Schleswig, Beschl. v. 15.3.2013 – 1 Verg 4/12, NZBau 2013, 453 (457); *Bank*, BauR 2012, 174 (178); *Lamm*, KommJur 2010, 161 (165).

wird.³³ Für die Ermittlung des Marktwertes kann nach der Rechtsprechung die „Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“³⁴ entsprechend herangezogen werden.³⁵ Zwar betrifft diese eigentlich die Frage, wann durch eine Grundstücksveräußerung der öffentlichen Hand eine Subvention im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV gewährt wird. Die Regeln über die Ermittlung des Marktwerts können aber nach herrschender Meinung auch auf die vergaberechtliche Problematik angewendet werden.³⁶

Aus der Mitteilung geht hervor, dass die Kommission regelmäßig keine Veräußerung unter Marktwert annimmt, wenn ein hinreichend publiziertes, allgemeines und bedingungsfreies Bietverfahren durchgeführt und das Grundstück an den Meistbietenden verkauft wird. Dieses Verfahren, das einer Ausschreibung entspricht, ist in den Fällen einer Grundstücksveräußerung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW gerade ausgeschlossen.

Daneben kann der Nachweis einer Veräußerung zum Marktwert durch eine unabhängige Bewertung durch (einen) unabhängige(n) Sachverständige(n) für Wertermittlung auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards beigebracht werden.³⁷ Der so ermittelte Wert stellt den Mindestpreis dar, zu dem das Grundstück verkauft werden kann.

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW sieht vor, dass der Veräußerung der Grundstücke eine Wertermittlung durch Sachverständigengutachten vorauszugehen hat. Aus dem Gesetzestext wird allerdings nicht deutlich, welche Rolle dieses Wertgutachten bei der Veräußerung des Grundstücks spielen soll. Als „Grundlage“ der Veräußerung könnte es einerseits als bloße Verhandlungsbasis anzusehen sein. Andererseits könnte der gutachterlich ermittelte Wert auch den Mindestkaufpreis darstellen, zu dem das Grundstück verkauft werden darf. Angesichts des unklaren Wortlauts ist die Norm auszulegen. § 63 Abs. 3 Satz 1 Landeshaushaltsordnung NRW (LHO) sieht vor, dass Vermögensgegenstände des Landes nicht unter ihrem „vollen Wert“ veräußert werden dürfen. Von diesem Verbot können zwar gemäß § 63 Abs. 3 Satz 2 LHO Ausnahmen u. a. im Haushaltsgesetz vorgesehen werden. Es ist jedoch nicht davon aus-

³³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.6.2010 – Verg 9/10, VII-Verg 9/10, NZBau 2010, 580 (581); VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 12.1.2011 – 1 VK 67/10, Mitt NWStGB 2011, 144; *Harms/Schmidt-Wottrich*, LKV 2011, 537 (539); *Greim*, ZfBR 2011, 126 (132); *Weyand*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 99 Rn. 173; zweifelnd OLG München, Beschl. v. 27.9.2011 – Verg 15/11, NZBau 2012, 134 (136).

³⁴ ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3 ff.

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.6.2010 – Verg 9/10, VII-Verg 9/10, NZBau 2010, 580 (581); Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 15.3. 2013 – 1 Verg 4/12, NZBau 2013, 453 (457).

³⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.6.2010 – Verg 9/10, VII-Verg 9/10, NZBau 2010, 580 (581).

³⁷ ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 4.

zugehen, dass dies mit § 15 Abs. 3 HG NW geschehen sollte. § 15 Abs. 2 HG NW, der eine Ausnahme von dem Verbot der Veräußerung von Vermögensgegenständen unter Marktwert enthält, bringt dies ausdrücklich zum Ausdruck („Gemäß § 63 Absatz 3 Satz 2 Landeshaushaltsordnung wird zugelassen“). Es ist daher anzunehmen, dass auch in § 15 Abs. 3 HG NW ausdrücklich auf § 63 Abs. 3 Satz 2 LHO Bezug genommen worden wäre, wenn eine weitere Ausnahme dieses Verbots hätte begründet werden sollen. Da der volle Wert im Sinne des § 63 Abs. 3 Satz 1 LHO nach herrschender Meinung dem Verkehrs- oder Marktwert des Grundstücks entspricht³⁸, wird also gleichzeitig den Vorgaben der EU-Kommission genügt. Mangels finanzieller Beteiligung an dem Bauwerk fehlt es bei einer Veräußerung nach § 15 Abs. 3 HG NW an einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des Landes an der Durchführung der Baumaßnahmen durch den Grundstückserwerber.

Zu (2): Begründung einer einklagbaren Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistung

Weiterhin setzt ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des Art. 1 Abs. 2 lit. a der RL 2004/18/EG nach der Rechtsprechung des EuGH voraus, dass der Auftragnehmer, also der Erwerber des Grundstücks, direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt.³⁹ Dies entnimmt der EuGH dem Merkmal der Entgeltlichkeit, das nach Art. 1 Abs. 2 lit. a der RL 2004/18/EG und auch gemäß § 99 Abs. 1 GWB Merkmal eines öffentlichen Auftrages ist. Nach wohl überwiegender Meinung ist das Merkmal der Einklagbarkeit so zu verstehen, dass eine gerichtlich durchsetzbare Bauverpflichtung des Erwerbers bestehen muss.⁴⁰ Nach anderer Ansicht soll dagegen ausreichen, wenn ein Verstoß gegen die Verpflichtung durch eine Vertragsstrafe, ein Rücktritts- oder ein Wiederkaufsrecht sanktioniert wird.⁴¹

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW enthält – anders als § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW, der ausdrücklich eine vertragliche Verpflichtung des Erwerbers fordert – keine Angaben darüber, wie das Land NRW sicherzustellen hat, dass der Erwerber des Grundstücks dieses zweckentsprechend ver-

³⁸ VV zu § 63 LHO NW Nr. 1; *Rabenschlag*, in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 63 Rn. 14; *Wernsmann*, in: Gröpl, BHO/LHO, § 63 Rn. 6.

³⁹ EuGH v. 25.3. 2010, Rs. C-451/08, Helmut Müller, Slg 2010, I-2673 Rn. 62; anders noch zuvor das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.5.2008 – VII-Verg 27/08, Verg 27/08, ZfBR 2008, 820 (821); kritisch im Hinblick auf dieses Erfordernis *Kühling*, NVwZ 2010, 1257 (1259 f.).

⁴⁰ *Gartz*, NZBau, 2010, 293 (296); *Vetter/Bergmann* NVwZ 2010, 569 (570); *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 99 Rn. 169; *Greim*, ZfBR 2011, 126 (131) differenziert zwischen Rücktritts- und Wiederkaufsrechten, die nicht als einklagbare Verpflichtung anzusehen sein sollen und einer Vertragsstrafe, die eine Einklagbarkeit begründe.

⁴¹ *Kühling*, NVwZ 2010, 1257 (1259).

wendet. In der Gesetzesbegründung heißt es: „Zur Sicherstellung der genannten Veräußerungszwecke sollen diese im Veräußerungsvertrag mit Wertbesserungs- und Rückfallklauseln unterlegt werden“.⁴² Jedenfalls bei der Vereinbarung einer Rückfallklausel, die in ihrer Wirkungsweise einem Rücktritt entsprechen dürfte, wäre nach der zweiten Ansicht wohl das Erfordernis einer rechtlich einklagbaren Verpflichtung im Sinne der Entscheidung des EuGH erfüllt. Die Gesetzesbegründung entfaltet indes keine Bindungswirkung. Sie kann allenfalls für die Auslegung der Norm herangezogen werden. Insoweit ist auch die Systematik der Norm zu beachten. Aus einem Umkehrschluss zu der ausdrücklichen Regelung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW lässt sich wohl folgern, dass es einer Verpflichtung im Vertrag nicht zwangsläufig bedarf. Dies spricht meines Erachtens dafür, dass es regelmäßig an einer einklagbaren Verpflichtung fehlt. Gegen eine Subsumtion von Vertragsstrafen und Rücktrittsrechten unter dieses Merkmal spricht entscheidend, dass der Gerichtshof von den Vorschlägen aus dem Schlussantrag des Generalanwalts Mengozzi abgewichen ist, auch die Auflösung des Vertrages oder die Vergabe an einen anderen Auftragnehmer gepaart mit einem Schadensersatzanspruch gegen den ersten Auftragnehmer genügen zu lassen^{43, 44}. Selbst wenn der gegenteiligen Ansicht gefolgt würde, führt dies allerdings nicht zwangsläufig zur Unionsrechtswidrigkeit der Vorschrift. Da die Gesetzesbegründung nicht verbindlich ist, ließe sich § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW jedenfalls richtlinienkonform so auslegen, dass es einer einklagbaren Verpflichtung nicht bedarf.

Zu (3): Entscheidende Einflussnahme des öffentlichen Auftraggebers auf die Bauleistung

§ 99 Abs. 3 Var. 3 GWB fordert für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages ferner, dass die Bauleistung entsprechend den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen erbracht wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH hat ein öffentlicher Auftraggeber seine Erfordernisse in diesem Sinne genannt, wenn er Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf ihre Konzeption auszuüben.⁴⁵ In der Literatur wird dies teilweise dahingehend konkretisiert, dass der öffentliche Auftraggeber „bauherrenüblichen Einfluss“ genommen haben muss.⁴⁶ Nicht ausreichend soll

⁴² LT-Drucks. 16/2300, S. 160.

⁴³ EuGH, Schlussanträge v. 17.11.2009, Rs. C-451/08, Helmut Müller, Rn. 79 f.

⁴⁴ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 99 Rn. 169.

⁴⁵ EuGH v. 25.3. 2010, Rs. C-451/08, Helmut Müller, Slg 2010, I-2673 Rn. 67.

⁴⁶ Kühling, NVwZ 2010, 1257 (1260).

es jedenfalls sein, wenn die Erfordernisse nicht bauwerks-, sondern rein nutzungsbezogen oder sozialpolitisch motiviert sind.⁴⁷

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW enthält keine konkreten Angaben darüber, in welcher Weise der öffentliche Auftraggeber Einfluss auf die Bauleistung nimmt. Vorgaben werden lediglich im Hinblick auf die mit dem Gebäude zu erfüllenden Zwecke gemacht. Ob es für das Merkmal der entscheidenden Einflussnahme ausreicht, dass der öffentliche Auftraggeber die Befugnis ausübt, sicherzustellen, dass das zu errichtende Bauwerk einem öffentlichen Interesse entspricht, wurde vom EuGH als Frage aufgeworfen, aber nicht beantwortet.⁴⁸ Jedenfalls ließe sich die Norm so auslegen, dass eine Einflussnahme, die einem bauherrenähnlichen Einfluss entspricht, nicht ausgeübt wird. Für eine solche richtlinienkonforme Auslegung besteht allerdings kein Bedürfnis, da ein öffentlicher Bauauftrag regelmäßig schon am Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses oder jedenfalls der Entgeltlichkeit (dazu sogleich) scheitert.

Zu (4): Entgeltlichkeit

Aus dem Erfordernis der Entgeltlichkeit des öffentlichen Auftrags (§ 99 Abs. 1 GWB) folgt, dass sich der öffentliche Auftraggeber zu einer Gegenleistung für die Erbringung der Bauleistung verpflichten muss.⁴⁹ In Betracht kommt zunächst die Zahlung einer Geldsumme, aber auch die vergünstigte Veräußerung des Grundstücks⁵⁰ oder die Einräumung eines Nutzungsrechts an der baulichen Anlage. In letzterem Fall spricht man von einer Baukonzession (vgl. § 99 Abs. 6 GWB). Jedenfalls wenn eine Grundstücksveräußerung in den Fällen des § 15 Abs. 3 HG NW zu ihrem Marktwert erfolgt, scheitert die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auch an diesem Merkmal.

Der Verkauf des Grundstücks als solcher stellt kein Entgelt für die Bauleistung dar.⁵¹ In § 15 Abs. 3 HG NW ist auch nicht vorgesehen, dass das Land die Erwerber der Grundstücke bei den durchzuführenden Bauarbeiten finanziell unterstützt. Auch eine Baukonzession gemäß § 99 Abs. 6 GWB kommt seit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz nicht mehr in Betracht. Um die Fälle von Grundstücksveräußerungen aus dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts auszuklammern, hat der Gesetzgeber die Baukonzession als ein befristetes

⁴⁷ OLG Düsseldorf, EuGH-Vorlage v. 2.10.2008 – VII-Verg 25/08, Verg 25/08, NZBau 2008, 727 (731); *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 99 Rn. 105.

⁴⁸ EuGH v. 25.3. 2010, Rs. C-451/08, Helmut Müller, Slg 2010, I-2673 Rn. 64 ff.

⁴⁹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 26.5.2011, Rs. C-306/08, Kommission / Spanien, Slg 2011, I-4541 Rn. 88.

⁵⁰ OLG Schleswig, Beschl. v. 15.3.2013, 1 Verg 4/12, NZBau 2013, 453 (457); *Hertwig*, NZBau 2011, 9 (10); *Kühling*, NVwZ 2010, 1257 (1260).

⁵¹ *Kühling*, NVwZ 2010, 1257 (1260).

Recht auf Nutzung der baulichen Anlage definiert.⁵² Obwohl die Definition der Baukonzession in Art. 1 Abs. 3 der RL 2004/18/EG das Merkmal einer Befristung der Nutzungsüberlassung nicht nennt, ist diese Einschränkung nach wohl überwiegender Auffassung unionsrechtskonform.⁵³ Jedenfalls kann in der Veräußerung des Grundstücks regelmäßig keine Baukonzession erblickt werden, wenn das Nutzungsrecht allein aus dem Eigentum hervorgeht. Die Erteilung einer Baukonzession setzt nämlich voraus, dass der öffentliche Auftraggeber über die Nutzung des Bauwerks verfügen kann. Daran fehlt es indes, wenn die Nutzungsbezugnis mit der Veräußerung auf den Erwerber übergeht.⁵⁴ Anders als dies vom OLG Düsseldorf judiziert wurde⁵⁵, kann in der Übertragung des Eigentums an dem Grundstück also keine Baukonzession mehr gesehen werden.

d) § 100 GWB (Schwellenwerte)

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass eine Anwendung der Vorschriften des GWB gemäß § 100 Abs. 1 GWB nur dann in Betracht kommt, wenn die Schwellenwerte überschritten sind. Durch dieses Erfordernis wird das Vergaberecht zweigeteilt.⁵⁶ Während für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte das Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) Anwendung findet, richtet sich die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte insbesondere nach Haushaltsrecht. Seit dem 1.1.2014 beträgt der Schwellenwert bei öffentlichen Bauleistungen 5.186.000 €, (vgl. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV i. V. m. Art. 7 RL 2004/18/EG geändert durch Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission v. 13.12.2013). Zu Grunde zu legen ist der geschätzte Nettowert ohne Mehrwertsteuer (Art. 7 RL 2004/18/EG). Ob dabei auch der Kaufpreis für das Grundstück zu berücksichtigen ist, ist umstritten. Nach einer Ansicht ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, in die auch der Kaufpreis einzubeziehen ist.⁵⁷ So ließen

⁵² BT-Drucks. 16/10117, S. 18. Das OLG Düsseldorf sah die Befristung dagegen nicht als Voraussetzung der Baukonzession an, OLG Düsseldorf, EuGH-Vorlage v. 2.10.2008 – VII-Verg 25/08, Verg 25/08, NZBau 2008, 727 (732).

⁵³ Müller-Wrede/Kaelble, in: Müller/Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2014, § 99 GWB Rn. 154; Wegener, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 99 GWB Rn. 87; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 99 Rn. 206; kritisch demgegenüber GA Wathelet in seinen Schlussanträgen v. 11.4.2013, C-576/10, Kommission / Niederlande, n. v. Der EuGH ist seinem Urt. v. 11.7.2013, Rs. C-576/10, Kommission / Niederlande, NVwZ 2013, 1071 nicht auf die Problematik eingegangen.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 25.3.2010, Rs. C-451/08, Helmut Müller, Slg 2010, I-2673 Rn. 70 ff.

⁵⁵ OLG Düsseldorf, EuGH-Vorlage v. 2.10.2008 – VII-Verg 25/08, Verg 25/08, NZBau 2008, 727 (732).

⁵⁶ Vgl. etwa Maurer, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, S. 458.

⁵⁷ Greim, ZfBR 2011, 126 (132); Harms/Schmidt-Wottrich, LKV 2011, 537 (538).

sich Abgrenzungsschwierigkeiten vermeiden.⁵⁸ Nach anderer Ansicht ist dagegen nur der Wert der Bauleistung zu berücksichtigen.⁵⁹

3. Ergebnis

Die in § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW genannten Grundstücksveräußerungen weisen keinen Beschaffungscharakter auf und unterfallen daher nicht dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Insofern verstößt § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW nicht gegen die Ausschreibungspflicht aus § 101 Abs. 1, 7 Satz 1 GWB.

⁵⁸ *Harms/Schmidt-Wottrich*, LKV 2011, 537 (538).

⁵⁹ *Otting*, NJW 2010, 2167 (2168); wohl auch OLG Schleswig, Urt. v. 15.3.2013, 1 Verg 4/12, NZBau 2013, 453 (458).

II. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit Beihilfenrecht

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW verstößt auch nicht gegen das Beihilfeverbot aus Art. 107 Abs. 1 AEUV. Danach sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen für die Einstufung als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV vier Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Es muss sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln, (2) diese Maßnahme muss geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, (3) dem Begünstigten muss durch sie ein Vorteil gewährt werden und (4) sie muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.⁶⁰

In den Fällen des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW fehlt es an dem Merkmal der Gewährung einer Begünstigung. Unter Begünstigung ist die freiwillige Zuwendung eines Vorteils jedweder Art ohne marktgerechte Gegenleistung zu verstehen.⁶¹ Eine solche Begünstigung ist auch in der Überlassung von Vermögensgegenständen unter ihrem Marktwert zu sehen.⁶² Wie bereits dargelegt, lässt aber § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW die Veräußerung von Grundstücken unter ihrem Marktwert nicht zu. Nach der – hier unmittelbar heranziehbaren – Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand⁶³ ist daher davon auszugehen, dass durch die Grundstücksveräußerungen eine Beihilfe nicht gewährt wird.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-262/12, *Vent De Colère u.a.*, EuZW 2014, 115 (116).

