

**Titel:**

**Unbegründete Beschwerde in einem Verfahren um Rechte aus einem vorvertraglichen Vertragsverhältnis aus einem sog. Investorenwettbewerb**

**Normenketten:**

GVG § 17a Abs. 4 S. 3

VwGO § 40 Abs. 1 S. 1, § 123, § 173

**Leitsatz:**

**Wählt eine Gemeinde für einen Grundstücksverkauf freiwillig den Weg einer öffentlichen Ausschreibung, so entsteht zwischen ihr und den Teilnehmern ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, das sie zu Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme verpflichtet. Dieses vorvertragliche Rechtsverhältnis dient der Anbahnung eines möglichen Kaufvertragsabschlusses, der sich nach Privatrecht richtet. Das vorvertragliche Rechtsverhältnis ist daher ebenso wie etwaige daraus abzuleitende Pflichten und Rechte grundsätzlich dem bürgerlichen Recht zuzuordnen. (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Statthaftigkeit der Beschwerde nach § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, Verweisung an die Zivilgerichtsbarkeit, Vertrag zwischen einem Privaten und einer Gebietskörperschaft über den Verkauf eines Grundstücks im Zusammenhang mit dem geplanten Neubau eines Einzelhandelsmarktes entsprechend den Festsetzungen eines Bebauungsplans, Verweisung, Zivilgerichtsbarkeit, Statthaftigkeit der Beschwerde, Investorenwettbewerb, Vertrag zwischen Gebietskörperschaft und Investor

**Vorinstanz:**

VG Ansbach, Beschluss vom 07.09.2021 – AN 4 E 21.01228

**Fundstellen:**

VergabeR 2022, 588

BayVBI 2023, 94

NZBau 2022, 373

LSK 2022, 1986

**Tenor**

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

**Gründe**

I.

1

Die Beschwerde des Antragstellers richtet sich gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach vom 7. September 2021, mit dem das Verwaltungsgericht den Verwaltungsrechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Ansbach verwiesen hat.

2

Der Antragsteller nahm an einem von der Antragsgegnerin initiierten sog. Investorenwettbewerb in Bezug auf den Neubau eines Einzelhandelsmarktes mit Dienstleistung und/oder Wohnen im Baugebiet G ... in der Gemarkung D ... teil. Dem lag ein Schreiben der Antragsgegnerin („Investorenwettbewerb“) zugrunde, das diese dem Antragsteller mit E-Mail vom 1. März 2019 zugesandt hatte. Das Schreiben nahm auf einen Bebauungsplanentwurf Bezug, der sich im Aufstellungsverfahren befindet, und enthielt u.a. Angaben zum Baugrundstück (Ausweisung als Mischgebiet, Grundflächenzahl, Geschossflächenzahl, zu Dach und Firsthöhe), zum Kaufpreis, zur zulässigen Nutzung, zu Lärmschutzmaßnahmen, Verkehr, Bepflanzungen,

einer Bauverpflichtung und einem Rückübertragungsrecht der Antragsgegnerin bei Nichterfüllung der Bauverpflichtung. Weiter heißt es in dem Schreiben unter der Überschrift „Vergabe“, das Angebot müsse zwingend bestimmte Unterlagen (Baubeschreibung etc., Auskunft zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Bewerbers) enthalten.

### 3

Der Bebauungsplan wurde am 25. Juni 2019 ausgefertigt. Das betroffene Teilgebiet (TG) 1 ist darin als Mischgebiet (MI) ausgewiesen; der Textteil enthält dazu nähere Festsetzungen.

### 4

Die Antragsgegnerin teilte dem Antragsteller nach dessen fristgerechter Angebotsabgabe mit Schreiben vom 21. Oktober 2019 mit, der Stadtrat habe in einer Sitzung vom 16. Oktober 2019 seinen Antrag hinsichtlich bestimmter Kriterien bewertet und beschlossen, seine Konzeption und drei weitere für die nächste Entscheidungsrunde zuzulassen. In der Sitzung des Stadtrates vom 11. Dezember 2019 werde final über die Vergabe an einen der vier Investoren entschieden werden.

### 5

Der Stadtrat beschloss in seiner Sitzung vom 11. Dezember 2019, die beste Konzeption sei vom Antragsteller vorgelegt worden. Die Antragsgegnerin teilte dem Antragsteller mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 mit, der Stadtrat habe das von ihm vorgelegte Konzept als besten Entwurf ausgezeichnet. Es werde gebeten, die Nutzfläche für Gewerbe/Dienstleistung auf maximal 700 m<sup>2</sup> zu reduzieren sowie bei den Stellplätzen eine Doppellerschließung vor dem Einzelhandelsmarkt zu vermeiden. Weiter werde gebeten, der Antragsgegnerin einen Vorvertrag mit einem Vollversorger zukommen zu lassen, womit dieser erkläre, dass ein Einzelhandelsmarkt am Standort realisiert werden solle.

