

Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

NZBau 8/2001

1. August · 2. Jahrgang 2001 · Seite 409–464

Geschäftsführender Herausgeber: Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus D. Kapellmann, Rheinbahnstr. 30–32, 41063 Mönchengladbach
Redaktion: Rechtsanwältin Dr. Anette Hartung, Palmengartenstraße 14, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M., und Dr. Jürgen Kühling, LL. M.

Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, planerischer Wandel und EG-Beihilfenrecht*

In zunehmendem Maße müssen Entscheidungsinstanzen der öffentlichen Hand und vor allem der Kommunen bei der planerischen Umgestaltung und dem Verkauf öffentlicher Flächen möglichst frühzeitig die Vorgaben des EG-Beihilfenrechts berücksichtigen, soll nicht im Fall der Begünstigung beteiligter privater Investoren ein etwaiger Verstoß gegen die einschlägigen Art. 87 ff. EG-Vertrag die geplanten Investitionsprojekte insgesamt gefährden. Neben der Frage nach den formellen und materiellen Anforderungen an Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand stellt sich dabei als besonderes Problem die Frage, ob die Kommune Bausubstanz auf kommunalen Grundstücken „zerschlagen“ und die dadurch im Verkehrswert gesunkenen Grundstücke an private Investoren zu einem entsprechend verringerten Kaufpreis abgeben kann, ohne diese damit EG-beihilfenrechtswidrig zu begünstigen. Diesem Problem soll im nachfolgenden Beitrag auf der Grundlage einer detaillierten Analyse der Kommissionspraxis zu Grundstücksverkäufen einschließlich einer umfangreichen Darstellung und EG-beihilfenrechtlichen Beurteilung der in Deutschland üblichen Methoden zur Ermittlung der Grundstückswerte nachgegangen werden. Im Kern geht es bei Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand in EG-beihilfenrechtlicher Hinsicht um die Frage, ob der private Käufer durch den Kaufpreis für die Grundstücke oder sonstige von der öffentlichen Hand im Rahmen des Geschäfts erfolgende Investitionen, insbesondere Erschließungsmaßnahmen, begünstigt wird. Ist dies zu verneinen, so scheidet auch das Vorliegen des EG-Beihilfentatbestands aus.

I. Überblick über die Ermittlung des angemessenen Kaufpreises nach der Grundstücksmitteilung und der Praxis der Kommission

Ob eine Begünstigung als Tatbestandsmerkmal des Art. 87 I EG-Vertrag vorliegt, hängt davon ab, ob bei wirtschaftlichen Transaktionen ein angemessenes Ver-

hältnis zwischen öffentlicher Leistung und unternehmerischer Gegenleistung vorliegt¹. Dieses bestimmt sich bei Grundstücksverkäufen danach, ob der Kaufpreis in einem angemessenen Verhältnis zum Wert des verkauften Grundstücks steht. Grundstücksverkäufe bildeten in den vergangenen Jahren den Gegenstand einer ganzen Reihe von Prüfungen der Kommission². In ihrer „Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“ (Grundstücksmitteilung) hat die Kommission dargelegt, unter welchen formellen und materiellen Voraussetzungen eine staatliche Beihilfe in diesen Fällen grundsätzlich ausgeschlossen werden kann³, mit der Folge, dass eine Notifizierung der Transaktion bei der Kommission nicht erforderlich ist. Allerdings verfügt die Kommission grundsätzlich über kein Ermessen bei der Fest-

* Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M., ist geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, Dr. Jürgen Kühling, LL. M., ist dort wissenschaftlicher Referent. Alle Internetzitate weisen den Stand vom 1. 5. 2001 auf.

1) Dazu Koenig/Kühling, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, 1065 (1066), und ausführlich demnächst Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, Heidelberg 2001, CI (im Erscheinen).

2) S. Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABIEG 1997 C 209/3.

3) Teilweise geht die Kommission sogar davon aus, dass im Falle der Einhaltung der Anforderungen der Grundstücksmitteilung eine Beihilfe automatisch ausgeschlossen ist, vgl. Mitteilung, ABIEG 1998 C 301/4 (5) – „Kimberly Clark/Scott“. Die Kommission verfügt grundsätzlich über kein Ermessen bei der Feststellung, ob der EG-Beihilfentatbestand vorliegt. Ihr kommt allerdings dann ein weiter Ermessensspielraum zu, wenn es um die Bewertung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte geht, dazu jüngst EuGH, RS. T – 296/97, Urt. v. 12. 12. 2000, Rdnr. 105 m. w. Nachw., im Internet abrufbar unter <http://curia.eu.int/juris/cgi-bin/form.pl?lang=de>.

stellung, ob der EG-Beihilfentatbestand vorliegt, so dass die dargelegten Voraussetzungen lediglich eine Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals „Begünstigung“ des Art. 87 I EG-Vertrag darstellen, die der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Bislang sind die genannten Maßstäbe aber gerichtlich nicht angegriffen worden. Da es sich durchweg um plausible Prinzipien handelt, dürften sie auch bei etwaigen Klageverfahren vor dem EuGH Bestand haben.

Nach den in der Grundstücksmitteilung aufgestellten Grundsätzen muss sich der Verkauf entweder auf ein *bedingungsfreies Bietverfahren* oder auf eine *unabhängige Wertermittlung* durch einen Sachverständigen gründen (formelle Voraussetzung), wobei der Preis im Fall der Bewertung auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards (materielle Voraussetzung) ermittelt werden muss. Der so festgestellte Marktpreis ist der Mindestkaufpreis, der vereinbart werden kann, ohne dass eine staatliche Beihilfe gewährt wird. Gem. Nr. II 1 lit. c S. 1 der Grundstücksmitteilung kann allerdings eine Abweichung bis zu 5% gegenüber dem festgelegten Marktwert unter Umständen noch als marktkonform gelten⁴. Werden die beschriebenen Verfahren nicht befolgt, muss der Mitgliedstaat die Transaktion der Kommission notifizieren⁵. Für diese Fälle lassen sich der Entscheidungspraxis der Kommission Anhaltspunkte entnehmen, welche Faktoren Einfluss auf den Kaufpreis und damit Auswirkungen auf den Begünstigungscharakter der Maßnahme haben können. Dieser Einzelfallpraxis der Kommission lassen sich aber auch Hinweise entnehmen, die bei der Beurteilung derjenigen Bewertungsmaßstäbe relevant sind, die im Fall des Verkaufs auf der Grundlage einer unabhängigen Wertermittlung herangezogen werden⁶.

II. Die formellen Voraussetzungen der Grundstücksmitteilung

1. Bietverfahren

In formeller Hinsicht bevorzugt die Kommission das Bietverfahren⁷, das nach der in Nr. II 1 der Grundstücksmitteilung geäußerten Einschätzung der Kommission angesichts der formellen Ausgestaltung auch materiell das Vorliegen von Beihilfenelementen ausschließt. Die Kommission geht davon aus, dass das Bietverfahren ähnlich einer Versteigerung grundsätzlich einen Verkauf zum Marktwert an den Meistbietenden sichert. Dann ist es nach Ansicht der Kommission auch unerheblich, ob vor dem Bietverfahren eine höhere Objektbewertung existierte. Die Ausschlusswirkung des Beihilfentatbestands tritt aber nur ein, wenn das Verfahren hinreichend publiziert, allgemein und bedingungsfrei ist.

