

## Auftragsvergabe durch Kammern

Von Karolin Heyne

Die vergaberechtliche Verpflichtung der öffentlichen Hände zur Ausschreibung von Aufträgen hat in den letzten Jahren unter maßgeblichem Einfluss des Europarechts erheblich an Bedeutung gewonnen.<sup>1</sup> Das Vergaberecht hat vor allem die Transparenz der Auftragsvergabe gefördert und die Chancengleichheit der Anbieter von Waren und Dienstleistungen verbessert. Insbesondere die Kommunalverwaltungen kritisieren aber auch die mit der Anwendung des Vergaberechts verbundenen Verzögerungen und Beschränkungen ihrer verfassungsrechtlich verbürgten Gestaltungsfreiheit.

Auch die Kammern in Deutschland vergeben jährlich Aufträge in Höhe mehrerer Millionen Euro. So erteilte beispielsweise die IHK zu Schwerin ausweislich von Presseberichten Mitte 2008 den Zuschlag für die Erstellung des erweiterten Rohbaus eines neuen Dienstleistungszentrums mit einer Bausumme in Höhe von 6,75 Mio. Euro.<sup>2</sup> Daher stellt sich auch bei ihnen die Frage, ob sie dem Vergaberecht unterliegen. Die Antwort ist maßgeblich durch die Qualifizierung der Kammern als „öffentlicher Auftraggeber“ im Vergaberechtssinn bedingt. In diesem Beitrag wird deshalb untersucht, ob Kammern öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts sind, da sich aus dieser Eigenschaft weitreichende Konsequenzen, insbesondere für die Art des Vergabeverfahrens ableiten. Dabei wird die dem Vergaberecht immanente Differenzierung in Aufträge oberhalb und unterhalb des jeweiligen Schwellenwertes zugrunde gelegt.

### I. Oberhalb des Schwellenwertes

§ 97 I GWB erklärt oberhalb des Schwellenwertes<sup>3</sup> die Vorschriften der §§ 97ff. GWB für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber für anwendbar, welche eine der wesentlichen Rechtsquellen für das deutsche Vergaberecht darstellen. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers im Sinne dieser Regelungen wird in § 98 GWB definiert. Von den dort aufgezählten Möglichkeiten kommt eine Stellung der Kammern als öffentlicher Auftraggeber lediglich nach Nr. 2 in Betracht.<sup>4</sup> Diese beinhaltet fünf Voraussetzungen für die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber. Danach muss es sich um eine juristische Person des öffentlichen oder des privaten Rechts handeln, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt und zu diesem besonderen Zweck auch gegründet wurde. Zudem muss sie eine besondere Staatsnähe aufweisen, die sich entweder aus der Finanzierung oder aus der Aufsicht durch eine Stelle, die selber öffentlicher Auftraggeber iSd § 98 Nr. 1 o. 3 GWB ist – wobei dort im Wesentlichen Gebietskörperschaften erfasst werden –, ergibt. Die Eigenschaft der Kammern als öffentliche Auftraggeber wird im Folgenden an diesen Kriterien überprüft.

#### 1. *Juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts*

Den Kammern werden, dem institutionell-organisatorischen Gesetzesvorbehalt entsprechend, die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts durch Gesetz verliehen. Als Selbstverwaltungskörperschaften ohne Ge-

bietshoheit stellen sie somit juristische Personen des öffentlichen Rechts dar.<sup>5</sup>

## 2. Aufgabe im Allgemeininteresse

Der Begriff des Allgemeininteresses umfasst die über Partikular- oder Einzelinteressen hinausgehenden Interessen.<sup>6</sup> Bei den Aufgaben der Kammern ist insbesondere zu einer Wahrnehmung von Partikularinteressen abzugrenzen. In Betracht kommt diesbezüglich, dass die Zuständigkeit der Kammern durch ihren Wirkungszweck, beispielsweise bei den IHKn die Förderung der Gewerbetreibenden ihres jeweiligen Zuständigkeitsbezirkes, begrenzt ist.<sup>7</sup> Aus der Funktion der Kammern kann eventuell abgeleitet werden, dass die Interessenvertretung nur für eine bestimmte Gruppe wahrgenommen wird, was besonders am Beispiel der Serviceleistungen<sup>8</sup> für die Mitglieder festgemacht wird.

Gegen eine solche Interpretation spricht jedoch, dass der weit überwiegende Teil der Aufgaben, die die Kammern wahrnehmen, jedenfalls indirekt allen Bürgern zugute kommt. So gehört zum Beispiel die Berufsbildung nach § 91 I Nr. 4 HwO zu den wesentlichen Aufgaben einer Handwerkskammer. Eine qualitativ hochwertige und vereinheitlichte Ausbildung von Handwerkern stellt wiederum eine wichtige Grundlage für die gesamte Wirtschaft dar. Auch die in § 1 I IHKG festgeschriebene allgemeine Förderung der gewerblichen Wirtschaft durch die IHKn kommt einerseits den Gewerbebetrieben, aber ebenso auch denjenigen zu, die die angebotene Leistung in Anspruch nehmen, also wiederum der Allgemeinheit. Die durch die Berufskammern durchgeführte Berufsaufsicht über die Einhaltung der dem Berufsstand obliegenden Pflichten<sup>9</sup> dient ebenso der Gesellschaft – insbesondere den diese Dienstleistungen in Anspruch nehmenden Verbrauchern und Unternehmen – wie dem jeweiligen Berufsstand.<sup>10</sup> Auch laut EuGH ist die Wahrnehmung von Aufgaben im Allgemeininteresse anzunehmen, wenn mit ihr eine „Impulswirkung für den Handel und die wirt-

schaftliche und soziale Entwicklung der betreffenden Gebietskörperschaft“ verbunden ist, selbst wenn mit dieser primär Einzelinteressen verfolgt werden.<sup>11</sup> Dies ist bei den Kammern und ihrer Aufgabenwahrnehmung im Sinne der vorgenannten Beispiele anzunehmen.