⁶¹ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 Rn. 10.

⁶² Vgl. EuGH, Urt. v. 2.9.2010, Rs. C-290/07 P, Slg 2010, I-7763; LG Bonn, Urt. v. 26.3.2010 – 1 O 510/05, n. v.; *Bär-Bouyssièrre*, in: Schwarz, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 Rn. 25; *Hertwig*, NZBau 2011, 9 (10); *Jasper/Seidel*, NZBau 2008, 427 (429).

⁶³ ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3 ff.

III. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit weiterem primärem Unionsrecht (Grundfreiheiten)

1. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Grundstücksveräußerungen durch die öffentliche Hand

Ob Veräußerungen von Grundstücken durch die öffentliche Hand, die nicht die Voraussetzungen für die Anwendung des Kartellvergaberechts erfüllen, an den Grundfreiheiten zu messen sind, ist umstritten. Während der BGH⁶⁴ und Teile des nationalen Schrifttums⁶⁵ dies ablehnen, mehren sich in der Literatur Stimmen, welche die Grundfreiheiten als Maßstab heranziehen wollen. Der EuGH hat darüber – soweit ersichtlich – für Grundstücksveräußerungen noch nicht entschieden.⁶⁶ Allerdings zieht der Gerichtshof für Vergaben, die aus anderen Gründen nicht in den Anwendungsbereich des sekundärrechtlichen Vergaberechts fallen, in ständiger Rechtsprechung die Grundfreiheiten für die Begründung von Transparenz und Gleichbehandlungspflichten heran.⁶⁷ Daraus leitet der EuGH das Erfordernis her, „einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“⁶⁸. Im Ergebnis läuft dies auf eine Pflicht zur Ausschreibung hinaus⁶⁹, ohne dass allerdings die strengen Anforderungen der Vergaberichtlinie gelten sollen.⁷⁰

Die Stimmen, die sich gegen die Begründung von Transparenzpflichten aus den Grundfreiheiten bei Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand aussprechen, argumentieren, Zweck der Heranziehung der Grundfreiheiten in den vom EuGH entschiedenen Fällen sei die Ergänzung des vergaberechtlichen Sekundärrechts, indem die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz unmittelbar aus dem Primärrecht abgeleitet werden. Eine solche Ergänzung sei aber verfehlt, wenn mangels Beschaffungsvorgangs schon keine Auf-

⁶⁴ BGH, Urt. v. 22.2.2008 – V ZR 56/07, BauR 2008, 1308.

⁶⁵ Bank, BauR 2012, 174 (181 f.); Regler, MittBayNot 2008, 477; wohl auch Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 99 GWB Rn. 158; Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 6.

⁶⁶ Eggers/Malmendier, NJW 2003, 780, 781.

⁶⁷ Etwa dann, wenn die vergebende Stelle nicht die Definition eines öffentlichen Auftraggebers i. S. d. Art. 1 Abs. 9 RL 2004/18/EG erfüllt, EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-275/98, Unifon Scandinavia und 3-S, Slg 1999, I-8291 Rn. 26 ff., oder wenn eine nicht der Richtlinie unterfallende Dienstleistungskonzession (Art. 17 RL 2004/18/EG) vergeben wird, vgl. EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-324/98, Teleaustria, Slg 2000, I-10745 Rn. 60 f.; EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-347/06, ASM Brescia, Slg 2008, I-5641 Ls. 4; EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Rs. C-221/12, Belgacom, NZBau 2014, 53 (55); für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte s. EuGH, Urt. v. 21.2.2008, Rs. C-412/04, Kommission / Italien, Slg 2008, I-619 Ls. 4.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-324/98, Teleaustria, Slg 2000, I-10745 Rn. 62; VG Münster, Beschl. v. 9.3.2007 – 1 L 64/07, NWVB 2007, 319.

⁶⁹ Hertwig, NZBau 2011, 9 (10): „Vergabeverfahren analog den Vergaberichtlinien“.

⁷⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.07.2005, Rs. C-231/03, Coname, Slg 2005, I-7287 Rn. 28; Hattig/Ruhland, NZBau 2005, 626 (629) sprechen von einer „Ausschreibung light“.

tragsvergabe gegeben sei.⁷¹ Daher sei die EuGH-Rechtsprechung auf Grundstücksveräußerungen nicht übertragbar.

Im Übrigen⁷² spreche gegen eine Wettbewerbspflicht aufgrund des primären Unionsrechts, dass der EuGH in seiner Grundsatzentscheidung in der Rs. Helmut Müller⁷³ eine solche ebenso wenig erwähnt habe, wie das OLG Düsseldorf in dem daraufhin ergangenen Beschluss⁷⁴. Schließlich habe auch die EU-Kommission in ihrer Grundstücksmitteilung nicht auf derartige Transparenzpflichten Bezug genommen.⁷⁵

Die gegenteilige Ansicht⁷⁶ argumentiert, dass die Interessenlage eines Grundstückserwerbers mit derjenigen eines Grundstücksnutzers vergleichbar sei.⁷⁷ Bei letzterem könne aber eine Dienstleistungskonzession gegeben sein, die nach ständiger Rechtsprechung zur Begründung von Transparenzpflichten führt. Der Erwerb eines Grundstücks der öffentlichen Hand sei oftmals auch für europaweit tätige Unternehmen von Interesse.⁷⁸ Schließlich spreche auch die Funktion der Grundfreiheiten, einen möglichst umfassenden Schutz wirtschaftlicher Tätigkeit zu garantieren und eine Öffnung der Märkte herbeizuführen, für eine Anwendung auch auf Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand.⁷⁹

Mangels einer Entscheidung des EuGH kann hier eine zweifelsfreie Antwort nicht gegeben werden. Im Folgenden soll versucht werden, diese Rechtsfrage durch Auslegung der maßgeblichen Regelungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zu beantworten.

Eine Begründung von Transparenzpflichten aus den Grundfreiheiten, die im Ergebnis eine Pflicht zu ausschreibungsähnlichem Verhalten der öffentlichen Hand begründen, kommt nicht in Betracht, wenn die Anwendbarkeit des Vergaberechts daran scheitert, dass ein sog. In-House-Geschäft oder ein vergaberechtsfreigestellter Fall der gemeinsamen Wahrnehmung

⁷¹ Regler, MittBayNot 2008, 477 f.

⁷² Bank, BauR 2012, 174 (181 f.).

⁷³ EuGH, Urt. v. 25.3.2010 – C-451/08, Helmut Müller, Slg 2010, I-2673.

⁷⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2010 – VII-Verg 25/08, Verg 25/08, IBR 2011, 228. Dieses Zitat durch Bank a. a. O. ist so allerdings falsch. In dem Beschluss heißt es, dass „bei einer Binnenmarktrelevanz des Vorgangs auch die Grundfreiheiten zu berücksichtigen“ sind.

⁷⁵ Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 99 GWB Rn. 158.

⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2010 – VII-Verg 25/08, Verg 25/08, IBR 2011, 228; Eggers/Malmendier, NJW 2003, 780 (781); Hertwig, NZBau 2011, 9 f.; Jasper/Seidler, NZBau 2008, 427 (428); Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 35 Rn. 127; für eine Heranziehung von Art. 18 AEUV: Rabenschlag, in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 17; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 99 Rn. 47.

⁷⁷ Jasper/Seidler, NZBau 2008, 427 (428).

⁷⁸ Eggers/Malmendier, NJW 2003, 780 (781).

⁷⁹ Eggers/Malmendier, NJW 2003, 780 (781); Jasper/Seidler, NZBau 2008, 427 (428).

öffentlicher Aufgaben vorliegt.⁸⁰ Wie der EuGH ausführt, finden die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung keine Anwendung, wenn eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllt, ohne sich an externe Einrichtungen zu wenden.⁸¹ Für die Fälle der Veräußerung eines Grundstücks an Gemeinden, Gemeindeverbände oder mehrheitlich kommunale Unternehmen für die Errichtung öffentlich geförderten Wohnraums nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a HG NW scheidet eine Begründung von Publizitätserfordernissen auf der Grundlage der Grundfreiheiten somit wohl von vornherein aus.

Im Übrigen ist zu prüfen, ob die Grundfreiheiten auf den Fall der Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand überhaupt Anwendung finden können. Ein Verstoß gegen Grundfreiheiten durch die ausschreibungsfreie Veräußerung von Grundstücken gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW kommt nur dann in Betracht, wenn der Schutzbereich einer Grundfreiheit eröffnet ist, § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW diese beeinträchtigt und dieser Eingriff nicht gerechtfertigt ist.

2. Schutzbereich

Zunächst einmal stellt sich die Frage danach, der Schutzbereich welcher Grundfreiheit durch die Vorschrift des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW berührt wird. Die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 AEUV) scheidet aus. Unter dem Begriff der Ware sind körperliche Gegenstände zu verstehen, die im Hinblick auf Handelsgeschäfte über eine Grenze verbracht werden können.⁸² Letzteres ist bei Grundstücken nicht der Fall. Im Übrigen können indes sämtliche Grundfreiheiten durch die Einschränkung der Möglichkeiten eines Erwerbs von Grundstücken berührt sein. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs stellt der Erwerb eines Grundstücks in einem Mitgliedstaat durch einen Gebietsfremden, aus welchen Gründen auch immer er erfolgt, eine Immobilieninvestition dar, die in die Kategorie des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten fällt.⁸³ Außerdem hat der EuGH mehrfach entschieden, dass das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat Grundstücke zu erwerben, zu nutzen und darüber zu verfügen, eine notwendige Ergänzung der Niederlassungsfreiheit darstelle.⁸⁴ Gleiches gelte hinsichtlich der Freizügigkeit der

⁸⁰ In Bezug auf In-House-Geschäfte: EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg 2005, I-8585 Rn. 61; EuGH, Urt. v. 6.4.2006, Rs. C-410/04, *ANAV*, Slg 2006, I-3303 Rn. 33; auch bei der gemeinsamen Aufgabenerfüllung wurden diese Grundsätze nicht geprüft.

⁸¹ EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03, *Parking Brixen*, Slg 2005, I-8585 Rn. 61.

⁸² *Kamann*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 28 Rn. 14.

⁸³ EuGH, Urt. v. 1.6.1999, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg 1999, I-3099 Rn. 22; EuGH, Urt. v. 13.7.2000, Rs. C-423/98, *Albore*, Slg 2000, I-05965 Rn. 14.

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 30.5.1989, Rs. C-305/87, *Kommission / Griechendland*, Slg 1989, I-1461 Rn. 22; EuGH, Urt. v. 1.6.1999, Rs. C-302/97, *Konle*, Slg 1999, I-3099 Rn. 22.

Arbeitnehmer (Art. 45 AEUV), die in einem anderen Mitgliedstaat eine Tätigkeit in einem Lohn - oder Gehaltsverhältnis ausüben möchten.⁸⁵ Zuletzt werde der Zugang zum Eigentum an und zur Nutzung von Immobilien auch durch die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) garantiert, soweit er für die tatsächliche Ausübung dieser Freiheit von Nutzen ist.⁸⁶

Die Eröffnung des Schutzbereiches der Grundfreiheiten erfordert weiterhin, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.⁸⁷ Dieses Erfordernis ist bei Übertragung der Rechtsprechung des EuGH über die Transparenzpflichten bei Dienstleistungskonzessionen dann als gegeben anzusehen, wenn ein Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat an dem Erwerb des Grundstücks interessiert sein kann.⁸⁸ Nicht erforderlich ist, dass ein solches Unternehmen sein Interesse an dem Grundstück tatsächlich bekundet hat.⁸⁹ Dass Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten an dem Erwerb von Grundstücken der öffentlichen Hand interessiert sind, ist wohl regelmäßig zu bejahen.

3. Beeinträchtigung des Schutzbereichs

Eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten ist neben offenen und versteckten Diskriminierungen in jeder nationalen Maßnahme zu sehen, die geeignet ist, die Ausübung der Grundfreiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.⁹⁰ Nach gefestigter Rechtsprechung zu den Dienstleistungskonzessionen stellt jedenfalls die ohne jede Transparenz erfolgende Vergabe an ein inländisches Unternehmen eine Ungleichbehandlung gegenüber den Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten dar, die mangels Transparenz keine Möglichkeit gehabt haben, ihr Interesse kundzutun.⁹¹ Eine solche Ungleichbehandlung stellt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar und verletzt Art. 49 und Art. 56 AEUV, wenn sie nicht gerechtfertigt ist.⁹²

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 30.5.1989, Rs. C-305/87, Kommission / Griechenland, Slg 1989, I-1461 Rn. 18.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 30.5.1989, Rs. C-305/87, Kommission / Griechenland, Slg 1989, I-1461 Rn. 24.

⁸⁷ Vgl. etwa Ehlers (Hrsg.), in: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, S. 242.

⁸⁸ Ständige Rechtsprechung. Vgl. EuGH, Urt. v. 21.7.2005, Rs. C-231/03, Coname, Slg 2005, I-7287 Rn. 17;

EuGH, Urt. v. 23.12.2009, Rs. C-376/08, Serrantoni und Consorzio stabile edili, Slg 2009, I-12169 Rn. 24;

EuGH, Urt. v. 13.4.2010, Rs. C-91/08, Wall, Slg 2010, I-2815 Rn. 34.

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Rs. C-221/12, Belgacom, NZBau 2014, 53 (56).

⁹⁰ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, C-197/11, C-203/11, Libert u. a., NZBau 2013, 446 (448); EuGH, Urt. v. 12.12.2013, Rs. C-327/12, Soa Nazionale Costruttori, n. v.; Ehlers (Hrsg.), in: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, S. 249.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 21.7.2005, Rs. C-231/03, Coname, Slg 2005, I-7287 Rn. 17 ff.; EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-347/06, ASM Brescia, Slg 2008, I-5641 Rn. 59; EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Rs. C-388/12, Belgacom, NZBau 2014, 53 (56).

⁹² EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-347/06, ASM Brescia, Slg 2008, I-5641 Rn. 60; EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Rs. C-388/12, Belgacom, NZBau 2014, 53 (56).

Unter Rückgriff auf Art. 106 Abs. 1 AEUV hat der EuGH außerdem hergeleitet, „dass die Mitgliedstaaten keine nationalen Rechtsvorschriften fortgelten lassen dürfen, die die Vergabe öffentlicher Dienstleistungskonzessionen ohne Ausschreibung ermöglichen, da eine solche Vergabe gegen die Artikel 43 EG [jetzt Art. 49 AEUV] oder 49 EG [jetzt 56 AEUV] oder gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verstößt“⁹³. Übertragen auf die Grundstücksveräußerungen ließe sich damit begründen, dass § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW, indem er die Veräußerung von Grundstücken an öffentliche Unternehmen ohne vorheriges Ausschreibungsverfahren zulässt, einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Grundfreiheiten darstellt.

Durch die Heranziehung des Art. 106 Abs. 1 AEUV ergeben sich allerdings auch Einschränkungen. Demnach sind die Vertragsvorschriften auf „Unternehmen“ anzuwenden. Unternehmen in diesem Sinne ist jede „eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierung“.⁹⁴ Eine rechtliche Selbstständigkeit ist nicht zu verlangen.⁹⁵ Nach herrschender Meinung ist für den Unternehmensbegriff jedoch eine gewisse organisatorische Verselbstständigung gegenüber dem Träger hoheitlicher Gewalt zu fordern.⁹⁶ Gebietskörperschaften sind demnach keine Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 1 AEUV.⁹⁷ Studentenwerke als Anstalten des öffentlichen Rechts weisen dagegen die erforderliche organisatorische Verselbstständigung auf⁹⁸, ebenso mehrheitlich kommunale Unternehmen.

Unter wirtschaftlicher Tätigkeit ist „jede Tätigkeit zu verstehen, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“⁹⁹. Nicht wirtschaftlich sind dagegen Tätigkeiten, die zur Wahrung öffentlicher Interessen ausgeübt werden oder überwiegend

⁹³ EuGH, Urt. v. 6.4.2006, Rs. C-410/04, ANAV, Slg 2006, I-3303 Rn. 23.

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 11.12.1997, Rs. C-55/96, Job Centre, Slg 1997, I-07119 Rn. 21; Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 12.

⁹⁵ Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 12.

⁹⁶ Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106 AEUV Rn. 11; Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 86 EGV Rn. 14; Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 12; a. A.: Kühling, in: Streinz, AEUV/EUV, 2. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 14.

⁹⁷ Hertwig, EuR 2011, 745 (746).

⁹⁸ So ging der EuGH etwa davon aus, dass die Bundesanstalt Unternehmen i. S. der Art. 106, 107 AEUV ist. Vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90, Höfner-Elsner, Slg 1991, I-1979 Rn. 23; vgl. ferner Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106 AEUV Rn. 11; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheimer, Das Recht der Europäischen Union, Art. 101 AEUV Rn. 68.

⁹⁹ Ständige Rechtsprechung. Vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90, Höfner-Elsner, Slg 1991, I-1979 Rn. 21; EuGH, Urt. v. 10.1.2006, Rs. C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze u.a., Slg 2006 Seite I-289, Ls. 3; EuGH, Urt. v. 12.12.2013, Rs. C-327/12, n. v.

hoheitlicher Natur sind.¹⁰⁰ Fehlende Gewinnerzielungsabsicht allein schließt eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht aus.¹⁰¹ An einer wirtschaftlichen Tätigkeit fehlt es demnach in den Fällen, in denen Gemeinden, Gemeindeverbände oder mehrheitlich kommunale Unternehmen das Grundstück mit dem Ziel einer hoheitlichen Verwendung erwerben, etwa zur Errichtung eines Einwohnermeldeamtes oder einer Schule. Daneben sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Verfolgung kommunaler Zwecke durchaus als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden kann. Dies dürfte auch im Bereich des sozialen Wohnungsbaus der Fall sein. Auch Studentenwerke erfüllen den Begriff des Unternehmens, soweit sie studentischen Wohnraum errichten und diesen vermieten. Dass sie dabei ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln (§ 10 Abs. 1 StWG), ändert daran nichts, da sie durch die Vermietungstätigkeit in Wettbewerb zu anderen Unternehmen treten.