Hinreichend *publiziert* ist nach Nr. II 1 lit. a I der Grundstücksmitteilung ein Angebot, das über einen Zeitraum von mindestens zwei Monaten mehrfach sowohl in geeigneten Veröffentlichungsorganen (nationale Presse, Immobilienanzeiger etc.) als auch durch Makler, die für eine Vielzahl von Käufern tätig sind, bekannt gemacht wurde, so dass sie allen potenziellen Käufern zur Kenntnis gelangen konnte. Für großvolumige oder sonstige Transaktionen von europaweitem oder internationalem Interesse wird gem. Nr. II 1 lit. a II der Grundstücksmitteilung eine Verbreitung durch entsprechende internationale Publikationen und international tätige Makler verlangt. Die Ausschreibung ist nach Nr. II 1 lit. b S. 1 der Grundstücksmitteilung *bedingungsfrei* (und allgemein), wenn für alle Branchen gleichermaßen eine Nutzung des Verkaufsobjekts möglich ist. Nr. II 1 lit. b S. 2 der Grundstücksmitteilung gesteht allerdings zu, dass „Einschränkungen aus Gründen des Nachbar- oder Umweltschutzes oder zur Vermeidung rein spekulativer Gebote sowie raumordnungsrechtliche Einschränkungen für den Eigentümer eines Grundstücks nach nationalem Recht [...] nicht die Bedingungsfreiheit

eines Angebots“ beeinträchtigen. Die Bedingungsfreiheit entfällt nach Nr. II 1 lit. c der Grundstücksmitteilung allerdings, wenn Verkaufsbedingungen außerhalb des allgemeinen nationalen Rechts, der planerischen Vorgaben oder Umwelt- und Gesundheitsschutzverpflichtungen nicht branchenübergreifend von jedem potenziellen Erwerber erfüllt werden können⁸. So scheidet beispielsweise die Bedingungsfreiheit aus, wenn der künftige Investor eine auf dem zum Verkauf stehenden Grundstück befindliche öffentliche Einrichtung an anderer Stelle wiedererrichten und an die öffentliche Hand zu marktüblichen Mietzinsen überlassen soll. Denn derartige Nebenbedingungen können nur Unternehmen bestimmter Branchen, vor allem große Bauinvestoren, erfüllen.

2. Unabhängige Wertermittlung

Kommt etwa angesichts der Komplexität der Nebenbedingungen der Verkauf im Rahmen eines bedingungs-freien Bietverfahrens nicht in Betracht, muss durch ein unabhängiges Gutachten der Marktwert als Mindestverkaufspreis nach Nr. II 2 lit. a der Grundstücksmitteilung ermittelt werden. Dazu ist die Gutachtenerstellung durch einen unabhängigen Sachverständigen für Wertermittlung erforderlich. Ein „Sachverständiger für Wertermittlung“ ist nach Nr. II 2 lit. a II der Grundstücksmitteilung „eine Person mit einwandfreiem Leumund, die einen geeigneten Abschluss an einer anerkannten Ausbildungsstätte oder eine gleichwertige akademische Qualifikation erworben hat“ und „in der Ermittlung von Anlagevermögenswerten nach Standort und Kategorie des Vermögenswerts sachkundig und erfahren ist“. Ferner sieht Nr. II 2 lit. a III der Grundstücksmitteilung für den Fall, dass in einem Mitgliedstaat keine geeigneten akademischen Qualifikationen erworben werden können, vor, dass „der Sachverständige für Wertermittlung Mitglied eines anerkannten Fachorgans für die Ermittlung von Anlagevermögenswerten sein“ soll und „vom Gericht oder einer gleichgestellten Behörde bestellt werden oder mindestens über eine abgeschlossene höhere Schulbildung und ein ausreichendes Ausbildungsniveau mit wenigstens dreijähriger praktischer Erfahrung nach dem Erwerb der Qualifikation und über Kenntnisse in der Wertermittlung von Grundstücken und Gebäuden der besonderen Lokalität verfügen“ soll. Im Hinblick auf die erforderliche Unabhängigkeit der Gutachter verlangt Nr. II 2 lit. a V der Grundstücksmitteilung, dass öffentliche Stellen nicht berechtigt sein dürfen, „hinsichtlich des Ermittlungsergebnisses Anweisungen zu erteilen. Staatliche Bewertungsbüros, Beamte oder Angestellte gelten solange als unabhängig, wie eine unzulässige Einflussnahme auf ihre Feststellungen effektiv ausgeschlossen ist“.

4) Eine weitere Abweichung vom ermittelten Marktwert ist nach Nr. II 1 lit. c S. 2 der Grundstücksmitteilung möglich, wenn sich ein Verkauf zum Marktpreis nach einer angemessenen Zeit als unmöglich erweist. Dies entspricht einer inzwischen etablierten Kommissionspraxis, vgl. Mitteilung, ABIEG 1994 C 21/4 (7) – „Fresenius“; Entscheidung vom 21. 1. 1998, ABIEG 1998 L 171/36 (43) – „Delfzijl“.

5) Vgl. Nr. II 3 der Grundstücksmitteilung.

6) S. dazu unten III 1 am Ende.

7) S. den XXIX. Wettbewerbsbericht der Kommission 1999, SEK (2000) 720 endg., Rdnr. 235: „Beste Möglichkeit (...) zu gewährleisten, dass die öffentliche Unterstützung dem Mindestbetrag entspricht.“; ferner: Entscheidung Nr. 464/99 v. 29. 3. 2000, Sittard, Nr. 34, im Internet abrufbar in niederländischer Sprache unter: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport_1999.htm.

8) Die Verneinung in der deutschen Übersetzung („[...] so ist das Angebot als bedingungsfrei im oben erwähnten Sinn nur anzusehen, wenn alle potenziellen Erwerber nicht in der Lage wären [...]“) ist insofern unzutreffend, wie auch die übrigen Sprachfassungen bestätigen, vgl. nur die englische: „(...) 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 (...)“. Insgesamt ist die deutsche Sprachfassung ungenügend übersetzt, vgl. auch den Hinweis unten bei Fußn. 16.

Nach ständiger Kommissionspraxis sind die Bewertungen durch deutsche Gutachterausschüsse, die regelmäßig in den Verkauf von Grundstücken der öffentlichen Hand eingeschaltet werden, bislang als formal unproblematisch anerkannt und allenfalls die zu Grunde gelegten Bewertungsmaßstäbe korrigiert worden. So hat die Kommission in der Entscheidung Potsdamer Platz, bei der es um Beihilfenelemente beim Verkauf eines Grundstücks am Potsdamer Platz durch das Land Berlin an die Daimler-Benz AG ging, explizit darauf hingewiesen, dass sie bei der Bewertung durch den Gutachterausschuss für Grundstückswerte in Berlin (GGB) von einer objektiven Bewertung durch kompetente und unabhängige Gutachter ausgeht, während sie dies für den Fall der Erstellung eines Wertgutachtens durch die Senatsverwaltung für Bau- und Wohnungswesen (SBW) in Zweifel zog⁹. In einer jüngeren Entscheidung hat die Kommission die Einschaltung eines baden-württembergischen Gutachterausschusses unbeanstandet gelassen¹⁰. Diese Bewertung der Kommission ist zutreffend. Denn bei den in § 192 I BauGB vorgesehenen Gutachterausschüssen handelt es sich um unabhängige und kompetente Gremien. Bereits § 192 I BauGB verlangt, dass die zur Ermittlung des Verkehrswerts von Grundstücken eingesetzten Ausschüsse selbstständig und unabhängig sein sollen. Die Ausschüsse bestehen nach § 192 II BauGB aus einem Vorsitzenden und weiteren, ehrenamtlichen Gutachtern. Diese Personen sollen gem. § 192 III BauGB in der Ermittlung von Grundstückswerten sachkundig und erfahren sein und, um die Unabhängigkeit zu gewährleisten, „nicht hauptamtlich mit der Verwaltung der Grundstücke der Gebietskörperschaft, für deren Bereich der Gutachterausschuss gebildet ist, befasst sein“. Die Landesregierungen sind gem. § 199 II Nr. 1 BauGB ermächtigt, die Bildung und das Tätigwerden der Gutachterausschüsse durch landesrechtliche Rechtsverordnungen zu regeln.

Auf der Grundlage dieser Ermächtigungsnorm ist in Nordrhein-Westfalen die Verordnung der Landesregierung über die Gutachterausschüsse für Grundstückswerte (GutachterausschussVO NW – GAVO) ergangen¹¹, derzufolge an die formellen und materiellen Regelungen des BauGB und die WertV gebundene¹² Gutachterausschüsse bei den Kreisen, den kreisfreien Städten und den großen kreisangehörigen Städten gebildet werden (§ 1 I 1 GAVO) und in der jeweiligen Gebietskörperschaft ihre Geschäftsstellen haben (§ 15 I GAVO). Dabei müssen die vom Regierungspräsidenten bestellten Ausschussmitglieder gem. § 3 I GAVO über die erforderliche Sachkunde verfügen, die mit einschlägiger Erfahrung auf diesem Gebiet einhergehen soll. Sie sind gem. § 3 II GAVO zur gewissenhaften und unabhängigen Aufgabenerfüllung in sachlicher und personeller Beziehung verpflichtet, wodurch Weisungen Dritter hinsichtlich des Ermittlungsergebnisses und einer bestimmten Vorgehensweise der Gutachter bei der Begutachtung ausgeschlossen werden¹³. Die Unabhängigkeit wird zusätzlich durch die Inkompatibilitätsbestimmungen in § 192 III BauGB und § 2 V 2 GAVO gesichert. Damit stellen diese Gutachterausschüsse anerkannte Fachorgane für die Ermittlung von Anlagevermögenswerten i. S. der Nr. II 2 lit. a II und III Grundstücksmittelung dar, die sämtlichen Anforderungen hinsichtlich der erforderlichen Kompetenz und der Unabhängigkeit seiner Mitglieder gerecht werden.

