URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

29. Oktober 2009 *

In der Rechtssache C-536/07

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG, eingereicht am 30. November 2007,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch D. Kukovec und R. Sauer als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch M. Lumma und J. Möller als Bevollmächtigte im Beistand von Rechtsanwalt H.-J. Prieß, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten der Dritten Kammer K. Lenaerts in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Vierten Kammer, der Richterin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter E. Juhász (Berichterstatter), G. Arestis und J. Malenovský,

Generalanwältin: V. Trstenjak,
Kanzler: N. Nanchev, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 2009,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 4. Juni 2009

folgendes

Urteil

1 Mit ihrer Klageschrift beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 7 in Verbindung mit Art. 11 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) verstoßen hat, dass die Stadt Köln mit der Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, jetzt Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR (im Folgenden: GKM-GbR), am 6. August 2004 einen Vertrag mit der Bezeichnung

„Mietvertrag über die Anmietung eines Grundstücks mit vier Messehallen“ geschlossen hat, ohne ein Vergabeverfahren mit europaweiter Ausschreibung nach den genannten Bestimmungen durchzuführen.

Gemeinschaftsrecht

2 Art. 1 der Richtlinie 93/37 bestimmt:

„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 im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen;

b) gelten als öffentliche Auftraggeber: … Gebietskörperschaften …

…

c) ist ein Bauwerk das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll;

…“

3 Art. 6 der Richtlinie sieht vor:

„(1) Diese Richtlinie gilt

a) für öffentliche Bauaufträge, deren geschätzter Auftragswert ohne Mehrwertsteuer mindestens dem Gegenwert von 5 000 000 Sonderziehungsrechten (SZR) in Ecu entspricht;

…“

4 Art. 7 Abs. 2 und 3 dieser Richtlinie zählt die Fälle auf, in denen die öffentlichen Auftraggeber Bauaufträge im Verhandlungsverfahren vergeben können. So können die öffentlichen Auftraggeber nach Art. 3 Abs. 3 Buchst. b ein solches Verfahren durchführen, „wenn die Arbeiten aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden können.“

5 Art. 7 Abs. 4 lautet:

„In allen anderen Fällen vergibt der öffentliche Auftraggeber seine Bauaufträge im offenen oder nicht offenen Verfahren."

6 Art. 11 der Richtlinie 93/37 nennt die Bekanntmachungspflichten, denen vor allem die öffentlichen Auftraggeber unterliegen, die einen Bauauftrag im Wege eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens vergeben müssen.

7 Art. 1 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) sieht schließlich vor:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als ‚*öffentliche Dienstleistungsaufträge*' die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, ausgenommen:

…

iii) ungeachtet deren Finanzmodalitäten Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem

unbeweglichen Vermögen; doch fallen die finanziellen Dienstleistungsverträge, die in jedweder Form, gleichzeitig, vor oder nach dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden, unter diese Richtlinie;

…“

Das streitige Geschäft und das Vorverfahren

8 Die Kölnmesse GmbH (im Folgenden: Kölnmesse) ist eine Gesellschaft privaten Rechts, deren Anteile zu 79,02 % von der Stadt Köln und zu 20 % vom Land Nordrhein-Westfalen gehalten werden. Die restlichen 0,98 % der Anteile sind im Streubesitz mehrerer Kammern und Verbände. Gegenstand der Gesellschaft ist die Organisation von Messen und Ausstellungen zur Förderung von Industrie, Handel und Handwerk.

9 Am 18. Dezember 2003 verkaufte Kölnmesse der GKM-GbR, einer privaten Investmentgesellschaft, ein für den Neubau von vier Messehallen benötigtes Grundstück zu einem Preis von 67,4 Millionen Euro. Das städtebauliche Planungskonzept bildete einen Bestandteil des Grundstückskaufvertrags.