Demnach lassen sich Transparenzpflichten aus den Grundfreiheiten nicht begründen, wenn die Grundstücke an Gebietskörperschaften veräußert werden, sowie dann, wenn die Veräußerung für die Erfüllung nichtwirtschaftlicher, insbesondere hoheitlicher Zwecke erfolgt.

4. Rechtfertigung

Im Übrigen bedarf es einer Rechtfertigung, die vorliegend in Betracht kommt. Nicht ganz klar waren insofern die Voraussetzungen. Sicher ist zunächst, dass eine Rechtfertigung durch die geschriebenen Rechtfertigungsgründe erfolgen kann.¹⁰² Daneben sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs mittelbare Diskriminierungen und Beschränkungen der Grundfreiheiten gerechtfertigt, wenn mit ihnen ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird und sie geeignet und erforderlich sind, dessen Erreichung zu gewährleisten.¹⁰³ Zwischenzeitlich schien die Rechtsprechung für die hier in Frage stehenden Fälle der Begründung von Transparenzpflichten einen großzügigeren Maßstab anzulegen, indem sie als Rechtfertigung von Verstößen gegen die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Transparenzpflichten auch „objektive

¹⁰⁰ Jung, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106 AEUV Rn. 11; Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheimer, Das Recht der Europäischen Union, Art. 101 AEUV Rn. 18.

¹⁰¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.01.2006, Rs. C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze u.a., Slg 2006, I-289 Rn. 123; EuGH Urt. v. 1.7.2008, Rs. C-49/07, MOTOE, Slg 2008, I-4863 Rn. 27; Voet van Vormizeele, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 12.

¹⁰² EuG, Urt. v. 20.5.2010, Rs. T-258/06, NZBau 2010, 510 (524).

¹⁰³ Ständige Rechtsprechung. Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u. a., NZBau 2013, 446 (448 f.); EuGH, Urt. v. 23.1.2014, Rs. C-296/12, Kommission / Belgien, n. v.

Umstände“ genügen ließ.¹⁰⁴ Allerdings hat der EuGH nunmehr klargestellt, dass die „objektiven Umstände“ den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls entsprechen.¹⁰⁵

Als geschriebener Rechtfertigungsgrund kommt hier Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV in Betracht. Danach gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Vorschriften der Verträge nicht, soweit die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Die Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV setzt also zunächst voraus, dass von dem Unternehmen eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbracht wird. Darunter sind grundsätzlich Dienstleistungen zu verstehen, „die ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu gleichen Bedingungen übernommen hätte“¹⁰⁶. Eine verbindliche europarechtliche Definition dieses Begriffs existiert allerdings nicht.¹⁰⁷ Den Mitgliedstaaten kommt bei der Bestimmung, welche Dienstleistungen als solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gelten daher ein weiter Ermessensspielraum zu.¹⁰⁸ Eine entsprechende Festlegung der Mitgliedstaaten kann von der Kommission nur auf offenkundige Fehler überprüft werden.¹⁰⁹ Ausdrücklich von seinem Ermessen Gebrauch gemacht hat der Landesgesetzgeber insofern in § 5 Abs. 2 Satz 1 WFNG, in dem er die soziale Wohnraumförderung ausdrücklich als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse einstuft. Auch der EuGH hat anerkannt, dass es sich bei der Förderung des sozialen Wohnungsbaus um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handeln kann.¹¹⁰ Darüber hinaus dürfte aber auch die Bereitstellung von Wohnraum für Studierende und die Erfüllung der übrigen Aufgaben der Studentenwerke als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen sein.

Ferner muss das betreffende Unternehmen vom Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Erbringung dieser Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden

¹⁰⁴ Etwa EuGH, Urt. v. 21.2.2008, Rs. C-412/04, Kommission / Italien, Slg 2008, I-619 Rn. 66; EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-347/06, ASM Brescia, Slg 2008, I-5641 Rn. 60.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 14.11.2013, Rs. C-221/12, Belgacom, NZBau 2014, 53 (56).

¹⁰⁶ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ABl Nr. C 8 v. 11.1.2012, S. 11.

¹⁰⁷ EuG, Urt. v. 12.2.2008, Rs. T-289/03, BUPA u.a. / Kommission, Slg 2008, II-81 Rn. 165.

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, C-197/11, C-203/11, Libert u. a., NZBau 2013, 446 (451); EuG, Urt. v. 12.2.2008, Rs. T-289/03, BUPA u.a. / Kommission, Slg 2008, II-81 Rn. 166; s. ferner Wernsmann/Loscher, erscheint demnächst, m. w. N.

¹⁰⁹ EuG, Urt. v. 12.2.2008, Rs. T-289/03, BUPA u.a. / Kommission, Slg 2008, II-81 Rn. 166.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, C-197/11, C-203/11, Libert u. a., NZBau 2013, 446 (451).

sein.¹¹¹ Für die Gemeinden und Gemeindeverbände ist eine Betrauung mit den Aufgaben der sozialen Wohnraumförderung in § 4 Abs. 1 WFNG erfolgt. Die Studentenwerke sind in § 2 StWG mit diversen Aufgaben für die Förderung Studierender betraut worden.

Durch die Anwendung der Vertragsvorschriften – in diesem Fall der Grundfreiheiten – müsste die Erfüllung der Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert werden. Eine solche Verhinderung ist nicht erst dann anzunehmen, „wenn das finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens bedroht ist. Vielmehr genügt es, dass ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre, wie sie sich aus den ihm obliegenden Verpflichtungen und Beschränkungen ergeben, oder dass die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen“¹¹². Die Gemeinden, Gemeindeverbände, mehrheitlich kommunalen Unternehmen und Studentenwerke sind für die Erfüllung ihrer Aufgaben auf den Erwerb von Grundstücken angewiesen. Müssten sie diese im Wege eines Bieterverfahrens erwerben, würden die Preise durch die Teilnahme von Privatpersonen und Unternehmen, die keiner sozialen Zweckbindung unterliegen, in die Höhe getrieben. Damit könnten sie ihrer Aufgabe, Wohnraum für sozial Schwächere oder Studierende zu günstigen Konditionen bereitzustellen, nicht mehr zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen nachkommen.¹¹³

Durch die Möglichkeit ausschreibungsfreier Veräußerung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW dürfte schließlich nicht die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderliefe (Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV). Erforderlich ist insoweit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹¹⁴ Das setzt eine Abwägung voraus, deren Ergebnis nicht mit abschließender Sicherheit beurteilt werden kann. Die Verhältnismäßigkeit dürfte hier jedoch wohl gewahrt sein. Wie aus Art. 14 AEUV hervorgeht, ist das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ein Anliegen auch der Union.¹¹⁵ Überdies ist die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW relativ

¹¹¹ Beschluss 2012/21/EU v. 20.12.2011.

¹¹² EuGH, Urteil v. 21.9.1999, Rs. C-67/96, Albany, Slg 1999, I-05751 Rn. 107.

¹¹³ Vgl. aber *Koenig/Paul*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 106 Rn. 74 mit dem Hinweis auf die Daseinsvorsorgemitteilung der Kommission v. 20.9.2000, wonach ein Konflikt zwischen den Gemeinwohlzwecken und dem Wettbewerbsziel erst dann besteht, wenn wettbewerbskonforme Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht bestehen.

¹¹⁴ *Grill*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 29; *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 106 AEUV Rn. 57; *Koenig/Paul/Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 78.

¹¹⁵ Vgl. *Voet van Vormizeele*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 75.

gering. Zum einen gilt er nur für Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, zum anderen schließt er auch für diese nicht aus, dass Grundstücke auch an andere Wirtschaftsteilnehmer veräußert werden. Es werden lediglich die bezeichneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts und die mehrheitlich kommunalen Unternehmen privilegiert. Die Möglichkeit von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, Grundstücke in Nordrhein-Westfalen zu erwerben, wird daher keineswegs ausgeschlossen, sondern lediglich marginal eingeschränkt.

Teilweise wird allerdings vertreten, dass ein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit niemals verhältnismäßig sein könne.¹¹⁶ Folgt man dieser Auffassung und sieht in dem Fehlen der Ausschreibung bei einer Grundstücksveräußerung tatsächlich eine Verletzung dieses Grundsatzes, so könnte Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV in diesen Fällen also nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden. Dagegen spricht allerdings, dass der EuGH bei freihändiger Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV als Rechtfertigungsmöglichkeit in Betracht gezogen hat.¹¹⁷

Daneben kommt eine Rechtfertigung auch aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls in Betracht.¹¹⁸ Die Bereitstellung von Wohnraum für Personen, die sich am Markt nicht selbstständig mit Wohnraum versorgen können, hat der EuGH als einen solchen Grund des Allgemeinwohls anerkannt.¹¹⁹ Auch insofern müsste die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten im Hinblick auf diese Zweckverfolgung verhältnismäßig sein.¹²⁰ Wie im Rahmen des Art. 106 Abs. 2 AEUV wäre also auch hier eine Abwägung vorzunehmen, insofern gilt das oben (Seite 28) Ausgeführte auch hier.

Im Übrigen ist es eine Frage des konkreten Einzelfalls, ob die mit der Grundstücksveräußerung verfolgten Zwecke einen zwingenden Grund des Allgemeinwohls darstellen und im Hinblick darauf verhältnismäßig sind.

¹¹⁶ Grill, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 106 AEUV Rn. 29.

¹¹⁷ EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, Slg 2007, I-12175 Rn. 76.

¹¹⁸ EuGH, Urt. v. 13.9.2007, Rs. C-260/04, Kommission / Italien, Slg 2007, I-7083 Rn. 26; allgemein zur Möglichkeit, mittelbare Diskriminierungen durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls zu rechtfertigen, Ehlers (Hrsg.), in: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, S. 259 f.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 1.10.2009, Rs. C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, Slg 2009, I-9021 Rn. 28 f.; EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, Libert u. a., NZBau 2013, 446 (448 f.).

¹²⁰ Vgl. Ehlers, in: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, S. 259 f.

IV. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 HG NW mit den Grundrechten des Grundgesetzes und der Landesverfassung

Die Grundrechte des Grundgesetzes und der Landesverfassung sind uneingeschränkt als Prüfungsmaßstab anwendbar, da § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW nicht unionsrechtlich determiniert ist.¹²¹ Nach überwiegender Ansicht ist die öffentliche Hand auch dann an die Grundrechte gebunden, wenn sie fiskalisch handelt.¹²² Streit herrschte allerdings, ob das ebenfalls für den Bereich des Vergaberechts gilt.¹²³ Das BVerfG hat dies nun bejahend entschieden.¹²⁴ Für den Verkauf von Grundstücken durch die öffentliche Hand kann insoweit nichts anderes gelten.

1. Vereinbarkeit mit Art. 12 GG (auch in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Verf NW)

Zunächst wird durch den ausschreibungsfreien Verkauf von Grundstücken nicht Art. 12 GG verletzt. Es fehlt bereits an der Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs der Berufsfreiheit.¹²⁵ Wettbewerb ist nur innerhalb der rechtlichen Regeln gewährleistet.¹²⁶ Wird die öffentliche Hand selbst im Wettbewerb tätig, kann sie grundsätzlich bestimmen, nach welchen Kriterien und in welchem Verfahren sie das günstigste Angebot auswählt.¹²⁷

2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG (auch in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Verf NW)

Das BVerfG hat aus der Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG auf Vergabeverträge zunächst das Verbot hergeleitet, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen.¹²⁸ Jeder Mitbewerber müsse eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden.

¹²¹ Vgl. zu dieser Voraussetzung BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79 (97); *Wernsmann*, NZG 2011, 1242 (1244).

¹²² Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 19.5.2010 – 8 E 419/10, NWVBl 2011, 75; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB, 4. Aufl. 2007, Vor. §§ 97 ff. Rn. 114; *Dreier* (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 66; *Höfling*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 103; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 1 Rn. 38; *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 35 Rn. 127;; a. A. BGH, Entscheidung v. 26.10.1961 – KZR 1/61, BGHZ 36, 91 (96); BGH, Urt. v. 2.12.2003 – XI ZR 397/02, NJW 2004, 1031, der aber eine Bindung an das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) anerkennt; KG Berlin, Urt. v. 5.9.2006 – 4 U 83/04, KGR Berlin 2006, 1042.

¹²³ Siehe dazu *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 281.

¹²⁴ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 Ls. 1.

¹²⁵ So auch das BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 (151) in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 71.

¹²⁶ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 (152).

¹²⁷ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 (152).

¹²⁸ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 (153).

In der Literatur wird aus Art. 3 Abs. 1 GG eine Pflicht zur Durchführung eines Bieterverfahrens abgeleitet.¹²⁹ Vergleichsgruppe seien die am Vertragsschluss Interessierten. Würden nur einige von ihnen über die Möglichkeit des Vertragsabschlusses informiert, so läge eine Ungleichbehandlung vor.¹³⁰ Der Erwerb eines Grundstücks könne für Interessenten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein, so dass eine Übertragung der Rechtsprechung zu den Vergabeverträgen gerechtfertigt sei.¹³¹

Die Anwendung des Gleichheitssatzes auf die Veräußerung von Grundstücken erscheint in der Tat im Einklang mit der Bindung aller Staatsgewalt an die Grundrechte zu stehen (Art. 1 Abs. 3 GG). Auch wird man von einer Ungleichbehandlung zwischen den Gemeinden, Gemeindeverbänden, mehrheitlich kommunalen Unternehmen sowie Studentenwerken, welche die Grundstücke ohne Ausschreibungsverfahren erwerben können, einerseits und den übrigen Interessenten, für die eine solche Möglichkeit nicht besteht, andererseits annehmen müssen. Diese Ungleichbehandlung ist aber durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt.

Soweit die Veräußerung des Grundstücks für die Verfolgung kommunaler Zwecke erfolgt, kommen oftmals allein die Kommunen als Interessenten in Betracht, da nur sie zur Erfüllung dieser Aufgaben in der Lage sind. Diese Aufgaben müssen aber erfüllt werden, soweit es sich um Pflichtaufgaben der Gemeinde handelt, und auch im Übrigen liegt ihre Erfüllung im Interesse der Allgemeinheit. Hinzu kommt, dass die Kommunen für die Erfüllung dieser Aufgaben oftmals auf ein Grundstück angewiesen sind, das in ihrem Hoheitsgebiet liegt. Private sind demgegenüber flexibler hinsichtlich der Lokalität eines von ihnen zu erwerbenden Grundstücks.

Hinsichtlich der Veräußerung von Grundstücken an die Gemeinden, Gemeindeverbände und mehrheitlich kommunalen Unternehmen für die Errichtung öffentlich geförderten Wohnraums kann ein rechtfertigender sachlicher Grund darin gesehen werden, dass das Land den Gemeinden hinsichtlich der Erfüllung dieser Aufgabe Weisungen erteilen kann (§ 3 Abs. 3 WFNG). Dadurch stehen ihm weitergehende Möglichkeiten zu, die Erfüllung dieser Aufgabe sicherzustellen, als wenn eine Veräußerung an Private erfolgen würde.

Ein sachlicher Grund für die Veräußerung an Studentenwerke für die Errichtung studentischen Wohnraums kann darin gesehen werden, dass diese insoweit ohne Gewinnerzielungsab-

¹²⁹ *Eggers/Malmedier*, NJW 2003, 780 (782); *Rabenschlag*, in: Engels/Eibelschäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 17; wohl auch *Dietlein*, NZBau 2004, 472 (473).

¹³⁰ *Pünder*, VerwArch 2004, 38 (42 f.).

¹³¹ *Eggers/Malmedier*, NJW 2003, 780 (782).

sicht handeln (§ 10 Abs. 1 S. 2 StWG). Ferner kann das Land auch über die Erfüllung der Aufgaben durch das Studentenwerk – zwar nur im Hinblick auf ihre Rechtmäßigkeit – wachen und bei Verstößen im Wege des Aufsichtsverfahrens vorgehen (§ 13 StWG).

V. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 HG NW mit höherrangigem Haushaltsrecht

1. Haushaltsrechtliche Prüfungsmaßstäbe des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW

Als Prüfungsmaßstab für die Wirksamkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW können nur Normen herangezogen werden, die in der Normenhierarchie einen höheren Rang einnehmen (*lex superior derogat legi inferiori*¹³²). Da es sich bei § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW um ein (einfaches) Landesgesetz handelt, sind das zum einen Normen des Bundesrechts und zum anderen die Landesverfassung. Die LHO dagegen hat als einfaches Landesgesetz den gleichen Rang wie das Haushaltsgesetz. Im Verhältnis zwischen Haushaltsgesetz und LHO als Rechtsnormen gleichen Ranges gelten die Regeln „*lex specialis derogat legi generali*“¹³³ sowie „*lex posterior derogat legi priori*“¹³⁴.

Als Prüfungsmaßstab könnte aber das Haushaltsgrundsätzgesetz (HGrG) heranzuziehen sein. Mit dem Erlass des HGrG hat der Gesetzgeber von der Ermächtigung in Art. 109 Abs. 4 GG Gebrauch gemacht, gemeinsame Grundsätze für die Haushaltsführung von Bund und Ländern zu regeln. Das HGrG ist also eine Bundesnorm und daher grundsätzlich als Kontrollmaßstab des Landesrechts geeignet (vgl. Art. 31 GG). Insofern ist allerdings die Besonderheit zu beachten, dass gemäß § 1 S. 2 HGrG die Vorschriften des ersten Teils des HGrG nicht unmittelbar gelten, sondern der Umsetzung durch den Bund und die Länder bedürfen.¹³⁵ Diese Umsetzung wurde durch den Erlass der Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder vollzogen. Es stellt sich also die Frage, ob Abweichungen vom HGrG zur Unwirksamkeit der entgegenstehenden Rechtsnormen führen. Teilweise wird angenommen, dass ein Verstoß gegen das HGrG nur dann zur Unwirksamkeit des widersprechenden Landesrechts führt, wenn gegen unmittelbar anwendbare Normen des HGrG, also gegen solche des zweiten Teils (vgl. § 49 HGrG), verstoßen wird.¹³⁶ Danach würde der Landesgesetzgeber bei Abweichung von den Vorschriften des ersten Teils des HGrG zwar gegen Bundesrecht verstoßen, abweichend von Art. 31 GG führte dies aber nicht zur Nichtigkeit. Vielmehr könne der Bund die Grundsätze bei Zuwiderhandlung der Länder in unmittelbar geltendes Recht umwandeln.¹³⁷ Überwiegend wird dagegen auch bei einem Verstoß gegen die im ersten Teil des HGrG geregelten Grundsätze die Unwirksamkeit entgegenstehenden Landesrechts angenommen.¹³⁸ Die Begründung

¹³² Das höherrangige Gesetz geht dem niederrangigen vor. Vgl. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 31 GG, Art. 70 ff. GG.

