



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
JULIANE KOKOTT
vom 18. April 2013¹

Rechtssache C-115/12 P

**Französische Republik
gegen**

Europäische Kommission

„Rechtsmittel — Strukturfonds — Europäischer Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) — Strukturintervention der Union in der Region Martinique in Frankreich — Kürzung der finanziellen Beteiligung — Art. 2 der Richtlinie 93/37/EWG — Öffentliche Aufträge — Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge — Direkte Subventionierung eines von einer privaten Einrichtung vergebenen Bauauftrags — Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen — Renovierungs- und Erweiterungsarbeiten an einer von Privaten betriebenen Hotelanlage“

I – Einleitung

1. Unter welchen Umständen müssen Bauvorhaben von Privaten, die von der öffentlichen Hand in erheblichem Umfang bezuschusst oder gefördert werden, einem Vergabeverfahren nach dem europäischen Recht der öffentlichen Aufträge unterzogen werden? Zu dieser bislang weitgehend ungeklärten Rechtsfrage ist der Gerichtshof aufgerufen, im vorliegenden Rechtsmittelverfahren Stellung zu beziehen, das die Verwendung von Geldern aus einem der europäischen Strukturfonds betrifft.
2. Hintergrund des Rechtsstreits ist ein privates Bauvorhaben aus dem Jahr 2003 in der französischen Region Martinique, mit dem eine von einer privaten Gesellschaft betriebene Ferienanlage renoviert und erweitert werden sollte. Dieses Bauvorhaben wurde zu mehr als 50 % von der öffentlichen Hand gefördert, u. a. auch durch Mittel des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE).
3. Als sich herausstellte, dass das besagte Bauvorhaben ohne die vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens im Sinne des europäischen Rechts der öffentlichen Aufträge durchgeführt worden war, entschied die Europäische Kommission am 28. Juli 2010 mit Beschluss C (2010) 5229, die finanzielle Beteiligung des EFRE an diesem Projekt zu streichen² (im Folgenden: streitiger Beschluss). Sie berief sich dabei auf den Grundsatz, dass eine Förderung aus den europäischen Strukturfonds nur für Vorhaben gewährt werden darf, die mit den Gemeinschaftspolitiken, u. a. mit jenen im Bereich der öffentlichen Aufträge, im Einklang stehen. Seither streiten Frankreich und die Kommission darüber, ob das Recht der öffentlichen Aufträge anlässlich der Bauarbeiten zur Renovierung und Erweiterung jener privaten Ferienanlage wirklich die Durchführung eines Vergabeverfahrens erforderte.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Beschluss C (2010) 5229 der Europäischen Kommission vom 28. Juli 2010 über die Streichung eines Teils des Zuschusses des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) zu der in einem Dokument zusammengefassten Programmplanung zum Ziel Nr. 1 für die Strukturinterventionen der Gemeinschaft in der Region Martinique in Frankreich.

4. Maßgeblich kommt es in diesem Zusammenhang darauf an, ob die betroffene Ferienanlage im vergaberechtlichen Sinne der Kategorie der „Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen“ zugeordnet werden kann. Denn speziell im Hinblick auf solche Einrichtungen sind die Vorschriften des Rechts der öffentlichen Aufträge selbst dann einzuhalten, wenn ihr Bau von Privaten in Auftrag gegeben wird, vorausgesetzt, das jeweilige Vorhaben wird von der öffentlichen Hand zu mehr als 50 % direkt subventioniert.

5. Außerdem stellt sich die Frage, ob als direkte Subventionierung im Sinne jener Vorschriften auch Steuererleichterungen angesehen werden können.

II – Rechtlicher Rahmen

6. Den rechtlichen Rahmen dieses Falles bestimmt die Richtlinie 93/37/EWG³. Deren Art. 2 war wie folgt abgefasst⁴:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit die öffentlichen Auftraggeber die Bestimmungen dieser Richtlinie in den Fällen einhalten bzw. für ihre Einhaltung Sorge tragen, in denen sie Bauaufträge, die von anderen Einrichtungen vergeben werden, zu mehr als 50 v. H. direkt subventionieren.

(2) Absatz 1 gilt nur für die in Klasse 50, Gruppe 502, der Allgemeinen Systematik der Wirtschaftszweige in den Europäischen Gemeinschaften (NACE) aufgeführten Aufträge und die Aufträge, die sich auf den Bau von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen, Schul- und Hochschulgebäuden und Verwaltungsgebäuden beziehen.“

7. Ergänzend ist auf Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37 hinzuweisen, der diesen Wortlaut hatte:

„Im Sinne dieser Richtlinie

- a) gelten als *öffentliche Bauaufträge*: die zwischen einem Unternehmer und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben ... oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte ... gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“.

3 — Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54). Diese Richtlinie wurde zwischenzeitlich durch die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) aufgehoben und ersetzt, die bis 31. Januar 2006 umzusetzen war. Auf den vorliegenden Fall findet aber noch die Richtlinie 93/37 Anwendung, in deren zeitlichen Anwendungsbereich die Gewährung der EFRE-Beteiligung an dem Bauvorhaben zur Renovierung und Erweiterung der Ferienanlage „Les Boucaniers“ fällt.

4 — Eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Vorschrift enthält heute Art. 8 der Richtlinie 2004/18, der diese Regelung neben Bauaufträgen auch auf Dienstleistungsaufträge zur Anwendung bringt, allerdings in beiden Fällen nur oberhalb bestimmter finanzieller Schwellenwerte.

8. Die Vorschriften der Richtlinie 93/37 finden auf den vorliegenden Fall über eine Verweisung in Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 Anwendung, die allgemeine Bestimmungen über die Strukturfonds der Union enthält⁵. In jener Bestimmung ist unter der Überschrift „Vereinbarkeit“ Folgendes bestimmt:

„Die Operationen, die Gegenstand einer Finanzierung durch die Fonds oder die EIB oder ein sonstiges Finanzinstrument sind, müssen dem Vertrag und den aufgrund des Vertrags erlassenen Rechtsakten sowie den Gemeinschaftspolitiken und -aktionen, einschließlich denjenigen in den Bereichen Wettbewerbsregeln, Vergabe öffentlicher Aufträge, Schutz und Verbesserung der Umwelt, Beseitigung von Ungleichheiten und Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen, entsprechen.“

III – Hintergrund des Rechtsstreits

9. Die Société martiniquaise des villages de vacances (SMVV) betreibt in der französischen Region Martinique die Ferienanlage „Les Boucaniers“ des Club Méditerranée. Im Jahr 2003 beschloss die SMVV, diese Anlage zu renovieren und zu erweitern. Der Wert der Bauarbeiten wurde mit rund 49,98 Mio. Euro veranschlagt.

10. Für dieses Vorhaben wurden Zuschüsse der Region Martinique in Höhe von ca. 2,5 Mio. Euro und darüber hinaus Steuervergünstigungen des französischen Staates in Höhe von ca. 16,69 Mio. Euro bewilligt⁶. Mit Beschluss C (2004) 4142 vom 18. Oktober 2004 setzte die Europäische Kommission ihrerseits die finanzielle Beteiligung des EFRE auf 12,46 Mio. Euro fest, was 24,93 % der förderfähigen Gesamtkosten des Vorhabens entspricht.