10 Am 6. August 2004 schloss die Stadt Köln mit der GKM-GbR einen Vertrag mit der Bezeichnung „Mietvertrag über die Anmietung eines Grundstücks mit vier Messehallen“, in dem die GKM-GbR der Stadt Köln für 30 Jahre ein Nutzungsrecht an dem Baugrundstück und den darauf zu errichtenden Bauwerken einräumte. Der monatliche Mietzins betrug 1,725 Millionen Euro, wobei für die ersten 13 Monate keine Miete geschuldet war. Die Parteien bezeichnen diesen Vertrag als „Hauptvertrag“. Nach diesem Vertrag schuldete die GKM-GbR eine Ausführung mindestens mittlerer Art und Güte und war verpflichtet, der Stadt Köln die Bauwerke in der festgelegten Größe, Art und Beschaffenheit zur Verfügung zu stellen. Die Beschaffenheit wurde durch die

Baugenehmigungsplanung der Stadt Köln festgelegt. Nach den Schätzungen von Kölnmesse, denen die Kommission nicht widersprochen hat, beliefen sich die Baukosten auf 235 Millionen Euro.

11 In einem Vertrag vom 11. August 2004 mit der Bezeichnung „Untermietvertrag über die Anmietung eines Grundstücks mit vier Messehallen", dessen Wortlaut weitgehend mit dem des Hauptvertrags übereinstimmt, wurde Kölnmesse von der Stadt Köln die Nutzung der im Hauptvertrag beschriebenen zu errichtenden Bauwerke überlassen. Am 11. und am 16. August 2004 schlossen diese beiden Parteien eine „Durchführungsvereinbarung zum Untermietvertrag", in der die Stadt Köln Kölnmesse zur vollständigen Durchführung und Wahrnehmung aller Rechte und Pflichten bevollmächtigte, die die Stadt Köln im Verhältnis zur GKM-GbR übernommen hatte. Darüber hinaus sollte die Stadt Köln darauf hinwirken, dass die GKM-GbR die gesamte Durchführung des Hauptvertrags unmittelbar mit Kölnmesse vornimmt.

12 Die Parteien sind sich darüber einig, dass sich die Gegenleistung der Stadt Köln an die GKM-GbR nach dem Hauptvertrag, nämlich die monatlichen Mietzinszahlungen über die Laufzeit des Vertrags von 30 Jahren, auf rund 600 Millionen Euro beläuft.

13 Nach dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland wurden die Messehallen am 1. Dezember 2005 fertiggestellt und der Stadt Köln als Hauptmieter übergeben.

14 Am 7. September 2005 ging bei der Kommission eine Beschwerde ein, wonach das oben beschriebene Geschäft ein öffentlicher Bauauftrag sei, der unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vergeben worden sei.

15 Mit Schreiben vom 19. Dezember 2005 forderte die Kommission die Bundesrepublik Deutschland auf, sich hierzu zu äußern.

16 Mit Schreiben vom 15. Februar 2006 teilte die Bundesrepublik Deutschland mit, dass Kölnmesse kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Art. 1 Buchst. b der Richtlinie 93/37 sei, weshalb das Vorhaben nicht dem gemeinschaftlichen Vergaberecht unterliege. Diesem Schreiben war eine Kopie des Gesellschaftsvertrags von Kölnmesse beigefügt.

17 Am 4. Juli 2006 richtete die Kommission ein ergänzendes Aufforderungsschreiben an die Bundesrepublik Deutschland, in dem sie die Übermittlung der im Rahmen des streitigen Geschäfts abgeschlossenen Verträge sowie sonstiger sachdienlicher Unterlagen und Informationen verlangte.

18 Mit Schreiben vom 8. September 2006 wiederholte die Bundesrepublik Deutschland ihren Standpunkt, dass das streitige Geschäft nicht dem gemeinschaftlichen Vergaberecht unterliege, und übersandte der Kommission die in den Randnrn. 10 und 11 des vorliegenden Urteils erwähnten Verträge ohne Anlagen.

19 Mit Schreiben vom 18. Oktober 2006 übermittelte die Kommission der Bundesrepublik Deutschland eine mit Gründen versehene Stellungnahme, mit der sie diese aufforderte, binnen zwei Monaten nach Erhalt dieser Stellungnahme ihren Verpflichtungen aus dem gemeinschaftlichen Vergaberecht nachzukommen.

20 Mit Schreiben vom 12. Dezember 2006 bestritt die Bundesrepublik Deutschland erneut, dass ein Verstoß gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht vorliege, und führte ferner aus, dass das Vertragsverletzungsverfahren jedenfalls nicht zulässig sei, weil die Messehallen am 1. Dezember 2005, also schon vor der Versendung des Aufforderungsschreibens, fertiggestellt gewesen und der Stadt Köln übergeben worden seien.

