

„Die Anwendung des Vergaberechts auf Parteien und Fraktionen“

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades „doctor iuris“

vorgelegt dem Rat der Fakultät Rechtswissenschaften der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Moritz Weirauch

geboren am 16.07.1984 in Essen

Erstgutachter:

Prof. Dr. Michael Brenner

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Zweitgutachterin:

Prof. Dr. Anika Klafki

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juniorprofessur (Tenure Track) für Öffentliches Recht, insbes. transnationales

Verwaltungsrecht

Tag der Verteidigung (Disputation):

21.07.2020

Literaturverzeichnis:

- Achterberg*, Norbert, Grundzüge des Parlamentsrechts, München 1971
- Arnim*, Hans Herbert von, Parteienfinanzierung: Zwischen Notwendigkeit und Missbrauch - Alte Probleme und neue Entwicklungen, NVwZ 2003, 1076
- Austermann*, Philipp/*Schmahl*, Stefanie (Hrsg.), Abgeordnetengesetz, Baden-Baden 2016
- Bachhof*, Otto, Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR 83 (1958), 208
- Badura*, Peter, Staatsrecht - Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 7. Auflage, München 2018
- Baudis*, Ricarda, Überblick zu den Rahmenbedingungen binnenmarktrelevanter Vergaben, VergabeR 2019, 589
- Baumann*, Diethelm, Die Vergaberechtsnovelle 2016, GWR 2016, 159
- Benda*, Ernst/*Maihofer*, Werner/*Vogel*, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Berlin 1994
- Boesen*, Arnold, Der Rechtsschutz des Bieters bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NJW 1997, 345
- Borchert*, Hartmut, Die Fraktion - eine eigenständige, demokratisch legitimierte Repräsentation im parteienstaatlichen parlamentarischen System, AöR 1977, 210
- Braun*, Werner/*Jantsch*, Monika/*Klante*, Elisabeth, Abgeordnetengesetz des Bundes unter Einschluß des Europaabgeordnetengesetzes und der Abgeordnetengesetze der Länder, Berlin 2002
- Braun*, Christian, Zivilrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2008, 160
- Brenner*, Michael, Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Deutschland, EuR, Beiheft 1/1996, 23
- ders.*, Reichweite und Grenzen des parlamentarischen Fragerechts, Baden-Baden 2009
- Burgi*, Martin, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aus der Hand des Bundesgesetzgebers?, NVwZ 2011, 1217
- ders.*, Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, 597
- ders.*, Vergaberecht – Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 2. Auflage, München 2018
- ders./Dreher*, Meinrad, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage, München 2017
- Busch*, Eckart/*Berger*, Frithjof (Hrsg.), Die parlamentarische Kontrolle - Institutionen und Funktionen des Deutschen Bundestages, Berglen 1989
- Byok*, Jan, Das neue Vergaberecht, NJW 1998, 2774
- ders.*, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – GWB 2009, NVwZ 2009, 551

ders./Jaeger, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht – Vergaberechtliche Vorschriften des GWB, 4. Auflage, Frankfurt a. M. 2018

Conrad, Sebastian, Vergaberechtlicher Rechtsschutz auf landesrechtlicher Grundlage, ZfBR 2016, 124

Degenhart, Christoph, Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht - Mit Bezügen zum Europarecht, 35. Auflage, Heidelberg 2019

Deling, Jasmin, Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“ und ihre Konsequenzen unterhalb der Schwellenwerte; Teil I: Die „Binnenmarktrelevanz“ im Unionsrecht – Auswirkungen auf die vergaberechtliche Praxis, NZBau 2011, 725

ders., Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“ und ihre Konsequenzen unterhalb der Schwellenwerte; Teil II: Handlungs- und Prüferfordernisse auf Grund der „Unterschwellenmitteilung“ sowie auf Grund richterrechtlicher Rechtsfortbildung für die vergaberechtliche Praxis, NZBau 2012, 17

Dellmann, Hansjörg, Fraktionsstatus als geschäftsordnungsmäßige Voraussetzung für die Ausübung parlamentarischer Rechte, DÖV 1976, 153

Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage, München 2017

Dicks, Heinz-Peter, Nochmals: Primärrechtsschutz bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2012, 531

Dietlein, Johannes, Der Begriff des „funktionalen“ Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB, NZBau 2002, 136

Dreher, Meinrad, Der Rechtsschutz bei Vergabeverstößen nach „Umsetzung“ der EG-Vergaberichtlinien, ZIP 1995, 186

ders., Die Neugestaltung des Vergaberechtsschutzes, NVwZ 1997, 343

ders., Das GWB als Magna Charta des Wettbewerbs oder als Einfallstor politischer Interessen, WuW 1997, 949

ders., Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, DB 1998, 2579

ders., Die Zukunft des untergesetzlichen Vergaberechts – Zur Neuordnung von Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen, NVwZ 1999, 1265

ders., Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2002, 419

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II, 3. Auflage, Tübingen 2015

Egger, Alexander, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008

Eiermann, Heinrich, Primärrechtsschutz gegen öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Ausschreibungen durch Vergabenachprüfungsverfahren – Teil 1, NZBau 2016, 13

ders., Primärrechtsschutz gegen öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Ausschreibungen durch Vergabenachprüfungsverfahren – Teil 2, NZBau 2016, 76

Emme, Nora/Schrotz, Jan-Oliver, Mehr Rechtsschutz bei Vergaben außerhalb des Kartellvergaberechts, NZBau 2012, 216

- Epping, Volker/Hillgruber, Christian, BeckOK Grundgesetz, 42. Edition, Werkstand: 01.12.2019, München 2019*
- Faber, Markus, Rechtsfragen zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW unter Berücksichtigung des verfassungs- und europarechtlichen Rahmens sowie des Rechtsschutzes, NWVBl. 2012, 255*
- Fischer, Annette, Abgeordnetendiäten und staatliche Fraktionsfinanzierung in den fünf neuen Bundesländern, Frankfurt a. M. 1995, zugl.: Speyer, Univ. Diss., 1994*
- Frank, Kirsten Michaela, Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Berlin 2000*
- Frenz, Walter, Unterschwellenvergaben, VergabeR 2018, 245*
- Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Band 2 (Werkstand: 2. Ergänzungslieferung Mai 2018), Band 3 (Werkstand: 4. Ergänzungslieferung Dezember 2018), Berlin 2000 ff.*
- Gabriel, Marc, Die Vergaberechtsreform 2009 und die Neufassung des vierten Teils des GWB, NJW 2009, 2011*
- ders., Der persönliche Anwendungsbereich des primären EG-Vergaberechts, VergabeR 2009, 7*
- ders./Krohn, Wolfram/Neun, Andreas (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage, München 2017*
- Germelmann, Claas Friedrich, Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen: Kernprobleme und Perspektiven sozialer Sekundärziele im Vergaberecht, GewArch 2016, 60*
- Gerner, Thomas, Die neue EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe im Bereich sozialer Dienstleistungen und deren Umsetzung in nationales Recht, NZS 2016, 492*
- Gröpl, Christoph, Staatsrecht I: Staatsgrundlagen, Staatsorganisation, 2. Auflage, München 2010*
- ders. (Hrsg.), Bundshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnung (BHO/LHO) - Staatliches Haushaltsrecht, München 2011*
- Hagelstein, Bilfried, Die Rechtsstellung der Fraktionen im Deutschen Parlamentswesen, Frankfurt a. M. 1992, zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1990*
- Handschuh, Ekkehard/Kremer, Klemens/Kretschmer, Gerald/Zeh, Wolfgang (Hrsg.), Wegweiser Parlament, Heidelberg 1986*
- Hauenschild, Wolf-Dieter, Wesen und Rechtsnatur der parlamentarischen Fraktionen, Berlin 1968, zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 1967*
- Heise, Gabriele, Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im neuen Vergaberecht, LKV 1999, 210*
- Henke, Wilhelm, Das Recht der politischen Parteien, 2. Auflage, Göttingen 1972, zugl.: Göttingen, Univ., Habil.-Schr.*
- Hertwig, Stefan, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe: Systematik, Verfahren, Rechtsschutz, 5. Auflage, München 2014*

- Heuvels*, Klaus, Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2005, 570
- ders.*, Mittelbare Staatsfinanzierung und Begriff des funktionalen Auftraggebers, NZBau 2008, 166
- Hientzsch*, Christina, Die politischen Parteien in der Insolvenz, NVwZ 2009, 1135
- Hölscheidt*, Sven, Das Recht der Parlamentsfraktionen, Rheinbreitbach 2001, zugl.: Kiel, Univ., Habil.-Schr., 2000
- Hömig*, Dieter/*Wolff*, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Handkommentar, 11. Auflage, Baden-Baden 2016
- Horstkotte*, Michael/Hünemörder, Olaf, Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, LKV 2015, 541
- Immenga*, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage, München 2014
- Ingenstau*, Heinz/*Korbion*, Hermann, hrsg. v. *Leupertz*, Stefan/*Wietersheim*, Mark von, VOB – Teile A und B – Kommentar, 20. Auflage, Köln 2017
- Ipsen*, Jörn (Hrsg.), Parteiengesetz (PartG) - Kommentar, 2. Auflage, München 2018
- ders.*, Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht, 30. Auflage, München 2018
- Ismayr*, Wolfgang, Der Deutsche Bundestag, Bonn 2013
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II - Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004
- ders./ders.* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Demokratie - Bundesorgane, 3. Auflage, Heidelberg 2005
- Jablonski*, Thomas, Von der Norm zur Wirklichkeit – Strategien zur Implementierung ökologischer und sozialer Aspekte am Beispiel der Freien Hansestadt Bremen, VergabeR 2012, 310
- Jarass*, Hans D./*Pieroth*, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Auflage, München 2018
- Kaiser*, Joseph H., Die Repräsentation organisierter Interessen, 2. Auflage, Berlin 1978, zugl.: Bonn, Univ., Habil.-Schr., 1954
- Kämmerer*, Jörn Axel, Staatsorganisationsrecht, 3. Auflage, München 2016
- Kersten*, Jens/*Rixen*, Stephan (Hrsg.), Parteiengesetz (PartG) und europäisches Parteienrecht - Kommentar, Stuttgart 2009
- Kim*, Bongcheol, Die Rechtsstellung fraktionsloser Volksvertreter - Gleichheit, Minderheitenschutz und Minderheitenrechte im Bundestag und Gemeinderat sowie Verbesserungsvorschläge zu den Minderheitenrechten der südkoreanischen Volksvertreter, Hamburg 2011, zugl.: Münster, Univ., Diss., 2010
- Kirchner*, Hildebert/*Böttcher*, Eike, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage, Berlin 2012

- Klein*, Franz (Hrsg.), Öffentliches Finanzrecht, 2. Auflage, Neuwied u. a. 1993
- Knauff*, Matthias, Die vergaberechtlichen Regelungen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes, NZBau 2005, 443
- ders./Badenhausen*, Elisabeth, Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, 395
- ders.*, Strukturfragen des neuen Vergaberechts, NZBau 2016, 195
- Koenig*, Christian/*Haratsch*, Andreas, Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts, NJW 2003, 2637
- Kratzenberg*, Rüdiger, Der Begriff des „Öffentlichen Auftraggebers“ und der Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, NZBau 2009, 103
- Krist*, Matthias, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte - Bestandsaufnahme und Ausblick, IBR 2011, 1003
- Krönke*, Christoph, Das neue Vergaberecht aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2016, 568
- Kulartz*, Hans-Peter/*Kus*, Alexander/*Portz*, Norbert/*Prieß*, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, Köln 2016
- Lausen*, Irene, Die Unterschwellenvergabeordnung – UVgO, NZBau 2017, 3
- Lenski*, Sophie-Charlotte, Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung - Handkommentar, Baden-Baden 2011
- Lenz*, Christofer, Das neue Parteienfinanzierungsrecht, NVwZ 2002, 769
- Leibholz*, Gerhard, Volk und Partei im neuen deutschen Verfassungsrecht, DVBl. 1950, 194
- Liebschwager*, Pascal, Das neue Tarifreue- und Vergabegesetz NRW, NWVBl. 2012, 249
- Linck*, Joachim/*Baldus*, Manfred/*Lindner*, Joachim/*Poppenhäger*, Holger/*Ruffert*, Matthias (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaats Thüringen - Handkommentar, Baden-Baden 2013
- Linde*, Andreas, Fraktionsfinanzierung in der parlamentarischen Demokratie, Frankfurt a. M. 2000, zugl.: Berlin, Univ. Diss. 1999
- Mangoldt*, Herrmann von/*Klein*, Friedrich/*Starck*, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2 (Art. 20 bis 82) sowie Band 3 (83 bis 146), 7. Auflage, München 2018
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter, hrsg. v. *Herzog*, Roman/*Scholz*, Rupert/*Herdegen*, Matthias/*Klein*, Hans H., Grundgesetz - Kommentar, Loseblattsammlung, Band III (Art. 17-28) und Band V (Art. 68-87), Werkstand: 88. Ergänzungslieferung August 2019, München 2019
- Maurer*, Hartmut, Staatsrecht I – Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Auflage, München 2010
- ders./Waldhoff*, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, München 2017
- Meißner*, Barbara, Ökologische und soziale Aspekte der Landesvergabegesetze, VergabeR 2012, 301
- dies.*, Landesvergabegesetze – Besonderheiten, Innovationen, Schwierigkeiten, ZfBR 2013, 20

- Meister, Eva-Maria, In dubio pro Binnenmarktrelevanz? Mehr Transparenz im Unterschwellenbereich – auch bei geringem Auftragswert, NZBau 2015, 757*
- Menger, Christian-Friedrich, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien, AöR 78 (1952/53), 149*
- Miller, Bernhard, Der Koalitionsausschuss - Existenz, Einsatz und Effekte einer informellen Arena des Koalitionsmanagements, Baden-Baden 2011, zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2010*
- Moecke, Hans-Jürgen, Die Rechtsnatur der parlamentarischen Fraktionen, NJW 1965, 276*
- Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3: Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011*
- Morlok, Martin/Schliesky, Utz/Wiefelspütz, Dieter (Hrsg.), Parlamentsrecht, Baden-Baden 2016*
- ders., Staatsorganisationsrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2017*
- ders., Gesetzliche Regelung des Rechtsstatus und der Finanzierung der Bundestagsfraktionen, NJW 1995, 29*
- ders./Merten, Heike, Parteienrecht, Tübingen 2018*
- Müller, Udo, Fraktionsfinanzierung unter Kontrolle der Rechnungshöfe, NJW 1990, 2046*
- Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), GWB Vergaberecht Kommentar, Köln 2016*
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Auflage, München 2012*
- Muthers, Kerstin, Rechtsgrundlagen und Verfahren zur Festsetzung staatlicher Mittel zur Parteienfinanzierung, Göttingen 2004*
- Noch, Rainer, Vergaberecht kompakt, 8. Auflage, Köln 2019*
- Ollmann, Horst, Wettbewerblicher Dialog eingeführt – Änderungen des Vergaberechts durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, VergabeR 2005, 685*
- Ossege, Stefan, Das Parteienrechtsverhältnis - Das Rechtsverhältnis zwischen politischer Partei und Parteimitglied, Göttingen 2012, zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 2012*
- Otting, Olaf/Stickler, Thomas/Stolz, Bernhard/Raabe, Marius/Vetter, Andrea, Die VOB/A hat sich überlebt – für eine Vereinheitlichung des untergesetzlichen Regelwerks, VergabeR 2018, 373*
- Özfirat-Skubinn, Şirin, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, DÖV 2010, 1005*
- Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 79. Auflage, München 2020*
- Peine, Franz-Joseph, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Heidelberg u. a. 2014*
- Pfeil, Hanno, Der Abgeordnete und die Fraktion – verfassungsrechtliche Vorgaben und gesetzliche sowie binnenrechtliche Ausgestaltung, Hamburg 2008, zugl.: Köln, Univ., Diss., 2007*

Pietzcker, Jost, Die deutsche Umsetzung der Vergabe- und Nachprüfungsrichtlinien im Lichte der neuen Rspr., NVwZ 1996, 313

ders., Kein Strohalm für die “haushaltsrechtliche Lösung” – Zur Entscheidung des EuGH über die Vorlage des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes, NVwZ 1997, 1186

ders., Defizite beim Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?, NJW 2005, 2881

Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2019

Rechten, Stephan/Junker, Maike, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – oder: Nach der Reform ist vor der Reform, NZBau 2009, 490

Redmann, Jan, Landesvergaberecht 2.0, LKV 2012, 295

Reffken, Hendrik, Die Rechts-, Partei- und Grundbuchfähigkeit politischer Parteien, NVwZ 2009, 1131

Röhring, Hans-Helmut/Sontheimer, Kurt, Handbuch des deutschen Parlamentarismus - Das Regierungssystem der Bundesrepublik in 270 Stichworten, München 1970

Roll, Hans-Achim, Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, Baden-Baden 2001

Rübenkönig, Judith, Die Rechenschaftspflicht der politischen Parteien nach Art. 20 Absatz 1 Satz 4 Grundgesetz, Frankfurt a. M. 2003, zugl.: Mainz, Univ., Diss. 2003

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Auflage, München 2018

Sasse, Christoph, Koalitionsvereinbarungen und Grundgesetz, JZ 1961, 719

Schäfer, Friedrich, Der Bundestag - Eine Darstellung seiner Aufgaben und seiner Arbeitsweise, 4. Auflage, Opladen 1982

Scharen, Uwe, Rechtsschutz bei Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2011, 653

Schmidt, Corinna, Zum Hausrecht der Fraktionen an ihren Geschäftsräumen, DÖV 1990, 102

Schmidt, Manfred G., Das politische System Deutschlands, 3. Auflage, München 2016

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), GG - Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage, Köln 2018

Schmidt-Jortzig, Edzard, Neue Rechtsgrundlagen für die Bundestagsfraktionen, NVwZ 1994, 1145

Schneider, Hans-Peter/Zeh, Wolfgang (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis – ein Handbuch, Berlin 1989

Seifert, Karl-Heinz, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1975

Siegel, Thorsten, Zur funktionalen Annäherung des Haushaltsvergaberechts an das Kartellvergaberecht durch die UVgO: Wächst zusammen, was zusammen gehört?, VergabeR 2018, 183

Solbach, Thomas, Die Vergaberechtsreform 2016, NZBau 2016, 193

- Stern*, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts - Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 1984
- Stevens*, Berthold, Die Rechtsstellung der Bundestagsfraktionen – Eine Untersuchung auf der Grundlage des Fraktionsgesetzes, Frankfurt a. M. 2000
- Thomas*, Stefan, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423
- Tsatsos*, Dimitris Th./*Morlok*, Martin, Parteienrecht - Eine verfassungsrechtliche Einführung, Heidelberg 1982
- Uechtritz*, Michael/*Otting*, Olaf, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, NVwZ 2005, 1105
- Volkmann*, Uwe, Politische Parteien und öffentliche Leistungen, Berlin 1993, zugl.: Marburg, Univ., Diss., 1992
- Voßkuhle*, Andreas/*Kaufhold*, Ann-Katrin, Grundwissen - Öffentliches Recht: Die politischen Parteien, JuS 2019, 763
- Waldmann*, Bettina, Zwischenbilanz: Stand der Reform des Vergaberechts am Ende der 16. Wahlperiode, VergabeR 2010, 298
- Wettig-Danielmeier*, Inge/*Feldmann*, Hans/*Wettig*, Klaus, Handbuch zur Parteienfinanzierung, 2. Auflage, Marburg 1997
- Willenbruch*, Klaus/*Wieddekind*, Kristina (Hrsg.), Kompaktkommentar Vergaberecht, 4. Auflage, Köln 2017
- Witte*, Jürgen, Die Neuregelung des Vergaberechts, DStR 1998, 1684
- Wolff*, Hans Julius, Organschaft und juristische Person - Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht, Band 2: Theorie der Vertretung, Stellvertretung, Organschaft und Repräsentation als soziale und juristische Vertretungsformen, Berlin 1934
- Ziekow*, Jan/*Völlink*, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Auflage, München 2018
- Zippelius*, Reinhold/*Würtenberger*, Thomas, Deutsches Staatsrecht, 33. Auflage, München 2018

Abkürzungsverzeichnis

A

| | |
|----------|---|
| a. A. | andere Ansicht |
| AbgG | Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages (Abgeordnetengesetz) |
| ABl. | Amtsblatt |
| Abs. | Absatz |
| a. E. | am Ende |
| AEntG | Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| a. F. | alte Fassung |
| AllgMbl. | Allgemeines Ministerialblatt (Bayern) |
| ANBest-P | Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung des Bundes |
| ÄndG | Änderungsgesetz |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| Art. | Artikel |

B

| | |
|------------------|---|
| BAnz. | Bundesanzeiger |
| BayFraktG | Gesetz zur Rechtsstellung und Finanzierung der Fraktionen im Bayerischen Landtag (Bayerisches Fraktionsgesetz) |
| BayKommHV-Doppik | Bayerische Kommunalhaushaltsverordnung-Doppik |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landgericht |
| BbgVergG | Brandenburgisches Vergabegesetz |
| BeckOK | Beck Online-Kommentar |
| BerlAVG | Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BHO | Bundeshaushaltsordnung |
| BIP | Bruttoinlandsprodukt |
| BMWi | Bundesministerium für Wirtschaft und Energie |
| BremTVgG | Tarifreue- und Vergabegesetz Bremen |
| bspw. | beispielsweise |
| BT-Drs. | Bundestags-Drucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| BW | Baden-Württemberg |
| BWahlG | Bundewahlgesetz |
| bzgl. | bezüglich |
| bzw. | beziehungsweise |

C

| | |
|----------|----------------------|
| ca. | circa |
| c. i. c. | culpa in contrahendo |

D

| | |
|-------|--|
| DB | Der Betrieb |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe |
| Diss. | Dissertation |
| d. h. | das heißt |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Öffentliches Rechts und Verwaltungswissenschaften |
| Drs. | Drucksache |
| DStR | Deutsches Steuerrecht |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |

E

| | |
|-------|---|
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) |
| Einl. | Einleitung |
| EU | Europäische Union |
| EuG | Europäisches Gericht 1. Instanz |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EuR | Europarecht |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |

F

| | |
|--------|--------------------------|
| f. | und die folgende Seite |
| ff. | und die folgenden Seiten |
| Fn. | Fußnote |
| FraktG | Fraktionsgesetz |

G

| | |
|---------|---|
| GBL. | Gesetzblatt |
| GbR | Gesellschaft bürgerlichen Rechts |
| GemHVO | Gemeindehaushaltsverordnung |
| GewArch | Gewerbearchiv |
| GG | Grundgesetz |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GO-BT | Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags |
| GVBl. | Gesetz- und Verordnungsblatt |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| GWR | Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht |

H

| | |
|--------------|---|
| h. A. | herrschende Ansicht |
| Habil.-Schr. | Habilitationsschrift |
| Halbs. | Halbsatz |
| HessGemHVO | Hessische Gemeindehaushaltsverordnung |
| HGrG | Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz) |
| h. M. | herrschende Meinung |
| HmbFraktG | Hamburgisches Fraktionsgesetz |
| HmbVgG | Hamburgisches Vergabegesetz |
| Hrsg. | Herausgeber |
| hrsg. v. | herausgegeben von |
| HVTG | Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz |

I

| | |
|----------|--|
| IBR | Immobilien- & Baurecht |
| i. d. S. | in diesem Sinne |
| i. H. v. | in Höhe von |
| ILO | Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organization) |
| i. S. d. | im Sinne des/der |
| i. S. v. | im Sinne von |
| i. V. m. | in Verbindung mit |

K

| | |
|---------|---|
| KO NRW | Kommunalordnung Nordrhein-Westfalen |
| KOM | Europäische Kommission |
| KonzVgV | Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung) |
| KrO NRW | Kreisordnung Nordrhein-Westfalen |

L

| | |
|---------|--|
| LHO | Landeshaushaltsordnung |
| lit. | littera(e) = Buchstabe(n) |
| LKV | Landes- und Kommunalverwaltung – Verwaltungsrechts-Zeitschrift |
| Ls. | Leitsatz |
| LSA | Sachsen-Anhalt |
| LT-Drs. | Landtags-Drucksache |
| LTMG | Landestariftreue- und Mindestlohngesetz (Baden-Württemberg) |
| LTTG | Landestariftreuegesetz (Rheinland-Pfalz) |
| LVG LSA | Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt |

M

| | |
|----------|--|
| MiLoG | Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns |
| Mrd. | Milliarden |
| m. w. N: | mit weiterem Nachweis/mit weiteren Nachweisen |

N

| | |
|-------|-------------------------------|
| n. F. | neue Fassung |
| NJW | Neu Juristische Wochenschrift |

| | |
|---------------|---|
| NpV | Verordnung über das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (Nachprüfungsverordnung) |
| NRW | Nordrhein-Westfalen |
| Nr. | Nummer |
| NTVergG | Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz |
| NUTS | Nomenclature des unités territoriales statistiques |
| NWVBl. | Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NZBau | Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht |
| NZS | Neue Zeitschrift für Sozialrecht |
| O | |
| o. g. | oben genannt/e/s/er |
| OLG | Oberlandesgericht |
| ÖPP | öffentlich-private Partnerschaft |
| P | |
| PartG | Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz) |
| R | |
| Rn. | Randnummer |
| ROG | Raumordnungsgesetz |
| RP | Rheinland-Pfalz |
| Rs. | Rs. |
| Rspr. | Rspr. |
| S | |
| S. | Seite/Satz |
| s. | siehe |
| Saarl.KommHVO | Saarländische Kommunalhaushaltsverordnung |
| SächsFrakRStG | Rechtsstellung und Finanzierung der Fraktionen des Sächsischen Landtages (Fraktionsrechtsstellungsgesetz) |
| SächsVergabeG | Sächsisches Vergabegesetz |
| SektVO | Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung) |
| Slg. | Amtliche Sammlung der Rspr. des EuGH |
| s. o. | siehe oben |
| sog. | sogenannt/e/er |
| STTG | Saarländisches Tariftreuegesetz |
| s. u. | siehe unten |
| SVHV | Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung (Sozialversicherungshaushaltsverordnung) |
| T | |
| ThürAbgG | Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Abgeordneten des Thüringer Landtags (Thüringer Abgeordnetengesetz) |
| ThürKO | Thüringer Kommunalordnung |

| | |
|------------|---|
| ThürVgG | Thüringer Vergabegesetz |
| TVgG NRW | Tarifreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen |
| U | |
| u. | und |
| u. a. | unter anderem |
| UAbs. | Unterabsatz |
| Univ. | Universität |
| UVgO | Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung) |
| V | |
| v. | von/vom |
| Verf. | Verfasser |
| vgl. | vergleiche |
| VergStatVO | Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung) |
| VergabeR | Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht |
| VergRModG | Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz) |
| VergRModVO | Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts |
| VgG M-V | Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern |
| VgRÄG | Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge |
| VGSH | Vergabegesetz Schleswig-Holstein |
| VgV | Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung) |
| VK | Vergabekammer |
| VO | Verordnung |
| VOB | Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen |
| VOB/A | Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen |
| VOB/B | Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen |
| VOF | Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen |
| VOL | Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen |
| VOL/A | Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen |
| VOL/B | Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen |
| VSVgV | Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit |
| VÜA | Vergabeüberwachungsausschuss |
| VV-BHO | Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung |
| W | |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb |
| Z | |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZfBR | Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| zugl. | zugleich |

Im Übrigen wird auf *Kirchner/Böttcher*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, verwiesen.

Inhaltsübersicht:

| | |
|--|-------|
| LITERATURVERZEICHNIS: | III |
| ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS..... | XI |
| INHALTSÜBERSICHT: | XVI |
| INHALTSVERZEICHNIS: | XVIII |
| ANLASS UND ZIEL..... | 1 |
| GANG DER UNTERSUCHUNG..... | 6 |
| KAPITEL 1 - VERGABERECHTLICHE GRUNDLAGEN..... | 8 |
| A. Historische Entwicklung des deutschen Vergaberechts..... | 8 |
| I. Haushaltrechtliche Lösung..... | 11 |
| II. Wettbewerbsrechtliche Lösung | 13 |
| B. Heutige Regelungsstruktur des deutschen Vergaberechts..... | 15 |
| I. Oberschwellenbereich..... | 15 |
| II. Unterschwellenbereich | 18 |
| C. Ergebnis zu Kapitel 1..... | 22 |
| KAPITEL 2 - ANWENDBARKEIT DES OBERSCHWELLENVERGABERECHTS AUF PARTEIEN UND FRAKTIONEN..... | 24 |
| A. Einleitung..... | 24 |
| B. Überblick über die öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 GWB..... | 25 |
| I. Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen, § 99 Nr. 1 GWB | 26 |
| II. Funktionelle öffentliche Auftraggeber, § 99 Nr. 2 GWB..... | 31 |
| III. Verbände, § 99 Nr. 3 GWB..... | 38 |
| IV. Subventionierte öffentliche Auftraggeber, § 99 Nr. 4 GWB..... | 39 |
| V. Ergebnis zu § 99 Nr. 1, 3 und 4 GWB..... | 39 |
| C. Parteien und Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB | 40 |
| I. Juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts..... | 40 |
| II. Gründung zur Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art..... | 45 |
| III. Besondere Staatsgebundenheit..... | 99 |
| D. Ergebnis zu Kapitel 2..... | 124 |

| | |
|---|------------|
| KAPITEL 3 - ANWENDBARKEIT DES UNTERSCHWELLENVERGABERECHTS AUF PARTEIEN UND FRAKTIONEN..... | 128 |
| A. Haushaltsvergaberecht..... | 128 |
| I. Auftraggeberbegriff des Haushaltsvergaberechts | 128 |
| II. Ergebnis..... | 136 |
| B. Landesvergabegesetze..... | 137 |
| I. Vorbemerkungen..... | 137 |
| II. Zu den einzelnen Landesvergabegesetzen | 142 |
| III. Ergebnis | 157 |
| C. Binnenmarktrelevante Auftragsvergaben (Primärvergaberecht)..... | 158 |
| I. Vorbemerkungen | 158 |
| II. Auftraggeberbegriff des Primärvergaberechts | 161 |
| III. Ergebnis | 166 |
| D. Ergebnis zu Kapitel 3..... | 166 |
| | |
| KAPITEL 4 - SCHLUSSBETRACHTUNG..... | 168 |
| A. Resümee..... | 168 |
| I. Oberschwellenbereich..... | 168 |
| II. Unterschwellenbereich | 181 |
| III. Gesamtergebnis | 183 |
| B. Rechtsauffassungen der Parteien und Fraktionen..... | 184 |
| I. Parteien | 185 |
| II. Fraktionen | 186 |
| III. Zusammenfassung und Bewertung | 191 |
| C. Gesetzliche Umsetzung einer haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht der Parteien und Fraktionen..... | 196 |
| I. Gründe | 196 |
| II. Umsetzung..... | 200 |
| | |
| KAPITEL 5 - UNTERSUCHUNGSERGEBNISSE | 206 |
| | |
| ANLAGE 1 – FRAGEBOGEN | |
| | |
| ANLAGE 2 - THESENPAPIER | |
| | |
| ANLAGE 3 - ERKLÄRUNG DES VERF. | |

Inhaltsverzeichnis:

| | |
|---|--------------|
| LITERATURVERZEICHNIS: | III |
| ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS | XI |
| INHALTSÜBERSICHT: | XVI |
| INHALTSVERZEICHNIS: | XVIII |
| ANLASS UND ZIEL | 1 |
| GANG DER UNTERSUCHUNG | 6 |
| KAPITEL 1 - VERGABERECHTLICHE GRUNDLAGEN | 8 |
| A. Historische Entwicklung des deutschen Vergaberechts | 8 |
| I. Haushaltrechtliche Lösung..... | 11 |
| II. Wettbewerbsrechtliche Lösung | 13 |
| B. Heutige Regulationsstruktur des deutschen Vergaberechts | 15 |
| I. Oberschwellenbereich | 15 |
| II. Unterschwellenbereich | 18 |
| 1. Haushaltsvergaberecht | 18 |
| 2. Landesvergabegesetze..... | 20 |
| 3. Binnenmarktrelevante Auftragsvergaben (Primärvergaberecht)..... | 22 |
| C. Ergebnis zu Kapitel 1 | 22 |
| KAPITEL 2 - ANWENDBARKEIT DES OBERSCHWELLENVERGABERECHTS AUF PARTEIEN UND FRAKTIONEN | 24 |
| A. Einleitung | 24 |
| B. Überblick über die öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 GWB | 25 |
| I. Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen, § 99 Nr. 1 GWB | 26 |
| II. Funktionelle öffentliche Auftraggeber, § 99 Nr. 2 GWB..... | 31 |
| 1. Unionsrechtliche Grundlagen | 33 |
| 2. Auslegungsgrundsätze des EuGH | 37 |
| III. Verbände, § 99 Nr. 3 GWB..... | 38 |
| IV. Subventionierte öffentliche Auftraggeber, § 99 Nr. 4 GWB..... | 39 |
| V. Ergebnis zu § 99 Nr. 1, 3 und 4 GWB | 39 |

| | |
|---|-----------|
| C. Parteien und Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB | 40 |
| I. Juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts | 40 |
| 1. Definition..... | 40 |
| 2. Parteien | 41 |
| 3. Fraktionen..... | 44 |
| 4. Ergebnis zur ersten Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Nr. 2 GWB | 45 |
| II. Gründung zur Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art..... | 45 |
| 1. Vorbemerkungen..... | 46 |
| 2. Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben | 48 |
| a) Definition | 48 |
| aa) Rspr. des EuGH..... | 48 |
| bb) Zusammenfassung und Bewertung | 53 |
| b) Parteien | 58 |
| aa) Aufgabenkreis | 58 |
| bb) Allgemeininteresse | 61 |
| (1) Vermutung aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsform | 61 |
| (2) Kriterien des EuGH..... | 65 |
| cc) Zwischenergebnis..... | 71 |
| c) Fraktionen | 72 |
| aa) Aufgabenkreis | 72 |
| bb) Allgemeininteresse | 76 |
| (1) Vermutung aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsform | 76 |
| (2) Kriterien des EuGH..... | 79 |
| cc) Zwischenergebnis..... | 92 |
| 3. Aufgaben nichtgewerblicher Art | 92 |
| a) Definition | 92 |
| aa) Rspr. des EuGH..... | 93 |
| bb) Zusammenfassung und Bewertung | 95 |
| b) Parteien und Fraktionen | 98 |
| c) Zwischenergebnis | 99 |
| 4. Ergebnis zur zweiten Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Nr. 2 GWB | 99 |
| III. Besondere Staatsgebundenheit..... | 99 |
| 1. Vorbemerkungen..... | 99 |
| 2. Überwiegende staatliche Finanzierung der Parteien und Fraktionen, § 99 Nr. 2 lit. a GWB | 101 |
| a) Definition | 101 |
| aa) Rspr. des EuGH..... | 101 |
| bb) Zusammenfassung und Bewertung | 104 |
| b) Parteien | 107 |
| c) Fraktionen | 115 |
| d) Ergebnis zu § 99 Nr. 2 lit. a GWB..... | 117 |
| 3. Staatliche Aufsicht, § 99 Nr. 2 lit. b GWB | 118 |
| a) Definition | 118 |
| aa) Rspr. des EuGH..... | 118 |
| bb) Zusammenfassung und Bewertung | 120 |
| b) Parteien | 121 |
| c) Fraktionen | 122 |

| | |
|---|------------|
| d) Ergebnis zu § 99 Nr. 2 lit. b GWB | 123 |
| 4. Ergebnis zur dritten Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Nr. 2 GWB | 123 |
| D. Ergebnis zu Kapitel 2..... | 124 |
| | |
| KAPITEL 3 - ANWENDBARKEIT DES UNTERSCHWELLENVERGABERECHTS AUF PARTEIEN UND FRAKTIONEN..... | 128 |
| | |
| A. Haushaltsvergaberecht..... | 128 |
| I. Auftraggeberbegriff des Haushaltsvergaberechts | 128 |
| 1. Definition..... | 128 |
| 2. Parteien | 131 |
| 3. Fraktionen..... | 132 |
| II. Ergebnis..... | 136 |
| | |
| B. Landesvergabegesetze..... | 137 |
| I. Vorbemerkungen | 137 |
| II. Zu den einzelnen Landesvergabegesetzen | 142 |
| 1. Landestarifreue- und Mindestlohngesetz Baden-Württemberg (LTMG) | 142 |
| 2. Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG)..... | 143 |
| 3. Brandenburgisches Vergabegesetz (BbgVergG) | 145 |
| 4. Tarifreue- und Vergabegesetz Bremen (BremTVgG) | 146 |
| 5. Hamburgisches Vergabegesetz (HmbVgG)..... | 147 |
| 6. Hessisches Vergabe- und Tarifreuegesetz (HVTG) | 147 |
| 7. Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern (VgG M-V) | 148 |
| 8. Niedersächsisches Tarifreue- und Vergabegesetz (NTVergG) | 149 |
| 9. Tarifreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) | 150 |
| 10. Landestarifreuegesetz Rheinland-Pfalz (LTTG) | 151 |
| 11. Saarländisches Tarifreuegesetz (STTG) | 152 |
| 12. Sächsisches Vergabegesetz (SächsVergabeG)..... | 152 |
| 13. Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt (LVG LSA)..... | 154 |
| 14. Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) | 155 |
| 15. Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG) | 155 |
| III. Ergebnis | 157 |
| | |
| C. Binnenmarktrelevante Auftragsvergaben (Primärvergaberecht)..... | 158 |
| I. Vorbemerkungen | 158 |
| II. Auftraggeberbegriff des Primärvergaberechts | 161 |
| 1. Definition..... | 161 |
| 2. Parteien | 165 |
| 3. Fraktionen..... | 166 |
| III. Ergebnis | 166 |

| | |
|--|------------|
| D. Ergebnis zu Kapitel 3..... | 166 |
| KAPITEL 4 - SCHLUSSBETRACHTUNG..... | 168 |
| A. Resümee..... | 168 |
| I. Oberschwellenbereich..... | 168 |
| 1. Parteien und Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB | 169 |
| a) Juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts | 169 |
| aa) Parteien | 169 |
| bb) Fraktionen | 170 |
| b) Gründung zur Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art | 170 |
| aa) Aufgabenkreis | 170 |
| (1) Parteien | 171 |
| (2) Fraktionen..... | 171 |
| bb) Allgemeininteresse | 172 |
| (1) Parteien | 173 |
| (2) Fraktionen..... | 175 |
| cc) Nichtgewerblichkeit | 178 |
| c) Besondere Staatsgebundenheit gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB | 179 |
| bb) Parteien..... | 179 |
| cc) Fraktionen..... | 180 |
| 2. Ergebnis zum Oberschwellenbereich | 180 |
| II. Unterschwellenbereich | 181 |
| 1. Haushaltsvergaberecht | 181 |
| 2. Landesvergabegesetze..... | 181 |
| 3. Primärvergaberecht | 182 |
| III. Gesamtergebnis | 183 |
| B. Rechtsauffassungen der Parteien und Fraktionen..... | 184 |
| I. Parteien | 185 |
| II. Fraktionen | 186 |
| 1. Bundestagsfraktionen..... | 186 |
| 2. Landtagsfraktionen..... | 187 |
| a) Stellungnahmen der Landtagsfraktionen | 187 |
| aa) Niedersachsen..... | 187 |
| bb) Sachsen..... | 187 |
| b) Stellungnahmen der Landesparlamente..... | 188 |
| aa) Brandenburg | 188 |
| bb) Bremen | 189 |
| cc) Hamburg | 189 |
| dd) Nordrhein-Westfalen | 190 |
| ee) Sachsen-Anhalt..... | 190 |
| ff) Thüringen | 190 |
| III. Zusammenfassung und Bewertung | 191 |

| | |
|---|------------|
| C. Gesetzliche Umsetzung einer haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht der Parteien und Fraktionen..... | 196 |
| I. Gründe | 196 |
| II. Umsetzung..... | 200 |
| 1. Gesetzgebungskompetenz..... | 200 |
| a) Parteien | 200 |
| b) Fraktionen..... | 202 |
| 2. Regelungsvorschlag | 203 |
| KAPITEL 5 - UNTERSUCHUNGSERGEBNISSE | 206 |

ANLAGE 1 – FRAGEBOGEN

ANLAGE 2 - THESENPAPIER

ANLAGE 3 - ERKLÄRUNG DES VERF.

Anlass und Ziel

Das BVerfG bezeichnet das Vergaberecht als die Gesamtheit der Gesetze, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat.¹ Regelungsgegenstand des Vergaberechts ist demnach der Einkauf von Leistungen aller Art, die der Staat zu seiner Bedarfsdeckung benötigt. Diese sog. fiskalischen Hilfsgeschäfte vollziehen sich nicht durch (öffentlich-rechtlichen) Verwaltungsakt, sondern durch Abschluss zivilrechtlicher Verträge.²

Da der Staat immer dann, wenn er die benötigten Leistungen nicht selbst erbringen kann oder will, Leistungen am Markt nachfragt, ist die wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts auf nationaler wie auf europäischer Ebene entsprechend hoch.³ So etwa beziffert das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie das bundesweite jährliche Beschaffungsvolumen der öffentlichen Hand auf etwa 10 % des deutschen BIP.⁴ Die EU-Kommission geht davon aus, dass der Gesamtwert aller öffentlichen Ausgaben der EU-Mitgliedstaaten für Bauaufträge, Waren und Dienstleistungen ca. 14 bis 18 % des BIP der EU beträgt.⁵ Dies entspricht gemessen am BIP des Jahres 2018 auf nationaler Ebene einem Finanzvolumen von ca. 338 Mrd. Euro und auf europäischer Ebene von bis zu 2.858 Mrd. Euro.⁶

¹ BVerfGE 116, 135 [135]; vgl. auch *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, Einl. Rn. 1; *Müller*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, Einf. Rn. 14 f.; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 1 Rn. 1.; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, Einf. Rn. 1; *Burgi*, Vergaberecht, § 1 Rn. 1 f.; *Koenig/Haratsch*, NJW 2003, 2637, 2637.

² *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, Einf. Rn. 1 u. 3; *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 9 ff. u. Rn. 31; *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 101; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 23.

³ Vgl. *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 1 ff.

⁴ BMWi, Monatsbericht 6/2016, S. 1.

⁵ KOM (2017) 572 final v. 3.10.2017, Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in u. für Europa, S. 3; KOM (2011) 896 final v. 20.12.2011, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments u. des Rates über öffentliche Auftragsvergabe, S. 2.

⁶ Das nationale BIP betrug im Jahr 2018 laut Statistischem Bundesamt 3.386,00 Mrd. Euro. Das BIP der EU 28 betrug im gleichen Jahr laut Statistischem Bundesamt 15.877,00 Mrd. Euro.

Welche Einrichtungen dem Staat zuzurechnen sind und daher bei der Beschaffung von Leistungen aller Art zur Anwendung der jeweils maßgeblichen vergaberechtlichen Bestimmungen verpflichtet sind, betrifft nach wie vor eine der zentralen Fragen des Vergaberechts. Dies gilt insbesondere für das oberhalb bestimmter Auftragswerte - den sog. Schwellenwerten - anwendbare Kartellvergaberecht, welches die europäischen Vergaberichtlinien in nationales Recht umsetzt.⁷

Der persönliche (subjektive) Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts erfasst - neben Sektorenauftraggebern (§ 100 GWB) und Konzessionsgebern (§ 101 GWB) - alle öffentlichen Auftraggeber (§§ 98 bis 101 GWB) zu denen insbesondere die sog. funktionellen öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zählen. Hierbei handelt es sich um

- juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts,
- die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern
- diese eine besondere finanzielle oder organisatorische Staatsnähe aufweisen.

Unionsrechtliche Grundlage der Vorschrift ist der in Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 Richtlinie 2014/24/EU⁸ verwendete Begriff der „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“.

Wegen der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, bereitet die Anwendung des § 99 Nr. 2 GWB bzw. des zugrunde liegenden Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 Richtlinie 2014/24/EU in der Praxis immer wieder erhebliche Probleme und ist dementsprechend häufig Gegenstand vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren.⁹ Besonders umstritten ist regelmäßig die Frage, in welchen Fällen von einer Einrichtung im Allgemeininteresse liegende

⁷ Zu den aktuellen Vergaberichtlinien u. deren Umsetzung in deutsches Rechts siehe unten, Kapitel I B. I.

⁸ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe u. zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014, Nr. L 94, S. 65.

⁹ Vgl. *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 9; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 98 GWB Rn. 20; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 13; *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25 f.; *Heuvels*, NZBau 2008, 166, 166; *Kratzenberg*, NZBau 2009, 103, 105.

Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrgenommen werden und unter welchen Voraussetzungen von einer besonderen Staatsgebundenheit auszugehen ist.

Betrachtet man die in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen der vergangenen Jahre, zeigt sich, dass der Kreis der Einrichtungen, die als funktionelle öffentliche Auftraggeber in Frage kommen, äußerst vielfältig ist. So etwa wurden bzw. werden Sparkassen, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, berufsständische Versorgungswerke, gesetzliche Krankenkassen, Messegesellschaften, Selbstverwaltungskörperschaften (insbesondere Apothekerkammern, Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern), Wohnungsbaugesellschaften, Religionsgemeinschaften und kommunale Versorgungsunternehmen als öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB diskutiert.¹⁰

Nicht geklärt, wohl nicht einmal näher diskutiert, ist bislang die Frage, ob auch die politischen Parteien und die Parlamentsfraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bewerten sind. Dies ist insoweit überraschend, weil mit Blick auf die Allgegenwärtigkeit der Parteien und Fraktionen im repräsentativ-parlamentarischen System der Bundesrepublik Deutschland durchaus naheliegen dürfte, dass diese im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnehmen. Zudem erhalten die Parteien und Fraktionen in erheblichem Umfang finanzielle Mittel des Staates, sodass auch die Annahme einer besonderen Staatsgebundenheit möglich erscheint. Bereits diese kursorische Prüfung der zwei wichtigsten Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB zeigt, dass eine kartellvergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden kann.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich darauf hinweist, dass die politischen

¹⁰ Übersichten zu den diskutierten öffentlichen Auftraggebern finden sich etwa bei *Werner*, in: *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 114 ff.; *Eschenbruch*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 20; *Wieddekind*, in: *Willenbruch/Wieddekind*, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 50 ff.; *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, § 99 GWB Rn. 66 ff.; *Pünder*, in: *ders./Schellenberg*, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 36 ff.; *Badenhausen-Fähnle*, in: *Müller-Wrede*, GWB Vergaberecht, § 99 Rn. 83; *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, § 98 GWB Rn. 113 ff.

Parteien „in einigen Mitgliedstaaten [...] unter den Begriff ‚Einrichtungen des öffentlichen Rechts‘ fallen könnten“.

Der Richtliniengeber geht also offenkundig davon aus, dass zumindest die Parteien nicht per se vom persönlichen Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts ausgenommen sind, sondern davon abhängig ist, ob diese im Einzelfall die drei Tatbestandsvoraussetzungen des Begriffs „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ erfüllen und damit als funktionelle öffentliche Auftraggeber zu bewerten sind. Weshalb für die Fraktionen, die auch als „Parteien im Parlament“¹¹ bezeichnet werden, etwas anderes gelten sollte, ist auf Anhieb nicht ersichtlich. Gleichwohl ergab eine nicht repräsentative Umfrage des Verf., dass gerade die Fraktionen eine kartellvergaberechtliche Bindung mit Verweis auf ihre „besondere parlamentarische Stellung“ pauschal, also ohne nähere Auseinandersetzung mit den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs, ablehnen.¹²

Vor diesem Hintergrund besteht das primäre Ziel dieser Arbeit in der Klärung der Frage, ob die Parteien und Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bewerten sind und damit dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfallen.

Mit Blick auf die Regelungsstruktur¹³ des Vergaberechts kann sich die vorliegende Untersuchung aber nicht allein auf das Kartellvergaberecht beschränken. Denn wie bereits erwähnt wurde, ist das Kartellvergaberecht erst ab dem Erreichen oder Überschreiten bestimmter Schwellenwerte anwendbar (§ 106 GWB). Unterhalb der jeweils maßgeblichen Schwellenwerte ist vornehmlich das Haushaltsvergaberecht von Bund, Ländern und Kommunen anzuwenden. Hinzu kommen insgesamt 15 Landesvergabegesetze deren Sinn und Zweck im Wesentlichen darin besteht, soziale und ökologische Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge verstärkt zu berücksichtigen. Letzteres darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass nach ständige Rspr. des EuGH auch im Unterschwellenbereich

¹¹ *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 38 Rn. 175; *Henke*, Das Recht der politischen Parteien, S. 145.

¹² Zur Umfrage des Verf. u. deren Ergebnissen unten, Kapitel 4 B.

¹³ Siehe hierzu unten, Kapitel 1 B.

bestimmte aus dem europäischen Primärrecht folgende Verfahrensprinzipien einzuhalten sind, sofern es sich um eine Auftragsvergabe mit eindeutiger Binnenmarktrelevanz handelt (sog. Primärvergaberecht).

Strukturell lässt sich das Vergaberecht also mit dem Kartellvergaberecht, dem Haushaltsvergaberecht, den Landesvergabegesetzen und dem Primärvergaberecht in insgesamt vier Teilbereiche gliedern. Der Auftraggeberbegriff und damit der persönliche Anwendungsbereich dieser einzelnen Teilbereiche des Vergaberechts ist - so viel sei vorweggenommen - nicht identisch. Konsequenterweise muss neben der kartellvergaberechtlichen auch die haushaltsvergaberechtliche, die landesvergabegesetzliche und die primärvergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen untersucht werden.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit besteht somit darin, erstmalig umfassend zu klären, ob die Parteien und Fraktionen dem persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfallen.

Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in vier Kapitel.

Das Kapitel eins („Vergaberechtliche Grundlagen“) vermittelt zunächst einen Überblick über die historische Entwicklung des deutschen Vergaberechts, welche maßgeblich durch die europäische Gesetzgebung auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens geprägt ist. Anschließend werden die derzeit geltenden vergaberechtlichen Regelungen auf nationaler und europäischer Ebene vorgestellt, um einen detaillierten Überblick über die Regelungsstruktur des Vergaberechts zu verschaffen.

Dieser Regelungsstruktur des Vergaberechts folgend, gliedert sich der weitere Verlauf der Arbeit.

Dementsprechend geht das Kapitel zwei („Anwendbarkeit des Oberschwellenvergaberechts auf Parteien und Fraktionen“) der Frage nach, ob die Parteien und Fraktionen dem persönlichen Anwendungsbereich des im Oberschwellenbereich geltenden Kartellvergaberechts unterfallen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Parteien und Fraktionen als öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 bis 4 GWB zu bewerten sind. Daher werden zu Beginn des Kapitels die unterschiedlichen öffentlichen Auftraggeber überblicksartig vorgestellt. In diesem Zusammenhang wird recht schnell deutlich werden, dass eine kartellvergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen nur in Betracht kommt, wenn diese als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu beurteilen sind. Der funktionelle Auftraggeberbegriff steht deshalb im Mittelpunkt des zweiten Kapitels. Aus diesem Grund werden nicht nur die unionsrechtlichen Grundlagen des funktionellen Auftraggeberbegriffs, sondern auch die aus der Rspr. des EuGH folgenden Grundsätze zur Auslegung der (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB bzw. des zugrundeliegenden Begriffs der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ näher erläutert. Anschließend wird eingehend untersucht, ob die Parteien und Fraktionen die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB erfüllen und somit als funktionelle öffentliche Auftraggeber dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfallen.

Die vergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen unterhalb der jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwerte thematisiert das Kapitel drei („Anwendbarkeit des Unterschwellenvergaberechts auf Parteien und Fraktionen“). Wie im Oberschwellenbereich kommt es auch hier darauf an, ob die Parteien und Fraktionen vergaberechtlich als Auftraggeber zu bewerten sind. Dabei wird aufgezeigt, dass im Unterschwellenbereich kein einheitlicher Auftraggeberbegriff existiert, sondern das Haushaltsvergaberecht, die Landesvergabegesetze und auch das Primärvergaberecht von jeweils unterschiedlichen Auftraggeberbegriffen geprägt sind. Dementsprechend differenziert das dritte Kapitel, indem zunächst die haushaltsvergaberechtliche, sodann die landesvergabegesetzliche und schließlich die primärvergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen untersucht wird.

Das Kapitel vier („Schlussbetrachtung“) präsentiert zunächst im Rahmen eines Resümees eine Zusammenfassung der bisherigen Untersuchungsergebnisse. Zur Frage ihrer vergaberechtlichen Bindung folgt sodann - gleichsam als Gegenüberstellung zu den Untersuchungsergebnissen - eine Darstellung der insoweit vertretenen Rechtsauffassungen der Parteien und Fraktionen. Grundlage dieser Darstellung ist eine vom Verf. durchgeführte nicht repräsentative Umfrage unter den Parteien und Fraktionen, an der sich auch einige Landesparlamente mit eigenen Stellungnahmen beteiligt haben. Anschließend erfolgt eine detaillierte Auseinandersetzung mit den eingegangenen Stellungnahmen und den darin vertretenen Rechtsauffassungen. Am Ende des vierten Kapitels wird aufgezeigt, welche Gründe für eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht der Parteien und Fraktionen sprechen und wie eine solche Verpflichtung rechtlich umgesetzt werden kann.

Abschließend fasst das Kapitel fünf („Untersuchungsergebnisse“) die wesentlichen Untersuchungsergebnisse thesenartig zusammen.

Kapitel 1 - Vergaberechtliche Grundlagen

A. Historische Entwicklung des deutschen Vergaberechts

Geregelt war das deutsche Vergaberecht auf Ebene des Bundes-, der Länder und der kommunalen Gebietskörperschaften lange Zeit ausschließlich im öffentlichen Haushaltsrecht (vgl. §§ 30 HGrG, 55 BHO/LHO sowie auf kommunaler Ebene z. B. § 31 ThürGemHV), was der traditionellen Auffassung entsprach, dass das Vergaberecht dem alleinigen Zweck diene, die wirtschaftliche und sparsame Verwendung öffentlicher Gelder zu sichern (vgl. § 6 Abs. 1 HGrG, §§ 7 Abs. 1, 34 Abs. 2 S. 1 BHO/LHO).¹⁴ Unter dem Einfluss einer zunehmenden europäischen Rechtssetzung auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, musste sich diese Auffassung jedoch zumindest für solche Vergabeverfahren ändern, die bestimmte Auftragswerte erreichen oder überschreiten.¹⁵

Bereits in den 1970er Jahren begann die europäische Rechtssetzung mit dem Erlass der Baukoordinierungs-¹⁶ und der Lieferkoordinierungsrichtlinie¹⁷, die Ende der 1980er Jahre wesentliche Änderungen¹⁸ erfuhren und zu Beginn der 1990er Jahre zum Zwecke der Konsolidierung und Klarheit neu kodifiziert

¹⁴ *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 25; *Müller*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, Einf. Rn. 17; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 1 Rn. 2; *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Vor § 155 GWB Rn. 3.

