

Oberlandesgericht Düsseldorf, VII-Verg 25/08

Datum: 02.10.2008
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 25/08

Tenor:

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden zur Vorabentscheidung nach Art. 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft folgende Fragen vorgelegt:

1. Setzt ein öffentlicher Bauauftrag nach Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge konstitutiv voraus, dass die Bauleistung in einem gegenständlich oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt?
2. Sofern nach der Begriffsbestimmung des öffentlichen Bauauftrags in Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG 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 (zum Beispiel 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 zweiten Variante des Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG, 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 b) der Richtlinie 2004/18/EG, 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 b) der Richtlinie 2004/18/EG?

6. Ist der Begriff der „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse“ nach Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG 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/EG 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/EG - 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 Grundstücksvertrages 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 EuGH, Ur. v. 10.11.2005 - C-29/04, Rechtssache Stadt Mödling)?

(Hier Freitext: Tatbestand, Gründe etc.)	1
I. Die Antragsgegnerin war Eigentümerin der knapp 24 Hektar großen Liegenschaft "Wittekind-Kaserne" in W . Im Oktober 2006 gab sie im Internet und in Erzeugnissen der Zeitungspressen das Vorhaben bekannt, diese zu veräußern. Im Verkaufsexposé (Anlage 2 der Beschwerdeschrift vom 9.4.2008 nebst Lageplan) wies sie darauf hin:	2
Die zulässigen Nutzungen und baurechtlichen Voraussetzungen sind mit der Stadt W ... abzustimmen.	3
Die Kaserne wurde Anfang des Jahres 2007 aufgegeben. Im Vorgriff darauf hatte der Stadtrat der Beigeladenen zu 2 (Stadt W) im Oktober 2005 beschlossen, für die betroffenen Grundstücke, die etwa 3 % der Gebäude- und Freiflächen der Stadt ausmachen, zum Zweck einer zivilen Nachnutzung vorbereitende Untersuchungen für eine städtebauliche Entwicklungsmaßnahme anzustellen (siehe Anlage 15 der Beschwerdeschrift). Eine Bauleitplanung ist nicht erfolgt. Die Liegenschaft befindet sich im Außenbereich nach § 35 Baugesetzbuch (BauGB). Nach einem von der Antragsgegnerin eingeholten Sachverständigengutachten waren die betroffenen Grundstücke am 1.5.2007 2,33 Millionen Euro wert.	4

Die auf dem Immobiliensektor tätige Antragstellerin, die Eigentümerin eines Nachbargrundstücks ist, machte unter dem 2.11.2006 ein Kaufangebot zum Preis von 4 Millionen Euro (Anlage 3 der Beschwerdeschrift), stellte dies aber unter die Bedingung einer Bauleitplanung auf der Grundlage ihres Nutzungskonzepts, welches unter weitgehender Erhaltung des vorhandenen Baubestandes den Umbau von Unterkünften zu Wohnungen, die Errichtung von Einfamilienhäusern und öffentlichen Bauten sowie die Schaffung von Sport- und Freizeitmöglichkeiten vorsah (vgl. Anlage 14 der Beschwerdeschrift). Ein detailliertes, insbesondere ein zeichnerisches Planungskonzept legte die Antragstellerin auch in der Folgezeit nicht vor. 5

Im Januar 2007 erbat die Antragsgegnerin ein Preisangebot für einen möglichst kurzfristigen Erwerb der Liegenschaft im unbeplanten Zustand (siehe Anlage 5 der Beschwerdeschrift). Darauf bot die Antragstellerin unter dem 9.1.2007 400.000 Euro; unter dem 15.1.2007 erhöhte sie das Kaufangebot auf 1 Million Euro (siehe Anlagen 6 und 7 der Beschwerdeschrift). 6

Das Preisangebot des Geschäftsführers der späteren Beigeladenen zu 1 (.....) belief sich demgegenüber auf 2,5 Millionen Euro. Der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1 unterhält angrenzend die Privatschule "G". Die Schule nutzte bislang schon die auf dem Kasernengelände vorhandene Sporthalle und den Sportplatz. Nach dem unter Einschaltung eines Architekten auch in zeichnerischer Form ausgearbeiteten Nutzungskonzept des Geschäftsführers der Beigeladenen zu 1 sollten mit den Schwerpunkten Bildung, Dienstleistung und Wohnen Wohnungen für ein Zusammenleben von Jung und Alt, Eigentumswohnungen und hochwertige Einfamilienhäuser, ein Schülerdorf sowie Freizeit- und Sportanlagen, ein College, ein Gründerzentrum für High-Tech-Unternehmen und ein öffentlicher Platz mit Bistros, Geschäften und Markthalle entstehen. Die Umsetzung sollte auf fünf bis zehn Jahre angelegt sein (siehe Anlage 9 der Beschwerdeschrift). Neben der Antragstellerin und dem Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2 gaben zwei weitere Bieter Kaufangebote ab. 7

In der Folgezeit ließ sich die Beigeladene zu 2 (Stadt) unter Beteiligung der Antragsgegnerin die Planungen von den Bietern vorstellen und besprach diese mit ihnen. Unterdessen bewertete die Antragsgegnerin die Nutzungskonzepte der Antragstellerin und des Geschäftsführers der Beigeladenen zu 1. Sie gab seiner Planung aus städtebaulichen Gründen den Vorzug, versprach sich davon eine Attraktivitätssteigerung für die Stadt und teilte dies der Stadt mit. Dabei bestand Einvernehmen darüber, die Liegenschaft erst zu veräußern, wenn der Stadtrat die Planung gutgeheißen habe. Die Antragsgegnerin wollte sich an der Entschließung der Stadt orientieren. Der Rat der Beigeladenen zu 2 sprach sich für die Planung des Geschäftsführers der Beigeladenen zu 1 aus und beschloss am 24.5.2007 unter anderem (Anlage 13 der Beschwerdeschrift): 8

Der Rat der Stadt W ist bereit, das von Herrn R (Bem.: Geschäfts-führer der Beigeladenen zu 1) vorgestellte Konzept zu prüfen und ein entsprechendes Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans einzuleiten. ... 9

Es besteht kraft Gesetzes kein Rechtsanspruch auf Aufstellung eines (ggf. vorhabenbezogenen) Bebauungsplans. 10

Der Stadt 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. 11

Die vorstehenden Beschlüsse binden die Bauleitplanung der Stadt deshalb in keiner Weise. 12

Planungsaufwendungen und andere Dispositionen der Konzeptanten und anderer an der Planung interessierter Personen geschehen auf eigenes Risiko.	13
Anschließend hob der Stadtrat den Beschluss über die Einleitung städtebaulicher Voruntersuchungen auf.	14
Durch notariellen Vertrag vom 6.6.2007 verkaufte die Antragsgegnerin im Einvernehmen mit der Stadt (Beigeladene zu 2) die betroffenen Grundstücke an die nunmehr als Käufer auftretende und im Gründungsstadium befindliche Beigeladene zu 1 (Anlage 16 der Beschwerdeschrift). Davon unterrichtete sie die Antragstellerin unter dem 7.6.2007 (Anlage 12 der Beschwerdeschrift). Die Beigeladene zu 1 ist im Januar 2007 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden (siehe Anlage 17 der Beschwerdeschrift). Durch notariellen Vertrag vom 15.5.2008 haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1 den Grundstückskaufvertrag vom 6.6.2007 bestätigt und die Auflassung wiederholt (GA 77 ff.).	15
Mit Schreiben vom 31.10.2007 meldete die Antragstellerin gegenüber der Beigeladenen zu 2 Schadensersatzansprüche an (Anlage 18 der Beschwerdeschrift). Unter dem 11.2.2008 stellte sie einen Nachprüfungsantrag (Anlage 19 der Beschwerdeschrift).	16
Die Antragstellerin beanstandete, dass kein geregeltes Vergabeverfahren stattgefunden habe, obwohl die Veräußerung des ehemaligen Kasernengeländes ein dem Vergaberecht unterliegender Vorgang sei. In Ermangelung einer rechtzeitigen Bieterinformation sei der Kaufvertrag nichtig. Die Antragstellerin begehrte hauptsächlich, die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Verkauf aufzuheben.	17
Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen traten dem Nachprüfungsantrag entgegen. Sie machten im Wesentlichen geltend:	18
Die Antragstellerin habe entgegen § 107 Abs. 3 GWB vorprozessual keine Rüge ausgesprochen. Sie habe das Nachprüfungsrecht auch verwirkt. In der Sache sei die Beigeladene zu 1 keine Bauverpflichtung eingegangen und sei kein Bauauftrag vergeben worden.	19
Die Vergabekammer verwarf den Nachprüfungsantrag als unstatthaft im Wesentlichen mit der Begründung, der Beigeladenen zu 1 sei kein Bauauftrag erteilt worden. Auf die Gründe des Beschlusses der Vergabekammer wird verwiesen.	20
Dagegen hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt. Die Antragstellerin ist der Meinung, an die Beigeladene zu 1 solle nach den Umständen in der Form einer Baukonzession ein Bauauftrag vergeben werden. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 2 (die Stadt) hätten die zu treffenden Entscheidungen wechselseitig aufeinander abgestimmt.	21
Nachdem die Antragstellerin zunächst beantragt hat, die Antragsgegnerin unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer zu verpflichten, das Verfahren über den Grundstücksverkauf und die Verkaufsentscheidung aufzuheben, hat sie auf die notarielle Bestätigung des Kaufvertrags und die Erneuerung der Auflassung vom 15.5.2008 das Nachprüfungsverfahren für erledigt erklärt.	22
Die Antragstellerin beantragt nunmehr,	23
unter Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer festzustellen, dass sie, die Antragstellerin, durch den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu 1 in ihren Rechten verletzt worden sei.	24
Die Antragsgegnerin hat sich der Erledigungserklärung angeschlossen. Sie beantragt,	25
die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.	26

- Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen - jene haben selbst keine Anträge gestellt - verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer. Die Antragsgegnerin spricht der Antragstellerin für den zuletzt gestellten Antrag zudem ein Feststellungsinteresse ab. 27
- Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze und die Anlagen, insbesondere auf die vorbezeichneten Aktenbestandteile, sowie auf die zu Informationszwecken beigezogenen Vergabeakten und die Verfahrensakte der Vergabekammer Bezug genommen. 28
- Die von ihr eingelegte sofortige Beschwerde gegen die Auslagenentscheidung der Vergabekammer hat die Beigeladene zu 1 zurückgenommen. 29
- II. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig. 30
- Die Entscheidung über die Begründetheit der Beschwerde, d.h. über die Zulässigkeit und Begründetheit des Nachprüfungsantrags, hängt freilich insbesondere davon ab, ob im Streitfall ein öffentlicher Bauauftrag, und zwar gegebenenfalls in der Form einer öffentlichen Baukonzession, erteilt werden soll, und ob die Absicht, einen solchen Auftrag erst demnächst zu erteilen, bereits eine Ausschreibungspflicht begründet. Dabei ist entscheidungserheblich die Auslegung der Vorschriften des Art. 1 Abs. 1 b) (öffentliche Bauaufträge) und Abs. 3 (öffentliche Baukonzessionen) der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (künftig: Richtlinie 2004/18/EG oder Richtlinie). Da sich die Auslegungsfragen in einem Vergabenachprüfungsverfahren stellen, in dem die Beschwerdeentscheidung des Senats nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden kann, ist nach Art. 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) insoweit der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften anzurufen. Zur Frage eines Vorabentscheidungsersuchens sind die Verfahrensbeteiligten im Rahmen der Erörterung des Sach- und Streitstandes in der vorangegangenen mündlichen Verhandlung vor dem Senat angehört worden.
1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist mit dem zuletzt von der Antragstellerin gestellten Feststellungsantrag zulässig, wenn die einen öffentlichen Bauauftrag und eine Baukonzession betreffenden streitentscheidenden Fragen ausgeklammert werden. 32
- a) Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImA) ist eine bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, die der Fach- und Rechtsaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen unterliegt (vgl. Art. 1 Gesetz zur Gründung der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben vom 9.12.2004, BGBl. I 2004, 3235; § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Gesetz über die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben - BImAG). Der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben ist mit Wirkung vom 1.1.2005 das Eigentum an Grundstücken der Bundesrepublik Deutschland übertragen worden (§ 2 Abs. 2 S. 1 BImAG). 33
- b) Der in vor dem 1.1.2008 begonnenen Vergabeverfahren auf Bauauftragsvergaben anzuwendende Schwellenwert von 5.278.000 Euro ist im Streitfall überschritten (vgl. § 2 Nr. 4 Vergabeverordnung - VgV). Beim öffentlichen Bauauftrag ist zur Feststellung des Auftragswerts der Gesamtwert der Arbeiten zu veranschlagen, der die vom öffentlichen Auftraggeber etwaig gezahlten Geldbeträge und die von Dritten als Gegenleistung für die für ihre Rechnung errichteten Bauwerke geleisteten Beträge umfasst (vgl. EuGH, Urt. v. 18.1.2007 - C-220/05, Auroux/Commune de Roanne [im Folgenden: Commune de Roanne], Slg. 2007, I-412 = NZBau 2007, 185 = VergabeR 2007, 183, Rn. 53 bis 57). Bei

einer öffentlichen Baukonzession ist auf die voraussichtlichen Verwertungseinkünfte abzustellen. Die Verwertung kann in einer Selbstnutzung, in einer Vermietung oder Verpachtung oder in einer Veräußerung bestehen (vgl. EuGH a.a.O. Rn. 45 a.E.). Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies: Allein die erlösbaren Grundstückspreise, die bei einer Vermarktung der errichteten Bauwerke erfahrungsgemäß in einem nicht näher zu bestimmenden Verhältnis als Rechnungsposten in den von Dritten aufzubringenden Zahlungen aufgehen, erreichen nahezu den Schwellenwert. Die Antragstellerin hat in der Beschwerdeschrift insoweit eine Modellrechnung aufgestellt (GA 8), der die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1 lediglich mit pauschalen und daher unmaßgeblichen Erwägungen entgegengetreten sind (GA 57, 43 f.). Der Senat macht sich die Rechnung der Antragstellerin zwar nicht zu eigen, weist aber darauf hin, dass allein dann, wenn von dem 24 Hektar umfassenden Grundbesitz nur 10 Hektar bebaut und einer gewinnwirtschaftlichen Verwertung zugeführt werden, bei einem als nicht unrealistisch anzunehmenden durchschnittlichen Grundstückspreis von 50 Euro je Quadratmeter bereits ein Erlös von 5 Millionen Euro erreicht wird. Gebäudeerrichtungskosten, die nach wirtschaftlicher Erfahrung in der Regel den Grundstückserwerbspreis nochmals deutlich übersteigen, sind hinzuzurechnen. Diese Überlegungen führen die vorliegende Auftragsvergabe - unterstellt, es handelt sich um eine solche - aus dem Bereich der Vorgänge unterhalb des maßgebenden Schwellenwerts deutlich hinaus.

34

Der Annahme der Vergabekammer, in Fällen der vorliegenden Art dürften in entsprechender Anwendung des § 3 Abs. 3 S. 3 VgV bei der Ermittlung des Auftragswerts nur die in den nächsten vier Jahren nach Erteilung einer Baukonzession zu erwartenden Zahlungen angesetzt werden, ist nicht zuzustimmen. Für eine derartige Begrenzung sind sachliche Gründe nicht zu erkennen. So ist bei umfangreichen Bauprojekten der im Streitfall geplanten Art, die wegen nach und nach eingehender Aufträge oftmals zudem sukzessiv durchgeführt werden, eine unter Umständen bedeutend längere Realisierungsdauer nicht ungewöhnlich. Auch der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1 hat dafür im vorliegenden Fall fünf bis zehn Jahre veranschlagt (vgl. Anlage 9 der Beschwerdeschrift). Davon ausgehend ist bei der Auftragswertermittlung auf die Vermarktung des fertig-gestellten Bauwerks abzustellen. Ob dies anders zu beurteilen sein kann, wenn die Umsetzung einer Baumaßnahme in zeitlicher (und dann häufig auch in sachlicher) Hinsicht unter Ausschöpfung aller zu Gebote stehenden Erkenntnismöglichkeiten die Grenzen der Überschaubarkeit übersteigt, kann dahingestellt bleiben. Um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht. Eine Realisierungsdauer von bis zu zehn Jahren ist überschaubar. Dann ist als Auftragswert dasjenige anzusetzen, was bei Fertigstellung der Baumaßnahmen an Zahlungen voraussichtlich geleistet werden wird, selbst wenn die Fertigstellung und Verwertung länger als zehn Jahre dauern sollte.