Ob auch vergleichbare Einrichtungen, wie die Grundstücksbewertungsstellen, die in einigen Kommunen bei der Geschäftsstelle des Gutachterausschusses eingerichtet sind, diesen Anforderungen genügen, ist allerdings jeweils sorgfältig zu prüfen. Dabei ist insbesondere zu untersuchen, ob

tatsächlich eine hinreichende Unabhängigkeit besteht¹⁴. Anerkannt wurde von der Kommission hingegen die Bewertung durch einen von der Industrie- und Handelskammer ernannten unabhängigen Anlagenbewerter¹⁵.

III. Die Anforderungen an Grundstücksverkäufe in materieller Hinsicht

Ferner stellt sich in materieller Hinsicht die Frage, welcher Kaufpreis bei der Grundstücksveräußerung angemessen ist. Der Sachverständige hat gem. Nr. II 2 lit. a I 1 der Grundstücksmittelung „auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln“. Unter Marktwert ist nach Nr. II 2 lit. a V der Grundstücksmittelung der hypothetische Vergleichspreis zu verstehen, „der zum Zeitpunkt der Bewertung auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags über Bauten oder Grundstücke zwischen einem verkaufswilligen Verkäufer und einem ihm nicht durch persönliche Beziehungen verbundenen Käufer unter den (ergänze: hypothetischen) Voraussetzungen zu erzielen ist (besser: wäre¹⁶), wobei (besser: dass) das Grundstück offen am Markt angeboten wurde, die Marktverhältnisse einer ordnungsgemäßen Veräußerung nicht im Wege stehen und eine der Bedeutung des Objekts angemessene Verhandlungszeit zur Verfügung steht¹⁷“. Zur Auffüllung dieser Kriterien bestehen in der jeweiligen mitgliedstaatlichen Praxis eigenständige Bewertungsstandards, die angewandt werden können, soweit sie aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nachvollziehbar sind. Von diesen Standards darf sodann grundsätzlich nicht abgewichen werden. Andernfalls ist das Vorliegen von Beihilfenelementen indiziert, so dass eine Notifizierung erforderlich wird.

1. EG-beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit der in Deutschland üblichen Methoden zur Ermittlung des Grundstückswerts

In Deutschland sind zur Ermittlung des Verkehrswerts von Grundstücken i. S. des § 194 BauGB in der WertV drei unterschiedliche Verfahrensarten vorgesehen: das Vergleichswert-, Ertragswert- und Sachwertverfahren.

9) Entscheidung v. 14. 4. 1992, ABIEG 1992 L 263/15 (20) – „Potsdamer Platz“. Dort heißt es im Hinblick auf die SWB, dass „diese öffentliche Stelle bei Grundstücksverkäufen des Berliner Senats unter Umständen nicht als ein unabhängiger Gutachterausschuss nach dem Bundesbaugesetz anzusehen ist, weil sie Teil der Berliner Senatsverwaltung ist und keine Eigenständigkeit besitzt.“ Im Hinblick auf den GGB heißt es dagegen: „In diesem Zusammenhang wies die Kommission ferner darauf hin, dass es durchaus ein völlig unabhängiges öffentliches Gremium in Gestalt des GGB gibt.“ Ferner erkannte die Kommission die Unabhängigkeit des Gutachterausschusses für Grundstückswerte der Stadt Mainz in der Entscheidung Fort Malakoff an, Entscheidung v. 17. 7. 1996, ABIEG 1996 L 283/43 (47) – „Fort Malakoff“.

10) Entscheidung v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 L 108/44 (47) – „Draiswerke“.

11) Verordnung v. 7. 3. 1990, NWGV, 156.

12) Dietrich, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB IV, Loseblattsammlung, Stand: April 2000, § 192 Rdnr. 15.

13) Dietrich, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (o. Fußn. 12), § 192 Rdnr. 15.

14) So zog die Kommission in der Aufforderung v. 3. 2. 2000, die Unabhängigkeit des Bewertungsausschusses, der den Wert des von der Stadt Dresden verkauften Grundstücks ermittelt hat, in Zweifel, ABIEG 2000 C 78/8 (15 – Nr. 59) – „Gläserne Manufaktur“. Allerdings lässt sich den Ausführungen der Kommission nicht entnehmen, um welche Art von Ausschuss es sich im konkreten Fall handelt und durch welche Umstände die Kommission die Zweifel als begründet ansieht.

15) Aufforderung, ABIEG 1999 – C 213/12 (14, dort Fußn. 8) – „Dessauer Geräteindustrie“.

16) Denn es geht um die Ermittlung eines hypothetischen Vergleichspreises, was in der englischen Abfassung der Grundstücksmittelung deutlicher wird („could be sold“).

17) Hier verweist die Kommission auf Art. 49 II der Richtlinie 91/674/EWG des Rates, ABIEG 1991 L 374/7.

Diese gelangen regelmäßig beim Verkauf öffentlicher Grundstücke zur Anwendung. Die Verfahren dienen der Ermittlung eines Zwischenwertes, der möglichst dem Verkehrswert entsprechen soll, jedoch nicht zwangsläufig mit diesem gleichzusetzen ist¹⁸. Vielmehr muss der Verkehrswert aus dem Ergebnis des angewandten Verfahrens durch Anpassung an die Lage auf dem Grundstücksmarkt abgeleitet werden, sofern diese nicht bei der Ermittlung des Zwischenwerts ausreichend berücksichtigt wurde¹⁹. Mit der Ausgestaltung der unterschiedlichen Verfahrensarten, die in § 7 I WertV gleichrangig aufgeführt werden²⁰, trägt die Verordnung der Tatsache Rechnung, dass die Anwendung eines einheitlichen Verfahrens wegen der je nach Grundstücksart verschiedenen wertbestimmenden Merkmale nicht möglich ist²¹. Daher ist auch keine der genannten Wertermittlungsmethoden rechtlich vorgeschrieben²², sondern das Verfahren gem. § 7 II WertV nach der Art des Gegenstands der Wertermittlung unter Berücksichtigung der „im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bestehenden Gepflogenheiten“ und „den sonstigen Umständen des Einzelfalls“ zu wählen. Damit ist es dem sachverständigen Ermessen des Gutachters überlassen, nach Maßgabe des § 7 II WertV darüber zu befinden, welches Verfahren angemessen ist oder ob auf Grund besonderer Umstände mehrere Wertermittlungsverfahren anzuwenden sind²³.

Beim *Vergleichswertverfahren* nach §§ 13, 14 WertV wird der Verkehrswert eines Grundstücks aus dem unmittelbaren Vergleich mit Kaufpreisen bzw. Bodenrichtwerten i. S. des § 196 BauGB ermittelt, die wiederum anhand realer Grundstücksverkäufe bemessen werden²⁴. Es handelt sich dabei um die einfachste, zuverlässigste und zugleich überzeugendste Methode zur Ermittlung des Verkehrswerts, weil mit der Heranziehung geeigneter Vergleichspreise der gewöhnliche Geschäftsverkehr direkt in dem Verfahren Berücksichtigung findet und die Lage des Grundstücks umfassend gewürdigt wird²⁵.

Es kann grundsätzlich auf alle Bereiche des Grundstücksmarkts angewendet werden, sofern genügend Kaufpreise vergleichbarer Grundstücke vorhanden sind²⁶ oder geeignete Bodenrichtwerte vorliegen²⁷. In der Praxis stellt das Vergleichswertverfahren das Regelverfahren für die Ermittlung des Bodenwerts unbebauter oder mit weitgehend typisierten Gebäuden wie z. B. Reihenhäusern oder Garagen bebauter Grundstücke dar²⁸. Hingegen mangelt es vor allem bei individuell bebauten Grundstücken in der Regel an der nötigen Vergleichbarkeit, so dass hier üblicherweise auf das Ertrags- oder Sachwertverfahren zurückgegriffen wird, die zwischen dem relativ beständigen Bodenwert des Grundstücks und dem abnehmenden Wert der baulichen Anlagen differenzieren²⁹. Der Vergleichswert ist in der Regel als Verkehrswert anzusehen, sofern nicht besondere Zu- oder Abschläge gerechtfertigt wären³⁰.