¹⁵ *Müller*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, Einf. Rn. 1 ff; *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 27 ff.

¹⁶ Richtlinie 71/305/EWG des Rates v. 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971, Nr. L 185, S. 5.

¹⁷ Richtlinie 77/62/EWG des Rates v. 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1977, Nr. L 13, S. 1.

¹⁸ Richtlinie 88/295/EWG des Rates v. 22.3.1988 zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge u. zur Aufhebung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. 1988, Nr. L 127, S. 1, u. Richtlinie 89/440/EWG des Rates v. 18.7.1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1989, Nr. L 210, S. 1.

wurden.¹⁹ Ergänzend hinzu kamen die Sektorenrichtlinie²⁰ - welche bereits kurze Zeit später durch die Sektorenkoordinierungsrichtlinie²¹ abgelöst wurde - sowie die Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie²².

Sämtliche dieser Richtlinien griffen allerdings erst ab dem Erreichen oder Überschreiten bestimmter Schwellenwerte,²³ was bis heute für alle unionsrechtlichen Vergaberichtlinien charakteristisch ist.²⁴ Den Schwellenwerten liegt dabei der Gedanke zugrunde, dass nicht alle öffentlichen Aufträge von Relevanz für den europäischen Binnenmarkt sind, sondern nur solche, die ein bestimmtes Auftragsvolumen erreichen bzw. überschreiten und deshalb ein potentiell, grenzüberschreitendes Interesse für eine Beteiligung als Bieter erzeugen.²⁵

Da die Bau-, Liefer- und Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie sowie die Sektoren(koordinierungs)richtlinie - zusammenfassend auch als „Basisrichtlinien“ bezeichnet - ausschließlich Vorschriften zur Durchführung eines Vergabeverfahrens enthielten (sog. materielle Vergabebestimmungen), der Richtliniengeber aber auch gerade dem effektiven Rechtsschutz der Bieter

¹⁹ Richtlinie 93/36/EWG des Rates v. 14.6.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1993, Nr. L 199, S. 1 u. Richtlinie 93/37/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1993, Nr. L 199, S. 54, geändert durch Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 13.10.1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG u. 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, ABl. 1997, Nr. L 328, S. 1.

²⁰ Richtlinie 90/531/EWG des Rates v. 17.9.1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- u. Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1990, Nr. L 297, S. 1.

²¹ Richtlinie 93/38/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordination der Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie- u. Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektorenkoordinierungsrichtlinie), ABl. 1993, Nr. L 199, S. 84, geändert durch Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 16.2.1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- u. Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1998, Nr. L 101, S. 1.

²² Richtlinie 92/50/EWG des Rates v. 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. 1992, Nr. L 209, S. 1, geändert durch Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 13.10.1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG u. 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- u. Bauaufträge, ABl. 2001, Nr. L 285, S. 1.

²³ Vgl. z. B. Art. 6 Richtlinie 93/37/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1993, Nr. L 199, S. 54.

²⁴ Vgl. z. B. Art. 4 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe u. zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014, Nr. L, S. 94.

²⁵ *Dietlein/Fandrey*, in: *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, Einl. Rn. 88.

entscheidende Bedeutung zumaß, um die praktische Wirksamkeit („effet utile“) des europäischen Vergaberechts zu gewährleisten, wurden die Basisrichtlinien durch zwei „Überwachungsrichtlinien“, namentlich die Rechtsmittelkoordinierungsrichtlinie²⁶ sowie die Sektorenrechtsmittelkoordinierungsrichtlinie²⁷, flankiert.²⁸

Der erste Versuch zur Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien in deutsches Recht bestand darin, die Vorgaben der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie als sog. „a-Paragrafen“ in die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) und die Verdingungsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) zu integrieren und im Bundesanzeiger²⁹ bekannt zu machen.³⁰ Aufgrund von Verwaltungsanweisungen waren die Vergabestellen auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene verpflichtet, die in den Verdingungsordnungen enthaltenen a-Paragrafen anzuwenden.³¹ Durch diese Bezugnahme wurden die Verdingungsordnungen, deren Rechtscharakter an sich zivilrechtlicher Art ist,³² selbst zu (öffentlich-rechtlichen) Verwaltungsvorschriften.³³

Den Anforderungen der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie konnte dieser erste Umsetzungsversuch allerdings nicht genügen, weil die unionsrechtlichen Richtlinien heute wie damals den Bieter vor Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen und ein solcher Schutz nicht wirksam werden kann, wenn - wie dies bei lediglich intern wirkenden Verwaltungsanweisungen der Fall ist - der Bieter sich nicht gegenüber dem

²⁶ Richtlinie 89/665/EWG des Rates v. 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- u. Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- u. Bauaufträge, ABl. 1989, Nr. L 395, S. 33.

²⁷ Richtlinie 92/13/EWG des Rates v. 25.2.1992 zur Koordinierung der Rechts- u. Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- u. Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1992, Nr. L 076, S. 14.

²⁸ *Dietlein/Fandrey*, in: *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, Einl. Rn. 32.

²⁹ BAnz. Nr. 132 v. 19.7.1990 (VOB/A) u. BAnz. Nr. 45a v. 6.3.1990 (VOL/A).

³⁰ *Pache*, in: *Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 81; *Frank*, Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, S. 287.

³¹ *Pache*, in: *Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 81.

³² *Dreher* in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 2, Vor §§ 97 ff. Rn 73; *ders.*, NVwZ 1999, 1265, 1266; *Müller*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, GWB-Vergaberecht, Einf. Rn. 24; *Pache*, in: *Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 109.

³³ *Leupertz/von Wietersheim*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB, Einl. Rn. 24.

Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und ggf. deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen kann.³⁴

I. Haushaltrechtliche Lösung

Als Folge integrierte der deutsche Gesetzgeber die Richtlinienvorgaben in das Haushaltsrecht, indem mit dem „Zweiten Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes“ vom 26.11.1993³⁵ die Paragraphen §§ 57a bis c in das Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) eingefügt und um zwei darauf gestützte Rechtsverordnungen ergänzt wurden (sog. „haushaltsrechtliche Lösung“). Ziel war es, erstmalig sämtliche bis dato erlassenen EG-Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen in deutsches Recht umzusetzen.³⁶ Inhaltlich wurde der persönliche Anwendungsbereich mittels einer enumerativen Aufzählung aller unter die EG-Richtlinien fallenden Auftraggeber in § 57a Abs. 1 Nr. 1 bis 8 HGrG a. F. definiert. Die Bundesregierung wurde gemäß § 57a Abs. 1 und Abs. 2 HGrG a. F. ermächtigt, im Wege einer Rechtsverordnung - der „Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (Vergabeverordnung - VgV)“ vom 22. Februar 1994³⁷ - auf die VOB/A³⁸ und die VOL/A³⁹ zu verweisen. Den Verdingungsordnungen wurde auf diese Weise materieller Gesetzescharakter verliehen.⁴⁰ Zur Umsetzung der Überwachungsrichtlinien wurden in erster Instanz verwaltungsinterne Vergabeprüfstellen⁴¹ (§ 57b HGrG a. F.) sowie in zweiter Instanz gerichtsähnliche Vergabeüberwachungsausschüsse⁴² (§ 57c HGrG a. F.) eingeführt.

³⁴ EuGH, Urteil v. 11.8.1995, Rs. C-433/93, „Kommission/Deutschland“ = NVwZ 1996, 367 = EuZW 1995, 635, Rn. 19.

³⁵ BGBl. I S. 1928.

³⁶ BT-Drs. 12/4636, S. 12.

³⁷ BGBl. I S. 321.

³⁸ In der Fassung v. 12.11.1992, BAnz. Nr. 223a v. 27.11.1992.

³⁹ In der Fassung v. 3.8.1993, BAnz. Nr. 175a v. 17.9.1993.

⁴⁰ Brenner, EuR - Beiheft 1 – 1996, S. 29; vgl. auch Dreher, NVwZ 1999, 1265, 1266.

⁴¹ Die Vergabeprüfstellen waren regelmäßig mit den Behörden identisch, die im Instanzenzug vorgesetzt waren u. die Rechtsaufsicht ausübten; die Länder konnten allerdings auch eine andere Einrichtung mit den Aufgaben der Vergabeprüfstellen betrauen.

⁴² Die Vergabeüberwachungsausschüsse waren in Kammern organisiert, die aus einem Vorsitzenden u. zwei Beisitzern bestanden, von denen ein Beisitzer ehrenamtlich tätig war. Die Mitglieder der Kammern genossen Weisungsfreiheit. Da den Vergabeüberwachungsausschüssen lediglich die rechtliche Überprüfung der Entscheidungen der Vergabeprüfstellen oblag, waren sie „revisionsähnlich“, mithin keine zweite Tatsacheninstanz. Aus heutiger Perspektive können die Vergabeüberwachungsausschüsse als Vorläufer der Vergabekammern (§§ 155 ff. GWB) betrachtet werden.

Einzelheiten zum Nachprüfungsverfahren wurden in der ergänzenden „Verordnung über das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (Nachprüfungsverordnung - NpV)“ vom 22. Februar 1994⁴³ geregelt.

Da der deutsche Gesetzgeber die in den Vergaberichtlinien enthaltenen Schwellenwerte übernahm, zeigte sich im Zuge der haushaltsrechtlichen Lösung erstmalig eine deutliche Zweiteilung des deutschen Vergaberechts. Denn während nunmehr im Oberschwellenbereich den Verdingungsordnungen materieller Gesetzescharakter zukam und den Bietern gerichtähnlicher Rechtsschutz zur Verfügung stand, waren die Vergabestellen auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene bei unterschwelligen Auftragsvergaben (weiterhin) zur Einhaltung der Verdingungsordnungen lediglich als (interne) Verwaltungsvorschriften verpflichtet, ohne dass den Bietern ein dem Oberschwellenbereich vergleichbares Rechtsschutzsystem zur Verfügung stand.⁴⁴

Allerdings hatte auch die haushaltsrechtliche Lösung nicht zum Ziel, „individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter [...] entstehen zu lassen“⁴⁵, da befürchtet wurde, dass Rechtsbehelfe unterlegener Bieter aufgrund etwaiger langer Gerichtsverfahren zu einer unerträglichen Verzögerung wichtiger Beschaffungsvorhaben, ja geradezu zu einer Investitionsblockade führen könnten.⁴⁶ Dieser Standpunkt des deutschen Gesetzgebers widersprach aber klar dem Ziel der europäischen Vergaberichtlinien, Bieter vor Willkür des öffentlichen Auftraggebers

⁴³ BGBl. I S. 324.

⁴⁴ Auch heute noch steht den Bietern im EU-Unterschwellenbereich ein dem Oberschwellenbereich vergleichbares (Primär-)Rechtsschutzsystem nicht zur Verfügung. Den Bietern verbleibt (nur) der Gang zu den ordentlichen Gerichten, da sich der Auftraggeber bei der Auftragsvergabe auf dem Boden des Privatrechts bewegt. Rechtsschutzmittel der Wahl gegen den drohenden Zuschlag auf das Angebot eines konkurrierenden Bieters ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen (Unterlassungs-)Verfügung gegen den öffentlichen Auftraggeber. Ansonsten stehen den Bietern lediglich Schadensersatzansprüche (insbesondere aus c. i. c., §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 i. V. m. § 249 Abs. 1 S. 1 BGB) zu. Das BVerfG (E 116, 135 = NZBau 2006, 791 = VergabeR 2006, 871) hat die Verfassungsmäßigkeit der Zweiteilung des primären Vergaberechtsschutzes bestätigt. Eingehend zum Vergaberechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte *Mertens*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 89 Rn. 1 ff.; *Noch*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 155 GWB Rn. 7; *Boesen*, NJW 1997, 345; *Dreher*, NZBau 2002, 419; *Heuwels*, NZBau 2005, 570; *Pietzcker*, NJW 2005, 2881; *Burgi*, NVwZ 2011, 1217; *Krist*, IBR 2011, 1003; *Conrad*, ZfBR 2016, 124.

⁴⁵ BT-Drs. 12/4636, S. 12.

⁴⁶ BT-Drs. 12/4636, S. 12; vgl. auch *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 8; *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 35 a. E.

effektiv zu schützen.⁴⁷ Erwartungsgemäß wurde die haushaltsrechtliche Lösung sowohl von weiten Teilen der nationalen Literatur⁴⁸, als auch von Seiten der Europäischen Kommission⁴⁹ scharf kritisiert, was letztlich dazu führte, dass die Kommission im Herbst 1995 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitete.⁵⁰

II. Wettbewerbsrechtliche Lösung

Einer drohenden Verurteilung durch den EuGH kam die Bundesrepublik jedoch mit dem am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen „Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz-VgRÄG)“ vom 26. August 1998⁵¹ zuvor (sog. „wettbewerbsrechtliche Lösung“).

Die grundlegenden Vergabevorschriften, namentlich zu den Grundsätzen der Auftragsvergabe (§ 97 GWB a. F.), dem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich (§§ 98 bis 100 GWB a. F.) sowie den Vergabeverfahrensarten (§ 101 GWB a. F.), wurden nunmehr in den 4. Teil (§§ 97 bis 129 GWB a. F.) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) integriert.

Um den Anforderungen der EU-Richtlinien an einen effektiven Bieterschutz zu entsprechen, wurde den Bietern und Bewerbern gemäß § 97 Abs. 7 GWB a. F. ein einklagbarer Anspruch auf Einhaltung der bieterschützenden Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingeräumt und zu dessen

⁴⁷ EuGH, Urteil v. 11.8.1995, Rs. C-433/93, „Kommission/Deutschland“ = EuZW 1995, 635 = NVwZ 1996, 367, Rn. 19 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 20.9.1988, Rs 31/87, „Beentjes“ = NVwZ 1990, 353, Rn. 42.

⁴⁸ Siehe z. B. *Pietzcker*, NVwZ 1996, 313, 316 f.; *ders.*, NVwZ 1997, 1186, 1186 f.; *Boesen*, NJW 1997, 345, 345 ff.; *Dreher*, ZIP 1995, 1869, 1877 ff.

⁴⁹ Das entsprechende Beanstandungsschreiben ist abgedruckt in ZIP 1995, 1904, 1949; zu den Kritikpunkten der Kommission *Witte*, DStR 1998, 1684, 1685; *Byok*, NJW 1998, 2774, 2775.

⁵⁰ Andere Stimmen benennen als vornehmlichen Grund für eine Abkehr von der haushaltsrechtlichen Lösung politischen Druck seitens der USA, die sogar mit einem Handelskrieg gedroht hätten, um eine Verbesserung des deutschen Rechtsschutzsystems zu erreichen, siehe hierzu *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 29; *Dietlein/Fandrey*, in: *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, Einl. Rn. 36; *Dreher*, NVwZ 1997, 343, 343, *ders.*, WuW 1997, 949, 950 (Fn. 9).

⁵¹ BGBl. I S. 2512; vgl. hierzu die Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26.8.1998, BGBl. I S. 2546.

Geltendmachung die Einrichtung eines (zweistufigen) Nachprüfungsverfahrens⁵² - in erster Instanz durch verwaltungsinterne Vergabekammern (§§ 104 ff. GWB a. F.) und in zweiter Instanz durch Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten (§§ 116 ff. GWB a. F.) - geregelt. Die §§ 57a bis c HGrG a. F. und die NpV vom 22. Februar 1994⁵³ wurden in der Folge aufgehoben.⁵⁴ Die VgV diente weiterhin als „Scharnier“ zwischen Gesetz (jetzt: GWB) und Verdingungsordnungen (VOB/A, VOL/A sowie die zwischenzeitlich hinzugetretene Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen - VOF - vom 12. Mai 1997⁵⁵).

An dem Grundprinzip der wettbewerbsrechtlichen Lösung, alle wesentlichen Bestimmungen der unionsrechtlichen Vergaberichtlinien in das GWB zu integrieren und diese Bestimmungen durch konkretisierende (untergesetzliche) Regelungen zu ergänzen, haben spätere Änderungen⁵⁶, insbesondere das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“⁵⁷ vom 1. September 2005, das „Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts“ vom 23. April 2009⁵⁸, das „Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die

⁵² Zur Neugestaltung des Vergaberechtsschutzes im Zuge der wettbewerbsrechtlichen Lösung *Dreher*, NVwZ 1997, 343; Eingehend zum Vergaberechtsschutz im Oberschwellenbereich nach der Vergaberechtsreform 2016 *Eiermann*, NZBau 2016, 13; *ders.*, NZBau 2016, 76.

⁵³ BGBl. I S. 324.

⁵⁴ Art. 3 Abs. 1 VgRÄG.

⁵⁵ BAnz. Nr. 164a v. 3.9.1997.

⁵⁶ Zu nachfolgenden Änderungen *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 39 f.; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 35 ff.

⁵⁷ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften u. zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private Partnerschaften v. 1.9.2005, BGBl. I S. 2676; hierzu *Knauff*, NZBau 2005, 443; *Ollmann*, VergabeR 2005, 685; *Uechtritz/Otting*, NVwZ 2005, 1105.

⁵⁸ BGBl. I S. 790. Das Gesetz diente vornehmlich zur Umsetzung der im Jahre 2004 ergangenen Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- u. Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge u. Dienstleistungsaufträge. Während erstgenannte Richtlinie den Sektorenbereich neu regelte, fasste die letztgenannte Richtlinie die drei Koordinierungsrichtlinien (92/50/EWG, 93/36/EWG u. 93/37/EWG) zu einer allgemeinen Vergaberichtlinie zusammen. Auf die Struktur des deutschen Vergaberechts wirkte sich das Gesetz vornehmlich dadurch aus, dass mit der neuen Sektorenverordnung (SektVO) v. 23.9.2009, BGBl. I S. 3110, das Vergabeverfahrensrecht für den Sektorenbereich in eine eigene Rechtsverordnung überführt wurde. Näher zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 38 ff., *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 36 f.; *Gabriel*, NJW 2009, 2011; *Byok*, NVwZ 2009, 551; *Rechten/Junker*, NZBau 2009, 490; *Waldmann*, VergabeR 2010, 298.

Bereiche Verteidigung und Sicherheit“ vom 7. Dezember 2011⁵⁹ sowie das „Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz)“ vom 17. Februar 2016⁶⁰, festgehalten.⁶¹

Das Vergaberecht im Oberschwellenbereich wird daher bis heute als „GWB-Vergaberecht“ oder - so nachfolgend - als „Kartellvergaberecht“ bezeichnet.

B. Heutige Regulationsstruktur des deutschen Vergaberechts

Vor dem Hintergrund seiner historischen Entwicklung weist die Struktur des heutigen deutschen Vergaberechts eine charakteristische Zweiteilung auf: Während im Oberschwellenbereich durch EU-Richtlinien geprägtes, zivilrechtliches Wettbewerbsrecht gilt, welches den Bietern die Möglichkeit vermittelt, die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren gerichtlich überprüfen zu lassen, wird der Unterschwellenbereich in erster Linie durch das lediglich verwaltungsintern wirkende, rein nationale öffentliche-rechtliche Haushaltsrecht geprägt.

I. Oberschwellenbereich

Soweit die jeweils maßgeblichen Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden (vgl. § 106 GWB) sowie die übrigen sachlichen Voraussetzungen⁶² vorliegen, ist das Kartellvergaberecht anzuwenden. Diesem liegen derzeit folgende EU-Vergaberichtlinien zugrunde:

⁵⁹ BGBl. I S. 2570. Das Gesetz diene zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 13.7.2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- u. Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung u. Sicherheit u. zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG u. 2004/18/EG“. Am 12.7.2012 beschloss das Bundeskabinett außerdem die Vergabeverordnung Verteidigung u. Sicherheit (VSVgV), BGBl. I S. 1509.

⁶⁰ BGBl. I S. 203.

⁶¹ *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 39.

⁶² Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist eröffnet, wenn die jeweils maßgeblichen Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind, Gegenstand der Vergabe ein öffentlicher Auftrag (§ 103 Abs. 1 bis 4 GWB), eine Rahmenvereinbarung (§ 103 Abs. 5 GWB), ein Wettbewerb (§ 103 Abs. 6 GWB) oder eine Konzession (§ 105 GWB) ist u. keine allgemeine (§§ 107 bis 109 GWB) oder besondere Ausnahme (vgl. z. B. § 116 GWB) vom sachlichen Anwendungsbereich besteht.

- die Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe,⁶³
- die Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG⁶⁴,
- die Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG⁶⁵ und
- die Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG⁶⁶.

Die Umsetzung der grundlegenden Bestimmungen der vorgenannten Richtlinien in den Teil 4 des GWB erfolgte mit dem am 18. April 2016 in Kraft getretenen „Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG)“ vom 17. Februar 2016.⁶⁷ Ergänzt wird der Teil 4 des GWB aufgrund entsprechender Ermächtigungen in §§ 113, 114 GWB durch fünf Rechtsverordnungen der Bundesregierung, die in der „Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung - VergRModVO)“ vom 12. April 2016⁶⁸, einer sog. Mantelverordnung, zusammengefasst wurden.⁶⁹ Es handelt sich hierbei um

- die VgV vom 12. April 2016⁷⁰,

⁶³ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014, Nr. L 94, S. 1, ausführlich zu dieser *Knauff/Badenhausen*, NZBau 2014, 395.

⁶⁴ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe u. zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014, Nr. L 94, S. 65.

⁶⁵ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- u. Verkehrsversorgung sowie der Postdienste u. zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. 2014, Nr. L 94, S. 243.

⁶⁶ Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG u. 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bzgl. der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. 2007, Nr. L 335, S. 31.

⁶⁷ BGBl. I S. 203.

⁶⁸ BGBl. I S. 624.

⁶⁹ Das VergRModG v. 17.2.1016 bildet zusammen mit der VergRModVO v. 12.4.2016 die „Vergaberechtsreform 2016“; zu dieser ausführlich *Schaller*, LKV 2016, 529; *Solbach*, NZBau 2016, 193; *Krönke*, NVwZ 2016, 568; *Baumann*, GWR 2016, 159; *Knauff*, NZBau 2016, 195; *Gerner*, NZS 2016, 492.

⁷⁰ Verkündet als Art. 1 der VergRModVO, BGBl. I S. 624.

- die „Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinie 2004/17/EG und 2004/18/EG (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV)“ vom 12. Juli 2012⁷¹, geändert durch Art. 5 VergRModVO⁷²,
- die „Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO)“ vom 12. April 2016⁷³,
- die „Verordnung für die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV) vom 12. April 2016⁷⁴ sowie
- die Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung – VergStatVO) vom 12. April 2016⁷⁵.

Anders als die VergStatVO, die dem Aufbau einer bundesweiten Vergabestatistik und der Erfüllung von Monitoringpflichten gegenüber der EU-Kommission dient, enthalten die VgV, die VSVgV, die SektVO und die KonzVgV die für ihren Anwendungsbereich geltenden materiellen Bestimmungen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens. Die VgV wurde damit entscheidend aufgewertet. Denn anders als die VSVgV und die SektVO enthielt die VgV seit jeher, d. h. seit ihrem erstmaligen Inkrafttreten im Zuge der haushaltsrechtlichen Lösung keine materiellen Vergabebestimmungen, sondern diente lediglich als „Scharnier“ zwischen Gesetz und Verdingungs- bzw. Vergabeordnungen⁷⁶, sodass sich für Auftragsvergaben im Anwendungsbereich der VgV eine insgesamt dreistufige Regelungskaskade ergab. Diese sog. Kaskadenlösung wurde nunmehr auf zwei Stufen

⁷¹ BGBl. I S. 1509; ausführlich zur VSVgV *Horstkotte/Hünemörder*, LKV 2015, 541.

⁷² BGBl. I S. 624, 712.

⁷³ Verkündet als Art. 2 der VergRModVO, BGBl. I S. 624, 657.

⁷⁴ Verkündet als Art. 3 der VergRModVO, BGBl. I S. 624, 683.

⁷⁵ Verkündet als Art. 4 der VergRModVO, BGBl. I S. 624, 691.

⁷⁶ VOL/A u. VOB/A werden seit 2009 einheitlich als „Vergabeordnung“ bezeichnet. Die veraltete Bezeichnung „Verdingungsordnung“ wurde damit abgelöst.

„verkürzt“.⁷⁷ Allerdings bleibt der Abschied von der dreistufigen Regelungskaskade unvollkommen, da für die Vergabe von Bauaufträgen weiterhin auf die VOB/A verwiesen wird (vgl. § 2 S. 2 VgV).⁷⁸ Entsprechendes gilt für Bauvergaben im Anwendungsbereich der VSVgV (vgl. § 2 Abs. 2 S. 2 VSVgV).

Im Interesse der Vereinfachung und Stringenz bleibt zu hoffen, dass die VOB/A (Abschnitt 2 und 3) künftig vollständig in die VgV und die VSVgV integriert wird.⁷⁹ Dass dies möglich ist, zeigt sich im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung, da die insoweit maßgebliche SektVO seit der jüngsten Reform ein einheitliches Regelwerk für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen enthält (vgl. § 1 Abs. 1 SektVO).

II. Unterschwellenbereich

1. Haushaltsvergaberecht

Unterhalb der jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwerte sind die Rechtsgrundlagen zur Vergabe öffentlicher Aufträge weiterhin primär dem öffentlichen Haushaltsrecht zu entnehmen. Das für Bund- und Länder geltende HGrG bestimmt hierzu in § 30 Folgendes:

„Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Teilnahmewettbewerb ist ein Verfahren, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen nach objektiven, transparenten und

⁷⁷ In der Folge sind der Abschnitt 2 („EG-Paragrafen“) der VOL/A (Ausgabe 2009, BAnz. Nr. 196a v. 29.12.2009) u. die VOF entfallen. Durch diese Verweisungen erlangt die (ihrem Rechtscharakter nach an sich zivilrechtliche) VOB/A im Oberschwellenbereich materielle Rechtssatzqualität, hierzu *Byok*, in: *Byok/Jaeger, Vergaberecht*, § 160 GWB Rn. 40 m. w. N.

⁷⁸ *Knauff*, NZBau 2016, 195, 195.

⁷⁹ *Otting/Stickler/Stolz/Raabe/Vetter*, VergabeR 2018, 373, 374 ff.

nichtdiskriminierenden Kriterien auswählt und zur Abgabe von Angeboten auffordert.“

Wie § 30 S. 1 HGrG zu entnehmen ist, sind öffentliche Aufträge demnach vorrangig im Wege der Öffentlichen Ausschreibung oder der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zu vergeben. Beide Vergabearten stehen dem Auftraggeber nach seiner Wahl zur freien Verfügung. Andere dagegen nur, sofern die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände dies rechtfertigen (Vorrang der Öffentlichen und Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb). Einzelheiten zur Durchführung eines Vergabeverfahrens sind § 30 HGrG nicht zu entnehmen.

Neben § 30 HGrG ist auf Bundesebene maßgebliche Rechtsgrundlage des Haushaltsvergaberechts § 55 Bundeshaushaltsordnung (BHO). In dessen Absatz 1 wird zunächst der Wortlaut des § 30 HGrG wiederholt. Absatz 2 bestimmt sodann, dass beim Abschluss von Verträgen, nach „*einheitlichen Richtlinien*“ zu verfahren ist. Bei diesen Richtlinien handelt es sich um die zu § 55 BHO ergangenen „Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO)“. Diese verwiesen in der bis zum 1. September 2017 gültigen Fassung zur Konkretisierung des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte auf den Abschnitt 1 der VOB/A und bzgl. der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen auf den Abschnitt 1 der VOL/A. Da im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 der Abschnitt 1 der VOL/A durch die „Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung - UVgO)“ vom 2. Februar 2017⁸⁰ abgelöst worden ist, wurde § 55 VV-BHO mit Rundschreiben des Bundesministeriums für Finanzen vom 1. September 2017⁸¹ neu gefasst und verweist nunmehr für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen auf die UVgO.

⁸⁰ BAnz. AT 07.02.2017 B1, AT 08.02.2017 B1; ausführlich zur UVgO *Lausen*, NZBau 2017, 3.

⁸¹ Rundschreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 01.09.2017, GZ: II A 3 - H 1012-6/16/10003:003, DOK: 2017/0747681. Gemäß Ziffer II. des Rundschreibens ist die Neufassung am Tag nach dem Datum des Rundschreibens, mithin am 02.09.2017 in Kraft getreten.

Strukturell orientiert sich die UVgO stark an der für öffentliche Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte geltenden VgV von April 2016.⁸² Anders als die VgV ist die UVgO aber nicht als Rechtsverordnung, sondern als Verfahrensordnung zu bezeichnen, da die UVgO erst durch den Anwendungsbefehl in den haushaltsrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder (bei den Ländern zum Teil auch über die Landesvergabegesetze) in Kraft gesetzt wird.⁸³ Für die Vergabe von Bauleistungen wird dagegen weiterhin auf den Abschnitt 1 der VOB/A verwiesen.

Ähnlich wie im Oberschwellenbereich bleibt auch im Unterschwellenbereich zu hoffen, dass die Fortführung der VOB/A im Interesse der Vereinfachung und Stringenz des Vergaberechts künftig aufgegeben wird, indem die Vorschriften des Abschnitts 1 der VOB/A vollständig in die UVgO integriert werden.⁸⁴

Für das Haushaltsrecht der Länder und Kommunen gilt eine entsprechende Regelungsstruktur (vgl. z. B. § 55 ThürLHO und § 31 ThürGemHV), wobei die UVgO in den Ländern sukzessive über Verwaltungsvorschriften⁸⁵, Landesvergabegesetze⁸⁶ und Erlasse⁸⁷ eingeführt wird.

2. Landesvergabegesetze

Ergänzt wird das deutsche Vergaberecht seit nunmehr etwa einem Jahrzehnt durch 15 Landesvergabegesetze.⁸⁸ Im Kern sollen deren Bestimmungen zu einer stärkeren Berücksichtigung von sozialen und ökologischen Aspekten

⁸² Zu der hiermit verbundenen funktionalen Annäherung des Haushaltsvergaberechts an das Kartellvergaberecht *Siegel*, *VergabeR* 2018, 183; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Frenz*, *VergabeR* 2018, 245.

⁸³ Amtl. Erläuterung zu § 1 UVgO, *BAnz. AT* v. 7.2.2017 B2, S. 2.

⁸⁴ *Otting/Stickler/Stolz/Raabe/Vetter*, *VergabeR* 2018, 373, 374.

⁸⁵ Vgl. z. B. für Bayern: Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) v. 14.11.2017, *AllgMbl.* Nr. 11, S. 507.

⁸⁶ Vgl. z. B. für Hamburg: Drittes Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes, *HmbGVBl.* Nr. 23, S. 222.

⁸⁷ Vgl. z. B. für NRW: Vergabegrundsätze für Gemeinden nach § 25 Gemeindehaushaltsverordnung NRW (Kommunale Vergabegrundsätze), Runderlass des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung 304-48.07.01/01-169/18 v. 28.8.2018, *MBL NRW.* Nr. 22, 479.

⁸⁸ Mit Ausnahme von Bayern haben alle Bundesländer eigene Landesvergabegesetze erlassen.

bei der Vergabe öffentlicher Aufträge führen.⁸⁹ Sie bezwecken damit - anders als das klassische Haushaltsvergaberecht - vorrangig gesellschafts- und wirtschaftspolitisch wünschenswerte Ziele zu verwirklichen und nicht, die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsmittel zu gewährleisten.⁹⁰ Dabei gehen die Vergabegesetze der Länder zum Teil über rein verfahrensrechtliche Vorgaben hinaus, indem sie die Vergabestellen zur Vereinbarung vertraglicher Ausführungsbedingungen verpflichten (z. B. Vertragsstrafenregelungen, Betretungsbefugnisse, Kontrollrechte).⁹¹

Mit Ausnahme des sächsischen Landesvergabegesetzes (§ 1 Abs. 1 SächsVergabeG) sind die Vergabegesetze der Länder sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich zu beachten. Praktische Relevanz entfalten die Landesvergabegesetze aber vornehmlich im Unterschwellenbereich, da 80 bis 90 %⁹² aller Auftragsvergaben die jeweils maßgeblichen Schwellenwerte nicht erreichen. Hinzu kommt, dass das Kartellvergaberecht zwischenzeitlich, d. h. nach der Vergaberechtsreform 2016, vielfach selbst die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien ausdrücklich vorsieht (vgl. etwa § 97 Abs. 3 GWB; § 31 Abs. 3 VgV). Auch sind die Unternehmen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags gemäß § 128 Abs. 1 GWB verpflichtet, die geltenden (sozial-)rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere geltende Mindestentgelte zu zahlen. Es erscheint daher durchaus fragwürdig, inwieweit eine Anwendung der Landesvergabegesetze im Oberschwellenbereich noch zulässig bzw. sinnvoll ist.⁹³ Soweit die Landesvergabegesetze für die vorliegende Untersuchung relevant sind, sollen sie daher im Rahmen des Unterschwellenbereichs behandelt werden.

⁸⁹ Zu den ökologischen u. sozialen Aspekten der Landesvergabegesetze *Meißner*, VergabeR 2012, 301.

⁹⁰ Die Landesvergabegesetze haben eher einen gegenteiligen Effekt, da sich höhere Lohnkosten u. technisch anspruchsvolle ökologische Lösungen (bspw. im Bereich der Energieeffizienz) in der Regel in höheren Angebotspreisen niederschlagen.

⁹¹ *Mertens*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 88 Rn. 1.

⁹² *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 98 Rn. 14 (80 %); BMWi, Monatsbericht 09/2017, S. 10 (90%).

⁹³ Auch die Gesetzgebungskompetenz der Länder steht im Oberschwellenbereich in Frage; ein „Einfallstor“ besteht jedenfalls für Ausführungsbedingungen i. S. d. § 128 Abs. 2 GWB, hierzu *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 19; *ders.*, NZBau 2015, 597, 600.

3. Binnenmarktrelevante Auftragsvergaben (Primärvergaberecht)

Wie bereits deutlich wurde, finden die europäischen Vergaberichtlinien erst ab dem Erreichen bzw. Überschreiten bestimmter Schwellenwerte Anwendung. Hieraus darf jedoch nicht gefolgert werden, dass der Unterschwellenbereich vom europäischen Recht gänzlich unbeeinflusst ist. Denn sofern ein „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“ am Auftrag besteht und dieser damit Binnenmarktrelevanz entfaltet, sind bei der Auftragsvergabe bestimmte, aus dem europäischen Primärrecht (AEUV, EUV) folgende Grundprinzipien zu beachten, dem durch ein transparentes, nichtdiskriminierendes und die Gleichbehandlung und Chancengleichheit gewährleistendes Verfahren Rechnung zu tragen ist.⁹⁴

Die Binnenmarktrelevanz kann sich im Einzelfall insbesondere aus dem Auftragsgegenstand, dem Auftragswert, den Besonderheiten des betreffenden Sektors, d. h. insbesondere der Größe und Struktur des Marktes, den wirtschaftlichen Gepflogenheiten sowie der geografischen Lage des Ortes der Leistungserbringung ergeben.⁹⁵

C. Ergebnis zu Kapitel 1

Das deutsche Vergaberecht weist entlang der jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwerte eine charakteristische Zweiteilung auf. Während im Oberschwellenbereich das europarechtlich geprägte Kartellvergaberecht anzuwenden ist, wird der Unterschwellenbereich vornehmlich durch rein nationale Vorschriften geprägt, die im Haushaltsrecht (daher: Haushaltsvergaberecht) und den Landesvergabegesetzen verortet sind. Gänzlich unbeeinflusst vom europäischen Recht ist allerdings auch der Unterschwellenbereich nicht, weil bei Auftragsvergaben mit eindeutiger Binnenmarktrelevanz die aus dem europäischen Primärrecht (AEUV, EUV) folgenden Prinzipien der Verfahrenstransparenz, Nichtdiskriminierung,

⁹⁴ Siehe etwa EuGH, Urteil v. 4.4.2019, Rs. C-699/17, „Allianz“ = NZBau 2019, 457 = VergabeR 2019, 634, Rn. 49 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 5.4.2017, Rs. C-298/15, „Borta“ = NZBau 2017, 748, Rn. 36 u. die dort angeführte Rspr.

⁹⁵ *Gabriel*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, § 83 Rn. 8.

Gleichbehandlung und der Chancengleichheit der Bieter zu beachten sind (Primärvergaberecht).

Strukturell lässt sich das Vergaberecht damit in die Teilbereiche

- Kartellvergaberecht,
- Haushaltsvergaberecht,
- Landesvergabegesetze und
- Primärvergaberecht

untergliedern.

Entsprechend dieser Regelungsstruktur behandelt das nachfolgende Kapitel zunächst die Frage, ob die Parteien und Fraktionen einer kartellvergaberechtlichen Bindung unterliegen. In dem sich anschließenden Kapitel drei wird sodann der Frage nachgegangen, ob die Parteien und Fraktionen zur Anwendung des Unterschwellenvergaberechts, d. h. konkret des Haushaltsvergaberechts, der Landesvergabegesetze und des Primärvergaberechts verpflichtet sind.

Kapitel 2 - Anwendbarkeit des Oberschwellenvergaberechts auf Parteien und Fraktionen

A. Einleitung

Der persönliche (subjektive) Anwendungsbereich des oberhalb der Schwellenwerte (§ 106 GWB) maßgeblichen Kartellvergaberechts wird in den §§ 99 bis 101 GWB abschließend definiert. Danach sind öffentliche Auftraggeber (§ 99 GWB), Sektorenauftraggeber⁹⁶ (§ 100 GWB) und Konzessionsgeber⁹⁷ (§ 101 GWB) dem Kartellvergaberecht unterworfen. Gemäß § 98 GWB werden diese unter dem Oberbegriff des Auftraggebers zusammengefasst, wobei der Zweck der Norm lediglich darin besteht, als „verbindende Klammer“ der §§ 98 bis 101 GWB die Übersichtlichkeit und Lesbarkeit für den Rechtsanwender zu verbessern; über diese Rolle hinaus hat § 98 GWB jedoch keinen eigenen Regelungsgehalt.⁹⁸

Als Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber können die Parteien und Fraktionen nicht qualifiziert werden, da sie weder eine Sektorentätigkeit (§ 102 GWB) ausüben noch Konzessionen (§ 105 GWB) vergeben. Fraglich ist jedoch, ob die Parteien und Fraktionen als öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 GWB zu bewerten sind.

⁹⁶ Sektorenauftraggeber sind die in § 100 Abs. 1 GWB genannten öffentlichen Auftraggeber u. natürlichen oder juristischen Personen des privaten Rechts, die eine Sektorentätigkeit i. S. d. § 102 GWB (z. B. im Bereich Wasser, Elektrizität, Gas u. Wärme oder Verkehrsleistungen) ausüben.

⁹⁷ Zu den Konzessionsgebern zählen die in § 101 Nr. 1 bis 3 GWB genannten öffentlichen Auftraggeber u. Sektorenauftraggeber, die eine Bau- oder Dienstleistungskonzession i. S. d. § 105 GWB vergeben.

⁹⁸ BT-Drs. 18/6281, S. 70; vgl. auch *Eschenbruch*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, *GWB-Vergaberecht*, § 98 Rn. 132 ff.

B. Überblick über die öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 GWB

§ 99 GWB enthält eine enumerative, abschließende Aufzählung derjenigen öffentlichen Auftraggeber, die zur Anwendung des Kartellvergaberechts verpflichtet sind.⁹⁹ Zu diesen zählen zunächst Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen (§ 99 Nr. 1 GWB) sowie Verbände von Gebietskörperschaften (§ 99 Nr. 3 GWB). Als öffentliche Auftraggeber gelten des Weiteren andere juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie von Gebietskörperschaften oder deren Verbänden überwiegend finanziert, beaufsichtigt oder kontrolliert werden (§ 99 Nr. 2 GWB); dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Aufsicht oder Kontrolle ausübt (§ 99 Nr. 2 Halbs. 2 GWB). Auch Verbände, deren Mitglieder unter § 99 Nr. 2 GWB fallen, zählen zu den öffentlichen Auftraggebern (§ 99 Nr. 3 GWB). Schließlich gelten als öffentliche Auftraggeber staatlich subventionierte natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter § 99 Nr. 1 bis 3 GWB fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 % subventioniert werden (§ 99 Nr. 4 GWB).

⁹⁹ BT-Drs. 18/6281, S. 70.

I. Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen, § 99 Nr. 1 GWB

Nach § 99 Nr. 1 GWB gelten Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen als öffentliche Auftraggeber. Die Vorschrift knüpft an die Formulierungen des Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 Richtlinie 2014/24/EU, des Art. 3 Nr. 1 Richtlinie 2014/25/EU und des Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2014/23/EU an, wonach der Staat und die Gebietskörperschaften öffentliche Auftraggeber sind.¹⁰⁰ Erfasst werden damit die sog. „klassischen“ bzw. „geborenen“ institutionellen öffentlichen Auftraggeber, deren Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts sich bereits aus ihrer öffentlich-rechtlichen, also formalen Zugehörigkeit zum Staat ergibt.¹⁰¹

Der Begriff der Gebietskörperschaften wird erstmals durch die neuen EU-Vergaberichtlinien näher konkretisiert. Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU bestimmt hierzu, dass für die Zwecke dieses Artikels Gebietskörperschaften Behörden umfassen, die nicht erschöpfend gemäß der Bezugnahme der Verordnung (EG) Nr. 1059/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003¹⁰² über die Schaffung einer gemeinsamen Klassifikation der Gebietseinheiten für die Statistik (NUTS) unter NUTS 1¹⁰³ und 2¹⁰⁴ aufgeführt sind, und sämtliche Behörden der Verwaltungseinheiten, die unter NUTS 3¹⁰⁵ fallen, sowie kleinere Verwaltungseinheiten i. S. d. Verordnung (EG) Nr. 1059/2003¹⁰⁶. Entsprechende Regelungen finden sich in den Richtlinien 2014/23/EU (Art. 6 Abs. 2) und 2014/25/EU (Art. 3 Nr. 2).

Der Sache nach handelt es sich bei Gebietskörperschaften um Körperschaften des öffentlichen Rechts, die auf einem räumlich abgegrenzten Teil des

¹⁰⁰ *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 2; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 3; *Wieddekind*, Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 1; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 19.

¹⁰¹ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 5; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 1 u. 3; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 7; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 52; *Burgi*, Vergaberecht, § 8 Rn. 3.

¹⁰² ABl. 2003, Nr. L 154, S. 1.

¹⁰³ Dieser Klassifikation unterfallen die Bundesländer.

¹⁰⁴ Dieser Klassifikation unterfallen bestimmte Regionen, insbesondere Regierungsbezirke.

¹⁰⁵ Dieser Klassifikation unterfallen die Landkreise u. kreisfreien Städte.

¹⁰⁶ Dieser Klassifikation unterfallen die Gemeinden.

Staatsgebietes über Gebietshoheit verfügen.¹⁰⁷ Hierzu sind der Bund, die Länder, die Landkreise¹⁰⁸ sowie die Städte und Gemeinden zu zählen.¹⁰⁹ Keine öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB sind andere Körperschaften als Gebietskörperschaften, also die Personal- (z. B. Rechtsanwaltskammern, Ärztekammern, Apothekerkammern), Verbands- (z. B. kommunale Zweckverbände) und Realkörperschaften (z. B. Industrie- und Handelskammern, Wasser- und Bodenverbände).¹¹⁰

Einer Gebietskörperschaft sind die Auftragsvergaben „ihrer“ rechtlich unselbstständigen Stellen zuzurechnen, da andernfalls die Gefahr einer Umgehung des Vergaberechts bestünde, indem diese ihre Auftragsvergaben von Stellen durchführen lässt, die zwar organisatorisch, nicht aber rechtlich verselbstständigt sind. Eine öffentliche Auftragsvergabe durch eine Gebietskörperschaft liegt daher ebenso vor, wenn diese von ihren Organen, Ministerien, sonstigen Behörden und Ämtern oder den in § 99 Nr. 1 GWB ausdrücklich erwähnten Sondervermögen¹¹¹ durchgeführt wird.¹¹² Dies gilt nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf auch dann, wenn es sich um ein Verfassungsorgan, wie etwa den Deutschen Bundestag, handelt.¹¹³

¹⁰⁷ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 Rn. 7; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 98 Rn. 15; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 7.

¹⁰⁸ Zum Teil werden die Landkreise auch als Verbände i. S. d. § 99 Nr. 3 GWB verortet, da die Landkreise zu den Gemeindeverbänden i. S. v. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG zählen, so z. B. *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 8. Andererseits bezeichnen die Landkreisordnungen die Kreise auch als „Gebietskörperschaften“ (z. B. § 1 Abs. 2 KrO NRW, § 86 Abs. 1 ThürKO), was wiederum dafür spricht, die Landkreise als öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB zu verorten. In der Praxis kann eine Einordnung letztlich dahinstehen, da die Regelungen des § 99 Nr. 1 u. 3 GWB gleichrangig sind u. keine unterschiedlichen Rechtsfolgen nach sich ziehen. Näher zur vergaberechtlichen Einordnung der Landkreise *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 5; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 6.

¹⁰⁹ *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 7; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 3; *Burgi*, Vergaberecht, § 8 Rn. 3.

¹¹⁰ *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 7; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 7.

¹¹¹ Sondervermögen sind dezentrierte Verwaltungsstellen, die haushaltsrechtlich u. organisatorisch, nicht aber rechtlich verselbstständigt sind. Zu den Sondervermögen zählen insbesondere die Eigen- u. Regiebetriebe der Kommunen.

¹¹² *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 14; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 4; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 9 u. 13; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 6; *Burgi*, Vergaberecht, § 8 Rn. 3.

¹¹³ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 2.11.2016, Verg 23/16 = ZfBR 2017, 190; vgl. auch EuGH, Urteil v. 17.9.1998, Rs. C-323/96, „Vlaamse Raad“.

Die Parteien und Fraktionen sind zweifellos keine Gebietskörperschaften und keine Sondervermögen i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB. Zu erwähnen ist aber, dass die Parteien¹¹⁴ und Fraktionen¹¹⁵ von Teilen der (älteren) Rspr. und Literatur im staatlichen bzw. staatsorganschaftlichen Bereich verortet werden. Entsprechend dieser Auffassungen und unter Berücksichtigung der zuvor erwähnten Rspr. des OLG Düsseldorf kommt in Betracht, dass die Auftragsvergaben der Parteien und Fraktionen dem Staat als Gebietskörperschaft i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB zuzurechnen sind.

Allerdings sind die Parteien nach mittlerweile gefestigter Rspr. des BVerfG nicht als staatliche, also öffentlich-rechtliche Einrichtungen einzustufen, sondern als *„frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Gruppen, die dazu berufen sind, bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken und in den Bereich der institutionalisierten Staatlichkeit hineinzuwirken, ohne jedoch dem Staat selbst anzugehören.“*¹¹⁶ Die heute ganz h. M.¹¹⁷ zählt die Parteien daher zu den bürgerlich-rechtlichen Organisationen. Demgemäß können ihre Auftragsvergaben dem Staat als Gebietskörperschaft i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB nicht zugerechnet werden.¹¹⁸

Fraglich ist, ob im Ergebnis gleiches auch für die Auftragsvergaben der Fraktionen gilt. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob die

¹¹⁴ Vgl. etwa BVerfGE 4, 27 [30] - üben „Funktionen eines Verfassungsorgans“ aus; 1, 208 [225 ff.] - „integrierende Bestandteile des Verfassungsaufbaus“, „leben (...) innerhalb der Verfassungssphäre“, „Faktoren des Verfassungslebens“; 2, 1 [73] - „Rang einer verfassungsrechtlichen Institution“, ebenso BVerfGE 5, 85 [133]; 11, 239 [241]; 44, 125 [145]; 73, 40 [85]; *Leibholz*, DVBl. 1950, 194, 196 - „Einfügung der politischen Parteien in den staatlichen Herrschaftsapparat“; *Kaiser*, Die Repräsentation organisierter Interessen, S. 238 - „Träger der staatlichen Herrschaft“.

¹¹⁵ Vgl. etwa *Hauenschild*, Wesen u. Rechtsnatur der Fraktionen, S. 170 - „Organe des Parlaments“; *Hölscheidt*, Das Recht der Parlamentsfraktionen, S. 322 - „Organteile des Parlaments“; *Borchert*, AöR 1977, 210, 231 - „Staatsorgan sui generis“, ebenso *Schmidt*, DÖV 1990, 102, 105; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 40 Rn. 7 - „Quasi-Organ, Organ sui generis oder Organteil“ des Parlaments; *Henke*, Das Recht der politischen Parteien, S. 146 - „Die Fraktion ist (...) Teil der Staatsorganisation, genauer: Teil des Parlaments, also Organteil“.

¹¹⁶ BVerfGE 20, 56 [101]; vgl. auch 85, 264 [287].

¹¹⁷ *Rixen*, in: Kersten/Rixen, PartG, § 3 Rn. 28 f.; *Lenski*, PartG, § 3 Rn. 4 ff.; *Ipsen*, in: ders., PartG, § 3 Rn. 14; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 441; *Volkman*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 2, Art. 21 Rn. 37; *Grzeszick/Rauber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 21 Rn. 37; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 274; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 21 Rn. 4; *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 21 Rn. 53; *Seifert*, Die politischen Parteien, S. 77 f.; *Rübenkönig*, Die Rechenschaftspflicht der politischen Parteien, S. 62; *Hientzsch*, NVwZ 2009, 1135, 1135.

¹¹⁸ Vgl. zur rechtlichen Einordnung (Rechtsnatur) der Parteien ebenfalls unten, Kapitel 2 C. II. b) bb) (1).

Fraktionen unter Berücksichtigung des Organbegriffs als Organe des Staates oder des Parlaments, also mittelbare Staatsorgane, qualifiziert werden können.

Kennzeichnend für den Organbegriff sind ein institutionelles und ein funktionelles Begriffsmerkmal.¹¹⁹

Institutionell zeichnet sich ein Organ dadurch aus, dass es einerseits ein rechtlich unselbstständiger, zugleich aber auch ein hinreichend organisatorisch verfestigter Teil eines Rechtsträgers ist.¹²⁰ Die organisatorische Verfestigung verlangt, dass ein Organ vom Wechsel seiner Mitglieder/Inhaber derart unabhängig ist, dass es auch dann noch (fort-)bestehen kann, wenn es zeitweilig überhaupt keine Mitglieder/Inhaber hat.¹²¹ Ob die Fraktionen diese Voraussetzung erfüllen, erscheint mit Blick auf das in § 10 Abs. 1 S. 1 GO-BT geregelte Mindestquorum¹²² fragwürdig, denn bei einem Absinken der Mitgliederzahl unter das geltende Mindestquorum erlischt gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 1 AbgG der Fraktionsstatus. Damit kann gerade bei kleineren Fraktionen, die das Mindestquorum nur knapp erreichen, die Existenz sprichwörtlich „am seidenen Faden hängen“, weil eventuell schon der Austritt nur eines Fraktionsmitglieds die Existenz der gesamten Fraktion beenden kann. Dieser Umstand spricht dafür, die Organqualität der Fraktionen bereits aufgrund einer fehlenden hinreichenden organisatorischen Verfestigung abzulehnen.

Letztlich kann dies jedoch offenbleiben, weil die Fraktionen gemäß § 46 Abs. 1 AbgG als rechtsfähige Vereinigungen von Abgeordneten gelten und damit eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Sie können daher gerade kein rechtlich unselbstständiger Teil eines (anderen) Rechtsträgers sein, wie es das institutionelle Merkmal des Organbegriffs verlangt.

¹¹⁹ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 22 ff.; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 48; grundlegend zum Organbegriff *Wolff*, Organschaft u. juristische Person, Band 2, S. 91 ff.

¹²⁰ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 23; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 208; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 48.

¹²¹ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 23; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 48.

¹²² Nach § 10 Abs. 1 S. 1 GO-BT sind Fraktionen Vereinigungen von mindestens fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages, die derselben Partei oder solchen Parteien angehören, die auf Grund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander im Wettbewerb stehen.

Darüber hinaus sind die Fraktionen auch in funktioneller Hinsicht nicht als Organ zu bewerten. Funktionell zeichnet sich ein Organ dadurch aus, dass es seine Zuständigkeiten vermittelnd für den endgültig verpflichteten oder berechtigten Rechtsträger wahrnimmt, für den es handelt.¹²³ Weder in der Verfassung noch im Abgeordnetengesetz des Bundes (AbgG) oder in der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GO-BT) findet sich aber eine Vorschrift, welche die Fraktionen ermächtigt, Rechte bzw. Zuständigkeiten des Staates oder des Gesamtparlaments wahrzunehmen.¹²⁴

Die Fraktionen erfüllen somit weder das institutionelle noch das funktionelle Merkmal des Organbegriffs und sind daher weder als (unmittelbare) Staatsorgane noch als Organe des Parlaments, also mittelbare Staatsorgane, zu qualifizieren.¹²⁵

Zu konstatieren ist damit, dass die Parteien und Fraktionen nicht zu den öffentlichen Auftraggebern i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB zählen. Zudem können ihre Auftragsvergaben dem Staat als Gebietskörperschaft i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB nicht zugerechnet werden, weil die Parteien und Fraktionen nicht zu den (unmittelbaren oder mittelbaren) Staatsorganen zählen.

¹²³ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 24; vgl. auch *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 48

¹²⁴ Vgl. BT-Drs. 12/4756, S. 6; *Braun/Jantsch/Klante*, AbgG, § 46 Rn. 4; *Butzer*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, Art. 38 Rn. 136; *Lontzek*, in: *Austermann/Schmahl*, AbgG, § 46 Rn. 5; *Hölscheidt*, Das Recht der Parlamentsfraktionen, S. 321; *Klein*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 38 Rn. 249; *Kluth*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, Art. 40 Rn. 71 u. 79; *Pfeil*, Der Abgeordnete u. die Fraktion, S. 74; *Hagelstein*, Die Rechtsstellung der Fraktionen im Deutschen Parlamentswesen, S. 96 f.; *Schwarz*, in: *Busch/Berger*, Die parlamentarische Kontrolle - Institutionen u. Funktionen des Deutschen Bundestages, S. 114 f.; *Linck*, in: *ders./Baldus/Lindner u. a.*, ThürVerf, Art. 58 Rn. 11.

