URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

25. März 2010 *

In der Rechtssache C-451/08

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Oberlandesgericht Düsseldorf (Deutschland) mit Entscheidung vom 2. Oktober 2008, beim Gerichtshof eingegangen am 16. Oktober 2008, in dem Verfahren

Helmut Müller GmbH

gegen

Bundesanstalt für Immobilienaufgaben,

Beteiligte:

Gut Spascher Sand Immobilien GmbH,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Stadt Wildeshausen,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten der Zweiten Kammer J. N. Cunha Rodrigues (Berichterstatter) in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Dritten Kammer, der Richterin P. Lindh sowie der Richter A. Rosas, A. Ó Caoimh und A. Arabadjiev,

Generalanwalt: P. Mengozzi,
Kanzler: B. Fülöp, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2009,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Helmut Müller GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt O. Grübbel,

— der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, vertreten durch Rechtsanwalt S. Hertwig,

— der Stadt Wildeshausen, vertreten durch Rechtsanwalt J. Lauenroth,

— der deutschen Regierung, vertreten durch M. Lumma und J. Möller als Bevollmächtigte,

— der französischen Regierung, vertreten durch G. de Bergues und J.-S. Pilczer als Bevollmächtigte,

— der italienischen Regierung, vertreten durch G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— der niederländischen Regierung, vertreten durch C. Wissels und Y. de Vries als Bevollmächtigte,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch E. Riedl und M. Fruhmann als Bevollmächtigte,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch G. Wilms und C. Zadra als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 17. November 2009

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung des Begriffs „öffentlicher Bauauftrag“ 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 (ABl. L 134, S. 114).

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Helmut Müller GmbH (im Folgenden: Helmut Müller) und der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (im Folgenden: Bundesanstalt) über den Verkauf eines Grundstücks durch die Bundesanstalt, auf dem der Erwerber später Bauleistungen erbringen sollte, die städtebaulichen Zielen einer Gebietskörperschaft, im vorliegenden Fall der Stadt Wildeshausen, entsprechen.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 Der zweite Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 lautet:

„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 [EG-]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."

4 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."

5 In Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 heißt 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 …"

Nationales Recht

6 § 10 Abs. 1 des Baugesetzbuchs vom 23. September 2004 (BGBl. 2004 I, S. 2414, im Folgenden: BauGB) bestimmt:

„Die Gemeinde beschließt den Bebauungsplan als Satzung."

7 § 12 BauGB lautet:

„(1) Die Gemeinde kann durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan die Zulässigkeit von Vorhaben bestimmen, wenn der Vorhabenträger auf der Grundlage eines mit der Gemeinde abgestimmten Plans zur Durchführung der Vorhaben und der Erschließungsmaßnahmen (Vorhaben- und Erschließungsplan) bereit und in der Lage ist und sich zur Durchführung innerhalb einer bestimmten Frist und zur Tragung der Planungs- und Erschließungskosten ganz oder teilweise vor dem Beschluss nach § 10 Abs. 1 verpflichtet (Durchführungsvertrag). …

…

(3a) Wird in einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan … durch Festsetzung eines Baugebiets … oder auf sonstige Weise eine bauliche … Nutzung … festgesetzt, ist … festzusetzen, dass im Rahmen der festgesetzten Nutzungen nur solche Vorhaben zulässig sind, zu deren Durchführung sich der Vorhabenträger im Durchführungsvertrag verpflichtet. …

…“

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

8 Die Bundesanstalt war Eigentümerin der knapp 24 Hektar großen Liegenschaft „Wittekind-Kaserne“ in Wildeshausen (Deutschland).

9 Im Oktober 2005 hatte der Stadtrat der Stadt Wildeshausen im Hinblick auf eine zivile Nachnutzung der betroffenen Grundstücke, die etwa 3 % der Gebäude- und Freiflächen dieser Stadt ausmachen, beschlossen, Untersuchungen für eine städtebauliche Entwicklungsmaßnahme anzustellen.

10 Im Oktober 2006 gab die Bundesanstalt im Internet und in der Tagespresse bekannt, dass sie beabsichtige, die Wittekind-Kaserne zu veräußern.

