Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

22. April 2021 *

„Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats – Richtlinie 2004/18/EG – Öffentliche Bauaufträge – Vertrag zwischen einer öffentlichen Einrichtung und einem privaten Unternehmen über die Miete eines noch nicht errichteten Gebäudes – Art. 1 – Errichtung eines Bauwerks gemäß den vom Mieter genannten Erfordernissen – Art. 16 – Ausnahme“

In der Rechtssache C-537/19

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 258 AEUV, eingereicht am 12. Juli 2019,

Europäische Kommission, vertreten durch L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers und P. Ondrůšek als Bevollmächtigte,

Klägerin,

gegen

Republik Österreich, zunächst vertreten durch M. Fruhmann, dann durch J. Schmoll als Bevollmächtigte,

Beklagte,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten E. Regan sowie der Richter M. Ilešič, E. Juhász (Berichterstatter), C. Lycourgos und I. Jarukaitis,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 22. Oktober 2020

folgendes

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Urteil

1 Mit ihrer Klage beantragt die Europäische Kommission die Feststellung, dass die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 2, 28 und 35 Abs. 2 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 (ABl. 2004, L 134, S. 114) verstoßen hat, indem die Stadt Wien-Wiener Wohnen (im Folgenden: Wiener Wohnen) den Vertrag vom 25. Mai 2012 bezüglich des Bürogebäudes in der Guglgasse 2-4 in Wien (Österreich) ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und ohne entsprechende Bekanntmachung direkt vergeben hat.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

2 Die Erwägungsgründe 2 und 24 der Richtlinie 2004/18 lauteten:

„(2) Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts ist an die Einhaltung der im Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz. Für öffentliche Aufträge, die einen bestimmten Wert überschreiten, empfiehlt sich indessen die Ausarbeitung von auf diesen Grundsätzen beruhenden Bestimmungen zur gemeinschaftlichen Koordinierung der nationalen Verfahren für die Vergabe solcher Aufträge, um die Wirksamkeit dieser Grundsätze und die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zu garantieren. Folglich sollten diese Koordinierungsbestimmungen nach Maßgabe der genannten Regeln und Grundsätze sowie gemäß den anderen Bestimmungen des Vertrags ausgelegt werden.

…

(24) Dienstleistungsaufträge, die den Erwerb oder die Miete von unbeweglichem Vermögen oder Rechten daran betreffen, weisen Merkmale auf, die die Anwendung von Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen unangemessen erscheinen lassen.“

3 Art. 1 („Definitionen“) dieser Richtlinie bestimmte in Abs. 2 Buchst. 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.“

4 Art. 2 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) der Richtlinie sah vor:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

5 In Art. 16 („Besondere Ausnahmen“) der Richtlinie 2004/18 hieß es:

„Diese Richtlinie findet keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben:

a) Erwerb oder Miete von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen oder Rechte daran ungeachtet der Finanzmodalitäten dieser Aufträge; jedoch fallen Finanzdienstleistungsverträge jeder Form, die gleichzeitig, vor oder nach dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden, unter diese Richtlinie;

…“

6 Art. 28 („Anwendung des offenen und des nichtoffenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens und des wettbewerblichen Dialogs“) dieser Richtlinie lautete:

„Für die Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge wenden die öffentlichen Auftraggeber die einzelstaatlichen Verfahren in einer für die Zwecke dieser Richtlinie angepassten Form an.

Sie vergeben diese Aufträge im Wege des offenen oder des nichtoffenen Verfahrens. Unter den besonderen in Artikel 29 ausdrücklich genannten Umständen können die öffentlichen Auftraggeber ihre öffentlichen Aufträge im Wege des wettbewerblichen Dialogs vergeben. In den Fällen und unter den Umständen, die in den Artikeln 30 und 31 ausdrücklich genannt sind, können sie auf ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung zurückgreifen.“

7 Art. 35 („Bekanntmachungen“) Abs. 2 der Richtlinie sah vor:

„Ein öffentlicher Auftraggeber, der einen öffentlichen Auftrag oder eine Rahmenvereinbarung im Wege eines offenen, eines nichtoffenen oder – in den in Artikel 30 genannten Fällen – eines Verhandlungsverfahrens mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung oder – in den in Artikel 29 genannten Fällen – im Wege eines wettbewerblichen Dialogs vergeben will, teilt seine Absicht durch eine Bekanntmachung mit.“

8 Die Richtlinie 2004/18 wurde durch die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18 (ABl. 2014, L 94, S. 65) ersetzt.

Österreichisches Recht

9 Zum Zeitpunkt des Abschlusses des in Rede stehenden Mietvertrags am 25. Mai 2012 waren die anwendbaren nationalen Vorschriften im Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2006 in der zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung enthalten.

Vorverfahren

10 Nach einer im Jahr 2015 eingegangenen Beschwerde und informellen Kontakten mit den österreichischen Behörden richtete die Kommission am 25. Juli 2016 ein Aufforderungsschreiben an die Republik Österreich (Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2016/4074), in dem sie einen Verstoß gegen die Art. 2, 28 und 35 der Richtlinie 2004/18 rügte, weil Wiener Wohnen am 25. Mai 2012 einen Mietvertrag auf unbestimmte Dauer über den sogenannten „Gate 2“-Bürokomplex (im Folgenden: Gate-2-Immobilie) samt Tiefgarage auf dem Grundstück Guglgasse 2-4 in Wien direkt, ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren und ohne Vergabebekanntmachung gemäß dieser Richtlinie, vergeben habe.

11 Nach dem Wortlaut dieses Vertrags beabsichtigte die Vermieterin und Grundstückseigentümerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, die Vectigal Immobilien GmbH & Co KG, die Errichtung der Gate-2-Immobilie auf dieser Liegenschaft.

12 Mietgegenstand waren zwei Bauteile (A und B), vom Erdgeschoss bis zum fünften Obergeschoss. Zwischen den beiden Bauteilen waren als Option Brücken für die Obergeschosse 1 bis 5 vorgesehen. Außerdem verfügte Wiener Wohnen als Option („Call-Option“) über das einseitige Recht, zusätzlich zu den ersten fünf Geschossen, die von Anfang an Mietgegenstand waren, auch die Obergeschosse 6 bis 8 im Bauteil B der Immobilie anzumieten. Mit auf den 25. Oktober 2012 datiertem Nachtrag zum Mietvertrag wurde bestätigt, dass Wiener Wohnen diese Option wahrnahm.

13 Der in Rede stehende Mietvertrag wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er sah ursprünglich vor, dass Wiener Wohnen den Vertrag erst 15 Jahre nach Mietbeginn und danach alle zehn Jahre ordentlich kündigen konnte. Neben dieser ordentlichen Kündigung war eine außerordentliche Kündigung möglich, wenn die Vermieterin den Mietvertrag grob oder beharrlich verletzt oder die Gate-2-Immobilie länger als sechs Monate zum bedungenen Gebrauch untauglich wird.