21 Nach dieser Stellungnahme hat die Kommission beschlossen, die vorliegende Klage einzureichen.

Zur Klage

Zur Zulässigkeit

22 Die Bundesrepublik Deutschland erhebt eine Einrede der Unzulässigkeit und führt zur Begründung aus, dass bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist am 18. Dezember 2006 alle Wirkungen des betreffenden Vertrags bereits erschöpft gewesen seien, da die Bauwerke, auf die sich die Klage beziehe, bereits seit Langem fertiggestellt gewesen seien. Sie verweist hierzu auf ein Übernahmeprotokoll, das nach dreitägigen Verhandlungen am 30. November 2005 und damit noch vor Absendung des Aufforderungsschreibens zwischen der Stadt Köln und der GKM-GbR geschlossen worden sei und belege, dass die GKM-GbR die betreffenden Bauwerke an diesem Tag ordnungsgemäß übergeben und die Stadt Köln sie abgenommen habe. Im Übrigen seien diese Bauwerke seit Januar 2006 bestimmungsgemäß genutzt worden. So habe am 16. Januar 2006 die offizielle Eröffnung der Internationalen Möbelmesse in den betreffenden Gebäuden stattgefunden.

23 Insoweit ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Vergabe öffentlicher Aufträge eine Vertragsverletzungsklage unzulässig ist, wenn bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist alle Wirkungen des betreffenden Vertrags bereits erschöpft waren (vgl. u. a. Urteile vom 2. Juni 2005, Kommission/Griechenland, C-394/02, Slg. 2005, I-4713, Randnr. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 11. Oktober 2007, Kommission/Griechenland, C-237/05, Slg. 2007, I-8203, Randnr. 29).

24 Vorliegend ist daher zu prüfen, ob sich der betreffende Vertrag bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist, d. h. am 18. Dezember 2006,

zumindest zum Teil im Stadium der Ausführung befand oder ob dieser Vertrag vielmehr bereits vollständig beendet war, so dass seine Wirkungen erschöpft wären.

25 Mit den Worten „betreffender Vertrag“ oder — nach einer anderen in der Rechtsprechung verwendeten Formulierung — „streitgegenständliche Ausschreibung“ (vgl. z. B. Urteil vom 10. April 2003, Kommission/Deutschland, C-20/01 und C-28/01, Slg. 2003, I-3609, Randnr. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung) nimmt der Gerichtshof das jeweilige Vorhaben in seiner Gesamtheit in den Blick, stellt es in seinen allgemeinen Zusammenhang und betrachtet es nach Maßgabe seiner wesentlichen Merkmale.

26 Hier hatte das Vorhaben, das die Stadt Köln an die GKM-GbR und Kölnmesse bindet, unstreitig den Endzweck, Kölnmesse, deren Anteile überwiegend von der Stadt Köln gehalten werden, von der GKM-GbR zu errichtende Messehallen langfristig zur Verfügung zu stellen. Parallel dazu verpflichtete sich die Stadt Köln gegenüber der GKM-GbR in einem Mietvertrag, dieser monatlich einen bestimmten Betrag als Miete zu zahlen, wobei diese Mittelüberweisungen in Wirklichkeit zur Finanzierung der Errichtung der betreffenden Bauwerke dienten, wie die Bundesrepublik Deutschland im Übrigen einräumt.

27 Der Zweck und die Art und Weise der Ausführung dieses Vorhabens ergeben sich insbesondere aus dem sogenannten „Hauptmietvertrag“ vom 6. August 2004, in dem sich die GKM-GbR verpflichtete, nach den genauen Anweisungen der Stadt Köln Bauwerke zum Zweck ihrer Vermietung zu errichten, sowie dem Untermietvertrag und der „Durchführungsvereinbarung zum Untermietvertrag“, mit denen Kölnmesse von der Stadt Köln die Nutzung der zu errichtenden Bauwerke eingeräumt wurde.