11. Die Gewährung der EFRE-Mittel durch die Kommission wurde jedoch vom Europäischen Rechnungshof nach einer im Jahr 2007 durchgeführten Prüfung beanstandet, weil im Hinblick auf die Bauarbeiten für die Renovierung und Erweiterung der Ferienanlage „Les Boucaniers“ entgegen Art. 2 der Richtlinie 93/37 kein Vergabeverfahren durchgeführt worden sei, obwohl das Vorhaben zu insgesamt 63,33 % mit Beihilfen der öffentlichen Hand finanziert wurde.

12. Diese Beanstandungen des Rechnungshofs gaben zu einem längeren Schriftwechsel Anlass und führten schließlich dazu, dass die Kommission mit dem streitigen Beschluss vom 28. Juli 2010 entschied, die finanzielle Beteiligung des EFRE an dem Vorhaben der Renovierung und Erweiterung der Ferienanlage „Les Boucaniers“ zur Gänze zu streichen. Da jenes Bauvorhaben als Teil einer einheitlichen Programmplanung für die Strukturinterventionen der Union in der Region Martinique bezuschusst worden war⁷, führte diese Entscheidung der Kommission technisch gesehen zu einer entsprechenden Kürzung des Gesamtumfangs der Strukturinterventionen der Union in jener Region.

13. Der am 11. Oktober 2010 eingelegten Nichtigkeitsklage Frankreichs gegen den streitigen Beschluss war in erster Instanz kein Erfolg beschieden. In seinem Urteil vom 16. Dezember 2011⁸ (im Folgenden auch: angefochtenes Urteil) wies das Gericht die Klage Frankreichs als unbegründet ab und verurteilte Frankreich zur Kostentragung.

5 — Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 des Rates vom 21. Juni 1999 mit allgemeinen Bestimmungen über die Strukturfonds (ABl. L 161, S. 1).

6 — Diese Steuervergünstigungen beruhen auf Art. 199 undecies B I des französischen Code général des impôts (allgemeines Steuergesetzbuch).

7 — Mit Beschluss C (2000) 3493 vom 21. Dezember 2000 hatte die Kommission für die Jahre 2000–2006 eine Beteiligung des EFRE an der in einem Dokument zusammengefassten Programmplanung zum Ziel Nr. 1 für die Strukturinterventionen der Gemeinschaft in der Region Martinique in Frankreich im Umfang von bis zu 17,15 Mio. Euro gebilligt.

8 — Urteil des Gerichts vom 16. Dezember 2011, Frankreich/Kommission (T-488/10).

IV – Verfahren vor dem Gerichtshof

14. Mit Schriftsatz vom 1. März 2012 hat die Französische Republik gegen das Urteil des Gerichts das vorliegende Rechtsmittel eingelegt. Sie beantragt, der Gerichtshof möge

- das Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 16. Dezember 2011 in der Rechtssache T-488/10, Frankreich/Kommission, in vollem Umfang aufheben und
- den Rechtsstreit selbst durch Nichtigerklärung der Entscheidung C (2010) 5229 der Kommission vom 28. Juli 2010 endgültig entscheiden oder die Rechtssache an das Gericht zurückverweisen.

15. Die Kommission beantragt ihrerseits,

- den zweiten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes und den ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes für unzulässig und hilfsweise für unbegründet zu erklären, sowie das Rechtsmittel zurückzuweisen, und
- die Rechtsmittelführerin zur Kostentragung zu verurteilen.

16. Vor dem Gerichtshof wurde über das Rechtsmittel schriftlich und, am 11. März 2013, mündlich verhandelt.

V – Würdigung des Rechtsmittels

17. In seinem Rechtsmittel greift Frankreich das Urteil des Gerichts mit insgesamt drei Rechtsmittelgründen an, die sich zum einen mit dem Begriff der direkten Subventionierung sowie dem Begriff der Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 93/37 befassen (erster bzw. dritter Rechtsmittelgrund) und zum anderen den Vorwurf der Verfälschung von Tatsachen sowie einer unzulässigen Nachbesserung der Begründung des streitigen Beschlusses erheben (zweiter Rechtsmittelgrund). Nachfolgend prüfe ich zunächst den zweiten Rechtsmittelgrund, bevor ich mich dem ersten und dritten Rechtsmittelgrund zuwende.

A – Zweiter Rechtsmittelgrund: Vorwurf der Verfälschung des streitigen Beschlusses und der Nachbesserung seiner Begründung

18. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund wendet sich Frankreich gegen den zweiten Satz von Randnr. 43 des angefochtenen Urteils. In jener Urteilspassage stellt das Gericht fest, die Kommission habe auf den Bestimmungszweck der Ferienanlage insgesamt abgestellt, als sie im streitigen Beschluss das Vorhaben der kompletten Renovierung der Ferienanlage „Les Boucaniers“ untersuchte⁹.

19. Frankreich wirft dem Gericht vor, den streitigen Beschluss in diesem Punkt verfälscht und seine Begründung nachgebessert zu haben. Frankreich ist der Auffassung, die Kommission habe im streitigen Beschluss gerade nicht auf den Bestimmungszweck der Ferienanlage insgesamt abgestellt, sondern ausschließlich auf das Wesen der durchgeführten Arbeiten. Dabei bezieht sich Frankreich insbesondere auf die Erwägungsgründe 31 und 32 des streitigen Beschlusses.

⁹ – In der Verfahrenssprache lautet Randnr. 43 des angefochtenen Urteils wie folgt: „Il convient de rappeler que, afin d'examiner si les marchés de travaux en cause portaient sur des travaux de bâtiment relatifs aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37, il y a lieu de se baser sur la vocation d'ensemble du club Les Boucaniers et non sur les travaux entrepris. À cet égard, il convient de relever que, en examinant, dans la décision attaquée, le projet consistant en une rénovation complète du club Les Boucaniers, la Commission a analysé l'applicabilité de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 93/37 en ce sens.“

20. Nach gefestigter Rechtsprechung darf der Unionsrichter im Rahmen einer Nichtigkeitsklage auf keinen Fall die vom Urheber der angefochtenen Handlung gegebene Begründung durch seine eigene ersetzen¹⁰. Ebenso wenig darf er den Inhalt der angefochtenen Handlung verfälschen¹¹.

21. Inhaltlich haben der Vorwurf der Verfälschung des streitigen Beschlusses und der Vorwurf der Nachbesserung der Begründung dieses Beschlusses hier letztlich die gleiche Stoßrichtung. Dem Gericht wird jeweils vorgeworfen, es habe in den streitigen Beschluss etwas „hineininterpretiert“, das dort nicht enthalten sei. Beide Vorwürfe können somit einer einheitlichen Würdigung unterzogen werden.

22. Mir scheint, dass die Kommission im streitigen Beschluss nicht besonders klar Farbe bekannt hat. Sicherlich stehen in den Erwägungsgründen 31 und 32 jenes Beschlusses die einzelnen Bauarbeiten im Rahmen der Renovierung und Erweiterung der Ferienanlage „Les Boucaniers“ im Vordergrund. Darauf hat Frankreich zu Recht hingewiesen. Gleichzeitig ist im streitigen Beschluss aber auch davon die Rede, dass es sich bei dem Vorhaben um ein „einheitliches Vorhaben“ oder um ein „Gesamtvorhaben“ handle (Erwägungsgründe 28 und 31 des streitigen Beschlusses).