Überdies spricht auch das Verfassungsrecht für diese Interpretation. Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts muss bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen davon ausgegangen werden, dass sie regelmäßig nur gegründet werden dürfen, wenn ihre Aktivitäten sich nicht nur auf die Interessen Einzelner oder private Interessen einer Personengruppe beziehen.<sup>12</sup> Insofern ist bei ihnen schon aus der öffentlichen Zwecksetzung die Wahrnehmung von Aufgaben im Allgemeininteresse indiziert. Aus den aufgezeigten Gründen können die Bedenken bezüglich eines Handelns in Partikularinteressen nicht durchschlagen, so dass die Voraussetzung der Wahrnehmung von Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllt ist.<sup>13</sup>

## 3. Aufgabe nicht gewerblicher Art

Die Nichtgewerblichkeit ist zunächst dann anzunehmen, wenn keine vorrangige Gewinnerzielungsabsicht besteht.<sup>14</sup> Eine solche ist bei Kammern nicht vorhanden. Vielmehr besteht bei ihnen ein Vorrang der Erfüllung der Aufgaben, die durch die jeweiligen Kammergesetze zugewiesen werden.<sup>15</sup> Ebenso kann die Teilnahme am Wettbewerb auf einem vorhandenen Markt Zeichen einer gewerblichen Tätigkeit sein.<sup>16</sup> Kammern haben aber schon durch ihre allgemeine Präsenz und die Pflichtmitgliedschaft eine marktbezogene Sonderstellung. Besonders aufgrund der Mitgliedsbeiträge bewegen sie sich in einem vergleichsweise wettbewerbsfreien Raum, selbst gegenüber Angeboten von Dienstleistungen, die ebenfalls durch andere bereitgestellt werden.<sup>17</sup> Dies gilt jedenfalls für Dienstleistungsangebote, die durch Beitragsmittel finanziert oder zumindest subventioniert werden.<sup>18</sup> Daher ist von einer

Nichtgewerblichkeit der Tätigkeiten der Kammern auszugehen.

#### 4. *Gründung zu diesem besonderen Zweck*

Die Kammern wurden nicht nur zur Erfüllung dieses besonderen Zwecks gegründet,<sup>19</sup> sondern nehmen auch nach wie vor im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art, wie die Beratung des Staates, die Berufsbildung, die Pflege von Standesrecht und die Berufsaufsicht wahr, worauf es für die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber iSd § 98 Nr. 2 GWB tatsächlich ankommt.<sup>20</sup>

#### 5. *Besondere Staatsnähe*

Schließlich muss daneben noch eine besondere Staatsnähe, die auch als besonderes „Beherrschungsmerkmal“ bezeichnet wird, bestehen. Diese drückt sich durch die Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber iSd § 98 Nr. 1 und Nr. 3 GWB<sup>21</sup> oder die Aufsicht durch einen selbigen aus, also in einer Beherrschung durch den Staat in finanzieller oder personeller Hinsicht.

##### a) *Überwiegende Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber*

Unter der überwiegenden Finanzierung ist zu verstehen, dass ein Finanzierungsanteil von mindestens 50 Prozent durch einen öffentlichen Auftraggeber bestehen muss.<sup>22</sup> Dies ist erforderlich, um eine besondere Unterordnung oder Verbindung des Unternehmens zum Kapitalgeber begründen zu können. Finanzierungsmaßnahmen in diesem Sinne sind die aktive Zuführung von Sacheinlagen, Geschäftsanteilen oder sonstiger geldwerter Vorteile.<sup>23</sup> Vom Staat direkt, oder einem anderen öffentlichen Auftraggeber iSd § 98 Nr. 1 und Nr. 3 GWB findet keine entsprechende Finanzierung der Kammern statt. Vielmehr finanzieren sich diese über die Beiträge ihrer Pflichtmitglieder. Diese Finanzierungsquelle wurde aber erst durch die staatlich auferlegte Pflichtmitgliedschaft und die für die Mitglieder bestehende gesetzliche Beitragspflicht erschlossen.

Mithin liegt eine mittelbare – gesetzlich garantierte und kraft Gesetzes ermöglichte – Finanzierung über Zahlungen der Mitglieder vor. Teils wird dies jedoch als nicht den vergaberechtlichen Anforderungen an eine Finanzierung durch den Staat genügend angesehen, da ein direktes Kausalitätsverhältnis zwischen der Finanzierung und dem Staat zu fordern sei. Daher würde eine solch mittelbare Finanzierung über gesetzlich garantierte Pflichtabgaben nicht dem Tatbestandsmerkmal der Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber gerecht werden.<sup>24</sup> Die Quelle der Mittel sei bei diesen Abgaben nicht der Staatshaushalt, sondern der Bürger, weshalb in solchen Fällen keine besondere Nähe zum Staat durch die Finanzierung begründet würde.<sup>25</sup>

Gegen ein solches Verständnis ist jedoch anzuführen, dass es dem Sinn des § 98 Nr. 2 GWB nach keinen Unterschied machen kann, ob die Gebietskörperschaft die Finanzmittel einzieht, und dann an die betreffende Einrichtung übergibt, oder ob sie ihr das Recht überträgt die Beiträge selbst einzuziehen.<sup>26</sup> Daher ist eine Verpflichtung von Privaten durch den Staat eine gewisse Institution durch Beiträge zu finanzieren, zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Finanzierung durch den Staat als ausreichend anzusehen.<sup>27</sup> Dieses Ergebnis wird durch eine Entscheidung des EuGH bestätigt,<sup>28</sup> welcher die mittelbare Finanzierung über gesetzlich garantierte Zwangsabgaben als Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber genügen ließ. Begründet wird dies vor allem über ein eher funktionelles Verständnis der „Finanzierung durch den Staat“ im Sinne der Ermöglichung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Öffnung aller Mitgliedstaaten für einen unverfälschten und möglichst umfassenden Wettbewerb.

