

AZ: - 69 - hö/eg

Drucksache Nr.: 1411/2003/DS

=====

Beratungsfolge	Termin	Status	Behandlung
Finanz- und Wirtschaftsförderungsausschuss	06.02.2008	Ö	Vorberatung
Bau-, Planungs- und Umweltausschuss	07.02.2008	Ö	Kenntnisnahme
Ratsversammlung	12.02.2008	Ö	Endg. entsch. Stelle

Berichterstatter:

Oberbürgermeister

Verhandlungsgegenstand:

Errichtung eines Designer-Outlet-Centers (DOC) in Neumünster

A n t r a g :

1. Die Beschlüsse der Ratsversammlung
 - a) aus der nichtöffentlichen Sitzung am 05.09.2006 zur Investoren- und Betreiberauswahl eines DOC (Vorlage 1042/2003/DS)
 - b) aus der nichtöffentlichen Sitzung am 27.03.2007 betr. Ergänzung und Präzisierung der Beschlussfassung vom 05.09.2006 (Vorlage 1182/2003/DS)
 - c) aus der nichtöffentlichen Sitzung am 22.05.2007 zur Zustimmung zum Abschluss eines Grundvertrages mit der Investorengemeinschaft McArthur Glen/Michel (Vorlage 1224/2003/DS)

werden aufgehoben.

2. Der Oberbürgermeister wird ermächtigt, von dem mit der Investorengemeinschaft McArthur Glen/Michel am 06.06.2007 abgeschlossenen Grundvertrag fristgemäß bis zum 31.03.2008 zurückzutreten.
3. Die Verwaltung wird beauftragt, ein förmliches, europaweites Ausschreibungsverfahren zur Investoren- und Betreiberwahl entsprechend den in 2007 von der Rechtsprechung formulierten Erfordernissen kurzfristig unter Hinzuziehung von externem Sachverstand durchzuführen.

Finanzielle Auswirkungen:

Mehrausgaben bis zu 100.000 Euro für das durchzuführende europaweite Ausschreibungsverfahren

Begründung:

1. Sachstand

Aufgrund der von der Ratsversammlung am 14.03.2006 beschlossenen Zielvorgaben / Kriterien hat die Verwaltung mit externer Beratung und Begleitung (Fa. Firu, Kaiserslautern) unter Vorgabe eines dezidierten Kriteriensets im Mai und Juni 2006 unter einschlägigen Fachunternehmen, die für die Errichtung eines DOC am Standort Neumünster Interesse bekundet hatten, ein Auswahlverfahren durchgeführt, dessen Ergebnisse in der Drucksache 1027/2003/DS dokumentiert wurden.

Die Ratsversammlung fasste in nichtöffentlicher Sitzung am 04.07./05.07.2006 **zu den folgenden Anträgen der Verwaltung**

- “1. Die Ratsversammlung nimmt das auf der Grundlage der beschlossenen Kriterien / Zielvorgaben durchgeführte und dokumentierte Verhandlungsverfahren mit den Firmen McArthur Glen, Michel und Outlet Centers International (OCI) zur Kenntnis.
2. Auf der Grundlage der Gegenüberstellung der im Verhandlungsverfahren erreichten Ergebnisse, der weitgehend erzielten Übereinstimmungen in Bezug auf vertragliche Vereinbarungen und der abschließenden Empfehlung des eingeschalteten externen Beraters (FIRU) wird die Firma OCI als Investor / Betreiber eines FOC / DOC in Neumünster am Standort Oderstraße ausgewählt.
3. Der Oberbürgermeister wird beauftragt, einen Vertrag auf der Grundlage des von der Verwaltung sowie eines Fachanwaltes erstellten Grundvertrages zur Vorbereitung eines Grundstückskaufvertrages sowie des städtebaulichen Vertrages mit der Firma OCI zu schließen.
4. Die Verwaltung wird beauftragt, aufgrund der durch die Betreiberentscheidung festgelegten Rahmenbedingungen schnellstmöglich alle für die Bauleitplanung erforderlichen Gutachten und Fachplanungen zu vergeben. Die entsprechenden Haushaltsmittel werden außerplanmäßig zur Verfügung gestellt“

abweichende Beschlüsse, zu denen der Oberbürgermeister mit Schreiben vom 19.07.2006 Widerspruch einlegte (Vorlage 1042/2003/DS).