35

Die Tatsache, dass - wovon ausgegangen werden kann - mit der Ausführung eines Bauauftrags wahrscheinlich auch Finanzierungs- und andere Dienstleistungen zu erbringen sein werden, qualifiziert den Auftrag zwar als solchen typengemischter Art, doch sind im Ergebnis keine Bedenken daran angebracht, dass die Bauleistungen im Verhältnis zu Dienstleistungen nicht nur keine Nebenarbeiten, sondern den Hauptgegenstand des Auftrags bilden.

36

c) Nachdem die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 1 - ohne durch ein Zuschlagsverbot daran gehindert gewesen zu sein - durch den weiteren notariellen Vertrag vom 15.5.2008 (GA 77 ff.) den notariellen Vertrag vom 6.6.2007 (Anlage 16 der Beschwerdeschrift) bestätigt und die Auflassung erneuert haben, ist der anfangs gestellte Nachprüfungsantrag erledigt. Der notarielle Vertrag vom

37

15.5.2008 ist rechtswirksam. Der darauf von der Antragstellerin angebrachte Antrag, eine Rechtsverletzung festzustellen, ist zulässig (vgl. § 114 Abs. 2 GWB). Das Feststellungsinteresse folgt aus der dem Antrag von der Antragstellerin zugemessenen Funktion, Schadensersatzansprüche vorzubereiten, und zwar solche nach § 126 S. 1 GWB (Vertrauensschadensersatz) oder aufgrund von culpa in contrahendo nach den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (Ersatz entgangenen Gewinns). Worin sie Rechtsverletzungen sieht, hat die Antragstellerin im Schreiben vom 31.10.2007 an die Antragsgegnerin (Anlage 18 der Beschwerdeschrift), im Nachprüfungsantrag (Anlage 19 der Beschwerdeschrift) und in der Beschwerdeschrift näher begründet. Die für die Entscheidung über Schadensersatzansprüche zuständigen ordentlichen Gerichte sind an die eine Rechtsverletzung bestandskräftig feststellende Entscheidung der Vergabenachprüfungsinstanzen gebunden (§ 124 Abs. 1 GWB). Dagegen ist entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin im Vergabenachprüfungsverfahren kein Raum für eine Prüfung der Erfolgsaussichten eines Schadensersatzbegehrens. Abgesehen von einer dem Grunde nach eintretenden Bindungswirkung an die Vergabenachprüfungsentscheidung obliegt die diesbezügliche Prüfung dem mit einer Schadensersatzklage befassten ordentlichen Gericht.

38

d) Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Sie hat durch ihr Preisangebot, die Vorstellung ihres Planungskonzepts und den Nachprüfungsantrag ein Interesse am Auftrag dokumentiert und Rechtsverletzungen behauptet, durch die ihr ein Schaden zu entstehen drohte. Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, die Antragstellerin habe mit Rücksicht auf das weitaus höhere Kaufangebot des Geschäftsführers der Beigeladenen zu 1 keine Chance auf einen Zuschlag besessen. Die Kaufangebote sind - nicht ausschließbar - deswegen so unterschiedlich ausgefallen, weil Eckdaten oder Leitlinien für eine zivile Nachnutzung des Kasernengeländes weder vorgegeben noch im Vergabeverfahren entwickelt und den Bietern bekannt gegeben worden sind. Ebenso wenig sind Zuschlagskriterien festgelegt worden. Zur Darlegung der Antragsbefugnis muss die Antragstellerin nicht vortragen, welches gegebenenfalls höhere Kaufangebot sie bei gehöriger Festlegung der genannten Faktoren abgegeben hätte.

39

e) Der Nachprüfungsantrag erforderte keine Rüge der Antragstellerin nach § 107 Abs. 3 GWB. Im Streitfall ist ein weitgehend unregelmäßiges Vergabeverfahren durchgeführt worden. Dabei ist die Antragstellerin durch den Abschluss der notariellen Verträge in Bezug auf die Vergabeentscheidung vor vollendete Tatsachen gestellt worden. Eine effektive Rüge hat sie infolgedessen nicht anbringen können. Im Fall einer derartigen Direktvergabe ist der Antragsteller von der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 GWB befreit (so BayObLG, Beschl. v. 22.1.2002 - Verg 18/01, NZBau 2002, 398; Beschl. v. 27.2.2003 - Verg 25/02, NZBau 2003, 634; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2001 - Verg 3/01, NZBau 2001, 696; OLG Frankfurt am Main NZBau 2004, 692, 693; Kammergericht, Beschl. v. 11.11.2004 - 2 Verg 16/04, NZBau 2005, 538; OLG Naumburg NZBau 2006, 58; Burgi, NZBau 2003, 16, 21; a.A. Bär, ZfBR 2001, 375, 377; Otting, VergabeR 2002, 146; Wagner, VergabeR 2002, 250, 251).

40

f) Die Antragstellerin hat das Nachprüfungsrecht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch nicht verwirkt (vgl. zur Verwirkung OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.4.2008 - VII-Verg 23/08, NZBau 2008, 461, 464). Durch die Beteiligung am Vergabeverfahren entsteht zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und Bewerbern oder Bietern eine vorvertragliche Sonderbeziehung, die in materiell-rechtlicher und prozessualer Hinsicht gegenseitige Verhaltenspflichten, insbesondere die Pflicht zur Loyalität und Rücksichtnahme, erzeugt (vgl. BGHZ 120, 281, 284; 124, 64; 139, 273; BGH, Urt. v. 7.6.2005 - X ZR

41

19/02, BauR 2005, 1618 = VergabeR 2005, 617 = WuW/E Verg 1134; Wiese in Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 107 GWB Rn. 53). Erfolgt die Auftragsvergabe in einem unregelmäßigem Vergabeverfahren, verhindert indes der öffentliche Auftraggeber, dass darauf bezogene Verhaltenspflichten der betroffenen Bieter zur Entstehung gelangen können und der Vorwurf einer gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßenden Pflichtverletzung mit Erfolg erhoben werden kann. Eine einseitige Anwendung der auf Treu und Glauben beruhenden Verhaltenspflichten zu Lasten des Bieters ist mit dem Normzweck des § 242 BGB nicht vereinbar. Für den vorliegenden Fall folgt daraus, dass der Antragstellerin eine Verwirkung des Nachprüfungsrechts nicht entgegengehalten werden kann.

Unabhängig davon verhält sich der Antragsteller nicht schon dann treuwidrig, wenn er - wie die Antragstellerin - allein etwa acht Monate mit der Anbringung eines Nachprüfungsantrags zuwartet, nachdem er von der Auftragsvergabe erfahren hat. Ein schutzwürdiges Vertrauen darin, dass eine Nachprüfung unterbleiben werde, war bei der Antragsgegnerin nicht vorhanden. Die Schadensersatzanmeldung vom 31.10.2007 war nicht geeignet, ein solches Vertrauen hervorzubringen. Dieses Schreiben war nicht an die Antragsgegnerin gerichtet, und die Antragsgegnerin hat ebenso wenig behauptet, davon seinerzeit Kenntnis erlangt zu haben. Eigenem Bekunden zufolge hat sie damals vielmehr die Möglichkeit einer Nachprüfung selbst in Erwägung gezogen (vgl. Anlage 1 der Beschwerdeschrift, S. 1). Ein tatsächliches Vertrauen darauf, dass es dazu nicht kommen werde, ist von daher, aber auch deswegen, weil die Vertrauensinvestition durch Abschluss des notariellen Vertrages mit der Beigeladenen zu 1 vom 6.6.2007 bereits vor der Mitteilung vom 7.6.2007 an die Antragstellerin getätigt worden war, nicht hoch zu bewerten. In welcher Weise sie sich sonst auf den rechtlichen Bestand der Veräußerung des Grundbesitzes an die Beigeladene zu 1 eingerichtet haben könnte und eine Rückgängigmachung für sie eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte bedeutete, hat die insoweit darlegungsbelastete Antragsgegnerin im Übrigen nicht vorgetragen. 42

2. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags setzt ferner voraus, dass die Veräußerung der Liegenschaft der ehemaligen "Wittekind-Kaserne" Gegenstand eines öffentlichen Bauauftrags war. 43

Öffentliche Aufträge sind nach § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. 44

Gemäß § 99 Abs. 3 GWB sind Bauaufträge Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens (erste Variante) oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll (zweite Variante), oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (dritte Variante). 45

Die Definition des öffentlichen Bauauftrags nach § 99 Abs. 3 GWB entspricht in Verbindung mit § 99 Abs. 1 GWB derjenigen in Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG, mit Ausnahme des Umstands, dass nach der deutschsprachigen Fassung der Richtlinie bei der dritten Variante gleichgültig ist, mit welchen Mitteln Bauleistungen durch Dritte erbracht werden. 46

Ein öffentlicher Bauauftrag kann auch in Gestalt einer öffentlichen Baukonzession vergeben werden. Baukonzessionen sind nach § 98 Nr. 6 GWB, § 6 Abs. 1 Satz 2 VgV Bauaufträge, bei denen die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einer Vergütung in dem Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls 47

zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Dies stimmt mit der Begriffsbestimmung in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG überein.

a) Der Senat hatte als Beschwerdegericht in der Vergangenheit mehrfach in rechtsähnlich gelagerten Vergaberechtsstreitigkeiten zu entscheiden, welche den Abschluss öffentlicher Baukonzessionen in der Form so genannter Investorenverträge betrafen (vgl. Beschl. v. 13.6.2007 - VII-Verg 2/07, Flugplatz Ahlhorn, NZBau 2007, 530 = VergabeR 2007, 634; Beschl. v. 12.12.2007 - VII-Verg 30/07, Wuppertal-Vohwinkel, NZBau 2008, 138 = VergabeR 2008, 99; Beschl. v. 6.2.2008 - VII-Verg 37/07, Oer-Erkenschwick, NZBau 2008, 271 = VergabeR 2008, 229 sowie ferner Beschl. v. 30.4.2008 - VII-Verg 23/08, Stolberg, NZBau 2008, 461; Beschl. v. 14.5.2008 - VII-Verg 27/08, Hamm-Werries, VergabeR 2008, 661 und Beschl. v. 18.6.2008 - VII-Verg 23/08, Stolberg). Dabei ging es stets um öffentliche Baukonzessionen nach der zweiten und dritten Variante der Begriffsbestimmung des öffentlichen Bauauftrags. In jenen Sachen hat der Senat die Auffassung eingenommen:

aa) Der Umstand, dass der Abschluss so genannter Investorenverträge in einem städtebaulichen (und infolgedessen in einem öffentlich-rechtlichen) Regelungszusammenhang mit spezifischen, gegenüber dem Vergaberecht unterschiedlichen Zwecken (nämlich solchen der Städteplanung und Wirtschaftsförderung) steht, führt, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, aus dem Anwendungsbereich des durch die Richtlinie vorbestimmten Vergaberechts nicht hinaus (vgl. EuGH, Urt. v. 12.7.2001 - C-399/98, Architeti delle Provinci di Milano et Lodi/Commune di Milano [künftig nur noch Commune di Milano], Slg. 2001, I-5409 = NZBau 2001, 512 = VergabeR 2001, 380 Rn. 66). Die nationale Rechtsnatur eines Vertrages ist für die vergaberechtliche Beurteilung unmaßgeblich (vgl. EuGH, Urt. v. 18.1.2007 - C-220/05, Commune de Roanne, Slg. 2007, I-412 = NZBau 2007, 185 = VergabeR 2007, 183 Rn. 40 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 20.10.2005 - C-264/03, Kommission/Frankreich, Slg. 2005, I-8831 = VergabeR 2006, 54 Rn. 36).

bb) Ob der öffentliche Auftraggeber das zu errichtende Bauwerk zu Eigentum erwerben oder selbst besitzen und nutzen will, ist für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags unerheblich (vgl. EuGH, Urt. v. 18.1.2007 - C-220/05, Commune de Roanne, Slg. 2007, I-412 = NZBau 2007, 185 = VergabeR 2007, 183 Rn. 47). Der öffentliche Auftraggeber kann das Bauwerk selbst nutzen oder es der Allgemeinheit oder einzelnen (auch privaten) Dritten zur Verfügung stellen (vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin in der Rs. C-220/05, Commune de Roanne, v. 15.6.2006 Rn. 42 sowie EuGH, Urt. v. 15.1.1998 - C-44/96, Mannesmann Anlagenbau/Strohal Rotationsdruck, Slg. 1998, I-73 = WuW/E Verg 23 = EuZW 1998, 120 Rn. 33; Urt. v. 18.11.2004 - C-126/03, Kommission/Deutschland [auch: Stadt München oder Donau-Wald], Slg. 2004, I-11209 = NZBau 1005, 49 = WuW/E Verg 1049 Rn. 18). Infolgedessen ist die Anwendung des Vergaberechts vom künftigen Verwendungszweck des Bauwerks und von der Deckung eines gegenständlichen, körperlich greifbaren Beschaffungsbedarfs für den öffentlichen Auftraggeber unabhängig (ebenso: Burgi, NVwZ 2008, 929, 932). Denn die Verwirklichung der Richtlinienziele - Aufhebung von Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auf dem gemeinsamen Markt, mithin die Durchsetzung von Grundfreiheiten des EG-Vertrags und die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den Wettbewerb - ist in Gestalt möglicher und vom Vergaberecht missbilligter Wettbewerbsverzerrungen (und zwar durch eine Bevorzugung bestimmter Marktteilnehmer) bereits dann gefährdet, wenn öffentliche Auftraggeber überhaupt einen öffentlichen Bauauftrag vergeben, gleichviel, aus welchen Gründen und in welchem Zusammenhang das Bauwerk errichtet werden und welchen Verwendungszweck es haben soll (vgl. die

Schlussanträge der Generalanwältin in der Rs. C-220/05, Commune de Roanne, Rn. 43). Wer beim öffentlichen Bauauftrag in einem körperlich verstandenen Sinn die Deckung eines Beschaffungsbedarfs für den öffentlichen Auftraggeber fordert, interpretiert in die Richtlinienvorschrift des Art. 1 Abs. 2 b) sowie in § 99 Abs. 1, 3 GWB folglich ein nicht vorhandenes Tatbestandsmerkmal hinein (so auch Hertwig/Öynhausen, KommJur 2008, 121).

cc) Gleichwohl will der Senat nicht in dem Sinn verstanden werden, dass in den in Fällen der vorliegenden Art bei einem öffentlichen Bauauftrag nach der zweiten Variante auf das Element der Beschaffung durch den öffentlichen Auftraggeber gänzlich zu verzichten sei. Vielmehr hat er das Beschaffungselement in der vom öffentlichen Auftraggeber angestrebten und durch den Bauauftrag gesicherten städtebaulichen Entwicklung und strukturellen Aufwertung bestimmter, der kommunalen Planungshoheit unterliegender Zonen verwirklicht gesehen (z.B. durch die Errichtung eines Einzelhandels- und/oder Dienstleistungszentrums in einem bislang vernachlässigten Stadtteil). Dem auf dem Grundstück zu errichtenden Bauwerk wird dazu eine öffentliche Zweckbestimmung für den öffentlichen Auftraggeber verliehen, und kraft des Bauauftrags (gegebenenfalls in der Form einer öffentlichen Baukonzession) erlangt der öffentliche Auftraggeber die rechtliche Befugnis sicherzustellen, dass der öffentliche Zweck erreicht wird und das Bauwerk dafür künftig zur Verfügung steht (vgl. insoweit EuGH, Urt. v. 12.7.2001 - C-399/98, Commune di Milano, Slg. 2001, I-5409 = NZBau 2001, 512 = VergabeR 2001, 380 Rn. 67, 68, 71; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2008 - VII-Verg 37/07, Oer-Erkenschwick, NZBau 2008, 271, 275 = VergabeR 2008, 229; im Prinzip ebenso: Burgi, NVwZ 2008, 929, 932 f.; Hertwig/Öynhausen, KommJur 2008, 121, 122).