23. Vor diesem Hintergrund ist es nicht ausgeschlossen, dass die Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung neben dem Wesen der durchgeführten Arbeiten auch den Bestimmungszweck der Ferienanlage „Les Boucaniers“ insgesamt gewürdigt hat. Zumindest ist der streitige Beschluss in dieser Hinsicht offen für Interpretation, so dass dem Gericht mit seiner Lesart letztlich keine Verfälschung dieses Beschlusses unterstellt werden kann¹², ebenso wenig eine Nachbesserung der Begründung des Beschlusses.

24. Folglich ist der zweite Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

B – Erster Rechtsmittelgrund: Begriff der direkten Subventionierung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 93/37

25. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund wirft Frankreich dem Gericht vor, den Begriff der direkten Subventionierung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 93/37 verkannt zu haben.

26. Hintergrund dieser Rüge ist, dass es sich bei der vom französischen Staat gewährten Förderung für die Renovierung und Erweiterung der Ferienanlage „Les Boucaniers“ nicht um Zuschüsse in Geld, sondern um Steuererleichterungen handelte, die zudem – so Frankreich – nicht der Gesellschaft Club Méditerranée als Eigentümerin der Ferienanlage oder der SMVV als Bauherrin, sondern den natürlichen Personen gewährt wurden, die als Gesellschafter einer privaten *société en nom collectif*¹³ in dieses Bauvorhaben investiert hatten¹⁴.

10 — Urteile vom 27. Januar 2000, DIR International Film u. a./Kommission („DIR“, C-164/98 P, Slg. 2000, I-447, Randnrn. 38 und 49), vom 1. Juni 2006, P & O European Ferries (Vizcaya) und Diputación Foral de Vizcaya/Kommission (C-442/03 P und C-471/03 P, Slg. 2006, I-4845, Randnrn. 60 und 67), vom 22. Dezember 2008, British Aggregates/Kommission (C-487/06 P, Slg. 2008, I-10515, Randnr. 141), und vom 24. Januar 2013, Frucona Košice/Kommission (C-73/11 P, Randnr. 89).

11 — Nach ständiger Rechtsprechung prüft der Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren, ob das Gericht Tatsachen oder Beweismittel verfälscht hat (vgl. etwa Urteile vom 18. Januar 2007, PKK und KNK/Rat, C-229/05 P, Slg. 2007, I-439, Randnrn. 35 und 37, vom 18. Juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/Kommission, C-326/05 P, Slg. 2007, I-6557, Randnr. 57, und vom 9. Juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere“/Kommission, C-71/09 P, C-73/09 P und C-76/09 P, Slg. 2011, I-4727, Randnrn. 152 und 153).

12 — Vgl. in diesem Sinne – bezüglich eines Dokuments, das für mehrere Interpretationen offen war – Urteil vom 10. Februar 2011, Activision Blizzard Germany/Kommission (C-260/09 P, Slg. 2011, I-419, Randnr. 54).

13 — Die *société en nom collectif* (SNC) nach französischem Recht ist eine Handelsgesellschaft, in der die Gesellschafter mit ihrem gesamten Vermögen persönlich haften.

14 — Die Kommission betont hingegen, dass die Steuererleichterungen der *société en nom collectif* als solcher für das streitbefangene Bauvorhaben gewährt worden seien.

27. Frankreich bestreitet, dass derartige Steuererleichterungen als „direkte Subventionierung“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 93/37 angesehen werden können, und zwar einerseits, weil sie keinen Subventionscharakter haben, und andererseits, weil sie keine direkte Subventionierung bewirken. Es empfiehlt sich, die Prüfung mit letzterem Gesichtspunkt zu beginnen.

1. Zum Begriff der „direkten“ Subventionierung (zweiter Teil des ersten Rechtsmittelgrundes)

28. Der zweite Teil des ersten Rechtsmittelgrundes beschäftigt sich mit dem Begriff der „direkten“ Subventionierung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 93/37 und ist speziell gegen die Randnrn. 36 und 37 des angefochtenen Urteils gerichtet. Frankreich meint, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es die Steuererleichterungen für den Bauauftrag als direkte Subventionierung ansah, obwohl diese Erleichterungen weder dem Bauherrn noch dem Eigentümer der Ferienanlage „Les Boucaniers“ gewährt wurden, sondern den Gesellschaftern einer privaten *société en nom collectif*.

a) Zulässigkeit

29. Die Kommission hält diesen Teil des ersten Rechtsmittelgrundes für unzulässig, weil damit ihrer Ansicht nach die Tatsachen- und Beweiswürdigung des Gerichts in Frage gestellt und eine neue Argumentation vorgebracht wird, die Frankreich in erster Instanz nicht geltend gemacht habe.

30. Dieser Einwand überzeugt mich nicht.

31. Die Rüge Frankreichs zielt *nicht* darauf ab, die Tatsachenfeststellungen des Gerichts zur Person des Begünstigten der Steuererleichterungen zu hinterfragen, zumal solche Feststellungen im angefochtenen Urteil ohnehin nicht getroffen wurden. Vielmehr kritisiert Frankreich zum einen die Auslegung, die das Gericht Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 93/37 gegeben hat, und zum anderen die Einstufung der konkret gewährten Steuererleichterungen als „direkte“ Subventionierung. Damit steht letztlich die vom Gericht vorgenommene rechtliche Qualifizierung der Tatsachen auf dem Prüfstand, zu deren Überprüfung der Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren nach ständiger Rechtsprechung zuständig ist¹⁵.

32. Entgegen der Auffassung der Kommission ist es auch unerheblich, ob Frankreich speziell zur Problematik der „direkten“ Subventionierung bereits im erstinstanzlichen Verfahren etwas vorgetragen hatte. Fest steht nämlich, dass sich das Gericht in den Randnrn. 36 und 37 des angefochtenen Urteils mit dieser Frage auseinandergesetzt hat. Diese Ausführungen des Gerichts müssen der rechtlichen Überprüfung im Rechtsmittelverfahren zugänglich sein. Die Rechtsprechung erkennt an, dass der Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren zur Beurteilung der rechtlichen Entscheidung der Punkte befugt ist, die im ersten Rechtszug erörtert worden sind¹⁶.

33. Es mag sein, dass Frankreich in erster Instanz noch nicht vorgebracht hatte, dass es an einer direkten Subventionierung *des Bauherrn* oder *des Eigentümers* der Ferienanlage fehle, weil die Steuererleichterungen privaten Gesellschaftern einer *société en nom collectif* gewährt worden seien. Dazu genügt jedoch der Hinweis, dass es den Parteien gestattet ist, im Verlauf des Rechtsstreits ihre

15 — Urteile vom 1. Juni 1994, Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (C-136/92 P, Slg. 1994, I-1981, Randnr. 49), vom 21. September 2006, JCB Service/Kommission (C-167/04 P, Slg. 2006, I-8935, Randnr. 106), vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric (C-440/07 P, Slg. 2009, I-6413, Randnr. 191), und vom 19. Juli 2012, Rat/Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group (C-337/09 P, Randnr. 55).