Zudem wird auch durch diese Art der Finanzierung der Kammern die – bei der besonderen Staatsnähe erforderliche – Verbindung der Institution zum Staat begründet, da ohne die durch den Staat ermöglichten Pflichtbeiträge, die Kammern mit großer Wahrscheinlichkeit nicht in dieser Form existieren würden. Daher

begründet schon die Entscheidung für ein solches Kammersystem mit Pflichtmitgliedschaft, Beitragsrecht und den übertragenen Aufgaben eine entsprechende Staatsnähe.

Schließlich erfordert die „Finanzierung“ noch, dass dieser keine spezielle Gegenleistung gegenüber stehen darf.<sup>29</sup> Die Kammerbeiträge werden zur Deckung des Finanzbedarfs für die laufenden Aufgaben verwendet und sind eben nicht an eine konkrete Gegenleistung gekoppelt.<sup>30</sup> Weder der Staat noch die Mitglieder haben einen Anspruch auf konkrete Leistungen. Somit ist auch diese Voraussetzung erfüllt, sodass bei den Kammern von einer „Finanzierung durch den Staat“ iSd § 98 Nr. 2 GWB ausgegangen werden kann.

b) Aufsicht durch einen öffentlichen Auftraggeber

Neben der finanziellen Beherrschung kann die besondere Staatsnähe auch durch personelle Kontrolle entstehen, wobei bei Kammern eine solche nur durch die Aufsicht über die Leitung iSd § 98 Nr. 2 GWB in Betracht kommt.

Eine generelle Staatsaufsicht über die Kammern ist schon aufgrund ihrer Stellung als juristische Person des öffentlichen Rechts, die als mittelbare Staatsverwaltung öffentliche Verwaltungsaufgaben wahrnimmt, regelmäßig gegeben.<sup>31</sup> Diese ist jedoch nahezu auf die Rechtsaufsicht beschränkt, eine Fachaufsicht ist nur in gesetzlich ausdrücklich bestimmten Fällen bezüglich der Wahrnehmung einiger spezifischer Aufgaben möglich.<sup>32</sup> Fraglich ist daher, in welchem Umfang die Aufsicht durch den Staat ausgestaltet sein muss, um eine besondere Staatsnähe zu begründen.

Für eine restriktive Auslegung des Begriffs der Aufsicht iSd § 98 Nr. 2 GWB, die eine reine Rechtsaufsicht nicht genügen lassen würde,<sup>33</sup> wird angeführt, dass durch diese nur rechtswidriges Handeln verhindert wird, jedoch kein direkter Einfluss auf die Ausgestaltung der Aufgabenwahrnehmung genommen werden kann.<sup>34</sup> Das Kriterium der besonderen Staatsnähe soll jedoch gerade einen gewissen Einfluss bezüglich der öffentlichen Aufträge si-

cherstellen. Die bloße Verhinderung einer rechtswidrigen Geschäftspolitik wird dabei als nicht ausreichend erachtet.<sup>35</sup>

Diesen Argumenten kann jedoch nicht gefolgt werden. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Rechtsaufsicht bereits Aufsicht iSd § 98 Nr. 2 GWB darstellt, da diese bei sog. Zwangskörperschaften wie den Kammern schon ausreicht, um vergaberechtliche Beurteilungsspielräume inhaltlich zu beeinflussen.<sup>36</sup> Die Rechtsaufsicht ist nämlich nicht auf die nachträgliche Bewertung von Rechtsakten, also auf ein reines Beanstandungsrecht, beschränkt. Vielmehr kann sie auch Anordnungsrechte beinhalten, nach denen die beaufsichtigte Körperschaft zu spezifischen Handlungen, die sich nach bestimmten rechtlichen Kriterien außerhalb des Zweckmäßigkeitsmaßstabes richten, verpflichtet werden kann.<sup>37</sup> Ferner muss entscheidend darauf abgestellt werden, dass die Kontrolle durch die Aufsicht derartig ausgestaltet ist, dass sie sich bezüglich wichtiger geschäftspolitischer Entscheidungsprozesse auch durchsetzen könnte. Dabei ist die Bestimmung nicht quantitativ, sondern qualitativ vorzunehmen.<sup>38</sup> Die Rechtsaufsicht bezüglich der Kammern umfasst die Kontrolle der Aufgabenerfüllung im Einklang mit dem geltenden Recht. Die Aufgaben jeder einzelnen Kammer sind wiederum klar gesetzlich definiert.<sup>39</sup> Mit dieser general-klauselartigen Formulierung sind in jedem Fall auch die bedeutenden Entscheidungsprozesse der Kammer umfasst. Die Aufsicht über Vergabeentscheidungen betrifft zudem auch kein Geschäftsfeld, bei dem die Rechtsaufsicht aus selbstverwaltungsimmanenten Gründen auf ein Mindestmaß beschränkt sein muss.<sup>40</sup> Daher kann auch von einer wirksamen Beherrschung durch die umfassende Rechtsaufsicht ausgegangen werden. Daneben spricht auch die tatsächliche Ausübung der Rechtsaufsicht im spezifischen Fall für diese Auslegung des § 98 Nr. 2 GWB. Die Rechtsaufsicht wird gerade dann ausgeübt, wenn zwischen der Vergabestelle und der Aufsichtsbehörde eine unterschiedliche Einschätzung bezüglich der