51

Dabei möchte der Senat letztlich auch das Merkmal einer durch den öffentlichen Bauauftrag (oder die öffentliche Baukonzession) direkt oder indirekt begründeten Realisierungsverpflichtung (Bauverpflichtung) des Auftragnehmers nicht aufgeben, wenngleich Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG keinen Hinweis auf das Erfordernis einer solchen Verpflichtung enthält. Auch in der englisch- und der französischsprachigen Fassung der Richtlinie - genauso wenig im Übrigen in § 99 Abs. 1 und 3 GWB - ist nicht von einer solchen Verpflichtung des Auftragnehmers, sondern nur davon die Rede, dass öffentliche Bauaufträge Bauleistungen zum Gegenstand haben (*'Public works contracts' are public contracts having as their object ...; Les 'marchés publics de travaux' sont des marchés publics ayant pour objet ...*). Keinesfalls kann einer Beantwortung dieser Frage das nationale Rechtsverständnis zugrunde gelegt werden, wonach der Abschluss eines Werkvertrages im Sinne des § 631 BGB die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Herstellung des versprochenen Werks erfordert (vgl. EuGH, Urt. v. 18.1.2007 - C-220/05, Commune de Roanne, Slg. 2007, I-412 = NZBau 2007, 185 = VergabeR 2007, 183 Rn. 40).

52

Freilich muss es sich bei autonomem und einheitlichem Verständnis der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften (vgl. Dreher in Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, vor §§ 97 ff. GWB Rn. 95 m.w.N.) sowie richtlinienkonformer Auslegung der nationalen Begriffsbestimmungen nach Auffassung des Senats - sofern auf das Element der rechtlichen Verpflichtung nicht verzichtet werden kann - um keine einklagbare Verpflichtung handeln. So ist dem englischen Privatrecht beispielsweise eine Einklagbarkeit vertraglich verabredeter Bauleistungen in der Regel fremd (vgl. Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, *Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., S. 90 Rn. 191 m.w.N.).

53

Andererseits schadet eine noch weitgehende Unbestimmtheit von Leistungspflichten nicht der Annahme eines öffentlichen Bauauftrags. Die Leistungspflichten müssen nicht schon bei Beginn des Vergabeverfahrens im

Einzelnen feststehen. Das ergibt sich allein aus der Zulassung eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger öffentlicher Vergabebekanntmachung in solchen Fällen, in denen der Leistungsgegenstand nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (vgl. Art. 30 Abs. 1 b) und c) der Richtlinie 2004/18/EG, § 3 a Nr. 5 c VOB/A), und der Verfahrensart des wettbewerblichen Dialogs (Art. 29 der Richtlinie, § 3 a Nr. 4 Abs. 1 VOB/A). Danach genügt, wenn am Ende des Vergabeverfahrens der Abschluss einer Vereinbarung mit einer hinreichend genauen Beschreibung der Bauleistungen stehen soll (so OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2007 - VII-Verg 2/07, VergabeR 2007, 634, 638). 54

Sind die genannten Tatbestandselemente indes zu bejahen, und erschöpft sich die Realisierungsverpflichtung des Auftragnehmers nicht lediglich in einer Einhaltung ohnedies zu beachtender öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften und bestehender Bebauungspläne, ist ein öffentlicher Bauauftrag nach der zweiten Variante des Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie sowie nach § 99 Abs. 3 GWB gegeben. Das Bauwerk soll eine bestimmte wirtschaftliche Funktion erfüllen. Davon wird andererseits dann nicht gesprochen werden können, wenn der Bebauung des Grundstücks keine raumordnende oder städtebauliche Funktion zuzuerkennen ist, so unter Umständen dann, wenn lediglich ein auf einen bestimmten Unternehmenszweck begrenztes Einzelbauvorhaben errichtet werden soll (vgl. EuGH, Urt. v. 12.7.2001 - C-399/98, Commune di Milano, Slg. 2001, I-5409 = NZBau 2001, 512 = VergabeR 2001, 380 Rn. 67; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2008 - VII-Verg 37/07, Oer-Erkenschwick, NZBau 2008, 271, 276). 55

dd) Mit der dritten Variante des öffentlichen Bauauftrags hat sich der Senat bislang nur vorsorglich und unterstützend für den Fall befasst, dass ein Bauauftrag nach der zweiten Variante abzulehnen sein sollte. Insoweit hat der Senat entschieden: 56

Das Vorliegen von Bauleistungen durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (und nach Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie auch: 57
gleichgültig mit welchen Mitteln) setzt nicht voraus, dass der Auftragnehmer (oder Baukonzessionär) durch den Auftrag unmittelbar zu Bauleistungen verpflichtet wird oder Bauleistungen den Gegenstand des Auftrags bilden (ebenso: Burgi, NVwZ 2008, 929, 932). Als Auffangtatbestand, der die praktische Wirksamkeit der Vergaberichtlinie auch in Umgehungsfällen sicherstellen soll, regelt die dritte Variante vielmehr solche öffentlichen Bauaufträge, bei denen ein Bauwerk erstellt wird, das einer öffentlichen Zweckbestimmung unterliegt, der öffentliche Auftraggeber jedoch nicht selbst als Bauherr auftritt, sondern das Vorhaben im Auftrag und auf Rechnung des Auftragnehmers von einem - von diesem verschiedenen - Dritten ausgeführt werden soll (ebenso: Boesen, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 136, 137 m.w.N.). Als dieser Variante unterliegend werden im Schrifttum insbesondere Kauf-, Miet- oder Leasingverträge sowie Bauträgermodelle angeführt (vgl. Boesen a.a.O., § 99 GWB Rn. 142 ff.; Eschenbruch in Kulartz/ Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 175; Hailbronner in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., § 99 GWB Rn. 485 jeweils m.w.N.). Daraus geht hervor, dass die Auftragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer im Fall der dritten Variante, soll diese zur Erfassung möglicher Umgehungen einen Sinn haben, nicht als Bauauftrag ausgestaltet sein und erst recht keine unmittelbare Verpflichtung des Auftragnehmers zur Herstellung des Bauwerks aufweisen muss.

Die genannten Anwendungsbeispiele sind gemäß dem auf die Förderung des Wettbewerbs gerichteten Zweck der Richtlinie aber in keinem abschließenden Sinn zu verstehen. Der dritten Variante des § 99 Abs. 3 GWB unterfallen danach auch 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 (vgl. EuGH, Urt. v. 12.7.2001 - C-399/98, *Commune di Milano*, Slg. 2001, I-5049 = NZBau 2001, 512 = VergabeR 2001, 380 Rn. 67, 68, 71; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2008 - VII-Verg 37/07, Oer-Erkenschwick, NZBau 2008, 271, 275 = VergabeR 2008, 229; Hertwig/Öynhausen, *KommJur* 2008, 121, 122). Mit den Erfordernissen richtet der öffentliche Auftraggeber Vorgaben an die Bauleistungen und legt die Anforderungen, die das Werk erfüllen soll, fest. Die Erfordernisse müssen auf die Ausführung des individuellen Bauwerks bezogen sein und darauf einen inhaltlichen Einfluss nehmen (z.B. Vorgaben betreffend die Art und Weise der Bebauung und ihrer Anbindung an die Umgebung oder an die Gestaltung der Fassaden und Außenanlagen, vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2008 - VII-Verg 37/07, Oer-Erkenschwick, NZBau 2008, 271, 275 f.) Eine Herstellung nach vom öffentlichen Auftraggeber gebilligten Plänen genügt, wenn der Auftraggeber diese zuvor geprüft und sich zu eigen gemacht hat (so im Ergebnis auch Boesen a.a.O., § 99 GWB Rn. 141 und OLG Düsseldorf a.a.O.). Dabei kommt es nicht darauf an, ob elementare oder weniger wichtige Erfordernisse gestellt werden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2007 - VII-Verg 30/07, Wuppertal-Vohwinkel, VergabeR 2008, 99, 102). Auch an den Konkretisierungsgrad von Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers sind keine hohen Anforderungen zu richten (OLG Düsseldorf, Beschl. 13.6.2007 - VII-Verg 2/07, Flugplatz Ahlhorn, VergabeR 2008, 634, 638). Hingegen scheiden nicht bauwerks-, sondern rein nutzungsbezogene (oder sozialpolitisch motivierte) Erfordernisse sowie solche, die lediglich auf einer Anwendung öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften beruhen oder dem Auftragnehmer (oder Baukonzessionär) die Einhaltung der Festsetzungen eines bestehenden Bebauungsplans aufgeben, aus dem Anwendungsbereich der Norm aus.