¹²⁵ Im Ergebnis ebenso *Hölscheidt*, Das Recht der Parlamentsfraktionen, S. 321; *Hagelstein*, Die Rechtsstellung der Fraktionen im Deutschen Parlamentarismus, S. 97 f.; *Achterberg*, Grundzüge des Parlamentsrechts, S. 39; *Linck*, in: *ders./Baldus/Lindner u. a.*, ThürVerf, Art. 58 Rn. 11; *Schwarz*, in: *Busch/Berger*, Die parlamentarische Kontrolle - Institutionen u. Funktionen des Deutschen Bundestages, S. 114; *Schmidt*, DÖV 1990, 102, 105; *Pfeil*, Der Abgeordnete u. die Fraktion, S. 74 ff; vgl. zur Rechtsnatur der Fraktionen ebenfalls unten, Kapitel 2 C. II. 2. c) bb) (1).

II. Funktionelle öffentliche Auftraggeber, § 99 Nr. 2 GWB

Nach § 99 Nr. 2 GWB gelten als öffentliche Auftraggeber *„andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern*

- a) sie überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 GWB oder nach § 99 Nr. 3 GWB einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,*
- b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB unterliegt oder*
- c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB bestimmt worden sind“.*

Ergänzend bestimmt § 99 Nr. 2 Halbs. 2 GWB, dass eine besondere Staatsgebundenheit auch dann gegeben ist, wenn eine juristische Person, welche die Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB erfüllt, einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder des privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat.

Der Sinn und Zweck des § 99 Nr. 2 GWB besteht darin zu verhindern, dass institutionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB sich den Bindungen des Vergaberechts entziehen können, indem sie staatliche Aufgaben und Funktionen auf rechtlich selbstständige Organisationseinheiten übertragen, die selbst keine Gebietskörperschaften oder Sondervermögen i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB sind; insbesondere eine „Flucht aus dem Vergaberecht“ durch Organisationsprivatisierung soll damit unterbunden werden.¹²⁶ Die privatrechtliche Rechtsform einer Einrichtung darf daher kein Kriterium sein, welches für sich allein genommen die

¹²⁶ Vgl. *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 15; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 21; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 13; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 12; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 18; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 2 u. 37; *Burgi*, Vergaberecht, § 8 Rn. 8.

Einstufung einer Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber i. S. d. Kartellvergaberechts ausschließt. Der funktionelle Auftraggeberbegriff i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB erfasst dementsprechend nicht nur öffentlich-rechtlich, sondern ebenso privatrechtlich verfasste juristische Personen, sofern diese im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnehmen und aufgrund staatlicher Finanzierung, Aufsicht oder Leitung eine besondere Staatsnähe aufweisen.¹²⁷ Dies hat mit Blick auf den in den vergangenen Jahrzehnten stark ausgeweiteten Bereich der Aufgabenprivatisierung eine erhebliche Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts zur Folge.¹²⁸ Der Vorschrift kommt deshalb von allen Tatbeständen der §§ 98 bis 101 GWB die mit Abstand größte praktische Bedeutung zu.¹²⁹

Allerdings bereitet die Einordnung einer Einrichtung als funktioneller öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB aufgrund der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe in der Praxis immer wieder erhebliche Schwierigkeiten.¹³⁰ Nach wie vor ist deshalb bei einer erheblichen Anzahl von Einrichtungen nicht (abschließend) entschieden, ob diese die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Begriffs des funktionellen öffentlichen Auftraggebers erfüllen und daher dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfallen.¹³¹ Die Vorschrift des § 99 Nr. 2 GWB steht daher häufig im Mittelpunkt vergaberechtlicher Diskussionen.¹³²

Auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchung lautet die Kernfrage, ob die Parteien und Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99

¹²⁷ *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 12; *Burgi*, Vergaberecht, § 8 Rn. 7.

¹²⁸ *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 21.

¹²⁹ *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 21.

¹³⁰ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 26; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 13; *Wieddekind*, Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 9.

¹³¹ *Wieddekind*, Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 9; Umfangreiche Übersichten zu den diskutierten öffentlichen Auftraggebern finden sich bei *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 114 ff.; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 20; *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 50 ff.; *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, § 99 GWB Rn. 66 ff.; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 36 ff., 51 ff. u. 60 ff.; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, § 99 Rn. 83; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 98 GWB Rn. 113 ff.

¹³² *Kratzenberg*, NZBau 2009, 103, 105.

Nr. 2 GWB zu bewerten sind, die im Rahmen dieses Kapitels unter C. beantwortet werden soll. Da hierfür ein zutreffendes Verständnis des funktionellen Auftraggeberbegriffs Voraussetzung ist, wird nachfolgend auf die unionsrechtlichen Grundlagen und die aus der Rspr. des EuGH folgenden Grundsätze zur Auslegung der (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB näher eingegangen.

1. Unionsrechtliche Grundlagen

Unionsrechtliche Grundlage des § 99 Nr. 2 GWB ist der in Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 Richtlinie 2014/24/EU enthaltene Begriff der Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Als solche gelten danach alle Einrichtungen „mit sämtlichen der folgenden Merkmale:

- a) Sie wurden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen,
- b) sie besitzen Rechtspersönlichkeit und
- c) sie werden überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder unterstehen hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht dieser Gebietskörperschaften oder Einrichtungen oder sie haben ein Verwaltungs-, Leitungs- beziehungsweise Aufsichtsorgan, das mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.“

Der deutsche Gesetzgeber hat den Wortlaut der Richtlinie nahezu gleichlautend umgesetzt, ohne jedoch den Begriff der Einrichtungen des öffentlichen Rechts zu übernehmen. Dieser wurde durch die Wendung „andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts“ ersetzt. Zurückzuführen ist dies wohl darauf, dass es nach dem deutschen Rechtsverständnis irreführend gewesen wäre, private Rechtssubjekte als Einrichtungen des öffentlichen Rechts zu qualifizieren.¹³³

¹³³ Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 465.

Historisch betrachtet ist der Begriff der Einrichtungen des öffentlichen Rechts Ausdruck des durch die Rspr. des EuGH vorgegebenen Wandels von einem institutionellen zu einem funktionellen Verständnis des europäischen Auftraggeberbegriffs.¹³⁴

In den ersten europäischen Vergaberichtlinien - der Baukoordinierungsrichtlinie vom 26. Juli 1971¹³⁵ und der Lieferkoordinierungsrichtlinie vom 21. Dezember 1976¹³⁶ - galten als öffentliche Auftraggeber gem. Art. 1 lit. b) beider genannten Richtlinien „*der Staat, die Gebietskörperschaften und die in Anhang I aufgeführten juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder - in den Mitgliedstaaten, die diesen Begriff nicht kennen - die dort aufgeführten gleichwertigen Einrichtungen*“.¹³⁷

Entscheidender Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des Kreises der dem europäischen Vergaberecht unterworfenen öffentlichen Auftraggeber war demnach zunächst ausschließlich die öffentlich-rechtliche Verfasstheit und damit die formale Eingliederung einer Einrichtung in die Staatsorganisation. Diese Beschränkung beruhte darauf, dass es als schwierig angesehen wurde, eine für alle Mitgliedstaaten angemessene und sachgerechte Regelung zu finden, weshalb man sich mit dieser Definition im Wesentlichen auf diejenigen Auftraggeber einigte, die in den nationalen Konzepten übereinstimmend bereits als öffentliche Auftraggeber anerkannt waren.¹³⁸

¹³⁴ Ausführlich zur Entwicklung des Auftraggeberbegriffs unter dem Einfluss des EU-Rechts *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 8 ff. u. § 99 GWB Rn. 18; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 14; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 98 Rn. 2 ff.

¹³⁵ Richtlinie 71/305/EWG des Rates v. 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971, Nr. L 185, S. 5.

¹³⁶ Richtlinie 77/62/EWG des Rates v. 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1977, Nr. L 13, S. 1.

¹³⁷ Laut Anhang I gehörten zu den öffentlichen Auftraggebern in allen Mitgliedstaaten die aus Gebietskörperschaften bestehenden Verbände des öffentlichen Rechts u. gleichwertige Einheiten. Im Weiteren wurden die dem Begriff des öffentlichen Auftraggebers unterfallenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts enumerativ für jeden Mitgliedstaat aufgezählt. Für Deutschland wurden die bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten u. Stiftungen des öffentlichen Rechts u. die der staatlichen haushaltsmäßigen Kontrolle unterliegenden landesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten u. Stiftungen des öffentlichen Rechts benannt.

¹³⁸ Vgl. *Reider*, in: Montag/Säcker, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3, § 98 GWB Rn. 1; *Frank*, Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, S. 73.

Dem EuGH ging dieses formale Verständnis des Auftraggeberbegriffs nicht weit genug. In der Rs. „Beentjes“ vom 20. September 1988¹³⁹ entschied der EuGH daher, dass das Ziel eines umfassenden freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs eine funktionelle und weite Auslegung des in Art. 1 lit. b) der Baukoordinierungsrichtlinie vom 26. Juli 1971 verwendeten Begriffs des „Staates“ erfordert, denn das *„Ziel der Richtlinie, die die tatsächliche Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge anstrebt, wäre gefährdet, wenn sie allein deswegen unanwendbar wäre, weil ein öffentlicher Bauauftrag von einer Einrichtung vergeben wird, die geschaffen wurde, um ihr durch Gesetz zugewiesene Aufgaben zu erfüllen, die jedoch nicht förmlich in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist. Eine Einrichtung [...] deren Zusammensetzung und Aufgaben gesetzlich geregelt sind und die insoweit von der öffentlichen Hand abhängig ist, als diese ihre Mitglieder ernennt, die Beachtung der sich aus ihren Handlungen ergebenden Verpflichtungen gewährleistet und die von ihr vergebenen öffentlichen Aufträge finanziert, ist daher als dem Staat im Sinne der vorgenannten Bestimmung zugehörig anzusehen, auch wenn sie formell kein Bestandteil desselben ist.“*¹⁴⁰

In Folge dieser Rspr. wurde mit der Richtlinie 89/440/EWG¹⁴¹ zur Änderung der Baukoordinierungsrichtlinie der funktionelle Auftraggeberbegriff durch Aufnahme der Einrichtungen des öffentlichen Rechts erweitert. Damit wurde der funktionelle Auftraggeberbegriff erstmalig gemeinschaftsrechtlich positiviert.

Eine beispielhafte, mithin nicht abschließende Aufzählung, der „Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts“, die die Kriterien des Begriffs der Einrichtungen des öffentlichen Rechts erfüllten, war in Anhang I der Richtlinie 89/440/EWG enthalten. Die dort aufgeführten, nach Mitgliedstaaten getrennten, Verzeichnisse waren so vollständig wie möglich zu halten und konnten nach einem bestimmten, in

¹³⁹ EuGH, Urteil v. 20.9.1988, Rs 31/87, „Beentjes“ = NVwZ 1990, 353.

¹⁴⁰ EuGH, Urteil v. 20.9.1988, Rs 31/87, „Beentjes“ = NVwZ 1990, 353, Rn. 9 ff.

¹⁴¹ Richtlinie 89/440/EWG des Rates v. 18.7.1989 zur Änderung der RL 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1989, Nr. L 210, S. 1.

Artikel 30b Richtlinie 89/440/EWG geregelt, Verfahren geändert werden. Zu diesem Zweck hatten die Mitgliedstaaten der Kommission regelmäßig die Änderungen an ihren Verzeichnissen bekannt zu geben. Allerdings war die bloße Nennung einer Stelle im Anhang I für die Einstufung als Einrichtung des öffentlichen Rechts nicht ausreichend. Die Aufnahme in die Auflistung des Anhangs I begründete vielmehr lediglich eine widerlegliche Vermutung, dass es sich um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts handelte.¹⁴² Die nachfolgenden europäischen Vergaberichtlinien führten das Verzeichnis der Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts zunächst fort.¹⁴³ Mit Inkrafttreten der derzeit gültigen Vergaberichtlinien ist das Verzeichnis jedoch entfallen.

In das deutsche Recht wurde der funktionelle Auftraggeberbegriff erstmalig im Zuge der haushaltsrechtlichen Lösung integriert (§ 57a Abs. 1 Nr. 1 bis 8 HGrG a. F.) und findet sich heute für öffentliche Auftraggeber in § 99 Nr. 2 GWB, für Sektorenauftraggeber in § 100 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB und für Konzessionsgeber in § 101 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 GWB.¹⁴⁴

¹⁴² EuGH, Urteil v. 11.6.2009, Rs. C-300/07, „Oymanns“ = NZBau 2009, 520 = VergabeR 2009, 744, Rn. 40 ff.; *Badenhausen-Fähle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 32; *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 48.

¹⁴³ Zuletzt als Anhang III zur Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments u. des Rates v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge u. Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004, Nr. L 134, S. 114.

¹⁴⁴ *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 11.

2. Auslegungsgrundsätze des EuGH

Nach ständiger Rspr. des EuGH handelt es sich bei dem Begriff der Einrichtungen des öffentlichen Rechts um einen Begriff des Unionsrechts, der in der gesamten Union autonom und einheitlich auszulegen ist.¹⁴⁵ Dabei müssen die drei in dieser Bestimmung enthaltenen Voraussetzungen kumulativ vorliegen, so dass beim Fehlen auch nur einer Voraussetzung die betreffende Einrichtung nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts und folglich auch nicht als öffentlicher Auftraggeber qualifiziert werden kann.¹⁴⁶

Wie bereits in der Rs. „Beentjes“¹⁴⁷, lässt sich der EuGH bei der Auslegung des Begriffs der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und dessen Tatbestandsmerkmalen von den Zielen und Grundsätzen der Vergaberichtlinien leiten. So hat der EuGH formuliert, *„dass die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene die Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr beseitigen und somit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen soll, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten. Folglich besteht der Zweck der Richtlinie darin, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt“*.¹⁴⁸ Im Lichte der *„doppelten Zielsetzung einer Öffnung für den Wettbewerb und der Transparenz, die mit*

¹⁴⁵ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 35.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 29; EuGH, Urteil v. 10.5.2001, Rs. C-223/99 u. C-260/99, „Agorà u. Excelsior“ = NZBau 2001, 405 = VergabeR 2001, 281, Rn. 26; EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 34; EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 32; EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632, Rn. 36.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil v. 20.9.1988, Rs 31/87, „Beentjes“ = NVwZ 1990, 353, Rn. 11.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2001, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 16 f.; EuGH, Urteil v. 1.2.2001, Rs. C-237/99, „OPAC“ = NZBau 2001, 215 = VergabeR 2001, 118, Rn. 41 ff.

den Richtlinien zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verfolgt wird“, sei der Begriff der Einrichtungen des öffentlichen Rechts „funktionell auszulegen“ und „in einem weiten Sinne aufzufassen“. ¹⁴⁹

Zur Erzielung eines richtlinienkonformen Untersuchungsergebnisses müssen diese Auslegungsgrundsätze im Rahmen der in diesem Kapitel unter C. zu klärenden Frage, ob die Parteien und Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bewerten sind, stets Berücksichtigung finden.

III. Verbände, § 99 Nr. 3 GWB

Auch Verbände, bei deren Mitgliedern es sich um juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB handelt, gelten gemäß § 99 Nr. 3 GWB als öffentliche Auftraggeber. Es handelt sich um einen Auffangtatbestand zur Erfassung von Einrichtungen, die selbst nicht unter § 99 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB fallen. ¹⁵⁰ Richtigerweise muss der Verband nach den nationalen Vorschriften zumindest (Teil-)Rechtsfähigkeit besitzen, weil andernfalls keine Beschaffungsverträge abgeschlossen werden könnten. ¹⁵¹ Relevanz besitzt § 99 Nr. 3 GWB insbesondere für Landschaftsverbände und kommunale Zweckverbände, wie etwa Abwasser-, Abfall-, Wasserversorgungs- und Planungsverbände. ¹⁵² Die Rechtsform des Verbands ist unerheblich. ¹⁵³ Erfasst werden daher auch die privatrechtlich organisierten kommunalen Spitzenverbände (Städte-, Gemeinde- und Landkreistage). ¹⁵⁴ Dagegen werden die Parteien und Fraktionen von § 99 Nr. 3 GWB nicht erfasst, weil deren Mitglieder keine juristischen Personen (i. S. d. § 99 Nr. 1

¹⁴⁹ EuGH, Urteil v. 15.5.2003, Rs. C-214/00, „Kommission/Spanien“ = NZBau 2003, 450 = ZfBR 2003, 795, Rn. 53 u. die dort angeführte Rspr.

¹⁵⁰ Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 116; Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz/Priß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 283.

¹⁵¹ Badenhausen-Fähnle, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 86; a. A.: Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 116.

¹⁵² Pünder, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 68; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 98; Krohn/Schneider, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 70.

¹⁵³ Badenhausen-Fähnle, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 86; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 98.

¹⁵⁴ Pünder, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 69; Burgi, Vergaberecht, § 8 Rn. 4.

und 2 GWB), sondern ausschließlich natürliche Personen (Parteimitglieder¹⁵⁵ bzw. Abgeordnete) sind.

IV. Subventionierte öffentliche Auftraggeber, § 99 Nr. 4 GWB

Ferner sind öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts oder des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter § 99 Nr. 1, 2 oder 3 GWB fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 % subventioniert werden. Der Sinn und Zweck der Vorschrift besteht darin, sog. Drittvergaben zu erfassen, bei denen ein unter § 99 Nr. 1, 2 oder 3 GWB fallender öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag nicht selbst vergibt, sondern die Mittel, die für den Auftrag aufzuwenden wären, einem Dritten als Subvention gewährt und der Dritte aus diesen Mittel seinerseits Aufträge zur Vorhabenrealisierung vergibt.¹⁵⁶ Der Tatbestand dient daher zur Vermeidung von Umgehungsversuchen.¹⁵⁷

Die Parteien und Fraktionen können nicht als subventionierte öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 4 GWB qualifiziert werden, da diese keine der vorgenannten Maßnahmen bzw. Vorhaben ausführen.

V. Ergebnis zu § 99 Nr. 1, 3 und 4 GWB

Die Parteien und Fraktionen sind keine öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB (Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen), keine öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 3 GWB (Verbände) und keine öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 4 GWB (subventionierte öffentliche Auftraggeber).

¹⁵⁵ Mitglieder einer Partei können gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 PartG nur natürliche Personen sein.

¹⁵⁶ Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 119.

¹⁵⁷ Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 106; Krohn/Schneider, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 72.

Fraglich ist aber, ob die Parteien und Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB qualifiziert werden können. Dem ist im Folgenden nachzugehen.

C. Parteien und Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB

Gemäß § 99 Nr. 2 GWB handelt es sich bei den Parteien und Fraktionen um funktionelle öffentliche Auftraggeber, wenn sie

- als juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts zu beurteilen sind (hierzu nachfolgend unter I.),
- zu dem besonderen Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen (hierzu nachfolgend unter II.) und
- eine besondere Staatsgebundenheit aufweisen, weil sie überwiegend staatlich finanziert werden, einer staatlichen Aufsicht unterliegen oder ihre Leitungsorgane mehrheitlich durch staatliche Stellen besetzt werden (hierzu nachfolgend unter III.).

I. Juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts

§ 99 Nr. 2 GWB knüpft die Eigenschaft als funktioneller öffentlicher Auftraggeber zunächst an das Vorliegen einer juristischen Person des öffentlichen oder des privaten Rechts.

1. Definition

Zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts zählen bundes-, landes- und gemeindeunmittelbare (rechtsfähige)¹⁵⁸ Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, wie etwa Universitäten, berufsständische

¹⁵⁸ Nicht rechtsfähige Stellen (z. B. nicht rechtsfähige Anstalten u. Stiftungen des öffentlichen Rechts) können keine öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 bis 4 GWB sein; soweit nicht rechtsfähige Stellen öffentliche Aufträge vergeben, wird die Auftragsvergabe aber demjenigen Rechtsträger zugerechnet, für den die betreffende Stelle handelt, da andernfalls die Gefahr einer Umgehung des Vergaberechts bestünde, indem der Staat Auftragsvergaben von Stellen durchführen lässt, die zwar organisatorisch, nicht aber rechtlich verselbstständigt sind, vgl. hierzu oben, Kapitel 2 B. I.

Vereinigungen (Rechtsanwalts-, Notar-, Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer-, Architekten-, Ärzte- und Apothekerkammern), Wirtschaftsvereinigungen (z. B. Handwerks-, Industrie- und Handelskammern, Landwirtschaftskammern), Sozialversicherungen (Gesetzliche Krankenkassen, Gesetzliche Unfall- und Rentenversicherungsträger), kassenärztliche Vereinigungen, Anstalten des Bundes-, der Länder und der Kommunen sowie Kultur-, Wohlfahrts- und Hilfsstiftungen.¹⁵⁹ Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen unterfallen nicht § 99 Nr. 2 GWB, sondern der insoweit spezielleren Regelung des § 99 Nr. 1 GWB.¹⁶⁰

Juristische Personen des privaten Rechts sind der rechtsfähige Verein des bürgerlichen Rechts, die eingetragene Genossenschaft, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.¹⁶¹

2. Parteien

Die politischen Parteien werden als Folge ihrer gesellschaftlichen Verwurzelung nach ganz h. M. entweder als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine des bürgerlichen Rechts gegründet.¹⁶² Rechtsfähige Vereine des bürgerlichen Rechts zählen zu den juristischen Personen des Privatrechts. Somit erfüllen Parteien, die als rechtsfähige Vereine des bürgerlichen Rechts organisiert sind, die erste Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Nr. 2 GWB.

¹⁵⁹ *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 19; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 35; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 31.

¹⁶⁰ *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 19; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 3.

¹⁶¹ *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 38; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 32; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht, § 99 Rn. 35; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 19; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 98 Rn. 42.

¹⁶² *Rixen*, in: Kersten/Rixen, PartG, § 3 Rn. 28 f.; *Lenski*, PartG, § 3 Rn. 4 ff.; *Ipsen*, in: ders., PartG, § 3 Rn. 14; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 441; *Volkmann*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 2, Art. 21 Rn. 37; *Grzeszick/Rauber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 21 Rn. 37; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 274; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 21 Rn. 4; *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 21 Rn. 53; *Morlok/Merten*, Parteienrecht, S. 233; *Seifert*, Die politischen Parteien, S. 77f.; *Rübenkönig*, Die Rechenschaftspflicht der politischen Parteien, S. 62; *Hientzsch*, NVwZ 2009, 1135, 1135.

Traditionell handelt es sich allerdings bei den meisten Parteien um nicht rechtsfähige Vereine (so z. B. CDU und SPD).¹⁶³ Gemäß § 54 S. 1 BGB sind auf nicht rechtsfähige Vereine die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) anzuwenden. Ebenso wie die sog. Außen-GbR¹⁶⁴ ist daher auch der nicht rechtsfähige Verein als teilrechtsfähiges Rechtssubjekt anzuerkennen, soweit dieser durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.¹⁶⁵ Teilrechtsfähige Personen sind mangels Vollrechtsfähigkeit keine juristischen Personen im gesellschaftsrechtlichen Sinne.

Fraglich ist daher, ob teilrechtsfähige Rechtssubjekte dem Begriff der juristischen Person i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB unterfallen.

Dagegen spricht zunächst der eindeutige Wortlaut des § 99 Nr. 2 GWB, der sich ausschließlich auf „juristische Personen“ und eben auf keine anderen Rechtssubjekte, insbesondere auf keine teilrechtsfähigen Rechtssubjekte bezieht. Auch der Wortlaut der zugrundeliegenden Richtlinie spricht eher gegen eine Einbeziehung teilrechtsfähiger Personen, da der insoweit maßgebliche Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. b Richtlinie 2014/24/EU voraussetzt, dass die in Frage stehende Einrichtung „Rechtspersönlichkeit“ besitzt.¹⁶⁶

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es sich bei dem Begriff der Rechtspersönlichkeit um einen Begriff des Gemeinschaftsrechts handelt, der gemäß den angesprochenen Auslegungsgrundsätzen des EuGH¹⁶⁷ in der gesamten Union autonom und einheitlich auszulegen ist.¹⁶⁸ Dabei erfordern die Ziele des Gemeinschaftsrechts ein funktionelles und weites Begriffsverständnis.¹⁶⁹ Auf eine rein formale Klassifizierung einer

¹⁶³ *Maurer*, Staatsrecht I, § 3 Rn. 8 u. § 11 Rn. 19; *Volkman*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 2, Art. 21 Rn. 37; *Reffken*, NVwZ 2009, 1131, 1132.

¹⁶⁴ Zu deren Anerkennung als teilrechtsfähiges Rechtssubjekt BGH, Urteil v. 29.1.2001, II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056, 1058.

¹⁶⁵ *Ellenberger*, in: Palandt, § 54 BGB Rn. 7; *Lenski*, PartG, § 3 Rn. 10 f.; *Volkman*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 2, Art. 21 Rn. 37; *Ipsen*, in: ders., PartG, § 3 Rn. 11; *Reffken*, NVwZ 2009, 1131, 1133.

¹⁶⁶ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 34.

¹⁶⁷ Zu den Auslegungsgrundsätzen des EuGH siehe oben, Kapitel 2 B. II. 2.

¹⁶⁸ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 35.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil v. 15.5.2003, Rs. C-214/00, „Kommission/Spanien“ = NZBau 2003, 450 = ZfBR 2003, 795, Rn. 53 u. die dort angeführte Rspr.; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 36; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99

Einrichtung kann es somit nicht ankommen, weil andernfalls die Gefahr einer Umgehung des Vergaberechts bestünde, indem der Staat Aufgaben auf Einrichtungen überträgt, die zwar nicht vollrechtsfähig, aber zumindest teilrechtsfähig sind.¹⁷⁰

Daher muss es genügen, wenn eine Einrichtung rechtlich selbst als Auftraggeber am Markt aktiv werden und Beschaffungen durchführen kann.¹⁷¹ Als Einrichtungen mit Rechtspersönlichkeit sind deshalb alle Rechtssubjekte zu betrachten, die aufgrund gesetzlicher Anerkennung rechtsfähig sind, also selbst Träger von Rechten und Pflichten sein können, unabhängig davon ob sie vollrechts- oder lediglich teilrechtsfähig sind. Dieses „untechnische Verständnis“ gilt auch für den Begriff der juristischen Person i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB, da das Kartellvergaberecht richtlinienkonform auszulegen ist.¹⁷² Teilrechtsfähige Rechtssubjekte - zu denen neben dem nicht rechtsfähigen Verein und der bereits erwähnte Außen-GbR auch die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft zählen - unterfallen damit dem Begriff der juristischen Person i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB.¹⁷³

Demzufolge erfüllen die Parteien die erste Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Nr. 2 GWB, unabhängig davon, ob sie als rechtsfähiger oder nicht rechtsfähiger Verein des bürgerlichen Rechts organisiert sind.

Dieses Ergebnis ist noch wie folgt zu präzisieren: Die Bundesparteien gliedern sich in Bundes-, Landes-, Kreis- und weitere nachgeordnete Gebietsverbände. Bei Landesparteien entfällt der Bundesverband. Der

GWB, Rn. 38; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 33 ff.; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 20.

¹⁷⁰ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 36 f.

¹⁷¹ *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB, Rn. 38; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 22; auch Vorgesellschaften der Kapitalgesellschaften („Vor-GmbH“, „Vor-AG“) sind daher als juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bewerten, siehe dazu *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 33 f.; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 21; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 98 Rn. 42 ff.; *Dörr*, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 98 Rn. 46.

¹⁷² *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 40; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 37.

¹⁷³ *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 36 f.; *Dörr*, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 98 Rn. 46; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 37 f.; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 22.

Bundesverband bzw. bei Landesparteien der Landesverband repräsentiert die Gesamtpartei.¹⁷⁴ Die Untergliederungen der Parteien sind - wenn sie nicht in das Vereinsregister eingetragen sind - als nicht rechtsfähige Vereine organisiert, soweit sie über eine körperschaftliche Verfassung nebst entsprechenden Organen verfügen, einen Gesamtnamen führen, vom Wechsel der Mitglieder unabhängig sind und eigene Aufgaben selbstständig wahrnehmen; dies ist jedenfalls ab der Kreisebene aufwärts regelmäßig der Fall.¹⁷⁵ Die Bundes-, Landes- und Kreisverbände der Parteien sind daher als juristische Personen des privaten Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bewerten. Als solche können sie die Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs selbstständig erfüllen, weil rechtlich verselbstständigte Einrichtungen vergaberechtlich selbstständig zu bewerten sind.¹⁷⁶ Auf eine Differenzierung zwischen den Parteien und ihren Gliederungen kann im Rahmen der weiteren Untersuchung aber in aller Regel mangels (vergabe-) rechtlicher Relevanz verzichtet werden. Soweit dies der Fall ist, soll daher nachfolgend auch aus Gründen der besseren Lesbarkeit einheitlich von den „Parteien“ gesprochen werden.

3. Fraktionen

Weiter ist zu klären, ob die Fraktionen als juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu qualifizieren sind.

Gemäß § 46 Abs. 1 AbgG gelten die Fraktionen als rechtsfähige Vereinigungen von Abgeordneten im Deutschen Bundestag. Welchen rechtlichen Status § 46 Abs. 1 AbgG vermittelt ist umstritten; zum Teil wird angenommen, dass die Fraktionen als juristische Personen des öffentlichen

¹⁷⁴ Ipsen, in: ders., PartG, § 3 Rn. 5.

¹⁷⁵ Ipsen, in: ders., PartG, § 3 Rn. 13; zur Rechtsform der Gesamtpartei und ihren gebietlichen Untergliederungen vgl. auch Lenski, PartG, § 3 Rn. 3 ff.; Augsberg, in: Kersten/Rixen, PartG, § 7 Rn. 8; Henke, Das Recht der politischen Parteien, S. 105 ff.

¹⁷⁶ Vgl. Pünder, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 46; Badenhausen-Fähnle, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2016, § 99 Rn. 50; Krohn/Schneider, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 38 a. E.; Wiedekind, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 73 f.; Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 78 a. E.

Rechts zu qualifizieren sind.¹⁷⁷ Ob diese Auffassung zutreffend ist, bedarf an dieser Stelle¹⁷⁸ keiner Diskussion, weil der Begriff der juristischen Person i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB funktionell und weit zu verstehen ist und daher alle Einrichtungen erfasst, die rechtlich selbst als Auftraggeber am Markt aktiv werden und Beschaffungen durchführen können.¹⁷⁹ Diese Voraussetzung wird von den Fraktionen erfüllt, da diese wegen § 46 Abs. 1 AbgG in der Lage sind, Verträge (wie z. B. Kauf- oder Arbeitsverträge) zu schließen oder aber mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln sächliche Verwaltungsgegenstände zu Eigentum zu erwerben.

Die Fraktionen gelten damit als juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB. Ob die Fraktionen ihrer Rechtsnatur nach dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen sind, kann an dieser Stelle (gleichfalls) offenbleiben, da § 99 Nr. 2 GWB insoweit keine Einschränkung enthält, also sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich verfasste juristische Personen erfasst.¹⁸⁰

4. Ergebnis zur ersten Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Nr. 2 GWB

Die Parteien und Fraktionen gelten als juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB. Sie erfüllen damit die erste Tatbestandsvoraussetzung des funktionellen Auftraggeberbegriffs.

II. Gründung zur Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art

Funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB können die Parteien und Fraktionen des Weiteren nur sein, wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

¹⁷⁷ *Hölscheidt*, Das Recht der Parlamentsfraktionen, S. 326; *Lontzek*, in: *Austermann/Schmahl*, AbgG, § 46 Rn. 4; *Braun/Jantsch/Klante*, AbgG, § 46 Rn. 3.

¹⁷⁸ Näher zur Rechtsnatur der Fraktionen aber unten, Kapitel 2 II 2. c) bb) (1).

¹⁷⁹ *Ziekow*, in: *ders./Völlink*, Vergaberecht, § 99 GWB, Rn. 38; *Krohn/Schneider*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 22.

¹⁸⁰ Näher zur Rechtsnatur der Fraktionen unten, Kapitel 2 C. II. 2. c) bb) (1).

1. Vorbemerkungen

Nach § 99 Nr. 2 GWB ist zur Beurteilung der Frage, ob eine Einrichtung im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllt, auf deren Gründungszweck abzustellen. Anknüpfungspunkt ist nach dem Wortlaut der Vorschrift also zunächst der Errichtungszeitpunkt der in Frage stehenden Einrichtung. Ein solches rein am Wortlaut orientiertes Verständnis hätte jedoch zur Folge, dass eine Einrichtung, deren Gründungszweck zunächst darin bestand, andere als die in § 99 Nr. 2 GWB genannten Aufgaben zu erfüllen, auch dann nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfiele, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt solche Aufgaben übernommen hätte. Der Staat könnte sich seiner vergaberechtlichen Bindung also ganz einfach entziehen, indem er einer Einrichtung nicht bereits bei Gründung, sondern erst nachträglich Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zur eigenen Wahrnehmung überträgt. Um eine derartige Umgehungsmöglichkeit zu unterbinden kann es nicht darauf ankommen, ob eine Einrichtung bereits zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Vielmehr ist zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit („effet utile“) des europäischen Vergabesekundärrechts, welches dem Kartellvergaberecht zugrunde liegt, eine funktionelle und weite Auslegung geboten.¹⁸¹ Danach ist es als ausreichend anzusehen, wenn eine Einrichtung jedenfalls zu einem späteren Zeitpunkt nach ihrer Gründung objektiv feststellbar Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB übernommen hat und diese seither tatsächlich ausübt.¹⁸² Formale Zwecksetzungen, wie sie sich ggf. aus einem Errichtungsgesetz, einer Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag einer Einrichtung ergeben, können deshalb allenfalls als Hilfestellung zur Bestimmung des Gründungszwecks einer Einrichtung herangezogen werden; letztlich maßgeblich ist jedoch, welche Aufgaben objektiv feststellbar übernommen und seither tatsächlich wahrgenommenen werden.¹⁸³

¹⁸¹ EuGH, Urteil v. 12.12.2002, Rs. C-470/99, „Universale Bau AG“ = NZBau 2003, 162 = VergabeR 2003, 141, Rn. 57.

¹⁸² EuGH, Urteil v. 12.12.2002, Rs. C-470/99, „Universale Bau AG“ = NZBau 2003, 162 = VergabeR 2003, 141, Rn. 63; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 41; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 24.

¹⁸³ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 43; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 40; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß,

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass eine Einrichtung nicht überwiegend oder gar ausschließlich im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnehmen muss. Es genügt vielmehr, wenn solche Aufgaben überhaupt wahrgenommen werden, auch wenn deren Anteil an allen wahrgenommenen Aufgaben der betreffenden Einrichtung relativ gering ist.¹⁸⁴ Wenn nämlich gemäß § 99 Nr. 2 GWB bzw. gemäß Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a Richtlinie 2014/24/EU die Voraussetzung aufgestellt wird, dass eine Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein muss, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, so bedeutet das nicht, dass sie einzig und allein solche Aufgaben zu erfüllen hätte.¹⁸⁵ Dies erklärt sich aus dem Zweck des Vergabesekundärrechts, welcher darin besteht, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen.¹⁸⁶ Eine andere Auslegung würde gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen, der verlangt, dass eine Norm klar und ihre Anwendung für alle Betroffenen vorhersehbar sein muss.¹⁸⁷ Konsequenz dieser Auslegung ist, dass eine Einrichtung durch Ausübung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nichtgewerblicher Art gleichsam vollständig vergaberechtlich „infiziert“ wird (sog. Infizierungstheorie). Eine derartige „Infizierung“ kann nur durch Ausgliederung aller Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB auf eine rechtlich verselbstständigte Tochtergesellschaft unterbunden werden, da rechtlich selbstständige Einrichtungen - auch bei einer etwaigen Konzernverbundenheit - vergaberechtlich getrennt voneinander zu beurteilen sind.¹⁸⁸

GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 49 ff.; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 24; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 81.

¹⁸⁴ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261 = EuZW 1998, 120, Rn. 25; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 44 ff.; *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 21; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 37 ff.; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 78; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 42.

¹⁸⁵ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261 = EuZW 1998, 120, Rn. 26.

¹⁸⁶ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261 = EuZW 1998, 120, Rn. 33.

¹⁸⁷ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261 = EuZW 1998, 120, Rn. 34.

¹⁸⁸ *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 46; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede,

2. Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben

Die zweite Tatbestandsvoraussetzung des funktionellen Auftraggeberbegriffs i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB verlangt zunächst, dass die Parteien und Fraktionen zu dem Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrzunehmen.

a) Definition

Welche Aufgaben als im Allgemeininteresse liegend zu bewerten sind, ist weder in den nationalen Bestimmungen des Kartellvergaberechts noch in der zugrundeliegenden europäischen Richtlinie 2014/24/EU definiert oder näher umschrieben. Der Begriff des Allgemeininteresses muss daher durch Auslegung näher bestimmt werden, wobei zur Erzielung eines unionskonformen Ergebnisses die in diesem Zusammenhang ergangene Rspr. des EuGH von besonderer Bedeutung ist.

aa) Rspr. des EuGH

Der EuGH hatte bereits mehrfach Gelegenheit, sich zu der Frage zu äußern, welche Aufgaben im Allgemeininteresse liegen. Zu erwähnen sind insbesondere die Entscheidungen „Mannesmann Anlagenbau“¹⁸⁹, „BFI Holding“¹⁹⁰, „Adolf Truley“¹⁹¹, „Agorà und Excelsior“¹⁹², „Korhonen“¹⁹³ und „Ing. Aigner“¹⁹⁴, denen Kriterien entnommen werden können, die im Einzelfall für die Annahme einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabenwahrnehmung sprechen können.

GWB-Vergaberecht, 2016, § 99 Rn. 50; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 38 a. E.; *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 73 f.; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 78 a. E.

¹⁸⁹ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261 = EuZW 1998, 120.

¹⁹⁰ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160.

¹⁹¹ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296.

¹⁹² EuGH, Urteil v. 10.5.2001, Rs. C-223/99 u. C-260/99, „Agorà u. Excelsior“ = NZBau 2001, 405 = VergabeR 2001, 281.

¹⁹³ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420.

¹⁹⁴ EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632.

So hat der EuGH in der Rs. „Mannesmann Anlagenbau“ zur österreichischen Staatsdruckerei wie folgt ausgeführt: *„Die Staatsdruckerei wurde gegründet, um die Aufgabe der Herstellung von amtlichen Druckprodukten ausschließlich wahrzunehmen; bei einigen dieser Druckprodukte, wie bei Reisepässen, Führerscheinen und Personalausweisen, ist Geheimhaltung oder die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften geboten, während andere der Veröffentlichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Staates dienen. [...] Daher ist eine solche Einrichtung nach den einschlägigen Rechtsvorschriften zu dem Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Die Druckprodukte, die die Staatsdruckerei herzustellen hat, sind nämlich eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft und verlangen eine Versorgungsgarantie und Produktionsbedingungen, die die Beachtung der Geheimhaltungs- und Sicherheitsvorschriften gewährleisten.“*¹⁹⁵

In der Rs. „BFI Holding“ vertrat ein gleichnamiger Mülldienstleister die Auffassung, dass der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts, einschließlich des Begriffs des Allgemeininteresses, nicht erfüllt sei, wenn die in Frage stehenden Aufgaben gleichermaßen von Privatunternehmen erfüllt werden können, also ein Wettbewerb hinsichtlich dieser Aufgaben möglich sei.¹⁹⁶ Dem entgegnete der EuGH, dass der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts möglicherweise seines Inhalts entleert wäre, wenn er zur Voraussetzung hätte, dass kein Privatunternehmen die Aufgaben erfüllen könnte, da Aufgaben, die in keinem Fall von Privatunternehmen erfüllt werden könnten, kaum vorstellbar seien.¹⁹⁷ Auch habe der Gerichtshof im Urteil „Mannesmann Anlagenbau“ festgestellt, dass eine Staatsdruckerei im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt, ohne die Frage zu prüfen, ob Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen könnten.¹⁹⁸ Der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts - und damit

¹⁹⁵ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261, EuZW 1998, 120, Rn. 22 ff.

¹⁹⁶ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 39.

¹⁹⁷ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 44.

¹⁹⁸ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 46.

auch der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art - könne demgemäß auf eine bestimmte Stelle angewandt werden, selbst wenn Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen oder erfüllen könnten.¹⁹⁹ Im weiteren Verlauf derselben Entscheidung zog der EuGH zur näheren Auslegung des Begriffs der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art das Verzeichnis der „Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts“²⁰⁰ heran und stellte insoweit fest, dass sich aus diesem ergebe, „*daß es sich im allgemeinen um Aufgaben handelt, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluß behalten möchte.*“²⁰¹ Übertragen auf den zur Entscheidung vorliegenden Fall, urteilte der EuGH sodann, dass das Abholen und die Behandlung von Haushaltsabfällen unbestreitbar eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe sei. Diese könnte nämlich möglicherweise durch das Angebot von privaten Dienstleistern nicht in dem Maß erfüllt werden, das aus Gründen der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes (staatlicherseits) für erforderlich gehalten werde. Daher gehörten sie (typischerweise) zu denjenigen Aufgaben, die ein Staat von Behörden wahrnehmen lassen könne oder auf die er einen entscheidenden Einfluss behalten wolle.²⁰²

In der Rs. „Agorà und Excelsior“ stellte der EuGH ferner fest, dass die Ausrichtung von Messeveranstaltungen, Ausstellungen und sonstigen vergleichbaren Vorhaben im Allgemeininteresse liegt: „*Denn indem der Ausrichter solcher Veranstaltungen Hersteller und Händler an einem Ort zusammenbringt, handelt er nicht nur im besonderen Interesse dieser Personengruppen, denen damit ein Ort zur Förderung des Absatzes ihrer Erzeugnisse und Waren zur Verfügung gestellt wird, sondern er verschafft auch den Verbrauchern, die diese Veranstaltungen besuchen, Informationen, die es ihnen ermöglichen, ihre Wahl unter optimalen Bedingungen zu treffen.*“

¹⁹⁹ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 47.

²⁰⁰ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. II. 1.

²⁰¹ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 51.

²⁰² EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 52.

*Der daraus resultierende Impuls für den Handel kann als im Allgemeininteresse liegend angesehen werden.*²⁰³

Argumentativ anknüpfend an die Entscheidung in der Rs. „BFI Holding“²⁰³ urteilte der EuGH in der Rs. „Adolf Truley“, dass auch das Leichen- und Bestattungswesen als im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit zu betrachten ist.²⁰⁴ Zum einen stehe diese Tätigkeit im Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung, da der Staat ein offenkundiges Interesse daran habe, die Ausstellung von Bescheinigungen wie Geburts- und Sterbeurkunden genau zu überwachen.²⁰⁵ Zum anderen könnten offensichtliche Gründe der Hygiene und der Gesundheit es rechtfertigen, dass der Staat bei dieser Tätigkeit einen beherrschenden Einfluss behalte und gesetzlich vorgesehene Maßnahmen treffe, falls die Bestattung nicht innerhalb einer bestimmten Frist ab Ausstellung der Todesbescheinigung veranlasst werde.²⁰⁶ Eine derartige Bestimmung indiziere bereits durch ihre Existenz, dass die in Rede stehende Tätigkeit eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu erfüllen geeignet sei.²⁰⁷

Des Weiteren entschied der EuGH in der Rs. „Korhonen“, dass eine Gesellschaft, die von einer Gebietskörperschaft zur Förderung der Entwicklung der gewerblichen Tätigkeit auf ihrem Gebiet gegründet worden ist und deren Gesellschaftszweck den Erwerb, den Verkauf und die Vermietung von Immobilien und Anteilen an Immobiliengesellschaften sowie die Organisation und Durchführung der Unterhaltung von Immobilien und andere für die Verwaltung der Immobilien und Beteiligungen notwendige Dienstleistungen umfasst, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnimmt. Zur Begründung erinnerte der EuGH zunächst an die

²⁰³ EuGH, Urteil v. 10.5.2001, Rs. C-223/99 u. C-260/99, „Agorà u. Excelsior“ = NZBau 2001, 405 = VergabeR 2001, 281, Rn. 33 f.; zur Einordnung von Messegesellschaften als öffentliche Auftraggeber siehe auch VK Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2013, VK-33/2012-L = NZBau 2013, 534 sowie OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2018, VII-Verg 50/16 = NZ Bau 2018, 370.

²⁰⁴ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 51.

²⁰⁵ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 52.

²⁰⁶ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 53.

²⁰⁷ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 53.

Entscheidungsbegründung in der Rs. „Agorà und Excelsior“, wonach Tätigkeiten als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben anzusehen seien, wenn diesen eine Impulswirkung für den Handel und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung der betreffenden Gebietskörperschaft zukomme.²⁰⁸ Ähnliche Erwägungen könnten auch für die hier erörterten Tätigkeiten der Gesellschaft angestellt werden, denn es lasse sich nicht bestreiten, dass diese bei der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen im Rahmen eines Immobilienprojekts, das unter anderem die Errichtung von Bürogebäuden vorsah, *„nicht nur im besonderen Interesse der von dem Projekt unmittelbar betroffenen Unternehmen, sondern auch im Interesse der Gebietskörperschaft“* handle.²⁰⁹ *„Tätigkeiten wie die der [Gesellschaft] können nämlich als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben angesehen werden, wenn sie eine Impulswirkung für den Handel und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung der betreffenden Gebietskörperschaft haben, wobei die Ansiedlung von Unternehmen auf dem Gebiet einer Gebietskörperschaft für diese häufig positive Auswirkungen im Hinblick auf die Schaffung von Arbeitsplätzen, die Erhöhung der Steuereinnahmen und die Steigerung von Angebot und Nachfrage bei Waren und Dienstleistungen hat.“*²¹⁰

Letzteres ist die Rs. „Ing. Aigner“ zu erwähnen, in welcher der EuGH urteilte, dass auch die Fernwärmeversorgung mit der Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben verbunden ist. Zur Begründung heißt es in der Entscheidung wie folgt: *„Erstens ist zu dem mit der Gründung der fraglichen Einrichtung verfolgten Ziel und der Art der erfüllten Aufgaben festzustellen, dass Fernwärme Wien nach den beim Gerichtshof eingereichten Akten zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, Wohnungen, öffentliche Gebäude, Unternehmen und Büros im Bereich der Stadt Wien durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung mit Wärme zu versorgen. [...] Die Beheizung eines städtischen Ballungsgebiets mittels eines umweltfreundlichen Verfahrens zu sichern, ist ein Ziel, das unzweifelhaft im Allgemeininteresse liegt. Es lässt sich daher nicht bestreiten, dass*

²⁰⁸ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 43.

²⁰⁹ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 44.

²¹⁰ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 45.

*Fernwärme Wien zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Dabei ist unbeachtlich, dass derartige Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden oder erfüllt werden können. Entscheidend ist, dass es sich um Aufgaben handelt, die der Staat oder eine Gebietskörperschaft aus Gründen des Allgemeininteresses im Allgemeinen selbst erfüllen oder bei denen er oder sie einen entscheidenden Einfluss behalten möchte [...].*²¹¹

bb) Zusammenfassung und Bewertung

Bei dem Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB handelt es sich nach wie vor um einen unscharfen und schwer greifbaren Begriff, da eine allgemeingültige und präzise (legal-)Definition bislang nicht gefunden werden konnte.²¹²

Ob eine solche angesichts der Vielzahl möglicher Aufgaben, die im Allgemeininteresse wahrgenommen werden können, überhaupt empfehlenswert oder gar möglich ist, erscheint fragwürdig. Sachgerechter dürfte eine systematische Herangehensweise sein, im Rahmen derer zunächst die bereits angesprochenen „Grundsätze zur Auslegung des funktionellen Auftraggeberbegriffs“²¹³ zu berücksichtigen sind.

Danach ist zu beachten, dass es sich bei dem Begriff des Allgemeininteresses um einen gemeinschaftlichen Rechtsbegriff handelt, der in der gesamten Union autonom und einheitlich auszulegen ist.²¹⁴ Daher dürfen - trotz gewisser Ähnlichkeiten - die Inhalte nationaler Begrifflichkeiten (z. B. „öffentliches Interesse“, „öffentliche Belange“, „öffentliche Aufgabe“) nicht herangezogen oder übertragen werden.²¹⁵

²¹¹ EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632, Rn. 38 ff.

²¹² *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 75; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 47; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 44; *Dietlein*, NZBau 2002, 136, 138.

²¹³ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. II. 2.

²¹⁴ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 45.

²¹⁵ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 48.

Des Weiteren folgt aus den Zielen und Grundsätzen der europäischen Vergaberichtlinien, dass der Begriff des Allgemeininteresses funktionell und weit verstanden ist, um eine Umgehung des Vergaberechts durch Organisationsmaßnahmen des Staates zu verhindern.

Vor diesem Hintergrund ist das Allgemeininteresse i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB bereits dann zu bejahen, wenn es sich um Aufgaben handelt, die für den Staat von besonderer Bedeutung sind und an deren (ordnungsgemäßer) Erfüllung deshalb ein staatliches Interesse besteht. Der EuGH spricht in diesem Zusammenhang von Aufgaben, die „eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft“ sind.²¹⁶ Ein derartiger Zusammenhang ist bei Aufgaben anzunehmen, die der Staat typischerweise selbst (hoheitlich) wahrnimmt. Insbesondere Aufgaben, die den „genuin“ staatlichen Bereich oder die Daseinsvorsorge betreffen - wie z. B. Aufgaben aus den Bereichen innere und äußere Sicherheit, Gesundheitsschutz, Abfallentsorgung, Infrastruktur, Soziales sowie Wissenschaft und Bildung - werden deshalb in aller Regel zu den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu zählen sein.²¹⁷

Das Vorliegen im Allgemeininteresse liegender Aufgaben ist ferner anzunehmen, wenn der Staat die in Frage stehenden Aufgaben zwar nicht selbst wahrnimmt, sich jedoch entscheidende Einflussmöglichkeiten gesetzlicher Art vorbehält, um deren Erfüllung - ggf. im Wege der Ersatzvornahme - (hoheitlich) sicherzustellen.²¹⁸ In solchen Fällen wird staatlicherseits eine „Versorgungsgarantie“²¹⁹ bzw. ein „Gewährleistungsauftrag“²²⁰ übernommen, was dafür spricht, dass die

²¹⁶ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261 = EuZW 1998, 120, Rn. 24; EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632, Rn. 39 f.

²¹⁷ Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 87; Pünder, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 31; Krohn/Schneider, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 R. 29.

²¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 53.

²¹⁹ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261 = EuZW 1998, 120, Rn. 24.

²²⁰ Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 55.

betreffenden Aufgaben für den Staat von besonderer Bedeutung sind und somit im Allgemeininteresse liegen.

Von den nationalen Nachprüfungsinstanzen wird der Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben daher *„dahin gehend verstanden, dass im Allgemeininteresse liegende Aufgaben solche sind, welche hoheitliche Befugnisse, die Wahrnehmung der Belange des Staats und damit letztlich Aufgaben betreffen, welche der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.“*²²¹

Diese Definition greift allerdings zu kurz, da auch Tätigkeiten, die staatliche Einflussmöglichkeiten im vorgenannten Sinne nicht erkennen lassen, im Allgemeininteresse wahrgenommen werden können. Dies ist aus der Rs. „Korhonen“ zu folgern, in der es der EuGH für die Annahme einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabenwahrnehmung für ausreichend erachtet hat, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die eine *„Impulswirkung für den Handel und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung“* einer Gebietskörperschaft entfaltet.²²²

Der EuGH lässt damit ein sehr weites Verständnis des Begriffs des Allgemeininteresses erkennen, was mit Blick auf die gebotene funktionelle Auslegung konsequent ist. Problematisch erscheint aber, dass der Begriff des Allgemeininteresses jedwede Kontur zu verlieren droht. Abhilfe bietet hier ein Anknüpfen an gesetzliche Bestimmungen. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass sich der Volkswille und damit das Allgemeininteresse in einer repräsentativ-parlamentarischen Demokratie wie der Bundesrepublik Deutschland in den durch Mehrheitsbeschluss zustande gekommenen Gesetzen des Parlaments widerspiegelt. Demnach ist das Allgemeininteresse i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bejahen, wenn die Gesetze - und erst recht die Verfassung - für die in Frage stehende Aufgabenwahrnehmung votieren.²²³

²²¹ BayObLG, Beschluss v. 10.9.2002, Verg 23/02 = NZBau 2003, 348; BayObLG, Beschluss v. 21.10.2004, Verg 17/04 = NZBau 2005, 173; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.7.2015, VII-Verg 11/15 = NZBau 2016, 55; VK Südbayern, Beschluss v. 4.9.2017, Z3-3-3194-1-31-06/17 = NZBau 2018, 59.

²²² EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 45; i. d. S. EuGH, Urteil v. 10.5.2001, Rs. C-223/99 u. C-260/99, „Agorà u. Excelsior“ = NZBau 2001, 405 = VergabeR 2001, 281, Rn. 34.

²²³ Vgl. Dietlein, NZBau 2002, 136, 139.

Auf diese Weise lässt sich auch eine Tätigkeit, die (lediglich) eine Impulswirkung für die wirtschaftliche und soziale Entwicklung einer Gebietskörperschaft entfaltet, überzeugend als im Allgemeininteresse liegend bewerten, da verschiedenste gesetzliche Bestimmungen²²⁴ - und auch die Verfassung²²⁵ selbst - auf eine Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse abzielen. Gleichzeitig bietet dieser Ansatz den Vorteil, dass der Begriff des Allgemeininteresses nicht mit weiteren unbestimmten Rechtsbegriffen („institutionelles Funktionieren“, „öffentliche Ordnung“) umschrieben wird, sondern auf eine rechtliche Entscheidung des Gemeinwesens zurückgeführt wird.²²⁶

Ein weiterer Anhaltspunkt, der für die Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben spricht, ergibt sich aus der Rechtsform der in Rede stehenden Einrichtung. So sind öffentlich-rechtlich verfassten Einrichtungen in der Regel untrennbar mit der Erfüllung gemeinwohldienlicher Zwecke verbunden, weshalb nach der Rspr. der nationalen Nachprüfungsinstanzen (widerleglich) zu vermuten ist, dass diese im Allgemeininteresse agieren.²²⁷

Es genügt, wenn die wahrgenommenen Aufgaben zumindest einem Teil der Bevölkerung zugutekommt, da der Wirkungsbereich einer Tätigkeit „naturgemäß“ räumlich beschränkt ist.²²⁸ Ob auch Privatunternehmen die in Frage stehenden Aufgaben wahrnehmen oder wahrnehmen könnten ist kein geeignetes Abgrenzungskriterium und dementsprechend unerheblich, da

²²⁴ Vgl. z. B. § 2 Abs. 2 Nr. 1 ROG: Danach sind ausgeglichene soziale, infrastrukturelle, wirtschaftliche, ökologische u. kulturelle Verhältnisse anzustreben, wobei eine nachhaltige Daseinsvorsorge zu sichern u. ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum zu unterstützen sind.