16 — Urteile Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (zitiert in Fn. 15, Randnr. 59), vom 11. Dezember 2008, Kommission/Département du Loiret (C-295/07 P, Slg. 2008, I-9363, Randnr. 95), und vom 16. November 2011, Bank Melli Iran/Rat (C-548/09 P, Slg. 2011, I-11381, Randnr. 122).

Argumentation fortzuentwickeln, solange sie nicht den vor dem Gericht erörterten Streitgegenstand verändern¹⁷. Eine solche Änderung des Streitgegenstands ist im vorliegenden Fall jedoch in keiner Weise zu befürchten, da über die Frage der direkten Subventionierung als solche schon in erster Instanz streitig verhandelt wurde.

34. Damit ist der zweite Teil des ersten Rechtsmittelgrundes zulässig.

b) Begründetheit

35. In der Sache ist jedoch das Vorbringen Frankreichs nicht stichhaltig.

36. Schon der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 93/37 zeigt, dass das Vorliegen einer „direkten Subventionierung“ nicht davon abhängt, *welchen Personen* die Förderung der öffentlichen Hand gewährt wird. Vielmehr genügt es für die Anwendung von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 93/37, dass *dem Bauauftrag*, der von einer anderen Einrichtung als einem öffentlichen Auftraggeber vergeben wird, eine mehr als 50%ige direkte Subventionierung seitens eines oder mehrerer öffentlicher Auftraggeber zuteilwird. Der Begriff der direkten Subventionierung ist mit anderen Worten nicht personenbezogen, sondern objektbezogen.

37. Das von Frankreich vertretene, besonders enge Verständnis von der „direkten“ Subventionierung würde die Umgehung von Art. 2 der Richtlinie 93/37 allzu leicht machen. So könnte sich ein öffentlicher Auftraggeber dadurch seinen Verpflichtungen aus der Richtlinie entziehen, dass er zwar nicht dem Bauherrn oder dem Eigentümer eines Baugrundstücks für den jeweiligen Bauauftrag Subventionen zukommen lässt, wohl aber Personen, die mit ihnen wirtschaftlich verbunden sind.

38. Völlig zu Recht hat deshalb das Gericht in den Randnrn. 36 und 37 des angefochtenen Urteils darauf abgestellt, ob *das Vorhaben* in den Genuss einer direkten Subventionierung im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 93/37 gekommen war, und nicht etwa darauf, ob diese Subventionierung speziell dem Bauherrn oder dem Eigentümer der Ferienanlage „Les Boucaniers“ gewährt geworden war.

c) Zwischenergebnis

39. Damit ist der zweite Teil des ersten Rechtsmittelgrundes zwar zulässig, aber unbegründet.

2. Zum Begriff „Subventionierung“ (erster Teil des ersten Rechtsmittelgrundes)

40. Der erste Teil des ersten Rechtsmittelgrundes befasst sich mit dem Begriff der „Subventionierung“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 93/37 und ist speziell gegen die Randnrn. 24 bis 35 des angefochtenen Urteils gerichtet. Frankreich ist der Ansicht, dass Steuererleichterungen nicht als Subventionierung gemäß jener Vorschrift angesehen werden können.

41. Der Begriff der Subventionierung wird in der Richtlinie 93/37 nicht näher definiert. Ähnlich wie zahlreiche andere unbestimmte Rechtsbegriffe kann auch dieser Begriff unterschiedlichen Inhalts sein, je nachdem, welches Teilgebiet des Unionsrechts betroffen ist. So erfassen die Vorschriften zum Schutz des Europäischen Binnenmarktes vor subventionierten Einfuhren aus Drittländern mit dem

17 — Urteile vom 20. Oktober 1994, Scaramuzza/Kommission (C-76/93 P, Slg. 1994, I-5173, Randnr. 18), PKK und KNK/Rat (zitiert in Fn. 11, Randnr. 64), vom 15. April 2010, Gualtieri/Kommission (C-485/08 P, Slg. 2010, I-3009, Randnr. 37), und vom 18. November 2010, NDSHT/Kommission (C-322/09 P, Slg. 2010, I-11911, Randnr. 41).

Begriff der Subvention ausdrücklich auch Steuererleichterungen¹⁸. Hingegen werden Steuererleichterungen im Wettbewerbsrecht zwar unter den weiten Begriff der staatlichen Beihilfe gefasst¹⁹, nicht aber unter den engeren Begriff der Subvention²⁰; Letzterer bezeichnet im Wettbewerbsrecht nur direkte Zuwendungen.

42. Um also Art. 2 der Richtlinie 93/37 mit Leben zu erfüllen, ist im Wege der Auslegung autonom zu bestimmen, welche Bedeutung der dort verwendete Begriff der Subventionierung hat.

43. Zweifelsohne können sowohl die Ziele von Art. 2 der Richtlinie 93/37 als auch der Regelungszusammenhang, in den sich diese Vorschrift einbettet, für sich allein betrachtet eine weite Auslegung des Begriffs der Subventionierung stützen, die nicht zwingend bei direkten Zuwendungen der öffentlichen Hand Halt machen muss, sondern auch sonstige Fördermaßnahmen wie etwa die hier diskutierte Steuererleichterungen erfassen kann. Darauf hat das Gericht in seinem Urteil zutreffend hingewiesen²¹.

44. Allerdings darf sich die Auslegung von Art. 2 der Richtlinie 93/37 nicht allein auf die Ziele und den Regelungszusammenhang dieser Vorschrift stützen, sondern muss auch ihre Entstehungsgeschichte mit einbeziehen. Speziell aus dieser Entstehungsgeschichte scheint mir das Gericht im vorliegenden Fall die falschen Schlüsse gezogen zu haben.

45. Die Regelung, die in Art. 2 der Richtlinie 93/37 enthalten ist, fand mit Art. 1a der Richtlinie 71/305/EWG²² in der Fassung der Richtlinie 89/440/EWG²³ erstmals Eingang in das europäische Recht der öffentlichen Bauaufträge²⁴.

46. Bemerkenswert ist im Zusammenhang mit Art. 1a der Richtlinie 71/305, dass sowohl die Kommission als auch das Europäische Parlament ursprünglich eine sehr weite Formulierung favorisiert hatten, die sich nicht allein auf die direkte Subventionierung beschränkte. So schlug die Kommission vor, mit Art. 1a sämtliche Formen der direkten oder indirekten Finanzierung von Bauaufträgen zu erfassen²⁵. Der in erster Lesung beschlossene Standpunkt des Parlaments zu Art. 1a ging ebenfalls

18 — Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 597/2009 des Rates vom 11. Juni 2009 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Ländern (ABl. L 188, S. 93).

19 — So wird bereits im Urteil vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission (173/73, Slg. 1974, 709, Randnr. 28), klargestellt, dass eine Maßnahme nicht allein deshalb dem Anwendungsbereich des Art. 107 AEUV (ehemals Art. 92 EWG-Vertrag) entzogen ist, weil sie möglicherweise steuerlicher Art ist; vgl. außerdem Urteil vom 17. November 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Slg. 2009, I-10821, Randnrn. 58 und 66).