14 Mit auf den 16. und 17. September 2013 datiertem zweiten Nachtrag zum Mietvertrag wurde die erste ordentliche Kündigungsmöglichkeit weiter nach hinten verschoben. Nach Punkt 2.3 des zweiten Nachtrags lautet die entsprechende Regelung nun wie folgt: „Die Mieterin kann diesen Mietvertrag jedoch nur mit Ablauf des 25., 35. und 45. Jahres (etc.) ab Mietbeginn ordentlich kündigen (unter Einhaltung der Kündigungsfrist gemäß Punkt 2.2) [zwölfmonatige Kündigungsfrist zum Ende eines Kalenderquartals].“

15 Nach dem Einzug von Wiener Wohnen in die Gate-2-Immobilie wurden ihrerseits Büroflächen an die Wiener Wohnen Haus- & Außenbetreuung GmbH untervermietet. Außerdem richtete die Gewerkschaft der Gemeindebediensteten dort ein Infocenter ein.

16 Die Republik Österreich antwortete auf das Aufforderungsschreiben der Kommission mit Schreiben vom 26. September 2016, in dem sie einräumte, dass die in Rede stehende Direktvergabe des Mietvertrags in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 falle und daher eine Ausschreibung im Einklang mit dieser Richtlinie durchzuführen gewesen wäre. Sie bedauerte den begangenen Fehler und betonte, dass Wiener Wohnen alles daransetzen werde, die ordnungsgemäße Anwendung des Vergaberechts der Union künftig sicherzustellen.

17 Aus der dem Gerichtshof unterbreiteten Akte geht ferner hervor, dass die Republik Österreich in einer ergänzenden Stellungnahme vom 27. Februar 2017 sowie in weiteren ergänzenden Stellungnahmen vom 5. Mai, 13. September und 25. Oktober 2017 erläuterte, wie in Zukunft die Beachtung des Vergaberechts der Union u. a. mittels eines Vertragsregisters sichergestellt werden sollte.

18 In Anbetracht des Fortbestehens der vorgeworfenen Vertragsverletzung richtete die Kommission mit Schreiben vom 18. Mai 2018 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Republik Österreich, in der sie diese aufforderte, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um der Stellungnahme binnen zwei Monaten nach ihrem Eingang nachzukommen.

19 Die Republik Österreich antwortete darauf mit Schreiben vom 18. Juli 2018. Zu den Möglichkeiten, den gerügten Verstoß abzustellen, machte sie geltend, wegen der Nutzung der Gate-2-Immobilie durch Wiener Wohnen sei eine umgehende Behebung des Verstoßes nicht möglich. Da der Mietvertrag frühestens zum 1. Oktober 2040 für Bauteil A und zum 1. April 2041 für Bauteil B ordentlich kündbar sei, sei Wiener Wohnen bereit, mit der Vermieterin in Verhandlungen über die vorzeitige Auflösung des Mietvertrags zu treten. Im Übrigen betonte die Republik Österreich, dass zur Zeit des Abschlusses dieses Vertrags die in Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 vorgesehene

Ausnahme nach der herrschenden Rechtsmeinung in Österreich auch die Anmietung eines noch nicht errichteten, aber bereits geplanten und ausführungsreifen Bürogebäudes erfasst habe. Da Wiener Wohnen genau ein solches Gebäude habe anmieten wollen, habe sie gutgläubig gehandelt.

20 Nachdem die Antwort der Republik Österreich die Kommission nicht zufriedenstellte, hat diese die vorliegende Klage erhoben.

Zur Klage

Vorbringen der Parteien

21 Die Kommission trägt vor, der Abschluss eines langfristigen Mietvertrags über die Gate-2-Immobilie durch Wiener Wohnen, einer in die Stadt Wien eingegliederten öffentlichen Einrichtung, mit einem privaten Unternehmen vor Errichtung der Immobilie stelle die unmittelbare Vergabe eines Bauauftrags im Hinblick auf die Errichtung und die Miete eines Bürogebäudes dar, da Wiener Wohnen einen Einfluss auf die Planung der Arbeiten an dieser Immobilie ausgeübt habe, der weit über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine neue Immobilie hinausgegangen sei.

22 Die Kommission weist unter Bezugnahme auf das Urteil vom 10. Juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, Rn. 40 bis 42), darauf hin, dass die Frage, ob ein Auftrag als öffentlicher Bauauftrag anzusehen sei, in den Bereich des Unionsrechts falle und dass, wenn ein Gebäude zur Vermietung angeboten werde, bevor die Errichtung des Gebäudes begonnen habe, der Hauptgegenstand des Auftrags in der Errichtung liege. Insoweit habe zum Zeitpunkt des Abschlusses des in Rede stehenden Mietvertrags für die Gate-2-Immobilie keine bestandskräftige Baugenehmigung bestanden.

23 Unter Verweis auf Rn. 43 des besagten Urteils des Gerichtshofs fügt die Kommission hinzu, dass dieser Vertrag nicht unter die Ausnahme in Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 falle. Diese gelte nicht, wenn die Errichtung eines geplanten Gebäudes den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen genüge. Aus Rn. 58 des Urteils vom 29. Oktober 2009, Kommission/Deutschland (C-536/07, EU:C:2009:664), gehe hervor, dass dies insbesondere dann der Fall sei, wenn die im Vertrag festgelegten Spezifikationen die Form einer genauen Beschreibung des zu errichtenden Gebäudes, seiner Beschaffenheit und seiner Ausstattung annähmen und damit weit über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine neue Immobilie einer gewissen Größe hinausgingen.

24 In Bezug auf die Struktur der Gate-2-Immobilie vertritt die Kommission die Auffassung, dass zwei Eingriffe von Wiener Wohnen die Gestaltung dieses Gebäudes beeinflusst hätten. Es handle sich um den Bau der Verbindungsbrücken zwischen den Obergeschossen der Bauteile A und B und die Errichtung der Obergeschosse 6 bis 8 des Bauteils B.

25 Hinsichtlich weiterer Eingriffe von Wiener Wohnen macht die Kommission geltend, in der dem fraglichen Mietvertrag beigelegten Bau- und Ausstattungsbeschreibung vom 16. Mai 2012 und der ihm gleichfalls beigelegten Ergänzung zur Bau- und Ausstattungsbeschreibung vom 22. Mai 2012 fänden sich zahllose Beispiele, die zeigten, dass die von den Vertragsparteien vereinbarten Spezifikationen weit über das hinausgingen, was üblicherweise mit einem Mieter vereinbart werde, und dass Wiener Wohnen in beträchtlichem Umfang die technischen Lösungen für die endgültige Gestaltung der Gate-2-Immobilie ausgewählt habe. Auch wenn einige dieser Spezifikationen auf die ÖNORMEN verwiesen, seien diese lediglich Empfehlungen, die nur verbindlich würden, wenn der Vertrag dies vorsehe. Normalerweise interessiere sich ein Mieter nur dafür, dass die Abwasserleitung funktioniere, nicht aber, welche Verlegungsart gewählt worden sei und ob „für Unterputzinstallationen die Abwasserleitungen in Rohren aus PE oder ABS ausgeführt werden“.