### 6

Nach weiterem Schriftverkehr und Vorlage von angepassten Unterlagen durch den Antragsteller teilte die Antragsgegnerin diesem auf Nachfrage mit Schreiben vom 8. April 2020 mit, ihm werde versichert, dass die Antragsgegnerin den Erwerb der betroffenen Fläche in Aussicht stelle. Sobald genehmigungsfähige Bauantragsunterlagen vorlägen, werde der Grunderwerb zu den bekannten Konditionen (siehe Ausschreibungsunterlagen Investorenwettbewerb) in die Wege geleitet. Im Anschluss kam es zu weiterem Schriftwechsel zwischen den Beteiligten.

### 7

Mit E-Mail vom 22. Februar 2021 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, es seien immer noch wesentliche Punkte offen, die vor einem Vertragsschluss zu klären seien. Es werde gebeten, bis zum 1. März 2021 eine verbindliche Zusage des Lebensmittelvollsortimenters, der entsprechend dem Konzept des Antragstellers angesiedelt werde, einen Vorschlag zur dinglichen Sicherung der Vertragsstrafe sowie einen Finanzierungsnachweis zum Gesamtprojekt vorzulegen. Die Aufforderung zur Vorlage der genannten Unterlagen wurde mit Schreiben vom 1. März 2021 unter Fristsetzung bis zu einem geplanten Gesprächstermin im März wiederholt. Nach weiteren Gesprächen eröffnete die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit Schreiben vom 26. März 2021 die Möglichkeit, seine Planung in einer Sondersitzung des Stadtrates am 9. Juni 2021 vorzustellen. Dazu sei die Vorlage verschiedener Unterlagen, u.a. der in den vorherigen Schreiben genannten, bis zum 17. Mai 2021 erforderlich. Mit Schreiben vom 20. Mai 2021 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass ihre Anforderungskriterien mit den vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen nicht erfüllt worden seien und von seiner Teilnahme an der Sitzung vom 9. Juni 2021 abgesehen werde. Mit Schreiben vom 10. Juni 2021 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller schließlich mit, dass sich der Stadtrat in der Sitzung vom 9. Juni 2021 für das Projekt eines Mitbewerbers ausgesprochen habe. Maßgeblich dafür seien die Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen, städtebauliche Aspekte, die zeitnahe Realisierbarkeit sowie die Plausibilität der Finanzierung. Der Stadtrat habe auch beschlossen, das Grundstück an den Mitbewerber zu verkaufen.

### 8

Mit Schriftsatz vom 6. Juli 2021 stellte der Antragsteller beim Verwaltungsgericht Ansbach einen Antrag nach § 123 VwGO.

### 9

Die Antragsgegnerin teilte am 9. Juli 2021 mit, dass das streitgegenständliche Grundstück mit notarieller Urkunde vom 8. Juli 2021 verkauft worden sei.

## 10

Der Antragsteller beantragte zuletzt, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung einstweilig zu untersagen, das Grundstück Fl-Nr. ..., Gemarkung D ..., an einen anderen als den Antragsteller zu vergeben, einen notariellen Kaufvertrag abzuschließen, den notariellen Kaufvertrag Urkunde UR Nr. ... des Notars B. mit Sitz in W. zu vollziehen oder anderweitig über das streitgegenständliche Grundstück zu verfügen.

## 11

Mit Beschluss vom 7. September 2021, den Bevollmächtigten des Antragstellers am gleichen Tag zugestellt, erklärte das Verwaltungsgericht Ansbach den Verwaltungsrechtsweg für unzulässig und verwies den Rechtsstreit an das Landgericht Ansbach. Für die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO genüge es, dass für das Rechtsschutzbegehren eine Anspruchsgrundlage in Betracht komme, die im Verwaltungsrechtsweg zu verfolgen sei. Führe eine Gemeinde für den Verkauf von Grundstücken ohne Notwendigkeit einer Ausschreibung freiwillig ein Bieterverfahren mit Ausschreibung durch, entstehe zwischen ihr und den Teilnehmern ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, das sie u.a. zur Gleichbehandlung verpflichte. Dieses vorvertragliche Rechtsverhältnis diene der Anbahnung eines möglichen Kaufvertragsabschlusses, der sich nach Privatrecht richte. Es sei daher ebenso grundsätzlich dem bürgerlichen Recht zuzuordnen. In der Rechtsprechung würden Ausnahmen von diesem Grundsatz in Betracht gezogen, wenn einem Vergabeverfahren trotz der per se privatrechtlichen Abwicklung eine nach öffentlichem Recht zu beurteilende Entscheidungsstufe vorgeschaltet sei oder das Rechtsverhältnis aus anderen Gründen öffentlich-rechtlich überlagert werde.