²²⁵ Vgl. z. B. Art. 20 Abs. 1 GG („Sozialstaatsprinzip“).

²²⁶ Vgl. *Dietlein*, NZBau 2002, 136, 139.

²²⁷ So bereits VÜA Bund, Beschluss v. 12.4.1995, 1 VÜ 1/95; ebenso BayObLG, Beschluss v. 10.9.2002, Verg 23/02 = NZBau 2003, 348, 348; BayObLG, Beschluss v. 21.10.2004, Verg 17/04 = NZBau 2005, 173, 174; VK Südbayern, Beschluss v. 7.3.2014, Z3-3-3194-02-01/14 = NZBau 2014, 462, 463; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, *GWV-Vergaberecht*, § 99 Rn. 90; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, *Handbuch des Vergaberechts*, § 3 Rn. 31; *Werner*, in: Byok/Jaeger, *Vergaberecht*, § 99 *GWV* Rn. 51; *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, 1. Teil, § 99 *GWV* Rn. 20; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, *Vergaberecht*, § 99 *GWV* Rn. 28; *Dörr*, in: Dreher/Motzke, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, § 98 *GWV* Rn. 53; *Dreher*, DB 1998, 2579, 2582; *Heise*, LKV 1999, 210, 211; *Dietlein*, NZBau 2002, 136, 138 f.

²²⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabR 2008, 632, Rn. 38 ff. - Fernwärmeversorgung eines Stadtteils.

praktisch alle Aufgaben seitens der Privatwirtschaft wahrgenommen werden könnten.²²⁹

Noch zu erinnern ist an die Infizierungstheorie, nach derer es aus Gründen der Rechtssicherheit genügt, wenn eine Einrichtung überhaupt im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnimmt; unerheblich ist also, ob die betreffende Einrichtung daneben weitere Aufgaben erfüllt, die nicht im Allgemeininteresse liegen.²³⁰

Nach alledem ist das Allgemeininteresse i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB bei Aufgaben zu bejahen, die für den Staat von besonderer Bedeutung sind und an deren (ordnungsgemäßer) Erfüllung deshalb ein staatliches Interesse besteht. Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn es sich um Aufgaben handelt,

- die von einer öffentlich-rechtlich verfassten Einrichtung wahrgenommen werden;
- die mit der öffentlichen Ordnung oder dem institutionellen Funktionieren des Staates eng verknüpft sind;
- die „genuin“ staatliche Aufgaben oder die Daseinsvorsorge der Bevölkerung betreffen;
- die der Staat hoheitlich wahrnimmt;
- deren ordnungsgemäße Erfüllung der Staat aufgrund gesetzlicher Vorschriften (hoheitlich) sicherstellen kann;
- auf deren Erfüllung die Verfassung und die Gesetze abzielen.²³¹

²²⁹ Vgl. EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 39 ff.; EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632, Rn. 39 f.

²³⁰ Zur Infizierungstheorie siehe oben, Kapitel 2 C. II. 1.

²³¹ Ähnliche Kriterienkataloge finden sich z. B. bei *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 49; *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 20.

b) Parteien

Fraglich ist zunächst, ob die politischen Parteien zu dem Zweck gegründet werden, Aufgaben wahrzunehmen, die im Allgemeininteresse liegen.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst - unter aa) - der Aufgabenkreis der Parteien zu bestimmen. Anschließend ist - unter bb) - zu untersuchen, ob die Parteien unter Berücksichtigung der Kriterien des EuGH²³² als Einrichtungen zu qualifizieren sind, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrnehmen.

aa) Aufgabenkreis

Gemäß Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG besteht die zentrale Aufgabe der Parteien darin, bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken. Welche Aufgaben den Parteien in diesem Zusammenhang konkret zukommen, wird weder in Art. 21 GG noch an anderer Stelle in der Verfassung definiert oder näher umschrieben. Aussagekräftiges zum konkreten Aufgabenkreis der Parteien lässt sich aber dem Parteiengesetz (PartG) und der Rspr. des BVerfG entnehmen.

Nach § 1 Abs. 2 PartG wirken die Parteien an der Bildung des politischen Willens des Volkes auf allen Gebieten des öffentlichen Lebens mit, indem sie insbesondere auf die Gestaltung der öffentlichen Meinung Einfluss nehmen, die politische Bildung anregen und vertiefen, die aktive Teilnahme der Bürger am politischen Leben fördern, zur Übernahme öffentlicher Verantwortung befähigte Bürger heranbilden, sich durch Aufstellung von Bewerbern an den Wahlen in Bund, Ländern und Gemeinden beteiligen, auf die politische Entwicklung in Parlament und Regierung Einfluss nehmen, die von ihnen erarbeiteten politischen Ziele in den Prozess der staatlichen Willensbildung einführen und für eine ständige lebendige Verbindung zwischen dem Volk und den Staatsorganen sorgen.

Ferner wird der Begriff der Partei in § 2 Abs. 1 S. 1 PartG dahingehend definiert, dass Parteien Vereinigungen von Bürgern sind, die dauernd oder für

²³² Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. a).

längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen, wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere nach Umfang und Festigkeit ihrer Organisation, nach der Zahl ihrer Mitglieder und nach ihrem Hervortreten in der Öffentlichkeit eine ausreichende Gewähr für die Ernsthaftigkeit dieser Zielsetzung bieten. § 2 Abs. 2 S. 1 PartG ergänzt, dass eine Vereinigung ihre Rechtsstellung als Partei verliert, wenn sie sechs Jahre lang weder an einer Bundestagswahl noch an einer Landtagswahl mit eigenen Wahlvorschlägen teilgenommen hat.

Der Gesetzgeber hat damit die regelmäßige Teilnahme an Parlamentswahlen zur wichtigsten Aufgabe der Parteien erklärt. Dass die Parteien hierneben weitere Aufgaben wahrnehmen, ergibt sich bereits aus der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 PartG und wird auch seitens des BVerfG betont. Dieses hat zum Parteibegriff und zum Aufgabenkreis der Parteien wie folgt ausgeführt:

„Nach Art. 21 Abs. 1 GG wirken die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mit; ihre Gründung ist frei. Der Parteibegriff wird demnach maßgeblich geprägt durch die den Parteien von Verfassungs wegen zukommende Aufgabe der Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes, eine Funktion, die - zielend auf die Teilnahme an Parlamentswahlen auf der Ebene des Bundes oder eines Landes - das Wesentliche der Parteien ausmacht und ihre verfassungsrechtliche Sonderstellung gegenüber sonstigen politischen Vereinigungen erklärt. [...] Ist die Beteiligung an Wahlen somit von Verfassungs wegen wesentliches und unverzichtbares Element des Parteibegriffs und sind Parteien in diesem Sinne Wahlvorbereitungsorganisationen, so erschöpft sich doch darin, was die Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Satz 1 PartG zutreffend zum Ausdruck bringt, ihre Mitwirkung an der politischen Willensbildung nicht. Vielmehr sind die Parteien in der modernen Demokratie auch außerhalb der Wahlen wichtige Träger der ständigen Auseinandersetzung um die Festlegung der politischen Gesamtrichtung, Instrumente, durch die der Bürgerwille zwischen den Wahlen wirksam werden kann. Vornehmlich sind sie berufen, die Bürger freiwillig zu politischen Handlungseinheiten mit dem Ziel der Beteiligung an der Willensbildung in den Staatsorganen organisatorisch

zusammenzuschließen und ihnen so Einfluß auf das staatliche Geschehen zu ermöglichen. Den Parteien obliegt es, politische Ziele zu formulieren und diese den Bürgern zu vermitteln sowie daran mitzuwirken, daß die Gesellschaft wie auch den einzelnen Bürger betreffende Probleme erkannt, benannt und angemessenen Lösungen zugeführt werden. Die für den Prozeß der politischen Willensbildung im demokratischen Staat entscheidende Rückkoppelung zwischen Staatsorganen und Volk ist auch Sache der Parteien. Willensbildung des Volkes und Willensbildung in den Staatsorganen vollziehen sich in vielfältiger und tagtäglich, von den Parteien mitgeformter Wechselwirkung. Politisches Programm und Verhalten der Staatsorgane wirken auf die Willensbildung des Volkes ein und sind selbst Gegenstand seiner Meinungsbildung. Um dieser Rolle im Prozeß politischer Willensbildung und staatlicher Entscheidungsfindung gerecht zu werden, müssen die Parteien nach außen tätig werden, im Wettbewerb mit anderen Parteien und sonstigen auf die Bildung der öffentlichen Meinung Einfluß nehmenden Einrichtungen und Verbänden die Bürger von der Richtigkeit ihrer Politik zu überzeugen versuchen. Die Parteien müssen darauf bedacht sein, die im Volk vorhandenen Meinungen, Interessen und Bestrebungen zu sammeln, in sich auszugleichen und zu Alternativen zu formen, unter denen die Bürger auswählen können, um ihren Willen gegenüber den Staatsorganen zur Geltung zu bringen; nur dadurch werden die Parteien ihrer Aufgabe gerecht, dem Volk Möglichkeiten zu bieten, auch zwischen den Wahlen Einfluß auf die Entscheidungen der obersten Staatsorgane zu gewinnen.“²³³

Unter Berücksichtigung der Rspr. des BVerfG und unter Einbeziehung der im PartG enthaltenen Legaldefinitionen zum Aufgabenbereich der Parteien und zum Parteibegriff (§§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 und 2 PartG) lässt sich der objektive Aufgabenkreis der Parteien damit wie folgt zusammenfassen:

Die Parteien wirken gemäß Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG bei der politischen Willensbildung des Volkes vornehmlich dadurch mit, dass sie sich durch Aufstellen von Wahlbewerbern und Wahlprogrammen an der Vorbereitung und Durchführung von Parlamentswahlen beteiligen

²³³ BVerfGE 91, 262 [267 ff.].

(Wahlorganisationsaufgabe). Darüber hinaus wirken sie bei der politischen Willensbildung des Volkes mit, indem sie

- unterschiedliche Meinungen, Interessen und Bestrebungen sammeln, in sich ausgleichen und artikulieren (Aggregations-, Integrations- und Artikulationsaufgabe),
- die so gefundenen politischen Zielvorstellungen auch zwischen den Wahlen gegenüber dem Staat und seinen Organen vermitteln (Vermittlungs- oder Transformationsaufgabe),
- staatliche Entscheidungen legitimieren (Legitimationsaufgabe),
- die aktive Teilnahme der Bürger am politischen Leben fördern (Aktivierungsaufgabe) und
- Bürger heranbilden, die zur Übernahme öffentlicher Verantwortung befähigt sind (Rekrutierungsaufgabe).²³⁴

bb) Allgemeininteresse

Weiter ist zu klären, ob die Parteien die ihnen obliegenden Aufgaben gemäß § 99 Nr. 2 GWB im Allgemeininteresse wahrnehmen.

(1) Vermutung aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsform

Mit der Rspr. der nationalen Nachprüfungsinstanzen ist bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts regelmäßig (widerleglich) zu vermuten, dass im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrgenommen werden.²³⁵

²³⁴ Eingehend zum Aufgabenkreis der Parteien *Ossege*, Das Parteienrechtsverhältnis, S. 38 ff.; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 162 ff.; *Volkmann*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 2, Art. 21 Rn. 12 ff.; *ders.*, Politische Parteien u. öffentliche Leistungen, S. 93 ff.; *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 21 Rn. 73 ff.; *Ipsen*, in: *ders.*, PartG, § 1 Rn. 7 ff.

²³⁵ So bereits VUA Bund, Beschluss v. 12.4.1995, 1 VÜ 1/95; vgl. ebenso: BayObLG, Beschluss v. 21.10.2004, Verg 17/04 = NZBau 2005, 173, 174; BayObLG, Beschluss v. 10.9.2002, Verg 23/02 = NZBau 2003, 348, 348; VK Südbayern, Beschluss v. 7.3.2014, Z3-3-3194-02-01/14 = NZBau 2014, 462, 463; vgl. auch *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 90; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 31; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 51; *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, 4. 1. Teil, § 99 GWB Rn. 20; *Pünder*, in: *ders./Schellenberg*, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 28; *Dörr*, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 98 GWB Rn. 53; *Dreher*, DB 1998, 2579, 2582; *Heise*, LKV 1999, 210, 211; *Dietlein*, NZBau 2002, 136, 138 f.

Wie bereits angesprochen,²³⁶ sind die politischen Parteien nach heute ganz h. M. als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine des bürgerlichen Rechts und damit als zivilrechtliche, nicht als öffentlich-rechtliche Organisationen zu bewerten.²³⁷ Demzufolge kann nicht vermutet werden, dass die Parteien im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrnehmen.

An dieser Stelle soll aber darauf hingewiesen werden, dass die zivilrechtliche Verortung der Parteien nicht immer unumstritten war, da weder das GG noch das PartG über die Rechtsnatur der Parteien Aufschluss geben.²³⁸

So wurde bisweilen vertreten, dass die Parteien dem staatlichen Bereich angehören und dementsprechend als öffentlich-rechtliche Institutionen zu qualifizieren sind. Der mit Abstand bekannteste Vertreter dieser Auffassung war Gerhard Leibholz, welcher davon ausging, dass mit Schaffung des GG nicht nur die verfassungsrechtliche Anerkennung, sondern vielmehr „*die Einfügung der politischen Parteien in den staatlichen Herrschaftsapparat*“ erfolgt sei.²³⁹

Andere Stimmen verliehen den Parteien zumindest einen öffentlich-rechtlichen Status.²⁴⁰

Das BVerfG stand in seiner frühzeitigen Rspr. ersichtlich unter dem Einfluss von Leibholz, der vom 7. September 1951 bis 8. Dezember 1971 selbst dem Zweiten Senat des BVerfG angehörte. So heißt es in einer Entscheidung des Zweiten Senats vom 5. April 1952 wie folgt:

²³⁶ Siehe oben, Kapitel 2 B. I. sowie Kapitel 2 C. I. 2.

²³⁷ *Rixen*, in: Kersten/Rixen, PartG, § 3 Rn. 28 f.; *Lenski*, PartG, § 3 Rn. 4 ff.; *Ipsen*, in: ders., PartG, § 3 Rn. 14; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 441; *Volkman*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 2, Art. 21 Rn. 37; *Grzeszick/Rauber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 21 Rn. 37; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 274; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 21 Rn. 4; *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 21 Rn. 53; *Seifert*, Die politischen Parteien, S. 77f.; *Rübenkönig*, Die Rechenschaftspflicht der politischen Parteien, S. 62; *Hientzsch*, NVwZ 2009, 1135, 1135.

²³⁸ Ausführlich zur Diskussion über den Rechtscharakter der politischen Parteien *König*, Die Verfassungsbindung der politischen Parteien, S. 21 ff.; *Seifert*, Die politischen Parteien, S. 77f.

²³⁹ *Leibholz*, DVBl. 1950, 194, 196.

²⁴⁰ So etwa *Bachhof*, AöR 83 (1958), 208, 274 (Fn. 88) - „teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts“; *Kaiser*, Die Repräsentation organisierter Interessen, S. 238 - „Träger der staatlichen Herrschaft“; *Menger*, AöR 78 (1952/53), 149, 161 f. - „mit verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten Beliehene“.

„Das Grundgesetz hat nun die Parteien zu einer verfassungsmäßigen Institution erhoben. Art. 21 GG bestimmt: ‚Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei.‘ Der Zweck dieser Bestimmung ist, die in der Weimarer Verfassung zwischen der politischen Wirklichkeit und dem geschriebenen Verfassungsrecht bestehenden Spannungen zu beheben. Dadurch ist von Bundes wegen der moderne demokratische Parteienstaat legalisiert; die Parteien sind in die Verfassung eingebaut. Ein solcher Einbau enthält die Anerkennung, daß die Parteien nicht nur politisch und soziologisch, sondern auch rechtlich relevante Organisationen sind. Sie sind zu integrierenden Bestandteilen des Verfassungsaufbaus und des verfassungsrechtlich geordneten politischen Lebens geworden. Sie stehen daher nicht wie andere soziale Gebilde nur in einer verfassungsmäßig gesicherten Position dem Staate gegenüber. [...] Gewiß sind die Parteien keine formierten ‚obersten Staatsorgane‘ in dem Sinne, wie es Landtag und Landesregierung sind. Doch schließt dies nicht aus, daß ‚die Wählergruppen, die den Wahlvorschlag machen, und insoweit auch die durch sie repräsentierten Parteien Staatsorgane sind, ‚Kreationsorgane‘ im Sinne Georg Jellineks‘. “²⁴¹

Des Weiteren entschied das Plenum des BVerfG mit Beschluss vom 20. Juli 1954 auf Vorlage des Zweiten Senats, dass die politischen Parteien die Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status durch Gestaltung des Wahlverfahrens nicht im Wege der Verfassungsbeschwerde, sondern nur im Wege des Organstreits geltend machen können. Zur Begründung wurde wie folgt ausgeführt:

„Die Verfassungsbeschwerde ist der spezifische Rechtsbehelf des Bürgers gegen den Staat. Sie ist ‚jedermann‘ gegeben, wenn die öffentliche Gewalt, d. h. der Staat in seiner Einheit, repräsentiert durch irgendein Organ, die Sphäre des Antragstellers verletzt hat, die durch Grundrechte gegenüber dem Staat gesichert ist. Unter dieser Voraussetzung kann sie nicht nur zum Schutz der eigentlichen, die Freiheitssphäre des Einzelnen negatorisch sichernden Grundrechte, sondern auch zur Durchsetzung der politischen Rechte des Aktivstatus, vor allem des Wahlrechts, benutzt werden; das ergibt sich aus

²⁴¹ BVerfGE 1, 208 [225].

der Anführung des Art. 38 GG in § 90 BVerfGG. Das Wahlrecht als subjektives öffentliches Recht ist ursprünglich ein Recht des einzelnen Bürgers. Seitdem die Wahlgesetze, der tatsächlichen Entwicklung Rechnung tragend, gewisse Befugnisse, namentlich das der Einreichung von Wahlvorschlägen, auch Wählervereinigungen eingeräumt haben, steht nichts entgegen, auch bei ihnen insoweit von einem Wahlrecht zu sprechen. Es ist dann nur folgerichtig, sie bei Verletzung dieses Rechts zur Verfassungsbeschwerde zuzulassen. Handelt es sich jedoch bei solchen Wählervereinigungen um politische Parteien, so wird entscheidend, daß Art. 21 GG die Parteien zu notwendigen Bestandteilen des Verfassungsaufbaus macht. Daraus folgt, daß sie Funktionen eines Verfassungsorgans ausüben, wenn sie bei der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken. Die Parteien nehmen dieses ihnen in Art. 21 GG garantierte Recht in erster Linie durch Beteiligung an den Parlamentswahlen wahr. Wenn sie in diesem Bereich tätig werden und um die Rechte kämpfen, die sich aus dieser besonderen Funktion im Verfassungsleben ergeben, dann muß ihre 'organschaftliche' Qualität auch die Form ihrer Teilnahme am verfassungsgerichtlichen Verfahren bestimmen: Sie können nur Beteiligte im Organstreit sein, die Verfassungsbeschwerde aber wäre für sie nach der Struktur des BVerfGG nicht das adäquate prozessuale Mittel.“²⁴²

Später vollzog das BVerfG jedoch eine regelrechte Wende, indem es im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der staatlichen Parteienfinanzierung, ausdrücklich klarstellte, dass die Parteien nicht der staatlichen, sondern der zivilgesellschaftlichen Sphäre angehören:

„Eine Verpflichtung des Staates zur finanziellen Unterstützung der Parteien kann nicht daraus hergeleitet werden, daß die Parteien, wenn sie an der politischen Willensbildung des Volkes mitwirken, Funktionen eines Verfassungsorgans ausüben [...] und auch als Staatsorgane oder Verfassungsorgane, nämlich als Kurationsorgane im Sinne Georg Jellineks, bezeichnet worden sind [...]. Art. 21 GG hat sie als verfassungsrechtlich notwendige Instrumente für die politische Willensbildung des Volkes anerkannt und sie in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution

²⁴² BVerfGE 4, 27 [30 f.].

erhoben [...]. Die Parteien gehören jedoch nicht zu den obersten Staatsorganen [...]. Sie sind vielmehr frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Gruppen [...], dazu berufen, bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken und in den Bereich der institutionalisierten Staatlichkeit hineinzuwirken. Da sie selbst nicht zu diesem Bereich gehören, ist der Staat zu ihrer Finanzierung nicht verpflichtet.“²⁴³

Weiter heißt es in gleicher Entscheidung:

„Das Verfassungsgebot der grundsätzlich staatsfreien und offenen Meinungs- und Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen wehrt [...] jede staatlich-institutionelle Verfestigung der Parteien ab und verbietet ihre Einfügung in den Bereich der organisierten Staatlichkeit.“²⁴⁴

Damit sind die Parteien nicht als staatliche, sondern zivilrechtlich verfasste Organisationen zu bewerten, denen aber im Unterschied zu anderen zivilgesellschaftlichen Organisationen wegen Art. 21 GG ein „verfassungsrechtlicher Status“²⁴⁵ zuerkannt bleibt.²⁴⁶

(2) Kriterien des EuGH

Fraglich ist, ob die Parteien unter Berücksichtigung der Kriterien des EuGH²⁴⁷ als Einrichtungen zu qualifizieren sind, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrnehmen.

In diesem Zusammenhang ist zunächst relevant, dass die Parteien gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 PartG eine „öffentliche Aufgabe“ erfüllen, weshalb es naheliegend erscheint, den Parteien bereits aus diesem Grund die Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zuzusprechen. Zu beachten ist allerdings, dass der Begriff des

²⁴³ BVerfGE 20, 56 [100 f.].

²⁴⁴ BVerfGE 20, 56 [101 f.].

²⁴⁵ BVerfGE 52, 63 [82].

²⁴⁶ An der Beteiligtenfähigkeit der politischen Parteien im Organstreitverfahren hat das BVerfG (E 82, 322 [335 f.]; 84, 290 [298]; 85, 264 [284]) trotz deren Verortung im nichtstaatlichen Bereich bis heute unverändert festgehalten; kritisch hierzu *Kunig*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 40 Rn. 127; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 465 f.

²⁴⁷ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. a).

Allgemeininteresses dem Vergabesekundärrecht entstammt und daher nach der Rspr. des EuGH in der gesamten Union autonom und einheitlich auszulegen ist.²⁴⁸ Nationale Begriffe wie etwa der in § 1 Abs. 1 S. 2 PartG verwendete Begriff der öffentlichen Aufgabe oder aber auch der im deutschen Recht vielfach verwendete Begriff des öffentlichen Interesses dürfen deshalb, trotz gewisser Ähnlichkeiten, nicht mit dem Begriff des Allgemeininteresses i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB gleichgesetzt werden.²⁴⁹ Dementsprechend darf aus der Tatsache, dass die Parteien gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 PartG eine öffentliche Aufgabe erfüllen nicht gefolgert werden, dass diese im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrnehmen.

Die Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben ist nach der Rspr. des EuGH insbesondere dann anzunehmen, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, deren Wahrnehmung mit dem institutionellen Funktionieren des Staates eng verknüpft ist.²⁵⁰ Hiervon ist vorliegend auszugehen, sofern sich aus der Gesamtkonzeption des demokratischen Prozesses, in den das GG die Parteien hineingestellt hat, ergibt, dass diese mit der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zur Funktionsfähigkeit des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland entscheidend beitragen.

Als tragende Staatsstrukturprinzipien normiert die Verfassung in Art. 20 Abs. 1 GG das Bundesstaats-, das Republik-, das Demokratie- und das Sozialstaatsprinzip. Existenziell für das Demokratieprinzip ist die Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG), die vom Volk in Wahlen²⁵¹ und Abstimmungen²⁵² und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rspr. ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Da Abstimmungen nur bei einer Neugliederung des Bundesgebietes und im Falle einer neuen Verfassung vorgesehen sind (Art. 29 Abs. 2, 146 GG), etabliert das GG mit der Übertragung der Staatsgewalt auf selbsthandelnde

²⁴⁸ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 45.

²⁴⁹ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 48; vgl. auch *Noch*, Vergaberecht kompakt, Kapitel B Rn. 33; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 44; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 Rn. 26.

²⁵⁰ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261, EuZW 1998, 120, Rn. 24.

²⁵¹ Durch Wahlen trifft das Volk eine Entscheidung über die personelle Besetzung oder Zusammensetzung eines Staatsorgans.

²⁵² Durch Abstimmungen (Plebiszite) trifft das Volk eine Sachentscheidung.

Leitungsorgane, die zwar vom Volk bestellt, ihm zumindest in der klassischen Lesart aber nicht unmittelbar weisungsunterworfen sind, eine repräsentative, d. h. mittelbare demokratische Ordnung.²⁵³ Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass das Volk als solches wegen der Vielzahl von Individuen mit jeweils eigenen Meinungen, Interessen und Bestrebungen aus sich selbst heraus „naturgemäß“ nicht in der Lage ist, einen einheitlichen Volkswillen zu bilden und entsprechend zu handeln.²⁵⁴ Erforderlich sind daher besondere staatliche Organe, die in einem organisierten Verfahren und unter Berücksichtigung der im Volk vorhandenen Auffassungen allgemein verbindliche Entscheidungen finden und somit Herrschaftsgewalt im Namen und für das Volk ausüben zu können.²⁵⁵

Einziges und damit wichtigstes unmittelbar demokratisch legitimiertes (Verfassungs-)Organ der Bundesrepublik Deutschland ist der Bundestag, dessen Abgeordnete in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt werden (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) und als Vertreter des ganzen Volkes an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen sind (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG – Freiheit des Mandats). Das Prinzip der Volkssouveränität verwirklicht sich damit primär in der parlamentarischen Volksvertretung, dem Deutschen Bundestag.²⁵⁶ Zu den wichtigsten Aufgaben des Bundestages zählen u. a. die Gesetzgebung (Art. 76, 77 Abs. 1 S. 1 GG) einschließlich Budgetierung („Haushaltsgesetz“, Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG), die Wahl und Abwahl des Bundeskanzlers (Art. 63 Abs. 1, 67 Abs. 1 GG), die Mitwirkung in Angelegenheiten der Europäischen Union (Art. 23 GG), die Feststellung des Verteidigungsfalles (Art. 115a Abs. 1 S. 1 GG) und die Kontrolle der Bundesregierung, etwa durch Ausübung des Zitierungs- und Interpellationsrechts (Art. 43 Abs. 1 GG) oder aber des

²⁵³ *Volkman*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 4 Rn. 1; vgl. auch *Kunig*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 40 Rn. 75; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 8, Art. 38 Rn. 41 f.; *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 1 ff.; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 20 Rn. 142 ff.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 62 ff.; *Gröpl*, Staatsrecht I, Rn. 263, 290 ff.; *Schneider*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, S. 550 ff.

²⁵⁴ *Ossege*, Das Parteienrechtsverhältnis, S. 32; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 457.

²⁵⁵ *Ossege*, Das Parteienrechtsverhältnis, S. 32, *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 34 Rn. 9 ff.

²⁵⁶ *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 11; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 25 Rn. 1 ff., 34 ff.; *Brenner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 44 Rn. 45; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 30.

Enquete- und Untersuchungsrechts (Art. 44 GG).²⁵⁷ Die zentrale Stellung des Parlaments hat zur Folge, dass die Bundesregierung, respektive der Bundeskanzler als Regierungschef, die Staatsleitung nicht allein, sondern nur in Kooperation mit dem Bundestag ausüben kann.²⁵⁸ Es besteht also eine starke Abhängigkeit der Regierung vom Parlament, weshalb die Bundesrepublik Deutschland nach der Gesamtkonzeption des GG eine repräsentative Demokratie mit parlamentarischem Regierungssystem ist.²⁵⁹

Konsequenz der repräsentativ-parlamentarischen Grundordnung ist, dass prinzipiell zwischen der Willensbildung des Volkes und der Bildung des staatlichen Willens durch seine verfassten Organe unterschieden werden kann.²⁶⁰ Verbunden hiermit ist die Gefahr, dass sich die Staatsorgane - allen voran das Parlament - nach dem Akt ihrer Bestellung von denjenigen, die sie bestellt haben, d. h. dem Volk, lösen und anschließend verselbstständigen.²⁶¹ Derartiges würde jedoch der Volkssouveränität i. S. d. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG widersprechen, da diese über den Akt der Wahl hinaus eine ständige „Rückkopplung zwischen Staatsorganen und Volk“²⁶² verlangt, damit dem Volk auch zwischen den Wahlen ein effektiver Einfluss auf die staatliche Willensbildung und die Ausübung der Staatsgewalt zukommt.²⁶³

Wahlen bilden aber nach wie vor den zentralen Mechanismus der Angleichung von Volks- und Staatswillensbildung, auf die die Volkssouveränität abzielt, weil sie der einzige Akt sind, in dem beide

²⁵⁷ Zu den Aufgaben der parlamentarischen Volksvertretung *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 47 ff.; *Badura*, Staatsrecht, E Rn. 2; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 25 Rn. 10 ff.; *Brenner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 44 Rn. 47 ff.; *Ipsen*, Staatsrecht I, Rn. 200 ff.; *Kämmerer*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 117 ff.; *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 38 Rn. 18 ff.

²⁵⁸ *Müller*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 38 Rn. 17; zum „kooperativen Parlamentarismus“ *Badura*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 25 Rn. 62 ff.

²⁵⁹ Vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 34 Rn. 27; *Kunig*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 40 Rn. 78; *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 11; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, § 25 Rn. 1 ff.; *Müller*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 38 Rn. 17; *Ipsen*, Staatsrecht I, Rn. 200; *Gröpl*, Staatsrecht I, Rn. 310; *Schneider*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, S. 550 ff.; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 19.

²⁶⁰ *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 154.

²⁶¹ *Volkmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 4 Rn. 1; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 73.

²⁶² BVerfGE 85, 264 [284]; 91, 262 [268].

²⁶³ Vgl. BVerfGE 83, 60 [71 f.]; 85, 264 [285 f.]; 91, 262, [269]; 93, 37 [66].

unmittelbar verschränkt werden.²⁶⁴ Dabei vermögen Wahlen als Folge der pluralistischen Ausrichtung²⁶⁵ des GG demokratische Legitimation nur zu verleihen, wenn die im Volk vorhandenen Meinungen, Interessen und Bestrebungen in einem freien Wettbewerb um Wählerstimmen konkurrieren können, damit Minderheitsgruppen die Möglichkeit haben zur Mehrheit zu werden.²⁶⁶ Dies setzt Organisationen voraus, die die für Wahlen notwendigen personellen und sachlichen Alternativen zur Verfügung stellen, zwischen denen das Volk wählen kann. Diesen Bedarf decken die Parteien, indem sie durch Einreichung von Wahlvorschlägen (§ 18 Abs. 1 BWahlG) Kandidaten aufstellen und die vielfältigen gesellschaftlichen Meinungen und Interessen auf entscheidungsfähige politische Programme und Ziele reduzieren.²⁶⁷ Die politischen Parteien erweisen sich damit für die Vorbereitung und Durchführung von Wahlen als existenznotwendige Gebilde, weshalb das BVerfG die Parteien in ständiger Rspr. als „Wahlvorbereitungsorganisationen“ bezeichnet.²⁶⁸

Funktion und Bedeutung der Parteien erschöpfen sich aber nicht in der Vorbereitung und Durchführung von Wahlen.²⁶⁹ Vielmehr sind die Parteien die entscheidenden Faktoren, die dem Volk auch zwischen den Wahlen die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Einfluss auf die Entscheidungen der obersten Staatsorgane zu vermitteln, indem sie in das System der staatlichen Institutionen und Ämter hineinwirken, und zwar insbesondere durch Einflussnahme auf die Beschlüsse und Maßnahmen von Parlament und Regierung.²⁷⁰ Dies verdeutlicht ein Blick auf die politische Wirklichkeit: So sind es die Parteien, die als Folge ihrer Teilnahme an Wahlen die Parlamente auf Bundes- und Landesebene mit ihren Vertretern besetzen, wo sich letztere auf der Grundlage gleicher Parteizugehörigkeit zu Fraktionen

²⁶⁴ *Volkman*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 4 Rn. 10.

²⁶⁵ Die pluralistische Ausrichtung des GG kommt besonders in jenen Grundrechten zum Ausdruck, die auf demokratische Mitwirkung abzielen; dies sind - neben Art. 21 GG - Art. 4, 5, 8, 9 u. 17 GG.

²⁶⁶ Vgl. BVerfGE 91, 262 [267].

²⁶⁷ Vgl. *Volkman*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 4 Rn. 10; *Grimm*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 6 Rn. 3; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 161; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 33.

²⁶⁸ BVerfGE 8, 51 [63]; 20, 56 [113]; 91, 262 [268].

²⁶⁹ BVerfGE 91, 262 [268]; vgl. auch *Grimm*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 6 Rn. 4.

²⁷⁰ BVerfGE 20, 56 [101]; 91, 262 [268].

zusammenschließen. Unabhängige Bewerber kommen dagegen in den Parlamenten kaum vor, weil es auf Europa-, Landes- und Bundesebene realistisch betrachtet so gut wie unmöglich ist, ohne die Unterstützung einer Partei ein Parlamentsmandat zu erringen.²⁷¹ Grund hierfür ist, dass die Parteien sowohl über die notwendigen personellen und materiellen Ressourcen für einen intensiven Wahlkampf verfügen als auch eine privilegierte Stellung im Wahlrecht genießen, die sich insbesondere im Wahlvorschlagsrecht (§ 18 Abs. 1 BWahlG) und im sog. Listenprivileg (§ 27 Abs. 1 BWahlG) äußert.²⁷² Konsequenz ist, dass die Parteien über ihrer gewählten Kandidaten faktisch die Parlamente „beherrschen“, was ihnen im parlamentarischen Regierungssystem des GG zugleich einen erheblichen Einfluss auf die Regierung verleiht.²⁷³ Dieser Einfluss äußert sich sowohl personell als auch sachlich, da die Parteien nicht nur die Kandidaten für die Regierungsbildung stellen, sondern zugleich mit ihren politischen Zielen und Programmen die Sacharbeit der Regierung maßgeblich mitbestimmen.²⁷⁴ Besonders starkes Gewicht gewinnen die Parteien in Koalitionsregierungen, wie sie in Bund und Ländern typisch sind, weil hier über die gesamte Wahlperiode die Regierungsarbeit durch den Koalitionsvertrag der Regierungsparteien (mit-) bestimmt wird.²⁷⁵ Dabei enthält der Koalitionsvertrag regelmäßig die Vereinbarung, dass alle zwischen den Koalitionspartnern abstimmungsbedürftigen Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung im Koalitionsausschuss beraten und entschieden werden.²⁷⁶ Oftmals erweisen sich die anschließenden Parlaments- und Regierungsentscheidungen daher nur noch als Vollzug der im Koalitionsausschuss getroffenen Absprachen.²⁷⁷

²⁷¹ *Ossege*, Das Parteienrechtsverhältnis, S. 41; *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 21 Rn. 85; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 439; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 79.

²⁷² *Ossege*, Das Parteienrechtsverhältnis, S. 41; vgl. zum faktischen Monopol der Parteien bei der Aufstellung von Wahlbewerbern *Volkman*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 4 Rn. 16.

²⁷³ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 466 f.; *Kersten*, in: Kersten/Rixen, PartG, § 1 Rn. 110 ff.

²⁷⁴ *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 21 Rn. 88; *Kersten*, in: Kersten/Rixen, PartG, § 1 Rn. 111 ff.

²⁷⁵ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 466.

²⁷⁶ Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU u. SPD, 19. Legislaturperiode, Zeilen 8234 ff.; grundlegend zum Koalitionsausschuss *Miller*, Der Koalitionsausschuss, S. 15 ff.

²⁷⁷ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 466, vgl. auch *Brenner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 44 Rn. 61; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 20 u. 38.

Dies alles zeigt, dass die Parteien mit dem Staat äußerst eng „verwoben“ sind. Sie sind daher wie keine andere Organisation aus Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit in der Lage, auch zwischen den Wahlen die Volkssouveränität i. S. einer ständige Rückkopplung zwischen Staatsorganen und Volk zu gewährleisten, indem sie entweder als Parteien der Mehrheit die Verbindung zwischen Volk und politischer Führung herstellen und aufrechterhalten oder als Parteien der Minderheit die politische Opposition parlamentarisch wirksam machen.²⁷⁸

Für die Funktionsfähigkeit des repräsentativ-parlamentarischen Systems der Bundesrepublik Deutschland erweisen sich die Parteien damit als „*schlechthin unerlässlich und entscheidend*“²⁷⁹ und sind deshalb als „*ein verfassungsrechtlich notwendiger Bestandteil der freiheitlichen-demokratischen Grundordnung*“²⁸⁰ anzuerkennen.²⁸¹ Folgerichtig ist das Mitwirken der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) als Wahrnehmung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu qualifizieren.

cc) Zwischenergebnis

Die Parteien erfüllen im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB.

²⁷⁸ Vgl. BVerfGE 20, 56 [101].

²⁷⁹ BVerfGE 20, 56 [114].

²⁸⁰ § 1 Abs. 1 S. 1 PartG.

²⁸¹ Vgl. Zur Bedeutung der Parteien auch BVerfGE 85, 264 [284] - „für die demokratische Ordnung unerlässlich“; 85, 264 [288] - „Unentbehrlichkeit der Parteien für den Prozeß der politischen Willensbildung im demokratisch verfassten Staat“; vgl. ferner *Brenner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 44 Rn. 61 a. E. - „keine Alternative“; *Grimm*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 6 Rn. 3 a. E. - „ohne gleichwertige Alternative“; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 457 - „unentbehrlich“; *Ipsen*, in: ders., PartG, § 1 Rn. 2 - „parlamentarische Demokratie ohne politische Parteien nicht denkbar“; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 21 Rn. 19 - „unverzichtbar“; *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 21 Rn. 16 - „Notwendigkeit einer Parteiendemokratie“; *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2019, 763, 763 - „für eine parlamentarische Demokratie unverzichtbar“.

c) Fraktionen

Des Weiteren fragt sich, ob die Fraktionen zu dem besonderen Zweck gegründet werden, Aufgaben wahrzunehmen, die im Allgemeininteresse liegen.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst - unter aa) - der Aufgabenkreis der Fraktionen zu bestimmen. Sodann ist - unter bb) - zu klären, ob die Fraktionen unter Berücksichtigung der Kriterien des EuGH²⁸² als Einrichtungen zu qualifizieren sind, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrnehmen.

aa) Aufgabenkreis

Aussagekräftiges zum Aufgabenkreis der Parlamentsfraktionen kann der Rspr. des BVerfG, dem Abgeordnetengesetz des Bundes (AbgG) sowie einigen Abgeordneten- und Fraktionsgesetzen der Länder entnommen werden.

Das GG hingegen erwähnt die Fraktionen lediglich im Zusammenhang mit dem Gemeinsamen Ausschuss, der gemäß Art. 53a Abs. 1 S. 2 GG zu zwei Dritteln aus Abgeordneten des Bundestages und zu einem Drittel aus Mitgliedern des Bundesrates besteht, wobei die Abgeordneten vom Bundestag entsprechend dem Stärkeverhältnis der Fraktionen bestimmt werden. Relevante Aussagen zum Aufgabenbereich der Fraktionen können hieraus nicht gefolgert werden. Die Nennung der Fraktionen in Art. 53a Abs. 1 S. 2 GG zeigt aber immerhin, dass die Existenz der Fraktionen von der Verfassung vorausgesetzt wird.²⁸³

Aufschlussreicher ist die Rspr. des BVerfG. Danach *„steuern und erleichtern [die Fraktionen] in gewissem Grade die parlamentarische Arbeit, indem sie insbesondere eine Arbeitsteilung unter ihren Mitgliedern organisieren, gemeinsame Initiativen vorbereiten und aufeinander abstimmen sowie eine umfassende Information der Fraktionsmitglieder unterstützen. Auf diese*

²⁸² Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. a).

²⁸³ Braun/Jantsch/Klante, AbgG, § 45 Rn. 4.

*Weise fassen sie unterschiedliche politische Positionen zu handlungs- und verständigungsfähigen Einheiten zusammen.*²⁸⁴

Eine (einfachgesetzliche) Legaldefinition des Aufgabenbereichs der Fraktionen findet sich in § 47 AbgG. Danach wirken die Fraktionen an der Erfüllung der Aufgaben des Deutschen Bundestages mit (§ 47 Abs. 1 AbgG). Zudem können sie mit Fraktionen anderer Parlamente und parlamentarischen Einrichtungen national und international zusammenarbeiten (§ 47 Abs. 2 AbgG) und die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit unterrichten (§ 47 Abs. 3 AbgG).

Ferner enthalten die Abgeordneten- und Fraktionsgesetze der Länder eigene Legaldefinitionen zum Aufgabenbereich der Fraktionen.²⁸⁵ Eine an die Rspr. des BVerfG anknüpfende, besonders gelungene Zusammenfassung des objektiven Aufgabenkreises der Fraktionen findet sich in § 47 Thüringer Abgeordnetengesetz (ThürAbgG). Dieser lautet wie folgt:

„Die Fraktionen dienen der politischen Willensbildung im Landtag und wirken an der Erfüllung seiner Aufgaben mit, indem sie durch die Koordination der parlamentarischen Tätigkeit ihrer Mitglieder dazu beitragen, den Ablauf der parlamentarischen Arbeit zu steuern und zu erleichtern. Danach gehört es insbesondere zu ihren Aufgaben,

- 1. Initiativen vorzubereiten, abzustimmen und durchzusetzen,*
- 2. innerhalb der Fraktion eine gemeinsame Haltung zu Gegenständen der parlamentarischen Beratung und Entscheidung herbeizuführen und zu verfolgen,*
- 3. im Meinungs Austausch mit Betroffenen, der Bevölkerung, Organisationen und Vereinigungen Informationen für parlamentarische Entscheidungen und deren Akzeptanz zu gewinnen,*
- 4. eine Arbeitsteilung unter den Mitgliedern zu organisieren sowie*
- 5. die Öffentlichkeit über ihre parlamentarische Arbeit zu unterrichten.*

²⁸⁴ BVerfGE 80, 188 [231]; vgl. auch BVerfGE 20, 56 [104].

²⁸⁵ Vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 S. 2 bis 4 BayFraktG; § 1 Abs. 2 HmbFraktG; § 1 Abs. 4 SächsFrakRStG; eine umfassende Übersicht zu den vergleichbaren Vorschriften auf Landesebene findet sich etwa bei *Lontzek*, in: Austermann/Schmahl, AbgG, § 47 Rn. 23.

In diesem Rahmen können die Fraktionen auch mit Fraktionen anderer Parlamente zusammenarbeiten.“

Diese Positivliste der fraktionellen Aufgaben ist in negativer Hinsicht dahingehend zu ergänzen, dass die Fraktionen keine Parteiaufgaben wahrnehmen. Dies begründet sich wie folgt:

Zwischen den Parteien und Fraktionen besteht eine sehr enge personelle wie sachliche Verbindung. Grund hierfür ist zunächst die privilegierte Stellung der Parteien im Wahlrecht, welche zur Folge hat, dass sich die Parlamente auf Bundes- und Landesebene praktisch ausschließlich aus Kandidaten der Parteien zusammensetzen.²⁸⁶ Weiter begünstigt wird die enge Verbindung zwischen den Parteien und Fraktionen durch die förmlichen Anforderungen an die Fraktionsbildung, welche gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 GO-BT an zwei Voraussetzungen geknüpft ist. Danach sind die Fraktionen

- Vereinigungen von mindestens fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages (Mindestquorum),
- die derselben Partei oder - gemünzt auf CDU und CSU²⁸⁷ - solchen Parteien angehören, die auf Grund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander im Wettbewerb stehen (politische Homogenität).²⁸⁸

Durch das Erfordernis der politischen Homogenität sollen Zweckbündnisse von Abgeordneten verhindert werden, deren Wille zur Vereinigung nicht auf eine gemeinsame politische Arbeit, sondern allein auf Erlangung der den Fraktionen zustehenden Rechte abzielt.²⁸⁹ Das Erfordernis der politischen Homogenität bewirkt aber auch, dass die fraktionsangehörigen Abgeordneten in aller Regel Mitglieder derselben Partei sind. Diese „Doppelmitgliedschaft“ hat erhebliche Auswirkungen auf die Sacharbeit einer Fraktion, denn als

²⁸⁶ Die privilegierte Stellung der Parteien im Wahlrecht äußert sich insbesondere im Wahlvorschlagsrecht (§ 18 Abs. 1 BWahlG) u. im sog. Listenprivileg (§ 27 Abs. 1 BWahlG).

²⁸⁷ Maurer, Staatsrecht I, § 13 Rn. 107.

²⁸⁸ Wollen Abgeordnete eine Fraktion bilden, ohne dass die in § 10 Abs. 1 S. 1 GO-BT genannten Voraussetzungen erfüllt sind, benötigen sie dafür die Zustimmung des Bundestages, § 10 Abs. 1 S. 2 GO-BT. Durch dieses Zustimmungserfordernis kann die Bildung kleiner Fraktionen, die eine „Zersplitterung“ u. damit eine Gefährdung der Arbeitsfähigkeit des Bundestages bewirken könnten, verhindert werden.

²⁸⁹ Linck, in: ders./Baldus/Lindner u. a., ThürVerf, Art. 58 Rn. 16; Braun/Jantsch/Klante, AbgG § 45 Rn. 11; Klein, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 9; Kim, Die Rechtsstellung fraktionsloser Volksvertreter, S. 40 f.

Parteimitglieder sind die fraktionsangehörigen Abgeordneten dazu berufen, das politische Programm „ihrer“ Partei parlamentarisch umzusetzen. Den Fraktionen kommt damit eine „Scharnierfunktion“ zu, weil sie die in der gesellschaftlichen Sphäre verorteten Parteien mit den (staatlichen) Entscheidungsprozessen im Parlament verbinden.²⁹⁰ Zum Teil werden die Fraktionen deshalb als „*Erscheinungsweise der Parteien im Parlament*“²⁹¹, „*parteibezogene Untergliederungen des Bundestags*“²⁹² oder als „*Parteien im Parlament*“²⁹³ bezeichnet. Diese Bezeichnungen dienen aber lediglich dazu, die in tatsächlicher Hinsicht zweifellos enge Beziehung zwischen den Parteien und Fraktionen zu beschreiben. In rechtlicher Hinsicht müssen die Parteien und Fraktionen hingegen strikt voneinander getrennt werden, da die Fraktionen verfassungsrechtlich dem Bereich der organisierten Staatlichkeit angehören, während die Parteien dem gesellschaftlich-politischen Bereich zuzuordnen sind.²⁹⁴ Zudem sind die Abgeordneten gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG Vertreter des ganzen Volkes (und nicht einer Partei), an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen (Grundsatz des freien Mandats). Einen Automatismus zwischen Parteimitgliedschaft und Fraktionsmitgliedschaft kann es daher nicht geben.²⁹⁵ Vielmehr liegt es in der durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verbürgten freien Entscheidung jedes Abgeordneten, ob er „seiner“ parteibezogenen Fraktion beitrifft oder eben nicht.²⁹⁶ Ebenso entscheidet jeder Abgeordnete selbst, ob und ggf. in welchem Maße er die Themen „seiner“ Partei parlamentarisch umzusetzen sucht. Zur Wahrnehmung von Parteiaufgaben können deshalb weder die Abgeordneten noch die Fraktionen, die ihre parlamentsinternen Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ableiten,²⁹⁷ verpflichtet sein.

²⁹⁰ Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 237.

²⁹¹ Badura, Staatsrecht, E Rn. 33.

²⁹² Maurer, Staatsrecht I, § 13 Rn. 105.

²⁹³ Morlok, in: Dreier, GG, Art. 38 Rn. 175, Art. 40 Rn. 33; Grimm, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 6 Rn. 2; Kretschmer, in: Handschuh/Kremer/Kretschmer/Zeh, Wegweiser Parlament, S. 253.

²⁹⁴ BVerfGE 20, 56 [104 f.]; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 1027.

²⁹⁵ Klein, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 7; Maurer, Staatsrecht I, 6. § 13 Rn. 107.

²⁹⁶ Klein, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 7; ders., in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 241.

²⁹⁷ BVerfGE 70, 324 [354, 363]; 80, 188 [218]; Maurer, Staatsrecht I, § 13 Rn. 108.

bb) Allgemeininteresse

(1) Vermutung aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsform

Nach der Rspr. der nationalen Nachprüfungsinstanzen wird bei öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtungen regelmäßig widerleglich vermutet, dass diese Aufgaben wahrnehmen, die im Allgemeininteresse liegen. Dementsprechend ist vorliegend der Frage nachzugehen, ob die Fraktionen ihrer Rechtsnatur nach als öffentlich-rechtlich verfasste Einrichtungen zu bewerten sind.

Die Rechtsnatur der Fraktionen wird seit jeher weder durch das Grundgesetz noch durch das AbgG verbindlich definiert. § 46 Abs. 1 AbgG ist lediglich zu entnehmen, dass es sich bei den Fraktionen um rechtsfähige Vereinigungen von Abgeordneten handelt. Der Begriff der rechtsfähigen Vereinigung besagt jedoch nichts Konkretes über die Rechtsnatur der Fraktionen.²⁹⁸ Wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, beabsichtigte der Gesetzgeber auch nicht, mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Fraktionen eine rechtliche Qualifizierung zu verbinden.²⁹⁹ Es sollte lediglich eine pragmatische, für die Praxis ausreichende Regelung getroffen werden, um den Fraktionen eine ordnungsgemäße Personal- und Wirtschaftsführung zu ermöglichen, indem sie eigenes Personal beschäftigen und fraktionseigene sächliche Ressourcen einsetzen können, auf die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben (vgl. § 47 AbgG) angewiesen sind.³⁰⁰

In der Literatur werden sehr unterschiedliche Auffassungen zur Rechtsnatur der Fraktionen vertreten. Diskutiert wurde bzw. wird insbesondere, die Fraktionen als

- nicht rechtsfähige Vereine des bürgerlichen Rechts (mit Innenrechtsfähigkeit),³⁰¹

²⁹⁸ Schwarz, in: Busch/Berger, Die parlamentarische Kontrolle – Institutionen u. Funktionen des Deutschen Bundestages, S. 114.

²⁹⁹ BT-Drs. 12/4756, S. 6.

³⁰⁰ BT-Drs. 12/4756, S. 6; vgl. auch Lontzek, in: Austermann/Schmahl, AbgG, § 46 Rn. 1; Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 249.

³⁰¹ Schäfer, Der Bundestag, S. 135; Achterberg, Grundzüge des Parlamentsrechts, S. 39 f.

- Gesellschaften des bürgerlichen Rechts,³⁰²
 - Körperschaften des öffentlichen Rechts,³⁰³
 - Vereine des öffentlichen Rechts,³⁰⁴
 - juristische Personen des öffentlichen Rechts,³⁰⁵
 - selbstständige Rechtspersönlichkeiten des Parlamentsrechts,³⁰⁶
 - verfassungsrechtliche Gebilde sui generis,³⁰⁷
 - Staatsorgane sui generis,³⁰⁸
 - Organisationen mit einem (öffentlich-rechtlichen) Rechtscharakter sui generis³⁰⁹,
 - Organe³¹⁰, Teilorgane³¹¹ bzw. Organteile³¹² oder Quasi-Organ³¹³ des Parlaments,
 - Aktionskörper der Parteien³¹⁴,
 - Parteien im Parlament³¹⁵ oder als
 - Organisationen mit einer eigenständigen³¹⁶ oder
 - dualen Rechtsnatur³¹⁷
- zu qualifizieren.³¹⁸

³⁰² Diskutiert, aber im Ergebnis abgelehnt von *Hagelstein*, Die Rechtsstellung der Fraktionen im Deutschen Parlamentswesen, S. 95.

³⁰³ *Schwarz*, in: Busch/Berger, Die parlamentarische Kontrolle – Institutionen u. Funktionen des Deutschen Bundestages, S. 115; *Moecke*, NJW 1965, 276, 280; *Hagelstein*, Die Rechtsstellung der Fraktionen im Deutschen Parlamentswesen, S. 108 ff.

³⁰⁴ *Moecke*, NJW 1965, 276, 280.

³⁰⁵ *Lontzek*, in: Austermann/Schmahl, AbgG, § 46 Rn. 4; *Braun/Jantsch/Klante*, AbgG, § 46 Rn. 3.

³⁰⁶ *Hölscheidt*, Das Recht der Parlamentsfraktionen, S. 326.

³⁰⁷ *Röhring/Sontheimer*, Handbuch des deutschen Parlamentarismus, S. 146.

³⁰⁸ *Borchert*, AöR 1977, 210, 231; *Schmidt*, DÖV 1990, 102, 105.

³⁰⁹ *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 38 Rn. 136.

³¹⁰ *Hauenschild*, Wesen u. Rechtsnatur der parlamentarischen Fraktionen, S. 170; auch das BVerfG (E 1, 208 [229]) hat eine (Landtags-)Fraktion (einmal) als Organ des Parlaments qualifiziert.

³¹¹ *Tsatsos/Morlok*, Parteienrecht, S. 215; *Piero*, in: Jarass/Piero, GG, Art. 40 Rn. 7; *Henke*, Das Recht der politischen Parteien, S. 146.

³¹² *Kim*, Die Rechtsstellung fraktionsloser Volksvertreter, S. 47 m. w. N.

³¹³ *Piero*, in: Jarass/Piero, GG, Art. 40 Rn. 7.

