

Prof. Dr. Jürgen Fleckenstein  
Breisgauer Str. 31

79110 Freiburg

Stadt Offenburg  
-Rechtsamt-  
Hauptstr. 90  
77652 Offenburg

## Gutachten

zu einer Bindung der Stadt Offenburg im Hinblick auf die Lose III, IV und V des Ausschreibungsverfahrens „Entwicklung der ehemaligen Justizvollzugsanstalt Offenburg“

Mit e-Mail vom 23. November 2011 hat mich die Stadt Offenburg, vertreten durch Frau Heitz, die Leiterin des Rechtsamts, um die Begutachtung der oben genannten Frage gebeten. Ich komme dieser Bitte gerne nach.

### I. Sachverhalt

Im Jahr 2009 hat das Land Baden-Württemberg die ehemalige Justizvollzugsanstalt in Offenburg geräumt und der Stadt Offenburg gleichzeitig die Möglichkeit eingeräumt, die frei werdenden Gebäude und das Grundstück städtebaulich zu entwickeln. Die Stadt Offenburg entschloss sich, auch das benachbarte Grundstück Grabenallee 6 sowie einen Teil des Bürgerparks in die städtebauliche Entwicklungsmaßnahme einzubeziehen. Der Bürgerpark steht im Eigentum der Stadt, bezüglich des Grundstücks Grabenallee 6, das derzeit noch bebaut ist und auf dem eine Autowerkstatt betrieben wird, steht der Stadt ein Ankaufsrecht zu.

Die Stadt schrieb diese städtebauliche Entwicklungsmaßnahme als Verfahren im wettbewerblichen Dialog aus und nahm eine Aufteilung in Lose vor. Bei den Losen I und II handelt es sich um die beiden unter Denkmalschutz stehenden Gebäude der ehemaligen JVA, Los III umfasst die im rückwärtigen Bereich des JVA-Grundstücks gelegene Freifläche, Los IV ist das Grundstück Grabenallee 6 und Los V ist ein im Verfahren noch festzulegender Teilbereich des Bürgerparks. Laut der Ausschreibung könnten Vorschläge, das Grundstück von Los IV in die Bebauung einzubeziehen, gemacht werden, waren aber nicht zwingend.

Im Übrigen wurde in der Ausschreibung bezüglich der einzelnen Lose und ihrer Beziehung zueinander folgendes ausgeführt:

*Teilnehmer bzw. Bieter können zu den Losen 1 bis 4 jeweils auch einzeln oder auch zur Gesamtheit aller Lose ihr Teilnahmeinteresse bekunden bzw. Angebote abgeben. Teilnahmen bzw. Angebote im Hinblick auf Los 5 sind indes nur in Verbindung mit dem Teilnahmeinteresse bzw. Angeboten an einem der Lose 1 bis 4 zulässig. Die Stadt Offenburg ist in besonderem Maße an Angeboten interessiert, die sich auf alle Lose beziehen. Angebote auf mindestens die Lose 1 bis 3 werden bei der Wertung bevorzugt. Deshalb wird ausdrücklich auf die Abgabe von Angeboten in der Form der Arbeitsgemeinschaft mehrerer Bieter hingewiesen.*

Weiter ist bei den Mindestanforderungen zu lesen:

*a) städtebauliches Gesamtkonzept über das Gesamtareal*

*Für das Gesamtareal (Lose 1 – 3 zwingend, Lose 4 – 5 optional) ist ein städtebauliches Konzept im Sinne eines städtebaulichen Entwurfes vorzulegen. Falls sich der Bewerber nicht um alle Lose bewirbt, sind vor allem klare Aussagen über funktionelle, räumliche und gestalterische Verknüpfungen zu den Grundstücksteilen der Nachbarlose darzulegen. Es ist beabsichtigt, die geordnete städtebauliche Entwicklung durch einen Bebauungsplan zu sichern.*