## 12

Nach den Maßgaben der Rechtsprechung sei hier nicht von der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs auszugehen. Anhaltspunkte für eine öffentlich-rechtliche Prägung des vorvertraglichen Rechtsverhältnisses zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin ergäben sich nicht daraus, dass die Antragsgegnerin ihre Entscheidung hinsichtlich des Verkaufs nicht nur von finanziellen Erwägungen, sondern auch von der Überzeugungskraft des Konzepts für die künftige Bebauung und Nutzung des fraglichen Grundstücks abhängig mache, weil derartige Interessen der Antragsgegnerin an der weiteren Nutzung der verkauften Grundstücke bei der Auswahl des Vertragspartners im Wesentlichen nur in Gestalt von nicht bindenden allgemeinen Erwartungen und Wünschen der Antragsgegnerin bestünden. Es sei nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin über die Festsetzungen des Bebauungsplans hinaus mit dem Ausschreibungsverfahren die Verwirklichung städtebaulicher oder sonstiger öffentlich-rechtlich geprägter Ziele auf eine Weise anstrebe, die den zivilrechtlichen Charakter des Ausschreibungsverfahrens in Zweifel ziehe. Aus dem Gesamtverhalten der Antragsgegnerin ergebe sich, dass es ihr bei der Entscheidung über die Auswahl eines Käufers gerade nicht ausschließlich um städtebaulich-planerische Aspekte gegangen sei. Das Konzept des Antragstellers sei in der Auswahlentscheidung vom 11. Dezember 2019 gerade aus diesen Gründen ausgewählt worden, das Geschäft sei jedoch offensichtlich an fehlenden verbindlichen Zusagen zur Realisierung des im Bebauungsplan vorgesehenen Nahversorgungszentrums für einen großflächigen Einzelhandel und insbesondere der Finanzierung des Projekts gescheitert. Hieraus ergebe sich, dass es der Antragsgegnerin insbesondere um ihre eigene vertragliche Absicherung gegangen sei, woraus kein spezifisch öffentliches Interesse betroffen sei. Es sei weder substantiiert vorgetragen noch ersichtlich, dass es bei der Antragsgegnerin Vergaberichtlinien gebe (wie im anders gelagerten Fall des VG Sigmaringen, U.v. 10.3.2020 - 3 K 3574.19 - juris). Insbesondere sei nicht ersichtlich, dass bei der Vergabe ein bestimmter Personenkreis hätte bevorzugt werden sollen. Auch eine Bauverpflichtung mit Rückübertragungsanspruch mache den Rechtsstreit nicht öffentlich-rechtlich. Ein Bauzwang diene regelmäßig auch anderen als hoheitlichen Zwecken; auch Privatpersonen, die ein Grundstück verkauften, könnten eine solche Regelung vereinbaren. Das Ziel der Durchsetzung der Bauleitplanung als hoheitliches Ziel reiche für die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nicht aus. Soweit das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auch dann angenommen werde, wenn der Hoheitsträger als Verkäufer eines Grundstücks ein Verwaltungsverfahren im Sinne des § 1 Abs. 1, § 9 VwVfG gewählt habe, das nur einem Träger öffentlicher Gewalt zustehe, lägen diese Voraussetzungen hier nicht vor.

## 13

Mit am 21. September 2021 beim Verwaltungsgericht Ansbach eingegangenem Schriftsatz legte der Antragsteller Beschwerde gegen den Beschluss ein. Die gegenständliche Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin werde nach den vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegten Maßstäben allein von

