SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PAOLO MENGOZZI vom 17. November 2009[1]

1. Die vorliegende Rechtssache, die auf eine Reihe von Vorabentscheidungsfragen zurückgeht, die das Oberlandesgericht Düsseldorf aufgeworfen hat, gibt dem Gerichtshof Gelegenheit, sich ein weiteres Mal dem Problem der Abgrenzung zwischen öffentlichen Bauaufträgen und städtebaulichen Tätigkeiten der öffentlichen Hand zuzuwenden.

2. Konkret dreht es sich in der vom vorlegenden Gericht zu entscheidenden Rechtssache um den Verkauf einer Liegenschaft durch die öffentliche Verwaltung an eine Privatperson. Ein solcher Sachverhalt kann typischerweise Anlass zu Gedanken über das Vorliegen einer etwaigen staatlichen Beihilfe[2] geben. Im vorliegenden Fall jedoch scheinen solche Bedenken nicht zu bestehen. Die Besonderheit des Falles liegt vielmehr darin, dass die öffentliche Verwaltung beschlossen hat, die Liegenschaft an den Bieter zu verkaufen, der für die Liegenschaft selbst die aus Sicht der für den Städtebau und die Bauplanung zuständigen Gemeindebehörden interessanteren und wertvolleren Nutzungs- und Baukonzepte vorweisen konnte. Das vorlegende Gericht stellt sich die Frage, ob in einem solchen Zusammenhang die Vorschriften über öffentliche Aufträge anzuwenden sind, genauer die Vorschriften über öffentliche Baukonzessionen.

I — Rechtlicher Rahmen

3. Die Vorschriften, zu denen sich der Gerichtshof äußern soll, finden sich in der Richtlinie 2004/18[3] (im Folgenden auch: Richtlinie).

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — Eine staatliche Beihilfe kann offenkundig dann vorliegen, wenn die in öffentlichem Eigentum befindliche Sache unter dem Marktpreis veräußert wird. Vgl. insoweit insbesondere die Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand (ABl. 1997, C 209, S. 3).

3 — Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114).

4. In Art. 1 der Richtlinie heißt es:

„(1) Für die Zwecke dieser Richtlinie gelten die Definitionen der Absätze 2 bis 15.

(2) a) ‚Öffentliche Aufträge' sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.

b) ‚Öffentliche Bauaufträge' sind öffentliche Aufträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Planung und die Ausführung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen. Ein ‚Bauwerk' ist das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.

...

(3) ‚Öffentliche Baukonzessionen' sind Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

...“

II — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

5. Die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (im Folgenden: Bundesanstalt) gab im Oktober 2006 über Anzeigen in der Presse und im Internet das Vorhaben bekannt, eine zur Stadt Wildeshausen gehörende Liegenschaft von knapp 24 Hektar zu verkaufen. Auf der Liegenschaft befand sich insbesondere eine Anfang 2007 aufgegebene Kaserne.

6. In der von der Bundesanstalt veröffentlichten Anzeige wurde darauf hingewiesen, dass die zulässigen Nutzungen der Liegenschaft mit der Stadt Wildeshausen abzustimmen waren.

7. Im Mai 2007 wurde der Wert der Liegenschaft in einem von der Bundesanstalt eingeholten Sachverständigengutachten auf 2,33 Millionen Euro veranschlagt.

8. Bereits im November 2006 hatte die Helmut Müller GmbH (im Folgenden: Müller) ein Kaufangebot für die Liegenschaft in Höhe von 4 Millionen Euro abgegeben, das jedoch an die Bedingung einer Bauleitplanung entsprechend ihren Konzepten geknüpft war. Dieses Angebot wurde nicht angenommen.

9. Im Januar 2007 erbat die Bundesanstalt von den möglichen Interessenten die Abgabe von Angeboten für die Liegenschaft in unbeplantem Zustand. Darauf legte Müller ein Kaufangebot über 1 Million Euro vor. Eine weitere Gesellschaft, die Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (im Folgenden: GSSI), bot dagegen 2,5 Millionen Euro.

10. In der Folgezeit ließ sich die Stadt Wildeshausen von den Bietern deren Nutzungskonzepte für die Liegenschaft vorstellen. Sie besprach diese Planungen unter Beteiligung auch der Bundesanstalt mit den Bietern. Am 24. Mai 2007 sprach sich der Rat der Stadt Wildeshausen für die Planung von GSSI aus und erklärte sich bereit, ein Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans für die Liegenschaft auf der Grundlage dieses Konzepts einzuleiten. Der Stadtrat wies jedoch in seinem Beschluss ausdrücklich darauf hin, dass diese Präferenz für die Bauleitplanung der Stadt nicht bindend sei, deren freie Ausübung er sich vorbehielt.

11. Am 6. Juni 2007 verkaufte die Bundesanstalt die Liegenschaft an GSSI. Der Kaufvertrag enthält keine Bezugnahme auf die künftige Nutzung der veräußerten Grundstücke.

12. Müller wandte sich mit einem Antrag auf gerichtliche Nachprüfung gegen den Verkauf der Liegenschaft und machte insbesondere geltend, dieser hätte gemäß dem Vergaberecht erfolgen müssen.

13. Das vorlegende Gericht, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, hat folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Setzt ein öffentlicher Bauauftrag nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 konstitutiv voraus, dass die Bauleistung in einem gegenständlich oder körperlich zu verstehenden Sinn für

den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt?

2. Sofern nach der Begriffsbestimmung des öffentlichen Bauauftrags in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 auf das Element der Beschaffung nicht verzichtet werden kann: Ist nach der zweiten Variante der Vorschrift eine Beschaffung anzunehmen, wenn das Bauvorhaben für den öffentlichen Auftraggeber eine bestimmte öffentliche Zweckbestimmung erfüllen (z. B. der städtebaulichen Entwicklung eines kommunalen Ortsteils dienen) soll und der öffentliche Auftraggeber kraft des Auftrags mit der rechtlichen Befugnis ausgestattet ist, sicherzustellen, dass der öffentliche Zweck erreicht wird und das Bauwerk dafür künftig zur Verfügung steht?

3. Erfordert der Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der ersten und der zweiten Variante des Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18, dass der Unternehmer direkt oder indirekt zur Erbringung der Bauleistungen verpflichtet wird? Muss es sich gegebenenfalls um eine einklagbare Verpflichtung handeln?

4. Erfordert der Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der dritten Variante des Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18, dass der Unternehmer zu Bauleistungen verpflichtet wird oder solche den Gegenstand des Auftrags bilden?

5. Unterfallen Aufträge, durch die mittels der vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse gewährleistet werden soll, dass das herzustellende Bauwerk für einen bestimmten öffentlichen Zweck zur Verfügung steht, und durch die dem Auftraggeber (kraft vertraglicher Abrede) zugleich die rechtliche Befugnis gegeben wird, (im mittelbaren Eigeninteresse) die Verfügbarkeit des Bauwerks für die öffentliche Zweckbestimmung sicherzustellen, dem Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der dritten Variante des Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18?

6. Ist der Begriff der ‚vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse' nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 erfüllt, wenn die Bauleistungen nach vom öffentlichen Auftraggeber geprüften und gebilligten Plänen erbracht werden sollen?

7. Ist nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 eine öffentliche Baukonzession

abzulehnen, wenn der Konzessionär Eigentümer des Grundstücks, auf dem das Bauwerk errichtet werden soll, ist oder wird oder die Baukonzession unbefristet erteilt wird?

8. Ist die Richtlinie 2004/18 — mit der Rechtsfolge einer Ausschreibungspflicht für den öffentlichen Auftraggeber — auch dann anzuwenden, wenn ein Grundstücksverkauf durch einen Dritten und die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags zeitversetzt erfolgen und bei Abschluss des Grundstücksgeschäfts der öffentliche Bauauftrag noch nicht erteilt worden ist, aber im letztgenannten Zeitpunkt auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers die Zielsetzung bestanden hat, einen solchen Auftrag zu erteilen?

9. Sind die voneinander verschiedenen, aber zusammenhängenden Geschäfte über eine Grundstücksveräußerung und einen öffentlichen Bauauftrag vergaberechtlich als eine Einheit zu bewerten, wenn die Erteilung eines öffentlichen Bauauftrags im Zeitpunkt der Eingehung des Grundstücksvertrags beabsichtigt war und die Beteiligten bewusst eine in sachlicher — und gegebenenfalls auch in zeitlicher — Hinsicht enge Verknüpfung zwischen den Verträgen hergestellt haben (im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs vom 10. November 2005, „Stadt Mödling", C-29/04)?

III — Vorbemerkungen

A — *Die Rechtsprechung des vorlegenden Gerichts*

14. Zum besseren Verständnis der vom Oberlandesgericht Düsseldorf zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen bedarf es einer Erläuterung. Es ist vor allem darauf hinzuweisen, dass die aktuelle Rechtsprechung des vorlegenden Gerichts, worauf es in seinem Beschluss selbst aufmerksam macht, einige Besonderheiten aufweist, die im Gegensatz zu der in der Rechtsprechung und der Lehre im Bereich des Vergaberechts herrschenden Meinung stehen.

15. In erster Linie liegt dem Standpunkt des vorlegenden Gerichts die Annahme zugrunde, dass die im Wesentlichen städtebauliche Natur eines Verfahrens grundsätzlich nicht die Anwendbarkeit des gemeinschaftlichen Vergaberechts ausschließe. Das nationale Gericht verweist insoweit auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rechtssachen Ordine degli Architetti u. a.[4] und Kommission/Frankreich[5].

16. In zweiter Linie leitet das vorlegende Gericht aus der Rechtsprechung in der Rechtssache Auroux u. a.[6] den Grundsatz ab,

4 — Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a. (C-399/98, Slg. 2001, I-5409).