58

ee) Hinsichtlich der Fallgestaltung, dass - wie im vorliegenden Fall - das Grundstück von einem Dritten (hier von der Antragsgegnerin) erworben, ein Bauauftrag (oder ein Baukonzessionsvertrag) hingegen mit der Kommune geschlossen wird, die die Planungshoheit über das betreffende Gebiet ausübt, hat der Senat auf die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Mödling verwiesen (EuGH, Urt. v. 10.11.2005 - C-29/04, Slg. 2005, I-9722 = NZBau 2005, 704 = VergabeR 2006, 47 = WuW/E Verg 1163). Danach hat bei funktionaler Betrachtung - sofern dies die besonderen Umstände des Falles gebieten - eine Zusammenschau verschiedener, sachlich und zeitlich zusammenhängender Vertragsschlüsse unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Verträge und ihrer Zielsetzung stattzufinden, und ist die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, eine Ausschreibung vorzunehmen, nicht - wie im Normalfall - allein anhand der rein zeitlichen Abfolge des Geschehens zu überprüfen (vgl. EuGH a.a.O., Rn. 38 bis 42). Würde die Prüfung isoliert nur auf die Veräußerung des Grundstücks bezogen, aber unberücksichtigt gelassen, dass die Kommune dem Erwerber alsbald danach einen Bauauftrag erteilen will, beeinträchtigte dies die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und könnte das Vergaberecht allzu leicht umgangen werden (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2007 - VII-Verg 2/07, Flugplatz Ahlhorn, NZBau 2007, 530 = VergabeR 2007, 634, 638 f.).

59

Unabhängig von einem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Grundstücksgeschäft und einem öffentlichen Bauauftrag, der nicht selten durch die Dauer der die Ausschreibungspflicht betreffenden rechtlichen Auseinandersetzung aufgelöst sein kann, hat der Senat in dem den Flugplatz Ahlhorn betreffenden Beschluss vom 13.6.2007 (VII-Verg 2/07, VergabeR 2007, 634, 638 ff.) darauf abgestellt, dass im Sinn einer Zielsetzung die Erteilung eines öffentlichen

- Baufauftrags von vorneherein bezweckt war, die Beteiligten zwischen den Verträgen eine gewollte sachliche Verknüpfung dergestalt vorgenommen haben, dass sie mit Blick auf die spätere Nutzung des Grundstücks in enger Abstimmung gehandelt haben, und sich der Grundeigentümer das Vorhaben der Gemeinde sowie deren Bewertung der Angebote zu Eigen gemacht und diese in die Entscheidung über den Verkauf einbezogen hat, mit der Folge, dass er seine Entscheidung, mit wem der Kaufvertrag abgeschlossen werden soll, von der Entscheidung der Gemeinde abhängig gemacht hat, wem diese den öffentlichen Bauauftrag hat erteilen wollen. In einem solchen Fall will der Senat das Grundstücksgeschäft und den öffentlichen Bauauftrag vergaberechtlich als eine Einheit bewerten, was dazu führt, dass die Vertragsschlüsse dem Vergaberechtsregime unterliegen. 60
- ff) Der öffentliche Bauauftrag kann auch in Gestalt einer Baukonzession erteilt werden. Die öffentliche Baukonzession weicht vom öffentlichen Bauauftrag nur insofern ab, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG, § 98 Nr. 6 GWB, § 6 Abs. 1 Satz 2 VgV). Die Übertragung des Nutzungsrechts hat entgeltersetzenden Charakter. Infolgedessen trägt der Konzessionär das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts (vgl. für den Fall einer Dienstleistungskonzession: EuGH, Urt. v. 13.10.2005 - C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585 = NZBau 2005, 644 = VergabeR 2005, 737 = WuW/E Verg 155 Rn. 40). Das Nutzungsrecht kann ausgeübt werden durch Selbstnutzung des errichteten Bauwerks oder durch Vermietung, Verpachtung oder Veräußerung an Dritte (vgl. EuGH, Urt. v. 18.1.2007 - C-220/05, Commune de Roanne, a.a.O. Rn. 45 a.E.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2007 - VII-Verg 2/07, Flugplatz Ahlhorn, VergabeR 2007, 634, 637). 61
- Der Umstand, dass der Konzessionär Eigentümer des Grundstücks wird und nach deutscher Rechtslage das Recht zur Nutzung eines auf eigenem Grundstück stehenden Bauwerks schon aus dem Eigentumsrecht des Art. 14 Grundgesetz folgt, entzieht die Baukonzession nicht der Anwendung des Vergaberechts (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2008 - VII-Verg 37/07, Oer-Erkenschwick, NZBau 2008, 271, 274 f.; a.A. Pietzcker, NZBau 2008, 293, 297; Amelung/Dörn, VergabeR 2007, 644, 646 f.). Die Befugnis, das Bauwerk zu nutzen, ist auf keine von der Erteilung des Bauauftrags unabhängige Grundstücksübertragung zurückzuführen. Jene verschafft dem Grundeigentümer keine über das Maß des baurechtlich ohnehin Zulässigen hinausgehenden Nutzungsmöglichkeiten (ebenso: Burgi, NVwZ 2008, 929, 933). Ebenso wenig unterliegt die Baukonzession einer ungeschriebenen, aber übergeordneten Prämisse, in jedem Fall befristet zu sein (so auch Burgi, NVwZ 2008, 929, 933 f.; a.A. Pietzcker, NZBau 2008, 293, 297; Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133, 138). 62
- b) Die dargestellten und vom Senat vertretenen Auslegungen sind streitentscheidend. Sie zeichnen in Verbindung mit der tatrichterlichen Beurteilung der Umstände des Streitfalls in wesentlichen Punkten vor, dass der Beigeladenen zu 1 von der Beigeladenen zu 2 in Gestalt einer öffentlichen Baukonzession ein öffentlicher Bauauftrag erteilt werden soll, der mit der Grundstücksübertragung durch die Antragsgegnerin eine vergaberechtliche Einheit bildet und der dem Vergaberechtsregime unterliegt. Der in der Form des zuletzt angebrachten Feststellungsantrags noch anhängige Nachprüfungsantrag ist danach zulässig. 63
- aa) Bislang hat die Beigeladene zu 2 (Stadt) der Beigeladenen zu 1 allerdings keinen öffentlichen Bauauftrag erteilt. In den mit der Antragsgegnerin geschlossenen notariellen Verträgen finden sich ebenso wenig Hinweise auf einen Bauauftrag. Über ein Druckmittel, die Beigeladene zu 1 zu einer Realisierung des

vorgestellten Konzepts zu veranlassen, verfügt die Beigeladene zu 2 nicht. Vor der Vergabekammer hat sich der Vertreter der Beigeladenen zu 2 dementsprechend dahin eingelassen, die Stadt sei nicht besonders daran interessiert, dass die Beigeladene zu 1 das von ihr präsentierte Konzept - jedenfalls soweit es eine Wohnbebauung betrifft - verwirkliche. Die Angaben der Vertretung der Beigeladenen zu 1 sind dahin gegangen, man sei auf eine Umsetzung des vorgestellten Nutzungskonzepts wirtschaftlich nicht angewiesen. Es sei in erster Linie darauf angekommen, die auf dem ehemaligen Militärgelände vorhandenen Sportanlagen weiterhin für die Privatschule des Geschäftsführers benutzen zu können (vgl. den Beschluss der Vergabekammer, S. 14). Dahin geht auch der Vortrag der Beigeladenen zu 1 im Beschwerdeverfahren, mit dem sie weiter geltend macht, die Neuerrichtung einer Sporthalle und eines Sportplatzes für die Privatschule habe eine Investition von mehr als 2,8 Millionen Euro erfordert. Sie sei teurer geworden als der Erwerb des ehemaligen Kasernengeländes (GA 89 f., 98 f.). 64

