Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zweite Kammer)

11. Juli 2013*

„Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats — Richtlinie 2004/18/EG — Zeitlicher Geltungsbereich — Öffentliche Baukonzession — Verkauf eines Grundstücks durch eine öffentliche Stelle — Bauvorhaben über die von dieser Stelle bestimmte Neugestaltung öffentlicher Bereiche“

In der Rechtssache C-576/10

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 258 AEUV, eingereicht am 9. Dezember 2010,

Europäische Kommission, vertreten durch M. van Beek, A. Tokár und C. Zadra als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Königreich der Niederlande, vertreten durch C. Wissels und J. Langer als Bevollmächtigte,

Beklagter,

unterstützt durch

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch T. Henze, J. Möller und A. Wiedmann als Bevollmächtigte,

Streithelferin,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zweite Kammer)

unter Mitwirkung der Kammerpräsidentin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev und J. L. da Cruz Vilaça (Berichterstatter),

Generalanwalt: M. Wathelet,

Kanzler: C. Strömholm, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 2013,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 11. April 2013

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

folgendes

Urteil

1 Mit ihrer Klage beantragt die Europäische Kommission die Feststellung des Gerichtshofs, dass das Königreich der Niederlande wegen Verstoßes gegen das Recht der Europäischen Union im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge und insbesondere gegen die 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) im Zusammenhang mit der Vergabe einer öffentlichen Baukonzession durch die Gemeinde Eindhoven seinen Verpflichtungen aus Art. 2 und Titel III dieser Richtlinie nicht nachgekommen ist.

Rechtlicher Rahmen

2 Art. 1 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2004/18 sieht vor:

„(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."

3 Nach Art. 2 dieser Richtlinie behandeln die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.

4 Titel III der Richtlinie 2004/18 enthält die Vorschriften für öffentliche Baukonzessionen.

5 Art. 80 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18, der zu deren Titel V gehört, bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie bis zum 31. Januar 2006 nachzukommen. Sie unterrichten die Kommission unverzüglich davon.

…"

Sachverhalt

6 Der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt betrifft die Verwirklichung eines Bauvorhabens in der Gemeinde Eindhoven (im Folgenden: Gemeinde) auf einer dieser Gemeinde gehörenden Fläche zwischen dem bestehenden Viertel Doornakkers und dem neuen Wohnviertel Tongelresche Akkers (im Folgenden: Zentrum Doornakkers).

7 Am 7. August 2001 genehmigten der Bürgermeister und die Beigeordneten (im Folgenden: Gemeindevorstand) das Gutachten über das Zentrum Doornakkers. Dieses Dokument beschrieb die Pläne zur Errichtung eines Zentrums für soziale Zwecke (mit einer Pflegeeinrichtung sowie einem Spiele-, Integrations- und Studienzentrum, im Folgenden: SPILcentrum) sowie eines Einkaufszentrums mit Wohnungen. Am 12. September 2001 genehmigte der Gemeindevorstand einen Bebauungsplan für das Vorhaben Zentrum Doornakkers. Dieser Plan enthielt die Leitlinien für die Gestaltung des Viertels und sah Infrastrukturen und Einrichtungen zur Integration der Viertel Doornakkers und Tongelresche Akkers vor.

8 Am 23. April 2002 genehmigte der Gemeindevorstand das Gutachten „Auswahl eines Bauträgers für das Zentrum Doornakkers“ (im Folgenden: Gutachten vom 23. April 2002), das von den Dienststellen der Gemeinde am 11. April 2002 erstellt worden war. Dieses Gutachten nannte die Kriterien für die Auswahl des Käufers der Grundstücke, auf denen das Vorhaben betreffend das Zentrum Doornakkers verwirklicht werden sollte. Darin wurde ausgeführt, dass der Kaufvertrag „die Rahmenbedingungen und Leitlinien der Gemeinde, d. h. den Pflichtenkatalog“, zu beachten habe und dass er „den … Wünschen der Käufer/Endabnehmer entsprechen“ müsse. Es wurde auch angegeben, dass „[d]ie Tatsache, dass die Gemeinde sich für einen Verkauf unter gewissen Bedingungen entscheidet, bedeutet, dass es keine öffentliche Vergabe geben wird und die Regeln über öffentliche Aufträge nicht anwendbar sind“.