20 — Dass der Begriff der Subvention enger ist als der Begriff der Beihilfe, ergibt sich u. a. aus den Urteilen vom 23. Februar 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde (30/59, Slg. 1961, 3, 43), vom 14. September 2004, Spanien/Kommission (C-276/02, Slg. 2004, I-8091, Randnr. 24), und vom 8. September 2011, Kommission/Niederlande (C-279/08 P, Slg. 2011, I-7671, Randnr. 86).

21 — Vgl. insbesondere Randnrn. 32 und 33 des angefochtenen Urteils.

22 — Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5).

23 — Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 210, S. 1).

24 — Das angefochtene Urteil spricht fälschlicherweise von Art. 1a der Richtlinie 89/440, in Wahrheit handelt es sich aber um Art. 1a der Richtlinie 71/305 in der Fassung der Richtlinie 89/440.

25 — Im Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (KOM[86] 679 endg.) war die Vorschrift noch als Art. 2a nummeriert und in ihrem Abs. 1 wie folgt abgefasst: „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie in den Fällen zu gewährleisten, in denen Investitionen für Bauaufträge, die von anderen als den in Artikel 1 unter Buchstabe b definierten Rechtssubjekten vergeben werden, völlig oder teilweise, unmittelbar oder mittelbar aus öffentlichen Mitteln finanziert werden.“

noch von diesem sehr weiten Begriff der Finanzierung aus. In dem vom Parlament in erster Lesung beschlossenen Standpunkt zu Art. 1a war sogar eine Definition des Begriffs der Finanzierung enthalten, die neben öffentlichen Subventionen ausdrücklich auch die Gewährung von Steuervorteilen einschloss²⁶.

47. Demgegenüber nimmt die letztlich vom Rat verabschiedete Fassung von Art. 1a der Richtlinie 71/305 nicht mehr allgemein auf die Finanzierung von Bauaufträgen Bezug, sondern beschränkt sich ausschließlich auf die Erwähnung der direkten Subventionierung solcher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber.

48. Damit hat sich der Rat als seinerzeitiger Gemeinschaftsgesetzgeber in Art. 1a der Richtlinie 71/305 – entgegen dem Vorschlag der Kommission und entgegen dem in erster Lesung beschlossenen Standpunkt des Parlaments – für eine enge Formulierung entschieden, die den weiten Begriff der „Finanzierung“ vermeidet und sich auf die Regelung der mehr als 50%igen direkten Subventionierung von Bauaufträgen durch öffentliche Auftraggeber beschränkt.

49. Nichts anderes folgt aus der gemeinsamen Erklärung des Rates und der Kommission, die anlässlich der Verabschiedung von Art. 1a der Richtlinie 71/305 dem Ratsprotokoll beigelegt wurde. In jener Erklärung wird zwar bekräftigt, dass „alle verschiedenen Formen von direkten Subventionen“ von Art. 1a erfasst sein sollten²⁷. Hingegen findet sich in jener Erklärung kein Anhaltspunkt dafür, dass über die direkten Subventionen hinaus auch andere Vorteile wie etwa Steuererleichterungen in den Anwendungsbereich von Art. 1a einbezogen werden sollten, oder dass derartige Steuererleichterungen ihrerseits als direkte Subventionen anzusehen wären, wie dies die Kommission im Verfahren vor dem Gerichtshof behauptet.

50. Wenig überzeugend ist vor diesem Hintergrund die Rechtsauffassung des Gerichts²⁸ und der Kommission, wonach die Bezugnahme auf eine direkte Subventionierung in Art. 1a der Richtlinie 71/305 „eindeutig und ausschließlich“ dazu diene, indirekte Subventionen auszuklammern, nicht aber sonst den Anwendungsbereich jener Vorschrift zu begrenzen. Denn auf diese Weise lässt sich nicht erklären, warum der Rat den Wortlaut jener Vorschrift speziell auf die Subventionierung verengt hat und nicht den ursprünglich verwendeten, sehr viel allgemeineren Begriff der Finanzierung beibehalten wollte.

51. Angesichts dieser Entstehungsgeschichte kann auch in Art. 2 der Richtlinie 93/37 als inhaltsgleicher Nachfolgeregelung von Art. 1a der Richtlinie 71/305 der Begriff der direkten Subventionierung schwerlich so weit verstanden werden, dass er selbst Steuererleichterungen mit umfassen würde. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber in dieser Vorschrift eine derart weite Bedeutung des Begriffs der Subventionierung zugrunde legen wollte.

52. Das Gericht hat somit einen Rechtsfehler begangen, als es trotz der oben dargestellten Entstehungsgeschichte von Art. 2 der Richtlinie 93/37 auch bloße Steuererleichterungen in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift einbezog.

26 — In erster Lesung sprach sich das Parlament für folgende Formulierung aus, die zum damaligen Zeitpunkt noch als Art. 2a der Richtlinie 71/305 eingefügt werden sollte (ABl. 1988, C 167, S. 65): „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie in den Fällen zu gewährleisten, in denen die öffentlichen Auftraggeber ... mehrheitlich die Investitionen für Bauaufträge, die von anderen als den in Artikel 1 unter Buchstabe b) definierten Rechtssubjekten vergeben werden, finanzieren. Als Finanzierung gilt: ... die Gewährung öffentlicher Subventionen ... die Gewährung von Zinsvergünstigungen bei der Darlehensvergabe ... die Gewährung steuerlicher Vorteile ... die Gewährung baulicher Vorteile.“

27 — Im Einzelnen lautet diese Erklärung für das Ratsprotokoll wie folgt: „Der Rat und die Kommission bekräftigen, dass bei der Anwendung von Artikel 1a alle verschiedenen Formen von direkten Subventionen – einschließlich Gemeinschaftssubventionen – für die betreffenden Bauaufträge im Rahmen des Möglichen zu berücksichtigen sind.“

28 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 35 am Ende.

53. Folglich greift der erste Teil des ersten Rechtsmittelgrundes durch. Schon aus diesem Grund ist die Aufhebung des angefochtenen Urteils gerechtfertigt. Werden nämlich die vom französischen Staat für die Renovierung und Erweiterung der Ferienanlage „Les Boucaniers“ gewährten Steuererleichterungen nicht mitgerechnet, dann sinkt der Anteil der direkten Subventionierung durch die öffentliche Hand für dieses Bauvorhaben unter die Schwelle von 50 % herab, wie sie Art. 2 der Richtlinie 93/37 zugrunde legt²⁹.

C – Dritter Rechtsmittelgrund: „Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen“ im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37

54. Der dritte von Frankreich vorgebrachte Rechtsmittelgrund ist dem Begriff der „Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen“ im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 gewidmet. Frankreich wirft dem Gericht vor, es habe diesen Begriff übermäßig weit ausgelegt und dabei nicht bedacht, dass es in der Vorschrift nur um Bauaufträge gehe, die zum einen den kollektiven Bedürfnissen der Nutzer von Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen dienen (vgl. dazu sogleich, Abschnitt 1) und die zum anderen im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse von öffentlichen Auftraggebern stehen (vgl. dazu unten, Abschnitt 2).