11 Am 2. November 2006 machte Helmut Müller, ein auf dem Immobiliensektor tätiges Unternehmen, ein Kaufangebot zum Preis von 4 Millionen Euro, stellte dieses aber unter die Bedingung einer Bauleitplanung auf der Grundlage ihres Nutzungskonzepts für die Grundstücke.

12 Die Wittekind-Kaserne wurde Anfang des Jahres 2007 aufgegeben.

13 Im Januar 2007 erbat die Bundesanstalt ein Preisangebot für einen möglichst kurzfristigen Erwerb der Liegenschaft im unbeplanten Zustand.

14 Helmut Müller machte am 9. Januar 2007 ein Angebot über 400 000 Euro, das sie am 15. Januar 2007 auf 1 Million Euro erhöhte.

15 Ein anderes Immobilienunternehmen, die Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (im Folgenden: GSSI), die sich seinerzeit im Gründungsstadium befand, unterbreitete ein Angebot über 2,5 Millionen Euro.

16 Zwei weitere Angebote wurden abgegeben.

17 Nach einem von der Bundesanstalt vor dem vorlegenden Gericht beigebrachten Gutachten waren die betroffenen Grundstücke am 1. Mai 2007 2,33 Millionen Euro wert.

18 In der Vorlageentscheidung wird ausgeführt, dass die Stadt Wildeshausen sich unter Beteiligung der Bundesanstalt die Planungen von den Bietern habe vorstellen lassen und sie mit ihnen besprochen habe.

19 In der Zwischenzeit habe die Bundesanstalt die Konzepte von Helmut Müller und von GSSI bewertet und aus städtebaulichen Gründen der Planung von GSSI den Vorzug gegeben, da sie sich davon eine Attraktivitätssteigerung für die Stadt Wildeshausen versprochen habe, und dies der Stadt mitgeteilt.

20 Dabei habe Einvernehmen darüber bestanden, die Liegenschaft erst zu veräußern, wenn der Stadtrat der Stadt Wildeshausen die Planung gutgeheißen habe. Die Bundesanstalt habe sich an der Entschließung der Stadt Wildeshausen orientieren wollen.

21 Nach der Vorlageentscheidung sprach sich der Stadtrat der Stadt Wildeshausen für die Planung von GSSI aus und beschloss am 24. Mai 2007 u. a.:

„Der Rat der Stadt Wildeshausen ist bereit, das von Herrn R [dem Geschäftsführer von GSSI] vorgestellte Konzept zu prüfen und ein entsprechendes Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans einzuleiten. …

Es besteht kraft Gesetzes kein Rechtsanspruch auf Aufstellung eines (ggf. vorhabenbezogenen) Bebauungsplans.

Der Stadt [Wildeshausen] ist es kraft Gesetzes verwehrt, vor Abschluss eines ordnungsgemäßen Bauleitplanverfahrens verbindliche Zusagen bezüglich der Bebaubarkeit zu machen oder ihr Planungsermessen — das zudem rechtlichen Grenzen unterliegt — zu binden.

Die vorstehenden Beschlüsse binden die Bauleitplanung der Stadt [Wildeshausen] deshalb in keiner Weise.

Planungsaufwendungen und andere Dispositionen der Konzeptanten und anderer an der Planung interessierter Personen geschehen auf eigenes Risiko."

22 Unmittelbar nach diesem Beschluss vom 24. Mai 2007 hob der Stadtrat der Stadt Wildeshausen den im Oktober 2005 getroffenen Beschluss über die Einleitung städtebaulicher Voruntersuchungen auf.

23 Durch notariellen Vertrag vom 6. Juni 2007 verkaufte die Bundesanstalt im Einvernehmen mit der Stadt Wildeshausen die Wittekind-Kaserne an GSSI. Davon unterrichtete sie Helmut Müller am 7. Juni 2007. GSSI wurde im Januar 2008 als Eigentümerin dieser Liegenschaft in das Grundbuch eingetragen. Durch notariellen Vertrag vom 15. Mai 2008 bestätigten die Bundesanstalt und GSSI den Kaufvertrag vom 6. Juni 2007.

24 Helmut Müller stellte bei der Vergabekammer (der bei öffentlichen Aufträgen in erster Instanz zuständigen Stelle) einen Nachprüfungsantrag und beanstandete, dass kein geregeltes Vergabeverfahren stattgefunden habe, obwohl die Veräußerung der genannten Kaserne ein dem Vergaberecht unterliegender Vorgang sei. In Ermangelung einer rechtzeitigen Bieterinformation sei der Kaufvertrag nichtig.