5 — Urteil des Gerichtshofs vom 20. Oktober 2005, Kommission/Frankreich (C-264/03, Slg. 2005, I-8831).

6 — Urteil des Gerichtshofs vom 18. Januar 2007, Auroux u. a. (C-220/05, Slg. 2007, I-385).

dass die Anwendbarkeit des gemeinschaftlichen Vergaberechts völlig unabhängig davon sei, ob der öffentliche Auftraggeber beabsichtige, die zu errichtenden Bauwerke zu Eigentum zu erwerben oder auch nur zu besitzen und zu nutzen. Mit anderen Worten könne das gemeinschaftliche Vergaberecht unabhängig davon Anwendung finden, ob ein Element einer körperlichen Beschaffung einer Sache durch den öffentlichen Auftraggeber vorliege. Insbesondere könne die vom öffentlichen Auftraggeber bezweckte Nutzung auch immaterieller Natur sein und z. B. wie im vorliegenden Fall im Erreichen bestimmter städtebaulicher Entwicklungsziele für das Gemeindegebiet bestehen[7].

17. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung stellt sich aus der Sicht des vorlegenden Gerichts die Situation im Ausgangsverfahren wie folgt dar. GSSI sei eine öffentliche Baukonzession[8] erteilt worden, auf die die einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts hätten angewandt werden müssen[9]. Der Umstand, dass GSSI an den betreffenden Sachen Eigentum erwerbe, stehe dieser Sichtweise nicht entgegen, da die Definition des Begriffs „Konzession" in der Richtlinie weder eine unbefristete Dauer der Konzession noch die Einräumung des Eigentums an den Sachen, die Gegenstand der Konzession seien, an den Konzessionär ausschließe.

18. Dass die Stadt Wildeshausen, obwohl sie sich für das städtebauliche Konzept von GSSI ausgesprochen hat, die Genehmigung dieses Konzepts nicht förmlich zugesagt hat, kann nach Ansicht des vorlegenden Gerichts keine Zweifel an seiner Sichtweise des Falls aufkommen lassen. Es verweist insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Kommission/Österreich („Stadt Mödling")[10], aus dem es ableitet, dass auch ein dem Zuschlag zeitlich nachfolgendes Ereignis bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts gegebenenfalls berücksichtigt werden müsse, wenn es für die Auftragsvergabe konkret ausschlaggebend gewesen sei.

7 — Übrigens wurde nach Ergehen des Vorlagebeschlusses das deutsche Recht mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 790) geändert, das § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geändert hat, worin u. a. klargestellt wird, dass im Fall der dritten Variante der Definition des öffentlichen Bauauftrags eine dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommende Leistung vorliegen muss. Vgl. auch unten, Fn. 35.

8 — Allerdings ist nicht ganz klar, wer diese Konzession erteilt haben soll. Auch die Kommission, die sich in diesem Punkt den Ansichten des vorlegenden Gerichts gegenüber eher aufgeschlossen gezeigt hat, hat in der mündlichen Verhandlung einräumen müssen, dass sowohl die Bundesanstalt als auch die Stadt Wildeshausen im vorliegenden Fall einige für diese Rolle typische Merkmale aufweisen, ohne dass insoweit der Schwerpunkt erkennbar bei der einen oder bei der anderen läge.

9 — Dem Vorlagebeschluss zufolge bestehen keine Zweifel daran, dass die Schwellen, die für die Anwendung der Richtlinie maßgeblich sind, im vorliegenden Fall deutlich überschritten sind. In Wirklichkeit weisen die Ausführungen des vorlegenden Gerichts, da der Grundstückswert selbst die Schwellen nicht überschreitet, sicher hypothetische Züge auf. Andererseits bin ich in Anbetracht der ständigen Rechtsprechung, nach der es grundsätzlich Sache des nationalen Gerichts ist, die Erheblichkeit der Fragen für die Entscheidung des Rechtsstreits zu beurteilen, der Ansicht, dass der Gerichtshof im vorliegenden Fall die Fragen des Oberlandesgerichts Düsseldorf beantworten sollte. Vgl. insoweit z. B. Urteile vom 15. Dezember 1995, Bosman (C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 61), vom 7. September 1999, Beck und Bergdorf (C-355/97, Slg. 1999, I-4977, Randnr. 22), vom 7. Juni 2007, van der Weerd u. a. (C-222/05 bis C-225/05, Slg. 2007, I-4233, Randnr. 22), und vom 17. Juli 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, Slg. 2008, I-5785, Randnr. 23).

10 — Urteil des Gerichtshofs vom 10. November 2005, Kommission/Österreich (C-29/04, Slg. 2005, I-9705).

Anderenfalls könne die praktische Wirksamkeit der Gemeinschaftsrechtsvorschriften leicht beeinträchtigt werden.

19. Wie oben ausgeführt, räumt jedoch das vorlegende Gericht selbst ein, dass seine Auslegung des Gemeinschaftsrechts hinsichtlich der auf die vorliegende Rechtssache anwendbaren Bestimmungen keineswegs einhellige Zustimmung findet. Mit seinen Vorlagefragen möchte das Oberlandesgericht Düsseldorf deshalb vom Gerichtshof im Wesentlichen wissen, ob diese Auslegung zutrifft oder nicht.

B — *Die Unterschiede zwischen den Sprachfassungen von Art. 1 der Richtlinie*

20. In Art. 1 der Richtlinie lassen sich in den meisten Sprachfassungen[11] drei verschiedene Typen „öffentlicher Bauaufträge" ausmachen. Konkret handelt es sich um

— die Ausführung und gegebenenfalls auch Planung von *Bauvorhaben*[12] der in Anhang I der Richtlinie genannten Arten (erste Variante);

— die Ausführung und gegebenenfalls auch Planung eines *Bauwerks*[13] (zweite Variante);

— die Erbringung einer *Bauleistung*[14], gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen (dritte Variante).

21. Unmittelbar im Anschluss daran bestimmt die Richtlinie, dass ein „Bauwerk"[15] das „Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten [ist], das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll".

22. Es ist sogleich darauf hinzuweisen, dass die Sprachfassungen der Richtlinie einige nicht unbedeutende Unterschiede aufweisen.

23. Vor allem ergeben sich Unterschiede daraus, dass innerhalb der drei genannten Varianten Begrifflichkeiten nicht immer kohärent

11 — Allerdings nicht in allen: Die zweite Variante findet z. B. keine Entsprechung in der portugiesischen Fassung.

12 — Italienisch: „di lavori"; Englisch: „of works"; Französisch: „de travaux"; Spanisch: „de obras"; Niederländisch: „van werken"; Portugiesisch: „de trabalhos"; Griechisch: „εργασιών".

13 — Italienisch: „di un'opera"; Englisch: „a work"; Französisch: „d'un ouvrage"; Spanisch: „de una obra"; Niederländisch: „van een werk"; Griechisch: „ενός έργου".

14 — Italienisch: „di un'opera"; Englisch: „of a work"; Französisch: „d'un ouvrage"; Spanisch: „de una obra"; Niederländisch: „van een werk"; Portugiesisch: „de uma obra"; Griechisch: „ενός έργου".

15 — Italienisch: „opera"; Englisch: „work"; Französisch: „ouvrage"; Spanisch: „obra"; Niederländisch: „werk"; Portugiesisch: „obra"; Griechisch: „έργο".

verwendet werden: Das wird insbesondere mit Blick auf die in den Fußnoten zu den fraglichen Varianten genannten Begriffe in manchen Sprachfassungen deutlich.

24. Darüber hinaus weist die deutsche Fassung zwei weitere bedeutsame Unterschiede auf. Erstens wird in der dritten Variante präzisiert, dass die darin vorgesehene Leistung durch Dritte erbracht werden muss: In den anderen Sprachfassungen ist davon keine Rede[16]. Zweitens ist in der dritten Variante nicht von einem „Bauwerk" die Rede, sondern von einer „Bauleistung": Dies hat zur Folge, dass die nachfolgende Definition von „Bauwerk" in der deutschen Fassung nur auf die zweite, nicht aber auf die dritte Variante anwendbar scheint[17].

16 — Allerdings liegt, wie insbesondere die österreichische Regierung in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, in dem in der deutschen Fassung enthaltenen Zusatz im Vergleich zu den übrigen Sprachfassungen konkret vielleicht weniger eine Abweichung als schlicht eine „größere Genauigkeit". In der Tat ist unter Berücksichtigung der Struktur der fraglichen Bestimmung auch mit Blick auf die anderen Sprachfassungen ein unter die dritte Variante fallender Sachverhalt, bei dem die Bauleistungen nicht von einem „Dritten" erbracht werden, schwer vorstellbar. Jedenfalls darf nicht vergessen werden, dass nach ständiger Rechtsprechung eine abweichende Formulierung einer bestimmten Sprachfassung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift nicht als alleinige Grundlage für die Auslegung dieser Vorschrift herangezogen werden oder Vorrang vor den anderen Sprachfassungen beanspruchen kann. Vgl. insoweit z. B. Urteile vom 27. März 1990, Cricket St. Thomas (C-372/88, Slg. 1990, I-1345, Randnr. 18), und vom 19. April 2007, Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, Slg. 2007, I-3225, Randnr. 19).

17 — Diese Besonderheiten der deutschen Fassung haben ihren Ursprung bereits in der Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 210, S. 1). Mit der Richtlinie 89/440 wurde die gegenwärtige „dreigliedrige" Definition des öffentlichen Bauauftrags im Gemeinschaftsrecht eingeführt.

25. Aufgrund der gerade geschilderten redaktionellen Probleme sollte die „richtige" Auslegung der Bestimmungen keinesfalls in deren streng grammatikalischer Analyse, vielleicht gar noch beschränkt auf eine einzige Sprachfassung, gesucht werden. In Wirklichkeit kann die Bedeutung, die den Bestimmungen zukommt, nur mit einem gewissen Maß an gesundem Auslegungsverstand im Wege der systematischen und der teleologischen Auslegung ermittelt werden.