*b) Baukonzept*

*In Ergänzung zum städtebaulichen Entwurf für das Gesamtareal sind für alle Gebäude (Neubau und Bestand) im Bereich des Loses bzw. der Lose der jeweiligen Bewerbung bauliche Konzepte vorzulegen. Soweit es die denkmalgeschützten Gebäude betrifft, sind zum Umgang mit dem Denkmalschutz klare Aussagen zu treffen.*

*c) Nutzungskonzept*

*Die Nutzung aller Bauteile und aller Geschosse sowie der Freiflächen ist darzulegen. Zu den jeweiligen Nutzungen sind verbindliche Aussagen zu treffen, soweit sie das Los / die Lose betreffen, für die ein Angebot abgegeben wird.*

*d) Kaufpreis*

*Auf der Grundlage der Bodenrichtwerte soll differenziert für die Lose 1 bis 5,*

<i>Los 1</i>	<i>Land Baden- Württemberg</i>	<i>Flst.-Nr. 2586 (Teile)</i>
<i>Los 2</i>	<i>Land Baden- Württemberg</i>	<i>Flst.-Nr. 2586 (Teile)</i>
<i>Los 3</i>	<i>Land Baden- Württemberg</i>	<i>Flst.-Nr. 2586 (Teile)</i>
<i>Los 4</i>	<i>Hannelore Rißpy</i>	<i>Flst.-Nr. 2585/1</i>
<i>Los 5</i>	<i>Stadt Offenburg</i>	<i>Flst.-Nr. 312/6 (Teile),</i>

*ein indikatives Kaufpreisangebot vorgelegt werden.*

*Die Stadt behält sich vor, das Verfahren – auch für einzelne Lose - aufzuheben, wenn die mit den Eigentümern der Grundstücke vereinbarten Mindestgrundstückswerte durch keines der Angebote erreicht werden.*

Außerdem findet sich noch folgende Formulierung:

*Im Hinblick auf die optionalen Lose 4 und 5 wird vor dem letzten Angebot von der Stadt Offenburg festgelegt, welche Lose in die Endbeurteilung einbezogen werden.*

Zum Zuschlag wird ausgeführt:

*Die Stadt Offenburg ist in besonderem Maße an Angeboten interessiert, welche sich mindestens auf die Lose 1- 3 beziehen.*

*Angebote auf einzelne Lose können den Zuschlag daher nur erhalten, wenn eine Gesamtvergabe auf ein Angebot für mindestens die Lose 1- 3 nicht erfolgt. In einem ersten Schritt werden also nur Angebote für mindestens die Lose 1-3 gewertet. Erhält keines der Angebote für mindestens die Lose 1 – 3 den Zuschlag, erfolgt im zweiten Schritt die Wertung der Angebote auf einzelne Lose.*

Im der Aufforderung zur Abgabe des letzten Angebots finden sich schließlich noch folgende Hinweise:

*Es werden, gemäß den Vergabeeinheiten Los I+II / Los III / Lose IV+V, getrennte Beurteilungen erfolgen. Eine Hotelnutzung auf den Losen I + II wird favorisiert. Ersatzweise wird eine Wohnnutzung auch für möglich gehalten.*

Im Rahmen der Durchführung des wettbewerblichen Dialogs blieben drei Bewerber übrig, von denen sich zwei zu einer Bietergruppe zusammenschlossen.

Die Lose I und II wurden an die Bietergruppe 1 bestehend aus der GE-MI-BAU Mittelbadische Baugenossenschaft eG und der Stadtbau Offenburg GmbH vergeben, um mit den potentiellen Pächtern AZO „Arbeit und Zukunft Ortenau gAG“ aus Offenburg und dem Paritätischen Wohlfahrtsverband Baden-Württemberg ein Hotelprojekts zu realisieren. Los III wurde an die dieselbe Bietergruppe vergeben, um auf der Grundlage einer Planung der Stadtbau Offenburg GmbH einen Komplex mit Mietwohnungen zu verwirklichen.