³¹⁴ *Sasse*, JZ 1961, 719, 724.

³¹⁵ *Dellmann*, DÖV 1976, 153, 154.

³¹⁶ *Pfeil*, Der Abgeordnete u. die Fraktion, S. 78.

³¹⁷ *Gröpl*, Staatsrecht I, Rn. 1082; *Ipsen*, Staatsrecht I, Rn. 270; *Morlok*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 718.

³¹⁸ Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem vertretenen Meinungsspektrum findet sich insbesondere bei *Hölscheidt*, Das Recht der Parlamentsfraktionen, S. 283 ff.; vgl. ferner *Kretschmer*, in: Handschuh/Kremer/Kretschmer/Zeh, Wegweiser Parlament, S. 283 ff.; *Pfeil*, Der Abgeordnete u. die Fraktion, S. 64 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 1026 ff.; *Hagelstein*, Die Rechtsstellung der Fraktionen im Deutschen Parlamentswesen, S. 93 ff.; *Schwarz*, in: Busch/Berger, Die parlamentarische Kontrolle – Institutionen u. Funktionen des Deutschen Bundestages, S. 114 f.; *Achterberg*,

Einer detaillierten Auseinandersetzung mit vorerwähnten Auffassungen bedarf es vorliegend allerdings nicht, da allein entscheidend ist, ob die Fraktionen als öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen zu bewerten sind.³¹⁹ Hierfür votiert die Rspr. des BVerfG, aus der hervorgeht, dass die Fraktionen „als ständige Gliederungen des Bundestages der ‚organisierten Staatlichkeit‘ eingefügt“ sind.³²⁰ Die Fraktionen sind somit - anderes als die Parteien, die der gesellschaftlichen Sphäre entstammen - im Staat selbst verwurzelt, was sich auch daran zeigt, dass Gründung, Fortbestand und Rechte der Fraktionen von öffentlich-rechtlichen Normen wie dem GG, dem AbgG sowie der GO-BT geprägt sind.³²¹ Dem steht die Tatsache, dass die Fraktionen als rechtsfähige Vereinigungen (§ 46 Abs. 1 AbgG) auch am zivilen Rechtsverkehr teilnehmen, etwa indem sie Arbeits-, Kauf- oder Mietverträge abschließen, nicht entgegen. Schließlich ist die Haupttätigkeit der Fraktionen parlamentarischer Art, sodass die Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr eine nur untergeordnete Rolle spielt und daher nicht geeignet ist, die vom öffentlichen Recht dominierte Stellung der Fraktionen in ausschlaggebender Weise zu überlagern.³²²

Die Fraktionen sind somit als öffentlich-rechtlich verfasste Einrichtungen zu bewerten.

Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies, dass mit der Rspr. der nationalen Nachprüfungsinstanzen (widerleglich) zu vermuten ist, dass die Fraktionen im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrnehmen.

Grundzüge des Parlamentsrechts, S. 39 f.; *Fischer*, Abgeordnetendiäten und staatliche Fraktionsfinanzierung in den fünf neuen Bundesländern, S. 164 ff.

³¹⁹ Bereits diskutiert und verneint wurde im Rahmen der vorliegenden Untersuchung die Frage, ob die Fraktionen als Staats- bzw. Parlamentsorgane zu bewerten sind, siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. I; auch wurde bereits aufgezeigt, dass die Fraktionen (rechtlich betrachtet) keine Teile der Parteien sind, siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. c) aa).

³²⁰ BVerfGE 20, 56 [104]; 62, 194 [202]; 80, 188 [231].

³²¹ Vgl. *Hölscheidt*, Das Recht der Parlamentsfraktionen, S. 306; *Pfeil*, Der Abgeordnete u. die Fraktion, S. 68 f.; *Stevens*, Die Rechtsstellung der Bundestagsfraktionen, S. 65; *Moecke*, NJW 1965, 276, 280.

³²² *Pfeil*, Der Abgeordnete u. die Fraktion, S. 69.

(2) Kriterien des EuGH

Wie erwähnt, handelt es sich aber nur um eine widerlegliche Vermutung. Letztlich entscheidend ist daher, ob die Fraktionen unter Berücksichtigung der Kriterien des EuGH³²³ als Einrichtungen zu qualifizieren sind, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrnehmen. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre die soeben begründete Vermutung widerlegt.

Nach der Rspr. des EuGH ist das Allgemeininteresse i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB insbesondere zu bejahen, wenn es sich um Aufgaben handelt, deren Wahrnehmung mit dem institutionellen Funktionieren des Staates eng verknüpft ist.³²⁴ Hiervon muss vorliegend ausgegangen werden, sofern sich die Fraktionen für die Arbeitsfähigkeit der obersten Verfassungsinstitution „Bundestag“ als unentbehrlich erweisen, weil sie an dessen Funktionen entscheidend beteiligt sind.

Im Allgemeinen können vier parlamentarische Funktionen (gleichbedeutend mit Aufgaben) unterschieden werden: die Repräsentations- bzw. Öffentlichkeitsfunktion, die Gesetzgebungsfunktion, die Kreationfunktion und die Kontrollfunktion.³²⁵

- *Mitwirkung der Fraktionen an der Repräsentations- bzw. Öffentlichkeitsfunktion des Parlaments*

Als einziges unmittelbar demokratisch legitimes Staatsorgan ist der Bundestag das zentrale Repräsentativorgan des Volkes.³²⁶ Der Hauptort für die Ausübung der Repräsentationsfunktion ist das Plenum, welches grundsätzlich öffentlich tagt (Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG). Vornehmlich hier sollen die vielfältigen politischen Positionen und Interessen von Bürgern

³²³ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. a).

³²⁴ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261, EuZW 1998, 120, Rn. 24.

³²⁵ Vgl. *Klein*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 50 Rn. 15; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 47 ff.; *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 38 Rn. 2; *Trute*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 8 ff.; *Gröpl*, Staatsrecht I, § 16 Rn. 1011; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 38 Rn. 1 ff.; *Schreiber*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 3, Art. 38 Rn. 57 ff.; *Degenhart*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 634; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 6 Rn. 200 ff.; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 35; *M. Schmidt*, Das politische System Deutschlands, S. 148 ff.

³²⁶ BVerfGE 80, 188 [217 f.]; vgl. auch *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 17 f.

und Gruppen in laufenden Kommunikationsprozessen vermittelt, in parlamentarischen Debatten und Anträgen artikuliert und bei der Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt werden, um die Transparenz der politischen Willensbildung und die Akzeptanz der Entscheidungen des Bundestages zu gewährleisten.³²⁷ Das Prinzip der parlamentarischen Öffentlichkeit bedingt das Recht des Abgeordneten, im Parlament das Wort zu ergreifen (Rederecht).³²⁸ Das Rederecht folgt aus dem freien parlamentarischen Mandat des Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG).³²⁹ Die Ausübung des Rederechts unterliegt aber den vom Parlament kraft seiner Geschäftsordnungsautonomie (Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG) gesetzten Schranken.³³⁰ Dabei offenbart die Geschäftsordnung des Bundestages (GO-BT) einen dominanten Einfluss der Fraktionen auf die Gestaltung der Tagesordnung, die Reihenfolge der Redner sowie die Verteilung und Dauer der Redezeit.

Bereits auf die Gestaltung der Tagesordnung üben die Fraktionen erheblichen Einfluss aus, da Termin und Verhandlungsgegenstände jeder Sitzung des Bundestages gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GO-BT in aller Regel im Ältestenrat, der sich entsprechend dem Stärkeverhältnis der Fraktionen zusammensetzt (§§ 6 Abs. 1, 12 GO-BT), vereinbart werden.

Auch die Aussprache über jeden Verhandlungsgegenstand, also die eigentliche parlamentarische Debatte, wird vornehmlich durch die Fraktionen bestimmt. Dies betrifft insbesondere die Worterteilung und Wortmeldung, die Reihenfolge der Redner und die Rededauer.

Gemäß § 27 Abs. 1 S. 1 GO-BT darf ein Mitglied des Bundestages nur sprechen, wenn ihm der Präsident das Wort erteilt hat. Zuvor bedarf es

³²⁷ Vgl. *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 38 Rn. 72; *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 40 Rn. 4; *Degenhart*, Staatsrecht I, § 2 Rn. 35; *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 60; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 40 ff.

³²⁸ Vgl. *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 38 Rn. 83 f.

³²⁹ BVerfGE 10, 4 [12]; 60, 374 [379]; 80, 188 [218]; 96, 264 [284]; vgl. auch *Trute*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 92; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 38 Rn. 84; *Schreiber*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 3, Art. 38 Rn. 204; *Badura*, Staatsrecht, E Rn. 29; *Besch*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 33 Rn. 5.

³³⁰ Vgl. BVerfGE 10, 4 [13 ff.]; 96, 264 [284]; *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 38 Rn. 84.

einer Wortmeldung bei dem Schriftführer, der die Rednerliste führt (§ 27 Abs. 1 S. 3 GO-BT), wobei in der Praxis die Parlamentarischen Geschäftsführer der Fraktionen das Wortmeldungserfordernis übernehmen, indem diese eine fertige Rednerliste ihrer Fraktion einreichen.³³¹

Die Reihenfolge der Redner bestimmt grundsätzlich der Präsident, der in diesem Zusammenhang insbesondere auf das Prinzip „Rede und Gegenrede“ und auf die Stärke der Fraktionen achtet (§ 28 Abs. 1 GO-BT). Auch insoweit ist es jedoch Alltag, dass die Parlamentarischen Geschäftsführer der Fraktionen im Vorhinein die Reihenfolge der Redner interfraktionell absprechen.³³²

Die Rededauer der Aussprache über einen Verhandlungsgegenstand wird gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GO-BT auf Vorschlag des Ältestenrates vom Bundestag festgelegt. Hierzu wird im Ältestenrat zunächst ein Gesamtkontingent je Verhandlungsgegenstand vereinbart, welches anschließend nach einem zu Beginn der Wahlperiode vereinbarten Schlüssel, der sich am Stärkeverhältnis der Fraktionen orientiert,³³³ auf die Fraktionen verteilt wird.³³⁴ Darin liegt keine Verletzung des durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verbürgten Abgeordnetenstatus; vielmehr wird die sachliche Arbeit des Parlaments gefördert, indem sichergestellt wird, dass alle im Parlament vertretenen politischen Richtungen eine Äußerungsmöglichkeit erhalten.³³⁵ Kommt es im Ältestenrat nicht zu einer Vereinbarung gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GO-BT oder beschließt der Bundestag nichts Anderes, darf der einzelne Redner in der Aussprache nicht länger als 15 Minuten sprechen (§ 35 Abs. 1 S. 2 GO-BT). Auf Verlangen einer Fraktion kann einer ihrer Redner eine Redezeit bis zu 45 Minuten in Anspruch nehmen (§ 35 Abs. 1 S. 3 GO-BT).

³³¹ Roll, GO-BT, § 27 Rn. 1; vgl. auch Ismayr, Der Deutsche Bundestag, S. 305.

³³² Krings, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 61.

³³³ Der Verteilungsschlüssel ist aber nicht streng am Stärkeverhältnis der Fraktionen ausgerichtet, sondern begünstigt die kleinen Fraktionen relativ, siehe BVerfGE 80, 188 [228].

³³⁴ Roll, GO-BT, § 35 Rn. 2.

³³⁵ BVerfGE 10, 4 [12 ff.]; Schreiber, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 3, Art. 38 Rn. 204.

Bei der Redezeit profitieren die Fraktionen zudem von Zeitausgleichsregelungen die zum Tragen kommen, wenn Mitglieder oder Beauftragte der Bundesregierung oder des Bundesrates von ihrem gemäß Art. 43 Abs. 2 S. 2 GG zustehenden Recht Gebrauch machen, jederzeit - mithin auch außerhalb der Tagesordnung - im Bundestag gehört zu werden. Sprechen diese länger als 20 Minuten, kann die Fraktion, die eine abweichende Meinung vortragen lassen will, für einen ihrer Redner eine entsprechende Redezeit verlangen (§ 35 Abs. 2 GO-BT). Fraktionen, deren Redezeit bereits ausgeschöpft ist, steht das Recht zu, noch einmal ein Viertel ihrer Redezeit in Anspruch zu nehmen (§ 44 Abs. 2 GO-BT).

Schließlich kann ein Antrag auf Schluss der Aussprache erst zur Abstimmung gestellt werden, wenn jede Fraktion mindestens einmal zu Wort gekommen ist (§ 25 Abs. 2 S. 3 GO-BT).

Dies alles zeigt, dass das Rederecht des einzelnen Abgeordneten in der parlamentarischen Praxis erheblich eingeschränkt ist. Aussicht auf eine regelmäßige aktive Teilnahme an den Plenardebatten unter Inanspruchnahme attraktiver Redezeiten besteht für den einzelnen Abgeordneten nur über „seine“ Fraktion. Ein fraktionsloser Abgeordneter oder ein Abgeordneter der die Auffassung „seiner“ Fraktion nicht teilt (sog. Abweichler) ist demgegenüber darauf angewiesen, dass der Bundestagspräsident ihm überhaupt das Wort erteilt (§§ 27 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 GO-BT) und nicht stattdessen nach Ablauf der von den Fraktionen im Ältestenrat vereinbarten und vom Bundestag beschlossenen Gesamtdauer der Aussprache über einen Verhandlungsgegenstand die Aussprache schließt.³³⁶ Erteilt es der Bundestagspräsident, steht dem Abgeordneten in der Regel nur eine äußerst beschränkte Rededauer von 5 Minuten zu.³³⁷ Letztlich sind es

³³⁶ Vgl. *Roll*, GO-BT, § 27 Rn. 1, § 28 Rn. 1; *Besch*, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, § 33 Rn. 39, 45.

³³⁷ Vgl. *Besch*, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 33 Rn. 57; *Roll*, GO-BT, § 35 Rn. 6; nach der Rspr. des BVerfG (E 80, 188 [228 f.]) hat der Bundestagspräsident bei der Bemessung der Redezeit eines fraktionslosen Abgeordneten allerdings auf das Gewicht u. die Schwierigkeit des Verhandlungsgegenstandes sowie auf die Gesamtdauer der Aussprache u. darauf Bedacht zu nehmen, ob der Abgeordnete gleichgerichtete politische Ziele wie andere fraktionslose Mitglieder des Bundestages

daher in ganz erster Linie die Fraktionen, die es in der Hand haben, der Repräsentations- und Öffentlichkeitsfunktion des Bundestages Geltung zu verschaffen, indem sie die im Volk vorhandenen Meinungen, Interessen und Bestrebungen in der parlamentarischen Debatte zur Aussprache bringen.

- *Mitwirkung der Fraktionen an der Gesetzgebungsfunktion des Parlaments*

Gemäß Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG ist der Bundestag das zentrale Gesetzgebungsorgan der Bundesrepublik Deutschland; neben ihm wirken der Bundesrat, die Bundesregierung und der Bundespräsident mit.³³⁸ Dies verschafft dem Bundestag eine dominierende Stellung, da die Gesetze für alle Staatsorgane und alle Bürger verbindlich sind.³³⁹ Geregelt ist das Gesetzgebungsverfahren auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art. 76 ff. GG. Hinzu treten weitere Bestimmungen in der GO-BT, die das Gesetzgebungsverfahren näher konkretisieren.³⁴⁰

Gemäß Art. 76 Abs. 1 GG können Gesetzesvorlagen durch die Bundesregierung, durch den Bundesrat oder „aus der Mitte des Bundestages“ eingebracht werden. Letztgenannte Alternative wird in § 76 Abs. 1 GO-BT dahingehend konkretisiert, dass nur Fraktionen oder Gruppen von Abgeordneten mit mindestens Fraktionsstärke Gesetzentwürfe einbringen können. Dem einzelnen Abgeordneten kommt dagegen kein eigenes Initiativrecht zu.

Gesetzesvorlagen werden gemäß § 78 Abs. 1 S. 1 GO-BT in drei Beratungen (Lesungen) behandelt. In der ersten Beratung findet eine allgemeine Aussprache (Debatte) nur in Ausnahmefällen statt, etwa wenn eine Fraktion oder eine Gruppe von Abgeordneten in Fraktionsstärke dies verlangt (§ 79 S. 1 GO-BT); im Regelfall wird die Gesetzesvorlage durch

verfolgt u. sich damit auch für diese äußert; im Einzelfall kann also eine längere Redezeit als fünf Minuten geboten sein.

³³⁸ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 77 Rn. 2; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 38 Rn. 6; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 37.

³³⁹ *Maurer*, Staatsrecht I, § 13 Rn. 119.

³⁴⁰ Vgl. §§ 79 ff. GO-BT.

Beschluss an die sachlich zuständigen Ausschüsse überwiesen, wobei der federführende Ausschuss bestimmt wird (§ 80 Abs. 1 GO-BT).³⁴¹

Die Ausschüsse gelten als „*vorbereitende Beschlussorgane des Bundestages*“, die für einen bestimmten Gegenstand oder Geschäftsbereich der parlamentarischen Arbeit zuständig sind und durch Parlamentsbeschluss gebildet werden (§§ 54 Abs. 1 S. 1, 62 Abs. 1 GO-BT). In den Ausschüssen findet die eigentliche Gesetzgebungsarbeit statt; für die parlamentarische Arbeit und insbesondere die Gesetzgebung sind die Ausschüsse deshalb von zentraler Bedeutung.³⁴²

Aufgrund ihrer Bedeutung ist die Zusammensetzung der Ausschüsse sowie die Regelung des Vorsitzes in den Ausschüssen gemäß § 12 S. 1 GO-BT im Verhältnis der Stärke der einzelnen Fraktionen vorzunehmen (Proporzgrundsatz). Ergänzend bestimmt § 57 Abs. 2 S. 1 GO-BT, dass die Fraktionen die Ausschussmitglieder und deren Stellvertreter benennen. Als „*actus contrarius*“ zum Benennungsrecht steht den Fraktionen grundsätzlich ebenfalls die Befugnis zu, Abgeordnete aus den Ausschüssen abzuberaufen.³⁴³ Die Ausschussvorsitzenden werden ebenso wie deren Stellvertreter nach Vereinbarungen im Ältestenrat bestimmt (§§ 6 Abs. 2 S. 2, 57 Abs. 2, 58 GO-BT).

Insgesamt werden die Ausschüsse damit von den Fraktionen personell dominiert. Zudem stehen den Fraktionen zahlreiche Rechte für die Beratungen in den Ausschüssen zu, die deren bestimmende Einflussnahme auf die (Gesetzgebungs-)Arbeit der (ständigen) Ausschüsse sichern (vgl. §§ 60 Abs. 2 und 3, 61 Abs. 2, 64 Abs. 2 S. 3, 70 Abs. 5 S. 3 Halbs. 2, 71 Abs. 3 GO-BT).

³⁴¹ *Bryde*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 30 Rn. 35; *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 77 Rn. 16.

³⁴² *Gröpl*, Staatsrecht I, § 16 Rn. 1093; *Bryde*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 30 Rn. 36; *Zeh*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 39 Rn. 2; *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 17, Art. 40 Rn. 15 ff; *Morlok*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 727; *Degenhart*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 645; *Ipsen*, Staatsrecht I Rn. 260 f.; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 162 ff.

³⁴³ Vgl. BVerfGE 80, 188 [223; 233]; *Winkelmann*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 23 Rn. 32; *Degenhart*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 672.

Aber auch nach Abschluss der Ausschussarbeit und Zurückverweisung der Gesetzesvorlage setzt sich der beherrschende Einfluss der Fraktionen fort. So können zwar bis zur zweiten Beratung eines Gesetzentwurfes Änderungsanträge von jedem Abgeordneten eingebracht werden (§ 82 Abs. 1 GO-BT). Änderungsanträge zu Gesetzentwürfen in dritter Beratung müssen aber von einer Fraktion oder einer Gruppe von Abgeordneten in Fraktionsstärke unterzeichnet sein (§ 85 Abs. 1 S. 1 GO-BT). Wurden Änderungen vorgenommen, so muss die Schlussabstimmung auf Verlangen einer Fraktion oder einer Gruppe von Abgeordneten in Fraktionsstärke ausgesetzt werden, bis die Beschlüsse zusammengestellt und verteilt sind (§ 86 S. 3 GO-BT). Schließlich ist für eine erfolgreiche Abstimmung über die Gesetzesvorlage die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich (Art. 42 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG). Realistische Erfolgchancen werden daher in aller Regel nur solche Gesetzesinitiativen haben, die von den (Mehrheits-)Fraktionen unterstützt werden.³⁴⁴

- *Mitwirkung der Fraktionen an der Kreationfunktion des Parlaments*
Als Kurationsorgan ist der Bundestag an der Bestellung der Amtsinhaber anderer oberster Bundesorgane durch Wahl oder Mitwirkung beteiligt.³⁴⁵ Die Beteiligung des Bundestags an der Bestellung der Amtsinhaber anderer oberster Bundesorgane entspricht dem Gebot, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) und alle mit der Ausübung von Staatsgewalt betrauten Organe und Amtswalter ihre Legitimation über eine ununterbrochene demokratische Legitimationskette zumindest mittelbar auf das Volk zurückführen müssen.³⁴⁶ Unmittelbar durch den Bundestag gewählt werden nur der Bundeskanzler (Art. 63 GG) und der Wehrbeauftragte des Bundestages (Art. 45b GG).³⁴⁷ An der Wahl des Bundespräsidenten wirkt der Bundestag durch Entsendung von Abgeordneten in die Bundesversammlung mit (Art. 54 Abs. 3 GG).³⁴⁸ Des Weiteren ist der

³⁴⁴ Vgl. *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 37.

³⁴⁵ *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 32.

³⁴⁶ BVerfGE 47, 253 [275]; 77, 1 [40]; 93, 37 [66 f.]; 107, 59 [87].

³⁴⁷ *Ipsen*, Staatsrecht I, § 6 Rn. 201.

³⁴⁸ Eingehend zur Mitwirkung des Bundestages an der Wahl des Bundestagspräsidenten *Steiger*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 26 Rn. 35 ff.

Bundestag etwa an der Wahl der Hälfte der Mitglieder des BVerfG (Art. 94 Abs. 1 GG) sowie - über den Richterwahlausschuss - an der Berufung der Richter der obersten Gerichtshöfe des Bundes beteiligt (Art. 95 Abs. 2 GG).³⁴⁹

Besonders deutlich zeigt sich die Mitwirkung der Fraktionen an der Kurationsfunktion des Bundestages im Falle einer Direktwahl, insbesondere der Kanzlerwahl, da hier faktisch nur der Kandidat der Koalitionsfraktionen Aussicht auf einen erfolgreichen Wahlausgang hat. Den Koalitionsfraktionen kommt damit bei der Wahl des Bundeskanzlers eine Schlüsselfunktion zu, welche über die gesamte Wahlperiode fortbesteht, da der Bundeskanzler im parlamentarischen Regierungssystem des GG für eine effektive Amtsausübung auf das Vertrauen der die Regierung tragenden Fraktionen angewiesen ist.³⁵⁰

Soweit der Bundestag Kandidaten in bestimmte Gremien zu entsenden hat, gewährleisten ausdrückliche Proporzregelungen oder ein vorgeschriebenes Verhältniswahlssystem, dass die Entsendung der Kandidaten des Bundestages entsprechend dem Stärkeverhältnis der Fraktionen im Plenum erfolgt. So z. B. richtet sich die (bundestagsseitige) Wahl der Mitglieder des Richterwahlausschusses ausdrücklich nach den Regeln der Verhältniswahl und damit nach dem Stärkeverhältnis der Fraktionen (§ 5 Abs. 1 RiWG).³⁵¹

Die Kurationsfunktion umfasst auch die verfassungsrechtlich garantierte Selbstorganisation des Bundestages und betrifft vor allem die personelle Besetzung der Organe und Gremien des Bundestages, die ebenfalls nach dem Proporz der Fraktionen besetzt werden.³⁵² Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Besetzung des Ältestenrates (§ 12 GO-BT), die Bestimmung der Schriftführer (§ 3 i. V. m. § 12 GO-BT) und die Besetzung der (ständigen) Ausschüsse (§ 12 i. V. m. §§ 57, 58 GO-BT). Dabei eröffnet der Ältestenrat den Fraktionen ein

³⁴⁹ *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 34; *Ipsen*, Staatsrecht I, Rn. 201 f; *Steiger*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 26 Rn. 46.

³⁵⁰ *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 53.

³⁵¹ *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 53.

³⁵² *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 48.

entscheidendes Mitspracherecht bei der Gestaltung des Parlamentsbetriebes.³⁵³

Schließlich ist noch zu erwähnen, dass es deutscher Parlamentstradition entspricht, dass die jeweils stärkste Fraktion des Bundestages den Kandidaten für die Wahl des Bundestagspräsidenten benennt, welcher in der Regel von allen Fraktionen gewählt wird und gegen seinen Willen im Laufe der Wahlperiode nicht abberufen werden kann.³⁵⁴ Dabei bildet der Präsident gemeinsam mit den stellvertretenden Präsidenten das Präsidium (§ 5 GO-BT). Jede Fraktion ist durch mindestens einen Vizepräsidenten oder eine Vizepräsidentin im Präsidium vertreten (§ 2 Abs. 1 S. 2 GO-BT).

Festzustellen ist damit, dass die Fraktionen an der Kurationsfunktion des Bundestages entscheidend mitwirken, weil sie es sind, die durch Wahlvorschläge für die Aufstellung der Kandidaten sorgen, die das Parlament direkt zu wählen oder aber in bestimmte Organe und Gremien zu entsenden hat.³⁵⁵

- *Mitwirkung der Fraktionen an der Kontrollfunktion des Parlaments*
Ziel der parlamentarischen Kontrolle ist es, staatliche Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse transparent zu machen, um auf diese Weise eine informierte, kritische und reflektierte Teilnahme möglichst vieler Bürger an (gemeinwohlorientierten) Diskussionen über Regierungspolitik und parlamentarische Positionen anzuregen.³⁵⁶ Dem genügt eine bloße nachträgliche Prüfung oder Beaufsichtigung selbständig entscheidender Organe nicht.³⁵⁷ Eine effektive parlamentarische Kontrolle erfordert vielmehr die Möglichkeit jederzeitiger Einflussnahme auf das Verhalten der zu kontrollierenden Organe i. S. e. mitlaufenden oder dirigierenden Kontrolle.³⁵⁸ Parlamentarische Kontrolle ist deshalb nicht nur als bloße

³⁵³ Kretschmer, in: Handschuh/Kremer/Kretschmer/Zeh, Wegweiser Parlament, S. 300.

³⁵⁴ Kretschmer, in: Handschuh/Kremer/Kretschmer/Zeh, Wegweiser Parlament, S. 307 f.

³⁵⁵ Kretschmer, in: Handschuh/Kremer/Kretschmer/Zeh, Wegweiser Parlament, S. 407; Hölscheidt, Das Recht der Parlamentsfraktionen, S. 257.

³⁵⁶ Ismayr, Der Deutsche Bundestag, S. 292.

³⁵⁷ Trute, in: von v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 11; Magiera, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 36.

³⁵⁸ Trute, in: von v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 11; Ismayr, Der Deutsche Bundestag, S. 39; Magiera, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 36.

Kritik vermeintlichen oder tatsächlichen Fehlverhaltens der zu kontrollierenden Organe zu verstehen, sondern vielmehr als ständige Mitwirkung des Parlaments an der (gesamt-) staatlichen Willensbildung.³⁵⁹

Die Instrumente der parlamentarischen Kontrolle sind im GG und in der GO-BT geregelt und können in Mitwirkungs- und Informationsrechte unterschieden werden.³⁶⁰

Mitwirkungsrechte des Bundestages bestehen dort, wo Parlamentsgesetze oder schlichte Parlamentsbeschlüsse (ohne Gesetzeskraft) erforderlich sind, wie etwa bei der Feststellung des Verteidigungsfalles oder des Friedensschlusses (Art. 115a Abs. 1, Art. 115 Abs. 2 GG), beim Abschluss politischer Verträge mit anderen Staaten (Art. 59 Abs. 2 GG), bei der Feststellung des Haushaltsplans (Art. 110 Abs. 2 GG), bei der Entlastung der Bundesregierung (Art. 114 Abs. 1 GG) und bei der Übernahme von Bürgschaften, Garantien und Gewährleistungen (Art. 115 Abs. 1 GG).³⁶¹

Die Informationsrechte des Bundestages lassen sich wiederum in Fremd- und Selbstinformationsrechte unterteilen.³⁶² Zu den Fremdinformationsrechten gehören das Zitierrecht (Art. 43 Abs. 1 GG)³⁶³ und das Interpellationsrecht, also das Recht mündliche und schriftliche Fragen (§ 105 GO-BT) sowie kleine und große Anfragen (§§ 75 Abs. 1 lit. f, Abs. 3, 100 bis 104 GO-BT) an die Bundesregierung zu stellen.³⁶⁴

³⁵⁹ *Klein*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 50 Rn. 35; *Trute*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 11; *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 36; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 39; *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 57.

³⁶⁰ Vgl. *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 39 f.

³⁶¹ *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 59; *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 40.

³⁶² *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 39 f.

³⁶³ Nach h. A. entspricht dem Zitierrecht nicht nur eine Anwesenheits-, sondern darüber hinaus eine Antwortpflicht der Regierungsmitglieder; auf Verlangen des Bundestages oder seiner Ausschüsse haben die herbeigerufenen Regierungsmitglieder deshalb „Rede u. Antwort zu stehen“, vgl. hierzu BVerfGE 67, 100 [129]; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 6 Rn. 204; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 43 Rn. 11.

³⁶⁴ *Ipsen*, Staatsrecht I, § 6 Rn. 206 ff.; *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 39; *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 58; zu den Grenzen des parlamentarischen Fragerechts *Brenner*, Reichweite und Grenzen des parlamentarischen Fragerechts, S. 21 ff.

Dem Selbstinformationsrecht des Bundestages unterfällt zunächst das Recht jederzeit einen Untersuchungsausschuss einzurichten (Art. 44, 45a Abs. 2 S. 1 GG).³⁶⁵ Zu den Selbstinformationsrechten des Bundestages zählen weiterhin die Tätigkeiten des Wehrbeauftragten (Art. 45b GG), des Petitionsausschusses (Art. 45c GG) und des parlamentarischen Kontrollgremiums (Art. 45d GG), das Enqueterecht (§ 56 GO-BT) sowie die Durchführung öffentlicher Anhörungen in den Ausschüssen des Bundestages (§ 70 GO-BT).³⁶⁶

Die Mitwirkungs- und Informationsrechte des Bundestages werden maßgeblich von den Fraktionen wahrgenommen, wobei sich eine unterschiedliche Intensität der Wahrnehmung zeigt, abhängig davon, ob es sich um Regierungs- oder Oppositionsfraktionen handelt.³⁶⁷ So kommt den Oppositionsfraktionen bei der Ausübung der Mitwirkungsrechte des Bundestages aufgrund des Mehrheitsprinzips (Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG) „naturgemäß“ eine weit weniger gewichtige Rolle zu als den Regierungsfraktionen. Die Oppositionsfraktionen wirken daher vor allem über die Informationsrechte des Bundestages an dessen Kontrollfunktion mit, die als Minderheitsrechte ausgestaltet sind. Dabei handelt es sich um Rechte, zu deren Geltendmachung unterschiedlich umgrenzte Minderheitsquoten ausreichend sind.³⁶⁸ In diesem Zusammenhang lassen sich einfache und qualifizierte Minderheitsrechte unterscheiden.³⁶⁹ Einfache Minderheitsrechte können von einer Fraktion oder von einer Gruppe von Abgeordneten in Fraktionsstärke geltend gemacht werden (z. B. Aktuelle Stunde, § 106 GO-BT; kleine und große Anfrage, §§ 75 Abs. 1 lit. f, Abs. 3, 76 Abs. 1 GO-BT). Dagegen verlangen qualifizierte Minderheitsrechte höhere Unterstützungs-Quoten. Bspw. erfordern wichtige Kontrollinstrumente wie Untersuchungsausschüsse (Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG) oder Enquete-Kommissionen (§ 56 Abs. 1 S. 2 GO-BT)

³⁶⁵ *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 40.

³⁶⁶ *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 40.

³⁶⁷ Vgl. *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 57; *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 37; zur unterschiedlichen Wahrnehmung der Kontrollrechte durch Oppositions- u. Regierungsfraktionen vgl. auch *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 39 f. u. S. 44 ff.

³⁶⁸ *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 70.

³⁶⁹ *Magiera*, in: Sachs, GG, Art. 38 Rn. 70.

einen Antrag, der von wenigstens einem Viertel der Mitglieder des Bundestages unterstützt wird.

Auch wenn die Minderheitsrechte zur Gewährleistung einer wirksamen Opposition eine punktuelle Ausnahme von dem grundsätzlich geltenden Mehrheitsprinzip des Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG darstellen, zeigt sich, dass einzelne Abgeordnete insbesondere die qualifizierten Minderheitsrechte ohne fraktionellen Rückhalt kaum wahrnehmen können. Realistisch betrachtet verbleibt dem einzelnen Abgeordneten lediglich das Recht, mündliche oder schriftliche Fragen an die Bundesregierung zu stellen (§ 105 GO-BT).³⁷⁰ Eine wirksame Ausübung der Kontrollfunktion des Bundestages können damit ausschließlich die Fraktionen gewährleisten.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Fraktionen an allen Parlamentsfunktionen in entscheidender Weise mitwirken. Dies beruht zunächst auf ihrer verfahrensrechtlich privilegierten Stellung, welchen den Fraktionen nach der GO-BT zukommt. So kann die weit überwiegende Zahl der parlamentarischen Rechte nicht von einzelnen Abgeordneten, sondern nur von einer Fraktion oder von einer Gruppe von Abgeordneten in Fraktionsstärke geltend gemacht werden. Dem fraktionslosen Abgeordneten sind demgegenüber nur sehr wenige Rechte geblieben, die durch die parlamentarische Praxis weiter eingeschränkt werden.³⁷¹ Dies gilt insbesondere für das Rederecht des Abgeordneten, welches aufgrund der Ausgestaltung der parlamentarischen Redeordnung effektiv nur über die Fraktionszugehörigkeit ausgeübt werden kann. Auch in den Organen und Gremien des Bundestages spielt der fraktionslose Abgeordnete kaum eine Rolle, da deren Besetzung gemäß § 12 S. 1 GO-BT im Verhältnis der Stärke der einzelnen Fraktionen vorzunehmen ist (Proporzgrundsatz). Zwar ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass das BVerfG entschieden hat, dass der fraktionslose Abgeordnete Anspruch auf Mitgliedschaft in zumindest einem ständigen Ausschuss hat; diese Mitgliedschaft ist jedoch im Wesentlichen beratender Natur, da der fraktionslose Abgeordnete - zur

³⁷⁰ Vgl. *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 58.

³⁷¹ *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 44 f.; ausführlich zu den Minderheitenrechten der (fraktionslosen) Abgeordneten *Kim*, Die Rechtsstellung fraktionsloser Volksvertreter, S. 109 ff.

Wahrung des Proporzgrundsatzes - an Abstimmungen des Ausschusses nicht teilnehmen darf.³⁷²

Neben der verfahrensrechtlich dominanten Stellung der Fraktionen, welche ihnen nach der GO-BT zukommt, beruht die parlamentarische Bedeutung der Fraktionen auf ihrer tatsächlichen Fähigkeit, unterschiedlichste politische Positionen zu handlungs-, verständigungs- und entscheidungsfähigen Einheiten zusammenzufassen, „*indem sie [...] eine Arbeitsteilung unter ihren Mitgliedern organisieren, gemeinsame Initiativen vorbereiten und aufeinander abstimmen sowie eine umfassende Information der Fraktionsmitglieder unterstützen.*“³⁷³ Gerade hiermit stellen die Fraktionen die Arbeitsfähigkeit des Bundestages überhaupt erst sicher, da das Parlament seine verfassungsmäßig zugewiesenen Funktionen (Repräsentations- und Öffentlichkeitsfunktion, Gesetzgebungsfunktion, Kreationfunktion, Kontrollfunktion) nicht effektiv wahrnehmen könnte, wenn die parlamentarische Willensbildung ohne kollektive Vorbereitung erst im Plenum unter gleichberechtigter Mitwirkung aller (derzeit 709)³⁷⁴ Abgeordneten stattfinden würde.³⁷⁵ Vor diesem Hintergrund ist es die Organisations- und Koordinationsfähigkeit der Fraktionen, die ihre starke parlamentarische Stellung rechtfertigt.

Insgesamt erweisen sich die Fraktionen damit sowohl für die effektive Mandatswahrnehmung des einzelnen Abgeordneten als auch die Funktionsfähigkeit des Gesamtparlaments als unentbehrliche Organisationseinheiten.³⁷⁶

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Fraktionen mit den Parteien eng verbunden sind, da sie als Zusammenschluss von Abgeordneten derselben Partei oder solcher Parteien, die auf Grund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander im Wettbewerb stehen (§ 10 Abs. 1 S. 1 GO-BT) dazu berufen sind, das politische Programm der Parteien

³⁷² BVerfGE 80, 188 [218 ff.]; vgl. auch *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 681.

³⁷³ BVerfGE 80, 188 [231].

³⁷⁴ 19. Wahlperiode.

³⁷⁵ *Linck*, in: ders./Baldus/Lindner u. a., ThürVerf, Art. 58 Rn. 8 f.; vgl. auch *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 254; *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 38 Rn. 78.

³⁷⁶ Vgl. *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 238 ff.

im Parlament umzusetzen. Ihnen kommt daher eine „Scharnierfunktion“ zu, weil sie die gesellschaftliche Willensbildung mit der parlamentarischen Willensbildung verbinden und so überhaupt erst das Parlament zum „Parlament des Volkes“ machen.³⁷⁷

Aus diesen Gründen sind die Fraktionen in der repräsentativ-parlamentarischen (Parteien-)Demokratie des GG als „*notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens*“ und „*maßgebliche Faktoren der politischen Willensbildung*“ anzuerkennen.³⁷⁸ Folgerichtig sind die Fraktionen als Institutionen zu qualifizieren, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrnehmen.

cc) Zwischenergebnis

Die Fraktionen erfüllen im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB.

3. Aufgaben nichtgewerblicher Art

Weiter fragt sich, ob die Parteien und Fraktionen gemäß § 99 Nr. 2 GWB ihre Aufgaben auf nichtgewerbliche Art wahrnehmen.

a) Definition

Wie der Begriff des Allgemeininteresses ist auch der Begriff der Nichtgewerblichkeit weder im nationalen Kartellvergaberecht noch im zugrundeliegenden europäischen Vergabesekundärrecht definiert oder näher umschrieben. Da es sich um einen Rechtsbegriff des Gemeinschaftsrechts handelt, der in der gesamten Union autonom und einheitlich auszulegen ist,³⁷⁹

³⁷⁷ Vgl. *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 237; *Schmidt-Jortzig*, NVwZ 1994, 1145, 1147.

³⁷⁸ BVerfGE 80, 188 [219]; vgl. zur Bedeutung der Fraktionen auch BVerfGE 102, 224 [242] - „garantieren die parlamentarische Handlungsfähigkeit“; 102, 224 [243] - „tragen zur Arbeitsfähigkeit der Volksvertretung entscheidend bei“; *Schmidt-Jortzig*, NVwZ 1994, 1145, 1146 - „sind ein unverzichtbares, fest verankertes Instrument zur Sicherstellung der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments“; *ders.*, NVwZ 1994, 1145, 1147 - „wichtigste Faktoren des parlamentarischen Lebens“; *Morlok*, NJW 1995, 29, 29 - „sind die wichtigsten Arbeitseinheiten des Parlaments“.

³⁷⁹ EuGH, Urteil v. 16.10.2003, Rs. C-283/00, „SIEPSA“ = NZBau 2004, 223 = VergabeR 2004, 182, Rn. 79.

dürfen nationale Begriffsdefinitionen, etwa aus dem Gewerbe- oder Steuerrecht, nicht herangezogen oder übertragen werden.³⁸⁰ Die Rspr. des EuGH ist daher bei der Auslegung des Begriffs von zentraler Bedeutung.

aa) Rspr. des EuGH

Welche Kriterien im Einzelfall für oder gegen die Annahme einer nichtgewerblichen Aufgabenwahrnehmung sprechen, hat der EuGH besonders in der Rs. „Korhonen“ herausgearbeitet. Danach ist das Vorliegen einer nichtgewerblichen Aufgabenwahrnehmung *„unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte wie etwa der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu beurteilen“*.³⁸¹ Dabei sei insbesondere zu prüfen, ob die fragliche Einrichtung³⁸² ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübt, denn das Vorliegen von Wettbewerb könne darauf hinweisen, dass es sich um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe gewerblicher Art handelt.³⁸³ Das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs allein lasse jedoch nicht auf das Nichtvorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nichtgewerblicher Art schließen.³⁸⁴ Dasselbe gelte, wenn die in Frage stehende Einrichtung Leistungen für bestimmte gewerbliche Unternehmen erbringt.³⁸⁵ Zu berücksichtigen seien zusätzliche Gesichtspunkte, insbesondere unter welchen Voraussetzungen die Einrichtung ihre Tätigkeit

³⁸⁰ Krohn/Schneider, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 32.

³⁸¹ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 48; vgl. auch EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 66.

³⁸² In der Rs. „Korhonen“ eine Aktiengesellschaft, deren Anteile vollständig der Stadt Varkaus (Finnland) gehören u. deren Gesellschaftszweck den Erwerb, den Verkauf u. die Vermietung von Immobilien u. Anteilen an Immobiliengesellschaften sowie die Organisation u. Durchführung der Unterhaltung von Immobilien u. andere für die Verwaltung der Immobilien u. Beteiligungen notwendige Dienstleistungen umfasst.

³⁸³ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 49; vgl. auch EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 48 f.

³⁸⁴ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 50; vgl. auch EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 61.

³⁸⁵ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 50.

ausübt.³⁸⁶ „Wenn die Einrichtung nämlich unter normalen Marktbedingungen tätig ist, Gewinnerzielungsabsicht hat und die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste trägt, dann ist es wenig wahrscheinlich, dass sie Aufgaben erfüllen soll, die nichtgewerblicher Art sind. In einem solchen Fall besteht auch kein Grund für die Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, denn eine Einrichtung mit Gewinnerzielungsabsicht, die die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Risiken selbst trägt, wird in der Regel keine Vergabeverfahren zu Bedingungen durchführen, die wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind. Nach ständiger Rechtsprechung besteht der Zweck dieser Richtlinien nämlich darin, die Gefahr einer Bevorzugung inländischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu vermeiden und zugleich zu verhindern, dass sich eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt“.³⁸⁷ Sodann führte der EuGH weiter aus, dass die finnische Regierung auf Nachfrage mitgeteilt habe, „dass Gesellschaften wie die Beklagte sich zwar in rechtlicher Hinsicht nur geringfügig von Aktiengesellschaften im Privatbesitz unterscheiden, da sie dieselben wirtschaftlichen Risiken tragen wie diese und ebenfalls für zahlungsunfähig erklärt werden könnten, dass aber die Gebietskörperschaften, denen die Gesellschaften gehörten, einen solchen Ausgang nur selten in Kauf nähmen und soweit erforderlich eine Rekapitalisierung der Gesellschaften durchführten, damit diese weiterhin die Aufgaben wahrnehmen könnten, für die sie gegründet worden seien, nämlich im Wesentlichen die allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerbetätigkeiten in der betreffenden Gebietskörperschaft zu verbessern.“³⁸⁸ Weiter habe die finnische Regierung auf Nachfrage erklärt, dass es zwar nicht ausgeschlossen sei, „dass die Tätigkeiten von Gesellschaft wie der Beklagten zu Gewinnen führten, doch sei die Erzielung solcher

³⁸⁶ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 50.

³⁸⁷ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 51 f.

³⁸⁸ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 53.

*Gewinne nicht der Hauptzweck dieser Gesellschaften, die nach finnischem Recht in erster Linie das Allgemeininteresse der Einwohner der betreffenden Gebietskörperschaft verfolgen müssten.*³⁸⁹ Damit sei es wahrscheinlich - so der EuGH - *„dass eine Tätigkeit wie die von der Beklagten im Ausgangssachverhalt ausgeübte eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art darstellt, zumal, wie das vorlegende Gericht erwähnt, die Beklagte öffentliche Mittel für die Durchführung des fraglichen Immobilienprojekts erhalten hat.“* Es sei jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, die Umstände, die zur Gründung der Einrichtung geführt haben, und die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu würdigen, wobei insbesondere das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen seien.³⁹⁰

bb) Zusammenfassung und Bewertung

Aus der Rspr. des EuGH ergibt sich, dass das Merkmal der Nichtgewerblichkeit der Präzisierung des Begriffs der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben dient und insoweit selbstständige Bedeutung innerhalb der zweiten Tatbestandsvoraussetzung des funktionellen Auftraggeberbegriffs erlangt.³⁹¹ Wann Aufgaben nichtgewerblich oder gewerblich wahrgenommen werden, ist nur unter Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte zu beurteilen, wobei insbesondere die Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben und die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu berücksichtigen sind.³⁹² Konkrete Kriterien lassen sich aus den Zielen und Grundätzen des Vergabesekundärrechts ableiten.³⁹³ Diese bestehen darin,

³⁸⁹ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 54.

³⁹⁰ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 56 u. 59.

³⁹¹ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 32.

³⁹² EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 48.

³⁹³ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 52.

*„die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt“.*³⁹⁴

Demnach ist für die Annahme einer nichtgewerblichen Aufgabenwahrnehmung entscheidend, ob die in Rede stehende Einrichtung (potentiell) in der Lage ist, unwirtschaftlich zu handeln. Dies ist wenig wahrscheinlich, wenn die betreffende Einrichtung mit Gewinnerzielungsabsicht tätig ist und zugleich einem entwickelten Wettbewerb ausgesetzt ist. Denn in einem solchen Fall hätten unwirtschaftliche Erwägungen unweigerlich zur Folge, dass neben dem Unternehmenszweck der Gewinnerzielung auch die Wettbewerbsfähigkeit und damit letztlich die Existenz der gesamten Einrichtung gefährdet wären. Dieser „Druck“ erlaubt die Annahme, dass eine gewinnorientierte Tätigkeit und das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs Kriterien sind, die *gegen* die Annahme einer nichtgewerblichen Aufgabenwahrnehmung sprechen. Umgekehrt sind das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht und das Fehlen eines entwickelten Wettbewerbs deutliche Indizien *für* eine nichtgewerbliche Aufgabenwahrnehmung.³⁹⁵

Ob ein entwickelter Wettbewerb vorliegt oder nicht vorliegt, muss angesichts der gebotenen funktionellen Auslegung unter Berücksichtigung des betreffenden Sektors („Branche“) bestimmt werden, in dem die Einrichtung tätig ist.³⁹⁶ Da sich Wettbewerb dadurch auszeichnet, dass mehrere Unternehmen um Aufträge konkurrieren, ist insbesondere bei einer Monopol- oder monopolartigen Stellung einer Einrichtung davon auszugehen, dass

³⁹⁴ Ständige Rspr., siehe z. B. EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2001, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 17; EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 52.

³⁹⁵ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 49; EuGH, Urteil v. 16.10.2003, Rs. C-283/00, „SIEPSA“ = NZBau 2004, 223 = VergabeR 2004, 182, Rn. 81.

³⁹⁶ EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632, Rn. 43.

diese ihre Waren und Dienstleistungen nicht in einem entwickelten Wettbewerb anbietet und damit nichtgewerblich tätig ist.³⁹⁷

Des Weiteren spricht für das Vorliegen einer nichtgewerblichen Aufgabenwahrnehmung, wenn die fragliche Einrichtung die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste nicht selbst trägt und deshalb keinem relevanten Insolvenzrisiko ausgesetzt ist. Ähnlich wie bei einer Monopol- oder monopolartigen Stellung profitiert die Einrichtung auch in einem solchen Fall von einer marktbezogene Sonderstellung, die es dieser potentiell erlaubt, sich bei ihren Auftragsvergaben von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten zu lassen.³⁹⁸ Von einem fehlenden bzw. nicht relevanten Insolvenzrisiko ist insbesondere bei einer vollständigen oder erheblichen öffentlichen Finanzierung der in Frage stehenden Einrichtung auszugehen.

Im Übrigen setzt die Annahme eines fehlenden bzw. nicht relevanten Insolvenzrisikos keinen formalen Mechanismus, wie etwa eine gesetzlich normierte oder vertraglich vereinbarte „Verlustausgleichsklausel“, voraus. Aus der gebotenen funktionellen und weiten Auslegung des Begriffs der Nichtgewerblichkeit ergibt sich vielmehr, dass es genügt, wenn in Anbetracht der Bedeutung die der Staat (bspw. aus politischen oder gesellschaftlichen Gründen) den von einer Einrichtung (tatsächlich) wahrgenommenen Aufgaben beimisst, wahrscheinlich ist, dass dieser alle Maßnahmen (z. B. Rekapitalisierung aus öffentlichen Mitteln) ergreifen würde die erforderlich sind, um den etwaigen Konkurs der Einrichtung abzuwenden.³⁹⁹

Zusammenfassend lassen sich damit die folgenden vier Kriterien benennen, die für das Vorliegen einer nichtgewerblichen Aufgabenwahrnehmung sprechen:

- das Fehlen von Wettbewerb auf dem (Referenz-)Markt,
- das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht,
- das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und

³⁹⁷ EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632, Rn. 44.

³⁹⁸ Vgl. *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 35.

³⁹⁹ Vgl. EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 53; EuGH, Urteil v. 16.10.2003, Rs. C-283/00, „SIEPSA“ = NZBau 2004, 223 = VergabeR 2004, 182, Rn. 91; EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632, Rn. 44.

- die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln.⁴⁰⁰

Demgegenüber kann eine Einrichtung *„die unter marktüblichen Bedingungen arbeitet, gewinnorientiert ist und die mit der Ausübung ihrer Tätigkeit einhergehenden Verluste trägt, nicht als ‚Einrichtung des öffentlichen Rechts‘ angesehen werden [...], da die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, zu deren Erfüllung sie geschaffen oder mit deren Erfüllung sie beauftragt worden ist, als von gewerblicher Art anzusehen sind.“*⁴⁰¹

b) Parteien und Fraktionen

Die Parteien und Fraktionen sind im Rahmen ihrer politischen Tätigkeit keinem wirtschaftlichen, sondern einem rein politischen Wettbewerb ausgesetzt. Dabei verfolgen sie keine Gewinnerzielungsabsicht, sondern das Ziel, größtmöglichen Einfluss auf die Staatsorgane, insbesondere das Parlament und die Regierung, zu erlangen und auszuüben. Zudem erhalten die Parteien und Fraktionen in erheblichem Maße öffentliche Finanzmittel. Unter Berücksichtigung dieser Umstände und mit Blick auf die zuvor erwähnte Rspr. des EuGH ist die politische Tätigkeit der Parteien damit als nichtgewerblich i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu beurteilen.

Ergänzend ist zu erwähnen, dass es nach der sog. Infizierungstheorie unerheblich ist, ob die Parteien neben ihrer politischen Tätigkeit ggf. weitere Tätigkeiten wahrnehmen, die gewerblicher Art sind.⁴⁰² Danach genügt es, wenn überhaupt nichtgewerbliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, auch wenn deren Anteil an allen wahrgenommenen Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung relativ gering ausfallen sollte.⁴⁰³

⁴⁰⁰ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-18/01, „Korhonen“ = NZBau 2003, 396 = VergabeR 2003, 420, Rn. 56 u. 59; EuGH, Urteil v. 16.10.2003, Rs. C-283/00, „SIEPSA“ = NZBau 2004, 223 = VergabeR 2004, 182, Rn. 81.

⁴⁰¹ Erwägungsgrund 10 Richtlinie 2014/24/EU.

⁴⁰² Zur Infizierungstheorie siehe oben, Kapitel 2 C. II. 1

⁴⁰³ EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261 = EuZW 1998, 120, Rn. 25; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 44 ff.; *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 21; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 37 ff.; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 78; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 42.

c) Zwischenergebnis

Die Parteien und Fraktionen handeln im Rahmen ihrer politischen Tätigkeit nichtgewerblich i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB.

4. Ergebnis zur zweiten Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Nr. 2 GWB

Die Parteien und Fraktionen werden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrzunehmen. Sie erfüllen damit die zweite Tatbestandsvoraussetzung des funktionellen Auftraggeberbegriffs i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB.

III. Besondere Staatsgebundenheit

1. Vorbemerkungen

Als dritte und zugleich letzte Tatbestandsvoraussetzung verlangt der Begriff des funktionellen öffentlichen Auftraggebers, dass die Parteien und Fraktionen eine besondere Staatsgebundenheit aufweisen. Dies ist gemäß § 99 Nr. 2 lit. a bis c GWB der Fall, wenn

- sie überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden (§ 99 Nr. 2 lit. a GWB),
- ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB unterliegt (§ 99 Nr. 2 lit. b GWB) oder
- mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organs durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB bestimmt worden sind (§ 99 Nr. 2 lit. c GWB).

Nach § 99 Nr. 2 Halbs. 2 GWB ist eine besondere Staatsgebundenheit gleichfalls gegeben, wenn ein funktioneller öffentlicher Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat. Es handelt sich hierbei um eine Klarstellung

dahingehend, dass die besondere Staatsgebundenheit nicht nur durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB, sondern auch durch einen funktionellen öffentlichen Auftraggeber (§ 99 Nr. 2 GWB) selbst vermittelt werden kann. Zweck der Vorschrift ist es insbesondere, Aufgabenprivatisierungen (Ausgliederungen) unter Zwischenschaltung funktioneller öffentlicher Auftraggeber (etwa einer sog. Holding) zu erfassen.⁴⁰⁴

Die besondere Staatsgebundenheit einer Einrichtung kann somit durch insgesamt vier Varianten vermittelt werden, die alternativ, nicht kumulativ zu verstehen sind.⁴⁰⁵ Liegt eine dieser Varianten vor und sind auch die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB erfüllt, so wird unwiderleglich vermutet, dass ein öffentlicher Auftraggeber agiert.⁴⁰⁶

Wie noch näher zu erläutern sein wird, erhalten die Parteien und Fraktionen zu ihrer Finanzierung staatliche Mittel (§§ 18 ff. PartG bzw. § 50 Abs. 1 AbgG). Nachfolgend soll daher zunächst der Frage nachgegangen werden, ob die Parteien und Fraktionen von staatlichen Stellen überwiegend finanziert werden und damit einer besonderen Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB unterliegen.