öffentlich-rechtlichen Regelungen bestimmt. Die Antragsgegnerin habe einen Investorenwettbewerb initiiert, um einen geeigneten Grundstückskäufer auswählen zu können. Ein derartiges Vergabeverfahren stehe als Verwaltungsverfahren im Sinne von Art. 1 Abs. 1, Art. 9 BayVwVfG nur einem Träger öffentlicher Gewalt zu. Deshalb sei das Handeln der Antragsgegnerin allein als öffentlich-rechtlich zu bewerten. Zudem werde das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich überlagert, da durch das Vergabeverfahren städtebauliche Ziele und eine konkrete Nutzung des Grundstücks erreicht werden sollten. Dies ergebe sich aus den aufgestellten Vorgaben und Vergabekriterien für das streitgegenständliche Grundstück gemäß den Ausschreibungsunterlagen, wonach der Verkauf ausschließlich zum Zweck der Bebauung mit den vorgesehenen Nutzungseinheiten erfolge. Die Antragsgegnerin knüpfe mithin die Veräußerung von Grundstücksflächen an konkrete, städtebaulich gewünschte Zielvorstellungen. Es werde gerade nicht lediglich eine gemischte Nutzung von Wohnen und Gewerbe freigegeben. Die Errichtung eines großflächigen Vollsortimenters sei in dem Entwurf eines notariellen Kaufvertrags, der dem Antragsteller vorgelegt worden sei, als Verkaufsbedingung aufgenommen worden. Mithin habe es sich bei den Vorgaben der Antragsgegnerin nicht um bloße Erwartungen oder Wünsche gehandelt, sondern um die Absicherung, dass die städtebaulich erwünschte Nutzung auch tatsächlich umgesetzt werde. Die Festsetzungen des Bebauungsplans allein begründeten für die Antragsgegnerin keine Sicherheit, dass die gewünschten städtebaulichen Vorgaben auch umgesetzt würden, sondern stellten lediglich ein Angebot im Hinblick auf eine mögliche bauliche Nutzung dar. Nur durch die Vorgaben im Rahmen des Vergabeverfahrens habe die Antragsgegnerin sichergestellt, dass die durch Bebauungsplan vorgegebenen Grundstücksnutzungen auch realisiert würden. Die Umsetzung des Bebauungsplans sei auch nicht allein Gegenstand des Kaufvertrags, sondern Bedingung der Auswahl. Eine Bauverpflichtung mit Rückübertragungspflicht sichere die städtebauliche Planung. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei es jedenfalls streitig, dass das Projekt an verbindlichen Zusagen zur Realisierung des Nahversorgungszentrums oder der Finanzierung gescheitert sei. Selbst wenn dies zutrefte, hätte die Antragsgegnerin ihre Zusage gegenüber dem Antragsteller dann gerade zurückgezogen, weil die Umsetzung ihrer städtebaulichen Vorstellungen nicht gesichert gewesen wäre. Mit dem Investorenwettbewerb sei ausnahmslos das rein kommunale Ziel verfolgt worden, ein neues Baugebiet zu entwickeln. Als städtebauliches Instrument zur Förderung der gewünschten Stadtentwicklung stehe Kommunen u.a. die Anordnung oder Vereinbarung eines Bauzwanges nach §§ 175 ff. BauGB zur Verfügung. Privatpersonen stehe diese Möglichkeit nicht zu. Die von der Antragsgegnerin durch die Ausschreibung verfolgten Ziele seien allein Ausfluss der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie. Durch den vorgelagerten Investorenwettbewerb sei die Antragsgegnerin als vergebende Stelle aufgrund öffentlicher Vorgaben in ihrer Entscheidung gebunden gewesen.

#### 14

Die Antragsgegnerin ist der Beschwerde entgegengetreten. Sie habe kein Vergabeverfahren gewählt, das ihr nur als Trägerin hoheitlicher Gewalt zustünde, sondern lediglich eine rein fiskalische Auswahl getroffen, wie sie jedem Privaten möglich wäre. Hoheitliches Handeln bezüglich des betreffenden Grundstücks habe ausschließlich im Bauleitplanungsverfahren vorgelegen. Entgegen der Auffassung des Antragstellers stelle der zugrunde liegende Bebauungsplan nicht lediglich ein Angebot im Hinblick auf eine mögliche bauliche Nutzung dar, sondern die Antragsgegnerin habe die Festsetzungen in den Bebauungsplan deshalb aufgenommen, weil ihr an der Realisierung gelegen sei. Als Grundstückseigentümerin sei der Antragsgegnerin daran gelegen, dass der Käufer des Grundstücks zivilvertraglich verpflichtet werde, das bauplanungsrechtlich zulässige Projekt zeitnah zu verwirklichen. Die Bauverpflichtung setze kein Über-/Unterordnungsverhältnis voraus und mache die Verkaufsentscheidung nicht zu einer hoheitlichen. Sie könne von jedem privaten Grundstückseigentümer in den Grenzen der §§ 134 ff. BGB in einen Vertrag aufgenommen werden.

#### 15

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und die vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

#### 16

1. Die Beschwerde des Antragstellers ist analog § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG i.V.m. § 173 Satz 1, §§ 146 ff. VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

#### 17

Der Senat geht mit der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass die §§ 17 - 17b GVG i.V.m. § 173 Satz 1 VwGO im Grundsatz im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren analog anwendbar sind (vgl. BVerwG, B.v. 15.11.2000 - 3 B 10.00 - juris Rn. 4 m.w.N.; HessVGH, U.v. 18.7.1995 - 3 TG 1929.95 - juris Rn. 11; BayVGH, B.v. 5.5.1993 - 4 CE 93.464 - juris Rn. 11; Ehlers in Schoch/Schneider, VwGO, Stand Juli 2021, vor § 17 GVG Rn. 17 f.; Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 17 GVG Rn. 7; Rennert in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 41 Rn. 3). Für die analoge Anwendbarkeit spricht v.a., dass bei Ausschluss einer Verweisungsmöglichkeit von Rechtsweg zu Rechtsweg im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ein negativer Kompetenzkonflikt auftreten könnte, der den betreffenden Antragsteller rechtsschutzlos stellen könnte (vgl. BVerwG, B.v. 15.11.2000 - 3 B 10.00 - juris Rn. 4).