IV — Rechtliche Prüfung

A — *Vorbemerkung: Der Begriff des öffentlichen Bauauftrags*

26. Um die vom vorlegenden Gericht aufgeworfenen Fragen möglichst erschöpfend beantworten zu können, ist es eingangs erforderlich, die wesentlichen Merkmale eines Bauauftrags zu identifizieren.

27. Es ist sogleich darauf hinzuweisen, dass es sich um einen rein gemeinschaftsrechtlichen Begriff handelt, so dass es auf die Beurteilung eines Sachverhalts nach dem

nationalen Recht eines Mitgliedstaats hier nicht ankommt[18].

28. Was den Auftragsgegenstand angeht, lassen sich in der Richtlinie 2004/18, wie oben gesehen, drei grundlegende Typen ausmachen. Zusammenfassend lässt sich jedoch sagen, dass nach Art. 1 dieser Richtlinie unter den Begriff des öffentlichen Bauauftrags zum einen die Durchführung bestimmter Arbeiten der in Anhang I der Richtlinie aufgelisteten Arten und zum anderen die Realisierung von Bauwerken oder Bauleistungen fallen. Mit anderen Worten umfasst der Begriff sowohl Bautätigkeiten, unabhängig davon, ob an ihrem Ende eine endgültige und/oder fertige Sache steht, als auch — gegebenenfalls auch durch Dritte verrichtete — Tätigkeiten zur Herstellung bestimmter „vollendeter" Sachen. Solche Sachen, deren „Vollendung" in der Richtlinie mit dem Hinweis darauf ausgedrückt wird, dass sie „eine wirtschaftliche oder technische Funktion" erfüllen sollen, werden in der Regel als „Bauwerke" bezeichnet.

29. Die Frage, ob einzelne konkrete Fallgestaltungen, die zur Prüfung anstehen, in den Geltungsbereich der Richtlinie 2004/18 fallen oder nicht, ist natürlich von Fall zu Fall zu beantworten. Mir scheint jedoch ganz allgemein, dass ein flexibler Ansatz, der weniger auf der Dreiteilung, wie sie sich in den meisten Sprachfassungen von Art. 1 findet, als auf der Zweiteilung in Arbeiten und Werke aufbaut, wie sie vorstehend dargestellt worden ist, in den meisten Fällen zu einer Lösung des Problems im Zusammenhang mit dem Vorliegen der objektiven Voraussetzungen für die Anwendung der Richtlinie führt.

30. Unabhängig von der verfolgten Herangehensweise darf jedoch nicht vergessen werden, dass alle öffentlichen Bauaufträge durch das Element des Bauens gekennzeichnet sind. Mit anderen Worten muss mit den Tätigkeiten etwas geschaffen werden. Der schlichte Verkauf bereits bestehender Sachen ist nämlich ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen[19].

31. Art. 1 der Richtlinie identifiziert selbst ausdrücklich weitere wesentliche Merkmale eines Bauauftrags. Darin heißt es nämlich, dass der Bauauftrag ein *schriftlicher entgeltlicher Vertrag* ist. Das Merkmal der Entgeltlichkeit bedeutet somit, dass der Leistung des Auftragnehmers eine Gegenleistung der

18 — Vgl. Urteil Auroux u. a. (oben in Fn. 6 angeführt, Randnr. 40).

19 — Vgl. Art. 16 der Richtlinie.

öffentlichen Verwaltung entspricht, die nicht notwendigerweise eine Geldleistung, aber jedenfalls wirtschaftlich messbar sein muss[20].

32. Die Richtlinie sieht jedoch bekanntermaßen selbst eine Alternative zum „typischen" Modell vor, bei dem die öffentliche Verwaltung den Hersteller eines Bauwerks bezahlt (wie gesehen, in einem weiten Sinn). Bei diesem Alternativmodell, nämlich der öffentlichen Baukonzession, besteht „die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises". Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist auf den vorliegenden Fall die Regelung für öffentliche Baukonzessionen anwendbar, da sich die öffentliche Verwaltung darauf beschränke, dem Bauinteressenten die aus dem Eigentumsrecht folgende vollständige Nutzung der Ergebnisse seiner Bautätigkeit zu ermöglichen. Auf dieses Problem wird unten, insbesondere im Rahmen der Erörterung der siebten Vorlagefrage, näher eingegangen.

33. Ein weiterer Punkt, der anzusprechen ist, betrifft die Zielsetzung, die die öffentliche Hand mit den Werken und/oder Arbeiten verfolgt, deren Realisierung sie beabsichtigt. Wie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bereits geklärt worden ist, spielt die verfolgte Zielsetzung für die Zwecke der Anwendbarkeit der Richtlinie keine Rolle[21]. Worauf es somit ankommt, ist ausschließlich das Vorliegen der objektiven normativen Voraussetzungen.

34. Dass das Gemeinschaftsrecht den im konkreten Einzelfall von der öffentlichen Hand verfolgten Zielen keine Bedeutung beimisst, erklärt sich, wie sich aus den Erwägungsgründen der Richtlinie ergibt, damit, dass das Hauptziel des gemeinschaftlichen Vergaberechts darin besteht, Beschränkungen der Grundfreiheiten zu beseitigen und einen echten Wettbewerb zu fördern[22]. Maßgeblich ist somit der Blickwinkel derjenigen, die daran interessiert sein könnten, die Arbeiten auszuführen: Für sie ist klarerweise das Ziel, das die öffentliche Verwaltung erreichen möchte, unwichtig.

35. Die weit gesteckten und ehrgeizigen Zielsetzungen der Richtlinie dürfen jedoch, obwohl sie bei der Auslegung der Richtlinie berücksichtigt werden müssen, nicht zu

20 — Statt einen Geldbetrag zu zahlen, kann die öffentliche Verwaltung z. B. von der Zahlung von Abgaben befreien: Vgl. Urteil Ordine degli Architetti u. a. (oben in Fn. 4 angeführt, Randnrn. 76 bis 86).

21 — Urteil vom 15. Januar 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. (C-44/96, Slg. 1998, I-73, Randnr. 32). Vgl. auch Urteile vom 18. November 2004, Kommission/Deutschland (C-126/03, Slg. 2004, I-11197, Randnr. 18), und vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau (C-26/03, Slg. 2005, I-1, Randnr. 26).

22 — Vgl. insbesondere den zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 und früher den zweiten und den zehnten Erwägungsgrund der aufgehobenen Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54). Siehe dazu auch Urteile Ordine degli Architetti u. a. (oben in Fn. 4 angeführt, Randnr. 52) und vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a. (C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung).

der Auffassung führen, dass deren Anwendungsbereich unter Berufung auf ihr Ziel unbegrenzt ausgedehnt werden könnte. Vor allem ist darauf hinzuweisen, dass bereits in der Richtlinie selbst bestimmte Sektoren genannt werden, in denen sie keine Anwendung findet: siehe insbesondere die Art. 10 bis 16. Folglich ist eine rein „funktionale" Auslegung der Richtlinie, bei der nur deren grundlegende Ziele berücksichtigt werden, nicht zulässig.

36. Unter dem Blickwinkel einer „funktionalen" Auslegung, wie sie offenbar insbesondere die Kommission befürwortet, stellt sich nämlich das grundlegende Problem, zu bestimmen, nach Maßgabe welchen Parameters die Richtlinie Anwendung finden soll. Die Kommission führt selbst aus, dass ihre Hauptsorge dahin gehe, dass Einzelne in eine vorteilhafte Position gelangen könnten, ohne dass sie zuvor in eine Situation der Gleichheit mit anderen potenziell an der Erlangung dieser Position Interessierten versetzt worden seien. In Fällen wie dem hier in Rede stehenden bestehe die Vorteilsposition in der Erhöhung des Grundstückswerts, die sich daraus ergebe, dass die öffentliche Verwaltung die Bebauung des Grundstücks genehmige. Bei dieser Auslegung müsste jede Wertsteigerung einer unbeweglichen Sache, wenn sie auf eine Tätigkeit der öffentlichen Hand zurückgeht, den Bestimmungen der Richtlinie unterliegen. Es liegt jedoch auf der Hand, dass bei diesem Standpunkt die Gefahr besteht, dass, so unsinnig das auch sein mag, anerkannt werden muss, dass *jede städtebauliche Tätigkeit* unter die Richtlinie fällt: Denn die Maßnahmen, mit denen die Bebauungsmöglichkeit geregelt wird, ändern definitionsgemäß — und auch substanziell — den Wert der Grundstücke, auf die sie sich beziehen.

37. In Wirklichkeit wird dieser extreme Standpunkt von niemandem vertreten. Es ist jedoch zu betonen, dass er die logische Folge einer rein funktionalen Lesart der Richtlinie darstellt.

38. Zwar hat sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs bekanntermaßen in manchen Bereichen an eine erklärtermaßen „funktionale" Auslegung des Gemeinschaftsrechts gehalten. Insbesondere ist dies im Vergaberecht in Bezug auf die Begriffe des „öffentlichen Auftraggebers" und der „Einrichtung des öffentlichen Rechts" geschehen[23]. Dazu ist jedoch vor allem darauf hinzuweisen, dass bei solchen Gelegenheiten die funktionale Auslegung der Klarstellung der Tragweite eines bestimmten Begriffs diente und nicht der allgemeinen Definition des Anwendungsbereichs des gesamten Vergaberechts. Außerdem wurde in den genannten Fällen mit der funktionalen Auslegung im Wesentlichen bezweckt, die Bildung deutlicher Lücken zu verhindern, in denen sich breiter Raum für Missbrauch aufgetan hätte: Verwiesen sei beispielsweise auf den Fall, in dem eine Gesellschaft die typische Funktion einer Einrichtung des öffentlichen Rechts

23 — Vgl. z. B. Urteile Universale-Bau u. a. (oben in Fn. 22 angeführt, Randnr. 53), vom 13. Dezember 2007, Bayerischer Rundfunk u. a. (C-337/06, Slg. 2007, I-11173, Randnr. 37), und vom 10. April 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Slg. 2008, I-2339, Randnr. 37).

irgendwann nach ihrer Gründung und ohne Anpassung ihrer Satzung übernommen hat[24], oder auf denjenigen, in dem die öffentliche Finanzierung (im konkreten Fall einer Rundfunk- und Fernseheinrichtung) statt durch die unmittelbare Zahlung öffentlicher Mittel durch die Verpflichtung aller Besitzer von Empfangsgeräten zur Zahlung einer Gebühr erfolgt ist[25].