Aufgrund dieses Widerspruchs und in der Sache unterstützender Ausführungen der Kommunalaufsicht beschloss die Ratsversammlung in nichtöffentlicher Sitzung am 05.09.2006 einstimmig, die Investorengemeinschaft McArthur Glen/Michel auf der Grundlage **eines finanziell nachgebesserten Angebots** als Investor/Betreiber eines DOC in Neumünster. Darüber hinaus wurden inhaltliche und verfahrensmäßige Bedingungen einer Umsetzung festgelegt.

In den daraufhin mit der Investorengemeinschaft anschließenden Gesprächen / Verhandlungen zur Erreichung endgültiger vertraglicher Bindungen (Grundvertrag) ergab sich aufgrund umfangreicher, von der Investorensseite vorgetragener Forderungen für die Ratsversammlung die Notwendigkeit, ihre Beschlussfassung vom 05.09.2006 durch weiteren Beschluss vom 27.03.2007 zu ergänzen und zu präzisieren (Vorlage 1182/2003/DS).

Aufgrund dieser Beschlussfassung konnten mit Unterstützung externer Rechtsberatung (Prof. Birk) die langwierigen Verhandlungen mit den Investoren zur Erreichung eines Grundvertrages, in dem die gegenseitigen Rechte und Pflichten zur Erreichung eines DOC mit max. 20.000 qm Verkaufsfläche im Industriegebiet Süd festgeschrieben werden sollten, nach rd. 8 Monaten abgeschlossen werden.

Die Ratsversammlung hat in nichtöffentlicher Sitzung am 22.05.2007 (Vorlage 1224/2003/DS) dem Entwurf eines derartigen Grundvertrages mit der Investorengemeinschaft zugestimmt und den Oberbürgermeister beauftragt, die notarielle Beurkundung dieses Vertrages vornehmen zu lassen. Dies geschah am 06. Juni 2007.

In weiterer Verfolgung einer schnellen Realisierung eines DOC in Neumünster hat die Verwaltung zum einen bei weiterer Einschaltung der externen Rechtsberatung den Abschluss eines Grundstückskaufvertrages sowie von städtebaulichen Realisierungsverträgen, die auf dem Grundvertrag aufbauen, mit der Investorengemeinschaft vorangetrieben.

Zum anderen wurden die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Verfahren (Änderung des Flächennutzungsplanes, Aufstellung eines Bebauungsplanes für das Vorhaben) fortgeführt, sowie dazu begleitend zahlreiche Fachgutachten und Verträglichkeitsstudien, zuletzt das Einzelhandelskonzept für die Gesamtstadt, in Auftrag gegeben.

Kurz vor Abschluss des beabsichtigten Grundstückskaufvertrages sowie eines ersten Realisierungsvertrages erhielt die Verwaltung im September 2007 durch Pressehinweise und ergänzende **Mitteilungen des Deutschen Städtetages am 30.10.2007** Kenntnis, dass durch eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 – VII Verg 2/07 – **von einer völlig geänderten Rechtslage bei der Auswahl von Investoren für den Erwerb eines Grundstücks und einer vom Auftraggeber städtebaulich gewünschten Immobilie auszugehen sei.**

Die alte Rechtsprechung, nach der derartige Verträge als nicht ausschreibungspflichtig angesehen wurden, da die veräußernde Gemeinde keine eigenen Beschaffungszwecke verfolge, wenn das zu errichtende Bauwerk nicht von ihr selbst genutzt werden soll, wird damit revidiert.

Diese Rechtsprechung wurde zwischenzeitlich fortentwickelt.

Ein Grundstückskaufvertrag ist auch ohne eine unmittelbare Errichtungsverpflichtung ausschreibungspflichtig, wenn sich aus der Gesamtschau der Vertragsregelungen die Absicht ergibt, ein bestimmtes Bauvorhaben zu verwirklichen, das (auch) im städtebaulichen Interesse der Stadt liegt. (Vergabekammer Münster - Beschluss vom 26.09.2007 - VK 17/07).