25 Die Vergabekammer verwarf den Nachprüfungsantrag als unstatthaft im Wesentlichen mit der Begründung, GSSI sei kein Bauauftrag erteilt worden.

26 Helmut Müller legte gegen diese Verwerfungsentscheidung beim Oberlandesgericht Düsseldorf sofortige Beschwerde ein und machte geltend, dass nach den Umständen an GSSI ein Bauauftrag in der Form einer Baukonzession vergeben werden solle. Die Bundesanstalt und die Stadt Wildeshausen hätten die zu treffenden Entscheidungen wechselseitig aufeinander abgestimmt.

27 Das Oberlandesgericht Düsseldorf neigt dazu, sich dieser Argumentation anzuschließen. Seiner Auffassung nach wird die Stadt Wildeshausen in nicht allzu ferner, derzeit

aber noch nicht näher bestimmbarer Zukunft das ihr obliegende Planungsermessen dahin ausüben, dass nach § 12 BauGB ein vorhabenbezogener Bebauungsplan aufgestellt und mit GSSI ein Durchführungsvertrag abgeschlossen, ihr mithin ein öffentlicher Bauauftrag erteilt werde.

28 Da von der Stadt Wildeshausen kein Entgelt gezahlt werden solle, solle der entsprechende öffentliche Bauauftrag, so das vorlegende Gericht, in der Rechtsform einer öffentlichen Baukonzession erteilt werden und GSSI das wirtschaftliche Risiko dieses Geschäfts tragen. Die Veräußerung des Grundbesitzes und die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags seien vergaberechtlich als eine Einheit zu bewerten. Die Bundesanstalt und die Stadt Wildeshausen seien dabei lediglich zeitversetzt vorgegangen.

29 Das Oberlandesgericht Düsseldorf ergänzt, dass es denselben Standpunkt in anderen bei ihm anhängig gemachten Rechtsstreitigkeiten eingenommen habe, insbesondere in seiner Entscheidung vom 13. Juni 2007 betreffend den Flugplatz Ahlhorn (Deutschland). Seine Analyse habe aber keine ungeteilte Zustimmung, sondern unter den deutschen Gerichten überwiegend Ablehnung gefunden. Außerdem sei die deutsche Bundesregierung dabei, das deutsche Vergaberecht in einem Sinn zu ändern, der dem von ihm vertretenen Standpunkt entgegenstehe.

30 Der von dem vorlegenden Gericht erwähnte Gesetzesentwurf sah vor, die Definition des Begriffs „öffentliche Bauaufträge“ in § 99 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15. Juli 2005 (BGBl. 2005 I, S. 2114) wie folgt zu präzisieren (die geplanten Änderungen werden kursiv wiedergegeben):

„Bauaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks *für den öffentlichen Auftraggeber*, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder

technische Funktion erfüllen soll, oder einer *dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden* Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen."

31 Weiterhin sei vorgesehen gewesen, § 99 dieses Gesetzes um einen neuen Abs. 6 mit folgender Definition der öffentlichen Baukonzession zu ergänzen:

„Eine Baukonzession ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrages, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht."

32 Kurz nach dem Eingang des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens wurden entsprechende Änderungen im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 (BGBl. 2009 I, S. 790) vorgenommen.

33 Unter diesen Umständen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

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, Kommission/Österreich, C-29/04, Slg. 2005, I-9705)?

Zu den Vorlagefragen

Einleitende Bemerkungen

34 In den meisten Sprachfassungen der Richtlinie 2004/18 erfasst der Begriff „öffentliche Bauaufträge" im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b dieser Richtlinie drei Fallgestaltungen: erstens die Ausführung — gegebenenfalls in Verbindung mit der Planung — von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I dieser Richtlinie genannten Kategorien, zweitens die Ausführung — gegebenenfalls in Verbindung mit der Planung — eines Bauwerks und drittens die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen.

35 Ein „Bauwerk" im Sinne dieser Vorschrift ist definiert als „das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll".

36 Während in den meisten Sprachfassungen für den zweiten und den dritten Fall derselbe Begriff verwendet wird, etwa „ouvrage" in der französischen Sprachfassung, werden in der deutschen Fassung zwei verschiedene Begriffe verwendet, nämlich „Bauwerk" für den zweiten Fall und „Bauleistung" für den dritten.