1. Zur Relevanz der kollektiven Bedürfnisse der Nutzer von Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen (erster Teil des dritten Rechtsmittelgrundes)

55. Mit dem ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes werden die Randnrn. 56 bis 63 des angefochtenen Urteils angegriffen. Frankreich rügt, das Gericht habe verkannt, dass als Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 nur solche Einrichtungen angesehen werden könnten, die den kollektiven Bedürfnissen ihrer Nutzer zu dienen bestimmt sind.

a) Zulässigkeit

56. Die Kommission hält diesen ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes für unzulässig, weil Frankreich im erstinstanzlichen Verfahren nicht mit den „kollektiven Bedürfnissen der Nutzer“ von Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen argumentiert habe, sondern sich auf das Kriterium des „herkömmlichen Bedarfs der öffentlichen Auftraggeber“ gestützt habe.

57. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Zwar trifft es zu, dass Frankreich das Kriterium der „kollektiven Bedürfnisse der Nutzer“ in erster Instanz – jedenfalls im schriftlichen Verfahren – noch nicht verwendet hat, sondern ursprünglich dafür plädiert hat, Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 auf Aufträge zu beziehen, die ihrer Natur nach in den Bereich des herkömmlichen Bedarfs der öffentlichen Auftraggeber fallen. Die nunmehrige Bezugnahme auf die kollektiven Bedürfnisse der Nutzer ist jedoch lediglich eine Fortentwicklung der Argumentation Frankreichs, die den Streitgegenstand nicht verändert und somit im Rechtsmittelverfahren zulässig ist³⁰.

58. Folglich ist dieser erste Teil des dritten Rechtsmittelgrundes zulässig.

29 – Vgl. dazu oben, Nrn. 9 bis 11 dieser Schlussanträge.

30 – Vgl. dazu die oben in Fn. 17 angeführte Rechtsprechung.

b) Begründetheit

59. Im Kern streiten die Parteien im Rahmen dieses ersten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes darüber, ob der Begriff der Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 eng oder weit auszulegen ist.

60. Das Gericht hat sich im angefochtenen Urteil für eine weite Auslegung entschieden, die es auch als „funktionale Auslegung“ bezeichnet³¹. Danach fallen selbst Bauaufträge im Zusammenhang mit privaten Ferienanlagen wie dem Club Méditerranée „Les Boucaniers“ in den Anwendungsbereich des Rechts der öffentlichen Bauaufträge, immer vorausgesetzt, sie werden zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern direkt subventioniert.

61. Diese Auslegung des Begriffs der Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen ist nicht überzeugend.

i) Das Erfordernis einer einschränkenden Auslegung des Begriffs der Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen

62. Zwar mag der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 auf den ersten Blick auch auf private Ferienanlagen wie die hier streitige passen. Dagegen sprechen jedoch sowohl die Zielsetzung von Art. 2 der Richtlinie 93/37 als auch der Zusammenhang, in dem diese Vorschrift die besagten Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbezieht.

63. Mit Art. 2 der Richtlinie 93/37 findet keine allgemeine Ausdehnung des Rechts der öffentlichen Bauaufträge auf alle privaten Bauvorhaben statt, sofern sie nur zu mehr als 50 % mit öffentlichen Mitteln subventioniert werden.

64. Vielmehr soll Art. 2 der Richtlinie 93/37 lediglich verhindern helfen, dass die Vorschriften über öffentliche Bauaufträge und die mit ihnen verfolgten Ziele auf *bestimmten Sachgebieten* umgangen werden³². Deshalb bezieht Art. 2 auf eben diesen Sachgebieten private Bauaufträge in den Anwendungsbereich der Richtlinie ein, sofern diese Vorhaben zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern direkt subventioniert werden. Dass es sich dabei nicht um eine verallgemeinerungsfähige Regelung handelt, sondern um eine abschließende Aufzählung, zeigt nicht zuletzt die Verwendung der Formulierung „gilt nur für“ in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37.

65. Im Übrigen zeigt ein Vergleich mit den anderen in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 erwähnten Sachgebieten, dass es sich ausschließlich um Aufträge im Zusammenhang mit der Verkehrsinfrastruktur³³ oder mit Bauwerken handelt, die entweder der Allgemeinheit zur Verfügung stehen (Schulen, Hochschulen, Krankenhäuser) oder von einem öffentlichen Auftraggeber selbst genutzt werden sollen (Verwaltungsgebäude).

66. Vor diesem Hintergrund muss auch der Begriff der Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 einschränkend ausgelegt werden, so wie der Gerichtshof übrigens auch schon mit anderen Bestimmungen des europäischen Rechts der öffentlichen Aufträge verfahren ist³⁴. Anders als die Kommission meint, läuft ein solches Vorgehen keineswegs darauf hinaus, in

31 — Angefochtenes Urteil, insbesondere Randnr. 30 am Ende und Randnr. 59.

32 — Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi u. a. (C-399/98, Slg. 2001, I-5409, Nr. 106); vgl. auch Randnr. 30 des angefochtenen Urteils.

33 — Dies sind die Aufträge im Sinne der Klasse 50, Gruppe 502, der „Allgemeinen Systematik der Wirtschaftszweige in den Europäischen Gemeinschaften“ (NACE), auf die in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 Bezug genommen wird.

34 — Vgl. etwa die in ständiger Rechtsprechung vorgenommene Einschränkung des Begriffs des öffentlichen Auftrags unter Ausgrenzung von Quasi-Inhouse-Geschäften, wie sie auf das Urteil vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 50, zweiter Satz), zurückgeht.

Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 ein zusätzliches, vom Unionsgesetzgeber nicht vorgesehenes Kriterium „hineinzudeuten“. Vielmehr wird allein die restriktive Auslegung des Begriffs der Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen dem Ziel und dem Regelungszusammenhang gerecht, in dem dieser Begriff in der Richtlinie 93/37 vom Gesetzgeber verwendet wird. Darauf hat Frankreich zutreffend hingewiesen.

ii) Kriterien zur einschränkenden Auslegung des Begriffs der Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen

67. Wenngleich also Frankreich zuzustimmen ist, dass der Begriff der Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 einer einschränkenden Auslegung bedarf, bin ich nicht davon überzeugt, dass die von jenem Mitgliedstaat vorgeschlagenen Kriterien eine angemessene Richtschnur für eine solche Auslegung liefern.

68. Das Kriterium der „Befriedigung der kollektiven Bedürfnisse der Nutzer“ von Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen, auf das sich Frankreich im vorliegenden Rechtsmittelverfahren stützt, erscheint zu vage, als dass es einen geeigneten Maßstab für die Auslegung und Anwendung von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 liefern könnte. Hinzu kommt, dass die meisten der in jener Vorschrift genannten Einrichtungen (Schulen, Hochschulen, Krankenhäuser, aber auch Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen) in der Regel dazu bestimmt sind, (zumindest auch) individuelle Bedürfnisse ihrer Nutzer zu befriedigen³⁵. Letztlich kommt es aber weniger darauf an, ob „individuelle“ oder „kollektive“ Interessen der Nutzer befriedigt werden, als vielmehr darauf, ob die Bereitstellung der betreffenden Bauwerke im öffentlichen Interesse liegt.

69. Auch das von Frankreich in erster Instanz vorgeschlagene Kriterium des „herkömmlichen Bedarfs der öffentlichen Auftraggeber“ scheint nicht geeigneter zu sein. Jenes Kriterium ist zu einseitig auf die traditionellen Aufgaben von öffentlichen Einrichtungen zugeschnitten und vernachlässigt den Umstand, dass diese Aufgaben sich im Laufe der Zeit wandeln und erweitern können. Eine angemessene Auslegung von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 muss auch diesen Gesichtspunkt berücksichtigen.