39. Mir scheint deshalb klar, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie vielmehr zu bestimmen ist, indem in erster Linie auf die objektiven Voraussetzungen Bezug genommen wird, die in der Richtlinie selbst festgesetzt sind. Das bedeutet natürlich nicht, dass bei der Auslegung von jeglicher „funktionalen" Überlegung abzusehen wäre. In Wirklichkeit gehören die mit der Richtlinie verfolgten Ziele offenkundig zu den Hauptbezugspunkten für die Zwecke der Auslegung[26]: Sie können jedoch nicht den einzigen Bezugsmaßstab bilden, und der Wille des Gesetzgebers, den Normanwendungsbereich festzulegen, darf nicht unter Hinweis auf sie umgangen werden.

40. Ich wende mich nun der Prüfung der Vorlagefragen zu. Aus Gründen ihres logischen Zusammenhangs werde ich mich zuerst mit den ersten beiden sowie der fünften und der sechsten Frage befassen.

24 — Urteil Universale-Bau u. a. (oben in Fn. 22 angeführt).

25 — Urteil Bayerischer Rundfunk u. a. (oben in Fn. 23 angeführt). Vgl. auch für eine ähnliche Situation Urteil vom 11. Juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Slg. 2009, I-4779, Randnr. 57).

26 — Vgl. z. B. Urteile vom 17. November 1983, Merck (292/82, Slg. 1983, 3781, Randnr. 12), vom 14. Oktober 1999, Adidas (C-223/98, Slg. 1999, I-7081, Randnr. 23), und vom 7. Juni 2005, VEMW u. a. (C-17/03, Slg. 2005, I-4983, Randnr. 41).

B — *Die erste und die zweite Frage*

41. Mit den ersten beiden Vorlagefragen, die zusammen abgehandelt werden können, möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof geklärt haben, ob es im Allgemeinen für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags im Sinne der Richtlinie 2004/18 erforderlich ist, dass der Auftrag etwas zum Gegenstand hat, was für die öffentliche Verwaltung materiell beschafft wird und ihr unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Bejahendenfalls, d. h., um es mit den Worten des vorlegenden Gerichts zu sagen, wenn „auf das Element der Beschaffung nicht verzichtet werden kann", stellt sich die Frage, ob dieses Element in der schlichten und allgemeinen Verfolgung eines öffentlichen Zwecks, z. B. einer bestimmten städtebaulichen Gestaltung des Gemeindegebiets, gesehen werden kann oder nicht.

1. Die Ansichten der Verfahrensbeteiligten

42. Die Ansichten derjenigen, die in diesem Verfahren Erklärungen abgegeben haben, sind ziemlich breit gefächert.

43. Auf der einen Seite macht die deutsche Regierung, in diesem Punkt unterstützt von der Bundesanstalt und weitgehend von der

österreichischen Regierung, mit Nachdruck geltend, dass das Beschaffungselement vorliegen müsse, damit von einem öffentlichen Bauauftrag die Rede sein könne. Sie bringt vor, dass es sich in Wirklichkeit nicht zwangsläufig um eine materielle Beschaffung handeln müsse und auch ein einfacher wirtschaftlicher Vorteil für die öffentliche Verwaltung ausreichen könne. Was jedoch nach Ansicht der deutschen Regierung nicht ausreicht, ist die bloße und allgemeine Verfolgung eines öffentlichen Zwecks wie im vorliegenden Fall. Zum Urteil Auroux u. a. des Gerichtshofs, das, wie gesehen, eine der Grundlagen der Ansicht darstellt, zu der das nationale Gericht neigt, führt die deutsche Regierung aus, dass in der Rechtssache, in der dieses Urteil ergangen sei, das Vorliegen eines unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzens für die öffentliche Verwaltung als sicher vorausgesetzt worden sei, so dass der Gerichtshof es nicht für notwendig erachtet habe, sich mit diesem Punkt zu befassen. Das dürfe jedoch keinesfalls so verstanden werden, dass das Erfordernis eines wirtschaftlichen Nutzens nicht vorliegen müsse: Dieses Erfordernis wohne der Systematik der Richtlinie inne, auch wenn es in ihr nicht ausdrücklich genannt werde. Die Argumentation mit der Notwendigkeit der Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie und der Verhütung von Missbrauchsgefahr bietet nach Ansicht der deutschen Regierung keine zulässige Grundlage dafür, die Richtlinie wider besseres Wissen über ihren natürlichen Geltungsbereich hinaus anzuwenden. Etwaigen Erfordernissen der Missbrauchsverhütung außerhalb des Vergabewesens müsse mit anderen Normativinstrumenten, nicht aber mit der Richtlinie 2004/18 Rechnung getragen werden.

44. Der Ansicht der deutschen Regierung diametral entgegengesetzt ist dagegen die Auffassung der Kommission. Insbesondere besteht nach deren Ansicht das einzige ausschlaggebende Kriterium für die Antwort an das vorlegende Gericht in dem Umstand, dass der Wortlaut der Richtlinie für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags nicht voraussetze, dass sich die öffentliche Verwaltung von einem Externen etwas beschaffe. Das Vorliegen des Beschaffungselements zu fordern, würde somit bedeuten, eine Voraussetzung einzuführen, die vom Normtext nicht verlangt werde.

45. Eine vermittelnde Haltung nimmt schließlich die Regierung der Niederlande ein. Ihrer Ansicht nach muss insbesondere für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags, obwohl — auch im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs — der Erwerb des Werkes durch die öffentliche Verwaltung nicht erforderlich sei, doch ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der öffentlichen Verwaltung gegeben sein. Konkret könne ein solches unmittelbares wirtschaftliches Interesse je nach Fall sowohl in einem wirtschaftlichen Vorteil für die öffentliche Verwaltung als auch in einem von der Regierung der Niederlande so bezeichneten „Verlustrisiko“ der öffentlichen Verwaltung bestehen. In dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Fall besteht nach Ansicht dieser Regierung ein solches wirtschaftliches Interesse nicht oder ist zumindest auf der Grundlage der vom nationalen Gericht gegebenen Anhaltspunkte nicht erkennbar.

2. Würdigung

46. Aus meiner Sicht findet sich die zutreffende Auslegung der Richtlinie 2004/18 auf halber Strecke zwischen den beiden „extremen“ Ansichten der deutschen Regierung und der Kommission. Andererseits teile ich auch die Ansicht der Regierung der Niederlande nicht zur Gänze, die sich, wie mir scheint, für die Definition des Begriffs des öffentlichen Bauauftrags zu sehr auf ein wirtschaftlich geartetes Kriterium stützt.

47. Für die Beantwortung der dem Gerichtshof vorgelegten Frage halte ich es für wichtig, vom richtigen Verständnis des bereits genannten Urteils Auroux u. a.[27] auszugehen. Bekanntermaßen ging es bei dem Sachverhalt, der dem Verfahren, in dem dieses Urteil ergangen ist, zugrunde lag, darum, dass eine Kommunalverwaltung einem zweiten öffentlichen Auftraggeber die Errichtung eines Bauwerks im Rahmen der Raumordnung ohne Ausschreibung übertragen hatte. In diesem Zusammenhang hätte der zweite öffentliche Auftraggeber zum Teil unter Einsatz der von der Gemeinde gewährten Mittel verschiedene Bauwerke errichten müssen, die teils an Dritte veräußert und teils der Kommunalverwaltung übergeben werden sollten. Der Gerichtshof hat in diesem Sachverhalt einen öffentlichen Bauauftrag gesehen und erklärt, dass es insoweit nicht darauf ankomme, ob vorgesehen war, dass der erste öffentliche Auftraggeber, d. h. die Kommune, Eigentümer des gesamten zu errichtenden Bauwerks oder eines Teils davon werden sollte[28].

48. Es trifft zu, dass, wie die deutsche Regierung ausführt, unter den Umständen jener Rechtssache keine Zweifel daran bestanden, dass manche der zu errichtenden Bauwerke der Kommunalverwaltung zumindest teilweise unmittelbar zugutegekommen wären. Es ist aber meiner Ansicht nach auch wahr, dass die vom Gerichtshof gewählte, ziemlich weit gehaltene Formulierung es ausschließt, dass die unmittelbare Beschaffung für eine öffentliche Verwaltung als eine Voraussetzung für einen öffentlichen Bauauftrag angesehen werden muss.

49. Andererseits ist jedoch eine weitere Besonderheit des Sachverhalts, der in dem genannten Urteil zur Prüfung anstand, hervorzuheben: Die Kommunalverwaltung hatte damals einen hohen Geldbetrag gezahlt und war zur Verwirklichung der gewünschten Bauwerke unmittelbar zusammen mit dem zweiten öffentlichen Auftraggeber tätig geworden.