37 Außerdem ist nur in der deutschen Sprachfassung des genannten Art. 1 Abs. 2 Buchst. b vorgesehen, dass die vom dritten Fall erfasste Tätigkeit nicht nur „gleichgültig mit welchen Mitteln", sondern auch „durch Dritte" erbracht wird.

38 Nach ständiger Rechtsprechung kann die in einer der Sprachfassungen einer Vorschrift des Unionsrechts verwendete Formulierung nicht als alleinige Grundlage für die Auslegung dieser Vorschrift herangezogen werden oder insoweit Vorrang vor den anderen sprachlichen Fassungen beanspruchen. Eine solche Vorgehensweise wäre mit dem Erfordernis einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts unvereinbar. Weichen die verschiedenen Sprachfassungen voneinander ab, muss die fragliche Vorschrift nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört (vgl. Urteile vom 27. März 1990, Cricket St Thomas, C-372/88, Slg. 1990, I-1345, Randnrn. 18 und 19, vom 12. November 1998, Institute of the Motor Industry, C-149/97, Slg. 1998, I-7053, Randnr. 16, und vom 9. Oktober 2008, Sabatauskas u. a., C-239/07, Slg. 2008, I-7523, Randnrn. 38 und 39).

39 Die Fragen des vorlegenden Gerichts sind im Licht dieser Erwägungen zu beantworten.

Zur ersten und zur zweiten Frage

40 Mit seinen ersten beiden Fragen, die zusammen zu beantworten sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Begriff „öffentliche Bauaufträge" im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 voraussetzt, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags ist, in einem gegenständlich oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt oder ob es ausreicht, dass diese Leistung eine öffentliche Zweckbestimmung wie die städtebauliche Entwicklung eines kommunalen Ortsteils erfüllt.

41 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass der Verkauf eines unbebauten oder bebauten Grundstücks durch eine öffentliche Stelle an ein Unternehmen keinen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 darstellt. Zum einen muss die öffentliche Stelle bei einem solchen Auftrag nämlich die Position des Erwerbers und nicht des Verkäufers einnehmen. Zum anderen muss ein solcher Auftrag die Ausführung von Bauvorhaben zum Gegenstand haben.

42 Der Wortlaut von Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 stützt diese Analyse.

43 Folglich ist ausgeschlossen, dass ein Verkauf — wie im Ausgangsverfahren der der Wittekind-Kaserne durch die Bundesanstalt an GSSI — als solcher einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 darstellen kann.

44 Die entsprechenden Fragen des vorlegenden Gerichts beziehen sich aber nicht auf dieses Verhältnis zwischen Verkäufer und Erwerber, sondern eher auf das Verhältnis zwischen der Stadt Wildeshausen und GSSI, also zwischen der für den Städtebau zuständigen öffentlichen Stelle und dem Erwerber der Wittekind-Kaserne. Das Gericht möchte wissen, ob in diesem Verhältnis ein öffentlicher Bauauftrag im Sinne der genannten Vorschrift liegen kann.

45 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass öffentliche Aufträge nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge sind.

46 Der Begriff des Vertrags ist für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2004/18 wesentlich. Gemäß dem zweiten Erwägungsgrund dieser Richtlinie wird mit ihr die Anwendung der Vorschriften des Unionsrechts auf die Vergabe von Aufträgen auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts bezweckt. Andere Arten von Tätigkeiten, die den öffentlichen Stellen obliegen, werden von dieser Richtlinie nicht erfasst.

47 Außerdem kann nur ein entgeltlicher Vertrag einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18 darstellen.

48 Der entgeltliche Charakter des Vertrags impliziert, dass der öffentliche Auftraggeber, der einen öffentlichen Bauauftrag vergeben hat, gemäß diesem Auftrag eine Leistung gegen eine Gegenleistung erhält. Die Leistung besteht in der Erbringung der Bauleistungen, die der öffentliche Auftraggeber erhalten möchte (vgl. Urteile vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a., C-399/98, Slg. 2001, I-5409, Randnr. 77, und vom 18. Januar 2007, Auroux u. a., C-220/05, Slg. 2007, I-385, Randnr. 45).