¹³³ Das besondere Gesetz geht dem allgemeinen vor.

¹³⁴ Das spätere Gesetz geht dem früheren vor.

¹³⁵ Gröpl (Hrsg.), in: BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, Einl. Rn. 25.

¹³⁶ Rodi, in: BK GG, Art. 109 Rn. 350.

¹³⁷ Rodi, in: BK GG, Art. 109 Rn. 349.

¹³⁸ Gröpl, BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, Einl. Rn. 26; Heintzen, v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2003, Art. 109 Rn. 21; Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 109 Rn. 34; Kube, in: v. Maunz/Dürig, GG, Art. 109 Rn. 239

variiert dabei. Während teilweise Art. 31 GG¹³⁹ herangezogen wird, verneinen andere die Gesetzgebungskompetenz der Länder zur Setzung von den Haushaltsgrundsätzen abweichenden Rechts¹⁴⁰. Richtigerweise ist mit der überwiegenden Meinung davon auszugehen, dass sich der Vorrang aus Art. 109 Abs. 4 GG ergibt, der den Haushaltsgeber zur Einhaltung der Haushaltsgrundsätze verpflichtet.¹⁴¹

2. Haushaltsrechtliche Vorgaben nach der LHO für Grundstücksveräußerungen in NRW

Die Veräußerung von Grundstücken durch das Land NRW richtet sich grundsätzlich nach §§ 63 und 64 LHO. Danach dürfen Vermögensgegenstände veräußert werden, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des Landes in absehbarer Zeit nicht benötigt werden (§ 63 Abs. 2 LHO). Neben der Beachtung der statuierten Einwilligungserfordernisse ist für die Veräußerung von Grundstücken die Durchführung einer Wertermittlung erforderlich (§ 64 Abs. 3 LHO). Zuständig dafür ist der Bau- und Liegenschaftsbetrieb des Landes Nordrhein-Westfalen (BLB NRW).¹⁴² Als Wertermittlungen gelten auch Einzelwerte aufgrund von Gruppenbewertungsverfahren oder Ergebnisse öffentlicher Verkaufsausschreibungen, sofern die Ausschreibung zu einer ausreichenden Zahl von konkreten Kaufangeboten geführt hat.¹⁴³ Gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 LHO dürfen Grundstücke grundsätzlich nicht unter ihrem „vollen Wert“ veräußert werden. Unter dem „vollen Wert“ wird dabei der Preis verstanden, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Gegenstandes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre, wobei alle Umstände zu berücksichtigen sind, die den Preis beeinflussen, nicht jedoch ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse.¹⁴⁴ Es handelt sich also um den Verkehrswert. Dass diese Vorgaben auch dann gelten, wenn Grundstücke an juristische Personen des öffentlichen Rechts bzw. an mehrheitlich in öffentlicher Hand befindliche juristische Personen des Privatrechts veräußert werden, ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 61 LHO. Dieser sieht verminderte Anforderungen an die Abgabe von Grundstücken inner-

ff.; *Nebel*, in: *Piduch*, Bundeshaushaltsrecht, Art. 109 GG Rn. 24; *Siekman*, in: *Sachs*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 109 Rn. 99; *Tappe*, Das Haushaltsgesetz als Zeitgesetz, S. 81 f.; *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, S. 447.

¹³⁹ *Heintzen*, v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2003, Art. 109 Rn. 21.

¹⁴⁰ *März*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 6. Aufl. 2010, Art. 31 Rn. 76; *Nebel*, in: *Piduch*, Bundeshaushaltsrecht, Art. 109 GG Rn. 24.

¹⁴¹ *Heun*, in: *Dreier*, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 109 Rn. 34; *Kube*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 109 Rn. 241; *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2001, § 17 Rn. 44; *Tappe*, Das Haushaltsgesetz als Zeitgesetz, S. 81 f.; *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, S. 447.

¹⁴² VV zu § 64 LHO Nr. 1.3 und 2.2.3.

¹⁴³ VV zu § 64 LHO Nr. 1.3.

¹⁴⁴ VV zu § 63 LHO Nr. 1; *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, § 63 BHO Rn. 4.2; *Rabenschlag*, in: *Engels/Eibelshäuser*, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 14; *Wernsmann*, in: *Gröpl*, BHO/LHO, § 63 BHO Rn. 6.

halb der Landesverwaltung vor. Dies gilt aber nur für die Übertragung von Grundstückseigentum innerhalb der unmittelbaren Landesverwaltung.¹⁴⁵

3. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit der Ausschreibungspflicht der § 30 HGrG und § 55 LHO

Gemäß § 55 LHO, § 30 HGrG muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Anders als in § 99 Abs. 3 GWB, der den kartellvergaberechtlichen Begriff des öffentlichen Auftrags definiert, wird der Beschaffungszweck in § 55 LHO, § 30 HGrG nicht ausdrücklich hervorgehoben. Unter das Merkmal „Vertrag über eine Lieferung“ ließe sich durchaus auch die Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand subsumieren. Dieses Ergebnis entspricht auch einer historischen Auslegung der Norm. In der Begründung zu § 56 BHO, der die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung bei Erlass der BHO regelte, wurde ausgeführt, dass die Vorschrift inhaltlich § 46 RHO entspreche.¹⁴⁶ In der Gesetzesbegründung zu § 46 RHO heißt es ausdrücklich, „die Vorschrift bezieht sich auf alle Verträge, gleichviel ob es sich in ihnen um Ausgaben oder Einnahmen des Reichs handelt“¹⁴⁷. Nachdem im ursprünglichen Entwurf des HGrG die öffentliche Ausschreibung nicht geregelt war, sondern nur in der BHO¹⁴⁸, wurde sie durch Beschluss des Haushaltsausschusses auch als Haushaltsgrundsatz aufgenommen, da es sich bei der Anordnung der Ausschreibung um einen wichtigen Haushaltsgrundsatz handele, der Bund und Länder binden solle.¹⁴⁹ Auch insoweit war also eine inhaltliche Änderung nicht bezweckt. Für eine Einbeziehung auch von Veräußerungsverträgen in die Ausschreibungspflichtigkeit nach § 55 HGrG lassen sich ferner teleologische Gesichtspunkte anführen. Anders als das Kartellvergaberecht dient § 55 HGrG nämlich nicht dem Schutz der Wettbewerber, sondern der Sicherstellung eines wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel.¹⁵⁰ Damit rechtfertigt sich aber auch, den Anwendungsbereich der Ausschreibungspflichtigkeit nach § 55 HGrG über den sachlichen Geltungsbereich des Kartellvergaberechts hinaus zu erstrecken.

Trotzdem ist nach allgemeiner Meinung der Begriff des Vertrages im Sinne der § 55 LHO, § 30 HGrG inhaltsgleich mit dem des öffentlichen Auftrags in § 99 Abs. 3 GWB auf Beschaf-

¹⁴⁵ VV zu § 61 LHO Nr. 1; Häußler, in: Gröpl, BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, § 61 BHO Rn. 5.

¹⁴⁶ BT-Drucks. V/3040, S. 63.

¹⁴⁷ Reichstags-Drucks. Nr. 4510, S. 36.

¹⁴⁸ Vgl. BT-Drucks. V/3040.

¹⁴⁹ S. den Schriftlichen Bericht des Haushaltsausschusses zu Drucks. V/4378, V/4379, S. 6.

¹⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 (152 f.); Dittrich, BHO, § 55 Rn. 1.

fungsvorgänge zu beschränken.¹⁵¹ § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW ist somit nach ganz herrschender Meinung nicht bereits wegen Verstoßes gegen den Haushaltsgrundsatz der öffentlichen Ausschreibungspflicht aus § 30 HGrG nichtig.

4. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit den Bestimmungen über Zuwendungen (§§ 26, 14 HGrG, §§ 44, 23 LHO)

Zuwendungen sind gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 HGrG, § 23 LHO Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Landesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke. Solche Zuwendungen dürfen gemäß §§ 26 Abs. 1, 14 HGrG (§§ 44 Abs. 1, 23 LHO) nur gewährt werden, wenn das Land an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Außerdem ist zu bestimmen, wie die zweckentsprechende Verwendung der Zuwendungen nachzuweisen ist (§ 26 Abs. 1 Satz 2 HGrG, § 44 Abs. 1 Satz 3 LHO) und es ist ein Prüfungsrecht der zuständigen Dienststelle oder ihrer Beauftragten festzulegen (§ 26 Abs. 1 Satz 3 HGrG, § 44 Abs. 1 Satz 3 LHO).

Zu überlegen wäre, ob die Veräußerung eines Grundstücks zu einem geringeren als dem maximal erzielbaren Preis eine solche Zuwendung an den Erwerber darstellt. Dies ist nach allgemeiner Meinung abzulehnen. Danach sind unter Zuwendungen im Sinne des § 14 HGrG (§ 23 LHO) nur Geldleistungen zu verstehen.¹⁵² Auch die vergünstigte Überlassung von Grundstücken fällt daher nicht in den Anwendungsbereich dieser Norm.¹⁵³ Insofern ist auf den allgemeinen Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit zurückzugreifen. Da es sich bei den §§ 26, 14 HGrG (§§ 44, 23 LHO) jedoch um Ausprägungen dieses Prinzips handelt¹⁵⁴, kann ihre Wertung bei der Auslegung des Grundsatzes berücksichtigt werden.

5. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 6 HGrG, § 7 LHO sowie Art. 86 Abs. 2 Verf NW)

a) Rechtliche Grundlagen des Wirtschaftlichkeitsgebots

¹⁵¹ *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, § 55 Rn. 1; *Eckhard/Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 55 BHO Rn. 108; *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 55 Rn. 1; *Regler*, in: MittBayNot, 2008, 475 (478). Eine Begründung wird dabei nicht gegeben.

¹⁵² VV zu § 23 LHO Nr. 1.2.1; *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, § 23 BHO Rn. 3.1; *Hugo/Sandfort*, in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 23 BHO Rn. 9; *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 23 BHO Rn. 4; *Rossi*, in: Gröpl, BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, § 23 BHO Rn. 9.

¹⁵³ *Birkner*, Bayerisches Haushaltsrecht, Art. 23 Rn. 2.3.1.

¹⁵⁴ *Eibelshäuser/Nowak*, in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 7 BHO Rn. 4; *Helm*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 7 Rn. 3.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot hat in zahlreichen Normen eine Verankerung gefunden. Zunächst schreibt § 97 Abs. 5 GWB vor, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Allerdings setzt auch § 97 Abs. 5 GWB voraus, dass ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB vorliegt, was bei Grundstücksveräußerungen auf der Grundlage von § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW (wie oben dargelegt s. Seite 6 ff.) nicht der Fall ist.

Eine Verpflichtung der öffentlichen Hand zu wirtschaftlichem Handeln ergibt sich neben dem Kartellvergaberecht aber auch aus dem Haushaltsrecht. Gemäß § 6 Abs. 1 HGrG und § 7 Abs. 1 LHO sind bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Nach dem jeweiligen Abs. 2 der Normen sind für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen.

Nach herrschender Meinung hat das Wirtschaftlichkeitsgebot überdies Verfassungsrang.¹⁵⁵ Ausdrücklich ergibt sich das zwar weder aus dem Grundgesetz noch aus der nordrhein-westfälischen Verfassung. Beide Verfassungen enthalten vielmehr lediglich einen Hinweis darauf, dass dem jeweiligen Rechnungshof die Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung obliegt (Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 86 Abs. 2 Verf NW). Diesem Prüfungsauftrag kann jedoch nach herrschender Meinung entnommen werden, dass es auch ein verfassungsrechtliches Gebot der Wirtschaftlichkeit geben muss, da es widersinnig wäre, dem Landesrechnungshof die Prüfung der Einhaltung einer wirtschaftlichen Haushalts- und Wirtschaftsführung aufzuerlegen, wenn eine solche gar nicht geboten ist.¹⁵⁶ Der VerfGH NRW begründet den Verfassungsrang des Wirtschaftlichkeitsgebots damit, dass es sich dabei um die finanzrechtliche Ausprägung des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handele¹⁵⁷, der auch der nordrhein-westfälischen Verfassung immanent sei.¹⁵⁸ Allein mit der Bejahung des Verfassungsranges ist zwar noch nicht gesagt, dass auch der Haushaltsgesetzgeber und nicht nur die Exekutive an das Wirtschaftlichkeitsgebot gebunden ist. Richtiger-

¹⁵⁵ RhPfVerfGH, Urt. v. 20.11.1996 – VGH N 3/96, NVwZ-RR 1998, 145 (149); VerfGH NRW, Urt. v. 2.9.2003 – 6/02; NVwZ 2004, 217 (218); VerfGH NRW, Urt. v. 15.3.2011 – 20/10, NVwZ 2011, 805; Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, S. 94; Noll, Haushalt und Verfassung, S. 65; Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, S. 233; offen gelassen vom NdsStGH, Urt. v. 30.9.2011 – StGH 1/10, 1/10, n. v.; a. A.: Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Art. 110 Rn. 25.

¹⁵⁶ Gröpl, BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, § 7 Rn. 15 in Bezug auf die vergleichbare Lage im Bundesrecht.

¹⁵⁷ So auch Gröpl, Haushalt und Reform, S. 349; Kirchhof, NVwZ 1983, 505 (514).

¹⁵⁸ VerfGH NRW, Urt. v. 2.9.2003, 6/02, NVwZ 2004, 217 (218) VerfGH NRW, Urt. v. 15.3.2011 – 20/10, NVwZ 2011, 805 (807).

weise ist dies ebenfalls zu bejahen.¹⁵⁹ Wird in Übereinstimmung mit dem VerfGH NRW der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesehen, ergibt sich dies bereits daraus, dass auch der Gesetzgeber an den in Art. 20 Abs. 3 GG sowie den Grundrechten wurzelnden¹⁶⁰ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist. Zusätzlich wird angeführt, dass die Legislative es sonst in der Hand hätte, die Bemühungen der Verwaltung zu wirtschaftlichem Handeln zu behindern.¹⁶¹ Das Wirtschaftlichkeitsgebot bindet also alle Staatsgewalten¹⁶² und ist bei allen finanzwirksamen Maßnahmen zu beachten.¹⁶³ Das gilt auch dann, wenn die öffentliche Hand in den Formen des Privatrechts tätig wird, da sie auch insoweit an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist („keine Flucht in das Privatrecht“).¹⁶⁴

b) Inhalt und Wirkungsweise des Wirtschaftlichkeitsgebotes

Das Wirtschaftlichkeitsgebot verlangt, zwischen dem gesteckten Ziel und den eingesetzten Mitteln die günstigste Relation herzustellen.¹⁶⁵ Dies kann auf zweierlei Wegen erfolgen: Entweder wird ein bestimmtes Ziel mit einem Minimum an Aufwand erreicht (sog. Minimal- oder Sparsamkeitsprinzip) oder mit den gegebenen Mitteln wird ein maximaler Erfolg erzielt (Ergiebigkeits- oder Maximalprinzip).¹⁶⁶ Unabhängig davon, in welcher Spielart das Wirtschaftlichkeitsgebot angewendet wird, wirkt es jedoch immer nur relativ, es handelt sich um ein formales Prinzip.¹⁶⁷ Auf die Frage, welche Ziele durch die öffentliche Hand verfolgt werden und wie weitgehend diese Ziele verwirklicht werden sollen, hat es dagegen keinen Einfluss.¹⁶⁸ Bei Anwendung auf die hier maßgeblichen Fälle einer Veräußerung von Grundstücken erscheint es zutreffend, auf die Ausformung des Wirtschaftlichkeitsprinzips als Maximalprinzip abzustellen. Dem Staat steht mit dem zu veräußernden Grundstück ein vorgegebener Bestand an Mitteln zur Verfügung, den es im Wege der Erzielung eines maximalen Er-

¹⁵⁹ VerfGH NRW Urt. v. 2.9.2003 – 6/02, NVwZ 2004, 217 (218); v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 75; Gröpl (Hrsg.), in: BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, § 7 BHO Rn. 16; Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, S. 233; a. A. Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Art. 110 GG Rn. 25.

¹⁶⁰ Vgl. Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 308.

¹⁶¹ Gröpl (Hrsg.), in: BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, § 7 BHO Rn. 16.

¹⁶² VerfGH NRW v. 2.9.2003, 6/02, NVwZ 2004, 217 (218); VerfGH NRW, Urt. v. 15.3.2011 – 20/10, NVwZ 2011, 805 (807).

¹⁶³ Engels, Anforderungen an Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen finanzwirksamer Maßnahmen nach § 7 Bundeshaushaltsordnung, S. 13 f.

¹⁶⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 17.6.2003 – XI ZR 195/02, BGHZ 155, 166 (175).

¹⁶⁵ VerfGH NRW v. 2.9.2003 – 6/02 ; VerfGH NRW v. 15.3.2011 – 20/10; Dittrich, BHO, § 7 Rn. 2.1; Gröpl, BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, § 7 Rn. 9; Walther, BayVBl 1990, 231.

¹⁶⁶ Dittrich, Bundeshaushaltsordnung, § 7 BHO Rn. 2.1; Grupp, JZ 1982, 231 (233); Helm, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 7 BHO Rn. 2; Wernsmann, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, S. 230 f.