26 Insbesondere ergebe sich aus dem Deckblatt der Ergänzung zur Bau- und Ausstattungsbeschreibung, dass diese von Wiener Wohnen erstellt worden sei, und das Impressum auf der folgenden Seite besage Folgendes: „Ergänzung zu[r Bau- und Ausstattungsbeschreibung], angelehnt an das Raumbuch Amtshäuser der MA 34; ist eine spezifische Nutzeranforderung der Mieterin, die die [Bau- und Ausstattungsbeschreibung] der Vermieterin ergänzt, detailliert und bei punktuellen Abweichungen ersetzt.“ Aus der Website der Stadt Wien gehe hervor, dass es sich um ein „Regelwerk für die Ausstattung von Amtshäusern der Stadt Wien [handelt und dass diese Spezifikationen] als Grundlage für Planungen und Ausschreibungen [dienen]“. Es verwundere daher nicht, dass ein 2016 in der österreichischen Presse erschienener Bericht, der die mögliche Umgehung des Vergaberechts durch Wiener Wohnen bei der Errichtung der Gate-2-Immobilie betreffe, mit der Schlagzeile „Eine Zentrale nach Maß“ überschrieben gewesen sei.

27 Wiener Wohnen habe die Ausführung des Baus der Gate-2-Immobilie wie ein Bauherr kontrolliert. Sie habe die SET Bauprojektierung GmbH mit einer prozessbegleitenden Kontrollfunktion für die projektspezifische Ausführung des Bauvorhabens beauftragt. Zwischen den Parteien sei insoweit die Erstreckung dieser begleitenden Kontrolle auch auf die Einhaltung der mietvertraglich festgelegten Beschaffenheit der Sache vereinbart worden. Die Kommission verweist hierfür auf den ersten Teil der Anlage 1.3 zum Vertrag, der lautet: „Kontrollfunktion: Wiener Wohnen nimmt für die projektspezifische Ausführung des Bauvorhabens eine prozessbegleitende Kontrollfunktion selbst und durch eine extern beauftragte Begleitende Kontrolle wahr.“

28 Ferner weist die Kommission darauf hin, dass die Gate-2-Immobilie ohne den Abschluss dieses Vertrags nicht errichtet worden wäre. Nach dem Erwerb der Liegenschaft von der Stadt Wien durch die Vermieterin hätten nämlich im Jahr 2002 erschienene Medienberichte sowie eine 2005 veröffentlichte Pressemitteilung der Stadt Wien die Errichtung des Gebäudes auf dieser Liegenschaft angekündigt. Im Laufe des Jahres 2008 hätten die Medien aber berichtet, dass das Projekt „seit Jahren vor sich herschlummere“, da bei größeren Büroflächen das Angebot die Nachfrage übersteige. Die Republik Österreich habe im Übrigen eingestanden, dass die Verwirklichung der Gate-2-Immobilie weiterhin unsicher geblieben wäre, wenn nicht Wiener Wohnen den in Rede stehenden Mietvertrag geschlossen hätte.

29 Die Gate-2-Immobilie sei keineswegs als Standardimmobilie zu betrachten, deren Anmietung Wiener Wohnen in dem von der Eigentümerin geplanten Zustand beabsichtigt habe. Wiener Wohnen habe 2012 einen Dienstleister mit einer Standortanalyse des Wiener Büromarkts beauftragt. Nach dieser Analyse sei die Gate-2-Immobilie unter zehn potenziellen Mietobjekten, von denen sechs den von Wiener Wohnen festgelegten Mindestanforderungen genügt hätten, als bestgeeignetes Objekt hervorgegangen. Die Kommission weist insbesondere darauf hin, dass unter dem Punkt „Management Summary“ der Analyse zur Rechtfertigung der Platzierung dieser Immobilie an erster Stelle ausgeführt werde, dass „[d]er Mieter … noch die Möglichkeit [hat], die Projektplanung nach den spezifischen Anforderungen zu beeinflussen[,] und [sich] die gewünschte getrennte Eingangssituation zum Bürobereich und Kundendienstzentrum … optimal umsetzen [lässt]“.

30 Zudem werde die Gate-2-Immobilie fast ausschließlich von Wiener Wohnen genutzt. Die Anwesenheit von zwei anderen Mietern, nämlich der Wiener Wohnen Haus- & Außenbetreuung sowie der Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe könne die Anwendung von Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 angesichts des umfangreichen Rechts von Wiener Wohnen zur Überlassung des Mietobjekts an Dienststellen der Stadt Wien oder an juristische Personen, an denen diese mehrheitlich beteiligt sei, nicht rechtfertigen. Im Übrigen scheine die an die Gewerkschaft der Gemeindebediensteten als Infocenter untervermietete Fläche sehr klein zu sein.

31 Die Republik Österreich weist darauf hin, dass Wiener Wohnen als größte kommunale Hausverwaltung Europas eine hohe Verantwortung für die mehr als 500 000 Menschen in den etwa 200 000 Gemeindewohnungen trage. Im Zuge einer strategischen Neuausrichtung sei eine Konzentration sämtlicher bislang über das gesamte Wiener Gemeindegebiet verteilten

Unternehmenseinheiten in einer einzigen Unternehmenszentrale beschlossen worden. Der neue Sitz habe mit Inkrafttreten der Neuorganisation Ende 2014 oder Anfang 2015 zur Verfügung stehen und mindestens 750 Mitarbeiter bzw. nach absehbarer Ausweitung 1 000 Mitarbeiter beherbergen können müssen.

32 Da der Ankauf oder die Errichtung einer ihren Bedürfnissen entsprechenden Immobilie nicht möglich gewesen sei, sei für Wiener Wohnen lediglich die Anmietung eines bestehenden oder fix und fertig geplanten Bürokomplexes in Betracht gekommen. Im Übrigen sei Wiener Wohnen als Einrichtung des sozialen Wohnbaus verpflichtet gewesen, ihre finanziellen Mittel primär in die Instandhaltung und Verbesserung der verwalteten Wohnhausanlagen zu investieren. Außerdem hätten die anzumietenden Flächen aufgrund des Unternehmenszwecks unbedingt Standardbüroflächen sein müssen.