49 Eine solche Leistung muss nach ihrer Natur sowie nach dem System und den Zielen der Richtlinie 2004/18 ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber bedeuten.

50 Dieses wirtschaftliche Interesse ist eindeutig gegeben, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks wird, die bzw. das Gegenstand des Auftrags ist.

51 Ein solches wirtschaftliches Interesse lässt sich ebenfalls feststellen, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil Ordine degli Architetti u. a., Randnrn. 67, 71 und 77).

52 Das wirtschaftliche Interesse kann ferner in wirtschaftlichen Vorteilen, die der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann, in seiner finanziellen Beteiligung an der Erstellung des Bauwerks oder in den Risiken, die er im Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks trägt, bestehen (vgl. in diesem Sinne Urteil Auroux u. a., Randnrn. 13, 17, 18 und 45).

53 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass eine Vereinbarung, nach der ein erster öffentlicher Auftraggeber einem zweiten öffentlichen Auftraggeber die Errichtung eines Bauwerks überträgt, einen öffentlichen Bauauftrag darstellen kann, unabhängig davon, ob vorgesehen ist, dass der erste öffentliche Auftraggeber Eigentümer

des gesamten Bauwerks oder eines Teils davon ist oder wird (Urteil Auroux u. a., Randnr. 47).

54 Daraus folgt, dass der Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 voraussetzt, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags ist, im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers ausgeführt wird, ohne dass indessen erforderlich wäre, dass die Leistung die Form der Beschaffung eines gegenständlichen oder körperlichen Objekts annimmt.

55 Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, wenn mit den Bauleistungen ein im allgemeinen Interesse liegendes öffentliches Ziel erfüllt werden soll, für dessen Beachtung der öffentliche Auftraggeber zu sorgen hat, etwa die städtebauliche Entwicklung oder Kohärenz eines kommunalen Ortsteils.

56 In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist normalerweise für die Durchführung von Bauarbeiten, jedenfalls für solche von gewissem Umfang, eine vorherige Genehmigung der für den Städtebau zuständigen Behörde erforderlich. Diese Behörde hat in Ausübung ihrer Regelungszuständigkeiten zu beurteilen, ob die Durchführung der Arbeiten mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist.

57 Die bloße Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung des allgemeinen Interesses ist weder auf den Erhalt einer vertraglichen Leistung noch auf die Befriedigung des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des öffentlichen Auftraggebers gerichtet, wie es Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 vorgibt.

58 Folglich ist auf die erste und die zweite Frage zu antworten, dass der Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 nicht voraussetzt, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags ist, in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird, wenn sie diesem unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Die

Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber genügt nicht, um diese letztgenannte Voraussetzung zu erfüllen.

Zur dritten und zur vierten Frage

59 Mit der dritten und der vierten Frage, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Begriff „öffentliche Bauaufträge" im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine einklagbare Verpflichtung handelt.

60 Wie in den Randnrn. 45 und 47 des vorliegenden Urteils dargelegt worden ist, wird der öffentliche Bauauftrag in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 als ein entgeltlicher Vertrag definiert. Diesem Begriff liegt der Gedanke zugrunde, dass sich der Auftragnehmer verpflichtet, die Leistung, die Gegenstand des Vertrags ist, gegen eine Gegenleistung zu erbringen. Mit dem Vertragsschluss im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags verpflichtet sich der Auftragnehmer somit, die Bauleistungen, die dessen Gegenstand bilden, durchzuführen oder durchführen zu lassen.

61 Es spielt keine Rolle, ob der Auftragnehmer die Leistungen mit eigenen Mitteln oder unter Inanspruchnahme von Subunternehmern erbringt (vgl. in diesem Sinne Urteile Ordine degli Architetti u. a., Randnr. 90, und Auroux u. a., Randnr. 44).

62 Da die Verpflichtungen, die sich aus dem Auftrag ergeben, rechtsverbindlich sind, muss ihre Erfüllung einklagbar sein. Mangels einer Regelung im Unionsrecht sind die Modalitäten für die Erfüllung solcher Verpflichtungen im Einklang mit dem Grundsatz der Autonomie dem nationalen Recht überlassen.

63 Folglich ist auf die dritte und die vierte Frage zu antworten, dass der Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt.