¹⁶⁷ von Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 37; Gröpl, VerwArch, 93 (2002), 459 (463); Schliesky, DVBl. 2007, 1453 (1456); Tappe, Das Haushaltsgesetz als Zeitgesetz, S. 69.

¹⁶⁸ von Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 38; Gröpl (Hrsg.), in: BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, § 7 BHO Rn. 10; Grupp, JZ 1982, 231 (234).

folgs zu verwerten gilt.¹⁶⁹ Ein naheliegendes Ziel bei der Verwertung eines Grundstücks ist die Erzielung von Einnahmen in Form eines Kaufpreises, daneben können aber weitere oder andere Ziele verfolgt werden.

Teilweise wird angenommen, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot als Rechtsprinzip keine absolute Geltung beanspruche, sondern seinerseits bei Kollision mit anderen Rechtsprinzipien oder entgegenstehendem Verfassungsrecht im Wege der Abwägung eingeschränkt werden könne.¹⁷⁰ Eine Einschränkung aufgrund kollidierenden Landesverfassungsrechts muss allerdings schon aus Gründen der Normenhierarchie ausscheiden – dem HGrG als Bundesrecht kommt ein höherer Rang zu als der Landesverfassung.¹⁷¹ Auch im Übrigen ist das Wirtschaftlichkeitsgebot aber einer Abwägung nicht zugänglich.¹⁷² Das Wirtschaftlichkeitsgebot „ist nicht mit anderen Prinzipien abzuwägen, sondern es enthält selbst das Gebot der Abwägung“.¹⁷³ Diese Auffassung trägt dem Umstand Rechnung, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot die finanzrechtliche Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt, der aber ebenfalls ein Abwägungsgebot enthält und nicht Gegenstand der Abwägung ist. Dem Landesgesetzgeber steht es jedoch frei, in der Verfassung Ziele staatlichen Handelns festzulegen, welche dann (möglichst wirtschaftlich) verfolgt werden dürfen.

Bei dem ebenfalls in § 6 HGrG genannten Grundsatz der Sparsamkeit handelt es sich nach ganz herrschender und überzeugender Meinung lediglich um eine Ausformung des Wirtschaftlichkeitsprinzips.¹⁷⁴ Über das Minimalprinzip hinausgehende Anforderungen ergeben sich daraus nicht.¹⁷⁵ Insbesondere kann der Grundsatz der Sparsamkeit nicht das Gebot möglichst geringer Mittelverwendung unabhängig von der Erreichung des Ziels entnommen werden.¹⁷⁶ Insofern würde schon ein Maßstab fehlen, um die sparsame Mittelverwendung zu beurteilen.

c) Anwendbarkeit des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes auf § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW

¹⁶⁹ Siehe auch *Rabenschlag*, in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 14: „Die öffentliche Hand soll sich bei der Preisfindung verhalten wie Geschäftspartner im privaten Bereich und den höchstmöglich erzielbaren Gegenwert anstreben.“ Ferner *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, § 63 BHO Rn. 4.2.

¹⁷⁰ *Schliesky*, DVBl. 2007, 1453 (1455); wohl auch *Gröpl* (Hrsg.), in: BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, § 7 BHO Rn. 17.

¹⁷¹ *Tappe*, Das Haushaltsgesetz als Zeitgesetz, S. 83.

¹⁷² Zutreffend von *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 91.

¹⁷³ von *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 91.

¹⁷⁴ von *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 49; *Dittrich*, BHO, § 7 Rn. 2.3.; *Eibelshäuser/Nowak*, in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 7 BHO Rn. 5; *Grupp*, JZ 1982, 231 (234); *Rzepka*, Staatliches Haushaltsrecht, S. 8.

¹⁷⁵ von *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 49; *Dittrich*, Bundeshaushaltsordnung, § 7 Rn. 2.2; *Vogt*, in: Klein, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 1993, S. 158 f.

¹⁷⁶ *Dittrich*, BHO, § 7 Rn. 2.3.

Bei der Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes auf § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW ist die Besonderheit zu beachten, dass die Veräußerung der Grundstücke nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW an Gemeinden, Gemeindeverbände, mehrheitlich kommunale Unternehmen oder Studentenwerke erfolgt. Bei den potentiellen Erwerbern handelt es sich also ebenfalls um die öffentliche Hand. Insoweit stellt sich die Frage, ob die einzelnen Rechtsbeziehungen überhaupt am Wirtschaftlichkeitsgebot zu messen sind oder ob es nicht ausreicht, wenn die öffentliche Hand als Einheit insgesamt wirtschaftlich handelt. Richtigerweise ist wohl davon auszugehen, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit jeweils auf jede einzelne Gebietskörperschaft anzuwenden ist.¹⁷⁷ Dafür spricht entscheidend, dass auch die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit des Handelns auf Ebene der einzelnen Gebietskörperschaften erfolgt.¹⁷⁸ Weiterhin ist es für die einzelne Stelle schwierig, die Gesamtwirtschaftlichkeit von Maßnahmen zu beurteilen. Schließlich würde es der verfassungsrechtlich abgesicherten Einnahmeautonomie sowie der Regeln über den finanziellen Ausgleich zwischen den einzelnen Gebietskörperschaften widersprechen, wenn sie gezwungen wären, zugunsten anderer Körperschaften auf Einnahmen zu verzichten.

d) Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes auf § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW

Angesichts der Inhaltsoffenheit des Wirtschaftlichkeitsgebots (s. o. Seite 38) ergibt sich ein Verstoß gegen selbiges noch nicht dadurch, dass § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW auch noch andere Anforderungen an die Veräußerung der Grundstücke knüpft, als nur ein möglichst hohes Entgelt zu erzielen.

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW könnte aber dann gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen, wenn die mit der Grundstücksveräußerung gesetzten Ziele in gleicher Weise verwirklicht werden könnten und zusätzlich ein höherer Kaufpreis erzielbar wäre. Dies könnte dann der Fall sein, wenn durch eine Ausschreibung des Grundstücksverkaufs regelmäßig ein höherer Kaufpreis erzielt werden könnte. Teilweise wird tatsächlich angenommen, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot bei der Veräußerung von Vermögensgegenständen eine Ausschreibung zwingend erforderlich macht.¹⁷⁹ Teilweise wird davon ausgegangen, dass jedenfalls in der Regel eine Ausschreibung erforderlich ist.¹⁸⁰ Schließlich wird die Wertermittlung durch ein Gutachten als gleichwertig mit der Ermittlung des Marktwertes im Wege der Ausschreibung

¹⁷⁷ Ebenso v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 87.

¹⁷⁸ v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 87.

¹⁷⁹ VK Münster, Beschl. v. 6.5.2008 – VK 4/08, VK 04/08; Jasper/Seidel, NZBau 2008, 427 (429).

¹⁸⁰ Dietlein, NZBau 2004, 472 (474); Eggers/Malmendier, NJW 2003, 780 (783); Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 7.

angesehen.¹⁸¹ Danach ließe sich also die Unwirtschaftlichkeit eines Veräußerungsgeschäftes nicht allein darauf stützen, dass eine Ausschreibung nicht vorgesehen ist.

Richtigerweise kann die Frage nach der Erforderlichkeit einer Ausschreibung bei Vermögensveräußerungen durch die öffentliche Hand nicht pauschal beantwortet werden. Es hat nämlich nicht nur die Veräußerung als solche wirtschaftlich zu sein, sondern auch deren Durchführung.¹⁸² Wird der Vermögensvorteil, der durch eine Veräußerung im Wettbewerb erzielt werden kann, durch die Kosten, die mit dem Ausschreibungsverfahren zusammenhängen, wieder aufgezehrt, so kann das Ausschreibungsverfahren nicht als wirtschaftlicher angesehen werden. Dabei ist zu beachten, dass eine Ermittlung des Marktwerts im Wege des Wettbewerbs überhaupt nur dann erfolgsversprechend ist, wenn eine Nachfrage nach den zur Veräußerung angebotenen Gütern besteht.¹⁸³ Im Übrigen ist aber davon auszugehen, dass im Wege der Ausschreibung regelmäßig ein höherer Kaufpreis erzielbar ist, da insoweit auch die persönlichen und besonderen Umstände Berücksichtigung finden, die beim Verkehrswert definitionsgemäß außer Betracht bleiben.¹⁸⁴

(1) Erfolgt eine Veräußerung des Grundstücks für die **Erfüllung kommunaler Zwecke**, dürfte es in der Regel an einer Nachfrage fehlen. Unter kommunalen Zwecken können jedenfalls auch solche verstanden werden, die ausschließlich durch die Kommunen verfolgt werden können, etwa weil sie die Ausübung von Hoheitsgewalt voraussetzen. Damit kommen als potentielle Erwerber nur noch die Gemeinden und Gemeindeverbände in Betracht. Auch zwischen diesen wird aber regelmäßig kein Wettbewerb bestehen, da ein Grundstück von den Kommunen zur Erfüllung kommunaler Zwecke wohl vornehmlich dann erworben wird, wenn es auch im Hoheitsgebiet der Gemeinde oder des Gemeindeverbandes liegt. Wettbewerb wäre also nur bei einem Erwerb durch mehrheitlich kommunale Unternehmen denkbar. Auch hier scheidet dieser allerdings in der Regel aus. Voraussetzung für eine unternehmerische Tätigkeit der Kommunen ist grundsätzlich, dass die Aufgabe nicht durch Private besser oder wirtschaftlicher wahrgenommen werden kann (§ 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW). In diesem Fall scheidet also ein Wettbewerb um das Grundstück mit privaten Unternehmern aus. Auch zwischen mehreren kommunalen Unternehmen einer Kommune wird aber regelmäßig kein Wett-

¹⁸¹ *Bank*, BauR 2012, 174 (180).

¹⁸² *Eggers/Malmendier*, NJW 2003, 780 (783); *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 7; *Watzka*, Staatliches Haushaltsrecht, S. 74.

¹⁸³ *Jasper/Seidel*, NZBau 2008, 427 (429) *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 7.

¹⁸⁴ Vgl. auch *Rabenschlag*, in: Engels/Eibelschäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 17: „Dabei ist zu berücksichtigen, dass Interessenten aufgrund eines Entwicklungspotentials vielfach bereit sind, über den derzeitigen Marktwert hinaus erhebliche, nur schwer messbare strategische Zuschläge zu zahlen, die sich einer gutachterlichen Verkehrswertermittlung entziehen.“

bewerb bestehen. Die Kommune, die die Unternehmen beherrscht, wird dafür Sorge tragen, dass nur eines ihrer Unternehmen Angebote für das Grundstück macht, da sie sonst selbst den Preis in die Höhe treiben würde.

(2) Der Erwerb von Grundstücken für den **sozialen Wohnungsbau** ist nicht der öffentlichen Hand vorbehalten. Dass eine Nachfrage gegenüber diesen Grundstücken besteht, ist daher nicht von vornherein ausgeschlossen. Trotzdem führt die freihändige Vergabe in diesem Fall wohl nicht zu einem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot. Durch die soziale Wohnraumförderung sollen Personen Wohnmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden, die aufgrund ihrer sozialen Verhältnisse Schwierigkeiten haben, sich am Markt angemessen mit Wohnraum zu versorgen (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WFNG NRW). Angesichts der Sozialbindungen, die sich für den Erwerber ergeben, kann nicht angenommen werden, dass Private für das Grundstück einen Kaufpreis bezahlen, der (erheblich) über dessen Verkehrswert liegt. Dass durch ein aufwendiges Ausschreibungsverfahren ein finanzieller Mehrwert für das Land erzielbar ist, erscheint daher eher unwahrscheinlich. Jedenfalls erscheint es angesichts der prognostischen Unsicherheiten wohl im Rahmen des dem Gesetzgeber bei Wirtschaftlichkeitsbeurteilungen zukommenden Einschätzungsspielraums¹⁸⁵, in diesen Fällen von einer Ausschreibung abzusehen.

(3) Bedenklich erscheint die Veräußerung staatlicher Grundstücke an Studentenwerke zu dem – in § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. b HG NW besonders hervorgehobenen („insbesondere“) – Zweck der **Errichtung von studentischem Wohnraum**. Hierbei handelt es sich um eine Aufgabe, die durchaus auch von Privatpersonen wahrgenommen werden kann und wahrgenommen wird. Der Verzicht auf eine Ausschreibung lässt sich daher nicht bereits mit der fehlenden Nachfrage rechtfertigen. Gegen eine vorrangige Aufgabenerfüllung durch die Studentenwerke spricht weiter, dass diese durch Zuschüsse des Landes finanziert werden (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StWG), so dass auch in dieser Hinsicht eine Aufgabenerfüllung durch Privatpersonen wirtschaftlicher sein kann.¹⁸⁶ Schließlich kann auch in den Kaufverträgen mit Privatpersonen vereinbart werden, dass diese den Wohnraum Studenten zur Verfügung stellen und dabei gewisse Mietobergrenzen einzuhalten haben. Im Hinblick auf den Zweck der Bereitstellung studentischen Wohnraums muss die Veräußerung an Studentenwerke also nicht zwangsläufig vorteilhaft sein. Diesem Ergebnis kann auch nicht entgegengehalten werden, dass das Studentenwerk aufgrund der Mieteinnahmen geringerer staatlicher Zuschüsse bedarf und damit im Er-

¹⁸⁵ von Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 81.

¹⁸⁶ So auch die Argumentation des VG Lüneburg, Beschl. v. 2.2.2005 – 1 B 1/05, ZfBR 2005, 318.

gebnis die Veräußerung an das Studentenwerk für das Land doch wirtschaftlicher ist. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 StWG sind die Wohnheime nämlich unter Gewinnverzicht zu führen, so dass eine Querfinanzierung von anderen Aufgaben durch Mieteinnahmen ausscheidet.¹⁸⁷

Es ist also festzustellen, dass Fälle in Betracht kommen, in denen durch eine Ausschreibung ein Kaufpreis erzielbar ist, der über das hinausgeht, was durch eine freihändige Veräußerung gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW einzunehmen ist, ohne dass dadurch die Zweckverfolgung beeinträchtigt würde. Da § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW – wie oben (Seite 14 f.) dargelegt – keine Ausnahme von dem Verbot des § 63 Abs. 3 Satz 2 LHO darstellt, ist allerdings auch in diesen Fällen sichergestellt, dass der Veräußerungserlös dem Verkehrswert des Grundstücks entspricht oder darüber liegt. Das wirft die Frage auf, ob die öffentliche Hand überhaupt verpflichtet ist, einen über den Verkehrswert hinausgehenden Gewinn zu erwirtschaften. Im Schrifttum wird ausgeführt, dass die öffentliche Hand nicht zur Gewinnmaximierung verpflichtet sei, da sie Leistungen nicht zur Erzielung eines Gewinns, sondern aufgrund eines öffentlichen Interesses erbringt.¹⁸⁸ Es ist richtig, dass die öffentliche Hand Gewinn nicht um jeden Preis und nicht auf Kosten der Erreichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks erzielen muss. Aus dem Charakter des Wirtschaftlichkeitsprinzips als Optimierungsgebot folgt aber doch, dass bei *voller* Erreichung der gesteckten Ziele des öffentlichen Handelns der Mitteleinsatz so gering wie möglich zu halten bzw. ein höchstmöglicher Gewinn zu erzielen ist.¹⁸⁹ Dies lässt sich gerade mit der Gemeinwohlbindung der öffentlichen Hand begründen.¹⁹⁰ Angesichts der naturgemäßen Mittelknappheit der öffentlichen Hand ist sie gehalten, Gewinn zu erzielen, wenn dies ohne Beeinträchtigung öffentlicher Interessen möglich ist, um diese Erträge für die Verwendung anderer im öffentlichen Interesse liegender Zwecke einzusetzen, die ansonsten nicht in gleicher Intensität verwirklicht werden könnten. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn ohne Belastung der Bürger der öffentlichen Hand ausreichende Mittel zur Verfügung stünden, um alle gesetzten Ziele optimal zu verwirklichen. Demnach kann es nicht ausreichen, dass die öffentliche Hand kostendeckend handelt, wenn

¹⁸⁷ Freilich ließe sich wiederum argumentieren, dass Studentenwerke aufgrund des Verzichts auf eine Gewinnerzielung regelmäßig sehr günstige Mieten anbieten können. Daraus könnte man schließen, dass andere Bieter, die zu einer Vermietung zu diesen Konditionen verpflichtet würden, regelmäßig kein Angebot abgeben, das weit über dem Marktwert liegt, so dass sich eine Ausschreibung lohnen würde. Allerdings erscheint dies auch nicht ausgeschlossen. Man denke etwa an Verbindungshäuser oder Grundstücke in der Nähe des Campus, die sicher vermietet werden können. Letztlich ist das Tatfrage.

¹⁸⁸ von Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 90; Gaentzsch, DÖV 1998, 952 (954).

¹⁸⁹ Siehe auch Grupp, JZ 1982, 231 (234).

¹⁹⁰ Dies stimmt im Ergebnis mit der Meinung überein, die von Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 89 vertritt, wenn er sagt: „Es geht nicht um eine Gewinnmaximierung, sondern um eine Gemeinwohlmaximierung“.

sie zur Gewinnerzielung im Stande wäre, ohne andere öffentliche Belange zu vernachlässigen.¹⁹¹

e) Ergebnis

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. b HG NW verstößt gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, indem er die ausschreibungsfreie Veräußerung von Grundstücken durch das Land an Studentenwerke zum Zweck der Errichtung studentischen Wohnraums zulässt.

Im Übrigen lässt sich die Norm jedenfalls so auslegen, dass es nicht zu einem zwingenden Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz kommt. Eine solche einschränkende Auslegung ist bei der Veräußerung von Grundstücken an Gemeinden und Gemeindeverbände geboten, soweit der mit der Veräußerung verfolgte kommunale Zweck in gleicher Weise auch durch einen Privaten erfüllt werden könnte. Der unbestimmte Wortlaut der Vorschrift („kommunale Zwecke“) lässt eine solche Auslegung wohl zu.