50. Wie oben bereits ausgeführt, kann der Begriff des öffentlichen Bauauftrags, so weit er zum Zwecke der Verhütung etwaigen Missbrauchs auch auszulegen sein mag, nicht unbegrenzt ausgedehnt werden[29]. Eine solche „funktionalistische“ Lesart kann die Grenzen des Anwendungsbereichs der Richtlinie nicht völlig außer Acht lassen. Auch wenn nämlich das Hauptziel der Vergaberichtlinien sicherlich in der Förderung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen und der Öffnung der Märkte besteht, muss doch auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie

27 — Oben in Fn. 6 angeführt.
28 — Ebd., Randnr. 47.
29 — Vgl. oben, Nrn. 35 ff.

dieses Ziel mit anderen geeigneten gesetzgeberischen Mitteln verfolgt werden, ohne den Anwendungsbereich der Vergabebestimmungen über die Maßen zu erweitern.

51. Es ist deshalb erforderlich, die Grenzen dieses Anwendungsbereichs, innerhalb deren sich die Anwendbarkeit der Richtlinienbestimmungen unverrückbar halten muss, mit einer gewissen Genauigkeit zu bestimmen.

52. Aus einer Gesamtschau des Normtextes und unter Berücksichtigung auch der bisher vom Gerichtshof insoweit vorgenommenen Auslegung scheint es mir möglich, das Grundprinzip abzuleiten, dass eine bestimmte Tätigkeit nur dann von den Vorschriften über die öffentlichen Bauaufträge erfasst wird, wenn eine triftige *unmittelbare Verbindung* zwischen der öffentlichen Verwaltung und den zu verwirklichenden Arbeiten oder Werken besteht. Diese Verbindung ergibt sich in der Regel daraus, dass die Arbeiten oder Werke auf Veranlassung der öffentlichen Verwaltung hin realisiert werden.

53. Somit genügt, anders als vom vorlegenden Gericht angenommen, ein rein immaterieller und mittelbarer Nutzen nicht. Auch der bloße Umstand, dass die zu beurteilende Tätigkeit allgemein im Einklang mit dem öffentlichen Interesse steht, kann nicht ausreichen. Es ist nämlich darauf hinzuweisen, dass dann, wenn die Tätigkeit eine Genehmigung durch die öffentliche Verwaltung erfordert (was in der Regel bei allen Bautätigkeiten der Fall ist), die Tätigkeit selbst, um genehmigungsfähig zu sein, augenfällig mit dem öffentlichen Interesse vereinbar sein muss, das den Bezugsmaßstab für Genehmigungen durch die Träger öffentlicher Gewalt bildet. Das allgemeine Bestehen eines öffentlichen Interesses, das die Genehmigung der Tätigkeit rechtfertigt, kann daher nicht das ausschlaggebende Kriterium dafür sein, welche Sachverhalte in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, weil dieser sonst unkontrolliert ausgedehnt würde. Man muss sich insbesondere vor Augen halten, dass sich eine Baugenehmigung, d. h. der typische Ausdruck der Befugnisse der Verwaltung im *objektiv* städtebaulichen Bereich, in der Regel darauf beschränkt, eine Schranke für die Entwicklung einer Initiative zu beseitigen, die von einem Privaten und nicht von der öffentlichen Verwaltung ausgeht.

54. Meiner Ansicht nach erlaubt die Forderung nach dem Bestehen einer unmittelbaren Verbindung zwischen der öffentlichen Verwaltung und den zu realisierenden Werken oder Arbeiten, die tendenziell entgegengesetzten Notwendigkeiten miteinander in Einklang zu bringen, einerseits Missbräuchen

vorzubeugen und andererseits eine unkontrollierte Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie zu verhindern. Insbesondere ermöglicht diese Formel die vollständige Beachtung der Ausführungen des Gerichtshofs in dem bereits mehrfach genannten Urteil Auroux u. a., nach dem es für die Anwendung der Vorschriften über das öffentliche Vertragswesen keine notwendige Voraussetzung ist, dass die Verwaltung die Werke zu Eigentum erwirbt. Dieses Urteil kann jedoch nicht für einen Ansatz herangezogen werden, der völlig von einem triftigen Anknüpfungspunkt zwischen den Trägern öffentlicher Gewalt und den zu realisierenden Werken absieht: Gerade das Kriterium der unmittelbaren Verbindung kann, wie mir scheint, eine geeignete Formel für diese notwendige Anknüpfung sein.

55. Diese unmittelbare Verbindung ist vor allem dann augenfällig, wenn die öffentliche Verwaltung unmittelbar das Eigentum an der herzustellenden Sache erwirbt. Es handelt sich, wie auf der Hand liegt, um den typischsten Fall, und unter dieses Leitbild fällt die Mehrzahl der Fälle, in denen die Richtlinie Anwendung finden muss. Diesem typischen Fall sind auch die Situationen gleichzustellen, in denen die herzustellenden Sachen, obwohl sie von der öffentlichen Verwaltung nicht zu Eigentum erworben werden, für diese doch einen *unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil* darstellen. Es kann sich z. B. um die Fälle handeln, in denen die öffentliche Hand an den hergestellten Sachen ein Recht erwirbt, das sich zwar vom Eigentumsrecht unterscheidet, aber dennoch den Genuss der Sache zumindest in bestimmtem Maße ermöglicht.

56. Eine zweite Fallgestaltung einer unmittelbaren Verbindung zwischen der öffentlichen Verwaltung und den zu realisierenden Werken oder Arbeiten kann meiner Ansicht nach in den Fällen gesehen werden, in denen die öffentliche Verwaltung zur Realisierung der Arbeiten oder Werke öffentliche Mittel einsetzt. Es handelt sich offenkundig meist um Situationen, die auch unter die erste, in der vorstehenden Nummer dargestellte Fallgestaltung fallen, da beim klassischsten Modell des Einsatzes öffentlicher Mittel zur Realisierung von Arbeiten oder Werken, d. h. dem Auftrag, die öffentliche Hand dafür bezahlt, dass sie das Eigentum an den herzustellenden Sachen erwirbt. Im Übrigen kann, wie gesehen, auch beim Modell der Konzession ein Einsatz öffentlicher Mittel vorliegen, auch wenn diese nicht den gesamten Wert der zu realisierenden Werke oder Arbeiten abdecken können.

57. Diese zweite Fallgestaltung umfasst jedoch auch Situationen, in denen die öffentliche Verwaltung für eingesetztes Geld oder andere öffentliche Mittel kein Eigentum an den herzustellenden Sachen erwirbt. Wie der Gerichtshof im Urteil Auroux u. a. klargestellt hat, ist nämlich der Eigentumserwerb kein unerlässliches Kriterium. Außerdem erscheint es völlig den Erfordernissen der Angemessenheit und der Achtung der Grundprinzipien der Richtlinie zu entsprechen, dass, wenn die öffentliche Hand den Einsatz öffentlicher Mittel beabsichtigt, die Auswahl der Empfänger dieser Mittel unter

den von der Richtlinie gebotenen Garantien erfolgt.

58. Es versteht sich von selbst, dass unter diese Fallgestaltung auch die Situationen fallen, in denen die eingesetzten öffentlichen Mittel nicht in Geld bestehen: Man denke z. B. an den Fall, dass dem Auftragnehmer oder Konzessionär zur Realisierung der Werke oder Arbeiten öffentliche Grundstücke kostenlos oder zu einem niedrigeren Preis als dem Marktpreis überlassen werden.

59. Eine dritte Fallgestaltung einer unmittelbaren Verbindung zwischen der öffentlichen Verwaltung und den zu realisierenden Arbeiten oder Werken hat Auffangcharakter und betrifft die Fälle, in denen die Werke und/oder Arbeiten abseits des Vorliegens der ersten oder der zweiten Fallgestaltung jedenfalls das Ergebnis einer Initiative der öffentlichen Verwaltung selbst sind. Diese Fallgestaltung liegt insbesondere vor, wenn die Träger öffentlicher Gewalt aus eigenem Bestreben ein Verfahren in Gang setzen, das zur Realisierung der Werke oder Arbeiten führt. Um eine Situation dieser Art handelte es sich bei dem vom Gerichtshof im bereits erwähnten Urteil Auroux u. a.[30] bewerteten Sachverhalt.

60. Die dritte und letzte Fallgestaltung erfordert jedoch eine wichtige Klarstellung. Die in einem solchen Zusammenhang von der öffentlichen Verwaltung entfaltete Tätigkeit muss über den bloßen Gebrauch der Befugnisse hinausgehen, die gerade der Verwaltung im städtebaulichen Bereich allgemein zuerkannt sind. Nur so ist es nämlich möglich, eine klare Abgrenzungslinie zwischen der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Tätigkeit und der demgegenüber an sich der Anwendung der Richtlinie entzogenen „normalen" städtebaulichen Tätigkeit zu ziehen. Konkret ist die Beurteilung, welche Art von Tätigkeit die öffentliche Verwaltung im jeweiligen Einzelfall entfaltet, vom nationalen Gericht von Fall zu Fall vorzunehmen.

61. In diesem Rahmen kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch das Erreichen einer bestimmten städtebaulichen Gestaltung des Gebiets Gegenstand eines Vertrags sein kann, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Das setzt jedoch voraus, dass zwischen der öffentlichen Verwaltung und den zu realisierenden Arbeiten oder Werken eine unmittelbare Verbindung in dem in den vorstehenden Nummern genannten Sinne besteht. Das bloße Verfolgen des öffentlichen Interesses im Wege der Ausübung der gewöhnlichen städtebaulichen Befugnisse reicht nicht aus, um zur Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über Aufträge und Konzessionen zu führen.