33 Um einen vollständigen Marktüberblick über sämtliche am Immobilienmarkt verfügbaren und geeigneten, ihren Anforderungen genügenden Büroimmobilien zu erhalten, habe Wiener Wohnen Anfang 2012 einen unabhängigen Immobilienexperten mit einer umfassenden Markt- und Standortanalyse des Wiener Büromarkts beauftragt. Die Gate-2-Immobilie sei bei der Ausarbeitung dieser Analyse bereits fertig entwickelt gewesen, d. h. das vollständige Planwerk habe vorgelegen, das Projekt sei jedoch noch nicht baulich umgesetzt gewesen. Daher habe Wiener Wohnen keinerlei Einfluss auf die architektonische Gestaltung oder die konkrete Projektplanung der Bauteile A und B der Immobilie gehabt. Neben den Flächen- und Stellplatzanforderungen seien im Rahmen der Mietvertragsverhandlungen vor allem der Mietpreis und die Betriebskosten verhandelt worden. Besonderes Augenmerk sei in den Verhandlungen auf die fristgerechte Übergabe dieser beiden Bauteile gelegt worden, um den Umzug von ungefähr 1 000 Mitarbeitern organisieren zu können. Die einzige Mitbestimmungsmöglichkeit von Wiener Wohnen hinsichtlich des Baus habe sich auf die Raumaufteilung und die Sitzordnung sowie die Grundausstattung der Mietflächen bezogen.

34 Zu den von der Kommission behaupteten Struktureingriffen macht die Republik Österreich geltend, dass die Brücken von Beginn an Teil des Gate-2-Immobilienprojekts gewesen seien. Außerdem seien sie nicht Bestandteil der Mietflächen. Was die Option für die Anmietung der Obergeschosse 6 bis 8 des Bauteils B betreffe, so hätten diese Geschosse in jedem Fall hergestellt werden müssen.

35 In der Bau- und Ausstattungsbeschreibung wie auch in der Ergänzung dazu seien lediglich Anforderungen festgelegt worden, denen jede zeitgemäße Büroimmobilie zu entsprechen habe. Die Kommission habe nichts in diesen Dokumenten ausgemacht, das von den gesetzlichen Vorgaben bzw. von einschlägigen technischen Richtlinien und Normen abweiche oder im Branchenbereich unüblich wäre.

36 Die Kontrolle durch die externe Gesellschaft SET Bauprojektierung habe sich allein auf den Mietbereich unter Ausschluss anderer Bereiche der Gate-2-Immobilie, wie z. B. der Heiztechnikzentralen, der Haustechnik, der Liftanlagen oder der Allgemeinteile bzw. Außenbereiche beschränkt. Die Kommission verkenne, dass es bei großen Übersiedlungsprojekten nicht nur eine bauherrenseitige begleitende Kontrolle gebe, sondern auch eine mieterseitige Kontrolle üblich sei.

37 Hinzu komme, dass Wiener Wohnen nicht die einzige Mieterin der Gate-2-Immobilie sei. In diesem Zusammenhang sei irrelevant, ob die Mietflächen der anderen Mieter kleiner seien als jene von Wiener Wohnen. Schon der Umstand, dass andere Mieter als Wiener Wohnen in der Immobilie eingemietet seien, zeige, dass die fraglichen Büroflächen solche von Standardbüroimmobilien seien, die auch von Dritten unter marktüblichen Bedingungen angemietet werden könnten.

38 Auch das „Management Summary“ beweise nicht den Standpunkt der Kommission, da dieses Dokument nichts darüber aussage, dass die von Wiener Wohnen formulierten Anforderungen über die üblichen Wünsche eines Mieters hinausgegangen seien. Es entspreche völlig der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Mieter, der beabsichtige, sich über einen langen Zeitraum vertraglich zur

Nutzung eines Bürogebäudes für mehr als 1 000 Mitarbeiter zu verpflichten, vor seiner Entscheidung klar wissen wolle, inwieweit der Vermieter gegebenenfalls vom Mieter für notwendig befundene Anpassungen zulasse.

39 Insbesondere sei die Ergänzung zur Bau- und Ausstattungsbeschreibung an das „Raumbuch Amtshäuser MA 34“ lediglich „angelehnt“. Schon dieses Raumbuch enthalte eine Zusammenfassung der – nicht nur für die Stadt Wien, sondern auch für sämtliche Bürogebäude geltenden – gesetzlichen sowie normativen, dem Stand der Technik entsprechenden Anforderungen. Die in der „Ergänzung“ beschriebenen Maßnahmen wären somit auch dann umzusetzen gewesen, wenn der Mietvertrag nicht mit Wiener Wohnen, sondern mit einem privaten Unternehmen abgeschlossen worden wäre. Wenn die Kommission ausführe, dass es sich bei den ÖNORMEN nur um „Empfehlungen“ handle, so verkenne sie die Rechtslage. Diese Normen gälten nämlich nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (Österreich) als der Stand der Technik, an dem eine korrekte technische Ausführung gemessen werde. Folglich sei die Anwendung dieser Normen nicht fakultativ.

40 Mit den Beanstandungen der Kommission in Bezug auf die vertraglich vorgesehene Mietdauer von 25 Jahren werde die Realität am Immobilienmarkt verkannt. Nur unter solchen Voraussetzungen seien Vermieter bereit, große Flächen zu günstigen Preisen zu vermieten. Für Wiener Wohnen sei die Abgabe eines Kündigungsverzichts unproblematisch gewesen, weil ein neuerlicher Umzug mit 1 000 Mitarbeitern aus Kostengründen und mangels eines geeigneten Alternativstandorts unwahrscheinlich gewesen sei.

Würdigung durch den Gerichtshof

41 Bei der Klage der Kommission geht es um die Einstufung eines Vertrags über die Gate-2-Immobilie in Wien als Direktvergabe ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren oder Auftragsbekanntmachung. Die Kommission macht geltend, dass Wiener Wohnen als öffentliche Auftraggeberin am 25. Mai 2012 mit einem privaten Unternehmen einen langfristigen Mietvertrag über diese Immobilie geschlossen habe, noch bevor diese errichtet worden sei. Wiener Wohnen habe auf die Gestaltung der Immobilie einen weit über die üblichen Vorgaben des Mieters einer solchen Immobilie hinausgehenden Einfluss genommen. Dieser Vertrag, der nicht unter die Ausnahme in Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 fallen könne, sei als „Bauauftrag“ im Sinne dieser Richtlinie einzustufen. Der sich daraus ergebende Verstoß gegen die Richtlinie 2004/18 dauere an, solange der in Rede stehende Mietvertrag Bestand habe, der nicht vor 2040 ordentlich kündbar sei.

42 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2004/18 ebenso wie die anderen Vergaberichtlinien, wie sich im Wesentlichen aus ihrem zweiten Erwägungsgrund ergibt, zum Ziel hat, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge namentlich die Beachtung des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze – insbesondere Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz – sicherzustellen und zu garantieren, dass das öffentliche Beschaffungswesen für den Wettbewerb geöffnet wird (Urteile vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a., C-399/98, EU:C:2001:401, Rn. 52 und 75, sowie vom 27. November 2019, Tedeschi und Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, Rn. 33).