Rechtmäßigkeit der Aufgabenwahrnehmung durch die Kammer besteht. Dabei ermöglicht die Einschätzungsprärogative der aufsichtsführenden Stelle die Einflussnahme auf die Handlungen der Kammer, bis eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit dieser getroffen wurde,<sup>41</sup> und steht damit der Fachaufsicht bezüglich kritischer Entscheidungen – wenn auch nur repressiv – nahezu gleich.<sup>42</sup> Aus diesem Grund ist es nur konsequent, die Rechtsaufsicht ebenso wie die Fachaufsicht als Aufsicht iSd § 98 Nr. 2 GWB zu verstehen. Demnach reicht die Rechtsaufsicht des Staates über die Kammern aus, um das Kriterium der Aufsicht iSd § 98 Nr. 2 GWB zu erfüllen, da so deren vergaberechtliche Entscheidungen mittels einer Rechtmäßigkeitskontrolle inhaltlich beeinflusst werden können.

Überdies ist anzuführen, dass über eine Mehrzahl von Kammern nicht ausschließlich eine Rechtsaufsicht besteht,<sup>43</sup> sondern diese bezüglich genuiner staatlicher Aufgaben, die den Kammern regelmäßig übertragen werden, auch der Fachaufsicht unterliegen.<sup>44</sup> Somit kann für diese Kammern kaum ein Fall der reinen Rechtsaufsicht im Sinne der oben dargestellten anderen Auffassung vorliegen. Mit hin muss eine Aufsicht über die Leitung der Kammern durch einen öffentlichen Auftraggeber – nämlich das jeweils zuständige Ministerium – angenommen werden.<sup>45</sup>

Folglich ist die besondere Staatsnähe iSd § 98 Nr. 2 GWB sowohl durch die Aufsicht über die Leitung, als auch aufgrund der Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber zu bejahen.<sup>46</sup>

## 6. *Europarechtliche Bezüge*

Des Weiteren muss, da das deutsche Vergaberecht auf die Umsetzung mehrerer europäischer Richtlinien zurückzuführen ist,<sup>47</sup> das Europarecht bei der Frage nach der Stellung der Kammern als öffentlicher Auftraggeber berücksichtigt werden. Aus Anhang III der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG<sup>48</sup> ergibt sich eine besondere Indizwirkung, für

die Einordnung der Kammern als öffentliche Auftraggeber. In diesem sind alle Einrichtungen aufgelistet, die zumindest bei Erlass der Richtlinie, als öffentlicher Auftraggeber in dem jeweiligen Mitgliedsstaat anzusehen waren.<sup>49</sup> In Nr. 1.1 sind dort sowohl die Berufskammern als auch die Wirtschaftskammern als öffentliche Auftraggeber genannt.<sup>50</sup>

Darüber hinaus vertritt der EuGH grundsätzlich eine weite Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers, um einen möglichst ausgedehnten Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien zu gewährleisten.<sup>51</sup>

## 7. *Ergebnis*

Die Kammern erfüllen alle Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB, und sind somit öffentliche Auftraggeber. Dieses Ergebnis steht zudem auch im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben für das Vergaberecht. Oberhalb des Schwellenwertes sind die Kammern daher bei der Auftragsvergabe an das Vergaberecht gebunden.

### II. **Unterhalb des Schwellenwertes**

Unterhalb des Schwellenwertes richtet sich das Vergaberecht nach dem Haushaltsrecht. Nach diesem richtet sich auch der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, der abermals die Eigenschaft darstellt, nach der sich die Bindung der Kammern an das Vergaberecht bestimmt.<sup>52</sup> Die zentralen Normen für die Vergabe im Haushaltsrecht sind dabei § 55 BHO/ § 55 LHO.<sup>53</sup> Diese beinhalten das grundsätzliche Erfordernis einer Ausschreibung vor dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen, sind jedoch direkt nur für die jeweilige Gebietskörperschaft, also den Bund oder das Land, anwendbar. Für bundes- und landesunmittelbaren juristische Personen des öffentlichen Rechts bestimmen die § 105 I BHO und § 105 I LHO allerdings eine entsprechende Anwendung der vorgenannten Normen.

Juristische Personen iSd § 105 I BHO sind Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,<sup>54</sup> die ihre eigenständige

Rechtsfähigkeit im Sinne des öffentlichen Rechts durch Gesetz oder durch einen Staatsakt aufgrund eines Gesetzes erhalten.<sup>55</sup> Die Kammern als Selbstverwaltungskörperschaften sind eben solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts, deren Rechtsfähigkeit durch Gesetz, z.B. § 3 I IHKG; § 4 I, II WiPrO begründet wurde. Bundesunmittelbarkeit liegt vor, wenn der betreffende Rechtsträger unmittelbar dem Bund und nicht einem Bundesland untersteht, wobei sich dies aus einem Mindestmaß an Aufsichtsrechten ergibt.<sup>56</sup> Schon das Bestehen einer Rechtsaufsicht, die bei den Kammern, wie bereits erörtert, gegeben ist,<sup>57</sup> genügt für die Feststellung der mit den Aufsichtsrechten verbundenen Bundesunmittelbarkeit.<sup>58</sup> Diese Ausführungen lassen sich ebenso auf die landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts nach § 105 I BHO der jeweiligen Landeshaushaltsordnung übertragen. Somit sind die Kammern bundes- bzw. landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts,<sup>59</sup> und daher im Unterschwellenbereich ebenfalls an die – wenn auch nur spärlich vorhandenen – Regelungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge wie die Ausschreibungspflicht gebunden.<sup>60</sup>