28 Das in Rede stehende Vorhaben enthält somit einen Abschnitt „Errichtung“ und einen Abschnitt „Vermietung“ oder „Finanzierung“. Unabhängig davon, welches der vorherrschende Bestandteil oder der Hauptzweck dieses Vorhabens ist und ob die Stadt Köln nur als Garant gegenüber der GKM-GbR gehandelt hat, was im Rahmen der Begründetheit zu prüfen ist, ist festzustellen, dass diese einzelnen Abschnitte des betreffenden Vorhabens ein untrennbares Ganzes bilden. Denn für die Errichtung der Bauwerke hätte es so, wie sie geplant und ausgeführt wurde, ohne den Mietvertrag keinen Grund gegeben, und umgekehrt hätte der Mietvertrag ohne die spätere Fertigstellung der Bauwerke, wie sie in diesem Vertrag vorgesehen war, nicht selbständig bestehen können. Daher kann der Auffassung der Bundesrepublik

Deutschland, dass der Hauptvertrag sowohl Teile umfasse, die für die vorliegende Klage erheblich seien, als auch solche, die insoweit unerheblich oder neutral seien, nicht gefolgt werden.

29 Folglich ist das betreffende Vorhaben für die Prüfung der Zulässigkeit der Klage in seiner Gesamtheit und nach Maßgabe aller seiner Merkmale und Bestandteile in den Blick zu nehmen.

30 Danach waren bei Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist nicht alle Wirkungen des betreffenden Vertrags, nämlich des streitigen Vorhabens in seiner Gesamtheit betrachtet, dadurch erschöpft, dass die zu errichtenden Bauwerke fertiggestellt waren. Denn der Abschnitt „Miete" dieses Vorhabens entfaltete zu diesem Zeitpunkt weiterhin seine Wirkungen.

31 Demnach ist die Klage der Kommission zulässig.

Zur Begründetheit

Vorbringen der Parteien

32 Die Kommission macht geltend, zwischen Kölnmesse und der GKM-GbR bestünden weder eine vertragliche Beziehung noch irgendwelche Rechte und Pflichten. Als Vertragspartner der GKM-GbR komme hier allein die Stadt Köln in Betracht. Denn nach dem Hauptvertrag sei nur sie echte Verpflichtungen gegenüber der GKM-GbR

eingegangen. Zudem hätte Kölnmesse ein solches Bauvorhaben nicht ohne Mitwirkung der Stadt Köln ausführen können, und die GKM-GbR hätte der Verwirklichung dieses Vorhabens ohne die finanzielle Absicherung durch die Stadt Köln nicht zugestimmt. Ferner sei Kölnmesse nicht Schuldner der GKM-GbR geworden.

33 Zur Rechtsnatur des betreffenden Vorhabens führt die Kommission aus, dass es sich um einen öffentlichen Bauauftrag handele. So habe erstens die Stadt Köln, die als Gebietskörperschaft öffentliche Auftraggeberin sei, schriftlich einen entgeltlichen Vetrag mit der GKM-GbR als Unternehmerin geschlossen, in dem diese sich verpflichtet habe, Bauwerke zu errichten, deren Wert den gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Schwellenwert erheblich überschreite, und sie der öffentlichen Auftraggeberin zur Verfügung zu stellen. Was zweitens den Gegenstand des Vertrags angehe, sei die Errichtung der betreffenden Bauwerke, die ausschließlich zur Veranstaltung von Messen bestimmt gewesen seien, nicht aus eigener Initiative der GKM-GbR erfolgt. Ferner ergebe sich aus dem Hauptvertrag, dass diese Bauwerke nach den von der Stadt Köln vorgegebenen detaillierten Spezifikationen ausgeführt worden seien, die keine bloße Beschaffenheitsangabe im Rahmen eines Mietvertrags darstellten. Folglich handele es sich hier um die Ausführung von Bauwerken gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen im Sinne von Art. 1 Buchst. a letzter Satzteil der Richtlinie 93/37.

34 Diese Schlussfolgerung werde nicht durch den Umstand entkräftet, dass der Hauptvertrag auch mietvertragliche Elemente umfasse, nämlich die Nutzungsüberlassung der Bauwerke gegen gestaffelte Zahlungen, bei denen es sich um die Vergütung für die Errichtung der Bauwerke handele. Denn es könne nicht zwischen einem Teil „Bauleistungen“ und einem Teil „Miete“ oder „Finanzierung“ dieses Vertrags in dem Sinne unterschieden werden, dass der erste Teil unter die Richtlinie 93/37 und der zweite als Erbringung von Dienstleistungen unter die Richtlinie 92/50 fiele. Jedenfalls richte sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs die Einstufung des Vertrags nach seinem Hauptgegenstand, der hier in der Errichtung eines Bauwerks bestehe.