9 Die in der vorhergehenden Randnummer genannten Rahmenbedingungen und Leitlinien legen insbesondere den Verwendungszweck und die Höhe der Bauwerke gemäß dem Bebauungsplan genauer dar. Sie sehen den Bau von Wohnungen, den Ausbau der bestehenden Pflegeeinrichtung, einen Verbindungsbereich der beiden Hauptgelände, gute Erreichbarkeit, eine der Parkordnung der Gemeinde entsprechende Tiefgarage, die Bewahrung wertvoller Grünflächen sowie die Schaffung eines Platzes und eines neuen Parks im Viertel vor.

10 Gemäß dem Gutachten vom 23. April 2002 wurden die Gesellschaften Hurks Bouw en Vastgoed BV (im Folgenden: Hurks) und Haagdijk BV gebeten, ihre Pläne vorzustellen.

11 Mit Entscheidung vom 15. Juli 2003 wählte die Gemeinde Hurks als Promoter und möglichen Vertragspartner für das Zentrum Doornakkers aus.

12 Von Juli 2003 bis Oktober 2005 arbeitete Hurks seine Baupläne in einem Masterplan genauer aus, der von der Gemeinde am 14. Februar 2006 gebilligt wurde. Im Hinblick auf die Verwirklichung dieses Plans schlossen die Gemeinde und Hurks einen „Kooperationsvertrag“, den Hurks am 12. Juni 2007 und die Gemeinde am 16. Juli 2007 unterzeichneten (im Folgenden: Kooperationsvertrag).

13 Aus Erwägungsgrund F dieses Vertrags ergibt sich, dass die Gemeinde und Hurks zu einer Übereinkunft über die Gestaltung und Verwirklichung des SPILcentrum gelangt sind. Die Vertragsparteien dieser Übereinkunft vereinbarten, dass das SPILcentrum aus Wohnungen, dem Ausbau der bestehenden Pflegeeinrichtung und einer Tiefgarage, einem Einkaufszentrum mit Wohnungen, einer anderen Tiefgarage sowie Wohnungen bestehen sollte. Es war vorgesehen, dass Hurks diese Bauvorhaben auf eigenes Risiko und auf eigene Rechnung durchführen würde. Um diese Vorhaben erfolgreich durchführen zu können, haben die Gemeinde und Hurks auch eine Vereinbarung über den Verkauf von Grundstücken von der Gemeinde an Hurks getroffen.

14 Parallel zu diesen Verhandlungen wählte die Gemeinde am 13. Februar 2007 die Stiftung Woonbedrijf als Eigentümerin des SPILcentrum aus. Dafür wurde von der Gemeinde und der Stiftung Woonbedrijf am 15. April 2008 ein Kooperationsvertrag unterzeichnet.

Vorverfahren und Verfahren vor dem Gerichtshof

15 Auf eine Beschwerde bezüglich der Vergabebedingungen des Vorhabens Zentrum Doornakkers verlangte die Kommission mit Schreiben vom 2. Juli 2008 vom Königreich der Niederlande, ihr Informationen über dieses Vorhaben mitzuteilen. Das Königreich der Niederlande antwortete hierauf mit Schreiben vom 19. Dezember 2008.

16 Am 24. Februar 2009 übersandte die Kommission ihm ein Mahnschreiben, das auf einen Verstoß gegen das Unionsrecht auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge und insbesondere gegen die Richtlinie 2004/18 gestützt war. Das Königreich der Niederlande antwortete hierauf mit Schreiben vom 30. Juni 2009 und trug insbesondere vor, dass die Richtlinie 2004/18 in zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar sei.

17 Am 9. Oktober 2009 erließ die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der sie im Wesentlichen ihre Position, die sie im Mahnschreiben zum Ausdruck gebracht hatte, bestätigte und Argumente für die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18 im vorliegenden Fall vorbrachte. Die Kommission forderte das Königreich der Niederlande außerdem auf, binnen zwei Monaten die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.