43 Nach der Rechtsprechung ist es insoweit zum einen eine Frage des Unionsrechts, ob ein Vorhaben einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne der Unionsvorschriften darstellt oder nicht. Die Qualifizierung des beabsichtigten Vertrags seitens der Parteien als „Mietvertrag“ ist in diesem Zusammenhang nicht ausschlaggebend (Urteil vom 10. Juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

44 Bei einem öffentlichen Bauauftrag erhält der öffentliche Auftraggeber nämlich eine Leistung, die in der Erbringung der von ihm gewünschten Bauleistungen besteht und an der er ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat. Ein solches wirtschaftliches Interesse lässt sich aber nicht nur feststellen, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks wird, die bzw. das Gegenstand des Auftrags ist, sondern auch dann, wenn vorgesehen ist, dass er über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der betreffenden Bauwerke im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. März 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 48 bis 51).

45 Ebenso wenig kommt es für die Einstufung des betreffenden Auftrags darauf an, dass der Hauptvertrag etwa keine Option oder Verpflichtung der Stadt Wien oder von Wiener Wohnen zum Erwerb der errichteten Gebäude vorsieht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Oktober 2009, Kommission/Deutschland, C-536/07, EU:C:2009:664, Rn. 62).

46 Zum anderen ist bei einem Vertrag, der zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines Auftrags anderer Art aufweist, zur Bestimmung seiner rechtlichen Qualifizierung und der anwendbaren Unionsvorschriften auf seinen Hauptgegenstand abzustellen (Urteil vom 10. Juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

47 Zum Gegenstand des fraglichen Vorgangs ist festzustellen, dass der in Rede stehende Vertrag als „Mietvertrag“ bezeichnet wird und tatsächlich Elemente eines Mietvertrags enthält. Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrags hatte jedoch die Errichtung des Bauwerks, auf das sich der Vertrag bezog, noch nicht begonnen. Folglich konnte der Vertrag nicht unmittelbar die Immobilienvermietung zum Ziel haben. Ziel dieses Vertrags war die Errichtung des Bauwerks, das anschließend Wiener Wohnen im Wege eines „Mietvertrags“ zur Verfügung gestellt werden sollte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Oktober 2009, Kommission/Deutschland, C-536/07, EU:C:2009:664, Rn. 56).

48 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 entsprechend dem 24. Erwägungsgrund dieser Richtlinie eine Ausnahme von deren sachlichem Anwendungsbereich vorsieht und dass die Auslegung, wonach sich diese Ausnahme auf die Miete nicht vorhandener, d. h. noch nicht errichteter Gebäude erstrecken kann, wie vom Generalanwalt in Nr. 30 seiner Schlussanträge ausgeführt, von der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt wurde.

49 Wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, kann sich der öffentliche Auftraggeber jedoch nicht auf die in dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme berufen, wenn die Errichtung des geplanten Bauwerks einen „öffentlichen Bauauftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 darstellt, weil diese Errichtung den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen entspricht (vgl. entsprechend Urteile vom 29. Oktober 2009, Kommission/Deutschland, C-536/07, EU:C:2009:664, Rn. 55, und vom 10. Juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).

50 Dies ist der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen (Urteil vom 10. Juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, Rn. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51 So verhält es sich insbesondere, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Spezifikationen über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine Immobilie wie das betreffende Bauwerk hinausgehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Oktober 2009, Kommission/Deutschland, C-536/07, EU:C:2009:664, Rn. 58).

52 Schließlich sind die Höhe der Vergütung des Unternehmers oder die Art und Weise ihrer Zahlung nicht unerheblich, auch wenn sie für die Einstufung des betreffenden Vertrags nicht ausschlaggebend sind (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. Oktober 2009, Kommission/Deutschland, C-536/07, EU:C:2009:664, Rn. 60 und 61, sowie vom 10. Juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, Rn. 49 bis 51).

53 Hinsichtlich des geplanten Gebäudes lässt sich ein entscheidender Einfluss auf dessen Gestaltung feststellen, wenn nachgewiesen werden kann, dass dieser Einfluss auf die architektonische Struktur dieses Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände ausgeübt wird. Anforderungen, die die Gebäudeeinteilung betreffen, können nur dann als Beleg für einen entscheidenden Einfluss angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben.

54 Die Klage der Kommission ist auf der Grundlage der vorstehend angeführten Rechtsprechung zu prüfen.

55 Insoweit ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung zur Beweislast im Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV die Kommission das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen hat. Sie muss dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefern, die es ihm ermöglichen, das Vorliegen der Vertragsverletzung zu prüfen, ohne dass sie sich dabei auf irgendeine Vermutung stützen kann (Urteil vom 14. Januar 2021, Kommission/Italien [Zuschuss beim Erwerb von Kraftstoffen], C-63/19, EU:C:2021:18, Rn. 74 und die dort angeführte Rechtsprechung).

56 Die Mitgliedstaaten sind jedoch nach Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, die Kommission bei der Erfüllung ihrer Aufgabe zu unterstützen, zu der es gemäß Art. 17 Abs. 1 EUV u. a. gehört, für die Anwendung des AEU-Vertrags sowie der von den Unionsorganen kraft des AEU-Vertrags erlassenen Bestimmungen Sorge zu tragen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Kommission, die über keine eigenen entsprechenden Ermittlungsbefugnisse verfügt, im Rahmen der Prüfung der Frage, ob die nationalen Bestimmungen, mit denen die wirksame Durchführung einer Richtlinie sichergestellt werden soll, in der Praxis korrekt angewandt werden, weitgehend auf die Angaben etwaiger Beschwerdeführer und des betreffenden Mitgliedstaats angewiesen ist (Urteil vom 18. November 2020, Kommission/Deutschland [Erstattung der Mehrwertsteuer – Rechnungen], C-371/19, nicht veröffentlicht, EU:C:2020:936 Rn. 66 und 67 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Daraus folgt insbesondere, dass es, wenn die Kommission genügend Anhaltspunkte dafür beigebracht hat, dass die nationalen Vorschriften zur Umsetzung einer Richtlinie im Hoheitsgebiet des beklagten Mitgliedstaats in der Praxis nicht ordnungsgemäß angewandt werden, dem Mitgliedstaat obliegt, diese Anhaltspunkte und die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen substantiiert zu bestreiten (Urteil vom 28. März 2019, Kommission/Irland [System für die Sammlung und Behandlung von Abwasser], C-427/17, nicht veröffentlicht, EU:C:2019:269, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

57 Die Kommission hat im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht, dass Wiener Wohnen versucht hätte, vor Erhalt der Standortanalyse des von ihr beauftragten Immobilienexperten am 28. Februar 2012 Einfluss auf die Pläne der Grundstückseigentümerin, Vectigal Immobilien, zu nehmen.

58 Der Immobilienexperte nannte zehn potenzielle Mietobjekte und gelangte nach der Feststellung, dass sechs Immobilienprojekte den Mindestanforderungen von Wiener Wohnen genügten, zu dem Ergebnis, dass das die Gate-2-Immobilie betreffende Bauvorhaben am besten geeignet sei.