62. Im vorliegenden Fall kommt die Beurteilung, ob eine solche unmittelbare Verbindung besteht oder nicht, natürlich dem vorlegenden Gericht zu. Mir scheint jedoch auf der Grundlage der Anhaltspunkte, die das nationale Gericht dem Gerichtshof vorgelegt hat, schwer vorstellbar, dass vom Bestehen einer unmittelbaren Verbindung ausgegangen werden kann. Auf der einen Seite nämlich wird,

30 — Oben in Fn. 6 angeführt (Randnr. 42).

wie unstreitig zu sein scheint, die öffentliche Verwaltung im vorliegenden Fall nichts erwerben und keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil erlangen. Auch die anderen möglichen Situationen, in denen eine unmittelbare Verbindung festgestellt werden kann, scheinen nicht vorzuliegen, da die Stadt Wildeshausen keine besondere Initiative zur Errichtung von Bauwerken ergriffen, sondern sich vielmehr auf die Bewertung der verschiedenen, ihr unterbreiteten Konzepte beschränkt hat und auch keine Ausgaben für Bauzwecke eingehen musste. Genauso wenig erkennbar sind diese Kriterien für eine Verbindung auch in Bezug auf die Bundesanstalt.

C — *Die fünfte und die sechste Frage*

63. Die fünfte und die sechste Vorlagefrage betreffen nur die dritte „Variante" des Begriffs des öffentlichen Bauauftrags[31] und greifen in gewisser Weise die Probleme, die im Rahmen der ersten und insbesondere der zweiten Frage aufgeworfen worden sind, in Bezug auf diese Fallgestaltung wieder auf.

64. Genauer möchte das vorlegende Gericht mit der fünften Frage wissen, ob die „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse" im Sinne der genannten Variante schlicht darin bestehen können, dass die öffentliche Verwaltung die Befugnis hat, sicherzustellen, dass die zu realisierenden Werke einem öffentlichen Interesse entsprechen.

65. Mit der sechsten Frage dagegen wird der Gerichtshof um nähere Äußerung dazu ersucht, ob die erwähnten „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse" faktisch in der Befugnis der öffentlichen Verwaltung zur Prüfung und Genehmigung von Bauvorhaben bestehen können.

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

66. Alle Verfahrensbeteiligten, die Erklärungen abgegeben haben, sind sich — natürlich mit Ausnahme von Müller — grundsätzlich darin einig, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens die Voraussetzungen für einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne der dritten Variante nicht vorliegen.

67. Im Einzelnen bestehen die Kommission, die Regierung der Niederlande und die französische Regierung auf der Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen einer „aktiven" Rolle der öffentlichen Verwaltung, bei der diese die Initiative für die Ausführung der

31 — Vgl. oben, Nr. 20.

Werke ergreife oder jedenfalls entscheidenden Einfluss ausübe, und einer rein „passiven" Rolle, bei der die Träger öffentlicher Gewalt nur Genehmigungs- und Kontrollaufgaben in Bezug auf Vorhaben Privater wahrnähmen. In diesem zweiten Fall liege kein öffentlicher Auftrag vor, sondern die öffentliche Verwaltung übe allenfalls ihre ureigenen Aufgaben der Planung, Genehmigung, Kontrolle usw. aus.

68. Die deutsche Regierung legt ihrer Ansicht zugrunde, dass auch für die dritte Variante des Begriffs des öffentlichen Bauauftrags die von ihr für die ersten beiden Varianten als erforderlich erachteten Voraussetzungen vorliegen müssten, zu denen insbesondere ein unmittelbarer wirtschaftlicher Nutzen für die öffentliche Verwaltung gehöre.

2. Würdigung

69. Die Entscheidung des vorlegenden Gerichts, bei der Gliederung seiner Fragen an den Gerichtshof die Problematik im Zusammenhang mit den ersten beiden Varianten des Begriffs des öffentlichen Bauauftrags, die insbesondere Gegenstand der zweiten Frage ist, von der Problematik in Bezug auf die dritte Variante, die im Mittelpunkt der fünften und der sechsten Frage steht, zu trennen, geht, wie mir scheint, darauf zurück, aus dem Wortlaut der dritten Variante eine erhebliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der Richtlinie ableiten zu wollen.

70. Nun steht außer Zweifel, wie im Übrigen von der Kommission in ihren Erklärungen zutreffend herausgestellt worden ist, dass die dritte Variante des Begriffs des öffentlichen Bauauftrags tatsächlich zu dem Zweck geschaffen wurde, Umgehungen der Norm dadurch zu verhindern, dass unter sie verschiedenartige Sachverhalte subsumiert werden können, die vorab nicht abschließend hätten bestimmt werden können.

71. Wie jedoch oben ausgeführt, kann der Wortlaut des Normtextes nicht herangezogen werden, um dessen Tragweite ganz unkontrolliert auszuweiten. Insbesondere würde der Anwendungsbereich der Richtlinie übermäßig ausgeweitet, wenn die „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse" alle Genehmigungs- und Bauplanungstätigkeiten der Träger öffentlicher Gewalt umfassen könnten.

72. In Wirklichkeit müssen auch für die dritte Variante die oben zu den ersten beiden Vorlagefragen angestellten Überlegungen gelten. Es gibt keinen Grund dafür, dass in Bezug auf die dritte Variante davon abgesehen werden könnte, dass für die Zwecke der Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18 eine unmittelbare

Verbindung zwischen der öffentlichen Verwaltung und den zu realisierenden Werken bestehen muss.

D — *Teilergebnis*

73. Zum Abschluss meiner Prüfung der ersten, der zweiten, der fünften und der sechsten Vorlagefrage schlage ich dem Gerichtshof deshalb vor, diese Fragen dahin zu beantworten, dass das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags oder einer öffentlichen Baukonzession im Sinne der Richtlinie 2004/18 eine unmittelbare Verbindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den zu realisierenden Arbeiten oder Werken voraussetzt. Diese unmittelbare Verbindung kann insbesondere darin bestehen, dass das Bauwerk von der öffentlichen Verwaltung erworben werden soll oder ihr unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt, oder aber darin, dass die Initiative für die Realisierung beim öffentlichen Auftraggeber liegt oder dieser zumindest teilweise deren Kosten trägt.

E — *Die dritte und die vierte Frage*

74. Mit der dritten und der vierten Frage möchte das Oberlandesgericht Düsseldorf im Wesentlichen wissen, ob es für den Begriff des öffentlichen Bauauftrags darauf ankommt, dass sich der Auftragnehmer zur Realisierung der Werke oder Arbeiten verpflichtet. Die scheinbar eigenartigen Fragen erklären sich damit, dass bei dem Sachverhalt, der dem nationalen Gericht zur Prüfung vorliegt, der Erwerber der Grundstücke unstreitig beim Kauf der Liegenschaft keine Bauverpflichtung eingegangen ist.

75. Fast alle, die Erklärungen abgegeben haben, sind sich ohne größere Unterschiede im Allgemeinen einig, dass die Fragen zu bejahen sind. Nur die Antragstellerin im Ausgangsverfahren, Müller, schlägt dem Gerichtshof aus auf der Hand liegenden Gründen vor, stattdessen dem Ansatz des vorlegenden Gerichts zu folgen, wonach eine solche Verpflichtung nicht erforderlich sei.

76. Mir scheint jedoch klar, dass die Fragen zu bejahen sind und die Verpflichtung zur Realisierung der Arbeiten und/oder Werke ein unverzichtbares Element für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags oder einer öffentlichen Baukonzession darstellt.

77. Dies ergibt sich in erster Linie und ganz grundlegend aus der Richtlinie 2004/18 selbst, die, wie gesehen, den öffentlichen Bauauftrag als entgeltlichen Vertrag definiert. Diesem Begriff liegt also bereits die Vorstellung zugrunde, dass ein Austausch von Leistungen stattfindet zwischen dem öffentlichen Auftraggeber, der einen Preis bezahlt (oder alternativ ein Nutzungsrecht einräumt), und dem Auftragnehmer, der Arbeiten oder Werke realisieren soll. Die synallagmatische

Natur des öffentlichen Auftrags liegt somit auf der Hand. Es stünde klar im Widerspruch zu dieser Natur, wenn man zuließe, dass ein Auftragnehmer nach der Zuschlagserteilung einseitig und folgenlos einfach entscheiden könnte, nicht zu realisieren, was vorgesehen war. Anderenfalls würde letztlich dem Auftragnehmer ein Ermessen hinsichtlich der Erfordernisse und Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers zuerkannt.

78. Eine andere und konzeptionell davon getrennte Frage, die außerdem vom vorlegenden Gericht gestellt wird, geht dahin, ob es für einen öffentlichen Bauauftrag erforderlich ist, dass die etwaige Verpflichtung, die der Auftragnehmer gegenüber der öffentlichen Verwaltung übernommen hat, rechtlich durchsetzbar ist. Das nationale Gericht möchte also wissen, ob die Möglichkeit vorgesehen sein muss, dass der öffentliche Auftraggeber die ausstehende Realisierung gegenüber dem Auftragnehmer einklagen kann.

79. Wenn das vorlegende Gericht mit dieser Formulierung vom Gerichtshof wissen möchte, ob das nationale Recht im Bereich der Bauaufträge gemäß der Richtlinie 2004/18 notwendigerweise Mechanismen vorsehen muss, mit denen ein Auftragnehmer gezwungen werden kann, das Werk oder die Arbeiten, die vertraglich vorgesehen sind, zu realisieren, scheint mir die Frage zu verneinen zu sein, da sich in der Richtlinie kein Hinweis in diesem Sinne finden lässt.