Zur fünften und zur sechsten Frage

64 Mit seiner fünften und seiner sechsten Frage, die zusammen zu behandeln sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse“ im Sinne der dritten in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 genannten Fallgestaltung entweder darin bestehen können, dass der öffentliche Auftraggeber die Befugnis ausübt, sicherzustellen, dass das zu errichtende Bauwerk einem öffentlichen Interesse entspricht, oder in der Ausübung der dem öffentlichen Auftraggeber zuerkannten Befugnis, die Baupläne zu prüfen und zu billigen.

65 Diesen Fragen liegt der Umstand zugrunde, dass der mutmaßliche öffentliche Auftraggeber im Ausgangsverfahren, die Stadt Wildeshausen, keine Auftragsbeschreibung oder Beschreibung der Erfordernisse in Bezug auf ein auf den Grundstücken der Wittekind-Kaserne zu errichtendes Bauwerk erstellt hat. Nach der Vorlageentscheidung hat die Stadt Wildeshausen lediglich beschlossen, dass sie bereit sei, das von GSSI vorgestellte Konzept zu prüfen und ein Verfahren zur Aufstellung eines entsprechenden Bebauungsplans einzuleiten.

66 Im Rahmen der dritten in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 genannten Fallgestaltung ist indessen vorgesehen, dass öffentliche Bauaufträge die Erbringung einer „Bauleistung … gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ zum Gegenstand haben.

67 Ein öffentlicher Auftraggeber hat seine Erfordernisse im Sinne der oben angeführten Vorschrift nur dann genannt, wenn er Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf ihre Konzeption auszuüben.

68 Der bloße Umstand, dass eine Behörde in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne prüft oder eine Entscheidung in Anwendung von Zuständigkeiten in diesem Bereich trifft, genügt nicht der Voraussetzung der Erbringung „gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen" im Sinne der genannten Vorschrift.

69 Somit ist auf die fünfte und die sechste Frage zu antworten, dass die „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse" im Sinne der dritten in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 genannten Fallgestaltung nicht in dem bloßen Umstand bestehen können, dass eine Behörde bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne prüft oder in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten eine Entscheidung trifft.

Zur siebten Frage

70 Mit seiner siebten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob eine öffentliche Baukonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 abzulehnen ist, wenn der einzige Wirtschaftsteilnehmer, dem die Konzession erteilt werden kann, bereits Eigentümer des Grundstücks ist, auf dem das Bauwerk errichtet werden soll, oder wenn die Konzession unbefristet erteilt worden ist.

71 Nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 sind öffentliche Baukonzessionen „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“.

72 Damit ein öffentlicher Auftraggeber seinem Vertragspartner das Recht auf Nutzung eines Bauwerks im Sinne dieser Vorschrift übertragen kann, muss er über die Nutzung des entsprechenden Bauwerks verfügen können.

73 Daran fehlt es in der Regel, wenn das Nutzungsrecht allein im Eigentumsrecht des entsprechenden Wirtschaftsteilnehmers verwurzelt ist.

74 Der Eigentümer eines Grundstücks ist nämlich berechtigt, dieses unter Beachtung der anwendbaren Rechtsvorschriften zu nutzen. Solange ein Wirtschaftsteilnehmer über das Recht auf Nutzung eines Grundstücks verfügt, das in seinem Eigentum steht, kann eine Behörde grundsätzlich keine Konzession über diese Nutzung erteilen.

75 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass das Wesen der Konzession darin besteht, dass das Betriebsrisiko in erster Linie oder jedenfalls in erheblichem Umfang vom Konzessionsnehmer selbst getragen wird (vgl. in diesem Sinne zu Dienstleistungskonzessionen Urteil vom 10. September 2009, Eurawasser, C-206/08, Slg. 2009, I-8377, Randnrn. 59 und 77).

76 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften trägt vor, dass dieses Risiko in der Unsicherheit des Unternehmers in Bezug auf die Frage liegen könne, ob die für Städtebau zuständige Dienststelle der betreffenden Gebietskörperkörperschaft seine Pläne billigen werde oder nicht.

77 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.

78 In einer Situation, wie sie die Kommission anführt, stünde das Risiko in Verbindung mit den städtebaulichen Regelungszuständigkeiten des öffentlichen Auftraggebers und nicht mit der sich aus der Konzession ergebenden Vertragsbeziehung. Folglich wäre das Risiko nicht mit der Nutzung verbunden.