Darüber hinaus sind die Kammern auch Grundrechtsverpflichtete,<sup>61</sup> weshalb sie dem potentiellen Auftragnehmer gegenüber besonders unter Gleichbehandlungs- und Berufsfreiheitsaspekten (Art. 3 I GG sowie Art. 12 I GG) im Vergabeverfahren verpflichtet sind.

### III. Fazit

Die Kammern sind im Unterschwellenbereich als öffentliche Auftraggeber zu definieren und somit an die dort geltenden Vergabegrundsätze gebunden. Oberhalb des Schwellenwertes bestehen einige Auslegungsschwierigkeiten bezüglich der Anforderungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs iSd § 98 Nr. 2 GWB. Besonders bei dem Kriterium der besonderen Staatsnähe besteht Uneinigkeit insoweit, ob dieses durch die Rechtsaufsicht, bzw. eine mittelbare Finanzierung durch Beiträge von Privaten erfüllt werden kann. Selbst wenn man

bei einem der diskutierten Merkmale einer anderen Auslegung folgt, so ist im Ergebnis trotzdem von einer staatlichen Beherrschung der Kammern auszugehen, handelt es sich dabei einerseits doch um streng voneinander zu trennende Tatbestandsalternativen, und sprechen andererseits die besseren Argumente für das jeweilige Bestehen einer besonderen Staatsnähe. Daher sind Kammern als öffentliche Auftraggeber iSd § 98 Nr. 2 GWB zu verstehen. Folglich sind diese auch oberhalb des Schwellenwertes an das Vergaberecht gebunden.

Darüber hinaus verspricht ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren im Sinne des Vergaberechts, dass die Vergabestelle auch wirklich den nach anerkannten Kriterien bestgeeignetsten Bieter bezuschlagt.<sup>62</sup> Somit hat die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber für die Kammern nicht nur den Nachteil eines aufwendigeren Verfahrens, sondern beinhaltet auch eine Reihe positiver Aspekte, die diesen überwiegen können.