Des Weiteren haben die Parteien und Fraktionen über die Herkunft und Verwendung der ihnen innerhalb eines Kalenderjahres zugeflossenen Mittel öffentlich Rechenschaft zu geben (§ 23 Abs. 1 S. 1 PartG bzw. § 52 Abs. 1 AbgG). Während der Rechenschaftsbericht der Parteien durch den Bundestagspräsidenten formal und inhaltlich geprüft wird (§§ 23 Abs. 3 S. 1, 23a PartG), prüft der Bundesrechnungshof die Rechnung sowie die den Fraktionen zur Verfügung gestellten staatlichen Mittel auf ihre wirtschaftliche und ordnungsgemäße Verwendung (§ 53 Abs. 1 AbgG). Da

⁴⁰⁴ *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 59 u. 81 f.; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 196; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 97; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 56; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, § 99 GWB Rn. 65.

⁴⁰⁵ EuGH, Urteil v. 1.2.2001, Rs. C-237/99, „OPAC“ = NZBau 2001, 215 = VergabeR 2001, 118, Rn. 49; EuGH, Urteil v. 11.6.2009, Rs. C-300/07, „Oymanns“ = NZBau 2009, 520 = VergabeR 2009, 744, Rn. 58; EuGH; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 83; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 66; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 137 ff.

⁴⁰⁶ *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 44; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 83; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 59.

es sich bei dem Präsidenten des Deutschen Bundestages und dem Bundesrechnungshof unzweifelhaft um staatliche Stellen handelt, soll weiterhin geklärt werden, ob die Parteien und Fraktionen einer staatlichen Aufsicht und damit einer besonderen Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. b GWB unterliegen.

2. Überwiegende staatliche Finanzierung der Parteien und Fraktionen, § 99 Nr. 2 lit. a GWB

Eine besondere Staatsgebundenheit der Parteien und Fraktionen i. S. d. § 99 Nr. 2 lit a GWB setzt voraus, dass sie überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden.

a) Definition

Unter welchen Voraussetzungen von einer überwiegenden staatlichen Finanzierung i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB und auszugehen ist, kann weder dem Kartellvergaberecht noch dem zugrundeliegenden Vergabesekundärrecht (Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU) entnommen werden. Aufschlussreicher ist dagegen die Rspr. des EuGH.

aa) Rspr. des EuGH

In welchen Fällen von einer überwiegenden staatlichen bzw. öffentlichen Finanzierung auszugehen ist, hat der EuGH in verschiedenen Entscheidungen präzisiert, wobei die Rs. „University of Cambridge“ besonders hervorzuheben ist.⁴⁰⁷ Aus dieser geht hervor, dass jedes der in Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU genannten Tatbestandsmerkmale eine *„enge Verbindung einer Einrichtung mit dem Staat, Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts widerspiegelt.“*⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Vgl. daneben EuGH, Urteil v. 13.12.2007, Rs. C-337/06, „Bayerischer Rundfunk u. a.“ = NZBau 2008, 130 = VergabeR 2008, 42, Rn. 32 ff.; EuGH, Urteil v. 11.6.2009, Rs. C-300/07, „Oymanns“ = NZBau 2009, 520 = VergabeR 2009, 744, Rn. 50 ff.; EuGH, Urteil v. 12.09.2013, Rs- C-526/11, „Ärztekammer Westfalen-Lippe“ = NZBau 2013, 717, Rn. 16 ff.
⁴⁰⁸ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 20.

Folglich definiere die genannte Bestimmung „die drei Erscheinungsformen einer Einrichtung des öffentlichen Rechts als drei Varianten einer ‚engen Verbindung‘ mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber.“⁴⁰⁹ Eine solche Verbindung werde aber nicht durch alle Zahlungen eines öffentlichen Auftraggebers begründet oder verfestigt.⁴¹⁰ Vielmehr seien nur solche Leistungen als „öffentliche Finanzierung“ einzustufen, „die als Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung finanzieren oder unterstützen“.⁴¹¹ Daraus folge, dass Fördermittel oder Zuwendungen zur Unterstützung der Forschung als Finanzierung durch einen öffentlichen Auftraggeber anzusehen seien.⁴¹² Dagegen stellten Zahlungen, die im Rahmen eines Vertrages über Dienstleistungen einschließlich Forschungsarbeiten oder als Gegenleistung für andere Dienstleistungen wie Gutachten oder die Veranstaltung von Tagungen von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern getätigt werden, keine öffentliche Finanzierung dar.⁴¹³ Des Weiteren hatte der EuGH in gleicher Rs. Gelegenheit sich zu der Bedeutung des Ausdrucks „überwiegend finanziert“ zu äußern. In diesem Zusammenhang trat der EuGH der Auffassung entgegen, dass der Begriff „überwiegend“ i. S. e. qualitativen Auslegung nur Leistungen berücksichtigen könne, die dem Zahlenden die (tatsächliche) Kontrolle über die Vergabe von Aufträgen verleihen würde.⁴¹⁴ Eine solche Auslegung werde vom Wortlaut des zugrundeliegenden Vergabesekundärrechts nicht gestützt und sei mit der üblichen Bedeutung des Begriffs „überwiegend“ nicht zu vereinbaren.⁴¹⁵ Der Begriff „überwiegend“ sei daher „im Sinne von ‚zu mehr als der Hälfte‘ auszulegen“.⁴¹⁶ Dabei impliziere eine überwiegende Finanzierung aus öffentlichen Geldern notwendigerweise, „dass eine

⁴⁰⁹ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 20.

⁴¹⁰ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 21.

⁴¹¹ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 21.

⁴¹² EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 22.

⁴¹³ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 26.

⁴¹⁴ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 27 ff.

⁴¹⁵ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 30.

⁴¹⁶ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 33.

*Einrichtung auch teilweise aus anderen Mitteln finanziert werden kann, ohne dass sie dadurch ihre Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber verliert.*⁴¹⁷ Für eine zutreffende Berechnung des Anteils der öffentlichen Finanzierung einer Einrichtung seien daher *„alle Mittel zu berücksichtigen [...], über die diese Einrichtung verfügt, einschließlich derer, die aus gewerblicher Tätigkeit stammen.“*⁴¹⁸ Diese Berechnung sei auf jährlicher Basis vorzunehmen, und das Haushaltsjahr, in dem das Verfahren zur Vergabe eines bestimmten Auftrags ausgeschrieben wird, sei der für die Berechnung der Finanzierung dieser Einrichtung am besten geeignete Zeitraum.⁴¹⁹ Vor diesem Hintergrund sei es aus Gründen der Rechtssicherheit und der Transparenz geboten, dass sowohl die betreffende Einrichtung als auch beteiligte Dritte von Beginn des Haushaltsjahres an wissen, ob die für dieses Haushaltsjahr geplanten Aufträge in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen.⁴²⁰ *„Daraus folgt, dass für die Einstufung einer [Einrichtung] als ‚öffentlicher Auftraggeber‘ die Berechnung ihrer Finanzierung auf der Grundlage der zu Beginn des Haushaltsjahres verfügbaren, gegebenenfalls auch nur veranschlagten Zahlen vorzunehmen ist.“*⁴²¹ In diesem Zusammenhang stellte der EuGH weiterhin fest, dass sich sowohl aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit *„als auch aus den mit dem Schutz der Bieterinteressen zusammenhängenden Erfordernissen [ergibt], dass für eine Einrichtung, die zum Zeitpunkt der Ausschreibung eines Auftragsvergabeverfahrens ein ‚öffentlicher Auftraggeber‘ [...] ist, für den entsprechenden Auftrag die Anforderungen [des Vergabesekundärrechts] bis zum Abschluss des betreffenden Verfahrens gelten.“*⁴²²

⁴¹⁷ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 35.

⁴¹⁸ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 36.

⁴¹⁹ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 40.

⁴²⁰ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 41.

⁴²¹ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 41.

⁴²² EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 43.

bb) Zusammenfassung und Bewertung

Gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB ist die besondere Staatsnähe einer Einrichtung zu bejahen, wenn diese überwiegend von öffentlichen Auftraggebern i. S. d. § 99 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB oder von funktionellen öffentlichen Auftraggebern i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB (siehe § 99 Nr. 2 Halbs. 2 GWB) einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert wird. Im Unterschied zu § 99 Nr. 4 GWB⁴²³ bezieht sich der Wortlaut des § 99 Nr. 2 lit. a GWB nicht auf die Finanzierung bestimmter Vorhaben oder Maßnahmen, sondern auf die Finanzierung einer Einrichtung als solche. Daraus folgt, dass dem Tatbestand des § 99 Nr. 2 lit. a GWB ausschließlich finanzielle Zuwendungen des Staates unterfallen, die bei objektiver Betrachtung als „allgemeine Finanzhilfe“ und nicht als Vergütung für bestimmte Leistungen zu qualifizieren sind.⁴²⁴ Demgemäß versteht der EuGH den Begriff „finanziert“ als Transfer von öffentlichen Finanzmitteln, der ohne spezifische Gegenleistung mit dem Ziel vorgenommen wird, die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung zu unterstützen.⁴²⁵

Auf die Art der zur Verfügung gestellten Finanzmittel kommt es nicht an; erfasst ist jedwede Zuführung von geldwerten Vorteilen, wie z. B. von Barmitteln, Eigenkapital, Darlehen, Sach- und Personalmitteln⁴²⁶ sowie verlorenen Zuschüssen.⁴²⁷ Der Transfer dieser Finanzmittel unterfällt der Tatbestandsvariante „auf sonstige Weise“. Darüber hinaus enthält § 99 Nr. 2 lit. a GWB die Finanzierungsvariante „durch Beteiligung“, die erfüllt ist, wenn die beherrschende Stelle Geschäftsanteile der betreffenden Einrichtung hält.⁴²⁸

Eine überwiegende Finanzierung liegt vor, wenn mehr als die Hälfte der einer Einrichtung zur Verfügung stehender Finanzmittel von staatlichen Stellen

⁴²³ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. IV.

⁴²⁴ *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 44.

⁴²⁵ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2001, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 21; EuGH, Urteil v. 12.09.2013, Rs- C-526/11, „Ärzttekammer Westfalen-Lippe“ = NZBau 2013, 717, Rn. 22.

⁴²⁶ Vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.4.2003, Verg 67/02, „Bekleidungsmanagement der Bundeswehr“ = NZBau 2003, 400, 404.

⁴²⁷ *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 1. Teil, § 99 GWB Rn. 36; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 44; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 62.

⁴²⁸ Vgl. *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 67.

stammen.⁴²⁹ Es sind alle Mittel (z. B. Eigenkapital, stille Beteiligungen, Darlehen der Gesellschafter, eigene Einnahmen) zu berücksichtigen, über die die Einrichtung verfügt, unabhängig davon, ob sie aus öffentlichen Quellen oder gewerblicher Tätigkeit stammen.⁴³⁰ Dabei erfolgt die Berechnung auf Grundlage der zu Beginn eines Haushaltsjahres verfügbaren, ggf. auch nur veranschlagten Mittel.⁴³¹ Sofern hiernach eine überwiegende staatliche Finanzierung vorliegt und auch die übrigen Voraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllt sind, hat die betreffende Einrichtung aus Gründen der Rechtssicherheit und des Bieterschutzes bereits begonnene Vergabeverfahren nach den maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften zu Ende zu führen, auch wenn die Einrichtung (aufgrund einer Änderung des staatlichen Finanzierungsanteils) im neuen Haushaltsjahr dem persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht mehr unterfällt.⁴³²

Der Wortlaut des § 99 Nr. 2 lit. a GWB verlangt nicht, dass es dem Staat oder einer anderen öffentlichen Stelle möglich ist, die Entscheidungen der in Frage stehenden Einrichtung auf dem Gebiet der Auftragsvergabe konkret, also tatsächlich zu beeinflussen.⁴³³ Hierfür votieren auch die Ziele und Grundsätze des europäischen Vergaberechts, da die mit einer staatlichen Finanzierung einhergehende „Sorglosstellung“ die Gefahr begründet, dass sich die begünstigte Einrichtung ohne Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten lässt, indem sie insbesondere die nationalen Bieter oder Bewerber bevorzugt.⁴³⁴

In welchen Fällen es sich um eine Finanzierung „durch den Staat“ handelt, ist unter Berücksichtigung der aufgezeigten „Auslegungsgrundsätze des

⁴²⁹ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 30; EuGH, Urteil v. 13.12.2007, Rs. C-337/06, „Bayerischer Rundfunk u. a.“ = NZBau 2008, 130 = VergabeR 2008, 42, Rn. 33.

⁴³⁰ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 36; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 43.

⁴³¹ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 41.

⁴³² EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 43.

⁴³³ EuGH, Urteil v. 13.12.2007, Rs. C-337/06, „Bayerischer Rundfunk u. a.“ = NZBau 2008, 130 = VergabeR 2008, 42, Rn. 52.

⁴³⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 13.12.2007, Rs. C-337/06, „Bayerischer Rundfunk u. a.“ = NZBau 2008, 130 = VergabeR 2008, 42, Rn. 56.

EuGH⁴³⁵ funktionell und weit zu verstehen.⁴³⁶ Dies bedeutet zunächst, dass es unerheblich ist, ob der Rechtsgrund für den Finanztransfer öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist. Des Weiteren muss es als ausreichend erachtet werden, wenn die Finanzierung der betreffenden Einrichtung indirekt (mittelbar) erfolgt, sofern dies einem direkten (unmittelbaren) Mittelzufluss aus staatlichen Haushaltsmitteln gleichzustellen ist. Dies kann der Fall sein, wenn einer Einrichtung durch Gesetz die Befugnis zur Erhebung von Gebühren oder Beiträgen eingeräumt ist. Es macht nämlich grundsätzlich keinen Unterschied, ob der Staat die Gebühren oder Beiträge zunächst einzieht und die Einnahmen im Anschluss einer Einrichtung zur Verfügung stellt, oder ob der Staat einer Einrichtung (durch Gesetz) das Recht einräumt, die Gebühren oder Beiträge selbst (hoheitlich) einzuziehen.⁴³⁷ Andernfalls bestünde die Gefahr einer Umgehung des Vergaberechts, indem der Staat die Gebühren- oder Beitragseinziehung gezielt auf rechtlich verselbstständigte Einrichtungen verlagert.

Allerdings ist eine indirekte staatliche Finanzierung einer direkten Finanzierung durch den Staat nur gleichzustellen, wenn

- die Gebühren oder Beiträge zur allgemeinen Finanzierung der betreffenden Einrichtung und nicht zur Vergütung bestimmter, tatsächlich erbrachter Leistungen dienen, und
- Grund und Höhe der erhobenen Beiträge oder Gebühren staatlicherseits entscheidend beeinflusst sind.⁴³⁸

Die zuletzt genannte Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn einer Einrichtung jedenfalls bei der Bemessung der Höhe der Beiträge oder Gebühren ein erhebliches Maß an Autonomie eingeräumt ist, da dann eine hinreichend enge

⁴³⁵ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. II. 2.

⁴³⁶ EuGH, Urteil v. 13.12.2007, Rs. C-337/06, „Bayerischer Rundfunk u. a.“ = NZBau 2008, 130 = VergabeR 2008, 42, Rn. 40; EuGH, Urteil v. 12.09.2013, Rs- C-526/11, „Ärztchammer Westfalen-Lippe“ = NZBau 2013, 717, Rn. 21.

⁴³⁷ EuGH, Urteil v. 13.12.2007, Rs. C-337/06, „Bayerischer Rundfunk u. a.“ = NZBau 2008, 130 = VergabeR 2008, 42, Rn. 47.

⁴³⁸ EuGH, Urteil v. 13.12.2007, Rs. C-337/06, „Bayerischer Rundfunk u. a.“ = NZBau 2008, 130 = VergabeR 2008, 42, Rn. 41 ff.; EuGH, Urteil v. 11.6.2009, Rs. C-300/07, „Oymanns“ = NZBau 2009, 520 = VergabeR 2009, 74, Rn. 51 ff.; EuGH, Urteil v. 12.09.2013, Rs- C-526/11, „Ärztchammer Westfalen-Lippe“ = NZBau 2013, 717, Rn. 24 ff.

Verbindung zur öffentlichen Hand nicht gegeben ist.⁴³⁹ Demgemäß hat der EuGH eine indirekte staatliche Finanzierung bei den Rundfunkanstalten⁴⁴⁰ und Krankenkassen⁴⁴¹ bejaht, aber bei der Ärztekammer Westfalen-Lippe⁴⁴² mit Verweis auf deren organisatorische und haushaltstechnische Autonomie bei der Bemessung der Gebührenhöhe abgelehnt. Dabei steht eine ggf. formal erforderliche Genehmigung der Gebührenhöhe durch die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde der Annahme einer weitreichenden organisatorischen und haushaltstechnischen Autonomie nicht entgegen, da eine solche Behörde keine Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen darf und demzufolge das Ermessen der betreffenden Einrichtung in Bezug auf die Bemessung der Gebühren- bzw. Beitragshöhe nicht unmittelbar beeinflussen kann.⁴⁴³

b) Parteien

Die Parteien erhalten gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 PartG staatliche Mittel als Teilfinanzierung der allgemein ihnen nach dem GG obliegenden Tätigkeit.⁴⁴⁴ Anspruch auf staatliche Mittel haben grundsätzlich alle Parteien, die nach dem endgültigen Wahlergebnis der jeweils letzten Europa- oder Bundestagswahl mindestens 0,5 vom Hundert oder einer Landtagswahl 1,0 vom Hundert der für die Listen abgegebenen gültigen Stimmen erreicht haben (§ 18 Abs. 4 S. 1 Halbs. 1 PartG). Weitere Anspruchsvoraussetzungen sind die Vorlage eines den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Rechenschaftsberichts (§ 19a Abs. 3 PartG) und ein schriftlicher Antrag beim

⁴³⁹ Vgl. EuGH, Urteil v. 12.09.2013, Rs- C-526/11, „Ärztekammer Westfalen-Lippe“ = NZBau 2013, 717, Rn. *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 46; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 66.

⁴⁴⁰ EuGH, Urteil v. 13.12.2007, Rs. C-337/06, „Bayerischer Rundfunk u. a.“ = NZBau 2008, 130 = VergabeR 2008, 42, Rn. 50.

⁴⁴¹ EuGH, Urteil v. 11.6.2009, Rs. C-300/07, „Oymanns“ = NZBau 2009, 520 = VergabeR 2009, 744, Rn. 59.

⁴⁴² EuGH, Urteil v. 12.09.2013, Rs- C-526/11, „Ärztekammer Westfalen-Lippe“ = NZBau 2013, 717, Rn. 30 f.

⁴⁴³ Vgl. EuGH, Urteil v. 12.09.2013, Rs- C-526/11, „Ärztekammer Westfalen-Lippe“ = NZBau 2013, 717, Rn. 27.

⁴⁴⁴ Grundlegend zur Parteienfinanzierung siehe etwa *Wettig-Danielmeier* u. a., Handbuch zur Parteienfinanzierung, S. 9 ff.; *Koch*, in: Ipsen, PartG, Vor§§ 18 ff. Rn. 1 ff.; *Schwarz*, in: Kersten/Rixen, PartG, § 18 Rn. 1 ff.; *Lenski*, PartG, § 18 Rn. 1 ff.; *Muthers*, Rechtsgrundlagen und Verfahren zur Festsetzung staatlicher Mittel zur Parteienfinanzierung, S. 30 ff.; *Lenz*, NVwZ 2002, 769; v. *Arnim*, NVwZ 2003, 1076.

Präsidenten des Deutschen Bundestages auf Festsetzung und Auszahlung der staatlichen Mittel (§ 19 Abs. 1 S. 1 PartG). Der Antrag muss von einem für die Finanzen nach der Satzung zuständigen Vorstandsmitglied der Partei gestellt sein und die zustellungsfähige Anschrift sowie eine Bankverbindung enthalten (§ 19 Abs. 1 S. 2 PartG). Ein einheitlicher Antrag des Bundesverbandes für die Gesamtpartei genügt (§ 19 Abs. 1 S. 3 PartG). Wurden staatliche Mittel zugunsten einer Partei bereits für das dem Anspruchsjahr vorausgehende Jahr festgesetzt, erfolgt die Festsetzung durch den Präsidenten des Deutschen Bundestages ohne weiteren Antrag (§ 19 Abs. 1 S. 5 PartG). Löst sich eine Partei auf oder wird sie verboten, scheidet sie ab dem Zeitpunkt der Auflösung aus der staatlichen Teilfinanzierung aus (§ 18 Abs. 7 S. 1 PartG). Gleiches gilt, wenn das BVerfG nach § 46a BVerfGG festgestellt hat, dass eine Partei von der staatlichen Finanzierung ausgeschlossen ist (§ 18 Abs. 7 S. 2 PartG). Maßstäbe für die Verteilung der Mittel sind nach § 18 Abs. 1 S. 2 PartG einerseits der Erfolg, den eine Partei bei den Wählern bei Europa-, Bundestags- und Landtagswahlen erzielt („Wählerstimmenanteil“), sowie andererseits die Summe ihrer Mitglieds- und Mandatsträgerbeiträge sowie der Umfang der von ihr eingeworbenen Spenden („Zuwendungsanteil“). Der konkrete Anspruchsumfang einer Partei berechnet sich nach § 18 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 PartG wie folgt:

- 0,83 Euro für jede für ihre jeweilige (Landes-)Liste abgegebene gültige Stimme oder
- 0,83 Euro für jede für sie in einem Wahl- oder Stimmkreis abgegebene gültige Stimme, wenn in einem Land eine Liste für diese Partei nicht zugelassen war, und
- 0,45 Euro für jeden Euro, den sie als Zuwendung (eingezahlter⁴⁴⁵ Mitglieds- oder Mandatsträgerbeitrag oder rechtmäßig erlangte Spende) erhalten haben; dabei werden nur Zuwendungen bis zu 3.300 Euro je natürliche Person berücksichtigt.

Die Parteien erhalten abweichend von § 18 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 PartG für die von ihnen jeweils erzielten bis zu 4 Millionen gültigen Stimmen 1 Euro

⁴⁴⁵ Außer Acht bleiben damit Mitglieds- oder Mandatsträgerbeiträge, die geschuldet werden, aber (noch) nicht gezahlt wurden, *Koch*, in: Ipsen, PartG, § 18 Rn. 29 a. E; ebenso *Lenski*, PartG, § 18 Rn. 54.

je Stimme (§ 18 Abs. 3 S. 2 PartG), was kleineren Parteien zugutekommt, da diese pro erzielter Stimme im Schnitt einen relativ höheren Betrag als die größeren Parteien erhalten.⁴⁴⁶ Der Anspruch auf staatliche Mittel ist gemäß § 18 Abs. 4 PartG von einem Mindesterfolg bei vorangegangenen Wahlen abhängig. Danach erhalten staatliche Leistungen nach Maßgabe der bei Wahlen auf eine Liste einer Partei entfallenen Stimmen (§ 18 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PartG) wie auch wegen erhaltener Zuwendungen (§ 18 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PartG) nur Parteien, die nach dem endgültigen Wahlergebnis der jeweils letzten Europawahl oder der jeweils letzten Bundestagswahl mindestens 0,5 vom Hundert der für Listen politischer Parteien abgegebenen gültigen Stimmen oder bei einer Landtagswahl 1,0 vom Hundert dieser Stimmen erreicht haben.⁴⁴⁷ Für den Fall des Fehlens einer (Landes-)Liste sieht § 18 Abs. 4 S. 2 PartG vor, dass ein Anspruch auf staatliche Mittel nur besteht, wenn die Direktkandidaten einer Partei mindestens 10 vom Hundert der in einem Wahl- oder Stimmkreis abgegebenen Stimmen erreicht haben. Die Auszahlung der staatlichen Mittel für die bei Landtagswahlen erzielten gültigen Stimmen erfolgt an den jeweiligen Landesverband der Partei i. H. v. 0,50 Euro je Stimme (§ 19a Abs. 6 S. 1 Halbs. 1 PartG). Die Auszahlung der übrigen staatlichen Mittel erfolgt an den Bundesverband der Partei, bei Landesparteien an den Landesverband (§ 19a Abs. 6 S. 2 PartG).

Die Parteienfinanzierung gemäß §§ 18 ff. PartG ist als staatliche Finanzierung „auf sonstige Weise“ i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB zu qualifizieren, da Bund und Ländern, also Gebietskörperschaften i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB, den Parteien öffentliche Finanzmittel ohne spezifische Gegenleistung gewähren. Letztgenanntes ist der Fall, weil es sich gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 GG um eine Finanzierung handelt, die den Parteien im Rahmen der allgemein ihnen nach dem GG obliegenden Tätigkeit zugutekommen soll. Die Parteienfinanzierung dient damit nicht zur Vergütung vertraglich vereinbarter Leistungen, sondern

⁴⁴⁶ Dies hat zwar eine Ungleichbehandlung zur Folge, welche aber durch das Ziel gerechtfertigt ist, die Parteivielfalt zu unterstützen, vgl. hierzu *Koch*, in: Ipsen, PartG, § 18 Rn. 35.

⁴⁴⁷ Die Regelung des § 18 Abs. 4 PartG ist eine Folge der Rspr. des BVerfG (vgl. E 20, 56 [117 f.; 85, 264 [293 f.]), welches entschieden hat, dass der Mindeststimmenanteil für die Teilnahme an der staatlichen Parteienfinanzierung erheblich unterhalb der 5 %-Hürde liegen muss.

bezweckt die Parteien als solche zu unterstützen.⁴⁴⁸ Die Tatbestandsvariante des § 99 Nr. 2 lit. a GWB verlangt des Weiteren, dass die Parteien überwiegend, also zu mehr als die Hälfte staatlich finanziert werden. Ob dies der Fall ist erscheint fraglich, da das PartG eine absolute und eine relative Finanzierungsobergrenze enthält.

Nach der absoluten Finanzierungsobergrenze beträgt das jährliche Gesamtvolumen staatlicher Mittel, das allen Parteien höchstens ausgezahlt werden darf, für die im Jahr 2019 vorzunehmende Festsetzung 190 Millionen Euro (§ 18 Abs. 2 S. 1 PartG). Es erfolgt eine jährliche Anpassung der absoluten Obergrenze auf Grundlage der Entwicklung des Preisindex, des allgemeinen Verbraucherpreisindex und des Index der tariflichen Monatsgehälter der Arbeiter und Angestellten bei Gebietskörperschaften (§ 18 Abs. 2 S. 2 und 3 PartG).⁴⁴⁹

Die relative Obergrenze beinhaltet die Vorgabe, dass die Höhe der staatlichen Teilfinanzierung bei einer Partei die Summe der selbst erwirtschafteten Einnahmen nicht überschreiten darf (§ 18 Abs. 5 S. 1 PartG). Das BVerfG folgert die Notwendigkeit der relativen Finanzierungsobergrenze aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Staatsfreiheit der Parteien:

„Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Staatsfreiheit erlaubt [...] nur eine Teilfinanzierung der allgemeinen Tätigkeit der politischen Parteien aus staatlichen Mitteln. Er untersagt - unbeschadet der für den Prozeß in der freiheitlichen Demokratie kennzeichnenden Verschränkung der Willensbildung des Volkes mit der Willensbildung in den Staatsorganen - eine Einflußnahme des Staates auf die politische Willensbildung in den Parteien und damit auf den Prozeß der politischen Willensbildung insgesamt. Einer Gefahr mittelbarer Einflußnahme durch finanzielle Leistungen ist allerdings durch die Art und Weise zu begegnen, in der der Staat solche Leistungen an die Parteien erbringt. Die vom Grundgesetz vorausgesetzte Staatsfreiheit der

⁴⁴⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 21.

⁴⁴⁹ Das BVerfG (E 85, 264 [291]) hat es ausdrücklich für zulässig befunden, dass der Gesetzgeber für die mit Rücksicht auf Veränderungen des Geldwerts notwendigen Anpassungen der absoluten Obergrenze staatlicher Zuwendungen an die Parteien einen Index festlegt, der sich auf die Entwicklung der für die Erfüllung der Aufgaben der Parteien relevanten Preise bezieht.

Parteien erfordert indes nicht nur die Gewährleistung ihrer Unabhängigkeit vom Staat sondern auch, daß die Parteien sich ihren Charakter als frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Gruppen bewahren. Die Parteien müssen nicht nur politisch sondern auch wirtschaftlich und organisatorisch auf die Zustimmung und Unterstützung der Bürger angewiesen bleiben. Durch öffentliche Mittel darf den einzelnen Parteien daher das Risiko des Fehlschlagens ihrer Bemühungen um eine hinreichende Unterstützung in der Wählerschaft nicht abgenommen werden. Der Grundsatz der Staatsfreiheit der Parteien wird durch die Gewährung finanzieller Zuwendungen mithin dann verletzt, wenn durch sie die Parteien der Notwendigkeit enthoben werden, sich um die finanzielle Unterstützung ihrer Aktivitäten durch ihre Mitglieder und ihnen nahestehende Bürger zu bemühen. Wird dies außer acht gelassen, laufen die Parteien Gefahr, sich aus ihrer gesellschaftlichen Verwurzelung zu lösen. Die Parteien können ihre Aufgabe der Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes im Rahmen eines demokratischen Staatsaufbaus, wie ihn Art. 21 GG voraussetzt, nur erfüllen, wenn ihre Führung und die ihr zur Verfügung stehende Organisation ihrer mitgliedschaftlichen Basis und der Bürgerschaft insgesamt nicht entfremden. Eine dahingehende Entwicklung wird nicht schon dadurch vermieden, daß der Staat sich auf die Finanzierung bestimmter Betätigungen der Parteien [...] beschränkt, sondern nur dadurch, daß Finanzhilfen ,so gewährt werden, daß der politische Prozeß offen, der Parteienwettbewerb erhalten und die Rückbindung der Parteiführungen an ihre gesellschaftliche Basis erhalten bleiben‘. Würde der Finanzbedarf der Parteien vorwiegend oder gar völlig aus öffentlichen Mitteln gedeckt, wären die Parteien in verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbarer Weise vom Staat abhängig.“⁴⁵⁰

Zur Wahrung der Staatsfreiheit der Parteien besagt die relative Obergrenze des § 18 Abs. 5 S. 1 PartG, dass das Gesamtvolumen staatlicher

⁴⁵⁰ BVerfGE 85, 264 [287 f.]; vgl. zur Staatsfreiheit der Parteien u. der daraus folgenden relativen u. absoluten Obergrenze der Parteienfinanzierung ebenfalls Koch, in: Ipsen, PartG, Vor §§ 18 ff., Rn. 41 ff.; Grzeszick/Rauber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 21 Rn. 30, 117 ff.

Zuwendungen an eine Partei die Summe ihrer selbst erwirtschafteten Einnahmen nicht überschreiten darf.⁴⁵¹

Die Einhaltung der relativen Obergrenze wird durch die in Art. 21 Abs. 1 S. 4 GG verfassungsrechtlich normierte Verpflichtung der Parteien zur (jährlichen) Rechenschaftslegung belegt. Danach müssen die Parteien - unabhängig davon, ob sie staatliche Finanzausschüsse erhalten oder nicht - über die Herkunft und Verwendung ihrer Mittel sowie über ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft geben. Dieser Verpflichtung liegt *„die Erwägung zugrunde, dass die politische Willensbildung innerhalb einer Partei von Personen oder Organisationen erheblich beeinflusst werden kann, die den Parteien in größerem Umfang finanzielle Mittel zur Verfügung stellen. Eine derartige Verflechtung von politischen und wirtschaftlichen Interessen soll offen gelegt werden. Der Wähler soll sich unter anderem über die Kräfte unterrichten können, die die Politik der Parteien bestimmen, und er soll die Möglichkeit haben, die Übereinstimmung zwischen den politischen Programmen und dem Verhalten derer zu prüfen, die mit Hilfe finanzieller Mittel auf die Parteien Einfluss zu nehmen suchen.“*⁴⁵²

Einzelheiten zur Rechenschaftslegung der Parteien regelt der Fünfte Abschnitt des PartG (§§ 23 bis 31). Danach hat der Vorstand einer Partei über die Herkunft und die Verwendung der Mittel sowie über das Vermögen der Partei zum Ende des Kalenderjahres (Rechnungsjahr) in einem Rechenschaftsbericht wahrheitsgemäß und nach bestem Wissen und Gewissen öffentlich Rechenschaft zu geben (§ 23 Abs. 1 S. 1 PartG). In den Rechenschaftsbericht der Gesamtpartei sind die Rechenschaftsberichte jeweils getrennt nach Bundesverband und Landesverband sowie die Rechenschaftsberichte der nachgeordneten Gebietsverbände je Landesverband aufzunehmen (§ 24 Abs. 3 S. 1 PartG). Der Rechenschaftsbericht besteht aus einer Ergebnisrechnung auf der Grundlage einer Einnahmen- und Ausgabenrechnung, einer damit verbundenen

⁴⁵¹ BVerfGE 85, 264 [289]; das BVerfG hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass Einnahmen aus Krediten außer Betracht bleiben, da andernfalls die Parteien durch ihre Haushaltswirtschaft einen nicht an ihrer politischen Leistung orientierte Einfluss auf den Umfang der ihnen zufließenden staatlichen Mittel nehmen könnten.

⁴⁵² BVerfGE 111, 54 [83]; vgl. auch BVerfGE 20, 56 [106]; 24, 300 [356]; 52, 63 [86 f.]; 85, 264 [319].

Vermögensbilanz sowie einem Erläuterungsteil (§ 24 Abs. 1 S. 1 PartG). Ferner ist dem Rechenschaftsbericht gemäß § 24 Abs. 9 PartG eine Zusammenfassung voranzustellen, die die einzelnen Einnahmen (z. B. staatliche Mittel) und Ausgaben (z. B. Personalausgaben) sowie deren Summen enthalten muss (§ 24 Abs. 9 S. 1 PartG). Neben den absoluten Beträgen ist auch der relative Anteil der einzelnen Einnahmen und Ausgaben an der Einnahme- bzw. Ausgabesumme darzustellen (§ 24 Abs. 9 S. 2 PartG). Der Zusammenfassung gemäß § 24 Abs. 9 PartG kann somit entnommen werden, zu welchem prozentualen Anteil eine Partei staatlich finanziert wird. So etwa haben die im Bundestag vertretenen Parteien in ihren Rechenschaftsberichten für das Rechnungsjahr 2017⁴⁵³ den prozentualen Anteil staatlicher Mittel wie folgt ausgewiesen:

| Partei | Anteil staatlicher Mittel an den Gesamteinnahmen |
|-------------------------|---|
| CDU | 30,86 % |
| SPD | 29,62 % |
| BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN | 36,39 % |
| AfD | 41,12 % |
| DIE LINKE | 38,62 % |
| FDP | 30,32 % |
| CSU | 27,16 % |

Wie sich anhand vorstehender Tabelle zeigt, ist eine überwiegende staatliche Finanzierung der Parteien nicht nur rechtlich untersagt (§ 18 Abs. 5 S. 1 PartG), sondern auch tatsächlich nicht existent. Eine besondere Staatsgebundenheit der Parteien i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB scheint somit ausgeschlossen.

⁴⁵³ BT-Drs. 19/7000.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass - wie bereits erwähnt - für die Berechnung der relativen Finanzierungsobergrenze auf das Gesamtvolumen der selbst erwirtschafteten Einnahmen einer Partei abzustellen ist (§ 18 Abs. 5 S. 1 PartG).⁴⁵⁴ Die relative Finanzierungsobergrenze bezieht sich damit auf die Gesamtpartei. Dementsprechend kann es vorkommen, dass einzelne Partei-Gliederungen zu mehr als die Hälfte aus staatlichen Mitteln finanziert werden, wobei insoweit nur die Bundes- und Landesverbände in Betracht kommen, da an diese die gemäß §§ 18 ff. PartG gewährten staatlichen Mittel ausgezahlt werden (§ 19a Abs. 6 PartG). So ergab eine Auswertung der Rechenschaftsberichte der Bundestagsparteien für das Jahr 2017⁴⁵⁵, dass die Bundesverbände von CDU, SPD, AfD und DIE LINKE in dem genannten Rechnungsjahr zu mehr als die Hälfte staatlich finanziert waren. Auch bei einigen Landesverbänden der Bundestagsparteien war eine überwiegende staatliche Finanzierung festzustellen.⁴⁵⁶

Dies zeigt, dass die Bundes- und Landesverbände der Parteien gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden können. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Bundes- und Landesverbände der Parteien als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine des bürgerlichen Rechts organisiert sind und damit die Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs selbstständig erfüllen können.⁴⁵⁷ Ob der Bundes- oder Landesverband einer Partei tatsächlich gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert wird, ist auf Basis der zu Beginn des Haushaltsjahres verfügbaren, ggf. auch nur veranschlagten Zahlen zu berechnen.⁴⁵⁸ Ist hiernach festzustellen, dass der Anteil staatlicher Mittel an den Gesamteinnahmen voraussichtlich mehr als die Hälfte betragen wird, gilt der Bundes- oder Landesverband für das anstehende Haushaltsjahr als überwiegend staatlich finanziert und weist damit eine besondere Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB auf.

⁴⁵⁴ BVerfGE 85, 264 [289].

⁴⁵⁵ BT-Drs. 19/7000.

⁴⁵⁶ So etwa bei der Partei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Landesverbände Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen u. Brandenburg.

⁴⁵⁷ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. I. 2.

⁴⁵⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 40 f.

c) Fraktionen

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben haben die Fraktionen gemäß § 50 Abs. 1 AbgG Anspruch auf Geld- und Sachleistungen aus dem Bundeshaushalt. Die Geldleistungen setzen sich nach § 50 Abs. 2 S. 1 AbgG aus einem Grundbetrag für jede Fraktion („Fraktionspauschale“), aus einem Betrag je Mitglied („Kopfpauschale“) und einem weiteren Zuschlag für jede Fraktion, die nicht die Bundesregierung trägt („Oppositionszuschlag“), zusammen. Die Höhe der jährlichen Geldleistungen wird gemäß § 50 Abs. 2 S. 2 AbgG durch den Bundestag festgelegt. Hierzu erstattet der Präsident dem Bundestag im Benehmen mit dem Ältestenrat nach § 50 Abs. 2 S. 3 AbgG jeweils bis zum 30. September einen Jahresbericht über die Angemessenheit der Beträge und des Oppositionszuschlages und legt zugleich einen Anpassungsvorschlag vor. Dieser orientiert sich zum einen an der Entwicklung ausgewählter Teilindizes des Verbraucherpreisindex und zum anderen an der Tarifentwicklung im öffentlichen Dienst.⁴⁵⁹ Unter Berücksichtigung dieser Kriterien hat der Bundestagspräsident im Benehmen mit dem Ältestenrat für das Jahr 2017 einen monatlichen Grundbetrag je Fraktion i. H. v. 411.313,00 Euro, einen monatlichen Betrag je Mitglied i. H. v. 8.586,00 Euro sowie einen Oppositionszuschlag i. H. v. jeweils 15 % auf den Grundbetrag und den Betrag je Mitglied vorgeschlagen.⁴⁶⁰ Dies entsprach einer Erhöhung zum Vorjahr um 4,48 %.⁴⁶¹ Die gemäß § 50 Abs. 1 AbgG gewährten Sachleistungen werden nach Maßgabe des Haushaltsgesetzes zur Nutzung erbracht (§ 50 Abs. 3 AbgG). Zu den Sachleistungen gehören u. a. eingerichtete Büro- und Sitzungsräume, Kommunikationsanlagen (Fax, Telefon), die Bibliothek sowie die wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages.⁴⁶²

Die einfachgesetzliche Ausgestaltung der staatlichen Fraktionsfinanzierung ist verfassungsrechtlich unbedenklich, da die Fraktionen als *„Teile und ständige Gliederungen des Bundestags, die durch dessen Geschäftsordnung anerkannt und mit eigenen Rechten ausgestattet sind“*, der *„organisierten*

⁴⁵⁹ BT-Drs.18/9750, S. 2.

⁴⁶⁰ BT-Drs. 18/9750, S. 2

⁴⁶¹ BT-Drs. 18/9750, S. 2

⁴⁶² Braun/Jantsch/Klante, AbgG, § 50 Rn. 15.

Staatlichkeit eingefügt“ sind.⁴⁶³ Die Fraktionsfinanzierung ist damit Teil der Parlamentsfinanzierung.⁴⁶⁴ Die Höhe der Zuschüsse ist „*nach dem Aufwand zu beurteilen, der in diesem Aufgabenbereich anfällt.*“⁴⁶⁵ Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem in das AbgG Bestimmungen über die Mittelverwendung (§ 50 Abs. 4), die Haushalts-, Wirtschafts- und Buchführung (§ 51), die Rechnungslegung (§ 52) und die Rechnungsprüfung (§ 53) aufgenommen wurden. Neben den Geld- und Sachleistungen aus dem Bundeshaushalt finanzieren sich die Fraktionen über Beiträge ihrer Mitglieder. Deren Erhebung ist grundsätzlich unbedenklich, da der (fraktionsangehörige) Abgeordnete über sein Einkommen, einschließlich der ihm nach Art. 48 Abs. 3 GG zustehenden Entschädigung frei verfügen kann.⁴⁶⁶ Eine Beanstandung der Beitragshöhe käme erst dann in Betracht, wenn sie dem Abgeordneten jene Unabhängigkeit berauben würde, zu deren Sicherung die Entschädigung bestimmt ist.⁴⁶⁷ Anhaltspunkte hierfür sind derzeit bei keiner Fraktion ersichtlich.

Die Fraktionen werden demzufolge aus zwei Quellen, namentlich den gemäß § 50 Abs. 1 AbgG gewährten Geld- und Sachleistungen aus dem Bundeshaushalt sowie den Beiträgen ihrer Mitglieder finanziert.

Bei den staatlichen Leistungen nach § 50 Abs. 1 AbgG handelt es sich um eine direkte Finanzierung „*auf sonstige Weise*“ i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB, da der Bund, also eine (staatliche) Stelle nach § 99 Nr. 1 GWB, den Fraktionen Geld- und Sachmittel unmittelbar und ohne spezifische Gegenleistung gewährt.⁴⁶⁸ Letzteres ist der Fall, weil der Finanzierungsanspruch aus § 50 Abs. 1 AbgG nicht an die (tatsächliche) Aufgabenerfüllung, sondern an die formale Stellung als Fraktion anknüpft. Die gemäß § 50 Abs. 1 AbgG gewährten Geld- und Sachleistungen dienen daher zur Finanzierung der Fraktionen als solche und nicht zur Vergütung

⁴⁶³ BVerfGE 20, 56 [104]; vgl. auch BVerfGE 80, 188 [213; 231]; grundlegend zur Fraktionsfinanzierung, Linde, Fraktionsfinanzierung in der parlamentarischen Demokratie, S. 77 ff.; Schmidt-Jortzig, NVwZ 1994, 1145, 1147 ff.

⁴⁶⁴ Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 261.

⁴⁶⁵ BVerfGE 80, 188 [213 f.].

⁴⁶⁶ Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 261.

⁴⁶⁷ Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 261.

⁴⁶⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 21.

bestimmter, tatsächlich erbrachter Tätigkeiten. Ferner werden die Fraktionen auch überwiegend, d. h. zu mehr als die Hälfte staatlich finanziert, da die staatlichen Geld- und Sachleistungen nach § 50 Abs. 1 AbgG die Fraktionen annähernd vollständig finanzieren.⁴⁶⁹

Die Fraktionen weisen somit eine besondere Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB auf.

d) Ergebnis zu § 99 Nr. 2 lit. a GWB

Die Bundes- und Landesverbände der Parteien können im Einzelfall überwiegend staatlich finanziert sein und damit eine besondere Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB aufweisen.

Die Fraktionen erfüllen das Merkmal der besonderen Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB, da sie praktisch ausschließlich aus staatlichen Mitteln finanziert werden.

⁴⁶⁹ *Braun/Jantsch/Klante*, AbgG, § 50 Rn. 5.

3. Staatliche Aufsicht, § 99 Nr. 2 lit. b GWB

Weiter fragt sich, ob die bestehende Rechenschaftspflicht der Parteien und Fraktionen sowie das damit verbundene Prüfungsrecht des Bundestagspräsidenten (Parteien) bzw. des Bundesrechnungshofs (Fraktionen) als staatliche Aufsicht i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. b GWB zu werten ist.

a) Definition

In welchen Fällen von einer staatlichen Aufsicht i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. b GWB bzw. des zugrundeliegenden Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU auszugehen ist, hat der EuGH besonders in der Rs. „Adolf Truley“ herausgearbeitet.⁴⁷⁰

aa) Rspr. des EuGH

Danach sei das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht über die Leitung nur erfüllt, *„wenn diese Aufsicht eine Verbindung mit der öffentlichen Hand schafft, die der Verbindung gleichwertig ist, die besteht, wenn eines der beiden anderen alternativen Merkmale erfüllt ist, nämlich dass die Finanzierung überwiegend durch die öffentliche Hand erfolgt oder dass die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans dieser Einrichtung, die es der öffentlichen Hand ermöglichen, die Entscheidungen dieser Einrichtung im Bereich öffentlicher Aufträge zu beeinflussen, von der öffentlichen Hand ernannt wird.“*⁴⁷¹ In Anbetracht dessen lasse sich nicht annehmen, dass der Tatbestand der Aufsicht über die Leitung im Falle einer bloßen nachprüfenden Kontrolle erfüllt sei, denn schon begrifflich erlaube es eine derartige Kontrolle der öffentlichen Hand nicht, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen.⁴⁷² *„Wie der Generalanwalt in den [...] Schlussanträge[n]*

⁴⁷⁰ Vgl. daneben EuGH, Urteil v. 1.2.2001, Rs. C-237/99, „OPAC“ = NZBau 2001, 215 = VergabeR 2001, 118, Rn. 48 ff.

⁴⁷¹ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 69.

⁴⁷² EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 70.

ausgeführt hat, lassen die Angaben des vorliegenden Gerichts jedoch die Annahme vertretbar erscheinen, dass die Kontrolle der Stadt Wien über die Antragsgegnerin [eine Tochtergesellschaft der Wiener Stadtwerke GmbH] im vorliegenden Fall den Rahmen einer bloßen nachprüfenden Kontrolle bei weitem übersteigt. Denn zum einen unterliegt [diese] unmittelbar der Aufsicht der Stadt Wien, da sie im Eigentum [der Wiener Stadtwerke GmbH] steht, deren gesamtes Kapital in den Händen dieser Gebietskörperschaft liegt. Zum anderen geht ebenfalls aus dem Vorlagebeschluss hervor, dass das Kontrollamt nach [dem Gesellschaftsvertrag] berechtigt ist, nicht nur den Jahresabschluss dieser Gesellschaft zu prüfen, sondern auch ‚die laufende Gebarung auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit‘. Dieser Punkt des Gesellschaftsvertrags der Antragsgegnerin erlaubt es dem Kontrollamt weiter, die Betriebsräume und Anlagen der Gesellschaft zu besichtigen und über das Ergebnis dieser Prüfung den zuständigen Organen sowie den Gesellschaftern der Gesellschaft und der Stadt Wien zu berichten. Derartige Aufsichtsrechte ermöglichen eine aktive Aufsicht über die Leitung dieser Gesellschaft. Nach allem ist auf die dritte Frage zu antworten, dass eine bloße nachprüfende Kontrolle nicht das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht über die Leitung [...] erfüllt. Dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt jedoch ein Sachverhalt, bei dem zum einen die öffentliche Hand nicht nur die Jahresabschlüsse der betreffenden Einrichtung kontrolliert, sondern auch ihre laufende Verwaltung im Hinblick auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, und bei dem zum anderen die öffentliche Hand berechtigt ist, die Betriebsräume und Anlagen dieser Einrichtung zu besichtigen und über das Ergebnis dieser Prüfung einer Gebietskörperschaft zu berichten, die über eine andere Gesellschaft das Kapital der in Rede stehenden Einrichtung hält.“⁴⁷³

⁴⁷³ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 71 ff.

bb) Zusammenfassung und Bewertung

Jedes der alternativen Tatbestandsmerkmale in § 99 Nr. 2 lit. a bis c GWB spiegelt die enge Verbindung einer Einrichtung mit dem Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts wider.⁴⁷⁴ Dabei kann nicht jede Form staatlichen Einflusses als Aufsicht i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. b GWB beurteilt werden. Erforderlich ist vielmehr eine „qualifizierte staatliche Aufsicht“ dergestalt, dass die öffentliche Hand die Möglichkeit haben muss, die Entscheidungen der beaufsichtigten Einrichtung in Bezug auf die öffentliche Auftragsvergabe tatsächlich zu beeinflussen.⁴⁷⁵ Ob dies der Fall ist, ist aufgrund der gebotenen funktionellen Betrachtung⁴⁷⁶ unter Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte des Einzelfalls zu beurteilen.⁴⁷⁷

Die Möglichkeit der aktiven staatlichen Einflussnahme auf die Entscheidungen einer Einrichtung ist bei einer bloß nachprüfenden Kontrolle nicht gegeben.⁴⁷⁸ Der Rahmen einer lediglich nachprüfenden Kontrolle wird jedoch überschritten, wenn staatliche oder staatsnahe Stelle aufgrund entsprechender Befugnisse (z. B. Betretungs- und Besichtigungsrechte) die Geschäftstätigkeit der in Frage stehenden Einrichtung jederzeit auf ihre Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit prüfen können.⁴⁷⁹ In einem solchen Fall ist davon auszugehen, dass eine aktive (staatlichen) Aufsicht über die Leitung der Einrichtung besteht.⁴⁸⁰ Die formale Einordnung der staatlichen Kontrolle als Rechts- oder Fachaufsicht

⁴⁷⁴ EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2001, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 20; EuGH, Urteil v. 1.2.2001, Rs. C-237/99, „Kommission/Frankreich“ = NZBau 2001, 215 = VergabeR 2001, 118, Rn. 44.

⁴⁷⁵ EuGH, Urteil v. 1.2.2001, Rs. C-237/99, „OPAC“ = NZBau 2001, 215 = VergabeR 2001, 118, Rn. 48; EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 69; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 50.

⁴⁷⁶ Grundlegend zu dieser oben, Kapitel 2 B. II. 2.

⁴⁷⁷ Vgl. EuGH, Urteil v. 1.2.2001, Rs. C-237/99, „Kommission/Frankreich“ = NZBau 2001, 215 = VergabeR 2001, 118, Rn. 43.

⁴⁷⁸ EuGH, Urteil v. 1.2.2001, Rs. C-237/99, „Kommission/Frankreich“ = NZBau 2001, 215 = VergabeR 2001, 118, Rn. 53 ff.; EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 70; EuGH, Urteil v. 12.09.2013, Rs- C-526/11, „Ärztchammer Westfalen-Lippe“ = NZBau 2013, 717, Rn. 29.

⁴⁷⁹ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 73.

⁴⁸⁰ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, 73.

als Besonderheit des deutschen Rechts ist hierbei nicht entscheidend, da die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts autonom und einheitlich auszulegen sind.⁴⁸¹ In der Regel wird man aber davon ausgehen können, dass bei einer bestehenden Fachaufsicht eine hinreichende staatliche Einflussmöglichkeit besteht, da sich die Fachaufsicht nicht nur auf die Rechtmäßigkeit, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit bezieht und schon im Vorfeld der Entscheidung eine Kontrolle und damit eine inhaltliche Steuerung der Entscheidung erlaubt.⁴⁸² Dagegen ist bei einer bloßen Rechtsaufsicht lediglich eine nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle möglich, sodass in einem solchen Fall regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass eine aktive staatliche Einflussnahme auf laufende oder anstehende Vergabeverfahren ausgeschlossen ist.⁴⁸³

b) Parteien

Wie bereits angesprochen, haben die Parteien über die Herkunft und die Verwendung der ihnen innerhalb eines Kalenderjahres zugeflossenen Mittel sowie über das Vermögen der Partei zum Ende des Kalenderjahres (Rechnungsjahr) in einem Rechenschaftsbericht wahrheitsgemäß und nach bestem Wissen und Gewissen öffentlich Rechenschaft zu geben (§ 23 Abs. 1 S. 1 PartG).⁴⁸⁴ Der Rechenschaftsbericht muss von einem Wirtschaftsprüfer oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nach den Vorschriften der §§ 29 bis 31 PartG geprüft werden (§ 23 Abs. 2 PartG). Der geprüfte Rechenschaftsbericht wird dem Bundestagspräsidenten zugeleitet, der den Rechenschaftsbericht seinerseits auf formale und inhaltliche Richtigkeit überprüft (§§ 23 Abs. 3 S. 1, 23a Abs. 1 S. 1 PartG)⁴⁸⁵ und anschließend

⁴⁸¹ EuGH, Urteil v. 27.2.2003, Rs. C-373/00, „Adolf Truley“ = NZBau 2003, 287 = VergabeR 2003, 296, Rn. 35; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 59.

⁴⁸² *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 58; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 51; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 73; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 83.

⁴⁸³ *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 58; *Badenhausen-Fähnle*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 73; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 173 ff.; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 85.

⁴⁸⁴ Grundlegend dazu *Rübenkönig*, Die Rechenschaftspflicht der politischen Parteien, S. 72 ff.

