



I. Hintergrund

Der EuGH hat den Kreis der öffentlichen Auftraggeber in den letzten Jahren ständig erweitert. Seit seinem Urteil in Sachen „Bayerischer Rundfunk“ vom 13.12.2007 (C-337/06) unterliegen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als „funktionale“ öffentliche Auftraggeber dem Kartellvergaberecht. Seit seinem Urteil in Sachen „Oymanns“ vom 11.06.2009 (C-300/07) tun dies auch Gesetzliche Krankenkassen. In beiden Fällen war fraglich, ob eine – die öffentliche Auftraggebereigenschaft begründende – überwiegende „staatliche“ Finanzierung vorliegt, obwohl die betreffenden Einrichtungen ihre Tätigkeiten im Fall der Rundfunkanstalten überwiegend durch die Rundfunkgebühren bzw. im Fall der Gesetzlichen Krankenkassen durch die Pflichtbeiträge der Versicherten finanzierten, also letztlich durch die Zahlungen privater Dritter. Der EuGH hat dies bejaht. Entscheidend für die Bejahung der „staatlichen“ Finanzierung war letztlich die Tatsache, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Rundfunkgebühren bzw. der Versicherungsbeiträge auf einem staatlichen Akt beruht, nämlich im Fall der Rundfunkgebühren auf dem Rundfunkstaatsvertrag und im Fall der Versicherungsbeiträge auf den gesetzlichen Regelungen über die Beitragspflichten in §§ 20 ff. SGB IV.

Nunmehr steht die öffentliche Auftraggebereigenschaft berufsständischer Vereinigungen auf dem Prüfstand. Das OLG Düsseldorf hatte mit Vorlagebeschluss vom 05.10.2011 dem EuGH die Frage vorgelegt, ob auch die Beitragsfinanzierung einer Ärztekammer eine „staatliche“ Finanzierung darstellt. Die Entscheidung des EuGH wird mit Spannung erwartet. Mit ihr steht und fällt nicht nur die öffentliche Auftraggebereigenschaft von Ärztekammern sondern möglicherweise auch die öffentliche Auftraggebereigenschaft anderer berufsständischer Vereinigungen wie insbesondere der Rechtsanwalts-, Notar-, Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer-, Architekten- und Apothekerkammern.

II. Der Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf

Dem Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf vom 05.10.2011 lag eine Ausschreibung der Ärztekammer Westfalen-Lippe für den Druck und den Versand ihres Mitteilungsblattes sowie für die Anzeigenakquise und den Abonnentenverkauf zugrunde. Die Vergabekammer Münster hatte die öffentliche Auftraggebereigenschaft der Ärztekammer unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Oymanns“ bejaht (Beschl. v. 08.04.2011, VK 1/11). Die VK Münster folgte damit einer in der vergaberechtlichen Literatur durchaus weit verbreiteten Auffassung, wonach öffentlich-rechtliche Berufsverbände, denen durch das Gesetz ein Beitragserhebungsrecht bei ihren Mitgliedern eingeräumt wurde, (mittelbar) „staatlich“ finanziert seien.

Das OLG Düsseldorf sah dieses Ergebnis allerdings als in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht abschließend geklärt an. Die gesetzliche Begründung eines Beitragserhebungsrechtes reiche unter Umständen für die Annahme einer „staatlichen“ Finanzierung nicht aus. Der EuGH hätte die „staatliche“ Finanzierung in der Vergangenheit nur bejaht, wenn der Staat wie bei den Rundfunkgebühren den Beitrag nicht nur dem Grunde nach sondern auch der Höhe nach festgelegt hatte (Urt. v. 13.12.2007 i.S. „Bayerischer Rundfunk“, C-337/06) oder