D. h., neu ist nunmehr, dass von einem vergabepflichtigen Tatbestand bereits auszugehen ist, wenn der private Vertragspartner der öffentlichen Hand nach „Erfordernissen“ bzw. „Absichten“ dieses Auftraggebers Bauleistungen erstellt.

Dabei ist es nicht mehr erforderlich, dass dieser Investor unmittelbar für seine Bauleistungen ein Entgelt der öffentlichen Hand erhält, es reicht vielmehr aus, wenn der Investor für seine Bauleistungen, die er in eigenem Namen und für eigene Rechnung durchführt, mittelbar, nämlich von den zukünftigen Mietern / Käufern des Bauobjektes, ein Entgelt zwecks Refinanzierung erhält.

Der vorliegende Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster bedeutet im Anschluss an die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 eine erhebliche Einschränkung kommunaler Handlungsspielräume und eine völlige Änderung der Rechtslage.

Über diese Entscheidung der Vergabekammer Münster hat das OLG Düsseldorf am 12. Dezember 2007 im Rahmen des Beschwerdeverfahrens mündlich verhandelt; die (dann dritte) Entscheidung dürfte Anfang Februar 2008 vorliegen. Erkenntnisse aus der mündlichen Verhandlung gehen dahin, dass die bisherige Rechtsprechung bestätigt, wenn nicht gar fortgeführt wird.

Der Vergabesenat des OLG qualifiziert auch hier das geplante Vertragswerk als einen öffentlichen Bauauftrag i. S. des § 99 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Form einer Baukonzession, da neben einem Grundstücksverkauf ein Bauwerk errichtet werden sollte, das eine wirtschaftliche Funktion erfüllt, nämlich einen von der Stadt erkannten städtebaulichen Entwicklungsbedarf Rechnung zu tragen und im Sinne einer öffentlichen Zweckbestimmung das betreffende Gebiet städtebaulich aufzuwerten.

Anders ausgedrückt:

Die Kommune „kaufe“ nach Auffassung des Senats zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Funktionen, die dem künftigen Bauwerk städtebaulich zuzumessen sind, von dem Erwerber der Grundstücke zugleich „Bauleistungen“ ein. Wegen dieses Teils der Abmachungen unterliege - so das Gericht - der gesamte Vertrag dem Vergaberecht.

In dieser Entscheidung (12.12.2007) begründet das OLG zum ersten Mal, warum es in den diskutierten Fällen von Grundstücksverkäufen mit anschließender Bauverpflichtung vom Vorliegen einer Baukonzession und damit vom Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages i. S. d. § 99 Abs. 3 GWB ausgeht.

Der Deutsche Städtetag hat mit Schreiben vom 30.10.2007 und vom 13.11.2007 auf die grundsätzliche Bedeutung der o. g. Entscheidungen für die kommunale Praxis hingewiesen:

Bisher waren direkte Bauaufträge der öffentlichen Hand oberhalb des Schwellenwertes von 5,15 Mio. Euro unstrittig EU-weit auszuschreiben und in einem geordneten Vergabeverfahren zu vergeben, nunmehr sind oberhalb dieses Schwellenwertes auch Vorhaben, die in der Regel mit Grundstücksverkäufen an Dritte verbunden sind, auszuschreiben, wenn der Investor Erfordernisse bzw. Interessen der öffentlichen Hand, z. B. hinsichtlich Ausführung, Dimensionierung, Gestaltung oder Verpflichtung zur Umsetzung eines Vorhabens nach städtebaulichen oder stadtentwicklungspolitischen Interessen umsetzt.

Unterbleibt diese Ausschreibung, ist nunmehr von einer Nichtigkeit der zwischen öffentlicher Hand und Investor geschlossenen Vertragswerke auszugehen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bzw. Vergabekammern Münster und Düsseldorf haben diesen, neu definierten Ausschreibungstatbestand rechtlich als eine Sonderform eines Bauauftrages in Form einer „**Baukonzession**“ eingestuft, den die öffentliche Hand gegenüber einem Investor / Grundstückserwerber begründet. Diese Baukonzession wird üblicherweise durch einen städtebaulichen Vertrag oder durch entsprechende Bestimmungen in einem Grundstückskaufvertrag begründet.