18 Mit Schreiben vom 8. Dezember 2009 antwortete das Königreich der Niederlande auf die mit Gründen versehene Stellungnahme. In seiner Antwort widersprach es dem Vorbringen der Kommission in Bezug auf den Verstoß gegen die Richtlinie 2004/18 und bekräftigte auf der Grundlage des Urteils vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich (C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Randnrn. 36 und 37), dass nicht die Richtlinie 2004/18, sondern die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar sei.

19 Daraufhin hat die Kommission entschieden, die vorliegende Klage zu erheben.

20 Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 17. Mai 2011 ist die Bundesrepublik Deutschland als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge des Königreichs der Niederlande zugelassen worden.

Zur Klage

Zur Zulässigkeit

Vorbringen der Parteien

21 Das Königreich der Niederlande erhebt zwei Unzulässigkeitseinreden.

22 Erstens sei die Klage unzulässig, da die Kommission Unterlagen verwendet habe, auf die das Königreich der Niederlande während des Vorverfahrens unter Verstoß gegen seine Verteidigungsrechte nicht habe reagieren können.

23 Nach seiner Antwort auf die mit Gründen versehene Stellungnahme habe die Kommission mit Schreiben vom 12. Mai 2010 das Königreich der Niederlande nämlich aufgefordert, eine Reihe von Unterlagen, u. a. die gemeinsame Absichtserklärung vom 15. Januar 2010 in Bezug auf das

SPILcentrum und den Kooperationsvertrag zwischen der Gemeinde und der Stiftung Woonbedrijf, vorzulegen. Letzterer sei der Kommission mit Schreiben des Ministers für auswärtige Angelegenheiten vom 11. Juni 2010 mit dem Hinweis übermittelt worden, dass die Kommission diese Auskünfte im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht verwenden dürfe.

24 Ferner beanstandet das Königreich der Niederlande gegenüber der Kommission, dass diese drei Dokumente in das Verfahren eingeführt habe, die dem Schreiben vom 11. Juni 2010 nicht als Anhang beigefügt gewesen seien und die auch während des Vorverfahrens nicht erörtert worden seien. Es handele sich um ein Informationsschreiben des Gemeinderats von Eindhoven vom 18. März 2008 über die von der Gemeinde für den Zeitraum 2005–2010 initiierten Wohnbauvorhaben, einen Verwaltungserlass vom 6. Oktober 2009 („Vorübergehendes Anreizsystem für Wohnbauprojekte 2009“) und eine der Website des Ministeriums für Wohnungswesen, Raumordnung und Umweltfragen entnommene Mitteilung.

25 Nach Ansicht des Königreichs der Niederlande hat die Kommission zweitens den Streitgegenstand im Vergleich zum Vorverfahren erweitert.

26 Denn um nachzuweisen, dass es sich um einen entgeltlichen Vertrag handele, habe die Kommission erst in der Klageschrift zum ersten Mal behauptet, dass die Gemeinde eine „Leistung“ erhalte. Im Vorverfahren habe sich die Kommission ausschließlich auf das Vorliegen einer „Gegenleistung“ der Gemeinde an Hurks konzentriert, um nachzuweisen, dass es sich um einen solchen Vertrag handele. Die Kommission habe folglich in ihrer Klageschrift unter Verstoß gegen die Rechtsprechung des Gerichtshofs (Urteil vom 18. November 2010, Kommission/Portugal, C-458/08, Slg. 2010, I-11599, Randnr. 43) eine neue Rüge erhoben.