80. Das heißt jedoch nicht, dass der etwaigen Nichterfüllung von Seiten des Auftragnehmers keine Bedeutung zukommen kann. Es darf nämlich nicht vergessen werden, dass, wie oben ausgeführt, ein öffentlicher Bauauftrag in jeder Hinsicht ein Vertrag ist, d. h. eine Rechtshandlung, die in der Vielfalt der nationalen Rechtsordnungen jedenfalls immer durch ihre Verbindlichkeit gekennzeichnet ist. Wie die deutsche Regierung in ihren Erklärungen zutreffend ausführt, ist es, damit von einem öffentlichen Bauauftrag gesprochen werden kann, erforderlich, dass der Auftragnehmer vertraglich zur Erbringung der vorgesehenen Leistung verpflichtet ist. Die Folgen der etwaigen Nichterfüllung richten sich dagegen nach dem nationalen Recht: Nichts hindert daran, dass z. B. für den Fall der Nichterfüllung von Seiten des Auftragnehmers das einzelstaatliche Recht die Auflösung des Vertrags, die Vergabe an einen anderen Auftragnehmer und einen schlichten Schadensersatzanspruch der öffentlichen Verwaltung gegen den ersten Auftragnehmer vorsieht.

81. Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die dritte und die vierte Vorlagefrage zu antworten, dass die Begriffe des öffentlichen Bauauftrags und der öffentlichen

Baukonzession im Sinne der Richtlinie 2004/18 eine vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers gegenüber der öffentlichen Verwaltung zur Erbringung der vereinbarten Leistung voraussetzen. Die Folgen einer etwaigen Nichterfüllung von Seiten des Auftragnehmers richten sich nach dem nationalen Recht.

1. Die Ansichten der Verfahrensbeteiligten

83. Die klarste Haltung zu diesem Problem nimmt die deutsche Regierung ein, die die Vereinbarkeit des Instituts der Konzession mit dem Bestehen eines Eigentumsrechts durchweg ausschließt. Begründet wird dies damit, dass die Konzession definitionsgemäß voraussetze, dass der Konzessionsgeber Inhaber der dem Konzessionär übertragenen Rechte sei.

84. Die Regierung der Niederlande und die österreichische Regierung schließen zwar die Vereinbarkeit von Konzession und Eigentumsrecht nicht kategorisch aus, sind aber der Ansicht, dass im vorliegenden Fall die Rolle der öffentlichen Verwaltung zu begrenzt sei, um vom Vorliegen einer Konzession ausgehen zu können. Dafür wäre es nämlich nach Ansicht dieser Regierungen erforderlich, dass die Träger öffentlicher Gewalt dem Konzessionär zumindest genaue Vorgaben in Bezug auf die zu realisierenden Arbeiten und/oder Werke erteilten.

F — *Die siebte Frage*

82. Mit der siebten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob eine öffentliche Baukonzession im Sinne der Richtlinie 2004/18 vorliegen kann, wenn der „Konzessionär" Inhaber eines Eigentumsrechts ist, das ihm an sich bereits das Recht zur Nutzung der Sache, die Gegenstand der Konzession ist, verleiht[32]. Allgemeiner betrifft die Frage die Zulässigkeit einer unbefristeten Konzession nach dem Gemeinschaftsrecht.

85. Demgegenüber nimmt nur die Kommission eine offenere Haltung ein. Gestützt darauf, dass kennzeichnendes Merkmal der Baukonzession sei, dass der Konzessionär das wirtschaftliche Risiko im Zusammenhang mit der Realisierung der Arbeiten oder Werke trage, vertritt sie die Ansicht, dass im vorliegenden Fall dieses wirtschaftliche Risiko in der Ungewissheit für den „Konzessionär" gesehen werden könne, ob die öffentliche Verwaltung seine Bauvorhaben genehmige, für deren Verwirklichung

32 — Genau genommen nimmt das vorlegende Gericht in der Formulierung der Frage auf das Eigentum an dem *Grundstück* Bezug, auf dem die Arbeiten oder Werke zu realisieren sind. Wie es jedoch in den Beschlussgründen ausführt, folgt nach deutschem Recht das Recht zur Nutzung eines Gebäudes unmittelbar aus dem Eigentumsrecht an dem Grundstück, auf dem das Gebäude errichtet ist. Das wahre Problem, das der Frage zugrunde liegt, besteht somit eben in dem Verhältnis zwischen Konzession und Eigentumsrecht.

er vorab die Liegenschaft habe entgeltlich erwerben müssen.

88. Rein etymologisch ist eine Konzession die Möglichkeit des Genusses an einer Sache, die jemandem eingeräumt wird, der an der Sache sonst kein Recht geltend machen könnte.

2. Würdigung

86. Die siebte Frage ist, zumindest unter grundsätzlichen Gesichtspunkten, in gewisser Hinsicht die problematischste. Die Frage der Vereinbarkeit von öffentlicher Baukonzession und Eigentumsrecht hat nämlich erhebliche Auswirkungen sowohl in theoretischer als auch in praktischer Sicht.

89. Die Richtlinie 2004/18 ihrerseits spricht bei der Definition der öffentlichen Baukonzession schlicht von einem „Recht zur Nutzung des Bauwerks", das demjenigen, der es errichtet, zum Ausgleich eingeräumt wird.

87. Die Entscheidung der öffentlichen Verwaltung, sich einer öffentlichen Baukonzession zu bedienen, kann verschiedene Gründe haben. In manchen Fällen kann die Absicht dahinter stehen, bestimmte, im Privatsektor vorhandene Erfahrungen auszunutzen oder aber Bauwerke mit größerer Effizienz zu errichten. Es bestehen jedoch keine Zweifel, dass die Entscheidung für die Konzession meist finanziellen Zwängen entspricht. Mit dem Rückgriff auf dieses Institut können nämlich im öffentlichen Interesse liegende Bauwerke ohne Belastung der öffentlichen Kassen realisiert werden[33].

90. So weit aber dieses „Recht zur Nutzung" auch ausgelegt werden mag, scheint es mir nach Sinn und Systematik der in Rede stehenden Regelung ausgeschlossen, dass von einer öffentlichen Baukonzession ausgegangen werden kann, wenn dem „Konzessionär" das Eigentumsrecht an den realisierten Bauwerken verschafft wird.

33 — Vgl. zu diesem Normzweck die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (ABl. 2000, C 121, S. 2, Punkt 1.2) und in jüngerer Zeit die Mitteilung der Kommission vom 15. November 2005 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen (KOM[2005] 569 endg., Abschnitt 1).

91. Erstens nämlich scheint, wie insbesondere von der deutschen Regierung ausgeführt, der Umstand, dass die Richtlinie von einem Nutzungsrecht für den Konzessionär spricht,

denknotwendig zu bedeuten, dass dieser an der Sache kein weiter gefasstes Recht — wie das Eigentumsrecht — haben darf.

92. Außerdem nähme eine solche Gestaltung, abgesehen davon, dass sie schwer mit dem Wortlaut der Norm zu vereinbaren ist, den Trägern öffentlicher Gewalt das, was mir eines der wesentlichen Merkmale der öffentlichen Baukonzession zu sein scheint: die Möglichkeit für die öffentliche Verwaltung, eines Tages, gegebenenfalls auch nur zu dem Zweck einer Neuvergabe des Nutzungsrechts, die Herrschaft über die errichteten Bauwerke zu erlangen.

93. Mit anderen Worten stellt sich das Problem nicht so sehr aufgrund der objektiven Eigenschaften des Eigentumsrechts im Vergleich zur Möglichkeit des Genusses an der Sache als wegen der tendenziellen Unbefristetheit dieses Rechts. Unabhängig von dem ihr zugrunde liegenden Rechtstitel kann deshalb die dem Konzessionär eingeräumte Nutzung nie auf unbegrenzte Zeit zugestanden werden.

94. Im Übrigen darf auch nicht vergessen werden, dass beim typischen Konzessionsmodell nach dem Gemeinschaftsrecht das entscheidende Abgrenzungsmerkmal, das im Besonderen der Unterscheidung der Konzession vom öffentlichen Auftrag dient, darin besteht, dass bei der Konzession der Konzessionär ein wirtschaftliches Risiko trägt, das dagegen bei öffentlichen Aufträgen nicht besteht[34]. Im vorliegenden Fall muss die Kommission, um zum Vorliegen eines derartigen Risikos zu gelangen, dieses darauf zurückführen, dass die öffentliche Hand nach dem Erwerb der Liegenschaft durch den Interessenten die Baugenehmigungen für die Bauvorhaben in Ausübung ihrer städtebaulichen Befugnisse ablehnen könnte. Diese „Unwägbarkeit“ scheint aber weniger ein Risiko im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung der Bauwerke darzustellen als die normale Unsicherheit, mit der sich jeder Private konfrontiert sieht, der von einer ins Ermessen gestellten Maßnahme der öffentlichen Verwaltung abhängig ist.

95. Im Übrigen ist das wirtschaftliche Risiko, das die öffentliche Baukonzession nach der Richtlinie kennzeichnet, bei genauer Betrachtung eine unmittelbare Folge auch der Befristetheit der Konzession selbst. Mit einem unbefristeten Recht an den zu realisierenden Sachen kann dagegen ein wirtschaftliches Risiko grundsätzlich stets ausgeschlossen werden, weil über die Zeit hinweg etwaigen

34 — Vgl. Urteile vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 40), und vom 13. November 2008, Kommission/Italien (C-437/07, Randnrn. 29 bis 31). Dieses Risiko muss nicht unbedingt hoch sein, da es Tätigkeiten gibt, denen ein geringeres Risiko innewohnt: Es muss jedoch das gesamte Risiko oder jedenfalls einen erheblichen Teil davon ausmachen, dem sich die öffentliche Verwaltung ausgesetzt sähe, wenn sie die betreffende Tätigkeit unmittelbar entfaltete (Urteil vom 10. September 2009, Eurawasser, C-206/08, Slg. 2009, I-8377, Randnrn. 69 bis 77).

schwierigen Zeiten bei der Bewirtschaftung der Güter immer begegnet werden kann.