## 18

Der Senat nimmt weiter mit der ganz überwiegenden Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe an, dass auch § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren analog anwendbar ist, mithin die Beschwerde zum Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof in der vorliegenden Konstellation, in der das Verwaltungsgericht den Rechtsstreit an das Gericht des aus seiner Sicht zuständigen Rechtswegs verwiesen hat, statthaft ist (vgl. BayVGH, B.v. 12.10.2021 - 6 CS 21.2140 - juris Rn. 6; B.v. 16.9.2021 - 7 C 21.2253 - juris Rn. 9; B.v. 7.4.2014 - 7 C 14.408 - juris Rn. 7; VGH BW, B.v. 8.4.2002 - 5 S 378.02 - juris Rn. 2; OVG NW, B.v. 9.6.2009 - 8 E 1599.08 - juris Rn. 3 ff.; B.v. 19.5.2010 - 8 E 419/1 - juris Rn. 1 f.; s. auch Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 17 GVG Rn. 8; mit Einschränkung Ehlers in Schoch/Schneider, VwGO, Stand Juli 2021, vor § 17 GVG Rn. 17). Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar diesbezüglich Zweifel mit Blick auf den Charakter des Eilverfahrens erhoben (vgl. BVerwG, B.v. 8.8.2006 - 6 B 65.06 - juris Rn. 5; s. auch Rennert in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 41 Rn. 3). Mit der Beschwerdemöglichkeit zum OVG/VGH wird aber jedenfalls ein Gleichlauf zum Beschwerdeverfahren im Übrigen (§§ 146 ff. VwGO) hergestellt.

## 19

2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

## 20

Das Verwaltungsgericht hat den Rechtsstreit zu Recht an das Landgericht Ansbach verwiesen. Der vom Antragsteller beschrittene Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO unzulässig, weil es sich bei dem von dem Antragsteller gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt.

## 21

1. Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch ein Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Ob eine Streitigkeit eine öffentlich-rechtliche oder eine zivilrechtliche Rechtsstreitigkeit ist, bestimmt sich nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses, aus dem der streitbefangene Rechtsanspruch oder die sonstige streitbefangene Rechtsfolge hergeleitet wird (BVerwG, U.v. 26.6.1979 - I C 51.74 - juris Rn. 50). Nicht entscheidend ist dagegen die Einordnung der Maßnahme, die durch die Klage/den Antrag erstritten werden soll - hier die einstweilige Untersagung der Vergabe eines Grundstücks, des Abschlusses eines Kaufvertrags, des Vollzugs eines notariellen Kaufvertrags oder der anderweitigen Verfügung über das streitgegenständliche Grundstück.

## 22

Wählt eine Gemeinde für einen Grundstücksverkauf freiwillig den Weg einer öffentlichen Ausschreibung, so entsteht zwischen ihr und den Teilnehmern ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, das sie zu Gleichbehandlung der Teilnehmer, Transparenz und Rücksichtnahme verpflichtet (vgl. BGH, U.v. 22.2.2008 - V ZR 56.07 - juris Rn. 9; LG Oldenburg, U.v. 6.5.2010 - 1 O 986.10 - juris Rn. 29). Dieses vorvertragliche Rechtsverhältnis dient der Anbahnung eines möglichen Kaufvertragsabschlusses, der sich nach Privatrecht richtet. Das vorvertragliche Rechtsverhältnis ist daher ebenso wie etwaige daraus abzuleitende Pflichten und Rechte grundsätzlich dem bürgerlichen Recht zuzuordnen (vgl. BGH, U.v. 22.2.2008 - V ZR 56/07 - juris Rn. 9; zum Ganzen s. auch VGH BW, B.v. 24.4.2018 - 1 S 2403.17 - juris Rn. 29 m.w.N.).