In ihrer Entscheidung vom 26.09.2007 hat die Vergabekammer Münster ergänzend ausgeführt, dass es der öffentlichen Hand verwehrt ist, auf diese, aus städtebaulichen oder anderen Gründen des öffentlichen Interesses erforderlichen vertraglichen Bindungen zu verzichten bzw. diese so umzugestalten, um damit ein Ausschreibungsverfahren zu umgehen. Ein derartiges Geschäft sei dann wegen Sittenwidrigkeit nichtig und könne auch noch nachträglich vor den Vergabekammern angefochten werden.

Die o. g. Entscheidungen haben in der kommunalen Praxis große Unruhe und Unsicherheiten ausgelöst, zahlreiche, größere Vergabeentscheidungen sind derzeit ausgesetzt bzw. werden auf die neue Rechtssituation ausgerichtet. So setzt sich auch das Deutsche Institut für Urbanistik (DiFu) kritisch mit den betreffenden Gerichtsentscheidungen auseinander und beklagt das (vorläufige) Ende eines kooperativen Städtebaus von Städten und Gemeinden im Verbund mit privaten Investoren (s. Anlage 1). Die dort vertretene Hoffnung auf baldige Klärung bzw. Änderung der Rechtslage durch gegenläufige Entscheidungen anderer OLG-Vergabesenate oder höchstrichterliche Entscheidung, alternativ auf ein Eingreifen des Gesetzgebers, wird von der Verwaltung nicht geteilt; zumindest würde bei Verfolgung dieses Pfades das DOC-Verfahren in Neumünster auf unabsehbare Zeit aussetzen sein.

2. Konsequenzen für das DOC-Verfahren in Neumünster

Die vorgestellten Beschlüsse in neuerlichen Vergabeverfahren sind zweifellos einschlägig für das DOC-Verfahren in Neumünster aus **Rechtssicherheitsgründen** zu Grunde zu legen, da die neu definierten Voraussetzungen einer „Baukonzession“ erfüllt sind und das Vorhaben deutlich den Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung von 5,15 Mio. Euro übersteigt. Diese, zwischen Stadtverwaltung und externem Rechtsberater abgestimmte Meinungsbildung wurde der Investorengemeinschaft bereits in einem **ausführlichen Erörterungsgespräch am 06.11.2007** vorgetragen und von dieser ebenfalls grundsätzlich geteilt.

Von den sich ergebenden, grundsätzlichen Handlungsmöglichkeiten wurde die Negierung der einschlägigen Rechtsprechung unter Weiterführung des bisherigen Verfahrens ausgeschlossen, da diesbezüglich Beschwerde bzw. Klage zu erwarten ist.

So hat Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Ewer für den Verein Rendsburg-Marketing e. V. unter dem Datum vom 10. Dezember 2007 beim Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein - Kommunale Angelegenheiten - die **„Anregung auf kommunalaufsichtliche Überprüfung der beihilferechtlichen und vergaberechtlichen Zulässigkeit des freihändigen Abschlusses eines städtebauliche Regelungen beinhaltenden Grundstückskaufvertrages zwischen der Stadt Neumünster und dem Investor McArthur Glen / Michel“** eingereicht.

Der Schriftsatz, der insbesondere den in der Ratsversammlung vollzogenen Entscheidungsgang kritisch beleuchtet, ist als Anlage 2 beigelegt. Aus den dortigen Ausführungen wird zudem deutlich, dass der Stadt neben einem Verstoß gegen die Bestimmungen des Ausschreibungs- und Vergaberechts auch eine mögliche Überprüfung des Vorgangs in