35 Abschließend stellt die Kommission fest, dass es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs für die Einstufung des betreffenden Vorhabens als öffentlicher Bauauftrag

unerheblich sei, ob die Stadt Köln das zu errichtende Bauwerk selbst nutzen oder es bestimmten Dritten zur Verfügung habe stellen wollen; das Gleiche gelte für die Frage, ob sie am Ende der Laufzeit des Hauptvertrags Eigentümerin des Baugrundstücks und damit der Messehallen werde. Folglich hätte die Stadt Köln ein Verfahren zur Vergabe dieses Auftrags nach Art. 7 Abs. 4 und Art. 11 der Richtlinie 93/37 einleiten müssen.

36 Die Bundesrepublik Deutschland entgegnet, dass als Vertragspartner von Kölnmesse hier nur die GKM-GbR in Betracht komme, da in Wirklichkeit nur diese beiden Gesellschaften durch den Hauptvertrag gebunden seien. So sei im Rahmen einer funktionellen Gesamtbetrachtung allein Kölnmesse Mieter und die GKM-GbR Vermieter, und zwar durch den Untermietvertrag, der gleichzeitig mit dem Hauptvertrag vorgesehen und geschlossen worden sei, der im Wesentlichen den gleichen Wortlaut habe und mit dem sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Hauptvertrag an Kölnmesse weitergereicht worden seien.

37 Außerdem sei es Kölnmesse, die zur Anmietung der auf einem ihr gehörenden Grundstück zu errichtenden Messehallen das betreffende Vorhaben geplant und durchgeführt habe und letztlich die fraglichen Bauwerke nutze und hierfür das vereinbarte Entgelt zahle. Dass zwischen Kölnmesse und der GKM-GbR keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen bestünden, sei Folge des Dreiecksgeschäfts, für das man sich aus funktionalen Erwägungen entschieden habe und dem zufolge die Stadt Köln als Sicherungsgeberin und nicht als Gesamtschuldnerin in die vertraglichen Beziehungen zwischen diesen beiden Gesellschaften einbezogen worden sei.

38 Folglich hätte allein Kölnmesse als eigentlicher Vertragspartner der GKM-GbR nach den Kriterien beurteilt werden müssen, anhand deren festgestellt werde, ob eine Stelle im Hinblick auf die mögliche Anwendung des gemeinschaftlichen Vergaberechts unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers falle, und nicht die Stadt Köln. Da sich die Klage der Kommission nur gegen die Stadt Köln richte, sei sie deshalb abzuweisen.

39 Zur Rechtsnatur des betreffenden Vorhabens vertritt die Bundesrepublik Deutschland die Ansicht, dass der Vertrag zwischen der Stadt Köln und der GKM-GbR kein Bauauftrag, sondern ausschließlich eine finanzielle Absicherung sei, nämlich ein Hilfsgeschäft für das Hauptgeschäft zwischen der GKM-GbR und Kölnmesse.

40 Für die rechtliche Bewertung eines Vertrags, der aus mehreren Abschnitten bestehe, die unterschiedlichen Regelungen des gemeinschaftlichen Vergaberechts unterliegen könnten, sei nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf den Hauptgegenstand des Vertrags abzustellen, und dieser müsse in der Errichtung eines Bauwerks bestehen, solle es sich um einen öffentlichen Bauauftrag handeln. Die Bundesrepublik Deutschland verweist hierzu auf das Urteil vom 19. April 1994, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Slg. 1994, I-1329). Im vorliegenden Fall sei die Errichtung eines Bauwerks jedoch nicht Hauptgegenstand der Verträge. Denn sowohl der Hauptvertrag als auch der Untermietvertrag seien keine „Bauverträge", sondern formell und materiell Mietverträge, in deren Rahmen dem Vertragspartner ausschließlich das Recht zur Nutzung der betreffenden Gebäude gegen Entgelt eingeräumt werde. Funktional diene die betreffende vertragliche Konstruktion unter Einbeziehung der Stadt Köln der Finanzierung des Vorhabens von Kölnmesse.