Für Los IV und eine Teilfläche von ca. 460 qm von Los V erhielt Falk Immobilien Offenburg den Zuschlag, um dort eine Eigentumswohnanlage zu errichten.

Sowohl die Bietergruppe 1 als auch Falk Immobilien bewarben sich um andere Lose. Die Bietergruppe 1 kam bei den Losen IV und V allerdings nicht zum Zug, weil sie ein laut Beschlussvorlage „unrealistisch niedriges“ Kaufpreisangebot vorgelegt hatte. Falk Immobilien hatte sich noch um die Lose I und II beworben (nicht dagegen um Los III, weil die Stadt dort Mietwohnungsbau bevorzugte), wurde aber nicht berücksichtigt, weil die Stadt das Hotelprojekt bevorzugte.

GE-MI-BAU möchte sich nun aus dem Projekt zurückziehen, was den Gemeinderat, der die Vergabe als Einheit bewertet, zu der Frage veranlasst, ob die Vergabeentscheidung bezüglich der Lose III, IV und V aufgehoben oder auf andere Weise rückgängig gemacht werden kann und ob bei einer entsprechenden Entscheidung eventuell Schadensersatzansprüche drohen, ggf. in welchem Umfang.

## II. Rechtliche Beurteilung

### 1. Wirksame Zuschlagserklärung?

Wenn die Stadt Offenburg hinsichtlich der Lose III, IV und V bereits den Zuschlag erteilt und gegenüber dem erfolgreichen Bewerber damit einhergehend auch die Vertragsannahme wirksam erklärt hätte, wäre jedenfalls eine Aufhebung der Ausschreibung ausgeschlossen, da die Zuschlagsentscheidung das Vergabeverfahren beendet. Bedenken an der Wirksamkeit des Zuschlags könnten zum einen wegen der Einheitlichkeit der Vergabeentscheidung für das Gesamtprojekt bestehen (dazu unter a.), zum anderen wegen einer Nichtbeachtung der erforderlichen Form der Zuschlagserklärung (dazu unter b.).

#### a) Einheitlichkeit der Vergabeentscheidung

Wenn die Vergabe des Projekts eine Einheit wäre, wäre es aus rechtlicher Sicht zumindest nicht abwegig, dass sich die Stadt Offenburg von ihrer Bindung durch den Zuschlag auch hinsichtlich der Lose III – V lösen könnte, etwa nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Letztlich kann die Frage nach dem rechtlichen Rahmen zumindest aber dann offen bleiben, wenn man die Entscheidung über die einzelnen Lose nicht als Einheit begreifen kann. Das ist hier der Fall:

aa) Die Vergabe nach Losen, die im Vergaberecht den Regelfall darstellt (z.B. § 97 Abs. 3 GWB oder § 2 VOB/A), führt dazu, dass die Gesamtleistung mengenmäßig oder räumlich aufgeteilt wird und die einzelnen Teillose wie eigenständige Aufträge anzusehen sind. Konkret bedeutet das, dass die Teillose in ihrem Bestand vom Bestand der übrigen Teillose unabhängig sind. Schon diese Aufteilung in Teillose hat also zur Folge, dass denotwendig keine Einheitlichkeit der Entscheidung mehr bestehen kann in dem Sinne, dass das Projekt nur insgesamt durchgeführt werden kann und aufeinander abgestimmt werden muss. Denn durch diese Aufteilung in Teillose soll ja gerade erreicht werden, dass das Projekt nicht „aus einer Hand“ durchgeführt werden muss.

bb) Selbst wenn man trotz der Vergabe in Teillosen der Stadt die grundsätzliche Möglichkeit offen ließe, sich vom Vertrag zu lösen, müsste doch zumindest eindeutig erkennbar gewesen sein, dass die Nichtverwirklichung eines Teillosen durch einen Bewerber zwingend die komplette Neuausschreibung zur Folge haben würde. Die subjektive Auffassung des Gemeinderats, die Entscheidung sei als Einheit zu sehen, ist hier allerdings nicht entscheidend, da es bei der Auslegung der Vergabeunterlagen auf die Sichtweise eines außen stehenden Betrachters ankommt („Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont“).