Es sei darauf hingewiesen, dass sich die obigen Ausführungen – dem Prüfungsauftrag entsprechend – nur auf die Normebene beziehen. Daraus kann keineswegs abgeleitet werden, dass im Einzelfall die Veräußerung eines Grundstücks mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot vereinbar ist. In Betracht kommt etwa, dass die Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks im konkreten Fall wirtschaftlich günstiger ist und daher eine Veräußerung insgesamt unwirtschaftlich.

6. Vereinbarkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW mit dem Notwendigkeitsgrundsatz (§ 5 HGrG, § 6 LHO)

a) Grundlagen des Notwendigkeitsgrundsatzes

Gemäß § 5 HGrG und § 6 LHO sind bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans nur die Ausgaben und Ermächtigungen zum Eingehen von Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in künftigen Jahren (Verpflichtungsermächtigungen) zu berücksichtigen, die zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes oder des Landes notwendig sind. Teilweise wird der Grundsatz der Notwendigkeit als ein Subprinzip der Wirtschaftlichkeit angesehen.¹⁹² Jedenfalls besteht ein enger Zusammenhang zwischen dem Wirtschaftlichkeitsgebot und dem Notwendigkeitsgrundsatz¹⁹³, so dass anzunehmen ist, dass auch der Gesetzgeber an den Notwen-

¹⁹¹ A. A. wohl *Gaentzsch*, DÖV 1998, 952 (954).

¹⁹² v. *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 66; *Dittrich*, BHO, § 7 Rn. 2.6; *Gröpl* (Hrsg.), in: BHO/LHO, 1. Aufl. 2011, § 6 BHO Rn. 24; *Rzepka*, Staatliches Haushaltsrecht, S. 8.

¹⁹³ *Eibelshäuser/Nowak*, in: *Engels/Eibelshäuser*, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 7 BHO Rn. 3; *Nägerl*, in: *Engels/Eibelshäuser*, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 6 BHO Rn. 2.

digkeitsgrundsatz gebunden ist und ein gegen ihn verstoßendes Gesetz (verfassungs-)rechtswidrig und nichtig ist.¹⁹⁴ Aus dem Notwendigkeitsgrundsatz folgt, dass das Land Haushaltsmittel nur für die Erfüllung von Landesaufgaben ausweisen darf.¹⁹⁵ Insofern wird die Finanzierungsbefugnis an das Bestehen einer staatlichen Aufgabe geknüpft. Im Verhältnis zwischen Bund und Ländern ergibt sich das Verbot einer Mischfinanzierung bereits aus Art. 104a Abs. 1 GG.¹⁹⁶ Dieser ist aber nach ganz überwiegender Ansicht nicht auf das Verhältnis zwischen den Ländern und Kommunen anwendbar.¹⁹⁷ Gerade dieses ist aber für die Frage der Rechtmäßigkeit, insbesondere der Verfassungsmäßigkeit, des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW relevant. Für die Aufgabenabgrenzung zwischen dem Staat und den übrigen in diesem liegenden Gebietskörperschaften ist die Landesverfassung heranzuziehen.¹⁹⁸ Anders als etwa die Bayerische Verfassung (vgl. Art. 83 BV) enthält die nordrhein-westfälische Verfassung keine Aufzählung von explizit gemeindlichen Aufgaben. Trotzdem wird gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 78 Abs. 1 und 2 Verf NW den Gemeinden und Gemeindeverbänden ein eigener Aufgabenbereich zugestanden, der nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres entzogen werden kann.¹⁹⁹ Insofern fehlt es den Ländern an einer Finanzierungsbefugnis außerhalb des kommunalen Finanzausgleichs (FAG) sowie hier nicht einschlägiger haushaltsrechtlicher Sondertatbestände (insb. für Zuwendungen §§ 26, 14 HGrG und §§ 23, 44 LHO; siehe dazu oben auf Seite 36).²⁰⁰ Die kompetenzwidrige Zweckverfolgung stellt keinen zulässigen Anknüpfungspunkt für eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung dar.

b) Anwendung auf § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW

¹⁹⁴ v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 66; anders wohl Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 6 BHO Rn. 2.

¹⁹⁵ Birkner, Bayerisches Haushaltsrecht, Art. 7 BayHO Rn. 2.2.1.

¹⁹⁶ Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 104a Rn. 55.

¹⁹⁷ Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 104a Rn. 59; Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 104a Rn. 21; Kube, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 104a Rn. 8.

¹⁹⁸ Birkner, Bayerisches Haushaltsrecht, Art. 6 Rn. 2.1.2; Kube, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 104a Rn. 8.

¹⁹⁹ Vgl. auch Schoch/Wieland, Finanzierungsverantwortung für gesetzgeberisch veranlasste kommunale Aufgaben, S. 179: „Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich somit eindeutig, dass gerade auch für die Gemeinden durch die Gewährleistung der Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG verfassungskräftig ein materieller bestimmter Aufgabenbestand gewährleistet ist.“

²⁰⁰ In der Rechtsprechung wurde diese Problematik – soweit ersichtlich – noch nicht behandelt. Soweit in der Literatur Stellungnahmen vorhanden sind, wird jedenfalls im Verhältnis von Bund und Ländern die Zulässigkeit einer Finanzierung von Landesaufgaben durch den Bund mangels Notwendigkeit für unzulässig gehalten (vgl. Dittrich, Bundeshaushaltsordnung, § 6 BHO Rn. 3; Nägerl, in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 6 BHO Rn. 3). Für eine Abgrenzung der Finanzierungsbefugnis entsprechend der Aufgabenverteilung, auch im Verhältnis von Ländern und Kommunen, spricht sich auch Birkner, Bayerisches Haushaltsrecht, Art. 6 Rn. 2.1.2 aus, der allerdings auf die vielfach abweichende Praxis hinweist. Auch Nägerl, in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 6 BHO Rn. 3 schreibt: „Das Konnexitätsprinzip besagt, dass die Ausgabenlast der Aufgabenlast folgt. Diejenige *Gebietskörperschaft* [Hervorhebung durch Verfasser] soll die Ausgaben tragen, die die Verantwortung für die Durchführung der kostenverursachenden Aufgabe trägt.“

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW erlaubt die ausschreibungsfreie Grundstücksveräußerung für die Verfolgung unterschiedlicher enumerativ aufgelisteter Zwecke. Im Folgenden soll geprüft werden, ob die Verfolgung dieser Zwecke mit dem Notwendigkeitsgrundsatz zu vereinbaren ist und daher einen zulässigen Anknüpfungspunkt für Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen bilden kann.

(1) In § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a HG NW wird die Veräußerung von Grundstücken an Gemeinden, Gemeindeverbände und mehrheitlich kommunale Unternehmen explizit zur Erfüllung „kommunaler Zwecke“ ermöglicht. Den Gemeinden steht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 78 Abs. 1 Verf NW das Recht zur Selbstverwaltung zu. Gleiches gilt gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 78 Abs. 1 Verf NW für die Gemeindeverbände. Gemäß Art. 78 Abs. 2 Verf NW sind die Gemeinden und Gemeindeverbände in ihrem Gebiet die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung. Angesichts dieser Kompetenzabgrenzung erscheint eine Grundstücksübereignung für „kommunale Zwecke“ unter dem Gesichtspunkt des Notwendigkeitsgrundsatzes bedenklich. Für eine Beurteilung wird man wohl zwischen den verschiedenen Formen der Aufgabenerfüllung unterscheiden müssen.²⁰¹

Soweit Gemeinden und Gemeindeverbände Aufgaben erfüllen, die ihnen neu durch Gesetz übertragen wurden, ist das Land verpflichtet, die für die Aufgabenerfüllung benötigten Mittel bereitzustellen (Art. 78 Abs. 3 Satz 2 Verf NW).²⁰² Das könnte dafür sprechen, dass dann auch die Übereignung eines Grundstücks an die Gemeinde – unterhalb des maximal am Markt erzielbaren Werts – möglich sein muss. Benötigt die Gemeinde das Grundstück für die Erfüllung einer ihr durch das Land übertragenen Aufgabe, wäre es – so ließe sich argumentieren – reiner Formalismus, wenn das Land verpflichtet wäre, die Gemeinde zur Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren zu verpflichten, wenn es den dadurch in die Höhe getriebenen Preis gemäß Art. 78 Abs. 3 Satz 2 Verf NW auszugleichen hat. Ein solches Vorgehen würde auch dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz widersprechen, da er bei gleich intensiver Zweckerreichung zu einem höheren Mitteleinsatz durch das Land führen würde.

²⁰¹ Eine ähnliche Differenzierung nimmt *Birkner*, Bayerisches Haushaltsrecht, Art. 23 Rn. 5.3, in Bezug auf die Zulässigkeit der Gewährung von Zuwendungen des Landes an Gemeinden vor.

²⁰² Der VerfGH NRW geht dabei von einem „strikten Konnexitätsprinzip“ aus, bei dem es sich um eine „von der Finanzkraft der Kommune unabhängige Ausgleichsregelung“ handelt, „die neben die allgemeinen Bestimmungen zur Absicherung einer finanziellen Mindestausstattung durch originäre kommunale Einnahmen und den kommunalen Finanzausgleich tritt“. Vgl. VerfGH NRW, Urt. v. 23.3.2010 – 21/08, Gemeindehaushalt 2010, 281 Ls. 3; VerfGH NRW, Urt. v. 23.3.2010 – 29/08, Städte- und Gemeinderat 2010, Nr 7-8, 29; ferner VerfGH NRW, Urt. v. 19.7.2011 – 32/08, DVBl 2011, 1155.

Daneben haben die Gemeinden und Gemeindeverbände eigene Aufgaben zu erfüllen, und zwar solche der örtlichen Gemeinschaft. In Bezug auf diese Aufgaben steht ihnen das Selbstverwaltungsrecht zu. Auch insoweit ist allerdings eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Das Selbstverwaltungsrecht ist nämlich nicht vorbehaltlos gewährleistet. Es kann durch Gesetz eingeschränkt werden.²⁰³ In diesem Fall wird also nicht den Kommunen eine Aufgabe übertragen, sondern gerade umgekehrt eine ursprünglich kommunale Aufgabe dem Land zugewiesen. Liegen die Voraussetzungen für einen solchen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht vor, müsste es aber nach richtiger Ansicht auch möglich sein, statt der Übertragung der kommunalen Aufgabe auf das Land die Kommune bei deren Erfüllung lediglich finanziell zu unterstützen, etwa durch die Übereignung eines im Landeseigentum stehenden Grundstücks. Dafür spricht schon, dass ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht nach herrschender Meinung am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu messen ist.²⁰⁴ Das Selbstverwaltungsrecht wird geringer beeinträchtigt, wenn das Land durch finanzielle Hilfe ermöglicht, dass die Kommune ihre Aufgabe selbst erfüllt, als wenn es die Erfüllung der Aufgabe selbst übernimmt. Fehlt es dagegen an den Voraussetzungen für einen Eingriff in die Aufgabenwahrnehmung der Kommune, kann der kommunale Zweck mangels einer entsprechenden Aufgabe des Landes nicht als Anknüpfungspunkt für Wirtschaftlichkeitserwägungen herangezogen werden.

Die gesetzliche Einschränkung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts gilt nicht unbegrenzt. In den Kernbereich der Selbstverwaltung darf nicht eingegriffen werden.²⁰⁵ Ein Verstoß gegen den Notwendigkeitsgrundsatz kann daher angenommen werden, wenn das Grundstück an die Gemeinde zur Erfüllung kommunaler Aufgaben übereignet wird, die in den unentziehbaren Kernbereich gemeindlicher Selbstverwaltung fallen. Auch in diesem Fall stellt die Verfolgung kommunaler Zwecke keinen zulässigen Anknüpfungspunkt dar, der es rechtfertigen würde, einen geringeren Kaufpreis zu erzielen als er ohne Zweckbindung des Grundstücks erzielbar wäre. Eine solche Konstellation ist allerdings wohl nur dann denkbar, wenn

²⁰³ NRWVerfGH, Urt. v. 17.12.1990 – VerfGH 2/90, NVwZ 1991, 467.

²⁰⁴ Ständige Rechtsprechung. Vgl. BVerfG, Entscheidung vom 24.6.1969 – 2 BvR 446/64, BVerfGE 26, 228 (239); BVerfG, Beschl. v. 7.10.1980 – 2 BvR 584/76, 2 BvR 598/76, 2 BvR 599/76, 2 BvR 604/76, BVerfGE 56, 298 (313); BVerfG, Beschl. v. 23.6.1987 – 2 BvR 826/83, BVerfGE 76, 107 (119); BVerfG, Beschl. v. 27.1.2010 – 2 BvR 2185/04, 2 BvR 2189/04, BVerfGE 125, 141 (167); NWVerfGH, Urt. v. 13.8.1996 – VerfGH 23/94, NVwZ-RR 1997, 249; NWVerfGH, Urt. v. 9.6.1997 – VerfGH 20/95 u.a., NVwZ-RR 1998, 473 (474).

²⁰⁵ Ständige Rechtsprechung. Vgl. BVerfG, Urt. v. 20.3.1952 – 1 BvR 267/51, BVerfGE 1, 167 (175); BVerfG, Urt. v. 10.12.1974 – 2 BvK 1/73, BVerfGE 38, 258 (278); BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83, BVerfGE 79, 127 (146); BVerfG, Beschl. v. 27.1.2010 – 2 BvR 2185/04, 2 BvR 2189/04, BVerfGE 125, 141 (167); VerfGH NRW, Urt. v. 17.12.1990 – VerfGH 2/90, NVwZ 1991, 467.

man annimmt, dass der Kernbereich des kommunalen Selbstverwaltungsrechts durch Art. 78 Abs. 1 nicht nur institutionell, sondern auch eine individuell gewährleistet wird.²⁰⁶

(2) § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW erlaubt ferner die ausschreibungsfreie Veräußerung von Grundstücken an Gemeinden und Gemeindeverbände für die Errichtung von öffentlich gefördertem Wohnraum im Sinne des Wohnraumförderungsgesetzes. Zunächst hatte der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Wohnraumförderung, im Zuge der Föderalismusreform I ist diese jedoch auf die Länder übergegangen. Davon hat das Land NRW durch den Erlass des Gesetzes zur Förderung und Nutzung von Wohnraum für das Land Nordrhein-Westfalen (WFNG NRW) vom 8. Dezember 2009 Gebrauch gemacht.²⁰⁷ Nach den oben genannten Kriterien ist zu unterscheiden, ob es sich bei der sozialen Wohnraumförderung um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt, mit der Folge, dass die sich im Zusammenhang mit dem Selbstverwaltungsrecht ergebenden Besonderheiten zu beachten sind, oder um eine Angelegenheit des Landes.

Unter kommunalen Angelegenheiten sind solche Aufgaben zu verstehen, die in den örtlichen Gemeinschaften wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben und den Einwohnern der Gemeinden, Städte und Kreise gerade als solchen gemeinsam sind.²⁰⁸ Hinsichtlich der Frage, ob eine Aufgabe als kommunale Angelegenheit anzusehen ist, kommt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprerogative zu.²⁰⁹ Diese Entscheidung wird vom VerfGH nur auf seine Vertretbarkeit hin überprüft.²¹⁰ Aus § 3 Abs. 1 und 3 WFNG NRW und der zugehörigen Gesetzesbegründung wird deutlich, dass der Gesetzgeber die Wohnraumförderung als staatliche Aufgabe ansieht und allein die im 8. Abschnitt des WFNG NRW geregelte Wohnungsaufsicht als Selbstverwaltungsangelegenheit.²¹¹ Hinsichtlich dieser Wertung weicht der Landesgesetzgeber NRW von der Praxis in anderen Bundesländern ab, in denen der soziale Wohnungsbau eine eigene Angelegenheit der Gemeinden darstellt, ohne dass es sich um eine Pflichtaufgabe handelt.²¹² Angesichts der Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers erscheint diese Bewertung aber wohl vertretbar. Da es sich bei dem sozialen Wohnungsbau also um eine staatliche Aufgabe handelt, bestehen keine Bedenken, die Förderung desselben durch die Veräußerung

²⁰⁶ Offen gelassen vom VerfGH NRW, Urt. v. 25.6.2002 – 42/00, NVwZ 2003, 202 (204); VerfGH NRW, Urt. v. 25.10.2011 – 10/10, ZUR 2012, 175 (178).

²⁰⁷ LT-Drucks. 14/9493, S. 67.

²⁰⁸ VerfGH NRW, Urt. v. 26.6.2001 – 28/00, 30/00, DÖV 2002, 475.

²⁰⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83, BVerfGE 79, 127 (153); VerfGH NRW, Urt. v. 26.6.2001 – 28/00, 30/00, NVwZ-RR 2001, 617 (618).

²¹⁰ VerfGH NRW, Urt. v. 26.6.2001 – 28/00, 30/00, NVwZ-RR 2001, 617 (618).

²¹¹ LT-Drucks. 14/9394, S. 74.

²¹² VG München, Urt. v. 23.10.2009 – M 24 K 08.4958, n. v.

von Grundstücken an Gemeinden und Gemeindeverbände als Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Wirtschaftlichkeitsprinzips heranzuziehen.

(3) Ein Selbstverwaltungsrecht kommt auch den Studentenwerken zu (§ 1 Abs. 1 StWG). Insoweit ist allerdings zu beachten, dass dieses Selbstverwaltungsrecht – anders als das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht – keinen Verfassungsrang hat, sondern lediglich durch einfaches Landesgesetz eingeräumt wird. Durch Landesgesetz können dann aber auch die Grenzen dieses Selbstverwaltungsrechts bestimmt werden, ohne dass dafür besondere verfassungsrechtliche Anforderungen bestehen. Dem Wirtschaftlichkeitsgebot kann nicht entnommen werden, dass eine einmal auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts übertragene Aufgabe nicht wieder auf das Land zurückübertragen werden dürfte. Ein solches Verständnis würde dem Demokratieprinzip zuwiderlaufen, indem eine Selbstbindung des Gesetzgebers erreicht würde. Insofern bestehen im Hinblick auf den Notwendigkeitsgrundsatz keine Bedenken, wenn § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. b HG NW eine Veräußerung von Grundstücken an Studentenwerke zur Erfüllung von deren Aufgaben zulässt.

c) Ergebnis

Eine Kontrolle des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW am Maßstab des Notwendigkeitsgrundsatzes ergibt, dass es an einer Aufgabe des Landes und damit an einem zulässigen Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgebots fehlt, wenn die Veräußerung von Grundstücken an Gemeinden, Gemeindeverbände oder mehrheitlich kommunale Unternehmen zur Erfüllung einer Selbstverwaltungsaufgabe erfolgt, die der Kommune nicht entzogen werden darf.