⁴⁸⁵ Eingehend zur Prüfungskompetenz u. Prüfungspflicht des Bundestagspräsidenten *Jochum*, in: Ipsen, PartG, § 23a Rn. 7 ff.

feststellt, ob der Rechenschaftsbericht den Vorschriften des PartG über die Rechenschaftslegung entspricht (§ 23a Abs. 1 S. 2 PartG). Die Kontrolltätigkeit des Bundestagspräsidenten ist damit lediglich nachträglicher Art. Dem Bundestagspräsidenten ist es daher nicht möglich, die Entscheidungen der Parteien in Bezug auf öffentliche Aufträge aktiv zu beeinflussen. Demzufolge unterliegen die Parteien keiner staatlichen Aufsicht i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. b GWB.

c) Fraktionen

Die Fraktionen haben über die Herkunft und die Verwendung der Mittel aus dem Bundeshaushalt, die ihnen innerhalb eines Kalenderjahres (Rechnungsjahr) gemäß § 50 Abs. 1 AbgG zugeflossen sind, öffentlich Rechenschaft zu geben (§ 52 Abs. 1 AbgG). Die Rechnung muss von einem im Benehmen mit dem Bundesrechnungshof bestellten Abschlussprüfer (Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) auf die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen geprüft werden und einen entsprechenden Prüfungsvermerk aufweisen (§ 52 Abs. 4 S. 1 AbgG). Die geprüfte Rechnung ist dem Präsidenten oder der Präsidentin des Deutschen Bundestages spätestens bis zum Ende des sechsten Monats nach Ablauf des Kalenderjahres oder des Monats vorzulegen, in dem die Geldleistungen nach § 50 Abs. 1 letztmals gezahlt wurden (§ 52 Abs. 4 S. 2 AbgG). Anschließend wird die geprüfte Rechnung als Bundestags-Drucksache verteilt (§ 52 Abs. 4 S. 4 AbgG). Der Bundesrechnungshof prüft die Rechnung sowie die den Fraktionen nach § 50 Abs. 1 AbgG zur Verfügung gestellten Geld- und Sachleistungen auf ihre wirtschaftliche und ordnungsgemäße Verwendung nach Maßgabe der Ausführungsbestimmungen gemäß § 51 Abs. 1 AbgG, wobei die Rechtsstellung und die Aufgaben der Fraktionen zu beachten sind (§ 53 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 AbgG). Die politische Erforderlichkeit einer Maßnahme der Fraktionen ist nicht Gegenstand der Prüfung (§ 53 Abs. 2 S. 2 AbgG).

Die Fraktionen unterliegen somit einer Finanzkontrolle durch den Bundesrechnungshof. Diese ist jedoch lediglich nachprüfender Art, da dem Bundesrechnungshof keine Befugnisse zustehen, die es ihm erlauben, die laufende Geschäftstätigkeit und damit die Entscheidungen der von ihm

kontrollierten Einrichtungen in Bezug auf öffentliche Aufträge aktiv zu beeinflussen.⁴⁸⁶ Demzufolge unterliegen die Fraktionen keiner staatlichen Aufsicht i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. b GWB.

d) Ergebnis zu § 99 Nr. 2 lit. b GWB

Die Parteien und Fraktionen unterliegen keiner staatlichen Aufsicht i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. b GWB.

4. Ergebnis zur dritten Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Nr. 2 GWB

Die Bundes- und Landesverbände der Parteien können im Einzelfall überwiegend staatlich finanziert sein und damit eine besondere Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB aufweisen.

Die Fraktionen erfüllen das Merkmal der besonderen Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB, da sie praktisch ausschließlich aus staatlichen Mitteln finanziert werden.

Eine besondere Staatsgebundenheit der Parteien (einschließlich Gliederungen) und Fraktionen aufgrund staatlicher Aufsicht (§ 99 Nr. 2 lit. b GWB) oder staatlicher Bestimmung der Leitungsorgane (§ 99 Nr. 2 lit. c GWB) ist nicht gegeben.

⁴⁸⁶ Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 108; Badenhausen-Fähnle, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 89.

D. Ergebnis zu Kapitel 2

Die Parteien und Fraktionen sind keine öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB (Gebietskörperschaften oder deren Sondervermögen), keine öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 3 GWB (Verbände) und keine öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 4 GWB (subventionierte öffentliche Auftraggeber).

Die Parteien und Fraktionen gelten jedoch als juristische Personen des Privatrechts (Parteien) bzw. öffentlichen Rechts (Fraktionen) i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB und werden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrzunehmen. Die Parteien und Fraktionen erfüllen damit die erste und zweite Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Nr. 2 GWB.

Im Rahmen der dritten Tatbestandsvoraussetzung des funktionellen Auftraggeberbegriffs („besondere Staatsgebundenheit“) ergeben sich für die Parteien und Fraktionen im Hinblick auf das Vorliegen einer überwiegenden staatlichen Finanzierung gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB unterschiedliche Ergebnisse.

- Für die Parteien gilt zunächst, dass eine überwiegende staatliche Finanzierung wegen der relativen Finanzierungsobergrenze des § 18 Abs. 5 S. 1 PartG grundsätzlich ausgeschlossen ist. Da sich die relative Finanzierungsobergrenze aber auf die Gesamtpartei bezieht, ist es im Einzelfall möglich, dass die Bundes- und Landesverbände der Parteien als Empfänger der gemäß §§ 18 ff. PartG gewährten staatlichen Mittel überwiegend staatlich finanziert werden. Ob dies auf einen Bundes- oder Landesverband tatsächlich zutrifft, ist auf Basis des Haushaltsjahres zu bestimmen, in dem das Verfahren zur Vergabe eines bestimmten Auftrags ausgeschrieben wird, wobei für die Berechnung die zu Beginn des Haushaltsjahres verfügbaren, ggf. auch nur veranschlagten Zahlen maßgeblich sind. Ist hiernach festzustellen, dass der Anteil staatlicher Mittel an den Gesamteinnahmen voraussichtlich mehr als die Hälfte beträgt, gilt der betreffende Bundes- oder Landesverband als überwiegend staatlich finanziert und erfüllt damit die dritte Tatbestandsvoraussetzung des funktionellen Auftraggeberbegriffs.

- Die Fraktionen erfüllen (stets) das Merkmal der besonderen Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB, da sie - anders als die Parteien - praktisch ausschließlich aus staatlichen Mitteln finanziert werden.

Zu konstatieren ist damit, dass die

- Bundes- und Landesverbände der Parteien unter der Voraussetzung einer überwiegenden staatlichen Finanzierung (§ 99 Nr. 2 lit. a GWB) als funktionelle öffentliche Auftraggeber dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfallen;
- Fraktionen alle Merkmale des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen und damit (stets) dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfallen.

Liegen auch die sachlichen Anwendungsvoraussetzungen⁴⁸⁷ des Kartellvergaberechts vor, haben die Bundes- und Landesverbände der Parteien sowie die Fraktionen bei einer Auftragsvergabe insbesondere die nachfolgenden kartellvergaberechtlichen Vorgaben zu beachten:

- Öffentliche Aufträge und Konzessionen sind im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben, wobei die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit zu beachten sind (§ 97 Abs. 1 GWB).
- Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund der Vorgaben des Kartellvergaberechts geboten oder gestattet (§ 97 Abs. 2 GWB).
- Mittelständische Interessen sind nach Maßgabe des § 97 Abs. 4 GWB durch Losvergabe zu berücksichtigen.
- Das Vergabeverfahren ist elektronisch zu führen (§ 97 Abs. 5 GWB, § 9 ff. VgV).
- Unternehmen haben Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden (§ 97 Abs. 6 GWB) und können

⁴⁸⁷ Die sachlichen Anwendungsvoraussetzungen des Kartellvergaberechts sind eröffnet, wenn Gegenstand der Vergabe ein öffentlicher Auftrag (§§ 103 Abs. 1 bis 4, 104 GWB), eine Rahmenvereinbarung (§ 103 Abs. 5 GWB), ein Wettbewerb (§ 103 Abs. 6 GWB) oder eine Konzession (§ 105 GWB) ist, der jeweils maßgebliche Schwellenwert erreicht oder überschritten ist (§ 106 GWB) u. keine allgemeine (§§ 107 ff. GWB) oder besondere Ausnahme (z. B. §§ 116, 117 GWB) vom sachlichen Anwendungsbereich gegeben ist.

eine etwaige Verletzung im Nachprüfungsverfahren (§§ 155 ff. GWB) geltend machen.

- Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen erfolgt vorrangig im offenen und nicht offenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb; die anderen Verfahrensarten (insbesondere das Verhandlungsverfahren) stehen nur zur Verfügung, soweit dies aufgrund des Kartellvergaberechts ausdrücklich gestattet ist (§ 119 Abs. 2 GWB, § 14 Abs. 2 VgV).
- Die Leistungsbeschreibung hat eindeutig und erschöpfend (§ 121 Abs. 1 S. 1 GWB) sowie produkt- und herkunftsneutral (§ 31 Abs. 6 VgV) zu erfolgen.
- Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung (§ 103 Abs. 5 GWB) darf höchstens vier Jahre betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor (§ 21 Abs. 6 VgV).
- Öffentliche Aufträge dürfen nur an geeignete Unternehmen vergeben werden, die nicht nach den §§ 123, 124 GWB ausgeschlossen worden sind (§ 122 Abs. 1 GWB, § 42 Abs. 1 VgV).
- Die Eignungsanforderungen müssen den Vorgaben der §§ 43 ff. VgV entsprechen.
- Die Prüfung und Wertung der Angebote hat nach Maßgabe der §§ 56 ff. VgV zu erfolgen.
- Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 127 Abs. 1 S. 1 GWB, § 58 Abs. 1 VgV). Die Zuschlagskriterien müssen nach Maßgabe des § 127 Abs. 3 GWB mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden (§ 127 Abs. 5 GWB, § 58 Abs. 3 S. 1 VgV).
- An der Entscheidung über den Zuschlag sollen in der Regel mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers mitwirken (§ 58 Abs. 5 VgV).
- Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren (§ 132 Abs. 1 S. 1 GWB). Ausnahmsweise sind (wesentliche) Änderungen während der Vertragslaufzeit unter den Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 bis 5 GWB zulässig.

- Vor Zuschlagserteilung sind die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren (sog. Vorabinformation, § 134 Abs. 1 GWB). Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung dieser Information geschlossen werden, wobei sich die Frist auf 10 Kalendertage verkürzt, wenn die Information auf elektronischem Weg oder per Fax versendet wird (§ 134 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB).
- Ein öffentlicher Auftrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen vorgenannte Informationspflicht verstoßen hat oder unzulässiger Weise von einer Auftragsbekanntmachung abgesehen hat und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB).
- Das Vergabeverfahren ist nach Maßgabe des § 8 VgV von Beginn an fortlaufen in Textform zu dokumentieren.
- Eine Aufhebung von Vergabeverfahren ist nur unter den in § 63 Abs. 1 VgV genannten Voraussetzungen in zulässiger Weise möglich.

Kapitel 3 - Anwendbarkeit des Unterschwellenvergaberechts auf Parteien und Fraktionen

Das Unterschwellenvergaberecht lässt sich strukturell in das Haushaltsvergaberecht, die Landesvergabe Gesetze und die Rspr. des EuGH zu binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben (Primärvergaberecht) unterteilen.⁴⁸⁸ Entsprechend gliedert sich die nachfolgende Prüfung.

A. Haushaltsvergaberecht

Demnach fragt sich zunächst, ob das Haushaltsvergaberecht auf die Parteien und Fraktionen anwendbar ist. Dies ist der Fall, wenn die Parteien und Fraktionen dem Auftraggeberbegriff und damit dem persönlichen Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts unterfallen.

I. Auftraggeberbegriff des Haushaltsvergaberechts

1. Definition

Unterhalb der jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwerte (§ 106 GWB) sind die Rechtsgrundlagen zur Vergabe öffentlicher Aufträge primär dem öffentlichen Haushaltsrecht zu entnehmen.⁴⁸⁹ Bund und Länder haben in diesem Zusammenhang § 30 HGrG, § 55 BHO/LHO zu beachten.

Nach § 30 S. 1 HGrG, § 55 Abs. 1 S. 1 BHO/LHO muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Der Teilnahmewettbewerb wird gemäß § 30 S. 2 HGrG, § 55 Abs. 1 S. 2 BHO/LHO als ein Verfahren definiert, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien auswählt und zur Abgabe von Angeboten auffordert.

⁴⁸⁸ Zur Regelungsstruktur des Unterschwellenvergaberechts siehe oben, Kapitel 1 B. II.

⁴⁸⁹ *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 48.

Das Haushaltsvergaberecht richtet sich damit offenkundig an alle „öffentlichen Auftraggeber“. Welche Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber i. S. d. Haushaltsvergaberechts gelten, ist weder im HGrG noch in den Haushaltsordnungen von Bund und Ländern legaldefiniert. Eine analoge Anwendung von § 99 GWB scheidet aus, weil es sich insoweit um eine spezielle, aus dem europäischen Vergabesekundärrecht stammende Definition handelt, die auf den Unterschwellenbereich nicht übertragen werden kann.⁴⁹⁰

Welche Einrichtungen dem Haushaltsvergaberecht als öffentliche Auftraggeber unterfallen, ist vielmehr aus dem Umstand zu folgern, dass die Verpflichtung zur Anwendung des Haushaltsvergaberechts mit der Bindung an die Vorschriften über die öffentliche Haushaltsführung einhergeht.⁴⁹¹ Als öffentliche Auftraggeber i. S. d. Haushaltsvergaberechts gelten daher diejenigen Einrichtungen, die einer haushaltsvergaberechtlichen Ausschreibungspflicht unterliegen.

Dies sind zunächst der Bund⁴⁹², die Länder⁴⁹³ und die Kommunen⁴⁹⁴ als Gebietskörperschaften (einschließlich rechtlich unselbstständiger Verwaltungseinheiten, wie Ministerien, Behörden, Gerichte und Sondervermögen⁴⁹⁵) sowie alle rechtsfähigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Bundes oder eines Landes unterstehen (sog. bundes- oder landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts⁴⁹⁶).⁴⁹⁷ Hinzu kommen alle sonstigen

⁴⁹⁰ *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 87; *Reichling*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 2 Rn. 113; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, Einl. GWB Rn. 27.

⁴⁹¹ *Reichling*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 2 Rn. 113; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 48; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, Einl. GWB Rn. 27.

⁴⁹² Vgl. § 55 BHO.

⁴⁹³ Vgl. § 55 LHO.

⁴⁹⁴ Vgl. z. B. § 31 GemHVO BW, § 30 BayKommHV-Doppik, § 29 Abs. 2 HessGemHVO, § 25 GemHVO NRW, § 22 GemHVO RP, § 24 Saarl.KommHVO, § 29 GemHVO Doppik LSA, § 31 ThürGemHV.

⁴⁹⁵ Vgl. § 48 Abs. 1 HGrG, § 113 BHO/LHO.

⁴⁹⁶ Vgl. § 48 Abs. 1 HGrG, § 105 Abs. 1 Nr. 2 BHO/LHO i. V. m. § 55 BHO/LHO.

⁴⁹⁷ *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 48; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, Einl. GWB Rn. 27; *Burgi*, Vergaberecht, § 25 Rn. 6; *Mertens*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 87 Rn. 19; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 98.

Verwaltungsträger (z. B. Sozialversicherungsträger⁴⁹⁸), die kraft Haushaltsrechts einer allgemeinen Ausschreibungspflicht unterliegen.

Als öffentliche Auftraggeber i. S. d. Haushaltsrechts gelten damit ausschließlich öffentlich-rechtlich verfasste Einrichtungen. Der haushaltsrechtliche Begriff des öffentlichen Auftraggebers ist daher institutioneller Art und insoweit vergleichbar mit § 99 Nr. 1 und Nr. 3 GWB.⁴⁹⁹

Privatrechtlich verfasste Einrichtungen können nur bei Hinzutreten besonderer Umstände dem Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts unterfallen.⁵⁰⁰ Solche Umstände können sich etwa aus dem Zuwendungsrecht ergeben, da Bund und Länder Verwaltungsvorschriften zu §§ 23, 44 BHO/LHO (Zuwendungen) erlassen haben, die regelmäßig vorsehen, dass einem Zuwendungsempfänger die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften (VOL/A, UVgO, VOB/A) ab einem bestimmten Zuwendungsbetrag in den Nebenbestimmungen des Zuwendungsbescheids vorzuschreiben ist, um auf diese Weise die wirtschaftliche und sparsame Verwendung der zugewendeten Mittel sicherzustellen.⁵⁰¹ Zu beachten ist allerdings, dass die unmittelbare Verpflichtung zur Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften in einem solchen Fall auf dem ergangenen Zuwendungsbescheid, also einem Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG, beruht.⁵⁰² Die Verwaltungsvorschriften zu §§ 23, 24 BHO/LHO begründen dagegen als interne Regelungen keine (unmittelbare) Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts. Sie zeigen aber, dass das Haushaltsrecht (hier in Form von Verwaltungsvorschriften) eine vergaberechtliche Bindung privatrechtlich verfasster Einrichtungen in bestimmten Fällen vorsieht.

⁴⁹⁸ Vgl. § 22 SVHV.

⁴⁹⁹ *Kriener*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 9. Teil, § 55 BHO Rn. 1; *Reichling*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 2 Rn. 113; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 88.

⁵⁰⁰ Vgl. hierzu *Burgi*, Vergaberecht, § 25 Rn. 6; *Reichling*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 2 Rn. 114.

⁵⁰¹ Vgl. z. B. die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung des Bundes (ANBest-P), GMBL Nr. 29/2018, S. 568 (Ziffer 3). Danach sind die UVgO (mit Einschränkungen) u. die VOB/A bei der Vergabe von Aufträgen anzuwenden, wenn die Zuwendung oder bei Finanzierung durch mehrere Stellen der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als 100.000 Euro beträgt.

⁵⁰² *Mertens*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 87 Rn. 19 (Fn. 8).

2. Parteien

Wie zuvor aufgezeigt, gelten als öffentliche Auftraggeber i. S. d. Haushaltsvergaberechts ausschließlich Einrichtungen, für die eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht existiert. Eine solche ist für die Parteien jedoch nicht ersichtlich, weil das PartG eine entsprechende Bestimmung zu § 55 BHO nicht enthält. Auch eine unmittelbare Bindung an § 55 BHO kommt nicht in Betracht, da sich die öffentlichen Haushaltsordnungen von Bund und Ländern - grob gesprochen - an den Staat und seine Organe richten,⁵⁰³ also ausschließlich an öffentlich-rechtlich verfasste Einrichtungen. Die Parteien zählen hingegen als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine zu den privatrechtlich organisierten Rechtssubjekten.⁵⁰⁴ Damit können die Parteien nicht als öffentliche Auftraggeber i. S. d. Haushaltsvergaberechts qualifiziert werden.

Ergänzend ist zu erwähnen, dass die Parteien auch nicht mittels Nebenbestimmungen zu einem Zuwendungsbescheid zur Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen verpflichtet werden können, da die Parteien keine Zuwendungen i. S. d. Haushaltsrechts erhalten. Unter Zuwendungen i. S. d. §§ 23, 44 BHO/LHO sind nämlich ausschließlich freiwillige staatliche Leistungen zu verstehen, die an Stellen außerhalb der Staatsverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke gewährt werden.⁵⁰⁵ An einer freiwilligen staatlichen Leistung mangelt es, wenn diese zur Erfüllung eines gesetzlichen Anspruchs gewährt wird.⁵⁰⁶ Genau dies ist bei den Parteien der Fall, da den Parteien nach Maßgabe der §§ 18 ff. PartG ein gesetzlicher Anspruch auf eine staatliche (Teil-)Finanzierung zusteht.⁵⁰⁷ Die Parteien erhalten damit keine Zuwendungen i. S. d. Haushaltsrechts und können demzufolge nicht mittels Zuwendungsbescheid zur Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen verpflichtet werden.

⁵⁰³ Gröpl, in: ders., BHO/LHO, Einl. Rn. 34 u. 40.

⁵⁰⁴ Zur privatrechtlichen Rechtsnatur der Parteien u. deren Gliederungen oben, Kapitel 2 C. I. 2., II. 2. b) bb) (1).

⁵⁰⁵ Rossi, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 7 ff.; Vogt, in: Klein: Öffentliches Finanzrecht, III. Rn. 110.

⁵⁰⁶ Rossi, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 17; Vogt, in: Klein: Öffentliches Finanzrecht, III. Rn. 110.

⁵⁰⁷ Näher zur staatlichen (Teil-)Finanzierung der Parteien oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

3. Fraktionen

Im Unterschied zu den Parteien handelt es sich bei den Fraktionen nicht um privatrechtlich, sondern öffentlich-rechtlich verfasste Einrichtungen, die als *„Teile und ständige Gliederungen“* einer parlamentarischen Körperschaft der *„organisierten Staatlichkeit eingefügt“* sind.⁵⁰⁸ Es erscheint daher grundsätzlich möglich, dass die Fraktionen als institutionelle Auftraggeber i. S. d. Haushaltsvergaberechts zu qualifizieren sind. Allerdings wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung zur Anwendung des Haushaltsvergaberechts mit der Bindung an die Vorschriften über die öffentliche Haushaltsführung einhergeht.⁵⁰⁹ Entscheidend ist also, ob die Fraktionen einer haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht unterliegen. Eine solche ist den maßgeblichen Bestimmungen zur Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen (§ 51 AbgG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften) nicht zu entnehmen.

Fraglich ist aber, ob die Fraktionen an das staatliche Haushaltsrecht, insbesondere § 55 BHO/LHO, gebunden sind.

Hiergegen wird eingewandt, dass die Fraktionen gemäß § 46 Abs. 3 AbgG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften⁵¹⁰ nicht Teil der öffentlichen Verwaltung seien, sondern einen eigenen Charakter als Tendenzbetrieb hätten; die direkte Anwendbarkeit von Gesetzen und Verordnungen, die die Vergabep Praxis der öffentlichen Hand regeln, sei somit nicht gegeben.⁵¹¹

Diese Auffassung verkennt allerdings, dass § 46 Abs. 3 AbgG lediglich bezweckt klarzustellen, dass die Fraktionen als Gliederungen des Parlaments zur Legislative und nicht zur Exekutive gehören und dementsprechend ausschließlich parlamentarische und keine hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen.⁵¹² Eine darüber hinausgehende Regelungsfunktion kommt § 46

⁵⁰⁸ BVerfGE 62, 194 [202]; 70, 324 [362]; zur Rechtsnatur der Fraktionen siehe oben, Kapitel 2 C. II. 2. c) bb) (1).

⁵⁰⁹ Siehe oben, Kapitel 3 A. I. 1.

⁵¹⁰ Vgl. z. B. Art. 1 Abs. 2 S. 2 BayFraktG; § 1 Abs. 4 S. 2 FraktG BW; § 1 Abs. 2 S. 2 FraktG SN; § 45 Abs. 1 S. 2 ThürAbgG.

⁵¹¹ So die Stellungnahme einer Sächsischen Landtagsfraktion, siehe hierzu unten, Kapitel 4 B. II. 2. a) bb).

⁵¹² Lontzek, AbgG, § 46 Rn. 18; Braun/Jantsch/Klante, AbgG, § 46 Rn. 18.

Abs. 3 AbgG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften nicht zu; insbesondere kann der Vorschrift nicht entnommen werden, dass bestimmte Gesetze - wie etwa die BHO/LHO - auf die Fraktionen keine Anwendung finden sollen. Ein (pauschaler) Verweis auf § 46 Abs. 3 AbgG bzw. die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften ist damit kein überzeugendes Argument, dass gegen eine Bindung der Fraktionen an das staatliche Haushaltsrecht angeführt werden kann.

Die Anwendbarkeit des staatlichen Haushaltsrechts auf die Fraktionen hängt vielmehr davon ab, ob die Fraktionen in den persönlichen Anwendungsbereich der Haushaltsordnungen von Bund und Ländern einbezogen sind. Wie bereits erwähnt, richten sich diese - grob gesprochen - an den Staat und seine Organe, also auch an die Parlamente als Legislativorgane.⁵¹³ Da die Fraktionen als Teile und ständige Gliederungen des Parlaments der organisierten Staatlichkeit eingefügt sind, spricht zunächst viel für eine haushaltsrechtliche Gleichstellung der Fraktionen mit den Organen, deren Teile sie sind, nämlich des Bundestages bzw. der Landtage.⁵¹⁴

Auf Bundesebene ist aber zu beachten, dass in § 51 Abs. 1 AbgG eine besondere Regelung zur Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen enthalten ist, die bestimmt, dass Einzelheiten der Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen in Ausführungsbestimmungen geregelt werden, die der Ältestenrat nach Anhörung des Bundesrechnungshofes erlässt. In Betracht kommt, dass sich § 51 Abs. 1 AbgG als Regelung darstellt, die als vorrangiges Spezialgesetz eine Anwendbarkeit der öffentlichen Haushaltsordnung, insbesondere des im Rahmen der vorliegenden Arbeit konkret in Frage stehenden § 55 BHO, ausschließt. Dies ist der Fall, wenn entweder

- ein Fall von Spezialität gegeben ist, also die verdrängende Rechtsnorm (§ 51 AbgG) sämtliche Merkmale der allgemeinen Norm (§ 55 BHO) enthält und dieser noch ein besonderes Merkmal zur Bildung des Tatbestandsbegriffs hinzufügt („lex specialis derogat legi generali“), oder

⁵¹³ Gröpl, in: ders., BHO/LHO, Einl. Rn. 34 u. 40.

⁵¹⁴ Müller, NJW 1990, 2046, 2046; vgl. zur Thematik auch Schmidt-Jortzig, NVwZ 1994, 1145, 1149; Fischer, Abgeordnetendiäten und staatliche Fraktionsfinanzierung in den fünf neuen Bundesländern, S. 164 m. w. N.

- wenn zwar ein auf Spezialität (i. e. S.) beruhendes Rangverhältnis nicht festzustellen ist, das Zurücktreten der öffentlichen Haushaltsordnung, insbesondere des § 55 BHO, aber aus einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Gesetzesbefehl zu folgern ist.⁵¹⁵

Vorliegend kann eine Spezialität (i. e. S.) nicht angenommen werden, da die Vorschriften zur Haushalts- und Wirtschaftsführung der Bundestagsfraktionen (§ 51 AbgG) keine Regelung zur Vergabe öffentlicher Aufträge enthalten. Mangels konkurrierender Rechtsnormen besteht somit kein Raum für eine Anwendung des Grundsatzes „lex specialis derogat legi generali“.

Es stellt sich aber die Frage, ob sich im Wege der Gesetzesauslegung ein ausdrücklicher oder stillschweiger Gesetzesbefehl ergibt, der das Zurücktreten und damit die Unanwendbarkeit der öffentlichen Haushaltsordnung und insbesondere des § 55 BHO anordnet.

Der Wortlaut der Bestimmungen zur Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen (§ 51 AbgG) liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass sich diese als abschließend begreifen. Ebenso wenig gibt die öffentliche Haushaltsordnung, speziell § 55 BHO, etwas dafür her, was auf dessen Subsidiarität gegenüber § 51 AbgG schließen lässt. Systematische Erwägungen sprechen hingegen für eine Verdrängungswirkung der Bestimmungen zur Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Gesetzgeber in § 51 Abs. 1 AbgG bestimmt hat, dass Einzelheiten der Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen in Ausführungsbestimmungen geregelt werden, die der Ältestenrat nach Anhörung des Bundesrechnungshofes erlässt. Korrespondierend hiermit wird der Prüfungsumfang des Bundesrechnungshofs in § 53 Abs. 1 AbgG dahingehend definiert, dass dieser die Rechnung (§ 52 AbgG) sowie die den Fraktionen nach § 50 Abs. 1 AbgG zur Verfügung gestellten Geld- und Sachleistungen auf ihre wirtschaftliche und ordnungsgemäße Verwendung nach Maßgabe der Ausführungsbestimmungen gemäß § 51 Abs. 1 AbgG prüft. Im Hinblick auf die Frage, welche Bestimmungen die Vorschriften zur

⁵¹⁵ Vgl. BVerwGE 152, 264 [14].

Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen ergänzen bzw. konkretisieren können, hat sich der Gesetzgeber damit bewusst für eine Lösung entschieden, die dem Parlament bzw. den Fraktionen einen Beurteilungsspielraum eröffnet.⁵¹⁶ Dieser grundlegenden gesetzgeberischen Entscheidung würde es widersprechen, hielte man das öffentliche Haushaltsrecht, speziell § 55 BHO, neben den Vorschriften zur Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen für anwendbar.

Da der Ältestenrat des Deutschen Bundestages von der in § 51 Abs. 1 AbgG enthaltenen Ermächtigung bislang keinen Gebrauch gemacht hat,⁵¹⁷ sind die im AbgG enthaltenen Bestimmungen zur Haushalts- und Wirtschaftsführung umfassend und abschließend. Die öffentliche Haushaltsordnung wird somit durch die im AbgG enthaltenen Bestimmungen zur Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen verdrängt. Folglich sind die Fraktionen des Deutschen Bundestages an die öffentliche Haushaltsordnung des Bundes und insbesondere an die Ausschreibungspflicht des § 55 BHO nicht gebunden.

Auch auf Landesebene ergibt sich kein anderes Bild, weil die Abgeordneten- und Fraktionsgesetze der Länder zum Teil vergleichbare Vorschriften zu § 51 Abs. 1 AbgG enthalten,⁵¹⁸ zum Teil ausdrücklich bestimmen, ob, und wenn ja, inwieweit einzelne Bestimmungen der jeweiligen LHO anzuwenden sind. So z. B. ist § 12 Abs. 1 S. 2 BbgFraktG zu entnehmen, dass die Vorschriften über das öffentliche Haushalts-, Rechnungs- und Kassenwesen auf die Fraktionen keine Anwendung finden. Gleichlautendes bestimmt das Fraktionsgesetz des Landes Berlin, allerdings mit der Einschränkung, dass einzelne Bestimmungen der LHO, die die Rechnungsprüfung durch den Landesrechnungshof betreffen (Prüfungsgegenstand, Zeit und Art der Prüfung, Hinzuziehung von Sachverständigen, Auskunftspflicht), mit der Maßgabe Anwendung finden, dass der Rechtsstellung und den Aufgaben der Fraktionen Rechnung zu tragen ist.⁵¹⁹

⁵¹⁶ *Braun/Jantsch/Klante*, AbgG, § 51 Rn. 5; *Waldhoff*, in: Austermann/Schmahl, AbgG, § 51 Rn. 3.

⁵¹⁷ *Braun/Jantsch/Klante*, AbgG, § 51 Rn. 4; *Waldhoff*, in: Austermann/Schmahl, AbgG, § 51 Rn. 4.

⁵¹⁸ Vgl. z. B. § 7 Abs. 1 S. 3 FraktG SN.

⁵¹⁹ §§ 8 Abs. 9, 9 Abs. 2 S. 1 FraktG Berlin i. V. m. §§ 89, 94 Abs. 1 u. 2, 95 LHO Berlin.

Zu konstatieren ist damit, dass die Parlamentsfraktionen sowohl auf Bundes- als auch Landesebene keiner haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht i. S. d. § 55 BHO/LHO unterliegen. Sie zählen daher nicht zu den öffentlichen Auftraggebern des Haushaltsvergaberechts.

Ergänzend ist zu erwähnen, dass die Fraktionen auch nicht mittels Nebenbestimmungen zu einem Zuwendungsbescheid zur Anwendung (haushalts-)vergaberechtlicher Bestimmungen verpflichtet werden können, da die Fraktionen keine Zuwendungen i. S. d. Haushaltsrechts erhalten. Wie im Zusammenhang mit den Parteien bereits erwähnt, sind unter Zuwendungen i. S. d. §§ 23, 44 BHO/LHO ausschließlich freiwillige staatliche Leistungen zu verstehen, die an Stellen außerhalb der Staatsverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke gewährt werden.⁵²⁰ An dem Merkmal der Freiwilligkeit mangelt es, wenn - wie dies bei den Fraktionen der Fall ist (§ 50 Abs. 1 AbgG)⁵²¹ - Leistungen zur Erfüllung eines gesetzlichen Anspruchs gewährt werden.⁵²² Hinzu kommt, dass die Fraktionen nicht außerhalb des Staates stehen, sondern als Gliederungen bzw. Teile des Parlaments der organisierten Staatlichkeit eingefügt sind, sodass auch insoweit die Tatbestandsvoraussetzungen des Zuwendungsbegriffs nicht erfüllt sind.⁵²³ Die Fraktionen erhalten damit keine Zuwendungen i. S. d. Haushaltsrechts und können demzufolge nicht mittels Zuwendungsbescheid zur Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen verpflichtet werden.

II. Ergebnis

Die Parteien und Fraktionen gehören nicht zu den haushaltsvergaberechtlichen Auftraggebern. Das Haushaltsvergaberecht findet demzufolge auf die Parteien und Fraktionen keine Anwendung.

⁵²⁰ Rossi, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 7 ff.; Vogt, in: Klein: Öffentliches Finanzrecht, III. Rn. 110.

⁵²¹ Näher zur staatlichen Finanzierung der Fraktionen oben, Kapitel 2 C. III. 2. c).

⁵²² Rossi, in: Gröpl, BHO/LHO, § 23 Rn. 17; Vogt, in: Klein: Öffentliches Finanzrecht, III. Rn. 110.

⁵²³ Müller, NJW 1990, 2046, 2046.

B. Landesvergabegesetze

I. Vorbemerkungen

Außer Bayern haben alle Bundesländer von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, ein eigenes Landesvergabegesetz⁵²⁴ zu erlassen, deren Zweck vornehmlich darin besteht, einen fairen Wettbewerb unter gleichzeitiger Berücksichtigung von sozialen und ökologischen Aspekten zu fördern.⁵²⁵

Vor diesem Hintergrund enthalten die Vergabegesetze der Länder zunächst „klassische“ Vergabeverfahrensbestimmungen, etwa zur Einhaltung der Vergabegrundsätze (Gleichbehandlung, Transparenz, Nichtdiskriminierung etc.),⁵²⁶ zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen durch Losvergabe,⁵²⁷ zur Eignung der Bieter⁵²⁸ und zur Prüfung der Angemessenheit der Preise⁵²⁹.

Des Weiteren verpflichten die Landesvergabegesetze die Auftraggeber regelmäßig zur Anwendung der Vergabeordnungen (VOL/A, UVgO, VOB/A).⁵³⁰

Um eine verstärkte Berücksichtigung sozialer Aspekte zu fördern, sehen die Landesvergabegesetze übergreifend die Verpflichtung vor, Aufträge nur an Auftragnehmer zu vergeben, die bereits bei Angebotsabgabe erklärt haben, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung des Auftrags Arbeitsbedingungen zu gewähren, die mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrags entsprechen, an den das Unternehmen aufgrund des AEntG oder des TVG gebunden ist.⁵³¹ Es handelt sich um eine sog. deklaratorische

⁵²⁴ Ausführlich zu den Landesvergabegesetzen *Mertens*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 88 Rn. 1 ff.; *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 13. Teil Rn. 1 ff.; *Germelmann*, GewArch 2016, 60; *Meißner*, ZfBR 2013, 20; *Jablonski*, VergabeR 2012, 310; *Redman*, LKV 2012, 295; *Faber*, NWVBl. 2012, 255; *Liebschwager*, NWVBl. 2012, 249; *Rechten/Röbke*, LKV 2011, 337.

⁵²⁵ Vgl. z. B. § 1 LTMG; § 1 BbgVergG; § 1 NTVergG; § 1 Abs. 1 TVgG NRW.

⁵²⁶ Vgl. z. B. § 3 Abs. 2, 3 u. 5 BbgVergG; § 2 Abs. 1 HVTG; § 3 Abs. 1 u. 3 VgG M-V; § 2 Abs. 3 STTG.

⁵²⁷ Vgl. z. B. § 4 Abs. 1 BremTVgG; § 4 Abs. 1 u. 2 HmbVgG; § 4 VgG M-V; § 9 NTVergG.

⁵²⁸ Vgl. z. B. § 2 Abs. 1 S. 2 HVTG; § 5 Abs. 1 VgG M-V; § 2 Abs. 1 STTG.

⁵²⁹ Vgl. z. B. § 3 BerlAVG; § 14 BremTVgG; § 6 VgV M-V; § 7 NTVergG; § 5 STTG.

⁵³⁰ Vgl. z. B. § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1 BremTVgG; § 2 Abs. 1 VgG M-V; § 3 Abs. 2 NTVergG; § 1 Abs. 2 SächsVergG; § 1 Abs. 2 ThürVgG; § 3 Abs. 1 VGSH.

⁵³¹ Vgl. z. B. § 3 Abs. 1 LTMG; § 1 Abs. 2 BerlAVG; § 3 Abs. 1 STTG; § 10 Abs. 1 ThürVgG.

Tariftreueerklärung, da sich die (Verpflichtungs-) Erklärung ausschließlich auf tarifliche Arbeitsbedingungen bezieht, die von den Auftragnehmern (aufgrund des AEntG oder des TVG) ohnehin einzuhalten sind.⁵³²

Weitere Verpflichtungserklärungen, die von den Bietern bzw. Unternehmen abzugeben sind, betreffen bspw. die Einhaltung von (vergabespezifischen) Mindestentgeltvorgaben⁵³³, die Entgeltgleichheit der Arbeitnehmer („equal pay“),⁵³⁴ die Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern im Beruf⁵³⁵ oder die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen⁵³⁶ bei der Auftragsdurchführung.

Zum Zwecke der Förderung einer ökologischen Beschaffung können die Auftraggeber Umweltaspekte auf allen Stufen des Vergabeverfahrens, namentlich bei der Definition des Auftragsgegenstands, dessen technischer Spezifikation, der Auswahl der Bieter, der Erteilung des Zuschlags und den Bedingungen für die Ausführung des Auftrags berücksichtigen.⁵³⁷ Zum Teil sind die Auftraggeber zu einer umweltfreundlichen und energieeffizienten Beschaffung verpflichtet.⁵³⁸

Die Landesvergabegesetze sehen weiterhin spezielle Vertragsbedingungen vor, um eine Umgehung der für den Auftragnehmer geltenden Verpflichtungen durch den Einsatz von Nach- und Verleihunternehmern zu verhindern (sog. „Nachunternehmer- bzw. Verleihunternehmerklauseln“).⁵³⁹

⁵³² Demgegenüber zeichnet sich eine konstitutive Tariftreueerklärung dadurch aus, dass sich der Auftragnehmer verpflichtet, seine Arbeitnehmer bei der Auftragsausführung mindestens nach den am Ort der Leistungserbringung bzw. in dem jeweiligen Bundesland geltenden Lohnstariften zu entlohnen, wodurch über das Tarifvertragsrecht hinaus eine Tariftreue für an sich nicht tarifgebundene Unternehmen begründet wird. Konstitutive Tariftreueerklärungen gelten - mit Ausnahme im Bereich des ÖPNV - insbesondere aufgrund der „Rüffert-Entscheidung“ des EuGH v. 3.4.2008 (Rs. C-346/06 = NJW 2008, 3485 = NZBau 2008, 332 = VergabeR 2008, 478) als europarechtlich fragwürdige Regelungen, hierzu ausführlich *Opitz*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 129 GWB Rn. 19.

⁵³³ Vgl. z. B. § 10 Abs. 4 S. 5 ThürVgG; § 4 Abs. 1 VGSH.

⁵³⁴ Vgl. z. B. § 4 Abs. 2 Nr. 3 LVG LSA; § 10 Abs. 10 ThürVgG.

⁵³⁵ Vgl. § 18 Abs. 3 S. 2 BremTVgG; § 3 Abs. 2 Nr. 2 u. 4 HVTG; § 11 Abs. 2 Nr. 2 NTVergG.

⁵³⁶ Vgl. z. B. § 8 BerlAVG; § 18 Abs. 2 BremTVgG; § 3a Abs. 1 bis 3 HmbVgG; § 11 VG M-V; § 11 STTG; § 11 ThürVgG.

⁵³⁷ Vgl. z. B. § 3b HmbVgG; § 10 NTVergG; § 12 STTG; § 4 Abs. 4 u. 5 LVG LSA; §§ 4 ff. ThürVgG.

⁵³⁸ Vgl. z. B. § 19 Abs. 1 BremTVgG.

⁵³⁹ Vgl. z. B. § 8 Abs. 2 HVTG; § 13 Abs. 1 NTVergG; § 12 Abs. 2 ThürVgG.

Ferner beinhalten die Vergabegesetze der Länder Kontroll-⁵⁴⁰ und Sanktionsmittel⁵⁴¹, um die Einhaltung der auferlegten Verpflichtungen überprüfen und ggf. sanktionieren zu können.

Als Besonderheit sehen die Vergabegesetze der mitteldeutschen Länder Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen für den Unterschwellenbereich ein im Vergleich zu §§ 155 ff. GWB vereinfachtes Primärrechtsschutzsystem vor.⁵⁴² Danach haben die Auftraggeber ab dem Erreichen oder Überschreiten bestimmter Bagatellschwellen⁵⁴³ die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes zu informieren (Vorabinformationspflicht).⁵⁴⁴ In Thüringen haben die Auftraggeber darüber hinaus über den frühestmöglichen Zeitpunkt der Zuschlagserteilung zu informieren.

Die Vorabinformation ist in Sachsen⁵⁴⁵ spätestens zehn und in Sachsen-Anhalt⁵⁴⁶ und Thüringen⁵⁴⁷ spätestens sieben Kalendertage vor der Zuschlagserteilung (= Vertragsschluss) zu versenden. Beanstandet der Bieter vor Ablauf der Frist die „Nichteinhaltung von Vergabevorschriften“⁵⁴⁸ bzw. eine „Verletzung seiner Rechte“⁵⁴⁹, hat der Auftraggeber die

⁵⁴⁰ Zu den Kontrollmitteln zählen insbesondere Prüfungs- Betretungs- u. Auskunftsrechte, vgl. z. B. § 9 BbgVergG; § 10 HmbVgG; § 9 HVTG; § 17 ThürVgG.

⁵⁴¹ Zu den Sanktionsmitteln zählen insbesondere Vertragsstrafen, Kündigungsmöglichkeiten u. Auftragssperren, vgl. z. B. § 6 BerlAVG; § 17 BremTVgG; § 18 ThürVgG.

⁵⁴² Vgl. § 8 SächsVergabeG, § 19 LVG LSA, § 19 ThürVgG; ausführlich zum Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte *Mertens*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 89 Rn. 1 ff.; *Dicks*, VergabeR 2012, 531; *Emme/Schrotz*, NZBau 2012, 216, 218; *Scharen*, VergabeR 2011, 653, 660; *Özfirat-Skubinn*, DÖV 2010, 1005; *Braun*, NZBau 2008, 160.

⁵⁴³ Sachsen: 75.000 Euro netto bei Bauleistungen u. 50.000 Euro netto bei Lieferungen u. Leistungen (§ 8 Abs. 3 SächsVergabeG); Sachsen-Anhalt: 150.000 Euro netto bei Bauleistungen u. 50.000 Euro netto bei Lieferungen u. Leistungen (§ 19 Abs. 4 LVG LSA); Thüringen: 150.000 Euro netto bei Bauleistungen u. 50.000 Euro netto bei Lieferungen u. Leistungen (§ 19 Abs. 4 ThürVgG).

⁵⁴⁴ § 8 Abs. 1 S. 1 SächsVergabeG; § 19 Abs. 1 S. 1 LVG LSA; § 19 Abs. 1 S. 1 ThürVgG.

⁵⁴⁵ § 8 Abs. 1 S. 2 SächsVergabeG.

⁵⁴⁶ § 19 Abs. 1 S. 2 LVG LSA.

⁵⁴⁷ § 19 Abs. 1 S. 2 ThürVgG.

⁵⁴⁸ § 8 Abs. 2 S. 1 SächsVergabeG; § 19 Abs. 2 S. 1 LVG LSA.

⁵⁴⁹ § 19 Abs. 2 S. 1 ThürVgG.

Nachprüfungsbehörde⁵⁵⁰ durch Übersendung der vollständigen Vergabeakten zu unterrichten, es sei denn, der Beanstandung wurde durch die Vergabestelle abgeholfen. Der Zuschlag darf in dem Fall nur erteilt werden, wenn die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums⁵⁵¹ nach Unterrichtung das Vergabeverfahren mit Gründen beanstandet (vorläufiges Zuschlagsverbot). Wird das Vergabeverfahren beanstandet, hat der öffentliche Auftraggeber die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde umzusetzen.⁵⁵² Ein Anspruch auf Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde besteht nicht.⁵⁵³ Auch ein Sanktionsmechanismus (= Unwirksamkeit des Vertrags) entsprechend § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB für den Fall, dass der Auftraggeber unter Missachtung der gesetzlichen Anforderungen den Zuschlag (vorzeitig) erteilt, enthalten die Landesvergabegesetze von Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen nicht. Dennoch können die Nachprüfungsverfahren dieser Länder als vorbildlich bezeichnet werden, da sie einen (weitesgehend) effektiven Rechtsschutz gewährleisten und dadurch die Transparenz und die Akzeptanz hinsichtlich der Durchführung eines fairen und wettbewerbsgleichen Vergabeverfahrens stärken.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass die Landesvergabegesetze - abgesehen von den vorerwähnten Besonderheiten in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen - in weiten Teilen inhaltlich ähnliche Vorgaben enthalten, die auf ihre übereinstimmende Zielsetzung zurückzuführen sind, einen fairen Wettbewerb unter gleichzeitiger Berücksichtigung von sozialen und ökologischen Aspekten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu fördern.

Erheblich Unterschiede ergeben sich allerdings im Hinblick auf den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze. So finden einige Vergabegesetze der Länder in sachlicher Hinsicht lediglich

⁵⁵⁰ In Sachsen: die Aufsichtsbehörde, bei kreisangehörigen Gemeinden u. Zweckverbänden die Landesdirektion Sachsen u. bei Zuwendungsempfängern, die nicht öffentliche Auftraggeber sind, die Bewilligungsbehörde (vgl. § 8 Abs. 2 S. 4 u. 5 SächsVergabeG); in Sachsen-Anhalt: die beim Landesverwaltungsamt eingerichtete Vergabekammer (vgl. § 19 Abs. 3 LVG LSA); in Thüringen: die beim Landesverwaltungsamt eingerichtete Vergabekammer (vgl. § 19 Abs. 3 ThürVgG).

⁵⁵¹ Sachsen: 10 Kalendertage (§ 8 Abs. 2 S. 2 SächsVergabeG); Sachsen-Anhalt: 4 Wochen, eine Verlängerung um 2 Wochen ist möglich (§ 19 Abs. 2 S. 2 u. 3 LVG LSA); Thüringen: 14 Kalendertage (§ 19 Abs. 2 S. 2 ThürVgG).

⁵⁵² § 8 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 SächsVergG; § 19 Abs. 2 S. 4 LVG LSA; § 19 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 ThürVgG.

⁵⁵³ § 8 Abs. 2 S. 3 SächsVergG; § 19 Abs. 2 S. 4 ThürVgG.

auf die Vergabe von Bau- und Dienstleistungsaufträgen⁵⁵⁴, der überwiegende Teil der Landesvergabegesetze dagegen auch auf die Vergabe von Lieferaufträgen⁵⁵⁵ Anwendung.

Besonders hervorzuheben ist, dass die Vergabegesetze der Länder sehr unterschiedliche allgemeine und besondere Anwendungswertschwellen vorsehen. Während erstgenannte die Anwendbarkeit eines Landesvergabegesetzes als solches regeln, betreffen letztgenannte die Anwendbarkeit bestimmter Vorschriften, wie etwa zur Beachtung der Vergabeordnungen oder zur Einhaltung von Mindestentgeltbestimmungen. Als Beispiele für die sehr verschiedenen (allgemeinen und besonderen) Anwendungswertschwellen können in diesem Zusammenhang die Landesvergabegesetze von Baden-Württemberg, Berlin und Thüringen benannt werden. Danach sieht das Landesvergabegesetz Baden-Württemberg gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 LTMG eine (allgemeine) Anwendungswertschwelle von 20.000 Euro netto vor. Das Vergabegesetz von Berlin ist hingegen gemäß § 1 Abs. 6 S. 4 BerlAVG grundsätzlich ab einem geschätzten Auftragswert von 10.000 Euro netto (allgemeine Anwendungswertschwelle), hinsichtlich der Mindestlohnvorgaben (§ 1 Abs. 4 BerlAVG) aber bereits ab einem geschätzten Auftragswert von 500 Euro netto (besondere Anwendungswertschwelle) anzuwenden. Das Vergabegesetz von Thüringen sieht wiederum in § 1 Abs. 1 S. 1 ThürVgG eine (allgemeine) Anwendungswertschwelle von 50.000 Euro netto bei Bauaufträgen und von 20.000 Euro netto bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen vor, wobei sich aus § 1 Abs. 2 S. 1 ThürVgG ergibt, dass die Vergabeordnungen (UVgO, VOB/A) bei allen Auftragsvergaben zu beachten sind, die (besondere) „Anwendungswertschwelle“ insoweit also 0,01 Euro netto beträgt.

Im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich ist festzustellen, dass einige Vergabegesetze der Länder mehr oder weniger auf § 98 GWB a. F. bzw. § 99 GWB n. F. Bezug nehmen, während andere Landesvergabegesetze an den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, an die Landesaufsicht über solche Körperschaften oder an die Anwendbarkeit des §

⁵⁵⁴ Vgl. z. B. § 2 Abs. 1 LTMG.

⁵⁵⁵ Vgl. z. B. § 1 Abs. 3 VgG M-V; § 1 Abs. 1 ThürVgG.

55 der jeweiligen LHO anknüpfen.⁵⁵⁶ Angesichts dieser Unterschiedlichkeiten kann eine allgemeingültige Aussage zur Anwendbarkeit der Landesvergabegesetze auf die Parteien und Fraktionen nicht getroffen werden. Vielmehr gilt es zu beachten, dass das vorhergehende Kapitel gezeigt hat, dass die Fraktionen sowie die Bundes- und Landesverbände der Parteien zu den funktionellen öffentlichen Auftraggebern i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zählen; letztere freilich nur, soweit im Einzelfall eine überwiegende staatliche Finanzierung gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB gegeben ist.⁵⁵⁷ Eine landesvergabegesetzliche Bindung der Fraktionen sowie der Bundes- und Landesverbände der Parteien kommt also nur für jene Landesvergabegesetze in Betracht, die zur Definition des persönlichen Anwendungsbereichs auf den funktionellen Auftraggeberbegriff i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB Bezug nehmen. Auf welche der 15 Landesvergabegesetze dies zutrifft, soll nachfolgend geklärt werden.

II. Zu den einzelnen Landesvergabegesetzen

1. Landestariftreue- und Mindestlohngesetz Baden-Württemberg (LTMG)⁵⁵⁸

Dem sachlichen Anwendungsbereich des LTMG unterfallen alle öffentlichen Aufträge über Bau- und Dienstleistungen in Baden-Württemberg i. S. d. § 99 GWB a. F. ab einem geschätzten Auftragswert von 20.000 Euro netto (§ 2 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 LTMG). Der persönliche Anwendungsbereich des LTMG erfasst alle öffentlichen Auftraggeber in Baden-Württemberg gemäß § 98 Nr. 1 bis 5 GWB a. F. (§ 2 Abs. 4 S. 1 LTMG).

Die Fraktionen im Landtag von Baden-Württemberg, die als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB a. F. bzw. § 99 Nr. 2 GWB n. F. gelten, unterfallen damit dem persönlichen Anwendungsbereich des

⁵⁵⁶ *Rechten*, NZBau 2014, 667, 671.

⁵⁵⁷ Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

⁵⁵⁸ Tariftreue- u. Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg (Landestariftreue- u. Mindestlohngesetz – LTMG) v. 16.4.2013, GBl. S. 50, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.11.2017, GBl. S. 597.

LTMG.⁵⁵⁹ Gleiches gilt für jene Bundes- und Landesverbände der Parteien mit Sitz in Baden-Württemberg, die gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen.⁵⁶⁰ Demzufolge haben die Fraktionen im Landtag von Baden-Württemberg sowie die vorerwähnten Bundes- und Landesverbände der Parteien die Vorgaben des LTMG zu beachten, soweit bei Auftragsvergaben über Bau- und Dienstleistungen die in § 2 Abs. 3 S. 1 LTMG genannte Anwendungswertschwelle i. H. v. 20.000 Euro netto erreicht oder überschritten wird.

2. Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG)⁵⁶¹

Gemäß § 1 Abs. 1 BerlAVG werden Aufträge von Berliner Vergabestellen i. S. d. § 98 GWB a. F. an fachkundige, leistungsfähige, zuverlässige und gesetzestreue Unternehmen vergeben. Demnach findet das BerlAVG in sachlicher Hinsicht auf die Vergabe von allen Auftragsarten Anwendung, wobei nach § 1 Abs. 6 S. 4 BerlAVG eine allgemeine Anwendungswertschwelle i. H. v. 10.000 Euro netto und eine besondere Anwendungswertschwelle i. H. v. 500 Euro netto hinsichtlich der Mindestlohnvorgaben (§ 1 Abs. 4 BerlAVG) gilt. In persönlicher Hinsicht findet das BerlAVG auf alle Berliner Vergabestellen i. S. d. § 98 GWB a. F. Anwendung.

Funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB a. F. bzw. § 99 Nr. 2 GWB n. F., zu denen auch die Fraktionen im Abgeordnetenhaus von Berlin zählen, unterfallen damit dem persönlichen Anwendungsbereich des BerlAVG.⁵⁶² Fraglich ist, ob gleiches für die in Berlin ansässigen Bundestagsfraktionen gilt.

⁵⁵⁹ Zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C.

⁵⁶⁰ Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

⁵⁶¹ Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) v. 8.7.2010, GVBl. S. 399, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.6.2012, GVBl. S. 159.

⁵⁶² Zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C.

Gegen eine Einbeziehung der Bundestagsfraktionen in den persönlichen Anwendungsbereich des BerlAVG kann angeführt werden, dass die Wendung „*Berliner Vergabestellen*“ im Falle des § 98 Nr. 2 GWB a. F. bzw. § 99 Nr. 2 GWB n. F. den persönlichen Anwendungsbereich möglicherweise auf solche Stellen beschränken soll, die eine besondere Staatsnähe (§ 99 Nr. 2 lit. a bis c GWB) zum Land Berlin aufweisen, was auf die Bundestagsfraktionen nicht zuträfe, da diese aus dem Bundeshaushalt finanziert werden. Die Gesetzesmaterialien lassen eine solche (einschränkende) Absicht des Gesetzgebers jedoch nicht erkennen.⁵⁶³ Richtig erscheint deshalb die Lesart, nach der die Bezugnahme auf „*Berliner Vergabestellen*“ (lediglich) verdeutlichen soll, dass in den persönlichen Anwendungsbereich des BerlAVG alle öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB a. F. einbezogen sind, die ihren Sitz in Berlin haben.⁵⁶⁴

Neben den Fraktionen im Abgeordnetenhaus von Berlin dürften daher auch die Bundestagsfraktionen dem persönlichen Anwendungsbereich des BerlAVG unterfallen. Gleiches gilt für jene Bundes- und Landesverbände der Parteien mit Sitz in Berlin, die gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen.⁵⁶⁵ Die Fraktionen im Abgeordnetenhaus von Berlin, die Bundestagsfraktionen sowie die vorerwähnten Bundes- und Landesverbände der Parteien mit Sitz in Berlin haben daher bei Auftragsvergaben, deren geschätzter Auftragswert 500 Euro netto erreicht oder überschreitet, die Mindestlohnvorgaben des BerlAVG und bei Auftragsvergaben, deren geschätzter Auftragswert 10.000 Euro netto erreicht oder überschreitet, alle übrigen Vorgaben des BerlAVG zu beachten.