41 Dass der Hauptgegenstand des fraglichen Vertrags in der Anmietung der betreffenden Gebäude bestehe, zeige auch der Vergleich der Mietkosten über 30 Jahre, nämlich rund 600 Millionen Euro, mit den Kosten für den Bau dieser Gebäude, die sich auf ungefähr 235 Millionen Euro beliefen, sowie die Tatsache, dass eine vertragliche Vereinbarung über eine Option oder Pflicht zum Rückerwerb der betreffenden Gebäude durch die Stadt Köln oder Kölnmesse bei Ablauf des Mietvertrags fehle. Insofern trage die GKM-GbR letztlich das wirtschaftliche Risiko des betreffenden Vorhabens.

42 Unabhängig davon, ob Hauptgegenstand des Vertrags eine Miet- oder eine Finanzierungsdienstleistung sei, handele es sich somit um zwei Situationen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fielen, deren mögliche Verletzung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei.

Würdigung durch den Gerichtshof

43 Soweit erstens zu prüfen ist, wer als Vertragspartner der GKM-GbR anzusehen und damit anhand der Kriterien zu beurteilen ist, die den Begriff des öffentlichen Auftraggebers definieren, ist festzustellen, dass sich die Klage der Kommission auf den sogenannten „Hauptmietvertrag“ zwischen der Stadt Köln und der GKM-GbR vom 6. August 2004 bezieht.

44 Dessen ungeachtet macht die Bundesrepublik Deutschland geltend, dass bei funktionaler Gesamtbetrachtung des Vorhabens Kölnmesse der eigentliche Vertragspartner der GKM-GbR und infolge des Untermietvertrags der wahre Mieter sei. Denn es sei Kölnmesse, die das betreffende Vorhaben geplant und durchgeführt habe, letztlich die fraglichen Bauwerke nutze und als Gegenleistung das vereinbarte Entgelt zahle.

45 Der Hauptvertrag vom 6. August 2004 wurde jedoch unstreitig zwischen der GKM-GbR und der Stadt Köln geschlossen, ohne dass Kölnmesse erwähnt worden wäre. Außerdem führte die Stadt Köln die dem Abschluss des betreffenden Vertrags vorausgehenden Verhandlungen im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Ferner wurden die detaillierten Spezifikationen im Hinblick auf die Errichtung der betreffenden Bauwerke von der Stadt Köln in den Vertrag aufgenommen, und nur ihr gegenüber ging die GKM-GbR ihre Verpflichtungen ein. Desgleichen wurden die Verhandlungen, in deren Folge das Protokoll über die Übernahme der betreffenden Bauwerke vom 30. November 2005 angefertigt wurde, von der Stadt Köln geführt, und dieses Protokoll wurde ohne jede Erwähnung von Kölnmesse von der Stadt Köln und der GKM-GbR unterschrieben.

46 Somit tritt Kölnmesse in den vertraglichen Beziehungen zwischen der GKM-GbR und der Stadt Köln nicht in Erscheinung und greift auch nicht in diese ein.

47 Daran, dass keine vertragliche Beziehung zwischen Kölnmesse und der GKM-GbR besteht, ändert auch der Umstand nichts, dass Kölnmesse der GKM-GbR das Grundstück, auf dem die fraglichen Bauwerke errichtet wurden, per Kaufvertrag übertragen hat. Auf diesen Vertrag kommt es nämlich im Rahmen des streitigen Vorhabens, das im Bau und in der Vermietung der betreffenden Bauwerke besteht, nicht an.

48 Auch der Untermietvertrag vom 11. August 2004 und die Durchführungsvereinbarung zu diesem Vertrag vom selben Tag können diese Feststellung nicht in Frage stellen, da sie ausschließlich das Verhältnis zwischen Kölnmesse und der Stadt Köln betreffen und weder auf die vertraglichen Beziehungen zwischen der Stadt Köln und der GKM-GbR noch auf die von diesen übernommenen gegenseitigen Verpflichtungen Einfluss nehmen.

49 Auch dass die Planung des betreffenden Vorhabens möglicherweise ursprünglich von Kölnmesse ausging, ist ohne Bedeutung, da der mit der GKM-GbR geschlossene Hauptvertrag nicht auf sie Bezug nimmt.