Danach ist ein Zusammenhang zwischen den einzelnen Losen nicht erkennbar, im Gegenteil sprechen folgende Gründe gegen die Aufhebbarkeit:

- Eine Aufhebung des Verfahrens war ausdrücklich nur für den Fall vorgesehen, dass die vereinbarten Mindestgrundstückswerte nicht erreicht werden. Das ist aber nicht der Grund für die jetzt beabsichtigte Aufhebung.
- Schon von Beginn an waren die Lose I – III auf der einen und die Lose IV und V auf der anderen Seite voneinander weitestgehend unabhängig. So mussten die Bewerber nicht zwingend Vorschläge für Los IV machen und folglich musste für Los IV auch kein städtebauliches Konzept vorgelegt werden. Gefordert war lediglich eine Aussage

zur Verknüpfung mit den Nachbarlosen.

- In der Aufforderung zur Abgabe des letzten Angebots wurde ausdrücklich mitgeteilt, dass für die Vergabeeinheiten I + II, III sowie IV + V getrennte Beurteilungen erfolgen sollen und dass bei Los I + II Wohn- oder Hotelnutzung möglich sein soll. Deshalb kann es auch jetzt keine faktische Bindung aller Lose an die (weggefallene) Hotelnutzung geben.
- Von beiden Bietern wurde ein Angebot für die jeweils anderen Teillose gemacht, das der Gemeinderat (teils aus finanziellen, teils aus städtebaulichen Gründen) nicht akzeptiert hat. Damit hat er selbst zum Ausdruck gebracht, dass er die einzelnen Teilleistungen als voneinander unabhängig ansieht. Die Verbindung der letztendlich ausgewählten Teile kann folglich nicht zu einem „Gesamtprojekt“ führen mit der Konsequenz, dass sie zukünftig miteinander stehen und fallen sollten, weil es eine solche Verbindung zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens gab.

Eine Möglichkeit, sich von der Zuschlagsentscheidung zu lösen, gibt es nach alledem nicht.

### **b) Zuschlag in der erforderlichen Form erteilt?**

Rechtlich gesehen ist der Zuschlag die Annahme des Angebots des Bewerbers. Sobald die Gremienentscheidung über den Zuschlag dem erfolgreichen Bewerber durch die Verwaltung mitgeteilt wird, bewirkt der Zugang dieser Erklärung den Vertragsschluss und damit einhergehend die Bindung der Parteien, jedenfalls wenn sie ohne Abänderungen des Angebots und in der erforderlichen Form erfolgt. Letzteres könnte hier problematisch sein, da mit dem Zuschlag die Verpflichtung der Stadt verbunden ist, den Bewerbern die Grundstücke zu verschaffen. Dies betrifft unzweifelhaft Los V, gleiches gilt aber auch für Los IV, da sich die Stadt dort mit dem Zuschlag verpflichtet, das Ankaufsrecht auszuüben (und in einem zweiten Schritt das Grundstück an den Bewerber weiterzuveräußern, auch wenn das in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich genannt ist).

Erklärungen, die Verpflichtungen im Hinblick auf den Erwerb oder die Übertragung von Grundstücken bewirken sollen, müssen notariell beurkundet werden (§ 311b Abs. 1 BGB). Dieser Schritt ist bezogen auf die Lose IV und V bislang noch nicht vollzogen, so dass noch keine wirksame Bindung besteht, denn der Grundstückserwerb ist ein wesentlicher Bestandteil dieses Verfahrens.

Fraglich ist allerdings, was die Folge wäre, wenn die Stadt sich darauf berufen würde, es sei noch keine Bindung zustande gekommen, weil die Beurkundung noch nicht erfolgt sei und deshalb könne nochmals neu vergeben werden.