## 23

Ausnahmen von diesem Grundsatz kommen dann in Betracht, wenn dem „Vergabeverfahren“ trotz der per se privatrechtlichen Abwicklung eine nach öffentlichem Recht zu beurteilende Entscheidungsstufe

vorgeschaltest ist oder das Rechtsverhältnis aus anderen Gründen öffentlich-rechtlich überlagert wird. Solche Ausnahmen wurden in der Rechtsprechung in besonders gelagerten Einzelfällen erwogen, so wenn die vergebende Stelle aufgrund öffentlicher Vorgaben in ihrer Entscheidung gebunden war (vgl. VGH BW, B.v. 12.3.1993 - 8 S 2554/92 - juris Rn. 9 ff.; HessVGH, B.v. 20.12.2005 - 3 TG 3035.05 - juris Rn. 6 f. jeweils zu Grundstückveräußerungen in einem städtebaulichen Entwicklungsbereich im Sinne der §§ 165 ff. BauGB a.F.), wenn die Vergabeentscheidung aus Bemühungen der Gebietskörperschaft hergeleitet wurde, im Rahmen der Daseinsvorsorge eine bestimmte Nutzung des Grundstücks zu erreichen (vgl. VG Münster, B.v. 19.1.2009 - 1 L 673.08 - juris Rn. 6), wenn die Auswahl unter den Kaufinteressenten nach Vergabekriterien, die im öffentlichen Interesse die Förderung eines bestimmten Personenkreises (z.B. kinderreiche Familien) bezweckten, getroffen wurde (vgl. OVG NW, B.v. 30.6.2000 - 21 E 472.00 - juris Rn. 16 ff.; OVG Saarl, B.v. 26.4.2021 - 2 B 77.21 - juris Rn. 14 f.), oder wenn der Träger öffentlicher Verwaltung mit ihr hoheitliche Zwecke verfolgte (vgl. OVG RhPf, B.v. 1.9.1992 - 7 E 11459.92 - juris Rn. 12 zur Förderung der örtlichen gewerblichen Wirtschaft und der Städtebaupolitik einschließlich der Anwendung von Vergaberichtlinien). Als eröffnet wurde der Verwaltungsrechtsweg ferner in einem Fall angesehen, in dem die Gemeinde für die Vergabe eines Baugrundstücks der Form nach ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 1 Abs. 1, § 9 LVwVfG gewählt hatte, das nur einem Träger öffentlicher Gewalt zusteht (vgl. VG Stuttgart, B.v. 29.9.2013 - 3 K 2686.13 - juris Rn. 26).

## **24**

2. Vorliegend ist unter Berücksichtigung dieser Grundsätze nicht davon auszugehen, dass der Antragsteller einen Anspruch geltend macht, der dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

## **25**

Der Antragsteller will mit seinem Antrag in erster Linie erreichen, dass die Antragsgegnerin den bereits mit einem Mitbewerber abgeschlossenen Kaufvertrag nicht vollzieht; darüber hinaus soll das Grundstück nicht an einen anderen als den Antragsteller vergeben werden, kein notarieller Kaufvertrag abgeschlossen und auch anderweitig nicht über das streitgegenständliche Grundstück verfügt werden. Ziel des Antrags ist es damit zu verhindern, dass Tatsachen geschaffen werden, die eine Vergabeentscheidung und den Verkauf sowie die Übereignung des Grundstücks an den Antragsteller unmöglich machen oder jedenfalls erheblich erschweren. Letztlich wendet sich der Antragsteller gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Grundstück an einen Mitbewerber des Antragstellers zu veräußern.

## **26**

Unabhängig von der ohne Zweifel zivilrechtlichen Natur eines abzuschließenden Kaufvertrags ist dem Abschluss des Vertrags hier eine aufgrund des durchgeführten Investorenwettbewerbs zu treffende Entscheidung der Antragsgegnerin über die Vergabe vorgeschaltet, die jedoch nicht nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist.

## **27**

2.1 Eine öffentlich-rechtliche Qualifikation der Vergabeentscheidung ergibt sich hier insbesondere nicht aus der Verfolgung städtebaulicher Ziele einschließlich des Ziels der Nutzung des Grundstücks zur Ansiedlung eines Lebensmittelmarktes, mithin im Rahmen der Daseinsvorsorge, denn die entsprechende städtebauliche Zielsetzung der Antragsgegnerin folgt bereits aus dem Bebauungsplan G ...

## **28**

2.1.1 Unerheblich ist insoweit, dass sich der Bebauungsplan im Zeitpunkt der Zusendung der Ausschreibung an den Antragsteller noch im Aufstellungsverfahren befand. Auf den Planentwurf wurde in den Ausschreibungsunterlagen hingewiesen; der Plan wurde am 25. Juni 2019 ausgefertigt und war damit Grundlage für die weiteren Entscheidungen der Antragsgegnerin in dem Vergabeverfahren.