Das *Ertragswertverfahren* nach §§ 15 bis 20 WertV kommt regelmäßig bei der Wertberechnung von wirtschaftlich genutzten Grundstücken zur Anwendung, deren Wert sich am Ertrag oder der Rendite orientiert³¹, insbesondere bei Miet- und Pachtobjekten. Auch hier wird der Bodenwert gem. § 15 II WertV nach dem Vergleichswertverfahren ermittelt, während bei der Ermittlung des Wertes der baulichen Anlagen gem. § 16 I WertV von dem nachhaltig erzielbaren jährlichen Reinertrag auszugehen ist. Dieser ergibt sich aus dem Rohertrag gem. § 17 I WertV (Summe aller bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung und zulässiger Nutzung nachhaltig erzielbaren Einnahmen) abzüglich der Bewirtschaftungskosten gem. § 18 I WertV (Abschreibung, sowie die bei gewöhnlicher Bewirtschaftung entstehenden Verwaltungs-, Betriebs-, Instandhaltungskosten und das Mietausfallwagnis) und um den Bodenverzinsungssatz vermindert³². Dabei liefert das Ertrags-

wertverfahren bei sorgfältig ermittelten Daten ein dem Verkehrswert des Grundstücks entsprechendes Ergebnis³³.

Im Unterschied zum Ertragswertverfahren orientiert sich das in den §§ 21 bis 25 WertV geregelte *Sachwertverfahren* an der Substanz des Grundstücks und findet regelmäßig Anwendung, wenn nicht die wirtschaftliche Nutzung, sondern das Grundstück selbst im Vordergrund steht, insbesondere bei der beabsichtigten Eigennutzung durch den Erwerber³⁴. Es wird aber auch bei gewerblichen Bauwerken und Gebäuden mit Sondernutzung wie Sporthallen, Schulen und Krankenhäusern angewandt, sofern ortsübliche Mieten nicht feststellbar sind. Nach diesem Verfahren setzt sich der Sachwert eines Grundstücks aus dem gem. § 21 I WertV ebenfalls nach dem Vergleichswertverfahren zu bestimmenden Bodenwert und dem Wert der baulichen und sonstigen Anlagen (Bauwert) zusammen. Dabei orientiert sich der Wert der Gebäude an den Normalherstellungskosten zum Bauzeitpunkt, die je nach Abnutzung den Verhältnissen zum Wertermittlungstichtag angepasst werden³⁵.

Eine weitere Wertung der in den verschiedenen Verfahren erzielten Ergebnisse ist bei der parallelen Anwendung mehrerer Verfahren erforderlich, sofern die Ergebnisse voneinander abweichen. Dann soll der Gutachter nach § 7 I 3 WertV die Ergebnisse der angewandten Verfahren überprüfen und hieraus den Verkehrswert unter Würdigung der Aussagefähigkeit der einzelnen Ergebnisse ermitteln³⁶. Keinesfalls darf hierzu der Mittelwert der

18) Bielenberg/Koopmann/Krautzberger, Städtebauförderungsrecht, I, Loseblattsammlung, Stand: März 2000, D 2 WertV § 7 Rdnr. 2.

19) Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV § 7 Rdnr. 3.

20) BGH, BB 1965, 890.

21) BVerfG, NJW 1968, 1715.

22) BGH, MDR 1963, 396; Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV Vorb. Rdnr. 33.

23) Vgl. BR-Dr. 352/88, 43; Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV Vorb. Rdnr. 34.

24) Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV Vorb. Rdnr. 36.

25) Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV § 7 Rdnr. 2.

26) Aus der Sicht der Praxis liefern dabei zehn bis 15 Vergleichswerte ein sicheres Ergebnis, jedoch werden auch bereits sieben oder acht Fälle akzeptiert, Bischoff, Grundstückswertermittlung. Eine Einführung in die Praxis, 1992, S. 46. Hingegen hat die Rechtsprechung die Anwendung des Vergleichswertverfahrens auch beim Vorhandensein von nur einem geeigneten Vergleichsfall in besonders gelagerten Fällen nicht ausgeschlossen, BGH, NVwZ 1982, 645; Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV § 13 Rdnr. 32.

27) Bischoff (o. Fußn. 26), 46. Dabei ist es nach § 13 I 2 WertV zulässig, die Kaufpreise für Vergleichsobjekte aus anderen vergleichbaren Gebieten zu berücksichtigen, wenn sich in dem Gebiet, in dem das Grundstück gelegen ist, nicht genügend Kaufpreise finden lassen.

28) Vgl. Nr. 3.1.1. der Richtlinien für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken vom 11. 6. 1991 (WertR 91), herausgegeben vom Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, BANZ 1991, Nr. 182 a vom 27. 9. 1991.

29) Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV § 15 Rdnr. 5.

30) WertR 91 (o. Fußn. 28), Nr. 3.4.

31) Bischoff (o. Fußn. 26), S. 55.

32) Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV § 16 Rdnr. 3.

33) Bischoff (o. Fußn. 26), S. 61.

34) Bischoff (o. Fußn. 26), S. 45.

35) Bischoff (o. Fußn. 26), S. 64. Hierbei ist zu beachten, inwieweit die Gebäude und Einrichtungen wirtschaftlich überaltert sind, der technischen oder der strukturellen Entwicklung nicht mehr entsprechen und eine Nutzungsmöglichkeit deshalb nicht mehr oder nur noch vermindert gegeben ist, vgl. Nr. 3.1.3. WertR 91 (o. Fußn. 28). Trotz regelmäßig auftretender Schwierigkeiten, die sich im Zusammenhang mit der Ermittlung der gewöhnlichen Herstellungskosten und der marktkonformen Berücksichtigung aller wertbeeinflussender Umstände stellen, kann mit diesem Verfahren bei einer sicheren und genauen Marktanpassung ein dem Verkehrswert entsprechender Sachwert ermittelt werden, s. Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV § 7 Rdnr. 2.

36) Bielenberg/Koopmann/Krautzberger (o. Fußn. 18), D 2 WertV Vorb. Rdnr. 35.

erzielten Ergebnisse gebildet werden, da eine solche schematische Berechnungsweise nicht sachgerecht ist³⁷.

Diese Methoden zielen allesamt auf die Ermittlung des Verkehrswerts i. S. des § 7 I 1 WertV, der sich wiederum nach § 194 BauGB als der Preis auffassen lässt, der „im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den rechtlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und der Lage des Grundstücks oder des sonstigen Gegenstands der Wertermittlung ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre“. Diese Ausrichtung ist kongruent mit der Marktwertdefinition in Nr. II 2 lit. a V der Grundstücksmittelteilung, so dass die Bewertungsausrichtung eine hinreichende Konformität mit den EG-beihilfenrechtlichen Vorgaben aufweist. Auch gegen die Bestimmungen über die Auswahl und Anwendung der einzelnen Bewertungsstandards ist EG-beihilfenrechtlich nichts einzuwenden, da sie plausible und marktgängige Standards darstellen³⁸. Daher ist davon auszugehen, dass eine Orientierung der Gutachter an diesen Verfahren und eine Argumentation anhand der verschiedenen Bewertungsverfahren die Annahme von Begünstigungselementen ausschließt. Insofern ist nicht zu erwarten, dass sich die europäischen Instanzen zu einem „Obergutachtensauschluss“ aufschwingen werden.