- <sup>1</sup> Zur Entwicklung des Vergaberechts: *Noch*, Vergaberecht kompakt, S.1ff.
- <sup>2</sup> Pressemitteilung der IHK zu Schwerin vom 30.07.2008, abrufbar unter: [http://www.ihkzuschwerin.de/ihksn/Presse/Daten/2008/07/pm08\\_p30.html](http://www.ihkzuschwerin.de/ihksn/Presse/Daten/2008/07/pm08_p30.html) (15.01.2009), wobei sich das gesamte Auftragsvolumen für den Neubau auf ca. 14 Mio. Euro belaufen wird.
- <sup>3</sup> Die genauen Schwellenwerte ergeben sich aus der VO 1422/2007 und betragen beispielsweise für Bauaufträge 5.150.000 Euro und für Liefer- und Dienstleistungsaufträge in der Regel 206.000 Euro.
- <sup>4</sup> § 98 Nr. 2 GWB: „Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind [...] andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das Gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt“.
- <sup>5</sup> Siehe z.B.: § 62 I BRAO; § 1 S. 2 HeilBerG NRW.
- <sup>6</sup> *Marx* in: Beck'scher VOB-Komm., A § 98 GWB, Rn. 14; *Freitag*, Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, in: Aktuelle Probleme des Vergaberechts, Speyerer Arbeitsheft Nr. 161, S. 44.
- <sup>7</sup> *VK Mecklenburg-Vorpommern*, B. v. 08.05.2007, Az.: 3 VK 4/07; *Weyand*, Vergaberecht, § 98 GWB, 7.4.5.2 (bei ibr-online: <http://www.ibr-online.de/IBRKommentare/index.php?SessionID=d5d3b805abd67439f623c480c82d2f7d&zg=0&Textnr=3>, (12.12.2008)).
- <sup>8</sup> Diese Serviceleistungen werden z.B. für die IHKn aus dem Auftrag zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft gem. § 1 I IHKG abgeleitet werden, siehe dazu: *Kannengießer*, Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung der Industrie- und Handelskammern, WiVerw 1998, S. 182ff..
- <sup>9</sup> Z.B. gem. § 57 II Nr. 4 WiPrO.
- <sup>10</sup> So auch: *Heusch*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, Abschnitt M, Rn. 27.
- <sup>11</sup> *EuGH*, „Ente Fiera“, Urt. v. 10.05.2001, verb. Rs. C-223/99 u. C-223/99, NZBau 2001, S. 403, 405; *Freitag*, in: Aktuelle Probleme des Vergaberechts, Speyerer Arbeitsheft Nr. 161, S. 46f. (m.w.N.).
- <sup>12</sup> *BVerfGE* 38, 281, 299; *Marx/Prieß*, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 20; ähnlich auch: *Heise*, Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im neuen Vergaberecht, LKV 1999, S. 210, 211.
- <sup>13</sup> Auch bejaht wurde das Handeln im Allgemeininteresse der Zahnärztekammer in: *VK Schleswig-Holstein*, B. v. 31.05.2005, Az.: VK-SH 9/05, der Handwerkskammer in: *VK Nordbayern*, B. v. 23.01.2003, Az.: 320.VK-3194-47/02, siehe zudem allgemein: *Marx*, in: Beck'scher VOB-Komm., A § 98 GWB, Rn. 27.
- <sup>14</sup> *Stickler*, in: Reidet/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar, § 98, Rn. 17b; *Heise*, LKV 1999, S. 210, 211.
- <sup>15</sup> Diese gesetzlich festgelegten Aufgaben, und die sich jeweils daraus ergebende Verbandskompetenz determinieren gar die gesamte wirtschaftliche Betätigung der Kammern, welche primär im Dienstleistungsbereich liegt. Siehe dazu ausführlich: *Kluth*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, Abschnitt I, Rn. 12ff..
- <sup>16</sup> *EuGH*, „Gemeente Arnhem“, Urt. v. 10.11.1998, Rs. C-360/96; *Marx*, in: Beck'scher VOB-Komm., A § 98 GWB, Rn. 15.
- <sup>17</sup> *VK Mecklenburg-Vorpommern*, B. v. 08.05.2007, Az.: 3 VK 4/07; *Weyand*, Vergaberecht, § 98 GWB, 7.4.5.2 (bei ibr-online, aaO ). Hinsichtlich der Konkurrenz besonders zu eigenen Mitgliedsunternehmen siehe auch: *Kluth*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, Abschnitt B, Rn. 207.
- <sup>18</sup> Bezüglich solcher Dienstleistungen, die ausschließlich durch Gebühren oder Entgelte finanziert werden, muss jedoch von einem freien Wettbewerb ausgegangen werden, zumal eine Preisunterbietung durch den Einsatz von Mitteln einer Kammer, die dieser zur Erfüllung eines anderen öffentlichen Zwecks zugeflossen sind, von vornherein wettbewerbswidrig wäre. *Kannengießer*, WiVerw 1998, S. 182, 198. Diese Angebote sind jedoch nicht dermaßen wesentlich für die Kammeraktivitäten, dass sie die Nichtgewerblichkeit der Aufgabenerfüllung entfallen lassen können.
- <sup>19</sup> *VK Schleswig-Holstein*, B. v. 31.05.2005, Az.: VK-SH 9/05; *VK Nordbayern*, B. v. 23.01.2003, Az.: 320.VK-3194-47/02. Zum Gründungszweck der Kammern am Beispiel der Handelskammer: *Hendler*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, Abschnitt A, Rn. 10.
- <sup>20</sup> *EuGH*, „Universale-Bau AG“, Urt. v. 12.12.2002, Rs. C-470/99, NZBau 2003, S. 162, 165.
- <sup>21</sup> Nach § 98 Nr.1 GWB werden Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen und nach Nr. 3 Verbände, deren Mitglieder unter § 98 Nr. 1 oder 2 GWB fallen als öffentliche Auftraggeber erfasst.
- <sup>22</sup> *Eschenbruch*, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 98 GWB, Rn. 63; *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 106.
- <sup>23</sup> *EuGH*, „University of Cambridge“, Urt. v. 03.10.2000, Rs. C-380/98, NZBau 2001, 218, 220; *Freitag*, in: Aktuelle Probleme des Vergaberechts, Speyerer Arbeitsheft Nr. 161, S. 51.
- <sup>24</sup> Siehe zu alledem: *Weyand*, Vergaberecht, Rn. 882. Siehe auch: *BT-Drs.* 12/4636, worin die Einordnung als staatliche Finanzierung mittels Beiträgen der Rundfunkempfänger bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausdrücklich abgelehnt wurde. Speziell bezogen auf Kammern auch: *VK Mecklenburg-Vorpommern*, B. v. 08.05.2007, Az.: 3 VK 4/07.
- <sup>25</sup> Anders wäre dies nur, würden ausschließlich sonstige öffentliche Auftraggeber zur Entrichtung der Zwangsabgabe verpflichtet. So: *Dreher*, Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht – Der Auftraggeberbegriff vor dem Hintergrund von Selbstverwaltung, Rechtsaufsicht und Finanzierung durch Zwangsbeiträge, NZBau 2005, S. 297, 302; *Eschenbruch/Hunger*, Selbstverwaltungskörperschaften als öffentliche Auftraggeber – Unterliegen Selbstverwaltungsinstitutionen der Freiberufler wie Rechtsanwalts- und Ärztekammern und deren Versorgungseinrichtungen dem Kartellvergaberecht?, NZBau 2003, S. 471, 475 (bei Fn. 28), wobei hauptsächlich über den Wortlaut Art. 1 Abs. 9, 2. Unterabsatz, lit. c), 1. Alternative der Richtlinie 2004/18/EG argumentiert wird.
- <sup>26</sup> *VK Bund*, B. v. 09.05.2007, Az.: VK 1-26/07; *Weyand*, Vergaberecht, Rn. 883; *Hailbronner*, Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge, EWS 1995, 285, 290.
- <sup>27</sup> *OLG Düsseldorf*, B. v. 21.07.2006, Az.: Verg 13/06; *Boesen*, Vergaberecht, § 98, Rn. 98; *Marx* in: Beck'scher VOB-Komm., A § 98, Rn. 34; *Korthals*, Sind öffentliche Rundfunkanstalten öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts?, NZBau 2006, S. 215, 218f..
- <sup>28</sup> *EuGH*, „öffentliche Rundfunkanstalten“, Urt. v. 13.12.2007, Rs. C-337/06, zur Auslegung des Art. 1 Buchst. b Abs. 2 dritter Gedankenstrich 1. Alt. der Richtlinie 92/50 („Finanzierung durch den Staat“).