Seinem Wortlaut nach erfasst § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW zwar auch diese Fälle, indem er allgemein von einer Veräußerung für „kommunale Zwecke“ spricht. Es besteht aber wohl die Möglichkeit der (verfassungs-)rechtskonformen²¹³ Auslegung.

²¹³ Zur Möglichkeit, die Haushaltsgrundsätze bei der Auslegung von Landesrecht zu berücksichtigen s. BVerwG, Ur. v. 19.12.1996 – 3 C 1/96, BVerwGE 104, 20 (23); Rodi, in: BK zum GG, Art. 109 Rn. 350.

D. Rechtliche Zulässigkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW

§ 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW regelt die Veräußerung von Grundstücken an Erwerber, die sich vertraglich zur Errichtung städtebaulich oder wohnungsbaupolitisch förderungswürdiger Vorhaben verpflichten. In § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HG NW ist die Veräußerung unter der Auflage vorgesehen, dass in angemessenem Umfang öffentlich geförderter Wohnraum errichtet wird. Anders als in § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW wird der Kreis der potentiellen Erwerber nicht eingeschränkt, allerdings ist hier die Veräußerung im Wege der öffentlichen Ausschreibung durchzuführen.

I. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit Kartellvergaberecht

1. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts

§ 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW betrifft – ebenso wie § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW – Grundstücksveräußerungen, welche aufgrund mangelnden Beschaffungscharakters grundsätzlich keinen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB darstellen (s.o. Seite 12). Etwas anderes gilt nur, wenn die Kriterien erfüllt sind, die der EuGH aufgestellt hat, um von einem eingekapselten Bauauftrag (§ 99 Abs. 3 GWB) ausgehen zu können.

(1) Unmittelbares wirtschaftliches Interesse

Zu erwägen ist wiederum, ob sich ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Landes NRW aus einer finanziellen Beteiligung an den Bauleistungen in Form einer Veräußerung des Grundstücks unter Marktwert ergibt.

§ 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW erlaubt die Veräußerung von Grundstücken des Landes an Bieter, die sich vertraglich zur Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben verpflichtet haben oder unter der Auflage der Errichtung öffentlich geförderten Wohnraums. Zwar enthält auch § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW keine ausdrückliche Ausnahme von dem Verbot der Veräußerung von Grundstücken unter ihrem Marktwert (§ 63 Abs. 3 Satz 1 LHO). Allerdings ist hier anders als in § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW das Erfordernis einer gutachterlichen Wertermittlung nicht ausdrücklich angeordnet. An ihre Stelle tritt die in § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW vorgesehene Ausschreibung.

Diese Ausschreibung dürfte die Anforderungen erfüllen, die die Kommission in ihrer Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken

durch die öffentliche Hand²¹⁴ aufgestellt hat. Die Vermutung einer Veräußerung des Grundstücks zum Marktpreis wird danach begründet, wenn nach einer hinreichend publizierten und bedingungsfreien Ausschreibung der Zuschlag an den meistbietenden oder einzigen Bieter erfolgt.²¹⁵ Bedingungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens ist anzunehmen, wenn „grundsätzlich jeder Käufer unabhängig davon, ob und in welcher Branche er gewerblich tätig ist, das Gebäude oder Grundstück erwerben und für seinen wirtschaftlichen Zweck nutzen kann und darf“²¹⁶. Diese Voraussetzungen sind im Fall des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW nicht erfüllt. Durch die Beschränkung auf Bieter, die sich vertraglich zur Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben verpflichtet haben (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW), bzw. die Auflage, in angemessenem Umfang öffentlichen Wohnraum zu errichten, ist eine Nutzung für wirtschaftliche Zwecke unabhängig davon, ob und in welcher Branche der Bieter gewerblich tätig ist, nicht mehr möglich.

Allerdings sieht die Mitteilung zwei Möglichkeiten vor, in denen die Bedingungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens fingiert wird, obwohl sie die oben genannte Definition nicht erfüllt.

Zum einen wird die Bedingungsfreiheit durch „raumordnungsrechtliche Einschränkungen für den Eigentümer eines Grundstücks nach nationalem Recht“ nicht beeinträchtigt.²¹⁷ Insofern ist zu überlegen, ob die Verpflichtung zur Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben darunter fällt. Wie sich bei Heranziehung der englischen Version der Mitteilung ergibt („Urban and regional planning restrictions“), sind damit nicht nur raumplanerische Vorgaben im engeren Sinne, sondern auch städteplanerische Einschränkungen gemeint. Zwar ergeben sich diese Einschränkungen im Falle des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern werden dem Erwerber des Grundstücks erst vertraglich auferlegt. Allerdings ergibt sich aus einer Zusammenschau von Ziffer II. 1. lit. b und c der Grundstücksmitteilung, dass auch Einschränkungen aufgrund von Entscheidungen der Planungsbehörden („decision of the planning authorities“) die Bedingungsfreiheit nicht beeinträchtigen. Dementsprechend dürfte die Verpflichtung zur Realisierung städtebaulich und wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben als „raumordnungsrechtliche Einschränkung“ im Sinne der Mitteilung der Kommission verstanden werden können.

²¹⁴ ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3 ff.

²¹⁵ ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3.

²¹⁶ ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3.

²¹⁷ ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3.

Bedingungsfreiheit ist auch dann anzunehmen, „wenn der künftige Eigentümer besondere Verpflichtungen erfüllen muss, die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht der Entscheidungen der Planungsbehörden ergeben, oder Verpflichtungen für den allgemeinen Schutz und die Erhaltung der Umwelt und der öffentlichen Gesundheit zugunsten der öffentlichen Hand oder der Allgemeinheit übernimmt [...], wenn alle potentiellen Erwerber nicht²¹⁸ in der Lage wären, diese Verpflichtung zu erfüllen, unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit oder ob sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder nicht“²¹⁹. Daneben stellt die englische Fassung die zusätzliche Anforderung auf, dass die Verpflichtung im Interesse der „public authorities“ oder im „general public interest“ liegen muss. Bei der Errichtung von öffentlich gefördertem Wohnraum handelt es sich um ein hoheitliches Interesse, da dem Land die Aufgabe des sozialen Wohnungsbaus obliegt (vgl. § 4 Abs. 1 WFNG NRW). Überdies handelt es sich um eine Auflage, die unterschiedslos von allen potentiellen Erwerbern zu erfüllen ist und die wohl auch von allen Erwerbern grundsätzlich erfüllt werden kann. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Merkmal der Bedingungsfreiheit mit Stimmen in der Literatur weit auszulegen ist dahingehend, dass es eine Diskriminierung bestimmter Investoren verhindern soll.²²⁰ Damit gilt die Ausschreibung in den Fällen des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW als bedingungsfrei und erfüllt die Voraussetzungen, unter denen die Kommission eine Veräußerung zum Marktwert vermutet. Eine finanzielle Beteiligung des Landes an den Bauleistungen scheidet damit aus.

Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Landes könnte aber daraus resultieren, dass Private durch die vertraglichen Verpflichtungen, die in § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW vorgesehen sind, eine Aufgabe des Landes erfüllen. Auch wenn der EuGH diese Fallgruppe nicht ausdrücklich als Beispiel aufgeführt hat, ist es wohl überwiegende Ansicht, dass ein Beschaf-

²¹⁸ Bei der Einfügung dieses „nicht“ dürfte es sich um einen Übersetzungsfehler handeln. Richtigerweise müsste es also heißen „wenn alle potentiellen Erwerber in der Lage wären, diese Verpflichtungen zu erfüllen, unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit und ob sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder nicht“. Das ergibt sich bei einem Vergleich mit der englischen Fassung der Mitteilung in der es heißt: „If it is a condition of the sale that the future owner is to assume special obligations [...] for the benefit of the public authorities or in the general public interest, the offer is to be regarded as ‘unconditional’ within the meaning of the above definition only if all potential buyers would have to, and be able to, meet that obligation, irrespective of whether or not they run a business or of the nature of their business.“ So auch *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Aufl. 2014, Fn. 538.

²¹⁹ ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3 f.

²²⁰ *Priess/Graf von Merveld*, in: *Arrowsmith/Kunzlik*, Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, S. 266; enger dagegen *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Aufl. 2004, S. 47. Die Kommission sah in der Auflage zur „Erhaltung von Arbeitsplätzen, Durchführung eines Unternehmensplans, Verpflichtung zum Bezug von mindestens 80 % der Rohstoffe bei den örtlichen Erzeugern und keine Verlegung des Produktionsstandorts aus Rom für einen Zeitraum von fünf Jahren“ keine Beeinträchtigung der Bedingungsfreiheit, vgl. Entscheidung der Kommission v. 11.4.2000, ABl. L 265 v. 19.10.2000, S. 23.

fungsvorgang des öffentlichen Auftraggebers auch darin gesehen werden kann, dass er eine ihm obliegende Aufgabe durch Dritte ausführen lässt.²²¹

Der EuGH hat in der Rs. Helmut Müller zwar ausdrücklich entschieden, dass die bloße Ausübung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil des öffentlichen Auftraggebers begründet.²²² Bei den hier zu beurteilenden Fällen besteht allerdings insoweit ein Unterschied zu dem Urteil, als die Veräußerung nicht durch die Gemeinde erfolgt, in deren Aufgabenbereich die städtebauliche Planung fällt, sondern durch das Land. In der Literatur wird vertreten, dass die Verpflichtung zur Errichtung eines im öffentlichen Interesse liegenden Bauwerks durch einen Privaten stets ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des veräußernden öffentlichen Auftraggebers begründet.²²³ Demgegenüber fordert das OLG München, dass der öffentliche Auftraggeber eine tatsächlich ihm obliegende Aufgabe von einem Dritten ausführen lässt.²²⁴ Jedenfalls wäre es paradox anzunehmen, dass ein öffentlicher Auftraggeber durch die Erfüllung der einer anderen öffentlichen Stelle zukommenden Aufgabe ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat, wenn die Erfüllung dieser Aufgabe nicht einmal für die tatsächlich zuständige Stelle ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse begründen würde.

In den Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber das Grundstück unter der Auflage veräußert, dass dort öffentlich geförderter Wohnraum errichtet wird, wird man ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Landes dagegen nicht mit Gewissheit ausschließen können. In diesen Fällen erfüllt das Land seine Aufgaben aus dem WFNG NRW teilweise durch den Erwerber. Zwar lässt sich gegen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse in diesen Fällen anführen, dass sich das Land die Aufgabe der sozialen Wohnraumförderung selbst durch Erlass des WFNG NRW auferlegt hat. Inwieweit eine Förderung erfolgen soll und in welchem Wege diese Förderung erfolgt, ist daher in das Ermessen des Landesgesetzgebers gestellt. Auch das OLG München hält es für „ein absurdes Ergebnis, wenn für Grundstücke, welche – abgesehen von der Beihilfe – unter denselben Bedingungen einmal im frei finanzierten und einmal im sozialen Wohnungsbau veräußert werden, einmal das Vergaberecht anwendbar wäre und einmal nicht“.²²⁵ Allerdings hat der EuGH jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die

²²¹ OLG München, Beschl. v. 27.9.2011 – Verg 15/11, NZBau 2012, 134 (136).

²²² EuGH v. 25.3. 2010, Rs. C-451/08, *Helmut Müller*, Slg 2010, I-2673 Rn. 57; so auch das OLG München, Beschl. v. 27.9.2011 – Verg 15/11, NZBau 2012, 134 (135 f.); Brandenburgisches OLG, Urt. v. 24.4.2012 – 6 W 149/11, ZfBR 2012, 508 (511).

²²³ *Hertwig*, NZBau 2011, 9 (14).

²²⁴ OLG München, Beschl. v. 27.9.2011 – Verg 15/11, NZBau 2012, 134 (136).

²²⁵ OLG München, Beschl. v. 27.9.2011 – Verg 15/11, NZBau 2012, 134 (136). So auch *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, 2. Aufl. 2013, § 99 GWB Rn. 47.

Veräußerung von Grundstücken mit der Verpflichtung zur Errichtung öffentlich geförderten Wohnraums ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber und damit einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB begründen kann.²²⁶ Eine abschließende Entscheidung hat der EuGH allerdings nicht gefällt, vielmehr seien die Voraussetzungen zu prüfen, die er für die Begründung eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses aufgestellt hat. Insoweit verbleiben bezüglich dieses Punktes Zweifel, die sich allerdings nicht als problematisch darstellen, da das Vorliegen eines eingekapselten Bauauftrages jedenfalls aus anderen Gründen abgelehnt werden muss.

(2) Einklagbare Verpflichtung

Anders als § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW sieht § 15 Abs. 3 Nr. 2 jedenfalls in lit. a vor, dass sich die potentiellen Erwerber schriftlich zur Realisierung der städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdigen Vorhaben verpflichten. Ob damit gefordert ist, eine vertraglich einklagbare Verpflichtung zu begründen, ist unklar. Zunächst einmal werden durch die vertragliche Beschränkung solche Bieter aus dem Ausschreibungsverfahren eliminiert, die eine entsprechende Verpflichtung nicht eingehen. Es ist daher eher davon auszugehen, dass eine bestimmte Form, in der die Verwirklichung der Realisierung der mit der Grundstücksveräußerung durch die öffentliche Hand verfolgten Ziele sichergestellt werden muss, auch in § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW nicht vorgegeben ist.

Damit ließe sich die Norm jedenfalls so auslegen, dass die Begründung einer vertraglich einklagbaren Verpflichtung – unabhängig davon, wie man den Streit entscheidet, was unter einer solchen Verpflichtung zu verstehen ist – nicht gefordert ist. Allerdings ist eine solche Auslegung nicht erforderlich, um einen Verstoß gegen die RL 2004/18/EG zu verhindern, da ein öffentlicher Bauauftrag in der Regel schon am Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des öffentlichen Auftraggebers scheitern wird oder aber jedenfalls am Erfordernis der Entgeltlichkeit (dazu unten 4).

(3) Entscheidende Einflussnahme des öffentlichen Auftraggebers auf die Bauleistung

Inwiefern der öffentliche Auftraggeber auf die Bauleistung Einfluss nimmt, ist auch in § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW nicht genau geregelt. Insofern kann auf die Ausführungen zu § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW²²⁷ verwiesen werden.

²²⁶); EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, C-197/11, C-203/11, Libert u. a., NZBau 2013, 446 (452 f.).

²²⁷ S. o. Seite 16 f.

(4) Entgeltlichkeit

Auch in den Fällen des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW scheitert die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts jedenfalls am Kriterium der Entgeltlichkeit. Wie bereits dargelegt, muss der öffentliche Auftraggeber sich zu einer Gegenleistung für die Erbringung der Bauleistungen verpflichten (s. o. Seite 17 f.). Eine solche ist nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW aber nicht vorgesehen. Weder kommt es zu Geldleistungen des öffentlichen Auftraggebers für die Herstellung der baulichen Anlage, noch ermöglicht § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW eine Veräußerung der Grundstücke unter ihrem Marktwert (s. o. Seite 50 f.).

2. Ergebnis

Die in § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW vorgesehenen Grundstücksveräußerungen sind keine öffentlichen Bauaufträge im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB und unterfallen daher nicht dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Eine Unwirksamkeit der Vorschrift wegen Verstoßes gegen die §§ 97 ff. GWB ist damit nicht ersichtlich.

II. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit EU-Beihilfenrecht (Art. 107 f. AEUV)

Eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt nach der Rechtsprechung des EuGH eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel voraus, die geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Außerdem muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden und sie muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.²²⁸

Wie oben dargelegt (Seite 50), erfüllt die Veräußerung von Grundstücken in dem von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW vorgesehenen Bieterverfahren die Anforderungen, die in der Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand²²⁹ aufgestellt werden, um eine Veräußerung zum Marktpreis zu vermuten. Mangels einer Begünstigung des Grundstückserwerbers handelt es sich daher bei der Veräußerung der Grundstücke nach Maßgabe des beschränkten Ausschreibungsverfahrens des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW nicht um eine Beihilfe.

²²⁸ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-262/12, Vent De Colère u.a., EuZW 2014, 115 (116).

²²⁹ ABl. Nr. C 209 v. 10.7.1997, S. 3.

III. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit weiterem primärem Unionsrecht (Grundfreiheiten)

Die umstrittene Frage, ob die Grundfreiheiten Transparenzpflichten begründen, die bei der Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand zu beachten sind (s. o. Seite 21), wird im Rahmen des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW dadurch entschärft, dass der Käufer im Wege eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens ermittelt wird. Zu denken wäre an eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die in § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW an die Grundstücksveräußerung geknüpften Bedingungen oder Auflagen.

(1) In einer gemeinsamen Erklärung zu Zweitwohnungen wurde festgehalten, dass der gemeinschaftliche Besitzstand²³⁰ die Mitgliedstaaten nicht hindert, auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene Maßnahmen betreffend Zweitwohnungen zu treffen, sofern diese aus Gründen der Raumordnung erforderlich sind und ohne direkte oder indirekte Diskriminierung von Staatsangehörigen einzelner Mitgliedstaaten angewendet werden.²³¹ Um solche Maßnahmen handelt es sich, wenn das Land gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW Grundstücke nur an Interessenten verkauft, die sich zur Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben verpflichtet haben. Diese Verpflichtung gilt auch diskriminierungsfrei sowohl für Inländer als auch für Angehörige anderer Mitgliedstaaten. In den Vorgaben des § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW kann entsprechend dieser Interpretation der Verträge²³² keine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit gesehen werden.