59 Wie aus der Standortanalyse vom 28. Februar 2012 und der Bebauungsstudie vom 23. Januar 2012 hervorgeht, waren die Grundzüge der Gate-2-Immobilie zu diesen Zeitpunkten bereits festgelegt.

60 Die Struktur der Gate-2-Immobilie, die in der Bebauungsstudie vom 23. Januar 2012 beschrieben wird, und die Struktur in der vom selben Architektenbüro erstellten Bebauungsstudie vom 4. Mai 2012, die Bestandteil des in Rede stehenden Mietvertrags ist, sind im Wesentlichen identisch, wobei die jüngere Studie auch zusätzliche Angaben enthält, insbesondere zur Nutzung bestimmter Flächen.

61 Diese Gesichtspunkte sind somit geeignet, die These zu stützen, dass, wie die Republik Österreich geltend macht, „[d]ie [Gate-2-Immobilie] … zum Zeitpunkt der Mietvertragsverhandlungen bereits fertig entwickelt [war] … [und] Wiener Wohnen von vornherein keinerlei Einfluss auf die architektonische Gestaltung oder die konkrete Projektplanung der Bauteile A und B [der Gate-2-Immobilie hatte]“.

62 Die Kommission stellt jedoch zwei Umstände fest, aus denen ihrer Ansicht nach abgeleitet werden kann, dass Wiener Wohnen einen Einfluss auf die eigentliche Gestaltung der Struktur dieser Immobilie ausgeübt habe.

63 Sie bezieht sich auf den Bau der Obergeschosse 6 bis 8 des Bauteils B und die Brücken zwischen den Bauteilen A und B des Gebäudes.

64 Zum Bau der genannten Geschosse des Bauteils B ist festzustellen, dass der in Rede stehende Mietvertrag eine Option nicht für den Bau, sondern für die Miete zusätzlicher Flächen vorsah.

65 Nach 1.9 des Mietvertrags verfügte Wiener Wohnen nämlich als Option („Call-Option“) über das einseitige Recht, zusätzlich zu den ersten fünf Geschossen, die von Anfang an Mietgegenstand waren, auch die Obergeschosse 6 bis 8 im Bauteil B der Gate-2-Immobilie anzumieten. Ferner ist in dieser Klausel vorgesehen, dass es, sofern Wiener Wohnen diese Option nicht oder nur teilweise ausübt, der Vermieterin freisteht, die nicht in Anspruch genommenen Geschosse nicht zu errichten oder sie zu errichten und an Dritte zu vermieten. Hierzu heißt es in der Klausel weiter, dass die Dritten in diesem Fall berechtigt sind, bestimmte allgemeine Gebäudeteile wie den Eingangsbereich oder den Aufzug zu benützen, und dass im Gegenzug der Mietzins für Wiener Wohnen reduziert werden sollte.

66 Der Bau der betreffenden Geschosse war bereits in der Bebauungsstudie vom 23. Januar 2012 vorgesehen, die eine Skizze des Bauteils B der Gate-2-Immobilie mit acht Obergeschossen enthält. Die Standortanalyse vom 28. Februar 2012 nennt in Bezug auf diesen Bauteil B neun Geschosse (ein Erdgeschoss und acht Obergeschosse), und schließlich enthält auch der fragliche Mietvertrag in der ihm beigefügten Bebauungsstudie vom 4. Mai 2012 eine Skizze des Bauteils B mit acht Obergeschossen.

67 Folglich ergibt sich aus den dem Gerichtshof vorliegenden Informationen, dass die Obergeschosse 6 bis 8 des Bauteils B nicht geplant wurden, um einem von Wiener Wohnen genannten Erfordernis zu entsprechen.

68 Die gleichen Umstände lassen sich hinsichtlich der Brücken zwischen den Bauteilen A und B der Gate-2-Immobilie feststellen.

69 Die Bebauungsstudie vom 23. Januar 2012 enthält bereits den Vermerk „Option Brücke“ zwischen den Bauteilen A und B. Die Standortanalyse enthält einen Satzteil, wonach diese Bauteile „über einen Brückenbau verbunden werden können“. Im Mietvertrag findet sich der gleiche Vermerk „Option Brücke“ zwischen den Bauteilen A und B der Gate-2-Immobilie.

70 Folglich wurde auch die Brücke zwischen den Bauteilen A und B nicht geplant, um einem von Wiener Wohnen genannten Erfordernis zu entsprechen.

71 Daher kann im vorliegenden Fall allein der Umstand, dass Wiener Wohnen die eingeräumten Optionen ausgeübt hat, d. h. von den bereits vorgesehenen Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat, nicht für den Nachweis genügen, dass sie einen entscheidenden Einfluss auf die Planung des betreffenden Bauwerks ausgeübt hat.

72 Außerdem führt die Kommission eine Reihe weiterer tatsächlicher Gesichtspunkte an, aus denen ihrer Ansicht nach abgeleitet werden kann, dass der in Rede stehende Mietvertrag in einen Bauauftrag umzudeuten sei. Sie beruft sich auf das Fehlen einer Baugenehmigung, die lange Laufzeit des Mietvertrags, die von Wiener Wohnen in Auftrag gegebene Kontrolle der Ausführung der Arbeiten und die zu ausgeprägte Eigenart des Bauwerks.

73 Diese verschiedenen Gesichtspunkte sind zu prüfen.

74 Zum Fehlen einer Baugenehmigung bei Abschluss des Mietvertrags ist festzustellen, dass Großbauvorhaben nach gängiger Geschäftspraxis lange vor der Fertigstellung der detaillierten Baupläne vermietet werden, so dass der Liegenschaftseigentümer oder der Bauträger das förmliche Verfahren zur Erteilung einer Baugenehmigung erst dann einleitet, wenn er über Zusagen künftiger Mieter für einen bedeutenden Teil der geplanten Gebäudefläche verfügt. Vor diesem Hintergrund steht der Umstand, dass die Baugenehmigung im vorliegenden Fall erst nach Abschluss des betreffenden Mietvertrags beantragt und erteilt wurde, nicht der Annahme entgegen, dass die Gate-2-Immobilie zu diesem Zeitpunkt bereits geplant und ausführungsreif war. Entsprechend der Marktpraxis und -üblichkeit setzt die Bindung der potenziellen Mieter kein vollständiges Bauvorhaben voraus. Im Übrigen kann sich die Ausübung eines entscheidenden Einflusses auf die Gestaltung des betreffenden Bauwerks nicht aus dem Fehlen eines solchen vollständigen Bauvorhabens ergeben.

75 Insoweit bestand zwar nach dem „Management Summary“ der Standortanalyse des Wiener Büromarkts bei der Gate-2-Immobilie für den Mieter die Möglichkeit, spezifische Anforderungen in die Projektplanung einzubringen, doch verlangt die Feststellung eines „öffentlichen Bauauftrags“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 zumindest den Nachweis, dass diese Möglichkeit auch in die Tat umgesetzt wurde.