Bezug auf beihilferechtliche Umstände droht. Dies begründet der Vortragende gegenüber dem Innenministerium insbesondere daraus, dass die Stadt der Investorengemeinschaft eine nach EU-Recht unzulässige Beihilfe gewährt habe. Auch wenn der Sachverhalt in großen Teilen nicht korrekt wiedergegeben wurde, da die Investorengemeinschaft ihr Kaufpreisangebot für das Vorhabengrundstück auf das Angebot der Firma OCI nachgebessert hat, verbleibt dennoch im direkten Vergleich beider Angebote eine Preisdifferenz, da die Investorengemeinschaft in ihr nachgebessertes Angebot zusätzliche Grundstücke für einen Erwerb mit einbezogen hat, die im ersten Auswahlverfahren nicht enthalten waren und folglich auch von der Firma OCI nicht angeboten werden konnten. Da diese Preisdifferenz oberhalb des de minimis Schwellenwertes der EU von 200.000 Euro liegt, ist insoweit das Ergebnis eines möglichen, beihilferechtlichen Nachprüfungsverfahrens bei der EU-Kommission nicht vorherzusagen.

Als das zu favorisierende, rechtssicherste Verfahren wurde den Investoren daher die Aufhebung der bisherigen vertraglichen Bindungen und die Durchführung einer formalisierten, europaweiten Ausschreibung vorgestellt. **Auf Wunsch der Investorenseite wurde eine endgültige Entscheidung in der Sache bis zum 09.01.2008 vertagt, um:**

- **Bis Ende 2007 zu erwartende, weitere und ggf. abweichende Rechtsprechung auswerten zu können,**
- **ggf. Zwischenlösungen als eine weitere Handlungsoption neben der gänzlichen Aufhebung des bisherigen Verfahrens zu erarbeiten.**

In der gemeinsamen Sitzung am 09.01.2008 hat sich aus der abschließenden Wertung der eingetretenen Sachverhalte keine der erörterten, alternativen Vorgehensweisen / Zwischenlösungen aus Sicht der Stadt als ausreichend rechtssicher und tragfähig erwiesen.

Der Rechtsberater der Stadt, Prof. Birk, hat daher der Investorenseite die einvernehmliche, beiderseitige Aufhebung des Grundvertrages bzw. den Rücktritt einer der beiden Vertragsparteien vom Grundvertrag als einzig verbliebene Möglichkeit dargestellt.

Nach einer zugestandenen Bedenkzeit hat die Investorengemeinschaft der Stadt am 22. Januar 2008 mitgeteilt, dass sie diese Auffassungen nicht teile und sie auf der Grundlage des abgeschlossenen Grundvertrages eine Fortsetzung der eingeleiteten Verfahren zur Rechtsverbindlichkeit des Bebauungsplanes und zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages erwarte. Sollte dies wegen der rechtlichen Risiken durch „Einspruchsberechtigte“ nicht möglich sein, wurde bereits im Gespräch am 09.01.2008 hilfsweise die Lösung aller vertraglichen Bindungen (Grundvertrag), die auf eine ausschreibungspflichtige Baukonzession hinauslaufen einschließlich Verzicht derartiger Regelungen in dem abzuschließenden Grundstückskaufvertrag vorgeschlagen. Die Bindung der Investoren an das Vorhaben solle ausschließlich über die später zu erteilende Baugenehmigung erfolgen.

Diese Auffassung kann aufgrund des Vorstehenden von der Verwaltung nicht geteilt werden. Zudem kann die sowohl vom Innenminister als auch von den Trägern öffentlicher Belange geforderte eindeutige Bindung der Investoren an das gewollte DOC nicht allein über eine Baugenehmigung einschl. ihrer Nebenbestimmungen erreicht werden. Zu den Risiken einer möglichen beihilferechtlichen Prüfung des Auswahlverfahrens hat die Investorengemeinschaft nichts ausgeführt.

3. Durchführung des Ausschreibungsverfahrens

Die als notwendig erachtete, erneute Ausschreibung der Investoren / Betreiber für ein DOC in Neumünster eröffnet im Rahmen der vorzunehmenden, europaweiten Ausschreibung grundsätzlich die Möglichkeit einer Teilnahme relevanter Unternehmen, die in der Errichtung und dem Betrieb von FOC's / DOC's hinreichende Sachkunde und Erfahrung aufweisen.

Das durchzuführende, formalisierte Verfahren aufgrund der einschlägigen Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A) hat, deutlich hervorgehoben durch die Rechtsprechung, den Anforderungen ausreichender Transparenz, Gleichbehandlung sowie Chancengleichheit aller Teilnehmer zu genügen.