(2) Nach der Rechtsprechung des EuGH führt die Verpflichtung, bei Erwerb eines Grundstücks öffentlich geförderten Wohnraum zu errichten, zu einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV).²³³ Die mit einer solchen Auflage ebenfalls einhergehende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs seien lediglich eine unvermeidbare Folge der Beschränkung des freien Kapitalverkehrs und daher nicht eigenständig zu prüfen.²³⁴

Gleichzeitig hat der Gerichtshof allerdings anerkannt, dass die Bereitstellung von Wohnraum für Personen, die sich aufgrund ihrer sozialen Lage nicht selbst mit Wohnraum am Markt ver-

²³⁰ Unter dem Begriff „gemeinschaftlicher Besitzstand“ ist das gemeinsame Fundament aus Rechten und Pflichten, die für alle Mitgliedstaaten im Rahmen der Europäischen Union verbindlich sind, zu verstehen.

²³¹ ABl. Nr. C 241 v. 29.8.1994, S. 382.

²³² *Glaesner*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 63 Rn. 27.

²³³ EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, C-197/11, C-203/11, Libert u. a., NZBau 2013, 446 (449 f.).

²³⁴ EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, C-197/11, C-203/11, Libert u. a., NZBau 2013, 446 (449).

sorgen können, einen zwingenden Grund des Allgemeinwohls darstellen kann, der eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigen kann.²³⁵ Im Fall des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW dürfte die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit auch verhältnismäßig sein. Durch die Begrenzung der Ausschreibung auf Kaufinteressenten, die sich zur Errichtung öffentlich geförderten Wohnraums verpflichtet haben, wird der Kaufpreis für das Grundstück regelmäßig geringer ausfallen als in einem freien Wettbewerb. Damit wird es attraktiver für Investoren, diese Grundstücke zu erwerben und öffentlich geförderten Wohnraum zu errichten. Die Maßnahme erscheint im Hinblick auf die Zwecksetzung der Schaffung von Wohnraum für Personen, die sich am Markt nicht mit Wohnraum versorgen können, förderlich. Sie ist also zur Zweckerreichung geeignet. Daneben sind auch keine milderer Mittel ersichtlich, die den Zweck in gleicher Weise verwirklichen. Eine freiwillige Errichtung von Wohnraum für diese Bevölkerungsgruppen findet gerade nicht statt; das ist Merkmal der sozialen Wohnraumförderung. Die Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit ist also auch erforderlich. Der EuGH verzichtet in aller Regel auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Gleichwohl wäre auch diese zu bejahen: Angesichts der besonderen Bedeutung einer Wohnung für die Gesundheit und die Persönlichkeitsentfaltung erscheint die Verpflichtung, durch welche die Kapitalverkehrsfreiheit nur geringfügig eingeschränkt wird – nämlich nur im Hinblick auf den Erwerb von Grundstücken der öffentlichen Hand – auch verhältnismäßig im engeren Sinne.

Sofern also nicht bereits Art. 106 Abs. 2 AEUV einschlägig sein sollte²³⁶, ist die Regelung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW jedenfalls durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Ob dies auch im konkreten Einzelfall einer Grundstücksveräußerung gilt, ist im Rahmen der Ausübung des Ermessens zu beurteilen, das dem Land in § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HG NW eingeräumt ist.

²³⁵ EuGH, Urt. v. 1.10.2009, Rs. C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius*, Slg 2009, I-9021 Rn. 29 f.; EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, C-197/11, C-203/11, *Libert u. a.*, NZBau 2013, 446 (450).

²³⁶ Siehe dazu oben Seite 27 f.

IV. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit Grundrechten

Wie zu § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW ausgeführt (Seite 30), wird der Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) durch Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand nicht eröffnet.

Darüber hinaus verletzt § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW auch nicht den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Insofern fehlt es schon an einer Ungleichbehandlung, jedenfalls wäre diese gerechtfertigt.

Durch die in § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW vorgesehene Ausschreibung werden die an einem Erwerb des Grundstücks Interessierten in gleicher Weise informiert, so dass keine Ungleichbehandlung erfolgt.

Die Auflage in § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HG NW in angemessenem Umfang öffentlich geförderten Wohnraum zu errichten, trifft alle Interessenten gleichermaßen.

Eine Ungleichbehandlung könnte allenfalls darin gesehen werden, dass nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW nur solche Interessenten berücksichtigt werden, die sich zur Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben verpflichtet haben. Insoweit stellt das Merkmal der Unterscheidung aber zugleich den sachlichen Grund zu ihrer Rechtfertigung dar.

V. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit Haushaltsrecht

1. Ausschreibungspflicht (§ 30 HGrG, § 55 LHO)

Wie bereits dargelegt, wird die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung aus § 30 HGrG (§ 55 LHO) nach ganz herrschender Meinung nur auf Beschaffungsmaßnahmen der öffentlichen Hand bezogen. An einer solchen fehlt es hier aber (s. o. Seite 11 ff.). Im Übrigen sieht § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW ohnehin die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung vor, so dass sich in dieser Hinsicht keinerlei Probleme ergeben.

2. Vereinbarkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW mit dem Notwendigkeitsgrundsatz (§ 5 HGrG, § 6 LHO)

Der Notwendigkeitsgrundsatz verbietet der öffentlichen Hand den Einsatz von Mitteln zur Verfolgung von Zielen, die nicht in ihren Aufgabenbereich fallen (s. o.).

(1) § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW sieht die Veräußerung von Grundstücken an Erwerber vor, die sich vertraglich zur Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben verpflichten.

Gemäß § 1 Abs. 3 BauGB sind die Gemeinden zuständig, Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Das Recht der Bauleitplanung ist als Bestandteil der Planungshoheit von der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden umfasst.²³⁷ Diese können selbst festlegen, welche Vorhaben städtebaulich erwünscht sind. Städtebauliche Aspekte dürfen daher nicht zu einer Verminderung des Kaufpreises führen, wenn nicht die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Planungshoheit der Gemeinden vorliegen.

Auch die Realisierung wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben dürfte eher als Aufgabe der Gemeinden anzusehen sein. Das gilt jedenfalls, soweit sie sich auf ein konkretes Grundstück bezieht und nicht eine landesplanerische Dimension annimmt. Das Bauplanungsrecht gibt den Gemeinden vielfältige Möglichkeiten an die Hand, um wohnungspolitische Interessen im Wege der Bauleitplanung zu verwirklichen. Gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung, die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen sowie die Eigentumsbildung weiterer Kreise der Bevölkerung zu berücksichtigen. § 9 Abs. 1 Nr. 6 – 8 BauGB bietet Möglichkeiten,

²³⁷ VerFGH NRW, Urt. v. 25.10.2011 – 10/10, DVBl. 2012, 39.

wohnungspolitische Entscheidungen zum Inhalt des Bebauungsplans zu machen. Danach kann die höchstzulässige Zahl der Wohnungen in Wohngebäuden festgelegt werden (Nr. 6). Es können Flächen bezeichnet werden, auf denen ganz oder teilweise nur Wohngebäude errichtet werden dürfen, die mit Mitteln der sozialen Wohnraumförderung gefördert werden könnten (Nr. 7) und schließlich können einzelne Flächen festgesetzt werden, auf denen ganz oder teilweise nur Wohngebäude errichtet werden dürfen, die für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf bestimmt sind (Nr. 8). Vor diesem Hintergrund erscheint es überzeugend, auch die Realisierung wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben nicht als zulässige Zwecksetzung für eine Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes anzusehen, soweit nicht landesweite Interessen betroffen sind.

(2) Soweit der Verkauf der Grundstücke unter der Auflage der Errichtung öffentlich geförderten Wohnraums erfolgt (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HG NW), ergeben sich keine Probleme im Hinblick auf den Notwendigkeitsgrundsatz. Der soziale Wohnungsbau ist (jedenfalls auch) eine Aufgabe der Länder (§ 4 Abs. 1 WFNG NRW).

3. Vereinbarkeit mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz (§ 6 HGrG, § 7 LHO sowie Art. 86 Abs. 2 Verf NW)

Auf die Veräußerung von Grundstücken der öffentlichen Hand angewandt, fordert der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, dass unter Berücksichtigung der mit der Grundstücksveräußerung verfolgten zulässigen Zwecke ein möglichst hoher Kaufpreis zu erzielen ist (s. o. Seite 38 f.).

(1) Wie bereits dargelegt, ist es nicht Aufgabe des Landes, für die Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben zu sorgen. Damit stellen diese Ziele keinen zulässigen Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes dar. Die Verfolgung dieser Ziele rechtfertigt es also nicht, einen Abschlag auf den Kaufpreis hinzunehmen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass im Wege der Ausschreibung des Grundstücks ohne die Begrenzung auf Interessenten, die sich zur Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben verpflichtet haben, ein höherer Kaufpreis erzielbar ist. Damit verstößt § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz.

(2) § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HG NW entspricht dagegen den Vorgaben des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes. Durch die Veräußerung des Grundstücks im Wege der Ausschreibung dürfte

regelmäßig gewährleistet sein, dass ein möglichst hoher Kaufpreis gezahlt wird.²³⁸ Dass dieser geringer ist als der Kaufpreis, der ohne eine Verpflichtung zu Errichtung von öffentlich geförderten Wohnraum erzielbar wäre, beeinträchtigt die Wirtschaftlichkeit nicht. Die Errichtung öffentlich geförderten Wohnraums stellt eine zulässige Zwecksetzung dar. Die Wirtschaftlichkeit der Veräußerung ist daher im Hinblick auf diese Zweckverfolgung zu beurteilen.

²³⁸ Dietlein, NZBau 2004, 472 (474); Eggers/Malmendier, NJW 2003, 780 (783); Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 63 BHO Rn. 7.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Rechtmäßigkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW

1. Grundstücksveräußerungen gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW erfüllen regelmäßig nicht den Begriff des öffentlichen Auftrags im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB. Damit ist der sachliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts nicht eröffnet. Ein Verstoß scheidet insofern aus.

2. Gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 LHO dürfen Grundstücke auch im Falle des § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW nur zu ihrem Verkehrswert veräußert werden. Damit fehlt es an der Zuwendung einer Begünstigung an den Erwerber, so dass die Regelung auch nicht gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstößt.

3. Ob aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten eine Pflicht zur Ausschreibung von Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand abgeleitet werden kann, ist umstritten. Selbst wenn man dies annehmen wollte, müsste eine solche Pflicht aber ausscheiden, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, die der EuGH an eine vergaberechtsfreie gemeinsame Aufgabenerfüllung knüpft. Weiterhin ist zu beachten, dass als Unternehmen im Sinne des Art. 106 Abs. 1 AEUV nach überwiegender Ansicht Gebietskörperschaften nicht in Betracht kommen. Für Veräußerungen an Gemeinden und Gemeindeverbände dürfte sich eine Ausschreibungspflicht aus den Grundfreiheiten also ebenfalls nicht begründen lassen. In den verbleibenden Fällen kommt eine Rechtfertigung der Beeinträchtigung der betroffenen Grundfreiheiten gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV oder aufgrund zwingender Gründe des Allgemeinwohls in Betracht. Eine abschließende Beurteilung kann insoweit allerdings derzeit nicht gegeben werden.

4. Ein Verstoß gegen Grundrechte des Grundgesetzes und der Landesverfassung NRW wird durch § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW nicht verursacht. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit dürfte nicht eröffnet sein. Eine Ungleichbehandlung der Interessenten durch die Bevorzugung von Gemeinden, Gemeindeverbänden, mehrheitlich kommunalen Unternehmen sowie Studentenwerken dürfte durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein.

5. Probleme ergeben sich in haushaltsrechtlicher Hinsicht bei der Prüfung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes und des Notwendigkeitsgrundsatzes, der eine Ausprägung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes darstellt. Diese Grundsätze verpflichten das Land dazu, durch die Veräußerung des Grundstücks – bei voller Verwirklichung der damit verfolgten Zwecke –

einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen. Nach überwiegender Ansicht ist davon auszugehen, dass der höchste Kaufpreis im Wege einer Ausschreibung erzielt werden kann. Soweit ein Markt für die Grundstücke vorhanden ist, ist daher eine Ausschreibung durchzuführen.

a) Bei der Veräußerung von Grundstücken an Gemeinden, Gemeindeverbände und mehrheitlich kommunale Unternehmen gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a, 1. Alt. HG NW dürfte es an einem solchen Markt regelmäßig fehlen, da unter kommunalen Zwecken jedenfalls auch solche verstanden werden können, die nicht durch Private erfüllt werden können.

b) Nicht von vornherein auszuschließen ist das Bestehen einer Nachfrage dagegen bei der Veräußerung von Grundstücken mit dem Ziel der Errichtung öffentlich geförderten Wohnraums nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a, 2. Alt. HG NW. Angesichts der Beschränkungen des WFNG NRW erscheint es allerdings nicht wahrscheinlich, dass ein potentieller Grundstückserwerber einen Kaufpreis bieten wird, der erheblich über dem Marktwert liegt.

c) Ein Markt dürfte aber wohl bei der Veräußerung von Grundstücken mit der Zwecksetzung der Errichtung studentischen Wohnraums gegeben sein. Insoweit erscheint die ausschreibungsfreie Veräußerung von Grundstücken an Studentenwerke (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. b HG NW), mit dem Ziel der Errichtung studentischen Wohnraums, unwirtschaftlich. Es spricht daher viel dafür, dass die gesetzliche Regelung nicht mehr im Rahmen des dem Gesetzgeber bei Wirtschaftlichkeitserwägungen zuerkannten Einschätzungsspielraums liegt.

6. Der Notwendigkeitsgrundsatz fordert, dass Ausgaben nur für Aufgaben des Landes getätigt werden dürfen. Gleiches gilt wohl auch im Hinblick auf den Verzicht auf Einnahmen durch die Veräußerung eines Grundstücks unterhalb des maximal am Markt erzielbaren Kaufpreises.

a) Angesichts dessen erscheint es problematisch, wenn die Veräußerung von Grundstücken an Gemeinden, Gemeindeverbände und mehrheitlich kommunale Unternehmen ohne Ausschreibung zur Verfolgung kommunaler Zwecke erfolgt (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a, 1. Alt. HG NW). Sofern unter kommunalen Zwecken Aufgaben verstanden werden, die gemäß Art. 78 Abs. 1 Verf NW, Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Gemeinden oder Gemeindeverbänden zugewiesen sind, und jedenfalls sofern die Voraussetzungen für deren Entziehung durch das Land nicht vorliegen, dürfte es sich demnach bei konsequenter Anwendung des Notwendigkeitsprinzips nicht um eine Zwecksetzung handeln, die dazu berechtigt, einen Abschlag auf den maximal erzielbaren Kaufpreis hinzunehmen. Da ein Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung nach überwiegender Ansicht zu einem solchen Abschlag führt, wird in diesen Fäl-

len gegen den Notwendigkeitsgrundsatz verstoßen. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass diese Argumentationslinie noch nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen war. Ferner dürfte angesichts des offenen Wortlauts der Vorschrift eine verfassungskonforme Auslegung (verfassungskonforme Reduktion) dahingehend möglich sein, dass diese Fallgruppen aus dem Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a, 1. Alt. HG NW auszuschneiden sind.

b) Die Veräußerung von Grundstücken an Gemeinden, Gemeindeverbände oder mehrheitlich kommunale Unternehmen zum Zweck der Errichtung öffentlich geförderten Wohnraums (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 lit. a, 2. Alt. HG NW) erscheint mit dem Wirtschaftlichkeits- und Notwendigkeitsgrundsatz vereinbar, da es sich bei der sozialen Wohnraumförderung um eine gemeinsame Aufgabe des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände handelt (vgl. § 4 Abs. 1 WFNG NRW).

II. Rechtmäßigkeit des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW

1. Auch in den Fällen des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW ist das Kartellvergaberecht mangels Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB nicht anwendbar.
2. Eine Beihilfe (Art. 107 AEUV) scheidet – wie bei § 15 Abs. 3 Nr. 1 HG NW – wegen fehlender Begünstigung des Grundstückserwerbers aus.
3. Da im Rahmen des § 15 Abs. 3 Nr. 2 HG NW eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt wird, wären die aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten für Grundstücksverkäufe abgeleiteten Transparenzpflichten – soweit man solche überhaupt anerkennen will – gewahrt. Die mit der in § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HG NW vorgesehenen Auflage, in angemessenem Umfang öffentlich geförderten Wohnraum zu errichten, einhergehende Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit, ist wohl durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt.
4. In der in § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW vorgesehenen Beschränkung auf Bieter, die sich zur Realisierung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben verpflichtet haben, kann eine vor Art. 3 Abs. 1 GG (in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Verf NW) rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung gesehen werden. Diese wird allerdings durch die mit der Beschränkung des Kreises potentieller Erwerber verfolgten Zwecke (Errichtung städtebaulich oder wohnungspolitisch förderungswürdiger Vorhaben) gerechtfertigt.
5.
 - a) Die Verfolgung wohnungspolitisch und städtebaulich förderungswürdiger Zwecke (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW) ist – jedenfalls im Hinblick auf einzelne Grundstücke – wohl als kommunale Aufgabe anzusehen. Es handelt sich bei Anwendung des Notwendigkeitsgrundsatzes daher nicht um eine Zwecksetzung, die einen Abschlag auf den maximal erzielbaren Kaufpreis rechtfertigen würde. Da im Wege der öffentlichen Ausschreibung ohne Beschränkung auf Bieter, die sich zur Verfolgung wohnungspolitisch oder städtebaulich förderungswürdiger Zwecke verpflichtet haben, regelmäßig ein höherer Kaufpreis erzielbar sein dürfte, steht § 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. a HG NW im Widerspruch mit dem Notwendigkeitsprinzip und dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz.
 - b) Mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz vereinbar ist dagegen die Veräußerung von Grundstücken mit der Auflage, in angemessenem Umfang öffentlich geförderten Wohnraum zu errichten (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 lit. b HG NW), da es sich um eine gemeinsame Aufgabe des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände handelt (vgl. § 4 Abs. 1 WFNG NRW).