## **29**

2.1.2 Die Antragsgegnerin hat in den textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans G ... .. unter C. A 1.4 bestimmt:

## **30**

„Im Mischgebiet (MI) sind entgegen § 6 Abs. 2 BauNVO nur zulässig:

## **31**

- Wohngebäude

**32**

- Geschäfts- und Bürogebäude für nichtstörende Dienstleistungen

**33**

- Nur in TG 1: Gebäude und bauliche Anlagen (einschl. Stellplätze) für einen großflächigen Einzelhandel (Lebensmittel-Vollsortimenter mit max. 1200 m<sup>2</sup> Netto-Verkaufsfläche).“

**34**

Die Antragsgegnerin hat mit dieser Festsetzung hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie auf dem hier betroffenen TG 1 die Errichtung eines Lebensmittelmarktes (Vollsortimenter) anstrebt. Dabei begründet zwar der Bebauungsplan keine Verpflichtung zum Bauen, sondern gibt nur einen Rahmen vor, dessen Ausführung grundsätzlich der Initiative des Grundstückseigentümers unterliegt. Der Sicherung des Vollzugs des Bebauungsplans dienen grundsätzlich anschließende Entscheidungen wie die konkrete Zulassung von Bauvorhaben nach §§ 29 ff. BauGB (vgl. Mitschang in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 8 Rn. 1). Vorliegend könnte die Klausel („im Mischgebiet sind (...) nur zulässig (...)“) bei strenger Betrachtung zwar auch dahin verstanden werden, dass der Bebauungsplan auch eine zukünftige Bebauung auf dem TG 1 als Bestandteil des Mischgebietes zulassen würde, die allein aus Wohngebäuden und Geschäftsgebäuden bestehen würde. Diese Frage kann hier aber offen bleiben, denn mit der speziell auf das TG 1 bezogenen Festsetzung hat die Antragsgegnerin ihre städtebauliche Zielsetzung, dass dort ein Lebensmittelmarkt mit Vollsortiment errichtet werden soll, hinreichend klar formuliert.

**35**

2.1.3 Vorliegend dienen der von der Antragsgegnerin ausgeschriebene Investorenwettbewerb und die auf dieser Grundlage vorgesehene Vergabe des Grundstücks an den Bewerber, der aus Sicht der Antragsgegnerin die Anforderungen am besten erfüllte, dem Vollzug des Bebauungsplans. In der Ausschreibung zum Investorenwettbewerb heißt es unter dem Punkt „Zulässige Nutzung“:

**36**

„Verkauf des Grundstücks zum Zwecke der Bebauung mit

**37**

- großflächigem Einzelhandel mit bis zu 1200 m<sup>2</sup> Nutzfläche als Nahversorgungszentrum mit einem Lebensmittelvollsortiment und

**38**

- mit Kundentoilette

**39**

- Dienstleistung/gewerbliche Nutzung

**40**

- Wohnen“.

**41**

Weiter heißt es in dem Schreiben, bei der Vergabe fänden u.a. der Betreiber des Einzelhandelsmarktes, die gestalterische und städtebauliche Qualität sowie das Parkraumkonzept Berücksichtigung.

**42**

Damit knüpft die Antragsgegnerin zwar die Veräußerung des betroffenen Grundstücks an städtebauliche Zielvorstellungen, worauf der Antragsteller zu Recht hinweist. Auch handelt es sich hierbei anders als in dem vom Verwaltungsgericht Karlsruhe entschiedenen Verfahren (B.v. 10.10.2019 - 11 K 5949.19 - juris Rn. 18 f.) nicht lediglich um nicht bindende allgemeine Erwartungen und Wünsche der Antragsgegnerin. Die Zielvorstellungen der Antragsgegnerin lassen sich aber unmittelbar dem Bebauungsplan entnehmen; die Ausschreibung geht darüber nicht hinaus. Das Ziel der Durchsetzung der Bauleitplanung als hoheitliches Ziel allein reicht für die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nicht aus (vgl. VG Ansbach, B.v. 26.4.2021 - AN 17 E 21.00526 - juris Rn. 16); eine Gemeinde, die Grundstücke verkauft, die sie zuvor überplant hat, wird mit dem Verkauf immer das Ziel verfolgen, dass die Bauleitplanung verwirklicht wird. Der Verkauf erhält allein dadurch aber keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. Grundsätzlich führt nicht jede öffentlich-rechtliche Zielsetzung zur Bejahung einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit (vgl. OVG NW, B.v. 30.6.2000 - 21 E 472.00 - juris Rn. 17). Insbesondere wurde hier auch nicht der Abschluss eines

städtebaulichen Vertrags zur Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB) mit dem Erwerber des Grundstücks angestrebt.