wie bei den Versicherungsbeiträgen die Höhe der Beiträge durch genaue Beschreibung der von der Krankenkasse zu erbringenden Leistungen sowie durch Vorschriften über die Beitragsbemessung zumindest derart maßgeblich beeinflusste, dass die in Frage stehende Einrichtung bei der Festsetzung der Höhe der Beiträge nur noch geringen Spielraum hatte (Urt. v. 11.06.2009 i.S. „Oymanns“, C-300/07). Diese Voraussetzungen seien bei der Ärztekammer nicht gegeben. Tatsächlich hat die Ärztekammer zwar die durch § 6 Abs. 4 S. 1 HeilBerG NRW gesetzlich eingeräumte Befugnis, bei ihren Mitgliedern Beiträge zu erheben. Die Höhe des Beitrages ist durch Gesetz aber nicht festgelegt. Die Beitragshöhe wird stattdessen von der Kammerversammlung in der Beitragsordnung festgelegt. Anders als bei Gesetzlichen Krankenkassen ist der Aufgabenkatalog der Ärztekammer nach Umfang und Art der Aufgabenerfüllung auch nicht derart gesetzlich vorgegeben, dass die Festsetzung der Beitragshöhe nur noch in einem engen Rahmen stattfindet. Die Ärztekammer kann stattdessen weitgehend selbst bestimmen, mit welchem Aufwand sie ihre Aufgaben betreibt. Auch die für die Beitragsordnung vorgesehene Genehmigung der Aufsichtsbehörde soll lediglich eine ausgeglichene Haushaltsführung sicherstellen und vermittelt keine staatliche Präjudizierung der Beitragshöhe.

Folgerichtig legte das OLG Düsseldorf dem EuGH die Frage vor, ob eine Einrichtung des öffentlichen Rechts überwiegend „staatlich“ finanziert sei, wenn ihr durch Gesetz die Befugnis zur Beitragserhebung bei ihren Mitgliedern eingeräumt werde, das Gesetz aber weder die Höhe der Beiträge noch die mit den Beiträgen zu finanzierenden Leistungen dem Umfang nach festsetze, die Gebührenordnung der Einrichtung aber der Genehmigung durch den Staat bedürfe.

III. Die Schlussanträge des Generalanwaltes

Mit seinen Schlussanträgen vom 30.01.2013 schlägt der Generalanwalt Paolo Mengozzi dem EuGH vor, die überwiegende „staatliche“ Finanzierung für Einrichtungen wie der Ärztekammer Westfalen-Lippe zu verneinen (Rs. C-526/11). Dabei ist wenig überraschend, dass der Generalanwalt der Nennung der deutschen Ärztekammern (und der übrigen berufsständischen Vereinigungen) in dem Anhang III der Vergabekoordinierungsrichtlinie keine für die öffentliche Auftraggebereigenschaft konstitutive Bedeutung zumisst. Insoweit hat der EuGH bereits entschieden, dass der Nennung einer Einrichtung in diesem Anhang lediglich die Bedeutung einer widerleglichen Vermutung zukommt. Bemerkenswert ist aber, dass der Generalanwalt sich mit seiner Empfehlung klar gegen die Auffassung der Europäischen Kommission stellt. Diese hatte sich in der mündlichen Verhandlung auf die These gestützt, zur Erfüllung des Kriteriums der „staatlichen“ Finanzierung reiche bereits eine einfache „Nähebeziehung“ zum Staat aus. Diese These der Europäischen Kommission wiederum stimmt allerdings nicht mit der Rechtsprechung des EuGH überein. Der Generalanwalt stellt insoweit zu Recht klar, dass der EuGH insbesondere auch in Fällen der „staatlichen“ Finanzierung für die Bejahung der öffentlichen Auftraggebereigenschaft nicht auf eine einfache „Nähebeziehung“ abstelle sondern stets eine „enge“ Verbindung zwischen der fraglichen Einrichtung und dem Staat gefordert hat (vgl. nur Urt. v. 03.10.2000 i.S. „University of Cambridge“).



Aus den Entscheidungen des EuGH i.S. „Bayerischer Rundfunk“ und „Oymanns“ leitet der Generalanwalt ab, dass sich der Gerichtshof zur Feststellung einer „staatlichen“ Finanzierung, die eine hinreichend „enge“ Verbindung schaffe, der Methode des „Bündels von Indizien“ bediene. Maßgebliche Indizien seien neben dem öffentlichen Ursprung der in Rede stehenden Einnahmequelle und dem Zwangscharakter der Beitragserhebung auch die Art und Weise der Festsetzung der Beiträge sowie gegebenenfalls auch Umfang und Intensität der Aufsicht hierüber sowie die hoheitlichen Befugnisse, welcher der in Rede stehenden Einrichtung zur Sicherstellung der Nutzung der Einnahmequelle zur Verfügung stünden.