Im Hinblick auf die Berücksichtigung einzelner Bewertungsaspekte hat die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis allerdings Maßstäbe entwickelt, die auch von den Gutachtern zu berücksichtigen sind. So akzeptiert die Kommission als den Grundstückswert mindernd etwa die unter „normalen Marktbedingungen“ unübliche Verpflichtung des Käufers, einen bestimmten Gebäudetyp zu errichten³⁹. Ob ein gewisser Preisabschlag bei sehr großen Grundstücken gewährt werden kann, hängt vom Einzelfall ab⁴⁰. Keine Wertminderung tritt bei Eintragung einer dinglichen Sicherheit zu Gunsten des Verkäufers zur Sicherung der nebenvertraglichen Pflichten des Käufers ein, da es marktüblich ist, dass Grundeigentum nach dem Erwerb zur dinglichen Sicherung genutzt wird⁴¹. Unfehlbar ist, dass die Sicherheit im ersten Rang nicht mehr zu Gunsten Dritter genutzt werden kann⁴². Ohne Einfluss auf den Grundstückswert sind außerdem für den Käufer ungünstige Eigenschaften eines Grundstücks, das für die industrielle Entwicklung angeboten wird (z. B. ein Gefälle des Geländes), da diese nach Auffassung der Kommission für derartige Grundstücke typisch sind⁴³. Allgemeine Steuern und Abgaben, die unabhängig von dem Grundstücksgeschäft anfallen, können im Rahmen des Begünstigungstatbestands nicht berücksichtigt werden, da sie einer generellen Rechtspflicht entsprechen⁴⁴. Ein Beihilfempfeänger kann sich mithin nicht auf seine allgemeine Steuerpflicht als Gegenleistung für die Erlangung eines Vorteils im Rahmen eines Grundstücksgeschäfts berufen⁴⁵.

2. EG-beihilfenrechtliche Akzeptanz des planerischen Wandels trotz damit einhergehender „Wertvernichtung“

Von hoher bauplanerischer Relevanz ist insbesondere die Frage, ob die öffentliche Hand, und vor allem die Kommune, wertmindernde Maßnahmen in Bezug auf das Grundstück vornehmen kann, ohne den Grundstückskäufer dadurch zu begünstigen. So kommt es häufig vor, dass die Kommune aus städtebaulichen Gründen eine Umnutzung eines bestimmten städtischen Gebiets vornehmen möchte. Dabei ist sie zum Teil bereit, nach der gegenwärtigen Planung zwar nutzbare, gemäß der künftigen Planung aber nutzlose Gebäude auf eigenen oder angekauften Grundstücken abzureißen und damit bestehende

Werte zu „vernichten“. Wenn nun zwar der nach dem Vergleichswertverfahren ermittelte Verkehrswert des Grundstücks angesichts einer künftigen intensiveren Nutzbarkeit steigt, der zuvor nach dem Ertragswert- und/oder Sachwertverfahren ermittelte Verkehrswert des Grundstücks zuzüglich der Gebäude aber höher liegt, stellt sich die Frage, ob beim Grundstücksverkauf dennoch der nach dem Vergleichswertverfahren ermittelte niedrigere Verkehrswert des Grundstücks zu Grunde gelegt werden darf.

Diese Frage wurde von der Kommission in der Entscheidung *Fort Malakoff* vom 17. 7. 1996 bejaht. In dem Fall ging es um den Verkauf eines Grundstücks, das die Stadt Mainz bebaut und zu einem höheren Wert gekauft hatte, um es anschließend als unbebaut und zu einem geringeren Wert weiter zu verkaufen, wobei nach dem Kaufvertrag die Stadt die Kosten für die Sanierung bzw. den Abriss der Gebäude übernahm. Die Kommission führte diesbezüglich aus:

„Die Stadt als Eigentümerin des (...) Geländes hat das Recht (§ 903 BGB), die Gebäude abzureißen, um ein unbebautes Grundstück verkaufen zu können, und zwar auch dann, wenn sich der Wert des Grundstücks dadurch verringert. Die öffentliche Hand kann solche Entscheidungen, die von der Kommission grundsätzlich nicht angefochten werden können (Art. 295 EG-Vertrag), z. B. aus Gründen der städtebaulichen Entwicklung und Planung treffen“⁴⁶.

Diese Argumentation ist überzeugend. „Zerschlägt“ eine Kommune auf einem ihrer Grundstücke Werte, die für eine gegenwärtige Nutzung wertvoll, für eine beabsichtigte Nutzung aber wertlos sind, so steht dies der Kommune EG-beihilfenrechtlich offen. Denn der Grundstückskäufer wird dadurch nicht begünstigt. Anders formuliert, steht der Entreichung der Kommune keine Bereicherung des Käufers gegenüber. Eine gegenteilige Bewertung entsprechender Transaktionen würde die planerische Gestaltungsfreiheit der Kommune, die als Wesenselement der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 II 1 GG verfassungsrechtlich geschützt ist⁴⁷, nachhaltig beeinträchtigen. Dieser Kerngehalt der deutschen Verfassung dürfte auch vom primären Gemeinschaftsrecht

37) WertR 91 (o. Fußn. 29), Nr. 3.7.

38) So hat die Kommission in der Entscheidung „Draiswerke“ (o. Fußn. 10), S. 43 (47), die Ermittlung des Verkehrswertes anhand des Sachwert- und Ertragswertverfahrens gebilligt. Dass die Kommission die Heranziehung des für die öffentliche Hand günstigeren, nach dem Ertragswertverfahren ermittelten Werts als angemessen ansah, kann weder als generelle Präferenz der Kommission für ein Bewertungsverfahren, noch als allgemeine Vorgabe, bei der Wertung divergierender Werte stets den für die öffentlichen Hand günstigeren zu Grunde zu legen, aufgefasst werden.

39) Entscheidung v. 17. 7. 1996, ABIEG 1996 L 283/43 (47) – „Fort Malakoff“.

40) Entscheidung v. 31. 7. 1991, ABIEG 1992 L 6/36 (37) – „Toyota“ einerseits und Entscheidung v. 14. 4. 1992, ABIEG 1992 L 263/15 (18) – „Potsdamer Platz“ andererseits, in der sich die Kommission der Bewertung des Gutachterausschusses anschloss, dass eine „sonst übliche Korrektur für großflächige Baugrundstücke (...) auf Grund der idealen Planungsmöglichkeiten und des Seltenheitswerts der Kaufgelegenheit nicht vorzunehmen (ist)“.

41) Entscheidung v. 17. 7. 1996, ABIEG 1996 L 283/43 (48) – „Fort Malakoff“.

42) Entscheidung v. 17. 7. 1996, ABIEG 1996 L 283/43 (48) – „Fort Malakoff“.

43) Entscheidung v. 31. 7. 1991, ABIEG 1992 L 6/36 (42) – „Toyota“.

44) Vgl. Nr. II 2 lit. c II der Grundstücksmittelteilung.

45) Missverständlich insofern die Entscheidungszusammenfassung der Kommission in: XVII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (1987), Rdnr. 220.

46) Entscheidung v. 17. 7. 1996, ABIEG 1996 L 283/43 – „Fort Malakoff“ S. 43 (47).

47) Vgl. dazu *Germ. Deutsches Kommunalrecht*, 2. Aufl. (1997), Rdnrn. 170 ff.

im Rahmen der Vertragsauslegung zu berücksichtigen sein⁴⁸. Überdies verweist die Kommission auf Art. 295 EG-Vertrag, der die Wahrung der mitgliedstaatlichen Eigentumsordnung vorsieht, zu der auch die freie planerische Verfügung über das Eigentum gehört. Wäre die Wertvernichtung als Vorteil des künftigen Grundstückskäufers einzustufen, könnte eine Kommune nur dann eine Umnutzung von Grundstücken in ihrem Eigentum vornehmen, wenn die auf dem Grundstück befindlichen Gebäude einen so geringen Wert darstellen würden, dass der potenzielle Investor ihren Erwerb und Abriss auf seine Kosten für die beabsichtigte Umnutzung in Kauf nehmen würde. Die Errichtung von wertvollen Gebäuden auf kommunalen Grundstücken würde damit die künftige Nutzbarkeit des Grundstücks für andere Zwecke durch private Investoren weitgehend beschränken. Vor allem aber vor dem Hintergrund des Zwecks des Beihilfenrechts, dem Vertragsziel des Art. 3 I lit. g EG-Vertrag dienend, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen, dürfte eine solche Beschränkung kaum erforderlich sein. Denn der Wettbewerb auf Investorenmärkten oder nachgelagerten Märkten wird durch den erweiterten Spielraum für die Kommunen, eine Umnutzung vorzunehmen, nicht beeinträchtigt, da – wie dargelegt – der Entreicherungsachteil der Kommune keinem Bereicherungsvorteil des Investors entspricht. Dabei kann es im Übrigen keinen Unterschied machen, ob ein unbebautes Grundstück mit einem unmittelbar vorangegangenen Abriss verkauft wird oder ob im Kaufvertrag eine Abrissverpflichtung enthalten ist und diese auch bauplanungsrechtlich, etwa durch einen entsprechenden vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB abgesichert ist, so dass faktisch bzw. wertmäßig ein unbebautes Grundstück verkauft wird.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung *Fort Malakoff* der Kommission dazu führt, dass insoweit keine Vergleichbarkeit mit einem unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnden Vergleichskäufer („market economy investor“-Test⁴⁹) gegeben ist, da dieser nicht Ziele „der städtebaulichen Entwicklung und Planung“ verfolgt und dafür die Vernichtung von Sachwerten einzusetzen bereit ist. Dies hat die Kommission in der Entscheidung *Fort Malakoff* jedoch klar erkannt und akzeptiert⁵⁰. Es kann demnach vielmehr davon ausgegangen werden, dass Umnutzungsinvestitionen grundsätzlich von der handelnden Kommune getragen werden können, soweit sämtliche den Wert über den eines baureifen Grundstücks steigernden Maßnahmen beim Kaufpreis berücksichtigt werden, da diese den Käufer begünstigen. Der Abriss von Gebäuden, die für die künftige Nutzung wertlos sind, begünstigt jedoch nicht den Käufer, da und soweit sich dieser Aspekt bereits im Kaufpreis eines baureifen (!) Grundstücks widerspiegelt. Damit entfällt der EG-Beihilfentatbestand, wenn der Verkehrswert des „umgenutzten“ Grundstücks als Mindestkaufpreis zu Grunde gelegt wird.