- <sup>29</sup> *EuGH*, „University of Cambridge“, Urt. v. 03.10.2000, Rs. C-380/98; *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 106.
- <sup>30</sup> *BVerwG*, Urt. v. 21.07.1998, Rs. 1 C 32/97 hat dazu exemplarisch ausgeführt, dass die Beiträge der Kammermitglieder allgemein „der Abgeltung der durch die Mitgliedschaft entstehenden Vorteile“ dienen, und als Beiträge im Rechtssinn der Deckung der Kosten der Kammer zufließen. Der Vorteil, den die Mitglieder aus ihrer Kammerzugehörigkeit ziehen, besteht insbesondere darin, „dass die Kammer ihre gesetzlichen Aufgaben erfüllt.“ „Dass sich der Nutzen dieser Tätigkeit bei dem einzelnen Mitglied in einem unmittelbaren wirtschaftlichen (finanziellen) Vorteil messbar niederschlägt“, sei nicht erforderlich. Insofern kann bei den Kammern zwar schon von einer Gegenleistung für die Beiträge ausgegangen werden, welche aber nicht auf eine spezifische Gegenleistung konkretisiert ist, so dass diese der „Finanzierung“ nicht entgegenstehen kann.
- <sup>31</sup> Siehe im Allgemeinen zum Objekt der Staatsaufsicht: *Kahl*, Die Staatsaufsicht, S. 31; *Andrick*, Grundlagen der Staatsaufsicht über die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, JA 1987, S. 546f..
- <sup>32</sup> So ist z.B. nach § 115 I HwO die oberste Landesbehörde, die die Staatsaufsicht über die Handwerkskammer führt, darauf beschränkt, soweit nichts anderes bestimmt ist, zu kontrollieren, dass Gesetz und Satzung beachtet, insbesondere die den Handwerkskammern übertragenen Aufgaben erfüllt werden (Rechtsaufsicht). Die Zahnärztekammer NRW z.B. unterliegt daneben nach § 9 III HeilbG NRW partiell der Kontrolle der Handhabung des Ermessens bei Aufgaben des übertragenen Wirkungsbereichs (Fachaufsicht) des für Strahlenschutz zuständigen Ministeriums. Vgl. zur Staatsaufsicht über Kammern auch: *Möstl*, Grundsätze und aktuelle Rechtsfragen der Staatsaufsicht über Kammern, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2006, S. 33, 36ff.; *Heusch*, in: Kluth (Hrsg.) Handbuch des Kammerrechts, Abschnitt M, Rn. 19ff..
- <sup>33</sup> *BayObLG*, NZBau 2003, S. 348, 349; *Marx*, in: Beck'scher VOB-Komm., A § 98 GWB, Rn. 11; *Eschenbruch*, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 98, Rn. 65. Vgl. ebenfalls auch: *EuGH*, „Adolf Truley“, Urt. v. 27.02.2003, Rs. C-373/00, NZBau 2003, S. 287, 292.
- <sup>34</sup> *Dietlein*, Der Begriff des „funktionalen“ Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB, NZBau 2002, S. 136, 141; *Dreher*, NZBau 2005, S. 297, 299f..
- <sup>35</sup> *Eschenbruch*, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 98, Rn. 65; *Dietlein*, NZBau 2002, S. 136, 141.
- <sup>36</sup> *VK Nordbayern*, B. v. 23.01.2003, Az.: 320.VK-3194-47/02; *Marx/Prieß* in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, S. 19.
- <sup>37</sup> *Kluth*, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2007, Verfassungs- und europarechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung der staatlichen Aufsicht bei der Übertragung der Aufgabe einer einheitlichen Stelle auf die Industrie- und Handelskammern, S. 122, 141.
- <sup>38</sup> So auch: *Eschenbruch*, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 98 GWB, Rn. 65.
- <sup>39</sup> Als Beispiel soll hier die Zahnärztekammer NRW dienen. § 28 I S. 2 HeilbG NRW bestimmt eine allgemeine Körperschaftsaufsicht iSd § 20 I Landesorganisationsgesetz, welche danach die Aufsicht der Aufgabenerfüllung im Einklang mit dem geltenden Recht darstellt. Die konkreten Aufgaben sind in einem Katalog in § 6 I HeilbG NRW aufgelistet.
- <sup>40</sup> Anders wäre dies bspw. bei der Ausübung der Interessenvertretung des Berufsstandes, die regelmäßig gegenüber dem Staat stattfindet, weshalb der Rechtsaufsicht hier strikte Grenzen gesetzt sein müssen. Siehe dazu: *Heusch*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, Abschnitt M, Rn. 26.
- <sup>41</sup> *Freitag*, in: Aktuelle Probleme des Vergaberechts, Speyerer Arbeitsheft Nr. 161, S. 53f. (m.w.N.).
- <sup>42</sup> Auch wenn die Fachaufsicht solche Problemfälle direkt mittels Ausübung ihres Weisungsrechtes regelt, so ist das Ergebnis in Form des Eingriffs in die Geschäfte der Institution doch gleich.
- <sup>43</sup> Besonders die Handwerkskammern (§ 124b S. 2 HwO), die Landwirtschaftskammern und einige Heilberufskammern unterliegen insoweit einer darüber hinausgehenden Fachaufsicht. Das IHKG lässt jedoch für die IHKn keine auch nur punktuelle Fachaufsicht zu. *Kluth*, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2007, S. 122, 123 (bei Fn. 1).
- <sup>44</sup> Siehe zur Fachaufsicht über Kammern: *Möstl*, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2006, S. 40ff.; *Heusch*, in: Kluth (Hrsg.) Handbuch des Kammerrechts, Abschnitt M, Rn. 28.
- <sup>45</sup> So im Ergebnis auch zweifelsfrei: *Pietzcker*, in: Beck'scher VOB-Komm., A Syst II, Rn. 70, auch wenn die staatliche Einflussnahme nicht sehr intensiv erscheint.
- <sup>46</sup> Neben den ausdrücklich vom GWB aufgestellten Kriterien kann eine besondere Staatsnähe besonders auch aufgrund der organisationsrechtlichen Zuordnung der Kammern zum Staat, die sich im Grundgesetz (Art. 86 S.1 GG) und besonders im Landesverfassungsrecht widerspiegelt, angenommen werden. Siehe zu dieser verfassungsrechtlichen Verankerung: *Kluth*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, Abschnitt C, Rn. 11ff..
- <sup>47</sup> Zu den EG-Vergaberichtlinien siehe: *Boesen*, Vergaberecht, Einl. Rn. 41ff..
- <sup>48</sup> Vormals Anhang I der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG.
- <sup>49</sup> *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 102f.; noch zur BKR: *Marx*, in: Beck'scher VOB-Komm., A § 98 GWB, Rn. 8.
- <sup>50</sup> Aufgezählt sind unter berufsständischen Vereinigungen die Rechtsanwalts-, Notar-, Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer-, Architekten-, Ärzte- und Apothekerkammern und als Wirtschaftsvereinigungen die Landwirtschafts-, Handwerks- und Industrie- und Handelskammern. Somit fehlt in dieser Auflistung lediglich die Ingenieurkammer, wobei es sich aufgrund der Berücksichtigung der mit dieser vergleichbaren Architektenkammer nur um ein redaktionelles Versehen handeln kann.
- <sup>51</sup> So zum Beispiel in: *EuGH*, „Adolf Truley“, Urt. v. 27.02.2003, Rs. C-373/00. Siehe dazu auch: *Weyand*, Vergaberecht, Rn. 864.
- <sup>52</sup> Siehe zum Vergaberecht unterhalb des Schwellenwertes im Allgemeinen: *Heuvels*, Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2005, 570ff.; *Wollenschläger*, Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388ff..
- <sup>53</sup> Wobei die Regelungen aller Bundesländer in § 55 I LHO identisch sind.
- <sup>54</sup> Wie es unter anderem § 105 I LHO RPF auch legaldefiniert.
- <sup>55</sup> *Eibelshäuser/Wallis*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 105 BHO, Rn. 2.
- <sup>56</sup> *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 105 BHO, Rn. 1. Es kann somit keinesfalls darauf geschlossen werden, dass eine Selbstverwaltungskörperschaft, die einen Teil der mittelbaren Staatsverwaltung darstellt, nicht bundesunmittelbar sei.
- <sup>57</sup> Siehe Punkt I. 5. b).
- <sup>58</sup> *Eibelshäuser/Wallis*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 105 BHO, Rn. 3; *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 105 BHO, Rn. 1.