#### **43**

2.2 Auch aus anderen Gesichtspunkten ergibt sich hier keine Zuordnung zum öffentlichen Recht.

#### **44**

2.2.1 Die Antragsgegnerin hat entgegen dem Vortrag des Antragstellers kein Vergabeverfahren in Form eines Verwaltungsverfahrens (Art. 9 BayVwVfG) durchgeführt; vielmehr hat sie mit der nicht-förmlichen „Ausschreibung“ und „Vergabe“ verwaltungsprivatrechtlich agiert; insbesondere hat sie zum Zweck der „Vergabe“ des Grundstücks keinen Verwaltungsakt erlassen. Auch gibt es bei der Antragsgegnerin keine Vergaberichtlinien, die Grundlage für die Entscheidung über die „Vergabe“ und offensichtlich auf die Förderung eines bestimmten Personenkreises angelegt gewesen wären. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall von der durch das Verwaltungsgericht Sigmaringen entschiedenen Konstellation (U.v. 10.3.2020 - 3 K 3574.19 - juris). Weiterhin diene das von der Antragsgegnerin gewählte Verfahren nicht der Förderung eines bestimmten Personenkreises, wie etwa beim Einheimischenmodell oder bei Maßnahmen zur Förderung der örtlichen Wirtschaft, mit der Folge der Zuordnung zum öffentlichen Recht (vgl. OVG NW, B.v. 30.6.2000 - 21 E 472.00 - juris Rn. 16 ff.; OVG Saarl, B.v. 26.4.2021 - 2 B 77.21 - juris Rn. 14 f.). Die „Ausschreibung“ der Antragsgegnerin enthielt insbesondere keinerlei Angaben dazu, dass die Antragsgegnerin das Projekt möglichst einer natürlichen oder juristischen Person überlassen wolle, die bestimmte Kriterien wie Ortsansässigkeit o.ä. erfüllen würde.

#### **45**

2.2.2 Auch die in der Ausschreibung für einen Vertragsabschluss angekündigte Bauverpflichtung mit Rückübertragungsrecht verleiht dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis und dem geltend gemachten Anspruch keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. Eine Bauverpflichtung kann grundsätzlich im Rahmen eines zivilrechtlichen Kaufvertrags vereinbart werden, auch wenn eine Gemeinde das Grundstück veräußert (vgl. hierzu etwa BGH, B.v. 10.10.2013 - VII ZR 269.12 - juris Rn. 2 ff.; OLG Karlsruhe, B.v. 2.12.2005 - 14 Wx 47.04 - juris - Gemeinde als Veräußerer; OLG Karlsruhe, B.v. 13.6.2008 - 15 Verg 3.08 - juris - Gemeinde als Veräußerer). Auch durch den Zusammenhang mit der städtebaulichen - der Bauleitplanung zu entnehmenden (s.o. 2.1) - Zielsetzung erhält das Rechtsverhältnis keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. Schließlich handelt es sich entgegen dem Vortrag des Antragstellers auch nicht um einen Fall der §§ 175 ff. BauGB. Nach § 176 BauGB muss ein solcher Bauzwang durch Verwaltungsakt angeordnet werden; das ist hier nicht der Fall.

#### **46**

2.3 Es kann schließlich für die hier zu entscheidende Beschwerde hinsichtlich des Rechtswegs offen bleiben, ob der vorliegende Fall den Vorschriften des GWB unterliegt (vgl. zu einer vergleichbaren Konstellation OLG Karlsruhe, B.v. 13.6.2008 - 15 Verg 3.08 - juris).

#### **47**

Die Kosten der ohne Erfolg eingelegten Rechtswegbeschwerde sind gemäß § 154 Abs. 2 VwGO vom Antragsteller zu tragen. Die Kostenentscheidung ist nicht wegen der Regelung in § 17b Abs. 2 GVG entbehrlich; vielmehr löst die Anfechtung der Entscheidung über die Verweisung ein selbständiges Rechtsmittelverfahren aus, in dem nach den allgemeinen Bestimmungen über die Kosten zu befinden ist (vgl. BVerwG, B.v. 17.9.2009 - 2 B 69.09 - juris Rn. 12). Denn die Kosten im „Verfahren vor dem angegangenen Gericht“ sind nur die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Das Beschwerdegericht hat daher über die Kosten eines Beschwerdeverfahrens nach § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG selbst eine Kostenentscheidung zu treffen. Eine Streitwertfestsetzung ist entbehrlich, da für die Gerichtskosten für eine erfolglose Beschwerde nach Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) eine Festgebühr vorgesehen ist.

#### **48**

Diese Entscheidung ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO). Eine (weitere) Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht ist nicht statthaft, da § 17a Abs. 4 Sätze 4 bis 6 GVG im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren nicht analog anwendbar sind, weil die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, auf die die weitere Beschwerde gemäß § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG u.a. gerichtet ist, dem Ziel des auf vorläufigen Rechtsschutz angelegten Eilverfahrens zuwiderliefe (vgl. BVerwG, B.v. 8.8.2006 - 6 B 65.06 - juris Rn. 5; ebenso OVG Hamburg, B.v. 2.8.2017 - 4 Bs 124/17 - juris Rn. 20).