27 Die Kommission beantragt, dieses Vorbringen insgesamt zurückzuweisen.

Würdigung durch den Gerichtshof

28 Hinsichtlich der ersten Unzulässigkeitseinrede ist daran zu erinnern, dass das von der Kommission an den Mitgliedstaat gerichtete Aufforderungsschreiben sowie ihre mit Gründen versehene Stellungnahme nach ständiger Rechtsprechung den Streitgegenstand abgrenzen, so dass dieser nicht mehr erweitert werden kann. Denn die Möglichkeit zur Äußerung stellt für den betreffenden Mitgliedstaat auch dann, wenn er meint, davon nicht Gebrauch machen zu sollen, eine vom Vertrag gewollte wesentliche Garantie dar, deren Beachtung ein substanzielles Formerfordernis für den ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens zur Feststellung einer Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats ist. Die mit Gründen versehene Stellungnahme und die Klage der Kommission müssen daher auf dieselben Rügen gestützt werden wie das Mahnschreiben, mit dem das Vorverfahren eingeleitet wird (vgl. Urteile vom 18. Dezember 2007, Kommission/Spanien, C-186/06, Slg. 2007, I-12093, Randnr. 15, und vom 14. Oktober 2010, Kommission/Österreich, C-535/07, Slg. 2010, I-9483, Randnr. 41).

29 Im Übrigen hat der Gerichtshof auch entschieden, dass es grundsätzlich nicht unzulässig ist, dass die Kommission ergänzende Beweismittel vorlegt, die den Zweck haben, den generellen und fortdauernden Charakter dieses behaupteten Verstoßes im Stadium des Verfahrens vor dem Gerichtshof zu untermauern (Urteile vom 26. April 2005, Kommission/Irland, C-494/01, Slg. 2005, I-3331, Randnr. 37, und vom 22. Dezember 2008, Kommission/Spanien, C-189/07, Randnr. 29).

30 Nach Ansicht des Königreichs der Niederlande wurden die vier Dokumente, die in der Klageschrift zum ersten Mal vorgelegt wurden, von der Kommission verwendet, um das unmittelbare wirtschaftliche Interesse der Gemeinde an der Verwirklichung des Projekts Zentrum Doornakkers und somit den entgeltlichen Charakter des Vertrags zwischen der Gemeinde und Hurks nachzuweisen.

31 Wie der Generalanwalt in Nr. 31 der Schlussanträge ausführt, betreffen die von der Kommission vorgelegten Unterlagen, deren Verwendung von der niederländischen Regierung beanstandet wird, jedoch ausschließlich die Sachlage, die Gegenstand des Vorverfahrens war, und dienen nur der Erläuterung der im Rahmen dieses Verfahrens erhobenen Rüge.

32 Unter diesen Umständen war es der Kommission möglich, direkt auf diese Dokumente zurückzugreifen, um die erstmals im Mahnschreiben formulierte Rüge zu stützen, dass ein Vertrag über eine öffentliche Baukonzession – dessen entgeltlicher Charakter eine seiner Voraussetzungen darstellt – vorliege (in diesem Sinne Urteil Kommission/Irland, Randnr. 36).

33 Die erste Unzulässigkeitseinrede ist somit zurückzuweisen.

34 Zur zweiten Unzulässigkeitseinrede ist festzustellen, dass der Gegenstand der nach Art. 258 AEUV erhobenen Klage zwar durch das in dieser Vorschrift vorgesehene vorprozessuale Verfahren umschrieben wird, weshalb die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission und die Klage auf dieselben Rügen gestützt werden müssen, dass dieses Erfordernis aber nicht so weit gehen kann, dass sie in jedem Fall völlig übereinstimmend formuliert sein müssen, sofern nur der Streitgegenstand nicht erweitert oder geändert worden ist (Urteile vom 12. Juni 2003, Kommission/Finnland, C-229/00, Slg. 2003, I-5727, Randnrn. 44 und 46, vom 14. Juli 2005, Kommission/Deutschland, C-433/03, Slg. 2005, I-6985, Randnr. 28, sowie vom 26. April 2007, Kommission/Finnland, C-195/04, Slg. 2007, I-3351, Randnr. 18).

35 Daher kann die Kommission ihre ursprünglichen Rügen in der Klageschrift präzisieren, sofern sie den Streitgegenstand nicht ändert (Urteile Kommission/Irland, Randnr. 38, und vom 26. April 2007, Kommission/Finnland, Randnr. 18).

36 Im vorliegenden Fall wird schon beim Durchlesen des Mahnschreibens, der mit Gründen versehenen Stellungnahme und der beim Gerichtshof eingereichten Klageschrift deutlich, dass der Streitgegenstand von der Kommission während des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens nicht geändert worden ist.