79 Jedenfalls geben, was die Dauer der Konzessionen anbelangt, gewichtige Gründe, zu denen insbesondere die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs gehört, Grund zur Annahme, dass die unbefristete Erteilung von Konzessionen entsprechend den Ausführungen des Generalanwalts in den Nrn. 96 und 97 seiner Schlussanträge gegen die Rechtsordnung der Union verstoßen würde (vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 19. Juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Slg. 2008, I-4401, Randnr. 73).

80 Somit ist auf die siebte Frage zu antworten, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens eine öffentliche Baukonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 abzulehnen ist.

Zur achten und zur neunten Frage

81 Die achte und die neunte Frage des vorlegenden Gerichts sind zusammen zu behandeln. Mit seiner achten Frage möchte dieses Gericht wissen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 auf eine Situation Anwendung finden, in der eine öffentliche Stelle ein Grundstück an ein Unternehmen veräußert, während eine andere öffentliche Stelle beabsichtigt, einen öffentlichen Bauauftrag in Bezug auf dieses Grundstück zu vergeben, auch wenn sie noch nicht formell beschlossen hat, den entsprechenden Auftrag zu erteilen. Die neunte Frage betrifft die Möglichkeit, den Verkauf des Grundstücks und die spätere Vergabe eines Bauauftrags in Bezug auf dieses Grundstück in rechtlicher Hinsicht als eine Einheit zu bewerten.

82 Insoweit ist es vernünftig, die Anwendung der Richtlinie 2004/18 auf ein zweistufiges Vergabeverfahren, das durch den Verkauf eines Grundstücks gekennzeichnet ist, das später Gegenstand eines Bauauftrags wird, durch die Bewertung dieser Vorgänge als Einheit nicht von vornherein auszuschließen.

83 Gleichwohl bestätigen die Umstände des Ausgangsverfahrens das Vorliegen der Voraussetzungen für eine solche Anwendung der Richtlinie nicht.

84 Wie die französische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, haben die Parteien des Ausgangsverfahrens keine rechtsverbindlichen Verpflichtungen vereinbart.

85 Zunächst sind die Stadt Wildeshausen und GSSI keine derartigen Verpflichtungen eingegangen.

86 Sodann hat GSSI keine Verpflichtung zur Durchführung des Konzepts zur Aufwertung des erworbenen Grundstücks übernommen.

87 Schließlich geben die notariellen Kaufverträge keinen Hinweis auf die bevorstehende Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags.

88 Die Absichten, auf die in den Akten hingewiesen wird, stellen keine verbindlichen Verpflichtungen dar und können in keiner Weise der Voraussetzung eines schriftlichen Vertrags genügen, die bereits nach dem Begriff des öffentlichen Auftrags gemäß Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 erforderlich ist.

89 Somit ist auf die achte und die neunte Frage zu antworten, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens keine Anwendung auf eine Situation finden, in der eine öffentliche Stelle ein Grundstück an ein Unternehmen veräußert, während eine andere öffentliche Stelle beabsichtigt, einen öffentlichen Bauauftrag in Bezug auf dieses Grundstück zu vergeben, auch wenn sie noch nicht formell beschlossen hat, den entsprechenden Auftrag zu erteilen.

Kosten

90 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Dritte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Der Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b 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 nicht voraus, dass die Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags ist, in einem gegenständlichen oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird, wenn sie diesem unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Die Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten durch den öffentlichen Auftraggeber genügt nicht, um diese letztgenannte Voraussetzung zu erfüllen.**

2. **Der Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des**

Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt.

3. Die „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse“ im Sinne der dritten in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 genannten Fallgestaltung können nicht in dem bloßen Umstand bestehen, dass eine Behörde bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne prüft oder in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten eine Entscheidung trifft.

4. Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens ist eine öffentliche Baukonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 abzulehnen.

5. Die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 finden unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens keine Anwendung auf eine Situation, in der eine öffentliche Stelle ein Grundstück an ein Unternehmen veräußert, während eine andere öffentliche Stelle beabsichtigt, einen öffentlichen Bauauftrag in Bezug auf dieses Grundstück zu vergeben, auch wenn sie noch nicht formell beschlossen hat, den entsprechenden Auftrag zu erteilen.

Unterschriften