76 Zur Laufzeit des Mietvertrags genügt der Hinweis, dass dieser Aspekt jedenfalls nichts daran zu ändern vermag, dass hinsichtlich der Errichtung des geplanten Bauwerks ein „öffentlicher Bauauftrag“ nur angenommen werden kann, wenn die oben in den Rn. 49 bis 51 angeführten, aus der Rechtsprechung abgeleiteten Voraussetzungen erfüllt sind. Hinzu kommt, dass der Abschluss eines langfristigen Mietvertrags unabhängig von den im Einzelfall gegebenen Umständen an sich nicht unüblich ist.

77 Zudem kann vorliegend dem Vorbringen der Republik Österreich gefolgt werden, dass sich zum einen der Kündigungsverzicht über einen langen Zeitraum auf die Höhe der Miete auswirke und dass zum anderen Wiener Wohnen selbst einen für sie kostspieligen und ihren Geschäftsbetrieb ernsthaft störenden neuerlichen Umzug habe vermeiden wollen.

78 Zum Vorbringen der Kommission, dass Wiener Wohnen die insoweit spezialisierte SET Bauprojektierung mit einer prozessbegleitenden Kontrollfunktion für die projektspezifische Ausführung des Bauvorhabens beauftragt habe und somit die Errichtung des Bauwerks begleitend wie ein Bauherr habe kontrollieren lassen, ist festzustellen, dass es keineswegs unüblich ist, dass ein Mieter Maßnahmen ergreift, um sich zu vergewissern, dass der Einzug in die Räumlichkeiten zum vorgesehenen Zeitpunkt stattfinden kann, insbesondere, wenn es sich wie hier um einen Einzug erheblichen Ausmaßes handelt. Mit der Inanspruchnahme der Dienste eines einschlägig spezialisierten Dritten lassen sich nämlich die für die Übergabe des Gebäudes vorgesehenen Fristen wirksam kontrollieren, es kann eine Überwachung im Hinblick auf die rechtzeitige Entdeckung etwaiger Verzögerungen oder Mängel sichergestellt werden, und es können die erforderlichen Vorkehrungen getroffen werden, wie z. B. eine Verlängerung bestimmter Mietverträge in bestimmten noch genutzten Gebäuden.

79 Durch eine solche begleitende Kontrolle hat Wiener Wohnen auch keinen entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung der Gate-2-Immobilie ausgeübt.

80 Hinsichtlich der von Wiener Wohnen formulierten Spezifikationen ergibt sich aus der dem Gerichtshof vorliegenden Akte, dass die Gate-2-Immobilie als klassisches Bürogebäude konzipiert wurde, ohne dass auf bestimmte Mieterkategorien oder auf besondere Erfordernisse abgestellt würde. Die Bauteile A und B dieser Immobilie folgen einem für Büroimmobilien dieser Größe üblichen Rastersystem, das eine für künftige Mieter passende, möglichst flexible Innenaufteilung gewährleistet.

81 Insoweit ist es üblich, dass ein – privates oder öffentliches – Unternehmen, das ein Bürogebäude mieten möchte, bestimmte Wünsche hinsichtlich der Eigenschaften äußert, die der betreffende Standort nach Möglichkeit aufweisen sollte, ganz gleich, ob es sich um ein noch zu errichtendes Gebäude oder um einen Mieterwechsel, anlässlich dessen Auffrischungsarbeiten durchgeführt werden, handelt. Solche Schritte erlauben es nicht, einen Mietvertrag in einen Bauauftrag umzudeuten.

82 Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob die von Wiener Wohnen formulierten Spezifikationen der Erfüllung von Anforderungen dienten, die über das hinausgingen, was der Mieter eines Gebäudes wie der Gate-2-Immobilie üblicherweise verlangen kann, und dazu führen, dass von einem entscheidenden Einfluss ihrerseits auf die Gestaltung der Immobilie auszugehen ist.

83 Wie die Republik Österreich vorgetragen hat, können diese Anforderungen, soweit Wiener Wohnen sicherstellen wollte, dass die Spezifikationen kraft Gesetzes geltender technischer Normen eingehalten werden oder die Merkmale des Gebäudes dem marktüblichen „Stand der Technik“, anhand dessen die ordnungsgemäße technische Ausführung des Bauwerks bewertet wird, entsprechen, nicht als Maßnahmen angesehen werden, die von Wiener Wohnen getroffen wurden, um Einfluss auf die Gestaltung der Gate-2-Immobilie zu nehmen, oder als etwas, was über das hinausginge, was ein Mieter üblicherweise verlangen kann.

84 Die von Wiener Wohnen gestellten Anforderungen gingen insbesondere auch nicht über das hinaus, was der Mieter eines solchen Gebäudes üblicherweise verlangen kann, soweit sie sich auf die Anwendung von – gegebenenfalls auch unverbindlichen – Standards bezogen, mit denen Ziele im Hinblick auf die Verbesserung der Energieeffizienz der künftigen Unternehmenszentrale und allgemeiner die Verringerung des ökologischen Fußabdrucks dieses Gebäudes erreicht werden sollten.

85 Angesichts der im Lauf der letzten Jahrzehnte stattgefundenen beträchtlichen Veränderung der einschlägigen Rechts- oder Verwaltungsstandards, die immer anspruchsvoller geworden sind und sich weiter in diese Richtung fortentwickeln, kann der Wunsch, über ein Gebäude zu verfügen, dessen Eigenschaften sich nicht auf die Einhaltung der bei Abschluss des betreffenden Mietvertrags geltenden Standards beschränken, sondern das auch eine gewisse Nachhaltigkeit im Hinblick auf die Einhaltung mittel- und langfristig geltender Standards aufweist, nicht als übermäßige Anforderung seitens einer öffentlichen Einrichtung wie Wiener Wohnen angesehen werden, die für ihren Verwaltungssitz ein Gebäude langfristig zu mieten sucht.

86 Auch wenn die Zahl dieser Anforderungen und ihr Detailliertheitsgrad hoch sind, bleibt doch in diesem Zusammenhang das entscheidende Kriterium, ob diese Anforderungen über die üblichen Anforderungen eines Mieters an ein Gebäude wie die Gate-2-Immobilie hinausgehen.

87 Die Kommission hat zwar auf der Grundlage der Bau- und Ausstattungsbeschreibung vom 16. Mai 2012 und der Ergänzung dazu vom 22. Mai 2012, die beide dem in Rede stehenden Mietvertrag beigelegt sind, anhand konkreter Beispiele dargetan, dass die von Wiener Wohnen gestellten Anforderungen zahlreich und detailliert waren, aus ihren Schriftsätzen geht demgegenüber allerdings nicht hervor, dass Wiener Wohnen Anforderungen in nicht unerheblicher Anzahl gestellt hätte, die bewirkt hätten, dass sie, indem die Anforderungen auf die Erfüllung ihr eigener Erfordernisse abgezielt hätten, einen entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung der Gate-2-Immobilie ausgeübt hätte.