Die Rechtsprechung hat sich mit der Frage der Formbedürftigkeit von Erklärungen schon mehrfach befasst, wobei hier zwei grundsätzlich unterschiedliche Fallgestaltungen zu unterscheiden sind.

In der einen Fallgestaltung ging es im Wesentlichen um die Frage, ob das Vergabeverfahren mit dem Zuschlag beendet ist oder ob der Zuschlag – genauer gesagt, die Erklärung des Zuschlags gegenüber dem erfolgreichen Bewerber – wegen der fehlenden Form (Schriftform bzw. notarielle Beurkundung) unwirksam ist. Hintergrund waren hierbei Anträge von Mitbewerbern auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens, die unzulässig gewesen wären, wenn die Verfahren durch wirksamen Zuschlag beendet gewesen wären. Hier haben

die angerufenen Gerichte jeweils geurteilt, dass eine Beendigung des Verfahrens erst angenommen werden könne, wenn der Zuschlag auch in der erforderlichen Form erteilt wurde<sup>1</sup>. Wendet man dies konsequent auf den hier vorliegenden Fall an, kommt man zu dem Ergebnis, dass noch keine wirksame Annahmeerklärung seitens der Stadt erfolgte und deshalb keine Bindung besteht.

In der anderen Fallgestaltung, die mit der hier vorliegenden eher vergleichbar erscheint, ging es um die Frage, ob sich die Gemeinde auf die fehlende Form der Zuschlagserklärung berufen könne. Der Gemeinderat hatte zwar über den Zuschlag entschieden, die Beauftragung erfolgte aber nur mündlich und somit nicht in der für die Gemeinde vorgeschriebenen Schriftform. Hier hat der Bundesgerichtshof geurteilt, dass sich die Gemeinde nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf den Formverstoß berufen könne, vielmehr begehe sie eine unzulässige Rechtsausübung. Der Formverstoß sei unbeachtlich, weil der mit der Formvorschrift bezweckte Schutz bedeutungslos geworden sei, da das zuständige Organ der Gemeinde den Zuschlag schon beschlossen habe<sup>2</sup>.

Nach meiner Auffassung spricht viel dafür, dass auch im hier vorliegenden Fall eine Berufung auf den noch nicht abgeschlossenen Notarvertrag treuwidrig wäre. Die Pflicht, Grundstücksgeschäfte zu beurkunden, verfolgt den Zweck, die Parteien vor übereilten Vertragsabschlüssen zu schützen. Zum einen besteht diese Gefahr der übereilten Entscheidung bei der Durchführung eines langwierigen Vergabeverfahrens nicht mehr, zum anderen könnte die Berufung auf die Formunwirksamkeit dazu führen, dass trotz des durchgeführten Vergabeverfahrens, das ja gerade Fairness im Wettbewerb sichern soll, keinerlei Bindung eintreten und somit eine willkürliche Wahl des Vertragspartners möglich wäre.

## **2. Schadensersatzansprüche**

Im Hinblick auf eventuelle Schadensersatzansprüche ist eine Anknüpfung an die obigen Ausführungen erforderlich: Kann sich die Stadt nicht auf die bislang fehlende Beurkundung berufen, ist sie im Ergebnis so gestellt, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäß zustande gekommen wäre (dazu unter a.). Kann sie die Formunwirksamkeit geltend machen, drohen – jedenfalls nach den bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen - eventuell nicht einmal Schadensersatzansprüche, was allerdings sehr unwahrscheinlich ist (dazu unter b.).

### **a) Berufung auf Formmangel nicht möglich**

Ist eine Berufung auf die fehlende Beurkundung nicht möglich, haben die betroffenen Bewerber im Ergebnis einen Anspruch auf Überlassung des Grundstücks, um ihr Vorhaben zu verwirklichen. Erfüllt die Stadt diesen Anspruch nicht, folgen daraus Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung, die neben dem Ersatz der nutzlos aufgewendeten Kosten (insbesondere Planungskosten) auch einen möglichen entgangenen Gewinn aus der Veräußerung oder der Vermietung der Wohnungen erfassen.