37 Denn aus allen diesen Dokumenten geht ausdrücklich hervor, dass die Kommission feststellen lassen möchte, dass „das Königreich der Niederlande seinen Verpflichtungen nach Art. 2 und Titel III der Richtlinie 2004/18 nicht nachgekommen ist“.

38 In der mit Gründen versehenen Stellungnahme hat die Kommission insbesondere gerügt, dass die Gemeinde mit Hurks keinen Kooperationsvertrag, sondern einen Vertrag über eine öffentliche Baukonzession abgeschlossen habe, dessen Bestehen insbesondere von dessen entgeltlichem Charakter abhänge.

39 In der Klageschrift hat die Kommission diesen Vorwurf wiederholt und sich dabei auf das Urteil vom 25. März 2010, Helmut Müller (C-451/08, Slg. 2010, I-2673), berufen, in dem der Gerichtshof den Begriff des entgeltlichen Vertrags näher ausgeführt hat. Diese Ausführungen, die übrigens auf der Linie der Rechtsprechung zu diesem Begriff liegen, betrafen die Leistung, die der öffentliche Auftraggeber aufgrund eines öffentlichen Auftrags gegen eine Gegenleistung erhält.

40 Hiermit hat die Kommission lediglich die bereits im Mahnschreiben und in der mit Gründen versehenen Stellungnahme in allgemeiner Form vorgebrachten Argumente, die ihr Vorbringen betreffend den entgeltlichen Charakter des Vertrags zwischen der Gemeinde und Hurks stützen, detailliert dargelegt und daher den Streitgegenstand nicht verändert (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Deutschland, Randnr. 29, und Kommission/Portugal, Randnr. 47).

41 Da somit auch die zweite Unzulässigkeitseinrede des Königreichs der Niederlande zurückzuweisen ist, ist die Klage der Kommission für zulässig zu erklären.

Zur Begründetheit

Vorbringen der Parteien

42 Die Kommission setzt sich in ihrer Klageschrift zunächst mit dem zeitlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 auseinander, der vom Königreich der Niederlande im Vorverfahren angesprochen wurde.

43 Sie stellt unter Hinweis darauf, dass die Richtlinie 2004/18 von den Mitgliedstaaten spätestens am 31. Januar 2006 umzusetzen gewesen sei, fest, dass der Kooperationsvertrag von den beiden Vertragspartnern erst am 16. Juli 2007, d. h. ungefähr 18 Monate nach dem Ablauf der für die Umsetzung der Richtlinie gesetzten Frist, unterzeichnet worden sei.

44 Zwar habe die Gemeinde bestimmte Entscheidungen, darunter die Auswahl von Hurks als Promotor und Vertragspartner, schon vor diesem Datum getroffen. Allerdings hätten die Verhandlungen über die wesentlichen Bestandteile des Kooperationsvertrags erst nach dem 14. Februar 2006, dem Datum der Billigung des von Hurks vorgelegten Masterplans, begonnen.

45 Denn aus einem Schreiben der Gemeinde vom 22. Mai 2007 gehe hervor, dass diese und Hurks über ein Jahr über den Inhalt des Kooperationsvertrags verhandelt hätten. Die Verhandlungen hätten zum einen die Frage betroffen, ob die Gemeinde einen Teil der durchgeführten Bauvorhaben, insbesondere das SPILcentrum, Hurks abkaufen müsse, um zu verhindern, dass Hurks allein das finanzielle Risiko des gesamten Vorhabens trage, und zum anderen die Frage der Aufteilung der finanziellen Belastung für den Bau der öffentlichen Bereiche wie einer Esplanade und eines Parks.

46 Nach Ansicht der Kommission ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der öffentliche Aufträge neu vergeben werden müssen, wenn eine wesentliche Vertragsbestimmung geändert wird und dies zum Abschluss eines neuen Vertrags führt (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Frankreich, Randnr. 44), erst recht auf eine Situation wie die vorliegende anzuwenden.