IV. Die Beurteilung sonstiger im Zusammenhang mit dem Verkauf von Grundstücken erfolgreicher Vereinbarungen

Dreh- und Angelpunkt der Prüfung weiterer Investitionen und Vereinbarungen im Rahmen des Grundstücksgeschäfts ist die Frage, ob der Käufer durch diese begünstigt wird. Im Hinblick auf Erschließungsmaßnahmen ist präziser zu untersuchen, ob gerade der Erwerber einen *spezifischen* Vorteil erlangt (unternehmensbezogene *Bestimmtheit* der Begünstigung)⁵¹. Insoweit ist zwischen den einzelnen Vereinbarungen bzw. Investitionen zu differenzieren. Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind

nur Beihilfen, die auf die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige gerichtet sind. Dieses Merkmal der Bestimmtheit bzw. Spezialität stellt die erforderliche Abgrenzung zu allgemeinen legislativen Maßnahmen eines Mitgliedstaats oder dessen Gebietskörperschaften sicher⁵². Es dient dazu, staatliche Fördermaßnahmen wie allgemeine Infrastrukturmaßnahmen (z. B. Straßenbau), die der gesamten Wirtschaft zugute kommen, aus dem gemeinschaftlichen Beihilfenbegriff herauszunehmen. Dementsprechend lehnt die Kommission in Übereinstimmung mit dem *EuGH*⁵³ in ihrer Praxis⁵⁴ das Vorliegen der Unternehmensbezogenheit der Begünstigung von Investitionen ab, die im Interesse der Allgemeinheit von der öffentlichen Hand getätigt werden. Hierzu zählen alle Investitionen in Einrichtungen, die durch eine fehlende Nutzungsexklusivität gekennzeichnet sind und damit allen vorhandenen und künftigen Unternehmen unterschiedslos zur Verfügung stehen. Dies setzt allerdings voraus, dass die diskriminierungsfreie Nutzungsmöglichkeit aller Marktteilnehmer auch tatsächlich gewährleistet wird. Daher kann nicht bei allen staatlichen Erschließungs- und Infrastrukturmaßnahmen der Beihilfentatbestand pauschal verneint werden. Problematisch sind insbesondere die Fälle, in denen eine an sich allgemeine Maßnahme faktisch auf die Begünstigung eines einzelnen Unternehmens hinausläuft. Eine solche unternehmensbezogene Begünstigung hat die Kommission in der Vergangenheit insbesondere im Zusammenhang mit der Errichtung von Industriegebieten und Gewerbeparks beschäftigt. Diese Fälle weisen die Gemeinsamkeit auf, dass eine prinzipiell unbestimmte Infrastrukturleistung dadurch zu einer bestimmten Begünstigung wird, dass sie auf die besonderen Bedürfnisse eines Unternehmens zugeschnitten und damit unternehmensspezifisch erbracht wird⁵⁵.

Dabei müssen die Fälle der äußeren und der inneren Erschließung unterschieden werden. *Innere Erschließungsmaßnahmen*, also solche innerhalb des relevanten Grundstücks, stellen regelmäßig hoheitliche Handlungen dar, die im Fall fehlender Kostendeckung einen unternehmensbezogenen Vorteil gewähren und damit den Beihilfenbegriff erfüllen. Dasselbe gilt für die Lieferung besonderer Infrastrukturleistungen, denen keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Bei *äußeren Erschließungsmaßnahmen*, also solchen, die zwar außerhalb des relevanten Grundstücks, aber auf dieses bezogen erfolgen, genügt hingegen die Entrichtung des ortsüblichen Erschließungsbeitrags, um das Vorliegen einer unterneh-

48) Vgl. zu den Pflichten der EG gegenüber den Mitgliedstaaten aus Art. 10 EG-Vertrag, die eine möglichst weitgehende Rücksichtnahme auf die elementaren Interessen der Mitgliedstaaten einschließlich verfassungsrechtlicher Kernbestimmungen umfassen, die Hinweise bei *Kahl*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV* (Kommentar), 1999, Art. 10 EG-Vertrag, Rdnrn. 50 ff., insbesondere Rdnr. 52; mit beachtlichen Argumenten gegen eine solche Berücksichtigungspflicht allerdings *Hellermann*, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, 2000, S. 121 (129).

49) Dazu im Überblick *Koenig/Kühling* (o. Fußn. 1), C I 1 b.

50) Die oben (III 2 am Anfang) zitierte Passage ist diesbezüglich eindeutig. Die Kommission sieht insoweit keinen Widerspruch zum „market-economy-investor-Test“, den sie in derselben Entscheidung an späterer Stelle ebenso heranzieht, Entscheidung v. 17. 7. 1996, *ABIEG* 1996 L 283/43 – „Fort Malakoff“, S. 48.

51) Die in der Kommissionspraxis häufig anzutreffende mangelnde Trennung zwischen dem Tatbestandsmerkmal der Bestimmtheit und dem der Begünstigung moniert *Soltész*, *EuZW* 2001, 107 (108).

52) *Oppermann*, *EuropaR*, 2. Aufl. (1999), Rdnr. 1112.

53) Vgl. hierzu das Urteil des *EuGH*, Rs. C-225/91, *Matra*, *Slg.* 1993, I-3203 (3257 Rdnr. 29).

54) Zu bisherigen Kommissionsentscheidungen und -mitteilungen in diesem Bereich vgl. die nachfolgenden Fußnoten.

55) *Bär-Bouysière*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *Kommentar zum EGV*, 2000, Art. 87, Rdnr. 35.

mensbezogenen Begünstigung auszuschließen⁵⁶. Damit ist zum einen bei jedem vollständigen oder teilweisen Verzicht auf den Erschließungsbeitrag der unternehmensbezogene Begünstigungscharakter äußerer Erschließungsmaßnahmen grundsätzlich gegeben. Im Übrigen ist die Unternehmensbezogenheit der Infrastrukturkonzeption zu prüfen⁵⁷.

Diese Grundsätze gelten auch für Maßnahmen, die im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Grundstücks durch die öffentliche Hand erfolgen. Hier müssen etwaige Begünstigungen entweder zusätzlich vergütet werden oder im Kaufpreis ihren Niederschlag finden. Auch insoweit gelten aber die anhand der Kommissionsentscheidung *Fort Malakoff* dargelegten Besonderheiten im Fall des planerischen Wandels. So kann eine Kommune die Kosten der Baureifmachung einschließlich zusätzlicher Sonderkosten, etwa für die Entmietung der Mieter der bisherigen Gebäude übernehmen, ohne insoweit den Käufer zu begünstigen, sofern der Kaufpreis für ein baureifes Grundstück bemessen ist⁵⁸. Dabei ist auch hier einzuräumen, dass dies zu einer Gesamtinvestition durch die öffentliche Hand führen kann, die ein privater Investor nicht vornehmen würde, da diese Kosten teilweise bereits den Wert des anschließend verkauften baureifen Grundstücks erreichen. Es wurde aber bereits dargelegt, dass der Entreichung des Verkäufers keine Bereicherung des Grundstückserwerbers gegenübersteht, da dieser anschließend einen angemessenen Kaufpreis für das baureife Grundstück zahlt, so dass eine Begünstigung im EG-beihilfenrechtlichen Sinne nicht anzunehmen ist⁵⁹.

