



## UPDATE VERGABERECHT

### **PFLICHT ZUR TRANSPARENZ UND GLEICHBEHANDLUNG AUCH AUßERHALB DES VERGABERECHTS**

#### **OLG Koblenz, Urteil vom 17.08.2017 – 1 U 7/17**

Eine Kommune beabsichtigt, zwei Grundstücke zur zivilbaulichen Nachnutzung zu veräußern. Zu diesem Zweck veröffentlicht sie eine „Auslobung“, nach der „das wirtschaftlichste Angebot“ den Zuschlag erhalte, wobei die Entscheidung in der „Kombination von städtebaulicher Lösung, Nutzungsstruktur, Synergie- und Folgeeffekten und Kaufpreis“ getroffen werde. Einen Hinweis auf eine etwaig gewünschte künftige Nutzung enthält die Auslobung nicht. Bieter A plant auf den Grundstücken eine Villa zur Behausung einer Familie zu errichten. Obwohl sein Angebot einen deutlich höheren Kaufpreis vorsieht, soll ein Konkurrent den Zuschlag erhalten, der eine Mehrwohnungsbebauung plant. Im von A angestregten einstweiligen Rechtsschutz zur Unterbindung des Verkaufs begründet die Kommune die Auswahl damit, dass die Auslobung ihr freie Hand bei der Entscheidung gebe. Jedenfalls aber entspreche die Mehrwohnungsbebauung ihrem Masterplan, der die Schaffung von mehr Wohnraum vorsehe. Wie schon das Gericht der ersten Instanz untersagt auch das Berufungsgericht den Vertragsabschluss. Mit der Auslobung habe die Kommune ein Vertrauensverhältnis im Sinne von § 311 BGB geschaffen. Dieses verpflichte die Kommune, die grundsätzlich geltenden und selbst gesetzten Verfahrensregeln einzuhalten, insbesondere die Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme sicherzustellen. Hiergegen habe die Kommune verstoßen, indem sie nicht transparent offen gelegt habe, dass die Übereinstimmung der vorgesehenen Bebauung mit den Zielen des Masterplans der Kommune entscheidend für die Auswahl sein soll.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Die Entscheidung verdeutlicht, dass die öffentliche Hand bei ihrer fiskalischen Tätigkeit nicht besser gestellt ist als Private. Schafft sie einen Wettbewerb, muss sie sich zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen an die von ihr bekannt gegebenen Maßgaben des Wettbewerbs halten. Eine rechtmäßige Auswahlentscheidung kann sie daher nur auf der Grundlage der bekannt gegebenen Auswahlkriterien treffen. Dies gilt für alle Verteilungsentscheidungen wie Verkauf, Vermietung, Verpachtung oder auch die Zuweisung von Standplätzen oder Festzeltkonzessionen. Keine Lösung wäre es regelmäßig, auf die Schaffung eines Wettbewerbs und damit eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zu verzichten und Güter willkürlich „unter der Hand“ zu verteilen. Denn die öffentliche Hand ist an die Grundrechte und die aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundsätze von Gleichbehandlung und Transparenz gebunden. Eine Verteilungsentscheidung muss daher auch außerhalb der Anwendbarkeit des Vergaberechts regelmäßig in einem transparenten Wettbewerb erfolgen, wenn kein anderer gesetzlicher Verteilmaßstab besteht.