47 Außerdem habe die Gemeinde, als sie am 23. April 2002 entschieden habe, zwei Wirtschaftsteilnehmer aufzufordern, Pläne aufzustellen, keineswegs die wesentlichen Merkmale des abzuschließenden Vertrags festgelegt und noch nicht einmal bestimmt, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag oder um eine Konzession handele.

48 Die Verhandlungen zwischen der Gemeinde und Hurks über alle oder zumindest die wesentlichen Bedingungen des Kooperationsvertrags hätten folglich erst nach dem Datum, zu dem die Richtlinie 2004/18 habe umgesetzt werden müssen, tatsächlich begonnen. Daher ist die Kommission in Anbetracht des Urteils des Gerichtshofs Kommission/Frankreich der Ansicht, dass diese Richtlinie im vorliegenden Fall anwendbar sei.

49 Das Königreich der Niederlande macht im Wesentlichen geltend, dass für die Prüfung der zeitlichen Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18 auf die Entscheidung über die Genehmigung des Gutachtens vom 23. April 2002, mit der der Gemeindevorstand vorgesehen habe, nur das Grundstück zu verkaufen und die Gestaltung einem Bauträger zu überlassen, abzustellen sei.

50 Das Königreich der Niederlande schließt daraus, dass der Rechtsstreit seinen Ursprung vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2004/18 habe. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs gehe hervor, dass nicht das Datum der Auftragsvergabe, sondern das der Entscheidung, durch die gegen Unionsrecht verstoßen worden sein solle, entscheidend sei.

51 Die von der Kommission vertretene Auffassung, dass der Zeitpunkt entscheidend sei, „zu dem alle oder zumindest die wesentlichen Bedingungen des [Kooperationsv]ertrags“ tatsächlich bestanden hätten, beruhe auf einer falschen Auslegung des Urteils Kommission/Frankreich.

Würdigung durch den Gerichtshof

52 Wie der Generalanwalt in Nr. 56 seiner Schlussanträge zu Recht ausgeführt hat, ist grundsätzlich die Richtlinie anwendbar, die zu dem Zeitpunkt gilt, zu dem der öffentliche Auftraggeber die Art des Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob die Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags besteht (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Frankreich, Randnrn. 36 und 37).

53 Es würde nämlich gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen, das anwendbare Recht anhand des Datums der Auftragsvergabe zu bestimmen, da dieses Datum das Ende des Verfahrens bezeichnet, während die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers für oder gegen einen vorherigen Aufruf zum Wettbewerb in der Regel zu Beginn des Verfahrens getroffen wird (Urteil Kommission/Frankreich, Randnr. 40).

54 Jedoch hat der Gerichtshof in demselben Urteil festgestellt, dass, wenn nach dieser Entscheidung eingeleitete Verhandlungen wesentlich andere Merkmale aufweisen als die zuvor geführten und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Vertragsbestimmungen erkennen lassen, die Anwendung einer Richtlinie, deren Umsetzungsfrist nach dem Zeitpunkt des Erlasses dieser Entscheidung abgelaufen ist, gerechtfertigt werden könnte (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Frankreich, Randnr. 44).

55 Im vorliegenden Fall ist zum einen festzustellen, dass die Entscheidung, das Bauvorhaben Zentrum Doornakkers ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchzuführen, zu dem Zeitpunkt erfolgte, als der Gemeindevorstand das Gutachten vom 23. April 2002 genehmigte.

56 Denn wie sich aus Nr. 2.5 dieses Gutachtens ergibt, „bedeutet“ die Tatsache, dass die Gemeinde sich für einen Verkauf von Grundstücken unter gewissen Bedingungen entschied, „dass es keine öffentliche Vergabe geben wird und die Regeln über öffentliche Aufträge nicht anwendbar sind“.

57 Unter diesen Umständen ist das Vorbringen der Kommission zurückzuweisen, wonach die Gemeinde, als sie gemäß dem Gutachten vom 23. April 2002 entschieden habe, zwei Wirtschaftsteilnehmer aufzufordern, Pläne aufzustellen, noch nicht bestimmt gehabt habe, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag oder um eine Konzession handele.