50 Es kommt auch nicht darauf an, dass die betreffenden Bauwerke dazu bestimmt sein sollen, Kölnmesse für ihre Tätigkeiten zur Verfügung zu stehen, die die Bauwerke letztlich nutze und hierfür ein monatliches Entgelt zahle (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Januar 2007, Auroux u. a., C-220/05, Slg. 2007, I-385, Randnrn. 33, 35 und 42). Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass sich die Stadt Köln den als „Letter of Intent" bezeichneten Dokumenten vom 8. Dezember 2003 und 14. Juli 2004 zufolge verpflichtete, für den Fall, dass es Kölnmesse nach 2012 nicht gelingen sollte, den Mietzins zu tragen, die mit dem betreffenden Vorhaben verbundenen finanziellen Verpflichtungen zu übernehmen.

51 Eine funktionale Auslegung des streitigen Vorhabens, wie sie von der Bundesrepublik Deutschland befürwortet wird, ändert daher nichts an der Feststellung, dass auf der Grundlage des Hauptvertrags die Stadt Köln der einzige Vertragspartner der GKM-GbR ist und von dieser als solcher angesehen und akzeptiert wird, und kann auch nicht dazu führen, dass Kölnmesse bei der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen der Stadt Köln an deren Stelle tritt.

52 Einziger Vertragspartner im Rahmen des betreffenden Vorhabens ist somit die Stadt Köln. Als Gebietskörperschaft ist sie ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Art. 1 Buchst. b der Richtlinie 93/37.

53 Zweitens ist auf die Frage der rechtlichen Qualifizierung des betreffenden Vorhabens einzugehen, um zu prüfen, ob es sich dabei um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des Gemeinschaftsrechts handelt.

54 Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass diese rechtliche Qualifizierung nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Bereich des Gemeinschaftsrechts fällt und die Qualifizierung nach nationalem Recht dabei nicht maßgeblich ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Auroux u. a., Randnr. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung). Ebenso wenig kommt es darauf an, wie die Vertragsparteien einen bestimmten Vertrag qualifizieren.

55 Sodann ist zu betonen, dass die Definition des Begriffs „öffentlicher Bauauftrag“ in Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37 sämtliche Vorhaben einschließt, in denen ein entgeltlicher Vertrag — unabhängig von seiner offiziellen Bezeichnung — zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmer geschlossen wird, der die Errichtung eines Bauwerks im Sinne von Art. 1 Buchst. c dieser Richtlinie durch den Unternehmer zum Gegenstand hat. Das ausschlaggebende Kriterium ist insoweit, dass dieses Bauwerk gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen errichtet wird, gleichgültig, welche Mittel hierfür eingesetzt werden.

56 Zum Gegenstand des betreffenden Vorhabens ist festzustellen, dass der Hauptvertrag zwischen der Stadt Köln und der GKM-GbR vom 6. August 2004 offiziell als „Mietvertrag“ bezeichnet wird und tatsächlich Elemente eines Mietvertrags enthält. Allerdings war zu diesem Zeitpunkt mit der Errichtung der fraglichen Bauwerke noch nicht einmal begonnen worden. Folglich konnte der Vertrag nicht unmittelbar die Anmietung von Immobilien zum Ziel haben, mit deren Bau noch nicht begonnen worden war. Vorrangiges Ziel dieses Vertrags konnte daher denknotwendig nur die

Errichtung der betreffenden Bauwerke sein, die anschließend der Stadt Köln im Wege einer als „Mietvertrag“ bezeichneten vertraglichen Beziehung zur Verfügung zu stellen waren.

57 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bestimmt sich, wenn ein Vertrag zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines Auftrags anderer Art aufweist, nach dem Hauptgegenstand des Vertrags, welche gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften anwendbar sind.

58 Ferner wurden die betreffenden Bauwerke gemäß den sehr detaillierten und von der Stadt Köln im Hauptvertrag deutlich formulierten Spezifikationen errichtet. Aus diesem Vertrag und seinen Anlagen geht hervor, dass die betreffenden Spezifikationen in Form einer genauen Beschreibung der zu errichtenden Gebäude, ihrer Beschaffenheit und ihrer Ausstattung weit über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine neue Immobilie einer gewissen Größe hinausgehen.