Für sonstige Nebenbestimmungen, die einen vom planerischen Wandel unberührten Vorteil für den Käufer darstellen, gilt, dass sie sich als marktübliche Vereinbarungen darstellen lassen müssen, wenn sie nicht zu einer Begünstigung des Käufers führen sollen. Jegliches nicht marktübliche Entgegenkommen muss im Kaufpreis Berücksichtigung finden oder anderweitig abgegolten werden. Dies gilt beispielsweise für den Fall, dass die öffentliche Hand vor dem Übergang des Eigentums an den Kaufgrundstücken einer Belastung durch Grundpfandrechte zustimmen sollte oder dass eine Stundung des Kaufpreises erfolgt⁶⁰. Dabei ist allerdings eine einzelfallbezogene und gegebenenfalls landes- oder gar regionalspezifische Untersuchung der Marktüblichkeit erforderlich. So hat die Kommission in der Entscheidung *Sangalli* die Übernahme der Altlastenbeseitigung durch die öffentliche Hand bei einer zeitlichen und höhenmäßigen Begrenzung akzeptiert⁶¹, da sie insoweit von der Marktüblichkeit ausging, sofern ein altlastenfreies Grundstück verkauft wird. Die Anwendung des Maßstabs eines marktwirtschaftlich handelnden Investors kann dabei sogar dazu führen, dass „Pionierunternehmen“ in einem neu zu errichtenden Gewerbepark Erschließungsmaßnahmen verbilligt zur Verfügung gestellt werden dürfen, um Folgeunternehmen anzulocken, die dann höhere Entgelte zu bezahlen haben⁶².

V. Ergebnisse

Die Betrachtung der Grundstücksmittelung und der einschlägigen Praxis der Kommission bei Grundstücksverkäufen weist auf einen pragmatischen und überzeugenden Zugriff hin. Der Anspruch der Grundstücksmittelung, verfahrensbezogene Vorsichtsmaßnahmen aufzustellen, die einerseits Beihilfenelemente grundsätzlich ausschließen, andererseits aber notwendige Veränderungen der nationalen Verfahren auf ein Minimum beschränken⁶³, wird für Deutschland gewahrt. Mit der Akzeptanz der Grundstücksbewertung durch die Gutachterausschüsse werden

angemessene formelle Voraussetzungen verlangt. Im Falle des Fehlens eines Bietverfahrens und einer unabhängigen Wertermittlung weiterhin eine Notifizierung zu fordern, ist gleichermaßen vernünftig. Auch die von der Kommission aufgestellten materiellen Anforderungen lassen der öffentlichen Hand einen hinreichenden Spielraum. Die Wertermittlungsgrundsätze der WertV sind mit den EG-beihilfenrechtlichen Vorgaben kompatibel, so dass ein nach diesen Grundsätzen bemessener Kaufpreis grundsätzlich keine Beihilfenelemente enthält. Inzwischen wendet die Kommission die Grundstücksmittelung, die ursprünglich auf den Verkauf von Grundstücken und Gebäuden beschränkt war⁶⁴, auf den Verkauf von Unternehmen⁶⁵ ebenso wie auf den Kauf⁶⁶ und die Vermietung⁶⁷ von Grundstücken und Gebäuden sowie neuerdings auf die Durchführung von Infrastrukturprojekten⁶⁸ an. Auch diese Erweiterung ist überzeugend, da diesbezüglich deutliche Parallelen bestehen. Schließlich räumt die Kommission der öffentlichen Hand und insbesondere den Kommunen einen weitgehenden Spielraum zum planerischen Wandel ein, indem sie das Vorliegen einer Begünstigung ablehnt, wenn Kommunen Gebäudewerte auf Grundstücken zerschlagen und auf ihre Kosten beseitigen, um die Grundstücke zu einem verringerten Wert und mit der Festlegung einer anderen künftigen Nutzung an Private zu veräußern.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass selbst die Feststellung einer etwaigen Begünstigung des Käufers kein endgültiges Urteil über das Vorliegen einer EG-Beihilfenrechtswidrigkeit bedeutet. Einerseits müssen die übrigen Tatbestandsmerkmale des Art. 87 I EG-Vertrag vorliegen, was insbesondere hinsichtlich einer Wettbewerbsverzer-

56) Vgl. die Mitteilung, ABIEG 1994, C 369/6 (7) – „Fritz Egger“; dazu jetzt auch *Soltész*, EuZW 2001, 107 (109).

57) Die Bestimmtheit bejahend: Mitteilung, ABIEG 1994 C 170/8 ff. – „Kimberly Clark Industries“ (Fall betreffend besondere Erschließungsmaßnahmen für Unternehmen mit hohem Nutzwasserbedarf); Mitteilung, ABIEG 1999 C 9/6 – „Lenzing Lyocell“ (14 und 17 – Fall betreffend Anlage eines besonderen Bahnanschlusses). Im Fall *Lenzing Lyocell* wurde inzwischen das diesbezügliche Vorliegen einer Beihilfe abgelehnt, da das Unternehmen mittlerweile für den Bahnanschluss Sonderzahlungen leistet, Entscheidung v. 19. 7. 2000, ABIEG 2001 L 38, 33 (41); s. ferner *Koenig/Kühling*, EG-beihilfenrechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung im Zeichen zunehmender Privatisierung, DÖV 2001 (im Erscheinen).

58) Nichts anderes ergibt sich aus den Ausführungen der Kommission im Fall *Hewlett Packard-SCI Systems*, in der lediglich die Übernahme der Kosten für die Baureifmachung durch die öffentliche Hand deshalb kritisch gewürdigt wurde, weil sich der Kaufpreis auf nicht baureifes Land bezog, vgl. Aufforderung, ABIEG 1999 C 144, 4 (7) – „Hewlett Packard-SCI Systems“.

59) Vgl. oben III 2.

60) Entscheidung v. 24. 2. 1999, ABIEG 1999 L 292/1 (12) – „Dae-woo“.

61) Entscheidung v. 20. 7. 1999, ABIEG 2000 L 137/1 (4) – „Sangalli Manfredonia Vetro“.

62) Dies hält die Kommission in der Aufforderung, ABIEG 1999 C 253/4 (12) – „Lenzing Lyocell“, zumindest für möglich. Dazu ist aber eine substantiierte Darlegung seitens der öffentlichen Hand zu verlangen.

63) Vgl. Grundstücksmittelung Nr. I Abs. III der Einführung.

64) Dies hebt die Grundstücksmittelung explizit in Abs. IV der Einführung hervor.

65) Entscheidung vom 11. 4. 2000, ABIEG 2000 L 265/15 (23, Nrn. 86 f.) – „Centrale del Latte die Roma“.

66) Entscheidung v. 25. 11. 1998, ABIEG 1999 L 108/44 S. 43 (47) – „Draiswerke“; Entscheidung ABIEG 1999 = C 213/12, S. 12 (16) – „Dessauer Geräteindustrie“.

67) Mitteilung, ABIEG 1999 C 280/8 (10, Nr. 5.2) – „Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen“.

68) Entscheidung N 412/98 v. 8. 12. 1999 – „Güterverkehrssektor Italien“, Nr. 3 1 1, im Internet in italienischer Sprache abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aid/transports_1998.htm; vgl. zur EG-beihilfenrechtlichen Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung im Zeichen zunehmender Privatisierung ausführlich den gleichnamigen Aufsatz von *Koenig/Kühling*, DÖV 2001 (im Erscheinen).

zung und einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durchaus problematisch sein kann⁶⁹. Andererseits stellt der Beihilfentatbestand des Art. 87 I EG-Vertrag ein präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt dar⁷⁰, so dass stets das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen des Art. 87 II und III EG-Vertrag zu prüfen ist⁷¹. Für den Fall, dass keiner dieser Genehmigungstatbestände greift, führt ein Beihilfenelement in einer Grundstücksveräußerung durch die öffentliche Hand aus EG-beihilfenrechtlicher Sicht nicht etwa zur Unwirksamkeit des Kaufvertrags. Vielmehr ist nur das Beihilfenäquivalent, also der Differenzbetrag zwischen dem als marktüblich ermittelten Kaufpreis und dem tatsächlich gezahlten (niedrigeren) Preis, vom privaten Käufer an den öffentlichen Grundstücksverkäufer nachzuzahlen. Im Ergebnis erweist sich die von Politikern oft beklagte unzulässige Beschränkung regional- und kommunalpolitischer Handlungsspielräume durch die Kommissionspraxis zum EG-Beihilfenrecht bei näherem Hinsehen jedenfalls für den Bereich der Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand als unbegründet.