70. Mein Vorschlag ist deshalb, Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 dahin zu verstehen, dass von dieser Vorschrift nur private Bauaufträge erfasst sind, die von öffentlichen Auftraggebern zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der *Daseinsvorsorge* subventioniert werden. Bei der *Daseinsvorsorge* handelt es sich um ein im Unionsrecht gebräuchliches Konzept³⁶, das zudem hinreichend offen ist, um einerseits unterschiedliche Bedürfnisse in den einzelnen Mitgliedstaaten und ihren zahlreichen Gebietskörperschaften zu berücksichtigen und andererseits auch neueren Entwicklungen im Aufgabenkreis öffentlicher Einrichtungen gerecht zu werden. Ferner könnte auf diese Weise für Kohärenz zwischen dem Recht der öffentlichen Aufträge und dem europäischen Wettbewerbsrecht gesorgt werden.

35 — Der Besuch eines Krankenhauses ist abhängig vom Gesundheitszustand des jeweiligen Nutzers und damit höchst individuell. Entsprechend hängt der Besuch von Bildungseinrichtungen ganz oder teilweise von den individuellen Fähigkeiten und Vorlieben jedes Einzelnen ab.

36 — Vgl. etwa die Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ (ABl. 2001, C 17, S. 4) sowie den Bericht „Leistungen der Daseinsvorsorge“, den die Kommission dem Europäischen Rat in Laeken vorgelegt hat (KOM[2001] 598 endgültig).

71. Auch wenn sich weder Frankreich noch die Kommission im vorliegenden Fall konkret für das Kriterium der Daseinsvorsorge ausgesprochen haben, hindert dies den Gerichtshof nicht, sich bei der Auslegung und Anwendung von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 auf eben dieses Kriterium zu stützen. Denn der Richter ist nicht „Mund der Parteien“³⁷. Dementsprechend kann er nicht verpflichtet sein, allein die Argumente zu berücksichtigen, auf die die Parteien ihr Vorbringen gestützt haben, da er seine Entscheidung sonst gegebenenfalls auf unzutreffende rechtliche Erwägungen stützen müsste³⁸.

72. Legt man also Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 dahin aus, dass von dieser Vorschrift *nicht alle* Sport-, Freizeit- und Erholungseinrichtungen erfasst sind, sondern nur solche, die der Daseinsvorsorge dienen – beispielsweise öffentlich zugängliche Grünanlagen, Sportstätten, Bibliotheken und Museen –, so ist dem Gericht im vorliegenden Fall ein Rechtsfehler unterlaufen.

73. Der erste Teil des dritten Rechtsmittelgrundes ist folglich begründet.

2. Zum unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers (zweiter Teil des dritten Rechtsmittelgrundes)

74. Mit dem zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes wendet sich Frankreich speziell gegen Randnr. 64 des angefochtenen Urteils. Frankreich ist der Ansicht, das Gericht habe rechtsfehlerhaft den Standpunkt vertreten, dass der Begriff „Baufträge“ im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 93/37 unabhängig von dem Begriff „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne von Art. 1 Buchst. a dieser Richtlinie auszulegen sei. Nach Auffassung Frankreichs befassen sich aber sowohl Art. 1 Buchst. a als auch Art. 2 der Richtlinie 93/37 nur mit Bauaufträgen, die im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers stehen.

75. Die von Frankreich vorgebrachten Argumente sind überzeugend.

76. Bauaufträge im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 93/37 unterscheiden sich von denen des Art. 1 Buchst. a dieser Richtlinie einzig und allein dadurch, dass nicht *öffentliche Auftraggeber* sie vergeben, sondern *andere Einrichtungen* – vor allem private Unternehmen –, und zwar mit mehr als 50%iger direkter Subventionierung durch öffentliche Auftraggeber.

77. Schon nach seinem Wortlaut knüpft Art. 2 der Richtlinie 93/37 im Übrigen durch die Verwendung des Ausdrucks „Baufträge“ an die Begriffsbestimmung an, die Art. 1 Buchst. a für die gesamte Richtlinie vornimmt und von der der sachliche Anwendungsbereich eben dieser Richtlinie grundlegend abhängt.

78. Auch die Zielsetzung von Art. 2 der Richtlinie 93/37 spricht für eine Auslegung des Begriffs des Bauauftrags, die sich an der allgemeinen Definition in Art. 1 Buchst. a der Richtlinie orientiert. Mit Art. 2 der Richtlinie soll nämlich verhindert werden, dass die Vorschriften des europäischen Rechts der öffentlichen Bauaufträge durch die Einschaltung Privater umgangen werden³⁹. Folglich kann Art. 2 keine anderen Bauaufträge in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbeziehen als diejenigen, die auch dann Gegenstand eines Vergabeverfahrens sein müssten, wenn sie von einem öffentlichen Auftraggeber selbst statt von einem Privaten vergeben würden.

37 — So schon Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen vom 2. April 1998 in der Rechtssache Parlament/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Slg. 1998, I-7421, Nr. 36).

38 — In diesem Sinne Beschluss vom 27. September 2004, UER/M6 u. a. (C-470/02 P, Randnr. 69), und Urteil vom 21. September 2010, Schweden/API und Kommission (C-514/07 P, C-528/07 P und C-532/07 P, Slg. 2010, I-8533, Randnr. 65).

39 — Vgl. oben, Nr. 64 dieser Schlussanträge.

79. Liegt also im Normalfall des Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37 ein Bauauftrag nur vor, wenn die erbrachten Bauleistungen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber bedeuten⁴⁰, so gilt dies erst recht im Spezialfall des Art. 2 der Richtlinie 93/37. Auch die dort erbrachten Bauleistungen können nur dann in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/37 einbezogen werden, wenn die öffentlichen Auftraggeber, die diese Bauleistungen zu mehr als 50 % direkt subventionieren, an ihnen ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse haben.

80. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, kann ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse insbesondere dann bestehen, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber das Eigentum oder das Nutzungsrecht an dem zu errichtenden Bauwerk erlangen soll oder aber wenn er wirtschaftliche Vorteile genießen oder wirtschaftliche Risiken tragen soll, die mit der künftigen Nutzung des Bauwerks zusammenhängen⁴¹. All dies ist in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem ein privates Bauvorhaben lediglich finanziell – im Rahmen der Strukturförderung – durch öffentliche Auftraggeber unterstützt wurde, nicht anzunehmen.

81. Der Umstand allein, dass sich ein privates Bauvorhaben positiv auf die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung einer Region auswirken kann, wie dies bei der Renovierung und Erweiterung einer privaten Ferienanlage der Fall sein mag, genügt hingegen nicht, um ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse derjenigen öffentlichen Einrichtungen zu begründen, die dieses Bauvorhaben direkt subventioniert haben. An den erbrachten Bauleistungen als solchen haben diese öffentlichen Geldgeber nämlich allenfalls ein *mittelbares* wirtschaftliches Interesse.