Dabei handelt es sich jedoch nur um eine sehr vordergründige und wenig lebensnahe, zudem um eine wertungsbesetzte und im Ergebnis unglaubliche Darstellung des Geschehens. Die Auswertung des von den Verfahrensbeteiligten vorgetragenen Tatsachenstoffs ergibt ein anderes Bild: So hatte die Beigeladene zu 2 (die Stadt) für den von der Konversion betroffenen Bereich bereits im Jahr 2005 nach § 165 Abs. 4 BauGB die Einleitung vorbereitender Untersuchungen für eine städtebauliche Entwicklungsmaßnahme beschlossen und einen Arbeitskreis mit Beratungsaufgaben gebildet. In einem Schreiben an die Antragstellerin vom 10.5.2007, mithin knapp eine Woche vor der Präsentation der Planungskonzepte vor dem zuständigen Ratsausschuss, gab sie an (Anlage 8 der Beschwerdeschrift): 65

Die Stadt W hat ein maßgebliches Interesse an den Nachnutzungskonzepten und ist im Rahmen der Vergabeentscheidung durch die BImA beteiligt. 67

Damit übereinstimmend ist in der Nordwest-Zeitung vom 19.5.2007 ein Ratsmitglied mit den unbestrittenen Worten zitiert worden (Anlage 10 der Beschwerdeschrift): 68

Es handelt sich immerhin um eine der wichtigsten Zukunftsentscheidungen der Stadt. 69

Das hohe Interesse der Stadt an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung auf dem ehemaligen Kasernengelände spiegelt sich in den Beratungen des Ausschusses und des Rates sowie in dem im tatbestandlichen Teil auszugsweise zitierten Ratsbeschluss vom 24.5.2007 wider. Objektiv bestätigt wird dies dadurch, dass der Verkauf der Liegenschaft und die zivile Nachnutzung sich auf eine nicht unerheblich große, dazu noch zentrumsnahe Fläche des Stadtgebiets von W beziehen (siehe den Lageplan im Verkaufsexposé, Anlage 2 der Beschwerdeschrift). Betroffen sind davon etwa 3 % der Gebäude- und Freiflächen der Stadt. 70

Auf derselben Linie liegt der Inhalt der Beschlussfassung des Stadtrats vom 24.5.2007. Umgeben von klauselhaft angebrachten Vorbehalten hat sich der Rat für das vom Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1 vorgestellte Nutzungskonzept ausgesprochen und in Aussicht gestellt, gegebenenfalls einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan aufzustellen. Das Angebot der Antragstellerin ist als solches aber nicht mehr in der Diskussion, sondern soll bezuschlagt werden. Nicht anders ist es auch zu erklären, dass die Beigeladene zu 2 anschließend den Beschluss über die Einleitung vorbereitender Untersuchungen für eine städtebauliche Entwicklungsmaßnahme aufgehoben hat. Solche Untersuchungen waren gegenstandslos geworden, weil das Nutzungskonzept des Geschäftsführers der 71

Beigeladenen zu 1 gebilligt worden war.

Die Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans gemäß § 12 BauGB ist in Fällen der vorliegenden Art für die Kommune ein nahe liegendes Mittel der Wahl, eine von ihr angestrebte städtebauliche Entwicklung im Gemeindegebiet zu erreichen und sicherzustellen. Nach § 12 Abs. 1 BauGB 72

kann die Gemeinde 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). 73

§ 10 Abs. 1 BauGB lautet: 74

Die Gemeinde beschließt den Bebauungsplan als Satzung. 75

Mit dem Durchführungsvertrag gemäß § 12 BauGB geht der Auftragnehmer nach dem Wortlaut der Norm eine Bauverpflichtung ein. Der Durchführungsvertrag erfüllt den Begriff der zweiten Variante des öffentlichen Bauauftrags nach Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG und § 99 Abs. 3 GWB (so auch Burgi, NVwZ 2008, 929, 934; Hertwig/Öynhausen, KommJur 2008, 121, 124). Nach den Umständen ist die Angelegenheit für die Beigeladene zu 2 so wichtig, dass sie - um die Ausgestaltung des Bauvorhabens und die Durchführung beeinflussen zu können - auf den Einsatz dieses städtebaulichen Instruments nicht verzichten wird. 76

In den Beratungen des zuständigen Ausschusses und des Rates der Beigeladenen zu 2 hat der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1 das von ihm präsentierte Nutzungskonzept auch ersichtlich ernsthaft vertreten. Für die Realisierung hat er fünf bis zehn Jahre veranschlagt (siehe Anlage 9 der Beschwerdeschrift). Allein deswegen verbieten sich dergleichen kurzfristige Betrachtungsweisen, welche die Beigeladenen im erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahren vertreten haben und denen die Vergabekammer geglaubt hat. Dagegen spricht zudem die Erfahrungstatsache, dass der Beigeladenen zu 1 - will sie unternehmerisch vernünftig handeln - bestrebt ist, den für den Erwerb der Liegenschaft aufgewandten Kaufpreis durch eine Verwirklichung ihres Nutzungskonzepts und dessen Verwertung in einem überschaubaren Zeitraum zu refinanzieren. Die Überlegung der Vergabekammer, wonach die Beigeladene zu 2 (die Stadt) kein Druckmittel habe, die Beigeladene zu 1 zu einer Umsetzung der Planung zu veranlassen, wird dadurch entwertet. Die Beigeladene zu 1 ist nach Lage der Dinge aus wirtschaftlichen Gründen vernünftigerweise von sich aus gewillt, das von ihr entwickelte Nutzungskonzept aufgrund eines mit der Beigeladenen zu 2 abzuschließenden Durchführungsvertrags nach § 12 BauGB zu realisieren. Die Ausführungen der Beigeladenen zu 1 zum voraussichtlichen Investitionsaufwand im Fall der Neuerrichtung einer Sporthalle und eines Sportplatzes ändern nichts daran, dass ihr an einer Refinanzierung des für den Erwerb der Grundstücke aufgewandten Kaufpreises zwar nicht existenziell, aber doch aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen heraus gelegen ist. 77

Bei diesem Befund steht fest, dass die Beigeladene zu 2 (die Stadt) in nicht allzu ferner, derzeit aber noch nicht näher bestimmbarer Zukunft das ihr obliegende Planungsermessen dahin ausüben wird, dass nach § 12 BauGB ein vorhabenbezogener Bebauungsplan aufgestellt und mit der Beigeladenen zu 1 ein Durchführungsvertrag abgeschlossen, ihr mithin ein öffentlicher Bauauftrag nach der zweiten Variante des Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG und § 99 Abs. 3 GWB erteilt wird. Da nach Lage der Dinge, vor allem aufgrund der 78

gegebenen Interessenlage, von der Beigeladenen zu 2 kein Entgelt gezahlt werden soll, soll der Bauauftrag in der Rechtsform einer öffentlichen Baukonzession erteilt werden und die Beigeladene zu 1 das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts tragen.

Dabei ist für die Anwendung des Vergaberechts nicht vorauszusetzen, dass im 79
Zeitpunkt der Veräußerung des betreffenden Grundstücks ein öffentlicher Bauauftrag (gegebenenfalls in Gestalt einer Baukonzession) bereits erteilt worden war oder ein solcher Auftrag alsbald danach erteilt werden soll. Um die praktische Wirksamkeit der Richtlinie zu gewährleisten, ist für die Anwendung des Vergaberechts als ausreichend anzusehen, wenn die Erteilung eines solchen Auftrags nach den Umständen des Falles beabsichtigt ist und darauf alles hinausläuft. Dies ist im Streitfall zu bejahen.