### **b) Berufung auf Formmangel ist möglich**

Ist eine Berufung auf die fehlende Beurkundung dagegen möglich (was – siehe die obigen Ausführungen – aus meiner Sicht unwahrscheinlich sein dürfte), sind - jedenfalls nach Sichtung der bisher ergangenen Gerichtsentscheidungen - eventuell nicht einmal Schadensersatzansprüche zu befürchten. Da wegen der fehlenden Beurkundung bisher kein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist, können sich Schadensersatzansprüche allenfalls daraus ergeben, dass

<sup>1</sup> OLG Dresden, Beschluss vom 21.7.2000, WVerg 5/00; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.01.2000, Verg 3/99

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 20.01.1994, VII ZR 174/92, BauR 1994, 363

die Stadt mit dem Vergabeverfahren Vertrauen dahingehend erweckt hat, der Vertrag werde zustande kommen. Würde man hier Schadensersatzansprüche anerkennen, würde dies im Ergebnis dazu führen, dass mittelbar doch ein Zwang zum Vertragsabschluss besteht, obwohl dazu eine ordnungsgemäß beurkundete Erklärung vorausgesetzt wird. Deshalb ist die Rechtsprechung mit der Annahme von solchen Schadensersatzansprüchen sehr zurückhaltend, sie bejaht sie bislang nur bei vorsätzlichen Treuepflichtverletzungen<sup>3</sup>, etwa dann, wenn der Vertragspartner vorspiegelt, zum Vertragsabschluss zu bestimmten Bedingungen bereit zu sein, obwohl eine solche Bereitschaft nie bestand oder der Vertragspartner von ihr abgerückt ist, ohne dies zu offenbaren und der andere Teil schon Aufwendungen getätigt hätte. Von einer solchen vorsätzlich pflichtwidrigen Vorgehensweise kann man hier wohl nicht ausgehen, da erst der Rückzug des Investors zu der Überlegung seitens der Stadt geführt hat, sich von dem Vertrag zu lösen. Andererseits ist auch in dem zitierten Urteil immer wieder von einer gesteigerten Vertrauensbeziehung die Rede, die bei der Frage der Schadensersatzpflicht eine Rolle spiele, so dass ich angesichts des durchgeführten Vergabeverfahrens und des dadurch geschaffenen Vertrauenstatbestandes davon überzeugt bin, dass die Rechtsprechung hier einen Weg suchen und finden würde, zumindest eine Schadensersatzpflicht zu rechtfertigen, wenn sie schon keine Bindung – die ich indes für noch wahrscheinlicher halte – annehmen würde.

### III. Ergebnis

Nach alledem halte ich folgendes Ergebnis fest:

- Eine Loslösung von der Vergabeentscheidung bei einzelnen Teillosen mit der Begründung, es habe sich um eine einheitliche Entscheidung gehandelt, ist meines Erachtens nicht möglich
- Für einen wirksamen Vertragsschluss fehlt bisher die notarielle Beurkundung, da es sich um ein Grundstücksgeschäft handelt. Der Zuschlag allein und seine Erklärung gegenüber den erfolgreichen Bewerbern hat nicht zum Vertragsschluss geführt und auch keine wirksame Verpflichtung begründet
- Eine Berufung auf die bislang fehlende notarielle Form ist rechtlich denkbar, aber aus meiner Sicht nicht Erfolg versprechend
- Folge sind umfangreiche Schadensersatzansprüche, die auch den entgangenen Gewinn der Bieter umfassen

Freiburg, den 5. Dezember 2011



Prof. Dr. Jürgen Fleckenstein

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 29.03.1996, NJW 1996, 1884