- <sup>59</sup> So auch ausdrücklich: *Eibelshäuser/Wallis*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 105 BHO, S. 9; *Puhl*, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, S. 87; *Kilian*, Nebenhaushalte des Bundes, S. 192.
- <sup>60</sup> Der § 105 I BHO sowie der § 105 der jeweiligen LHO erklären noch eine Ausnahmemöglichkeit von der Anwendbarkeit der Vorschriften des Haushaltsrechts für die juristischen Personen, wenn für diese durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes etwas anderes bestimmt ist. Eine solche Ausnahmeregelung könnte in den Kammergesetzen bzw. dem Satzungsrecht der Kammern liegen; siehe dazu: *Rieger*, Die Besonderheiten des Haushaltsrechts der Industrie- und Handelskammern und deren Bedeutung für die Rechnungslegung und Rechnungshofkontrolle, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2005, S. 112, 118ff.; *Kluth*, Rechnungslegung, Rechnungsprüfung und Rechnungshofkontrolle der Kammern, WiVerw 2006, S. 227, 231ff.. Wenn dort keine Aussage zum Haushaltsrecht getroffen wird, gelten die oben genannten Vorschriften. Meist erklären diese jedoch die Geltung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (so z.B. in § 3 II S. 2 IHKG, sowie in den bestehenden Haushalts- und Kassenordnungen der Kammern), allerdings ohne explizit Bezug zunehmen auf die spezielle Ausgestaltung dieses Grundsatzes in der Ausschreibungspflicht von Aufträgen iSd § 55 I BHO/ § 55 I LHO. Dazu: *Rahm*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 55 BHO, Rn. 1. In solchen Fällen ist eine ergänzende Anwendung des allgemeinen Haushaltsrechts möglich und ein Heranziehen dessen zur Auslegung der spezialgesetzlichen Vorschrift geboten, da die Normen jeweils auf demselben Grundsatz basieren. Ebenso: *Wirtz*, Das Haushaltsrecht der Kammern, S. 111ff. (mit weitergehenden Ausführungen); *Rieger*, aaO, S. 122.
- <sup>61</sup> *Schöbener*, in: Kluth (Hrsg.), Handbuch des Kammerrechts, Abschnitt L, Rn. 15.
- <sup>62</sup> *Grüntzel/Rahm*, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 55, Rn. 14, (m.w.N.) stellen ebenso fest, dass die Beschaffung „ohne Ausschreibung und Wettbewerb vielfach erheblich teurer als bei Ausschreibungen mit entsprechendem Wettbewerb“ ist.