Unter diesen Voraussetzungen erscheint aus Sicht der Verwaltung eine Teilnahme der bisherigen Investorengemeinschaft trotz Vorbefassung in der Sache möglich, wenn die Ausschreibung diesen Anforderungen genügt. Weiterhin müssen die Auswahlkriterien sorgfältig erarbeitet und durch Beschluss der Ratsversammlung vor Beginn der Ausschreibung verbindlich gemacht werden; ein Abweichen im Verfahren eröffnet zukünftige Beschwerdemöglichkeiten bei der Vergabekammer. Auch empfiehlt es sich, nach den Erkundigungen bei anderen Städten, wegen der Komplexität des Verfahrens sowie möglicher versteckter Fallstricke, spezialisierte Büros / Anwaltskanzleien einzubeziehen.

Im Interesse der Stadt und des Vorhabens soll eine Ausschreibung so schnell als möglich durchgeführt werden. Allerdings darf eine Ausschreibung erst durchgeführt werden, wenn das Vorhaben ausreichend bestimmbar und durchführbar ist.

Zu dieser sogenannten „**Ausschreibungsreife**“ (§ 16 VOB/A) gehören:

- alle „Verdingungsunterlagen“ müssen fertig gestellt sein,
- eine **Projektrealisierung muss möglich sein**, insbesondere muss für das auszuschreibende Vorhaben eine Baugenehmigung erteilt werden können: dies bedeutet, dass das Bebauungsplanverfahren vor Ausschreibungsbeginn mindestens bis zum Abwägungsbeschluss der Ratsversammlung zu den eingegangenen Stellungnahmen geführt sein muss,
- in tatsächlicher Hinsicht: Der Käufer muss über **alle kalkulationsrelevanten Informationen** verfügen und anhand der Plan- und Ausführungsunterlagen sein Angebot erstellen und kalkulieren können; eine Ausschreibung „ins Blaue hinein“ ist unzulässig.

Das bedeutet, dass die Ratsversammlung die betreffenden kalkulationsrelevanten Eckpunkte zuvor **verbindlich** beschlossen haben müssen (wird später die Ausschreibung aus einem vergaberechtlich nicht anerkannten Grund aufgehoben, führt dies zur Schadenersatzpflicht).

- Die auszuschreibende Bauverpflichtung muss **funktional so konkret** beschrieben werden, dass allen Bietern eine **einwandfreie Kalkulation** der Baukosten möglich ist.

Auch das (zulässige) Verhandlungsverfahren darf nicht dazu genutzt werden, eigene Planungsdefizite auszugleichen; der **öffentliche Auftraggeber muss im Vorfeld wissen, was er will**; jeder Bieter muss ein bestimmtes Projekt kalkulieren können, die Zuschlagskriterien müssen **vorab** festgelegt werden.

In der Konsequenz ist eine Verschiebung der Zeitplanung bis zum Baubeginn des DOC um mindestens 6 Monate zu erwarten. Die Verwaltung wird mit der Beschlussvorlage über die Inhalte und Kriterien der Ausschreibung, die für die Sitzung der Ratsversammlung am 29.04.2008 vorgesehen ist, über die weiteren Arbeitsschritte und die sich daraus ergebende Zeitplanung genauer berichten können.

Diese Zeitverzögerung wird derzeit unter Berücksichtigung eventuell konkurrierender Ansiedlungsstandorte in Norddeutschland als nicht besorgniserregend eingestuft, da alle Standorte grundsätzlich auf die neue Situation durch die Rechtsprechung zu reagieren haben. Für die in Rede stehenden niedersächsischen Standorte Soltau und Bispingen ist zudem die Eröffnung der grundsätzlichen, raumordnerischen Zulässigkeit bis nach der Landtagswahl verschoben.

Die verfahrensbedingten Kosten eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens werden einschließlich externe Beratung auf bis zu 100.000 Euro geschätzt. Dieser Betrag ist in den Entwurf des 1. Nachtragshaushaltsplan 2008 aufgenommen worden.

Unterlehberg

Oberbürgermeister

Anlage: