

HEUSSEN Rechtsanwalts GmbH, Brienner Str. 9, 80333 München

Stadt Königstein im Taunus
Burgweg 5
61462 Königstein im Taunus

HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Brienner Str. 9 / Amiraplatz
80333 München

www.heussen-law.de

Dr. Norbert Huber
Rechtsanwalt / Partner
norbert.huber@heussen-law.de

Sekretariat:
+49 89 290 97-164

21. Januar 2026

NHU/082839-25/nru

Stadt Königstein im Taunus wegen Konzeptvergabe mit Grundstücksverkauf
Hier: Bestellung eines Erbbaurechts für das „Kurbad-Grundstück“

Sehr geehrter Herr Böhmig,

Sie baten uns um Prüfung der Frage, ob es vergaberechtlich möglich ist, im Rahmen der vorbezeichneten geplanten Konzeptvergabe das sog. „Kurbad-Grundstück (Flur 5, Flurstück-Nr. 41/8) anstatt des bislang vorgesehenen Verkaufs im Wege der Bestellung eines Erbbaurechts an einen Investor zu übertragen.

Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage kommen wir zu folgenden Ergebnissen:

- Die Abwicklung durch Bestellung eines Erbbaurechts führt für sich genommen nicht zur Ausschreibungspflicht nach § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB;
- Unzulässig wäre es, nur mit dem Bestbieter die Variante „Erbbaurecht“ zu verhandeln;
- Zulässig wäre eine Parallelausschreibung der beiden Varianten mit Wirtschaftlichkeitsvergleich;
- Insolvenzrechtliche Risiken könnten durch die Vereinbarung eines dinglich gesicherten Wiederkaufsrechts vermieden werden.

Im Einzelnen:

1. Sachverhalt

- 1.1 Die Stadt Königstein im Taunus bereitet für das Areal „Wiesengrund Königstein“ die Durchführung einer sog. „Konzeptvergabe“ vor. Darunter ist der Verkauf von Grundstücken an einen Investor durch die Stadt zu verstehen; die Auswahl des Investors erfolgt nicht nach rein kommerziellen Aspekten, sondern auch auf der Grundlage der Bewertung verschiedener Konzepte (wie z.B. städtebauliche oder architektonische Konzepte). Ziel des Verfahrens ist neben der städtebaulichen Entwicklung des Gebiets und der damit verbundenen Schaffung von Wohnbauflächen insbesondere auch der Weiterbetrieb des Kurbads. Der erfolgreiche Investor soll u.a. zur Sanierung und zum langfristigen Betrieb des Kurbads verpflichtet werden. Einzelheiten des Verfahrens sind dem als Anlage 1 beigefügten Exposé zu entnehmen.
- 1.2 Ausweislich des Exposés handelt es sich bei dem Verfahren um kein förmliches Vergabeverfahren gemäß GWB oder VgV. Die Stadt Königstein handelt allein *„in Ausübung ihrer städtebaulichen Planungshoheit“*. Der Erwerber soll das Projekt *„auf eigene Rechnung und eigenes wirtschaftliches Risiko“* entwickeln und realisieren.
- 1.3 Im Zuge der politischen Diskussion ist die Frage aufgetreten, ob in Bezug auf das „Kurbad-Grundstück“ anstatt des bislang vorgesehenen Verkaufs auch ein Erbbaurecht bestellt werden kann, ohne dass dies zu einer Vergabepflichtigkeit im Sinne der Regelungen des § 103 Abs. 3 GWB führt. Hintergrund dieser Frage sind Bedenken, was mit den übertragenen Grundstücken im Falle einer möglichen Insolvenz des Investors passiert.

2. Rechtliche Bewertung

- 2.1 Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts stellt gemäß § 103 Abs. 1 GWB ausdrücklich auf die „Beschaffung“, also den Kauf, von Leistungen ab.

Die öffentliche Hand muss also auf der Nachfragerseite zur Deckung eines Bedarfs auftreten. Aus diesem Grund sind Verkäufe von Vermögenswerten durch die öffentliche Hand grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen.

- 2.2 Nach ständiger Rechtsprechung gilt dieser Grundsatz ausdrücklich auch für den Verkauf von bebauten oder unbebauten Grundstücken (EuGH, Urteil vom 25.03.2010, NZBau 2010, 321 [324 Rn. 41]; BGH, Urteil vom 22.02.2008, NZBau 2008, 407).
- 2.3 Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn neben dem reinen Verkauf noch spezielle vertragliche Vorgaben für die Planung und Erstellung des Gebäudes für den Erwerber vereinbart werden sollen. Hierzu sieht § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB vor:

„Ein Bauauftrag liegt auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.“ (Hervorhebungen durch den Unterzeichner)

Bei dem Tatbestandsmerkmal „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“! stellt der EuGH maßgeblich darauf ab, ob der öffentliche Auftraggeber *detaillierte Spezifikationen* vorgegeben hat, die *weit über die üblichen Vorgaben* für eine neue Immobilie einer gewissen Größe hinausgehen (EuGH, Urteil vom 25.10.2009, C-536/07 – Messe Köln, NZBau 2009, 792 [796 Rn. 58]). Das Tatbestandsmerkmal „Errichtung nach dem vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ ist nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere dann erfüllt, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen (EuGH, Urteil vom 10.07.2014, NZBau 2014, 572 [575]). Die deutsche Rechtsprechung ist den vom EuGH aufgestellten rechtlichen Rahmenbedingungen gefolgt (vgl. beispielhaft OLG Jena, Beschluss vom 07.10.2015 - 2 Verg 3/15; VK Bund, Beschluss vom 17.12.2019 - VK 2-88/19).

- 2.4 Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen einem vergaberechtsfreien Grundstücksverkauf (mit lediglich städtebaulich indizierten Baupflichten) und vergabepflichten Grundstücksübertragungen mit spezifischen Baupflichten schwierig sein (vgl. z.B. zum Verkauf von Grundstücken für den Sozialwohnungsbau EuGH, Urteil vom 08.05.2013, VergabeR 2013, 695 ([708])).
- 2.5 Bei der Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand kommt es also nicht auf die äußere Form, sondern auf den Inhalt und den Umfang der (Bau)Verpflichtungen an.
- 2.6 Die Bestellung eines Erbbaurechts anstatt eines Kaufvertrags führt daher für sich genommen nicht zur Anwendung des Kartellvergaberechts gemäß § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB. Gegenstand des Erbbaurechts ist lediglich das Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Legaldefinition gemäß § 1 Abs. 1 ErbbauRG). Eine konkrete Verwendungspflicht ist damit nicht verbunden (Grüneberg, BGB/ErbbauRG; § 1 Rn. 6). Bei der Abwicklung des Grundstücksgeschäfts für das Kurbad-Grundstück durch Bestellung eines Erbbaurechts würde zwar infolge von Vereinbarungen über einen Erbbauzins im Sinne von § 9 ErbbauRG und über eine Entschädigung für das Bauwerk nach Zeitablauf (vgl. § 27 Abs. 1 ErbbauRG) ein unmittelbar wirtschaftliches Interesse an der Bauleistung zu bejahen sein. Da jedoch die entsprechenden Baupflichten im Vergleich zum Grundstückskaufvertrag auch bei der Erbbaurechtsbestellung unverändert bleiben, kann vergaberechtlich kein anderer Maßstab gelten: es fehlt es an der zusätzlich notwendigen maßgeblichen Beeinflussung der Bauleistung im Sinne der dargestellten Rechtsprechung.
- 2.7 Zwischenergebnis:

Für das Kurbadgrundstück könnte also anstatt des Abschlusses eines Kaufvertrags ein Erbbaurecht zugunsten des Investors bestellt werden, ohne dass dieser Umstand für sich genommen zu einer Anwendung des Kartellvergaberechts gemäß § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB führen würde.

- 2.8 Für einen Investor führt die Realisierung eines Projekts auf Basis eines Erbbaurechts zu einem im Vergleich zum Kauf insbesondere wegen der bereits erwähnten Regelungen zur Entschädigung für das Bauwerk gemäß § 27 Abs. 1 ErbbauRG zu einer erheblichen Änderung der kalkulatorischen Grundlagen. Daher wäre eine „Umstellung“ von Verkauf auf Erbbaurecht im laufenden Verkaufsverfahren zwar theoretisch denkbar, praktisch aber mit erheblichen Schwierigkeiten und Verzögerungen verbunden. Unzulässig wäre es, ausschließlich mit dem „bevorzugten Bieter“ diese Abwicklungsvariante zu verhandeln, weil damit der Grundsatz der Gleichbehandlung Bewerber verletzt würde, der auch für Konzeptvergaben gilt, weil durch das Verfahren ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis entsteht (so BGH a.a.O. mit Verweis auf BGH NZBau 2001, 637). Zulässig dagegen wäre eine „Parallelausschreibung“, in der die Wirtschaftlichkeit der beiden Varianten (also Grundstücksverkauf und Bestellung Erbbaurecht) verglichen würde. Ein solcher Wirtschaftlichkeitsvergleich ist aber regelmäßig – insbesondere im Hinblick auf die üblicherweise lange Dauer des Erbbaurechts – mit nicht unerheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden.
- 2.9 Den insolvenzrechtlichen Bedenken könnte möglicherweise durch ein, mit einer Vormerkung dinglich gesichertes Wiederkaufsrecht der Stadt Königstein z.B. im Falle der Betriebseinstellung des Kurbads (oder im Falle der Insolvenz des Erwerbers) Rechnung getragen werden. Geklärt werden müsste – neben ABG-rechtliche Fragen zur Einschränkung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO – insbesondere, ob ein solches Wiederkaufsrecht eine Finanzierung des Projekts zumindest erschwert und zu welchen wirtschaftlichen Bedingungen eine solche Rückübereignung stattfinden soll.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Norbert Huber
Rechtsanwalt / Partner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Standorte

München

Brienner Straße 9 / Amiraplatz
80333 München
T +49 89 290 97 0
F +49 89 290 97 200

Berlin

Kurfürstendamm 31
10719 Berlin
T +49 30 7009 4910
F +49 30 7009 4989

Frankfurt

Kontorhaus
Mainzer Landstraße 181
60327 Frankfurt am Main
T +49 69 15 242 0
F +49 69 15 242 111

Stuttgart

Seidenstraße 19
70174 Stuttgart
T +49 711 18 76 0
F +49 711 18 76 100

Rechtsanwälte*

München

Prof. Dr. Benno Heussen**
Dr. Justin von Kessel
Michael Ketterl¹⁾
Dr. André Turiaux
Dr. Ralf Busch¹⁾
Christian Weinheimer
Markus Neumaier
Dr. Christof Schmidt⁹⁾
Christoph Hamm
Dr. Dirk von dem Knesebeck⁹⁾
Dr. Dagmar Knigge
Dr. Hermann Waldhauser
Martin Wolfstetter
Dr. Jan Dittmann
Dr. Johannes Weideler, LL.M.
Dr. Norbert Huber¹⁴⁾
Uwe-Carsten Völlink¹¹⁾
Clemens Richter
Dr. Georg Anders
Dr. Markus Junker
Dr. Gerhard Pischel, LL.M.
Bernhard J. Schex
Cornelia Weber
Benedikt Murken³⁾
Claudine Gemeiner¹⁾
Wolfgang Junghenn³⁾¹⁹⁾
Alexander Tauber
Dr. Franz Clemens Leisch
Alexander Jekeli
Dr. Martin Feyock
Carsten Richter, LL.M.
Nina Klotz-Hörlin²⁴⁾
Philip Herbst
Dr. Iris Meeßen
Herwig Pape
Franziska Amtstätter, M.A.
Juliana Fuhst³⁾
Tobias Lechner⁸⁾
Dr. Robert Faußner, M.A.
Maximilian Thomas, LL.M.³⁾¹⁹⁾
Tamara Kaiser
Dr. Nicole Wolf²⁴⁾
Martina Boltz¹¹⁾
Kassandra Liesenfeld
Lennart Rümmler, LL.M.Eur.
Dr. Eva-Maria Weberling
Florian Seiter
Moritz Siebert
Antonella Feistl