Nach Lage der Dinge ist überdies anzunehmen, dass die der Beigeladenen zu 1 zu erteilende Baukonzession auch den Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der 80
dritten Variante des Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG und § 99 Abs. 3 GWB erfüllt. Das Bauwerk soll nach den von der Beigeladenen zu 2 im Detail erst noch zu prüfenden und zu billigenden Plänen errichtet werden.

bb) Die Veräußerung des Grundbesitzes und ein öffentlicher Bauauftrag sind im 81
Streitfall vergaberechtlich als eine Einheit zu bewerten. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 2 (die Stadt) gehen dabei lediglich zeitversetzt vor. Die Beigeladene zu 2 will einen Bauauftrag erst zu einem nicht näher bestimmbareren späteren Zeitpunkt erteilen. Indes führt dies aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht hinaus, da die Antragsgegnerin und die Beigeladene zu 2 (die Stadt) ihre Interessen in der Angelegenheit gebündelt, aufeinander abgestimmt und aneinander gekoppelt haben. Die Antragsgegnerin hat sich - wie außer Streit steht - daran gebunden, die Liegenschaft an denjenigen Bieter zu veräußern, dessen Planung von der Beigeladenen zu 2 (der Stadt) gutgeheißen worden war. Sie hat ihre Verkaufsentscheidung von der Entschließung der Stadt und von deren Planungsvorstellungen abhängig gemacht und hat sich davon nicht zuletzt auch einen höheren Kaufpreis versprechen können. Bei alledem war im Sinne einer vorgegebenen und allen Beteiligten bekannten Zielsetzung von vorneherein der Abschluss eines öffentlichen Bauauftrags beabsichtigt.

3. Sofern nach Vorstehendem der Nachprüfungsantrag zulässig und das Vorgehen 82
der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 2 (der Stadt) vergaberechtlich als Einheit zu bewerten ist, ist der Feststellungsantrag auch begründet.

Die Antragstellerin ist in Bieterrechten verletzt worden. So ist weder in materieller 83
noch in formaler Hinsicht ein strukturiertes und geregeltes Vergabeverfahren durchgeführt worden. Es existiert keine Leistungsbeschreibung. Ebenso wenig sind Leitlinien oder Eckdaten für eine künftige Nutzung des ehemaligen Militärgeländes entwickelt worden, die einer Vorbereitung der Angebote mit Blick auf eine spätere Verwertung des Geländes zugrundegelegt werden konnten. Genauso wenig sind Zuschlagskriterien festgelegt und bekanntgegeben worden. Die von der Antragstellerin und vom Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1 vorgelegten Nutzungskonzepte sind von daher nicht miteinander vergleichbar. Die vorherrschenden Unklarheiten haben sich auch auf die Höhe des Preisangebots der Antragstellerin ausgewirkt. Der Antragstellerin ist vor einer Präsentation im zuständigen Ausschuss des Rates durch Fristsetzung der Beigeladenen zu 2 überdies lediglich knapp eine Woche Zeit gelassen worden, ein beschlussfähiges Nutzungskonzept auszuarbeiten (vgl. das Schreiben der Beigeladenen zu 2 vom 10.5.2007 an die Antragstellerin, Anlage 8 der Beschwerdeschrift). Der angegebene Zeitraum war im Hinblick auf die Komplexität der anzustellenden Planungserwägungen und deren Aufbereitung zu eng bemessen. In Bezug auf die Beigeladene zu 1, die mit den Bauleistungen beauftragt werden soll, hat darüber

hinaus keine Eignungsprüfung stattgefunden. Die Beigeladene zu 1 ist erstmals im notariellen Vertrag vom 6.6.2007 in Erscheinung getreten.

4. a) Die Entscheidungen des Senats haben im Ergebnis und in der Begründung nicht nur keine ungeteilte Zustimmung, sondern überwiegend Ablehnung gefunden (vgl., ohne Anspruch auf Vollständigkeit, im Schrifttum: Amelung, Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.5.2008 - VII-Verg 27/08, VergabeR 2008, 664; Amelung/Dörn, Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2007 - VII-Verg 2/07, VergabeR 2007, 644; Bambring/Vogt, NJW 2008, 1855; Boesen, Anm. zu EuGH, Urt. v. 18.1.2007, EuZW 2007, 122; Burgi, NVwZ 2008, 929; Greb/Rolshoven, NZBau 2008, 163; Grotelüschen/Lübben, VergabeR 2008, 169; Hertwig/Öynhausen, KommJur 2008, 121; Horn, VergabeR 2008, 158; Losch, Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2008 - VII-Verg 37/07, VergabeR 2008, 239; Jasper/Seidel, NZBau 2008, 427; Pietzcker, NZBau 2008, 293; Reidt, VergabeR 2008, 11; ders., BauR 2007, 1664; Rosenkötter/Fritz, NZBau 2007, 559; Schabel, Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2007 - VII-Verg 30/07, VergabeR 2008, 103; Sieben, BauR 2008, 1233; Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133; Wagner, NJW-Spezial 2008, 12; Wagner/Görs, NVwZ 2007, 900; Ziekow, VergabeR 2008, 151; ders. DVBI 2008, 137).

84

Während sich entgegen anderslautender früherer Judikate (BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 - Verg 9/00, Parkgarage, NZBau 2002, 108; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.5.2004 - Verg 78/03, Nachbarschaftshilfe, NZBau 2004, 398 = VergabeR 2004, 624; VGH Kassel, Beschl. v. 20.12.2005 - 3 TG 3035/05, ZfBR 2006, 806) das Hanseatische Oberlandesgericht in Bremen (Beschl. v. 13.3.2008 - Verg 5/07, Windpark, NZBau 2008, 336 = VergabeR 2008, 558), das OLG Karlsruhe (Beschl. v. 13.6.2008 - 15 Verg 3/08, NZBau 2008, 537) und die Vergabekammer des Landes Brandenburg (Beschl. v. 15.2.2008 - VK 2/08, NZBau 2008, 344 LS) den Auffassungen des Senats im Wesentlichen angeschlossen haben, sind vom OLG München (Beschl. v. 4.4.2008 - Verg 4/08, NZBau 2008, 542, 544) Zweifel geäußert worden und haben andere, so die Vergabekammern Baden-Württemberg (Beschl. v. 7.3.2008 - 1 VK 1/08, NZBau 2008, 344 LS) und Darmstadt (Beschl. v. 5.3.2008 - 69d VK 06/2008, NZBau 2008, 339), sowie Stimmen in der Literatur ihnen zum Teil dezidiert widersprochen und darin im Ergebnis eine Überspannung des Vergaberechts gesehen. Die Ablehnung betrifft vor allem die Fragen, ob auf das Element einer körperlichen Beschaffung der Bauleistung für den öffentlichen Auftraggeber verzichtet werden darf und nicht stattdessen zu fordern ist, dass die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen muss, und ob einer öffentlichen Baukonzession nicht das (bisher ungeschriebene) Merkmal einer Befristung des Nutzungsrechts innewohnt. Auch die Bundesregierung kritisiert die Rechtsprechung des Senats. Sie beabsichtigt, im Rahmen eines Gesetzesvorhabens zur Modernisierung des Vergaberechts gegenläufige Änderungen im GWB vorzunehmen. Dies alles hat den Senat bewogen, zum Zweck einer möglichst umfassenden Klärung der die Auslegung der Richtlinie 2004/18/EG in Fällen der vorliegenden Art betreffenden Fragen den Gerichtshof anzurufen.

85

b) Der Senat fasst die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen, deren Erheblichkeit für die Beschwerdeentscheidung aus den vorstehenden Ausführungen unter 2. a) bb) bis ff) und 2. b) hervorgeht, wie folgt zusammen:

86

aa) Setzt ein öffentlicher Bauauftrag nach Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG konstitutiv voraus, dass die Bauleistung in einem gegenständlich oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt?

87

bb) Sofern nach der Begriffsbestimmung des öffentlichen Bauauftrags in Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG 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 (zum Beispiel 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?	88
cc) Erfordert der Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der ersten und zweiten Variante des Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG, dass der Unternehmer direkt oder indirekt zur Erbringung der Bauleistungen verpflichtet wird? Muss es sich gegebenenfalls um eine einklagbare Verpflichtung handeln?	89
dd) Erfordert der Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der dritten Variante des Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG, dass der Unternehmer zu Bauleistungen verpflichtet wird oder solche den Gegenstand des Auftrags bilden?	90
ee) 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 b) der Richtlinie 2004/18/EG?	91
ff) Ist der Begriff der "vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse" nach Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 2004/18/EG erfüllt, wenn die Bauleistungen nach vom öffentlichen Auftraggeber geprüften und gebilligten Plänen erbracht werden sollen?	92
gg) Ist nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG 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?	93
hh) Ist die Richtlinie 2004/18/EG - 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?	94
ii) 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 Grundstücksvertrages 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 EuGH, Urt. v. 10.11.2005 - C-29/04, Rechtssache Stadt Mödling)?	95
Dicks Schüttpelz Dieck-Bogatzke	96