Angesichts dieser Indizien liege eine solche „enge“ Verbindung der Ärztekammer zum Staat aber nicht vor. Zwar werde der Ärztekammer die Befugnis zur Beitragserhebung durch Gesetz eingeräumt, weshalb diese Einnahmequelle zweifelsfrei öffentlichen Ursprung habe. Anders als in den Fällen der Rundfunkanstalten und der Gesetzlichen Krankenkassen würden diese Beiträge aber nicht von Dritten (Versicherungspflichtigen und Verbrauchern) erhoben sondern ausschließlich von den Kammermitgliedern. Jedes Kammermitglied wiederum hätte zumindest einen mittelbaren Einfluss auf die Beitragshöhe, da die Höhe der Beiträge von der Kammerversammlung beschlossen würde. Anders als bei den Rundfunkgebühren und bei den Krankenversicherungsbeiträgen setzten im Fall der Ärztekammer damit nicht der Staat, sondern die Beitragspflichtigen selbst die Höhe der Beiträge fest. Schließlich seien die Aufgaben der Ärztekammer recht weit und vage definiert (z.B. Unterstützung des öffentlichen Gesundheitsdienstes, Abgabe von Stellungnahmen, Sicherstellung eines ärztlichen Notfalldienstes, berufliche Fortbildung der Kammermitglieder und Qualitätssicherung). Der Kammer verbleibe damit bei Umfang und Art und Weise der Aufgabenerfüllung ein so weiter Spielraum, dass die Beitragshöhe auch nicht faktisch durch staatlichen Akt festgelegt sei.

IV. Bewertung und Ausblick

Setzt sich die Auffassung des Generalanwaltes durch, so kommt die öffentliche Auftragbereiungerschaft berufsständischer Vereinigungen mangels überwiegender „staatlicher“ Finanzierung nur dann noch in Betracht, wenn eine staatliche Leitungsaufsicht über diese oder eine mehrheitlich staatliche Organbesetzung gegeben ist. Da für die staatliche Leitungsaufsicht nach der Rechtsprechung des EuGH eine bloß nachprüfende Kontrolle oder eine Rechtsaufsicht nicht ausreichend ist, sondern die Aufsicht es ermöglichen muss, die Entscheidungen in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen, wird dies oftmals nicht der Fall sein. Ob die weitgehende Befreiung der berufsständischen Vereinigungen vom Kartellvergaberecht mit Blick auf deren Nennung für Deutschland im Anhang III der Vergabekoordinierungsrichtlinie und mit Blick darauf, dass viele dieser Vereinigungen das Vergaberecht derzeit befolgen, eine glückliche Entscheidung wäre, kann bezweifelt werden.

Das letzte Wort hat nun der EuGH. Zwar weicht der EuGH statistisch in weniger als 20% aller Fälle von den Schlussanträgen des Generalanwaltes ab. Dennoch ist offen, wie der EuGH die Vorlagefrage entscheiden wird. Zwingend sind die Argumente des Generalanwaltes nicht. Der EuGH hat in seinen Entscheidungen

„Bayerischer Rundfunk“ und „Oymanns“ grundsätzlich anerkannt, dass eine überwiegender „staatliche“ Finanzierung auch dann vorliegt, wenn eine Einrichtung sich überwiegend durch Beiträge privater Dritter finanziert, die aufgrund eines staatlichen Aktes erhoben werden. Solange die Finanzierung berufsständischer Vereinigungen rein tatsächlich ganz überwiegend durch Mitgliedsbeiträge erfolgt, die aufgrund staatlichen Aktes oder Gesetzes erhoben werden, erscheint es für die Frage der überwiegender „staatlichen“ Finanzierung eher zweitrangig zu sein, wie hoch die einzelnen Mitgliedsbeiträge sind und von wem deren Höhe festgelegt wird.



Dr. Matthias Ulshöfer,
Rechtsanwalt und Partner,
OPPENLÄNDER Rechtsanwälte