96. Schließlich gibt es noch einen weiteren Gesichtspunkt, der für eine allgemeine Befristung der Konzessionen im Bereich des Gemeinschaftsrechts spricht. Vorstehend ist bereits mehrfach darauf hingewiesen worden, dass das grundlegende Ziel des Gemeinschaftsvergaberechts im Allgemeinen darin besteht, den Wettbewerb durch die Beseitigung aller Beschränkungen der Grundfreiheiten weitestmöglich zu fördern. Aus diesem Blickwinkel würde mit der Zulassung unbefristeter Konzessionen zulasten des Wettbewerbs und der Effizienz verhindert, dass zu späterer Zeit eine Nutzung der Bauwerke — gegebenenfalls durch andere — zu Bedingungen und nach Kriterien, die effizienter sind, sichergestellt werden kann.

97. Aus dem Vorstehenden ergeben sich zwei Konsequenzen. Zum einen können allgemein keine unbefristeten Konzessionen erteilt werden[35]. Zum anderen kann jemandem an einer Sache, deren Eigentümer er bereits ist, keine Konzession erteilt werden, es sei denn, die öffentliche Verwaltung erwürbe auf der Grundlage des nationalen Rechts nach Ablauf einer bestimmten Zeit das Eigentumsrecht oder ein ähnliches Recht an der Sache.

98. Im Ergebnis schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die siebte Vorlagefrage zu antworten, dass mit einer öffentlichen Baukonzession im Sinne der Richtlinie 2004/18 nie vorgesehen werden kann, dass dem Konzessionär ein unbefristetes Recht an der Sache, die Gegenstand der Konzession ist, eingeräumt wird.

G — Die achte und die neunte Frage

99. Auch die achte und die neunte Vorlagefrage können in Anbetracht ihres Gegenstands zusammen geprüft werden. Mit der achten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2004/18 schon dann anzuwenden ist, wenn die öffentliche Verwaltung, obwohl sie noch nicht förmlich über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags entschieden hat, ein Grundstück mit der Absicht veräußert, später einen Auftrag in Bezug auf dieses zu vergeben. Die neunte Frage betrifft

35 — Deshalb scheint mir das neue deutsche Gesetz (oben in Fn. 7 angeführt), mit dem u. a. eine Definition der öffentlichen Baukonzession eingeführt wurde, die ausdrücklich auf die Befristetheit des dem Konzessionär eingeräumten Rechts Bezug nimmt, richtig und gemeinschaftsrechtskonform.

dagegen die Möglichkeit, die Veräußerung des Grundstücks und die nachfolgende Vergabe rechtlich als Einheit zu bewerten.

100. Beide Fragen betreffen, wie man sieht, die Möglichkeit, gegen etwaige Rechtsmissbräuche, die darauf gerichtet sind, die Anwendung der gemeinschaftlichen Vergaberechtsbestimmungen zu verhindern, dadurch vorzugehen, dass bei deren Anwendung die typische, auch in der Richtlinie in Betracht gezogene chronologische Reihenfolge außer Acht gelassen wird.

101. Es ist darauf hinzuweisen, dass es in Anbetracht der auf die vorangegangenen Vorlagefragen und insbesondere auf die siebte Frage vorgeschlagenen Antworten vermutlich überflüssig ist, dem vorlegenden Gericht eine Antwort auch auf die achte und die neunte Frage zu geben, da auszuschließen ist, dass ein öffentlicher Bauauftrag oder eine öffentliche Baukonzession im Sinne des Gemeinschaftsrechts mit einem Eigentumsrecht des vermeintlichen Auftragnehmers/Konzessionärs an den betreffenden Sachen vereinbar sein kann. Der Vollständigkeit halber und für den Fall, dass der Gerichtshof meinem Ansatz bei den vorangegangenen Fragen nicht zustimmen sollte, werde ich jedoch kurz auf diesen Punkt eingehen.

102. Von denjenigen, die in der vorliegenden Rechtssache Erklärungen abgegeben haben, zeigt sich nur die Kommission gegenüber der vom vorlegenden Gericht befürworteten Herangehensweise aufgeschlossen. Obwohl sie darauf hinweist, dass die konkrete Einzelfallbewertung Sache der nationalen Gerichte sei, erkennt sie nämlich an, dass grundsätzlich in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens die Anwendung der Richtlinie 2004/18 schon ab dem Moment veranlasst sein kann, in dem die Verwaltung beschließt, das Grundstück zu veräußern. Alle anderen Verfahrensbeteiligten halten dagegen, wenn auch mit Abweichungen in den Einzelheiten, die bloße Absicht der öffentlichen Verwaltung für unmaßgeblich.

103. Es besteht kein Zweifel daran, dass, wie das vorlegende Gericht selbst ausführt, bei der Beantwortung der achten und der neunten Frage die Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil „Stadt Mödling“[36] nicht außer Betracht bleiben können. In diesem Urteil war der Gerichtshof mit einem Fall befasst, in dem eine österreichische Gemeinde die Sammlung von Abfall unmittelbar einer vollständig von ihr selbst beherrschten Gesellschaft übertragen, dann aber wenige Tage später 49 % der Anteile dieser Gesellschaft an einen Privaten abgetreten hatte. Der Gerichtshof befand daraufhin, dass im Angesicht einer eindeutig „künstlichen Konstruktion“[37], die im Wesentlichen dazu führt, dass den Vergaberichtlinien die praktische Wirksamkeit genommen wird, die rechtliche Würdigung

36 — Oben in Fn. 10 angeführt.
37 — Ebd., Randnr. 40.

des Sachverhalts „unter Berücksichtigung der Gesamtheit dieser Schritte sowie ihrer Zielsetzung … und nicht anhand ihrer rein zeitlichen Abfolge“[38] vorzunehmen ist.

104. Mir scheint klar, dass die Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil „Stadt Mödling“ von zwei Säulen getragen werden. Die erste, ausdrücklich genannte, ist die Notwendigkeit, die praktische Wirksamkeit der Richtlinie zu bewahren[39]. Die zweite, implizierte, die aber im Grunde die andere Seite der Medaille darstellt, ist das Bestreben, Rechtsmissbräuchen zu begegnen.

105. Die Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil „Stadt Mödling“ können sicherlich verallgemeinert werden und lassen deshalb die Feststellung zu, dass zur Verhinderung von Rechtsmissbrauch und zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsvergaberechts zwei — auch in zeitlicher Hinsicht — förmlich voneinander getrennte Handlungen als gleichzeitig oder auch eine einzige Rechtshandlung angesehen werden können.

106. Die Würdigung ist natürlich Sache des nationalen Gerichts, das als einziges über alle dazu notwendigen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte verfügt. Aus offenkundigen Gründen im Zusammenhang mit dem Erfordernis, die Rechtssicherheit zu gewährleisten, müssen jedoch einige strenge Voraussetzungen erfüllt sein. Insbesondere darf zwischen der Grundstücksveräußerung und der Auftragsvergabe keine übermäßig lange Zeitspanne liegen, und es muss plausible Anhaltspunkte dafür geben, dass die den Auftrag betreffende Absicht der Verwaltung bereits zum Zeitpunkt der Grundstücksveräußerung bestand. Außer in Fällen deutlichen Missbrauchs, in denen die Absicht zur Umgehung der Vorschriften von Anfang an ganz klar ist, kann nur eine rückblickende Würdigung allen genannten Gesichtspunkten angemessen Rechnung tragen.

107. Deshalb schlage ich vor, auf die achte und die neunte Vorlagefrage, falls erforderlich, zu antworten, dass, wenn es klare Hinweise darauf gibt, dass die Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Aufträge und Konzessionen umgangen werden sollten, bei der rechtlichen Würdigung eines Sachverhalts die beiden — auch in zeitlicher Hinsicht — förmlich voneinander getrennten Handlungen der Veräußerung eines Grundstücks und der Vergabe eines Auftrags oder einer Konzession für dieses Grundstück als eine einzige Rechtshandlung angesehen werden können. Es ist Sache des nationalen Gerichts, auf der Grundlage aller Fallumstände zu prüfen, ob eine solche Umgehungsabsicht vorliegt.

38 — Ebd., Randnr. 41.
39 — Ebd., Randnr. 42.

V — Ergebnis

108. Im Ergebnis schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Oberlandesgerichts Düsseldorf wie folgt zu beantworten:

Das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags oder einer öffentlichen Baukonzession im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge setzt eine unmittelbare Verbindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den zu realisierenden Arbeiten oder Werken voraus. Diese unmittelbare Verbindung kann insbesondere darin bestehen, dass das Bauwerk von der öffentlichen Verwaltung erworben werden soll oder ihr unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt, oder aber darin, dass die Initiative für die Realisierung beim öffentlichen Auftraggeber liegt oder dieser zumindest teilweise deren Kosten trägt.

Die Begriffe des öffentlichen Bauauftrags und der öffentlichen Baukonzession im Sinne der Richtlinie 2004/18 setzen eine vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers gegenüber der öffentlichen Verwaltung zur Erbringung der vereinbarten Leistung voraus. Die Folgen einer etwaigen Nichterfüllung von Seiten des Auftragnehmers richten sich nach dem nationalen Recht.

Mit einer öffentlichen Baukonzession im Sinne der Richtlinie 2004/18 kann nie vorgesehen werden, dass dem Konzessionär ein unbefristetes Recht an der Sache, die Gegenstand der Konzession ist, eingeräumt wird.

Wenn es klare Hinweise darauf gibt, dass die Gemeinschaftsvorschriften über öffentliche Aufträge und Konzessionen umgangen werden sollten, können bei der rechtlichen Würdigung eines Sachverhalts die beiden — auch in zeitlicher Hinsicht — förmlich voneinander getrennten Handlungen der Veräußerung eines Grundstücks und der Vergabe eines Auftrags oder einer Konzession für dieses Grundstück als eine einzige Rechtshandlung angesehen werden. Es ist Sache des nationalen Gerichts, auf der Grundlage aller Fallumstände zu prüfen, ob eine solche Umgehungsabsicht vorliegt.