58 Die Entscheidung über die Genehmigung des Gutachtens vom 23. April 2002 stellt daher grundsätzlich die Entscheidung dar, durch die gegen Unionsrecht verstoßen worden sein soll und nach deren Datum das auf die Prüfung eines solchen Vorwurfs anwendbare Recht zu bestimmen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Oktober 2009, Hochtief und Linde-Kca-Dresden, C-138/08, Slg. 2009, I-9889, Randnr. 29).

59 Zum anderen ist zum Vorbringen der Kommission, dass die Gemeinde zu Beginn des „Verfahrens“ die wesentlichen Bedingungen und Merkmale der Konzession nicht verbindlich definiert habe, sondern den Inhalt des Vertrags und seine wesentlichen Bedingungen vom Ablauf der Verhandlungen mit Hurks abhängig gemacht habe, erstens festzustellen, dass die Kommission selbst in Randnr. 76 der Klageschrift bestätigt, dass sich aus einem im Juni 2002 den potenziellen Bauträgern von der Gemeinde mitgeteilten Informationsschreiben ergebe, dass die Gemeinde „schon eine ausreichend klare Vorstellung des erwarteten Ergebnisses hatte“. Laut Kommission enthält dieses Dokument

„Angaben über die Zahl der Parzellen, die maximale Höhe der Bauwerke, die allgemeine Ausrichtung der Gewerbeparzellen, die Lokalisierung der Eingänge zum Gesundheitszentrum und auch die Wiedereinführung bestimmter Funktionen im Park des Viertels“.

60 Zweitens hat die Kommission in Randnr. 77 der Klageschrift anerkannt, dass ein Vergleich von Art. 1.1 des Kooperationsvertrags mit dem genannten Informationsschreiben „zeigt, dass die Nutzung der zu errichtenden Gebäude im Wesentlichen bereits 2002 durch die Gemeinde … festgelegt wurde“.

61 Wie der Generalanwalt in den Nrn. 70 und 71 der Schlussanträge hervorgehoben hat, ist, drittens, die Tatsache, dass über die Aufteilung des finanziellen Risikos für gewisse Teile des Projekts SPILcentrum und die Kostenübernahme für die öffentlichen Bereiche nach der Entscheidung vom 23. April 2002 endgültig entschieden werden konnte, nicht maßgebend. Denn in Anbetracht der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann man bei keinem dieser beiden besonderen Gesichtspunkte des Vorhabens Zentrum Doornakkers davon ausgehen, dass sie wesentlich andere Merkmale als die ursprünglich vorgesehenen aufweisen (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Frankreich, Randnr. 44, und vom 19. Juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Slg. 2008, I-4401, Randnrn. 34 bis 37).

62 Daher kommen die Voraussetzungen, auf denen die Rechtsprechung des Gerichtshofs beruht, auf die sich die Kommission in Randnr. 46 des vorliegenden Urteils beruft, nämlich dass sich wesentliche Vertragsbestimmungen geändert haben und dass infolgedessen ein neuer Vertrag abgeschlossen werden muss, im vorliegenden Fall nicht zum Tragen.

63 Da sich sowohl die Option der Gemeinde, keinen vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für das Vorhaben Zentrum Doornakkers zu veranstalten, als auch die Wahl der wesentlichen Merkmale dieses Vorhabens klar aus dem Gutachten vom 23. April 2002 ergeben, d. h. aus einem Zeitraum, zu dem die Richtlinie 2004/18 noch nicht einmal erlassen worden war, ist festzustellen, dass diese zeitlich nicht anwendbar ist.

64 Da mit der Klage der Kommission ganz gezielt festgestellt werden soll, dass das Königreich der Niederlande seinen Verpflichtungen nach Art. 2 und Titel III der Richtlinie 2004/18 nicht nachgekommen ist, ist die Klage abzuweisen.

Kosten

65 Nach Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des Königreichs der Niederlande die Kosten aufzuerlegen.

66 Nach Art. 140 Abs. 1 der Verfahrensordnung trägt die Bundesrepublik Deutschland ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Zweite Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Europäische Kommission trägt die Kosten.

3. Die Bundesrepublik Deutschland trägt ihre eigenen Kosten.

Unterschriften