Berlin

Dr. Frank-Grischa Feitsch, M.C.L.⁴⁾⁵⁾⁹⁾
Dr. Florens Girardet, LL.M.
Carsten Brutschke, LL.M. (EHI)²⁰⁾
Dr. Thomas Miller²⁰⁾
Reinhold Kopp¹⁾
Marcus M. Hotze¹⁰⁾
Stephan Matz
Dr. Kerstin Linder⁴⁾⁹⁾
Michael Wichert
Helge Röstermundt¹⁾
Klaus Uwe Benneter, Notar a.D.¹⁾
Christoph Kannengießer

Frankfurt

Dr. Stefan Bauer²⁰⁾
Stephan Correll²⁾²⁰⁾
Fritz Fell-Bosenbeck
Axel Höselbarth
Georg-René Lubinski
Norbert Pah|²⁾²⁰⁾
Frank Pülschen⁸⁾
Ludwig Schleder
Angelika Schwabe
Prof. Wolfgang Trautner³⁾¹¹⁾¹⁴⁾²⁰⁾
Tanja Turner³⁾¹¹⁾
Karl Woschnagg²⁰⁾²¹⁾
Zhiyuan Zhang²²⁾

Stuttgart

Sven Hoffmann¹⁸⁾
Dr. Sabine Hohmann
Dr. Michael Frühmorgen⁵⁾
Mark Münch, LL.M. (Univ. of London)⁶⁾
Roland Kahabka³⁾
Y. S. Kaan Kalkan³⁾
Dr. Michael Heidelberg¹²⁾¹³⁾
Dr. Daniel Smyrek⁷⁾¹⁷⁾²³⁾²⁶⁾
Jan-F. Schubert
Torsten Prokoph³⁾
Judith Sommer¹⁾
Sarah Ehret

Steuerberater*

Martin Grasser, Dipl.-Kfm.²⁵⁾
Alexander Lehnen²⁵⁾
Veit Kachelmann⁹⁾¹⁶⁾
Laura Neugebauer¹⁶⁾
Isabel Raff¹⁶⁾
Sebastiano Loreto

- 1) Fachanwalt für Arbeitsrecht
- 2) Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
- 3) Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- 4) Fachanwalt für Erbrecht
- 5) Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrech
- 6) Fachanwalt für Informationstechnologierecht
- 7) Fachanwalt für internationales Wirtschaftsrecht
- 8) Fachanwalt für Mietrecht und Wohnungseigentumsrecht
- 9) Fachanwalt für Steuerrecht
- 10) Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
- 11) Fachanwalt für Vergaberecht
- 12) Fachanwalt für Verkehrsrecht
- 13) Fachanwalt für Versicherungsrecht
- 14) Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- 16) auch Rechtsanwalt
- 17) auch Avocat à la Cour
- 18) Dipl.-Betriebswirt (BA)
- 19) Mediator (Univ.)
- 20) auch Notar
- 21) auch Advokat (Schweden)
- 22) Lü shi – Mitglied der Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main
- 23) Spécialiste en Droit international et de l'UE
- 24) Wirtschaftsmediator
- 25) Wirtschaftsprüfer***
- 26) Schiedsrichter CMAP (Paris)

* m/w/d

** ausgeschieden

*** die Wirtschaftsprüfungstätigkeit wird nicht in der HEUSSEN Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, sondern in einer eigenständigen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ausgeübt.