59 Vorrangiges Ziel des Hauptvertrags war somit der Bau der fraglichen Messehallen gemäß den von der Stadt Köln genannten Erfordernissen. Des Weiteren handelt es sich bei diesen Hallen um ein „Bauwerk“ im Sinne von Art. 1 Buchst. c der Richtlinie 93/37, da sie ihrem Wesen nach eine wirtschaftliche Funktion erfüllen sollen, und ihr Wert übersteigt bei Weitem den in Art. 6 dieser Richtlinie vorgesehenen Schwellenwert. Der betreffende Vertrag wurde zudem als entgeltlicher Vertrag geschlossen, die GKM-GbR handelte unabhängig davon, dass sie Dritte mit der Errichtung des Bauwerks beauftragte, hier als Unternehmer (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a., C-399/98, Slg. 2001, I-5409, Randnr. 90), und die Stadt Köln ist ein öffentlicher Auftraggeber. Der Vertrag ist daher als öffentlicher Bauauftrag im Sinne von Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37 einzustufen.

60 Diese Feststellung wird nicht durch das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland in Frage gestellt, wonach der Gesamtbetrag, der als Miete an die GKM-GbR zu zahlen sei und sich letztlich auf rund 600 Millionen Euro belaufe, deutlich höher liege als die

Kosten für die Errichtung der Bauwerke, die ungefähr 235 Millionen Euro betragen hätten, was beweise, dass der Bestandteil „Dienstleistungen“ des betreffenden Vorhabens überwiege.

61 Ausschlaggebend für die Einstufung eines Auftrags wie des hier in Rede stehenden ist dessen Hauptgegenstand und nicht die Höhe der Vergütung des Unternehmers oder die Art und Weise ihrer Zahlung. Außerdem ist ein unmittelbarer Vergleich der beiden oben genannten Beträge in absoluten Zahlen nicht möglich, da der überschlägige Betrag von 600 Millionen Euro durch monatliche Zahlungen über einen Zeitraum von 30 Jahren aufgebracht werden wird, während der Betrag von 235 Millionen Euro den Kosten bei Abschluss der Bauarbeiten Ende 2005 entspricht. Tatsächlich nähert sich der Betrag von 600 Millionen Euro, abgezinst auf den Zeitpunkt der Beendigung der Arbeiten, dem Betrag von 235 Millionen Euro deutlich an. Selbst wenn ein Teil des genannten Betrags von 600 Millionen Euro das Entgelt für eine spezifische Vermietungsleistung darstellen sollte, wäre dieser Teil jedenfalls von geringer Bedeutung und hätte keinen Einfluss auf die Einstufung des betreffenden Auftrags.

62 Ebenso wenig kommt es für die Einstufung des betreffenden Auftrags darauf an, dass der Hauptvertrag möglicherweise eine Option oder Verpflichtung der Stadt Köln oder von Kölnmesse zum Rückkauf der errichteten Gebäude vorsieht (vgl. in diesem Sinne Urteil Auroux, Randnr. 47).

63 Nach alledem handelt es sich bei dem Hauptvertrag vom 6. August 2004, im Gesamtzusammenhang des betreffenden Vorhabens betrachtet, um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 93/37, der nach den Regeln des Art. 7 Abs. 4 und des Art. 11 dieser Richtlinie hätte vergeben werden müssen. Der Klage der Kommission ist daher stattzugeben.

64 Folglich ist festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 7 Abs. 4 und Art. 11 der Richtlinie 93/37 verstoßen hat, dass

die Stadt Köln mit der GKM-GbR den Vertrag vom 6. August 2004 geschlossen hat, ohne ein Vergabeverfahren nach den genannten Bestimmungen durchzuführen.

Kosten

65 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Bundesrepublik Deutschland mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr, wie von der Kommission beantragt, die Kosten aufzuerlegen.

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

1. **Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 7 Abs. 4 und Art. 11 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge verstoßen, dass die Stadt Köln mit der Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, jetzt Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, den Vertrag vom 6. August 2004 geschlossen hat, ohne ein Vergabeverfahren nach den genannten Bestimmungen durchzuführen.**

2. **Die Bundesrepublik Deutschland trägt die Kosten.**

Unterschriften