88 In ihrer Klageschrift führt die Kommission in diesem Zusammenhang bestimmte Punkte der Bau- und Ausstattungsbeschreibung an. Nach diesen Punkten „[führen s]ämtliche Aufzüge … vom Kellergeschoss (Garage) in das jeweils oberste Geschoss“, „[wird] [d]as Gebäude … gemäß den Richtlinien des Zertifizierungssystems ÖGNI Stufe Gold errichtet“, erhält es einen „Hohlraumboden mit einer durchschnittlichen Bruttohöhe von ca. 10 cm bei einer Tragfähigkeit von 5 Kn/m^2“ und „[erfolgt d]ie Kühlung … grundsätzlich durch bauteilaktivierte Decken mit gespachtelten oder verputzten Oberflächen mit Dispersionsanstrich versehen“.

89 Die Kommission erläutert jedoch nicht, inwiefern die Anforderung, dass sämtliche Aufzüge alle Ebenen einschließlich des obersten Geschosses verbinden, eine unübliche Anforderung darstellen soll. Da sich eine solche Spezifikation, wie die Republik Österreich von der Kommission unbestritten geltend macht, aus einer gesetzlichen Verpflichtung ergibt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie die Ausübung eines entscheidenden Einflusses auf die Gestaltung des Gebäudes widerspiegelt, der Wiener Wohnen zuzurechnen ist.

90 Ebenso ist es gängige Praxis, in Bürogebäuden einen Hohlraumboden vorzusehen, um namentlich die Modularität der Innenausstattung zu gewährleisten. Was die durchschnittliche Bruttohöhe und die Tragfähigkeit dieses Bodens angeht, erklärt die Kommission ebenfalls nicht, inwiefern die angesprochenen Spezifikationen unüblich sind. Das Gleiche gilt für die Anforderung, dass grundsätzlich bauteilaktivierte Decken für die Kühlung der Gate-2-Immobilie sorgen.

91 Zum „Zertifizierungssystem ÖGNI Stufe Gold“ führt die Kommission im Rahmen ihrer Analyse der Ergänzung zur Bau- und Ausstattungsbeschreibung aus, in deren Einleitung heiße es, dass „[d]as seitens der Vermieterin und der Mieterin erklärte Ziel der Erreichung des Green-Building-Zertifikates ÖGNI – GOLD … als vereinbart [gilt] und … eine unbedingte Forderung bei der Umsetzung in Planung und Errichtung dar[stellt]“. Die Kommission macht sodann geltend, das Vorbringen der Republik Österreich, wonach diese Zertifizierung von vornherein von der Vermieterin angestrebt worden sei und keine Vorgabe von Wiener Wohnen darstelle, sei unzutreffend. Hierzu ist festzustellen, dass in der von einem Immobilienexperten erstellten Standortanalyse vom 28. Februar 2012 bereits erwähnt wird, dass vorgesehen sei, die Gate-2-Immobilie nach ÖGNI mit Gold zertifizieren zu lassen.

92 Somit ist davon auszugehen, dass die Gestaltung der Gate-2-Immobilie gemäß den sich aus dieser Zertifizierung ergebenden Anforderungen nicht das Ergebnis eines entscheidenden Einflusses von Wiener Wohnen ist, sondern auf die Eigeninitiative der Vermieterin vor Aufnahme der Verhandlungen mit Wiener Wohnen (vgl. oben Rn. 57) zurückgeht. Im Übrigen gibt die Kommission in ihren Schriftsätzen nicht an, weshalb diese Zertifizierung nicht auch im Vermieterinteresse erteilt werden sollte. Indes liegt auf der Hand, dass die Erlangung eines solchen Zertifikats den Wert der betreffenden Immobilie steigert.

93 Einige der Punkte, die in der Bau- und Ausstattungsbeschreibung und der Ergänzung dazu erwähnt werden, sind vor dem Hintergrund der Absicht von Wiener Wohnen zu sehen, über einen langen Zeitraum einen Standort zu haben, der alle ihre Organisationseinheiten zusammenführt. So erscheint die Vorgabe hinsichtlich der Dimension der Elektroverteilung dahin, dass eine Platzreserve von 25 % für einen etwaigen späteren Ausbau gegeben sein soll, nicht als eine solche, die über die üblichen Vorgaben eines Mieters für ein Gebäude wie die Gate-2-Immobilie hinausgeht.

94 Demgegenüber ergibt sich aus der dem Gerichtshof unterbreiteten Akte, dass Vectigal Immobilien als Eigentümerin und Bauträgerin der Gate-2-Immobilie aus für sie besonders wichtigen wirtschaftlichen Gründen für eine Bauausführung Sorge trug, die ihr im Fall einer kompletten oder teilweisen Räumung der Räumlichkeiten durch Wiener Wohnen eine umgehende Wiedervermietung der betreffenden Flächen an Dritte ermöglicht. So sah Vectigal Immobilien nach den Ausführungen der Republik Österreich insbesondere für sämtliche verfügbaren Mietflächen pro Stockwerk mehrere

bauliche Trennungen mit eigenständigen Fluchtwegen und Liftanbindungen vor, um in Zukunft Einzelflächen vermieten zu können oder in der Lage zu sein, die einzelnen Stockwerke teilweise zu vermieten.

95 Letztlich hat die Kommission nicht nachgewiesen, dass mit den von Wiener Wohnen in ihrer Eigenschaft als künftige Mieterin gestellten Anforderungen die Nutzung der Gate-2-Immobilie als Bürogebäude durch nachfolgende Mieter in Frage gestellt wurde. Demnach ist festzustellen, dass die aus diesen Anforderungen resultierenden Anpassungen nicht über das hinausgehen, was ein Mieter üblicherweise verlangen kann.

96 Schließlich enthält die Klage der Kommission entgegen der oben in Rn. 52 angeführten Rechtsprechung weder Angaben zu den Kosten der Arbeiten bei ihrem Abschluss im Jahr 2014 noch Informationen zum Verhältnis zwischen diesen Kosten und dem damaligen Barwert des Gesamtbetrags der Mietzinsen für einen Zeitraum von 20 Jahren.

97 Nach alledem hat die Kommission somit nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen, dass die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 2, 28 und 35 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 verstoßen hat, indem Wiener Wohnen den Vertrag vom 25. Mai 2012 bezüglich des Bürogebäudes in der Guglgasse 2-4 in Wien ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und ohne entsprechende Bekanntmachung direkt vergeben hat.

98 Folglich ist die Klage der Kommission abzuweisen.

Kosten

99 Nach Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs 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 der Republik Österreich die Kosten aufzuerlegen.

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

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Europäische Kommission trägt die Kosten.

Regan Ilešič Juhász

Lycourgos Jarukaitis

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 22. April 2021.

Der Kanzler
A. Calot Escobar

Der Präsident der Fünften Kammer
E. Regan