82. Auch in dieser Hinsicht ist dem Gericht somit bei der Auslegung und Anwendung von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 ein Rechtsfehler unterlaufen. Damit ist der zweite Teil des dritten Rechtsmittelgrundes ebenfalls begründet.

3. Abschließende Bemerkung zum dritten Rechtsmittelgrund

83. Zu beiden Teilen des dritten Rechtsmittelgrundes bringt die Kommission noch vor, eine weite Auslegung von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37, wie sie das Gericht vorgenommen hat, diene dem Ziel, eine unparteiische Vergabe von öffentlichen Geldern sicherzustellen⁴².

84. Zugegebenermaßen ist auch dieser Gesichtspunkt Teil der Ziele, die mit den Vorschriften über das europäische Recht der öffentlichen Aufträge verfolgt werden. Allerdings kann auch die Berücksichtigung dieses Ziels nicht zu einer systemwidrig weiten Auslegung von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 führen. Der Gesetzgeber hat sich entschieden, dieses Ziel dergestalt zu verwirklichen, dass nicht alle, sondern nur bestimmte private Bauvorhaben den Vorschriften der Richtlinie 93/37 unterworfen werden.

40 — So die Urteile vom 25. März 2010, Helmut Müller (C-451/08, Slg. 2010, I-2673, Randnrn. 49, 54, 57 und 58), und vom 15. Juli 2010, Kommission/Deutschland (C-271/08, Slg. 2010, I-7091, Randnr. 75), ergangen zur Nachfolgeregelung der Richtlinie 93/37 in der Richtlinie 2004/18.

41 — Vgl. dazu Urteil Helmut Müller (zitiert in Fn. 40, Randnrn. 50 bis 52). Die Hintergründe des Kriteriums des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses hat jüngst Generalanwalt Wathelet in seinen Schlussanträgen vom 11. April 2013 in der Rechtssache Kommission/Niederlande (C-576/10, anhängig vor dem Gerichtshof, Nrn. 108 bis 113) beleuchtet; vgl. außerdem die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 17. November 2009 in der Rechtssache Helmut Müller (zitiert in Fn. 40, Nrn. 46 bis 62).

42 — Die Kommission bezieht sich auf Randnr. 31 des angefochtenen Urteils.

85. Ergänzend ist daran zu erinnern, dass schon in den Grundfreiheiten des Europäischen Binnenmarktes – namentlich in der Niederlassungsfreiheit und in der Dienstleistungsfreiheit – ein Diskriminierungsverbot enthalten ist, mit dem auch ein Transparenzgebot einhergeht⁴³. Diese Grundsätze hindern öffentliche Auftraggeber selbst außerhalb des Anwendungsbereichs der vergaberechtlichen Richtlinien daran, private Bauaufträge in intransparenter oder diskriminierender Weise mit öffentlichen Mitteln zu subventionieren oder zu finanzieren. Einer extensiven Auslegung von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 93/37 bedarf es dazu nicht.

D – Zusammenfassung

86. Da der erste Teil des ersten Rechtsmittelgrundes sowie beide Teile des dritten Rechtsmittelgrundes durchgreifen, ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

VI – Entscheidung über die erstinstanzliche Klage

87. Nach Art. 61 Abs. 1 seiner Satzung kann der Gerichtshof den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist, oder die Sache zur Entscheidung an das Gericht zurückverweisen.

88. Im vorliegenden Fall hat das Gericht in seinem Urteil die von Frankreich im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Klagegründe umfassend geprüft. Die Parteien hatten überdies im Verfahren vor dem Gericht wie auch im Rechtsmittelverfahren vor dem Gerichtshof Gelegenheit, ihre Standpunkte zu allen für die Entscheidung dieses Rechtsstreits erheblichen Gesichtspunkten auszutauschen. Der Sachverhalt bedarf keiner weiteren Aufklärung. Damit ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif.

89. Wird Art. 2 der Richtlinie 93/37 so ausgelegt und angewendet, wie ich es oben im Rahmen des ersten und dritten Rechtsmittelgrundes vorschlage⁴⁴, so ist die von Frankreich erhobene Nichtigkeitsklage begründet. Denn zum einen war die private Ferienanlage „Les Boucaniers“ nicht zu mehr als 50 % direkt subventioniert, wenn man die vom französischen Staat gewährten Steuererleichterungen außer Betracht lässt. Zum anderen kann diese Ferienanlage nicht als Sport-, Freizeit- oder Erholungseinrichtung im Sinne jener Vorschrift angesehen werden. Selbst wenn man annimmt, dass auch die lokalen Einwohner von Martinique sporadisch – als Tagesgäste gegen Entgelt – das Freizeitangebot der Ferienanlage nutzen, nimmt dies der Ferienanlage nicht ihren Charakter als Hotelanlage, die der Befriedigung rein privater Interessen dient und keinerlei Leistungen der Daseinsvorsorge erbringt.

90. Folglich ist der streitige Beschluss der Kommission für nichtig zu erklären (Art. 264 Abs. 1 AEUV).

VII – Kosten

91. Nach Art. 184 Abs. 2 seiner Verfahrensordnung entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn das Rechtsmittel begründet ist und er selbst den Rechtsstreit endgültig entscheidet⁴⁵.

43 – Urteile vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress (C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnrn. 60 bis 62), vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnrn. 16 und 17), und vom 13. April 2010, Wall (C-91/08, Slg. 2010, I-2815, Randnr. 68).

44 – Vgl. oben, Nrn. 54 bis 82 dieser Schlussanträge.

45 – Gemäß dem allgemeinen Grundsatz, dass neue Verfahrensregeln auf alle zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens anhängigen Rechtsstreitigkeiten Anwendung finden (ständige Rechtsprechung, vgl. nur Urteil vom 12. November 1981, Meridionale Industria Salumi u. a., 212/80 bis 217/80, Slg. 1981, 2735, Randnr. 9), richtet sich die Kostenentscheidung im vorliegenden Fall nach der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25. September 2012, die am 1. November 2012 in Kraft getreten ist (in diesem Sinne auch Urteil vom 15. November 2012, Rat/Bamba, C-417/11 P, Randnrn. 91 und 92). Inhaltlich besteht allerdings kein Unterschied zu Art. 69 § 2 in Verbindung mit Art. 118 und Art. 122 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 19. Juni 1991.

92. Gemäß Art. 138 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 184 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

93. In seiner erstinstanzlichen Nichtigkeitsklage hat Frankreich beantragt, der Kommission die Kosten aufzuerlegen. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen gegen diese Nichtigkeitsklage unterlegen ist, fallen ihr die Kosten des Verfahrens in erster Instanz zur Last.

94. Im Rechtsmittelverfahren hat Frankreich hingegen keinen Kostenantrag gestellt. Deshalb erscheint es gerecht, insoweit beide Parteien jeweils zur Tragung ihrer eigenen Kosten zu verurteilen.

VIII – Ergebnis

95. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1. Das Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 16. Dezember 2011 in der Rechtssache T-488/10, Frankreich/Kommission, wird aufgehoben.
2. Der Beschluss C (2010) 5229 der Europäischen Kommission vom 28. Juli 2010 wird für nichtig erklärt.
3. Die Europäische Kommission trägt die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Im Übrigen hat jede Partei ihre eigenen Kosten zu tragen.