69) Zu diesen Tatbestandsmerkmalen Mederer, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EUV/EGV, 5. Aufl. (1999), Art. 92, Rdnrn. 31 ff.

70) Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065 (1065).

71) Dazu ausführlich Mederer, in: v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann (o. Fußn. 69), Rdnrn. 50 ff.

*Ministerialrat und Lehrbeauftragter an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer
Hans-Martin Müller, Düsseldorf*

Langfristige Vertragsverhältnisse der Kommunen mit kommunalen Tochtergesellschaften am Beispiel von Strombezugsverträgen*

Die Kommunen und „ihre“ Unternehmen befinden sich zurzeit in einem fundamentalen Veränderungsprozess, insbesondere in den Bereichen angestammter wirtschaftlicher Betätigung, den Aufgaben der Daseinsvorsorge. Diese Aufgaben wurden und werden von der EU bzw. vom nationalen Gesetzgeber durch Aufhebung oder Zurückdrängung staatlicher Monopole und Regularien zunehmend liberalisiert und können von Privaten ebenso wie von der öffentlichen Hand wahrgenommen werden. Dies hat zu einer neuen Einordnung kommunaler unternehmerischer Betätigung und des Zusammenwirkens mit der Privatwirtschaft geführt. Gekennzeichnet ist diese Entwicklung durch die Bildung verschiedener Allianzen zwischen der öffentlichen Hand und Privatrechtssubjekten, vor allem um neue Einkunftsquellen zu erschließen oder unternehmerischen Sachverstand durch Einbeziehung Privater für die Träger hoheitlicher Aufgaben zur Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Ziele zu sichern. Der nachfolgende Beitrag befasst sich am Beispiel von Strombezugsverträgen mit einem typischen Anwendungsfeld derartigen Zusammenwirkens, nämlich den Rechtsbeziehungen zwischen den Kommunen und deren häufig in privatrechtlichen Formen agierenden Tochtergesellschaften. Die hierbei auftretenden vergaberechtlichen Fragestellungen werden umfassend erörtert. Der Verfasser setzt sich dazu schließlich auch mit der in der Praxis bedeutsamen Problematik der Anwendung des Vergaberechts bei Vertragsverlängerungen bzw. -modifizierungen auseinander und damit Themenfeldern, die wiederholt Gegenstand von EU-Vertragsverletzungsverfahren waren bzw. sind und jüngst vom OLG Düsseldorf im Beschluss vom 14. 2. 2001, Verg. 13/00, beurteilt wurden.

I. Einleitung

Seit 1998 ist die mit dem Energiewirtschaftsgesetz erfolgte Öffnung der Energiemärkte für den Wettbewerb¹ – wenn auch verzögert – in das Blickfeld des Vergaberechts geraten und hat eine Vielzahl von Fragestellungen aufgeworfen. Da zudem die Thematik im Zentrum der vergaberechtlichen Beurteilung so genannter Privatisierungen² angesiedelt ist, erhielten die sich um die Stromlieferung rankenden Problemkreise auch von diesen – jüngst lebhaft diskutierten³ – Aspekten neuen Schub.

Zur Behandlung des Themas ist nur ein Ausschnitt der Gesamtheit darzulegen und entsprechende Lösungen zur Diskussion zu stellen. Im Focus stehen dabei Strombezugsverträge der Kommunen mit kommunalen Eigenbetrieben und Eigengesellschaften bzw. gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen und deren vergaberechtliche Relevanz. Flankiert oder konturiert werden die Betrachtungen des Vergaberechts beim Stromeinkauf durch Kommunen auch durch die vergaberechtliche Beleuchtung des Geschäftsgebarens der Stadtwerke-Gesellschaften. Es geht also zuvorderst um die vergaberechtlichen Bindungen der Kommunen selbst und „ihrer“ Versorgungsgesellschaften. Im Blickfeld steht der Stromeinkauf durch Kommunen bzw. kommunaler Unternehmen zur Deckung des *Eigenbedarfs*, demgemäß nur am Rande der Einkauf von Strom zur *Weitergabe* an Dritte.

Dabei müssen hier so genannte Contracting-⁴ und Konzessionsmodelle⁵ außer Betracht bleiben. Diese Formen und ihre Verbindung zum Vergaberecht spielen zwar bei Stromlieferungen eine nicht unerhebliche Rolle und verdienen somit eine gesonderte Betrachtung; in dem durch die Themenstellung vorgegebenen Bereich kann die Behandlung in diesem Beitrag jedoch nicht erfolgen.

Nach den so skizzierten Eingrenzungen der Problematik sind insbesondere folgende, jeweils nochmals zu untergliedernde Fragekreise zu klären:

- Ausschreibungspflicht von Strombezugsverträgen für den Eigenbedarf der Kommunen?
- Ausnahmen vom Regelverfahren?

* Der Verfasser leitet das Referat „Vergabewesen; Gewerblicher Rechtsschutz“ im Ministerium für Wirtschaft und Mittelstand, Energie und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen. Der Beitrag gibt nur die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Er stellt eine geringfügig überarbeitete Fassung des Vortrags dar, den der Verfasser am 23. 1. 2001 auf einer Veranstaltung des Instituts für Berg- und Energierecht der Ruhr Universität Bochum gehalten hat, s. hierzu Bericht Behörden-Spiegel, Beschaffung special, Februar 2001, S. B I.

1) S. dazu etwa Wieland, NWVBl. 2000, 246, und Brandt, in: *Erbguth* (Hrsg.), Europäisierung des nationalen Umweltrechts: Stand und Perspektiven, Rostocker Umweltrechtstag 2000, Januar 2001, S. 73 ff.; Kuxenko, DÖV 2001, 141 ff.; Theobald/Zenke, WuW 2001, 19 ff.

2) S. zur Begriffsbestimmung Marx, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil A, 2000, § 99 GWB Rdnrn. 16 ff.; s. zu den Privatisierungsformen Möschel, WuW 1997, 120 f., und Burgi, NVwZ 2001, 601 (602 f.), der darauf hinweist, dass sich das Vergaberecht mittlerweile zu einer zentralen Materie des Privatisierungsfolgerrechts und damit des Verwaltungsorganisationsrechts entwickelt hat (S. 604).

3) S. nur Kämper/Heßhaus, Der Städtetag 2000, 36 ff.; Opitz, ZVgR 2000, 97 ff.; Faber, DVBl. 2001, 248 ff.; Schubert, WuW 2001, 254 ff.; Marx (o. Fußn. 2), § 99 GWB Rdnrn. 16 ff.; Dreher, Sachsenlandkurier 2001, 156 ff., jeweils m. w. Nachw.; speziell zur Privatisierung bei Beschaffung und Betrieb der Bundeswehr Dreher, NZBau 2001, 360 ff.

4) S. dazu Baur/Matthey, Gutachten im Auftrag des MWMTV NRW „Rechtliche Anforderungen an Ausschreibung und Vergabe von Energiespar-Contracting-Maßnahmen im Bereich kommunaler und landeseigener Liegenschaften“, MWMTV-Schriftenreihe, September 1997.

5) Eine Konzession liegt vor, wenn eine Behörde (als „Auftraggeber“) einen Dritten („Unternehmer“) zusammen mit der Auferlegung einer Pflicht, z. B. Müllbeseitigungsanlage, Flughäfen etc. zu betreiben (Dienstleistungskonzession), das Recht einräumt, vom Nutzer der bestehenden Einrichtung ein Entgelt zu erheben. Die Vergabe einer Konzession ist kein Auftrag, vgl. nur VUA Bayern 16/97 v. 28. 8. 1998, VgE bay. 17 e; Prieß, in: *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, S. 80 f., s. auch Mitteilung der Kommission über Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen, ABIEG C. 121 v. 29. 4. 2000; vgl. Gröning, NZBau 2001, 123 ff. S. zur Unanwendbarkeit des Vergaberechts auf Dienstleistungskonzessionen jüngst EuGH, Urt. v. 7. 12. 2000, NZBau 2001, 148 = WuW 2001, 103 ff. – „Telaustralia“. Zu Baukonzessionen s. § 98 Nr. 6 GWB.