⁵⁶³ Vgl. LT-Drs. 16/2965 Neu, S. 9.

⁵⁶⁴ Im Ergebnis ebenso *Rechten/Röbke*, LKV 2011, 337, 340. In Zukunft könnte allerdings etwas anderes gelten, da die Landesregierung von Berlin derzeit (März 2020) plant, das BerlAVG grundlegend zu überarbeiten. Der entsprechende Gesetzentwurf (LT-Drs. 18/2538) sieht insoweit vor, den persönlichen Anwendungsbereich im Hinblick auf § 99 Nr. 2 GWB auf Stellen zu beschränken, „die dem Land Berlin zuzurechnen sind u. die den Bestimmungen des § 55 LHO unterliegen“. Unabhängig von der Frage, unter welcher Voraussetzung von einer Zurechnung zum Land Berlin auszugehen sein wird, wären die Bundestags- und auch die Landtagsfraktionen nicht länger in den persönlichen Anwendungsbereich des BerlAVG einbezogen, da Fraktionen an das staatliche Haushaltsrecht (§ 55 BHO/LHO) nicht gebunden sind (siehe hierzu oben, Kapitel 3 A. I. 3.).

⁵⁶⁵ Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

3. Brandenburgisches Vergabegesetz (BbgVergG)⁵⁶⁶

Das BbgVergG gilt gemäß § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen i. S. d. §§ 103 und 105 GWB durch öffentliche Auftraggeber. Eine allgemeine Anwendungswertschwelle existiert nicht. Für die in Teil 3 des BbgVergG (§§ 6 bis 13) enthaltenen Regelungen zum Mindestentgelt gilt aber eine besondere Anwendungswertschwelle i. H. v. 3.000 Euro netto (§ 2 Abs. 1 S. 2 BbgVergG). Zu den in § 2 Abs. 1 S. 1 BbgVergG genannten öffentlichen Auftraggebern zählen gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 BbgVergG die öffentlichen Auftraggeber im Land Brandenburg i. S. d. §§ 99, 100 Abs. 1 Nr. 1 und 2 lit. b, § 101 Abs. 1 Nr. 1, 2 sowie § 101 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB.

Die Fraktionen im Brandenburgischen Landtag, die als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB gelten, unterfallen damit dem persönlichen Anwendungsbereich des BbgVergG.⁵⁶⁷ Gleiches gilt für jene Bundes- und Landesverbände der Parteien mit Sitz in Brandenburg, die gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen.⁵⁶⁸ Die Fraktionen im Brandenburgischen Landtag sowie die vorerwähnten Bundes- und Landesverbände der Parteien haben daher bei allen Auftragsvergaben, die in Teil 1, 2 und 4 genannten Vorgaben des BbgVergG zu beachten. Zusätzlich haben sie die in Teil 3 des BbgVergG genannten Mindestlohnvorgaben zu beachten, soweit bei einer Auftragsvergabe der geschätzte Netto-Auftragswert 3.000 Euro erreicht oder überschreitet.

⁵⁶⁶ Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Brandenburgisches Vergabegesetz – BbgVergG) v. 29.9.2016, GVBl. I Nr. 21, zuletzt geändert durch Gesetz v. 30.4.2019, GVBl. I Nr. 10.

⁵⁶⁷ Zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C.

⁵⁶⁸ Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

4. Tariftreue- und Vergabegesetz Bremen (BremTVgG)⁵⁶⁹

Das BremTVgG gilt gemäß § 2 Abs. 1 für die Vergabe öffentlicher Aufträge über Bau-, Liefer- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB a. F. mit Ausnahme von Arbeitsverträgen und Aufträgen nach § 100 Abs. 2 GWB a. F.

Die Fraktionen in der Bremischen Bürgerschaft, die als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB a. F. bzw. § 99 Nr. 2 GWB n. F. gelten, unterfallen damit dem persönlichen Anwendungsbereich des BremTVgG.⁵⁷⁰ Gleiches gilt für jene Bundes- und Landesverbände der Parteien mit Sitz in Bremen, die gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen.⁵⁷¹ Die Fraktionen in der Bremischen Bürgerschaft sowie die vorerwähnten Bundes- und Landesverbände der Parteien haben daher zu beachten, dass das BremTVgG eine allgemeine Anwendungswertschwelle nicht enthält und sie dessen Vorgaben somit grundsätzlich bei allen Auftragsvergaben, d. h. bei der Vergabe von Aufträgen über Bau-, Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen haben. Eine Ausnahme gilt insoweit lediglich für die in Abschnitt 3 (§§ 9 bis 17) des BremTVgG enthaltenen Regelungen zur Tariftreue und zu den bei der Auftragsausführung einzuhaltenden Mindestarbeitsbedingungen, da diese gemäß § 2 Abs. 3 BremTVgG auf die Vergabe öffentlicher Aufträge über Lieferleistungen keine Anwendung finden.

⁵⁶⁹ Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards u. Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Tariftreue- und Vergabegesetz) - ohne amtl. Abk., nachfolgend: BremTVgG - v. 24.11.2009, GBl. S. 476, zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.12.2017, Brem. GBl. S. 773.

⁵⁷⁰ Zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C.

⁵⁷¹ Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

5. Hamburgisches Vergabegesetz (HmbVgG)⁵⁷²

Das HmbVgG gilt gemäß § 1 Abs. 1 für die Vergabe öffentlicher Aufträge der Freien und Hansestadt Hamburg i. S. v. § 103 GWB ungeachtet des Erreichens der Schwellenwerte gemäß § 106 GWB. Nach § 2 Abs. 1 HmbVgG haben die Freie und Hansestadt Hamburg und die sonstigen der Aufsicht der Freien und Hansestadt Hamburg unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Bestimmungen des HmbVgG zu beachten.

Die Fraktionen in der Hamburgischen Bürgerschaft zählen ebenso wie die in Hamburg ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien nicht zu den in § 2 Abs. 1 HmbVgG genannten Stellen, da die Parteien und Fraktionen dem Staat (hier die Freie und Hansestadt Hamburg) nicht angehören⁵⁷³ und auch keiner staatlichen Aufsicht⁵⁷⁴ unterliegen. Für die Parteien kommt hinzu, dass diese - anders als die Fraktionen⁵⁷⁵ - ohnehin nicht zu den öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern, sondern zu den rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen Vereinen des bürgerlichen Rechts, mithin zu den zivilrechtlichen Organisationen zählen.⁵⁷⁶ Demzufolge können die Fraktionen in der Hamburgischen Bürgerschaft ebenso wie die in Hamburg ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des HmbVgG unterfallen.

6. Hessisches Vergabe- und Tarifreuegesetz (HVTG)⁵⁷⁷

Das HVTG gilt gemäß § 1 Abs. 1 für die Vergabe und Ausführung öffentlicher Aufträge des Landes Hessen sowie der Gemeinden und Gemeindeverbände und ihrer Eigenbetriebe, ihrer Anstalten des öffentlichen Rechts nach § 2c des Hessischen OFFENSIV-Gesetzes vom 20. Dezember

⁵⁷² Hamburgisches Vergabegesetz (HmbVgG) v. 13.2.2006, GVBl. S. 57, zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.7.2017, GVBl. S. 222.

⁵⁷³ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. I.

⁵⁷⁴ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. III. 3.

⁵⁷⁵ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. c) bb) (1).

⁵⁷⁶ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. b) bb) (1).

⁵⁷⁷ Hessisches Vergabe- u. Tarifreuegesetz (HVTG) v. 19.12.2014, GVBl. S. 354, geändert durch Gesetz v. 5.10.2017, GVBl. S. 294.

2004⁵⁷⁸, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Juli 2015⁵⁷⁹, sowie kommunale Arbeitsgemeinschaften und Zweckverbände (öffentliche Auftraggeber) und von Auftraggebern im öffentlichen Personennahverkehr nach § 1 Abs. 2 (Besteller). Einen Verweis auf den funktionellen Auftraggeberbegriff i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB enthält das HVTG nicht. Damit können die Fraktionen im Hessischen Landtag sowie die in Hessen ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien dem persönlichen Anwendungsbereich des HVTG nicht unterfallen.

7. Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern (VgG M-V)⁵⁸⁰

Das VgG M-V gilt gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 für die Vergabe von Bauleistungen ab einem Auftragswert von mehr als 50.000 Euro und für die Vergabe von Liefer- oder Dienstleistungen ab einem Auftragswert von mehr als 10.000 Euro. Auf die Vergabe von Leistungen bis zu den vorgenannten Auftragswerten findet das VgG M-V nach Maßgabe des § 1 Abs. 3 S. 2 eingeschränkt Anwendung. In persönlicher Hinsicht gelten die Bestimmungen des VgG M-V gemäß § 1 Abs. 2 für das Land, die Landkreise, Ämter und Gemeinden (Kommunen) sowie für sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Landes oder des Landrates als untere staatliche Verwaltungsbehörde unterstehen; sie gelten nicht für Sparkassen nach § 1 Abs. 1 des Sparkassengesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern.

Die Fraktionen im Landtag von Mecklenburg-Vorpommern zählen ebenso wie die in Mecklenburg-Vorpommern ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien nicht zu den in § 1 Abs. 2 VgG M-V genannten Stellen, da die Parteien und Fraktionen dem Staat (hier das Land Mecklenburg-Vorpommern) nicht angehören⁵⁸¹ und sie auch keiner staatlichen Aufsicht⁵⁸² unterliegen. Für die Parteien kommt hinzu, dass diese

⁵⁷⁸ GVBl. I S. 488, 491.

⁵⁷⁹ GVBl. S. 318.

⁵⁸⁰ Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern (Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern – VgG M-V) v. 7.7.2011, GVOBl. S. 411, zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.7.2018, GVOBl. S. 242.

⁵⁸¹ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. I.

⁵⁸² Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. III. 3.

- anders als die Fraktionen⁵⁸³ - ohnehin nicht zu den öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern, sondern zu den rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen Vereinen des bürgerlichen Rechts, mithin zu den zivilrechtlichen Organisationen zählen.⁵⁸⁴ Die Bestimmungen des VgG M-V finden demzufolge auf die Fraktionen im Landtag von Mecklenburg-Vorpommern sowie auf die in Mecklenburg-Vorpommern ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien keine Anwendung.

8. Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG)⁵⁸⁵

Sachlich gilt das NTVergG für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und von Rahmenvereinbarungen (§ 103 Abs. 1 bis 5 und § 104 GWB) ab einem geschätzten Auftragswert von 20.000 Euro netto. Öffentliche Auftraggeber i. S. d. NTVergG sind gemäß § 2 Abs. 5 die niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 bis 4 und § 100 GWB.

Die Fraktionen im Niedersächsischen Landtag, die als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB gelten, unterfallen damit dem persönlichen Anwendungsbereich des NTVergG.⁵⁸⁶ Gleiches gilt für die in Niedersachsen ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien, soweit diese gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen.⁵⁸⁷ Demzufolge haben die Fraktionen im Niedersächsischen Landtag sowie die vorerwähnten Bundes- und Landesverbände der Parteien die Bestimmungen des NTVergG zu beachten, soweit bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und von Rahmenvereinbarungen die

⁵⁸³ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. c) bb) (1).

⁵⁸⁴ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. b) bb) (1).

⁵⁸⁵ Niedersächsisches Gesetz zur Sicherstellung von Tariftreue u. Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsisches Tariftreue- u. Vergabegesetz – NTVergG) v. 31.10.2013, GVBl. S. 259, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.11.2019, GVBl. S. 354.

⁵⁸⁶ Zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C.

⁵⁸⁷ Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

Anwendungswertschwelle des NTVergG i. H. v. 20.000 Euro netto erreicht oder überschritten wird.

9. Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW)⁵⁸⁸

Sachlich gilt das TVgG NRW gemäß § 1 Abs. 2 für die Vergabe öffentlicher Aufträge über die Beschaffung von Leistungen, die die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB zum Gegenstand haben, wobei nach § 1 Abs. 5 S. 1 eine Anwendungswertschwelle i. H. v. 25.000 Euro netto gilt. In persönlicher Hinsicht findet das TVgG NRW nach § 1 Abs. 4 auf die nordrhein-westfälischen Auftraggeber i. S. v. § 99 GWB Anwendung.

Die Fraktionen im Landtag von NRW, die als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB gelten, unterfallen damit dem persönlichen Anwendungsbereich des TVgG NRW.⁵⁸⁹ Gleiches gilt für jene Bundes- und Landesverbände der Parteien mit Sitz in NRW, die gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen.⁵⁹⁰ Demnach haben die Fraktionen im Landtag von NRW sowie die vorerwähnten Bundes- und Landesverbände der Parteien bei der Vergabe von Aufträgen über Bau- und Dienstleistungen die Vorgaben des TVgG NRW zu beachten, soweit dessen Anwendungswertschwelle i. H. v. 25.000 Euro netto erreicht oder überschritten wird.

⁵⁸⁸ Gesetz über die Sicherung von Tariftreue u. Mindestlohn bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG NRW) v. 22.3.2018, verkündet als Art. 2 des Gesetzes v. 22.3.2018, GV. NRW. S. 172.

⁵⁸⁹ Zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C.

⁵⁹⁰ Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

10. Landestariftreuegesetz Rheinland-Pfalz (LTTG)⁵⁹¹

In sachlicher Hinsicht gilt das LTTG gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 für die Vergabe öffentlicher (Bau-, Liefer- und Dienstleistungs-) Aufträge i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB, wobei nach § 2 S. 1 a. E. eine Anwendungswertschwelle von 20.000 Euro netto gilt. In persönlicher Hinsicht findet das LTTG gemäß § 2 S. 1 Nr. 1 bis 4 auf das Land (Nr. 1), die Gemeinden und die Gemeindeverbände (Nr. 2), die öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2, 3 und 4 GWB und Sektorauftraggeber i. S. d. § 100 GWB, soweit sie in Rheinland-Pfalz öffentliche Aufträge vergeben (Nr. 3), sowie die dadurch betroffenen Unternehmen und Nachunternehmen (Nr. 4) Anwendung.

Die Fraktionen im Landtag von Rheinland-Pfalz, die als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB gelten, unterfallen somit dem persönlichen Anwendungsbereich des LTTG.⁵⁹² Gleiches gilt für jene Bundes- und Landesverbände der Parteien mit Sitz in Rheinland-Pfalz, die gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen.⁵⁹³ Demzufolge haben die Fraktionen im Landtag von Rheinland-Pfalz sowie die vorgenannten Bundes- und Landesverbände der Parteien die Vorgaben des LTTG zu beachten, soweit es sich um eine Auftragsvergabe über Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen handelt und die Anwendungswertschwelle des LTTG i. H. v. 20.000 Euro netto erreicht oder überschritten wird.

⁵⁹¹ Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue u. Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (Landestariftreuegesetz – LTTG) v. 1.12.2010, GVBl. S. 426, zuletzt geändert durch Gesetz v. 26.11.2019, GVBl. S. 333.

⁵⁹² Zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C.

⁵⁹³ Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

11. Saarländisches Tariftreuegesetz (STTG)⁵⁹⁴

Das STTG gilt gemäß § 1 Abs. 1 für die Vergabe von Aufträgen über Bau-, Liefer- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB a. F. mit Ausnahme von Arbeitsverträgen und Aufträgen nach § 100 Abs. 2 GWB a. F. und des in § 1 Abs. 2 STTG geregelten öffentlichen Personennahverkehrs. Es besteht eine Anwendungswertschwelle von 25.000 Euro netto (§ 1 Abs. 5 S. 1 STTG).

Funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB a. F. bzw. § 99 Nr. 2 GWB n. F., zu denen auch die Fraktionen im Landtag des Saarlandes zählen, unterfallen damit dem persönlichen Anwendungsbereich des STTG.⁵⁹⁵ Gleiches gilt für jene Bundes- und Landesverbände der Parteien mit Sitz im Saarland, die gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen.⁵⁹⁶ Demnach haben die Fraktionen im Landtag des Saarlandes sowie die vorerwähnten Bundes- und Landesverbände der Parteien die Vorgaben des STTG zu beachten, soweit bei einer Auftragsvergabe die Anwendungswertschwelle des STTG i. H. v. 25.000 Euro netto erreicht oder überschritten wird.

12. Sächsisches Vergabegesetz (SächsVergabeG)⁵⁹⁷

Die Bestimmungen des SächsVergabeG gelten gemäß § 1 Abs. 1 für die Vergabe öffentlicher Aufträge i. S. d. § 99 GWB a. F., soweit die EU-Schwellenwerte (§ 100 Abs. 1 GWB a. F.) nicht erreicht werden.⁵⁹⁸ Eine (allgemeine) Anwendungswertschwelle sieht das SächsVergabeG nicht vor. In persönlicher Hinsicht gelten die Bestimmungen des SächsVergabeG

⁵⁹⁴ Gesetz über die Sicherung von Sozialstandards, Tariftreue u. Mindestlöhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland (Saarländisches Tariftreuegesetz – STTG) v. 6.2.2013, Amtsbl. I S. 84.

⁵⁹⁵ Zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C.

⁵⁹⁶ Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

⁵⁹⁷ Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz – SächsVergabeG) v. 14.2.2013, GVBl. S. 109, geändert durch Gesetz v. 5.4.2019, GVBl. S. 245.

⁵⁹⁸ Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich sind in § 1 Abs. 3 SächsVergabeG geregelt.

gemäß § 2 Abs. 1 für alle staatlichen und kommunalen Auftraggeber, für sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die § 55 SächsLHO zu beachten haben, sowie für Zuwendungsempfänger, die nach den allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen die Vergabevorschriften anzuwenden haben. Kommunale Auftraggeber sind gemäß § 2 Abs. 2 SächsVergabeG die Gemeinden, die Landkreise, die Verwaltungsverbände, die Zweckverbände und sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Sondervermögen, auf die das Gemeindefinanzrecht Anwendung findet. Einen allgemeinen Verweis auf den funktionellen Auftraggeberbegriff i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB. enthält das SächsVergabeG nicht. Bei den genannten Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die § 55 BHO zu beachten haben, wird es sich aber in aller Regel um Einrichtungen handeln, die die Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB erfüllen.

Die Fraktionen im Sächsischen Landtag zählen ebenso wie die in Sachsen ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien weder zu den staatlichen⁵⁹⁹ oder kommunalen Auftraggebern noch zu den sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die das staatliche Haushaltsrecht (§ 55 BHO/LHO)⁶⁰⁰ zu beachten haben. Auch sind die Parteien und Fraktionen keine Zuwendungsempfänger, da sie keine haushaltsrechtlichen Zuwendungen i. S. d. §§ 23, 44 BHO/LHO erhalten.⁶⁰¹ Demzufolge können die Fraktionen im Sächsischen Landtag ebenso wie die in Sachsen ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des SächsVergabeG unterfallen.

⁵⁹⁹ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. I.

⁶⁰⁰ Siehe hierzu oben, Kapitel 3 A. I.

⁶⁰¹ Siehe hierzu oben, Kapitel 3 A. I.

13. Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt (LVG LSA)⁶⁰²

Das LVG LSA gilt gemäß § 1 Abs. 1 in sachlicher Hinsicht für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt i. S. d. § 99 GWB a. F. unabhängig von den Schwellenwerten nach § 100 GWB a. F. ab einem geschätzten Auftragswert von 50.000 Euro netto bei Baulaufträgen und ab einem geschätzten Auftragswert von 25.000 Euro netto bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.⁶⁰³ Vom persönlichen Anwendungsbereich des LVG LSA sind gemäß § 2 Abs. 1 das Land, die Kommunen, die Verbandsgemeinden und die der Aufsicht des Landes unterstehenden anderen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts erfasst. Entsprechendes gilt nach § 2 Abs. 2 LVG LSA für juristische Personen des Privatrechts, die die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB a. F. bzw. § 99 Nr. 2 GWB n. F. erfüllen.

Die Fraktionen im Landtag von Sachsen-Anhalt zählen ebenso wie die in Sachsen-Anhalt ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien nicht zu den in § 2 Abs. 1 LVG LSA genannten Stellen, da die Parteien und Fraktionen dem Staat (hier das Land Sachsen-Anhalt) nicht angehören⁶⁰⁴ und sie auch keiner staatlichen Aufsicht⁶⁰⁵ unterliegen. Für die Parteien kommt hinzu, dass diese - anders als die Fraktionen⁶⁰⁶ - ohnehin nicht zu den öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern, sondern zu den rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen Vereinen des bürgerlichen Rechts, mithin zu den zivilrechtlichen Organisationen zählen.⁶⁰⁷ Als solche gehören die Parteien bzw. deren Bundes- und Landesverbände zu den juristischen Personen des privaten Rechts i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB a. F. bzw. § 99 Nr. 2 GWB n. F.⁶⁰⁸ Im Gegensatz zu den Fraktionen im Landtag von Sachsen-Anhalt können die in Sachsen-Anhalt ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien daher dem persönlichen Anwendungsbereich des LVG LSA unterfallen.

⁶⁰² Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA) v. 19.11.2012, GVBl. S. 536.

⁶⁰³ Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich sind in § 1 Abs. 3 LVG LSA geregelt.

⁶⁰⁴ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. I.

⁶⁰⁵ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. III. 3.

⁶⁰⁶ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. c) bb) (1).

⁶⁰⁷ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. b) bb) (1).

⁶⁰⁸ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. I. 2.

14. Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH)⁶⁰⁹

Das VGSH gilt gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 für das Land, die Kreise, die Gemeinden und Gemeindeverbände in Schleswig-Holstein sowie die übrigen Auftraggeber i. S. d. § 98 GWB a. F., die in Schleswig-Holstein öffentliche Aufträge oder Konzessionen vergeben, deren geschätzter Auftragswert die Schwellenwerte nach § 106 GWB nicht erreichen, soweit im VGSH nichts anderes bestimmt ist. Eine allgemeine Anwendungswertschwelle sieht das VGSH nicht vor.⁶¹⁰

Funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 2 GWB a. F. bzw. § 99 Nr. 2 GWB n. F., zu denen auch die Fraktionen im Landtag von Schleswig-Holstein zählen, unterfallen damit dem persönlichen Anwendungsbereich des VGSH.⁶¹¹ Gleiches gilt für jene Bundes- und Landesverbände der Parteien mit Sitz in Schleswig-Holstein, die gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs erfüllen.⁶¹² Die Fraktionen im Landtag von Schleswig-Holstein sowie die vorerwähnten Bundes- und Landesverbände der Parteien haben demzufolge bei allen Auftragsvergaben die Vorgaben des VGSH zu beachten.

15. Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG)⁶¹³

Das ThürVgG gilt nach § 1 Abs. 1 S. 1 für die Vergabe öffentlicher Aufträge i. S. d. §§ 103 und 104 GWB ungeachtet des Erreichens der Schwellenwerte nach § 106 GWB, soweit bei Bauaufträgen ein geschätzter Auftragswert von 50.000 Euro netto und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ein geschätzter Auftragswert von 20.000 Euro netto überschritten wird.⁶¹⁴ In

⁶⁰⁹ Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) v. 8.2.2019, GVOBl. Schl.-H. S. 40.

⁶¹⁰ Eine besondere Anwendungswertschwelle i. H. v. 20.000 Euro netto gilt aber für den in § 4 Abs. 1 VGSH geregelten Vergabemindestlohn.

⁶¹¹ Zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C.

⁶¹² Zur Einordnung der Bundes- u. Landesverbände der Parteien als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB siehe oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

⁶¹³ Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG) v. 18.4.2011, GVBl. S. 69, zuletzt geändert durch Gesetz v. 30.7.2019, GVBl. S. 315.

⁶¹⁴ Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich des ThürVgG sind in § 1 Abs. 3 u. 4 geregelt.

persönlicher Hinsicht gilt das ThürVgG gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 für alle staatlichen und kommunalen Auftraggeber, sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, für die § 55 der ThürLHO oder § 31 ThürGemHVO bzw. § 24 der ThürGemHVO-Doppik gilt. Zuwendungsempfänger haben das ThürVgG zu beachten, soweit sie nach den allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen hierzu verpflichtet werden (§ 2 Abs. 1 S. 3 ThürVgG). Kommunale Auftraggeber i. S. d. ThürVgG sind die Gemeinden, die Landkreise, die Zweckverbände und die Verwaltungsgemeinschaften (§ 2 Abs. 2 ThürVgG). Für juristische Personen des Privatrechts, die die Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB erfüllen, gilt § 2 Abs. 1 ThürVgG entsprechend (§ 2 Abs. 3 ThürVgG).

Die Fraktionen im Thüringer Landtag zählen ebenso wie die in Thüringen ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien nicht zu den in § 2 Abs. 1 S. 1 und 3 ThürVgG genannten Stellen, da die Parteien und Fraktionen dem Staat (hier der Freistaat Thüringen) nicht angehören⁶¹⁵, keiner Bindung an das staatliche Haushaltsrecht (§ 55 BHO/LHO)⁶¹⁶ unterliegen und auch keine Zuwendungsempfänger sind, weil sie keine haushaltsrechtlichen Zuwendungen⁶¹⁷ i. S. d. §§ 23, 44 BHO/LHO erhalten. Anders als die Fraktionen zählen die Parteien bzw. deren Bundes- und Landesverbände aber zu den rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen Vereinen des bürgerlichen Rechts, mithin zu den zivilrechtlichen Organisationen.⁶¹⁸ Sie gelten damit als juristische Personen des privaten Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB.⁶¹⁹ Die in Thüringen ansässigen Bundes- und Landesverbände der Parteien können daher dem persönlichen Anwendungsbereich des ThürVgG unterfallen.

⁶¹⁵ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. I.

⁶¹⁶ Siehe hierzu oben, Kapitel 3 A. I.

⁶¹⁷ Siehe hierzu oben, Kapitel 3 A. I.

⁶¹⁸ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. b) bb) (1).

⁶¹⁹ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. I. 2.

III. Ergebnis

Die Fraktionen unterfallen als juristische Personen des öffentlichen Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze von Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, NRW, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein.

Die Bundes- und Landesverbände der Parteien unterfallen als juristische Personen des Privatrechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der vorerwähnten Landesvergabegesetze sowie zusätzlich dem persönlichen Anwendungsbereich der Vergabegesetze von Sachsen-Anhalt und Thüringen, soweit sie im Einzelfall gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit als funktionelle öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind.

C. Binnenmarktrelevante Auftragsvergaben (Primärvergaberecht)

I. Vorbemerkungen

Der sachliche Anwendungsbereich des in den Mitgliedstaaten der EU geltenden Vergaberechtsregimes ist seit jeher an das Erreichen oder Überschreiten in den Vergaberichtlinien festgelegter Auftragswerte, den sog. Schwellenwerten, gebunden.⁶²⁰

Unterhalb der Schwellenwerte finden die europäischen Vergaberichtlinien keine Anwendung. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich vom Unionsrecht unbeeinflusst sind. Vielmehr betont der EuGH in ständiger Rspr., dass auch die Vergabe öffentlicher Aufträge, die die jeweils maßgeblichen Schwellenwerte nicht erreichen oder überschreiten, im Einklang mit den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen hat, insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs (Art. 34 AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz.⁶²¹ Aus diesen Grundsätzen ergeben sich allgemeine Anforderungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die sich schließlich zu einem Primärvergaberecht verdichten und von der EU-Kommission in der sog. Unterschwellenmitteilung⁶²² zusammengefasst wurden.⁶²³ Danach gilt insbesondere Folgendes:

⁶²⁰ Ausführlich zur historischen Entwicklung u. zur Regelungsstruktur des deutschen Vergaberechts oben, Kapitel 1. A. u. B.

⁶²¹ Siehe nur EuGH, Urteil v. 4.4.2019, Rs. C-699/17, „Allianz“ = NZBau 2019, 457 = VergabeR 2019, 634, Rn. 49 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 5.4.2017, Rs. C-298/15, „Borta“ = NZBau 2017, 748, Rn. 36 u. die dort angeführte Rspr.

⁶²² Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.6.2006, ABl. 2006, Nr. C 179, S. 2; gegen die Unterschwellenmitteilung klagte Deutschland vor dem EuG, weil diese den Rahmen des EU-Primärrechts u. die Rspr. des EuGH zur Vergabe öffentlicher Aufträge überschreiten würde, konnte mit dieser Auffassung aber letztlich nicht durchdringen (siehe EuG, Urteil v. 20.5.2010, Rs. T-258/06, „Deutschland/Kommission“ = NZBau 2010, 510 = VergabeR 2010, 593, dazu: *Thomas*, EuR 2009, 423, 426 f.).

⁶²³ *Gabriel*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, § 82 Rn. 13; *Frenz*, in: *Willenbruch/Wieddekind*, Vergaberecht, 15. Teil Rn. 3.

- Vor der Auftragsvergabe muss eine hinreichend zugängliche Bekanntmachung erfolgen, so dass potentielle Bieter ggf. ihr Interesse am Erhalt des Auftrags bekunden können.⁶²⁴ Von einer Bekanntmachung darf nur ausnahmsweise, z. B. bei besonderer Dringlichkeit oder wenn aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten der Auftrag nur von einem Unternehmen ausgeführt werden kann.⁶²⁵
- Der Auftragsgegenstand muss diskriminierungsfrei beschrieben werden.⁶²⁶ Daher darf in der Beschreibung der verlangten Produkt- oder Dienstleistungsmerkmale nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, soweit dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist und der Verweis nicht mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen ist.⁶²⁷
- Die Auftraggeber dürfen auch keine Bedingungen stellen, die potenzielle Bieter in anderen Mitgliedstaaten direkt oder indirekt benachteiligen, wie beispielsweise das Erfordernis, dass Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen möchten, im selben Mitgliedstaat oder in derselben Region wie der Auftraggeber niedergelassen sein müssen.⁶²⁸
- Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sind gegenseitig anzuerkennen.⁶²⁹
- Es müssen angemessen Fristen für die Angebotsabgabe gewährt werden, die es Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten erlauben, eine fundierte Einschätzung der Vergabeunterlagen vorzunehmen und ein Angebot erstellen zu können.⁶³⁰
- Um den unterlegene Bieter Rechtsschutz zu ermöglichen, sind diese über die Gründe für die Entscheidung zu informieren, und zwar entweder in der Entscheidung selbst oder auf Antrag im Anschluss an die Mitteilung der Entscheidung.⁶³¹

⁶²⁴ Unterschwellenmitteilung Punkt 2.1.1.

⁶²⁵ Unterschwellenmitteilung Punkt 2.1.4.

⁶²⁶ Unterschwellenmitteilung Punkt 2.2.1.

⁶²⁷ Unterschwellenmitteilung Punkt 2.2.1.

⁶²⁸ Unterschwellenmitteilung Punkt 2.2.1.

⁶²⁹ Unterschwellenmitteilung Punkt 2.2.1.

⁶³⁰ Unterschwellenmitteilung Punkt 2.2.1.

⁶³¹ Unterschwellenmitteilung Punkt 2.3.3.

Vor dem Hintergrund, dass ca. 80 % aller Auftragsvergaben nicht dem Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien unterliegen, kommt dem Primärvergaberecht eine äußerst hohe Bedeutung zu.⁶³² Zu beachten ist allerdings, dass dessen sachlicher Anwendungsbereich nur eröffnet ist, wenn an dem zu vergebenden Auftrag ein „*eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse*“⁶³³ besteht.⁶³⁴ Dieses kann sich insbesondere aus dem geschätzten Auftragswert oder dem für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Ort ergeben.⁶³⁵ In diesem Zusammenhang hat der EuGH darauf hingewiesen, dass die nationalen Grenzen manchmal durch Ballungsräume verlaufen, die sich über das Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten erstrecken, so dass unter solchen Umständen selbst an Aufträgen mit einem niedrigen Auftragswert ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann.⁶³⁶

Ob ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse und damit eine binnenmarktrelevante Auftragsvergabe vorliegt, ist demnach von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Dabei ist zu beachten, dass eine allgemeine Bagatellgrenze, bis zu deren Erreichen oder Überschreiten von einer fehlenden Binnenmarktrelevanz auszugehen wäre, nicht existiert. So hat die EU-Kommission bereits ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich aufgrund einer freihändigen Auftragsvergabe mit einem Wert von weniger als 10.000 Euro eingeleitet.⁶³⁷ Andererseits hat die Kommission bereits Vertragsverletzungsverfahren mit der Begründung

⁶³² *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 82 Rn. 2; *Frenz*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 15. Teil Rn. 5; *Meister*, NZBau 2015, 757, 757.

⁶³³ EuGH, Urteil v. 21.7.2005, Rs. C-231/03, „Coname“ = NZBau 2005, 592 = VergabeR 2005, 609, Rn. 20; EuGH, Urteil v. 15.8.2008, Rs. C-147/06 u. C-148/06, „SECAP u. Santorso“ = NZBau 2008, 453 = VergabeR 2008, 625, Rn. 20, 21 u. 31; EuGH, Urteil v. 19.12.2012, Rs. C-159/11, „Lecce“ = NZBau 2013, 114 = VergabeR 2013, 195, Rn. 23; EuGH, Urteil v. 16.4.2015, Rs. C-278/14, „SC Enterprise Focused Solutions“ = NZBau 2015, 383 = VergabeR 2015, 555, Rn. 16.

⁶³⁴ Eingehend zum Kriterium der Binnenmarktrelevanz *Frenz*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 15. Teil Rn. 6 f.; *Meister*, NZBau 2015, 757, 758 ff.; *Deling*, NZBau 2011, 725, *dies.* NZBau 2012, 17.

⁶³⁵ EuGH, Urteil v. 15.8.2008, Rs. C-147/06 u. C-148/06, „SECAP u. Santorso“ = NZBau 2008, 453 = VergabeR 2008, 625, Rn. 24 u. 31.

⁶³⁶ EuGH, Urteil v. 15.8.2008, Rs. C-147/06 u. C-148/06, „SECAP u. Santorso“ = NZBau 2008, 453 = VergabeR 2008, 625, Rn. 31.

⁶³⁷ Vertragsverletzungsverfahren v. 18.3.2010, IP/10302, „Europäische Kommission / Österreich“.

eingestellt, dass eine Binnenmarktrelevanz angesichts eines Auftragswertes von nur rund 10 % des Schwellenwertes nicht gegeben sei.⁶³⁸

Für die Praxis kann daher allenfalls eine „informelle“ Bagatellgrenze i. H. v. 10 % des jeweils maßgeblichen Schwellenwertes als Orientierung dienen, bis zu deren Erreichen oder Überschreiten in der Regel nicht davon auszugehen ist, dass es sich um eine Auftragsvergabe mit Binnenmarktrelevanz handelt.⁶³⁹

Zum erforderlichen Umfang der Dokumentation ist festzuhalten, dass umso intensiver zu prüfen und bei Verneinen einer Binnenmarktrelevanz zu dokumentieren ist, je mehr Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat ein Interesse an dem Auftrag bekunden könnte.⁶⁴⁰ Im Zweifel ist davon auszugehen, dass einem öffentlichen Auftrag Binnenmarktrelevanz zukommt.⁶⁴¹

II. Auftraggeberbegriff des Primärvergaberechts

Fraglich ist, ob die Parteien und Fraktionen bei Auftragsvergaben mit eindeutiger Binnenmarktrelevanz an die Vorgaben des Primärvergaberechts gebunden sind. Dies ist der Fall, wenn die Parteien und Fraktionen dem Auftraggeberbegriff⁶⁴² und damit dem persönlichen Anwendungsbereich des Primärvergaberechts unterfallen.

1. Definition

In der erwähnten Unterschwellenmitteilung der Kommission *„umfasst der Begriff ‚Auftraggeber‘ sowohl die öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Absatz 9 der Richtlinie 2004/18/EG als auch die öffentlichen*

⁶³⁸ Vertragsverletzungsverfahren v. 13.12.2006, IP/06/1786, „Europäische Kommission / Bundesrepublik Deutschland“.

⁶³⁹ Deling, NZBau 2011, 725, 731.

⁶⁴⁰ Deling, NZBau 2011, 725, 731.

⁶⁴¹ Meister, NZBau 2015, 757.

⁶⁴² Zum Auftraggeberbegriff des Primärvergaberechts siehe Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 25 ff.; Gabriel, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 83 Rn. 49 ff.; ders., VergabeR 2009, 7; Baudis, VergabeR 2019, 589; Egger, Europäisches Vergaberecht, § 2 Rn. 114 ff.

*Auftraggeber im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 2004/17/EG.*⁶⁴³ Damit scheint die Kommission (ohne nähere Begründung) eine Gleichsetzung des Auftraggeberbegriffs der Vergabe(koordinierungs)richtlinien einerseits und des Primärvergaberechts andererseits zu vertreten. Hiergegen ist allerdings einzuwenden, dass sich das Primärvergaberecht im Wesentlichen aus den europäischen Grundfreiheiten und den daraus abgeleiteten Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und der Transparenz ergibt. Der Auftraggeberbegriff und damit der persönliche Anwendungsbereich des Primärvergaberechts muss konsequenterweise mit dem persönlichen Anwendungsbereich des primären Gemeinschaftsrechts und insbesondere den Grundfreiheiten identisch sein.⁶⁴⁴

Die wichtigsten primärrechtlichen Verträge sind der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), auch „*die Verträge*“⁶⁴⁵ genannt. Wie sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergibt, achten und unterstützen sich die Union und „*die Mitgliedstaaten*“ nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben. Nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV ergreifen „*die Mitgliedstaaten*“ alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Sie, d. h. die Mitgliedstaaten, unterstützen gemäß Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten (Grundsatz der Unionstreue). An das primäre Gemeinschaftsrecht sind demzufolge die Mitgliedstaaten gebunden, wobei diese Bindung die Gebietskörperschaften auf Ebene des Bundes, der Länder und der Kommunen, deren Behörden, Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie alle sonstigen Träger staatlicher Gewalt (z. B. Gerichte) trifft.⁶⁴⁶ Dem Auftraggeberbegriff und damit dem persönlichen

⁶⁴³ Siehe Fn. 4 der Unterschwellenmitteilung.

⁶⁴⁴ *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 83 Rn. 50.

⁶⁴⁵ Vgl. z. B. Art. 1 Abs. 2 S. 1 AEUV.

⁶⁴⁶ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-462/99, „Connect Austria“, Rn. 38; EuGH, Urteil v. 6.3.2003, Rs. C-62/00, „Marks & Spencer“ = DVBl. 2002, 1364 (Ls.) = DB 2002, 1486, Rn. 24; EuGH, Urteil v. 13.1.2004, Rs. C-453/00, „Kühne & Heitz“ = NVwZ 2004, 459 = EuZW 2004, 215, Rn. 20; vgl. auch *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 83 Rn. 51; *ders.*, VergabeR 2009, 7, 8.

Anwendungsbereich des Primärvergaberechts unterfallen somit in erster Linie alle Institutionen, die aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Verfasstheit formal dem Staat zugehörig sind. Insoweit ist der primärvergaberechtliche Auftraggeberbegriff mit dem institutionellen Auftraggeberbegriff des § 99 Nr. 1 und Nr. 3 GWB identisch.⁶⁴⁷

Privatrechtlich verfasste Einrichtungen sind dagegen nicht unmittelbar an die Vorgaben des europäischen Primärrechts gebunden. Sie können daher nur unter besonderen Umständen als primärvergaberechtliche Auftraggeber bewertet werden. Welche Umstände hierzu zählen, ist aus den Zielen der europäischen Verträge abzuleiten, die - wie das Vergabesekundärrecht - *„insbesondere auf den freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten gerichtet sind.“*⁶⁴⁸

Aus diesem Grund kann eine privatrechtlich verfasste Einrichtung einem Mitgliedstaat i. S. d. europäischen Verträge nur gleichgestellt werden, wenn die betreffende Einrichtung

- unter der tatsächlichen Kontrolle des Staates oder einer anderen öffentlichen Stelle steht, und zum anderen
- auf dem Markt nicht im Wettbewerb steht.⁶⁴⁹

Nur unter diesen zwei Voraussetzungen ist eine Anwendung des Primärvergaberechts auf privatrechtlich verfasste Einrichtungen zur Wahrung der Unionsziele geboten, da eine staatliche Kontrolle und ein fehlender Wettbewerbsdruck die typische Gefahr bergen, dass sich die betreffende Einrichtung bei Auftragsvergaben von unwirtschaftlichen, d. h. nicht auftragsbezogenen Erwägungen (z. B. Bevorzugung ortsansässiger Unternehmen aus lokalpolitischen Überlegungen) leiten lässt, die letztlich zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen können. Bei allen anderen privatrechtlich verfassten Einrichtungen - also solchen, die nicht staatlich kontrolliert sind oder einem entwickelten Wettbewerb ausgesetzt sind - kann dagegen davon ausgegangen werden, dass sich diese nicht von

⁶⁴⁷ *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 83 Rn. 51; *ders.*, VergabeR 2009, 7, 8.

⁶⁴⁸ EuGH, Urteil v. 13.4.2010, Rs. C-91/08, „Wall AG“ = NZBau 2010, 382 = VergabeR 2010, 643, Rn. 48.

⁶⁴⁹ EuGH Urteil v. 13.4.2010, Rs. C-91/08, „Wall AG“ = NZBau 2010, 382 = VergabeR 2010, 643, Rn. 49.

unwirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen, weil derartige Erwägungen die Wettbewerbsfähigkeit und damit letztlich die Existenz der Einrichtung gefährden würden.

Zu konstatieren ist damit, dass dem primärvergaberechtlichen Auftraggeberbegriff zunächst alle institutionellen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1 und 3 GWB unterfallen. Privatrechtlich verfasste Einrichtungen gelten nur als primärvergaberechtliche Auftraggeber, wenn sie unter tatsächlicher Kontrolle des Staates stehen und keinem entwickelten Wettbewerb ausgesetzt sind. Der primärvergaberechtliche Auftraggeberbegriff ist somit einerseits weiter gefasst als der funktionelle Auftraggeberbegriff i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB, weil dieser nicht verlangt, dass im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrgenommen werden, andererseits aber enger gefasst ist, weil eine tatsächliche staatliche Kontrolle erforderlich ist, die bei einer bloß überwiegenden staatlichen Finanzierung oder Beteiligung (§ 99 Nr. 2 lit. a GWB) nicht gegeben ist.⁶⁵⁰ Entgegen der Rechtsauffassung der Kommission ist der öffentlichen Auftraggeberbegriff des Vergabesekundärrechts, respektive der funktionelle Auftraggeberbegriff i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB, damit nicht eins zu eins auf das Primärvergaberecht übertragbar. Eine gewisse Parallelität besteht aber bei den Merkmalen der Nichtgewerblichkeit (§ 99 Nr. 2 GWB) und des fehlenden Wettbewerbs (Primärvergaberecht), da ein fehlender Wettbewerb nach der Rspr. des EuGH ein wesentliches Kriterium ist, dass für die Annahme einer nichtgewerblichen Tätigkeit spricht.⁶⁵¹ Ob ein fehlender Wettbewerb i. S. d. Primärvergaberechts vorliegt, ist dementsprechend - wie bei dem Merkmal der Nichtgewerblichkeit - unter Berücksichtigung der rechtlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei in aller Regel davon ausgegangen werden kann, dass eine privatrechtlich verfasste Einrichtung im Falle einer monopolähnlichen

⁶⁵⁰ Eine überwiegende staatliche Finanzierung o. Beteiligung vermittelt nur die potentielle Möglichkeit staatlicher Einflussnahme, siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. III. 2. a) bb). Eine tatsächliche Kontrolle ist auch dann nicht gegeben, wenn eine öffentliche Stelle zwar 51 % des Kapitals einer privatrechtlichen Einrichtung hält, eine solche Beteiligung es ihr aber nicht ermöglicht, die Geschäftsführung zu kontrollieren, weil 49 % des Kapitals von privaten Unternehmen gehalten werden u. für das Zustandekommen von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung eine Drei-Viertel-Mehrheit erforderlich ist, EuGH, Urteil v. 13.4.2010, Rs. C-91/08, „Wall AG“ = NZBau 2010, 382 = VergabeR 2010, 643, Rn. 50 f.

⁶⁵¹ EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96, „BFI Holding“ = NVwZ 1999, 397 = DVBl 1999, 160, Rn. 49; EuGH, Urteil v. 16.10.2003, Rs. C-283/00, „SIEPSA“ = NZBau 2004, 223 = VergabeR 2004, 182, Rn. 81.

Sonderstellung ihre Tätigkeit nicht in einem entwickelten Wettbewerb mit anderen Unternehmen ausübt.⁶⁵² Vor diesem Hintergrund kommen als privatrechtlich verfasste Organisationen, die an das Primärvergaberecht gebunden sind, insbesondere öffentliche Unternehmen i. S. d. § 106 AEUV in Betracht. Diese zeichnen sich „naturgemäß“ durch eine unmittelbare oder mittelbare Beherrschung durch die öffentliche Hand aus, die aufgrund Eigentums, Kapitalbeteiligung oder rechtlicher Einwirkungsmöglichkeiten (z. B. gemäß Satzung oder Gesellschaftsvertrag) vermittelt werden kann. Ob ein öffentliches Unternehmen als primärvergaberechtlicher Auftraggeber gilt, wird daher in aller Regel nur noch davon abhängig sein, ob das Unternehmen auf dem Markt nicht im Wettbewerb steht. Dies wird aber häufig der Fall sein, da öffentliche Unternehmen oftmals über monopolartige Stellungen verfügen, insbesondere, wenn sie im Sektorenbereich (Wasser, Elektrizität, Gas und Wärme, Verkehrsleistungen, Häfen und Flughäfen, fossile Brennstoffe) tätig sind.⁶⁵³

2. Parteien

Nach ganz h. M. werden die politischen Parteien (einschließlich Gliederungen) als Folge ihrer gesellschaftlichen Verwurzelung entweder als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine des bürgerlichen Rechts gegründet.⁶⁵⁴ Daher können die Parteien unter Berücksichtigung des zuvor Gesagten nur dann als Auftraggeber i. S. d. Primärvergaberecht verortet werden, wenn sie unter der tatsächlichen Kontrolle des Staates stehen und zudem ihre Tätigkeit nicht im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern ausüben. Letzteres ist der Fall, da die Parteien einem politischen und keinem wirtschaftlichem Wettbewerb ausgesetzt sind.⁶⁵⁵ Die Parteien unterstehen aber keiner tatsächlichen Kontrolle des Staates, weil sie aus verfassungsrechtlichen Gründen (Staatsfreiheit der Parteien) weder staatlich beaufsichtigt noch staatlich geleitet werden dürfen. Damit können die Parteien nicht als primärvergaberechtliche Auftraggeber qualifiziert werden.

⁶⁵² Vgl. EuGH, Urteil v. 10.4.2008, Rs. C-393/06, „Ing. Aigner“ = NZBau 2008, 393 = VergabeR 2008, 632, Rn. 44.

⁶⁵³ Vgl. *Gabriel*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, § 83 Rn. 61 f.

⁶⁵⁴ Zur Rechtsnatur der Parteien siehe oben, Kapitel 2 C. II. 2. b) bb) (1).

⁶⁵⁵ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 3. b).

3. Fraktionen

Anders als die Parteien zählen die Parlamentsfraktionen zu den öffentlich-rechtlich verfassten Einrichtungen, die als solche - mit den Worten des BVerfG - der „organisierten Staatlichkeit eingefügt“ sind.⁶⁵⁶ Mit ihrer parlamentarischen Tätigkeit haben die Fraktionen Anteil an der (legislativen) Staatsgewalt, die das Parlament ausübt.⁶⁵⁷ Auf den ersten Blick erschiene es daher konsequent, die Fraktionen - wie den Staat selbst - als primärvergaberechtliche Auftraggeber zu qualifizieren.

Mit Blick auf die erwähnte Rspr. des EuGH⁶⁵⁸ ist aber entscheidend zu berücksichtigen, dass die Fraktionen nicht selbst Träger staatlicher Gewalt sind. § 46 Abs. 3 AbgG stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Fraktionen nicht Teil der öffentlichen Verwaltung sind und keine öffentliche Gewalt ausüben. Darüber hinaus ist das Handeln der Fraktionen dem Staat auch nicht zuzurechnen, da die Fraktionen aufgrund ihrer Rechtsstellung (§ 46 Abs. 1 AbgG) weder als unmittelbare Staatsorgane noch als Parlamentsorgane, also mittelbare Staatsorgane, qualifiziert werden können.⁶⁵⁹ Die Fraktionen sind daher nicht als primärvergaberechtliche Auftraggeber zu bewerten.

III. Ergebnis

Die Parteien und Fraktionen zählen nicht zu den primärvergaberechtlichen Auftraggebern. Demzufolge findet das Primärvergaberecht auf die Parteien und Fraktionen keine Anwendung.

D. Ergebnis zu Kapitel 3

Das Haushaltsvergaberecht findet auf die Parteien und Fraktionen keine Anwendung.

⁶⁵⁶ BVerfGE 70, 324 [362].

⁶⁵⁷ *Lontzek*, in: Austermann/Schmahl, AbgG, § 46 Rn. 18; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 249.

⁶⁵⁸ EuGH, Urteil v. 22.5.2003, Rs. C-462/99, „Connect Austria“, Rn. 38; EuGH, Urteil v. 6.3.2003, Rs. C-62/00, „Marks & Spencer“ = DVBl. 2002, 1364 (Ls.) = DB 2002, 1486, Rn. 24; EuGH, Urteil v. 13.1.2004, Rs. C-453/00, „Kühne & Heitz“ = NVwZ 2004, 459 = EuZW 2004, 215, Rn. 20.

⁶⁵⁹ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. I.

Die Fraktionen unterfallen als juristische Personen des öffentlichen Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze von Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, NRW, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein.

Die Bundes- und Landesverbände der Parteien unterfallen als juristische Personen des Privatrechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der vorerwähnten Landesvergabegesetze sowie zusätzlich dem persönlichen Anwendungsbereich der Vergabegesetze von Sachsen-Anhalt und Thüringen, soweit sie im Einzelfall gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit als funktionelle öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind.

Das Primärvergaberecht findet auf die Parteien und Fraktionen keine Anwendung.

Kapitel 4 - Schlussbetrachtung

A. Resümee

Entsprechend der charakteristischen zweigeteilten Regulationsstruktur des deutschen Vergaberechts entlang der EU-Schwellenwerte, ist die vergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen für den Ober- und Unterschwellenbereich gesondert zu untersuchen.⁶⁶⁰

I. Oberschwellenbereich

Der persönliche (subjektive) Anwendungsbereich des oberhalb der Schwellenwerte (§ 106 GWB) maßgeblichen Kartellvergaberechts wird in den §§ 99 bis 101 GWB abschließend definiert. Danach sind insbesondere die sog. funktionellen öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zur Anwendung des Kartellvergaberechts verpflichtet. Hierbei handelt es sich um

- (1) juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts,
- (2) die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen,
- (3) sofern eine besondere Staatsgebundenheit der juristischen Person gegeben ist, weil
 - sie überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 GWB oder nach § 99 Nr. 3 GWB einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert wird (§ 99 Nr. 2 lit. a GWB),
 - ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB unterliegt (§ 99 Nr. 2 lit. b GWB) oder
 - mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB bestimmt worden sind (§ 99 Nr. 2 lit. c GWB).

Fraglich ist, ob die Parteien und Fraktionen die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des Begriffs des funktionellen öffentlichen Auftraggebers i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB erfüllen.

⁶⁶⁰ Zur (zweigeteilten) Regulationsstruktur des Vergaberechts siehe oben, Kapitel 1 B.

1. Parteien und Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber

i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB

a) Juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts

Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass die Parteien und Fraktionen als juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu qualifizieren sind.

aa) Parteien

Die politischen Parteien zählen nach ganz h. M. als Folge ihrer gesellschaftlichen Verwurzelung entweder zu den rechtsfähigen Vereinen (§ 21 BGB) oder aber zu den nicht rechtsfähigen Vereinen (§ 54 BGB) des bürgerlichen Rechts.⁶⁶¹ Während rechtsfähige Vereine zu den juristischen Personen des Privatrechts gehören, sind nicht rechtsfähige Vereine zu den teilrechtsfähigen Personen zu zählen. Jene Parteien, die als rechtsfähige Vereine organisiert sind, gelten damit unzweifelhaft als juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB. Im Ergebnis gleiches gilt aber auch für Parteien, die als nicht rechtsfähige Vereine verfasst sind, da der Begriff der juristischen Person i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB nicht formal (i. S. d. nationalen Handels- und Gesellschaftsrechts), sondern funktionell und weit zu verstehen ist. Danach genügt es, wenn die in Frage stehende Einrichtung aufgrund gesetzlicher Anerkennung rechtsfähig ist und damit selbstständig am allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmen kann, unabhängig davon, ob diese vollrechtsfähig oder lediglich teilrechtsfähig ist.⁶⁶² Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der

⁶⁶¹ *Rixen*, in: Kersten/Rixen, PartG, § 3 Rn. 28 f.; *Lenski*, PartG, § 3 Rn. 4 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 441; *Volkman*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 2, Art. 21 Rn. 37; *Grzeszick/Rauber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 21 Rn. 37; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 274; *Risse/Witt*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 21 Rn. 4; *Ipsen*, in: ders., PartG, § 3 Rn. 14; *Rixen*, in: Kersten/Rixen, PartG, § 3 Rn. 27 ff.; *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 21 Rn. 53; *Seifert*, Die politischen Parteien, S. 77f.; *Rübenkönig*, Die Rechenschaftspflicht der politischen Parteien, S. 62; *Hientzsch*, NVwZ 2009, 1135, 1135.

⁶⁶² *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB, Rn. 38; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 22; auch Vorgesellschaften der Kapitalgesellschaften („Vor-GmbH“, „Vor-AG“) sind daher als juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bewerten, siehe dazu *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 33 f.; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 21; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 98 Rn. 42 ff.; *Dörr*, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 98 Rn. 46.

Staat Aufgaben auf teilrechtsfähige Einrichtungen verlagert und dadurch eine Anwendung des Vergaberechts umgeht.⁶⁶³ Die Parteien (einschließlich ihrer Bundes-, Landes- und Kreisverbände)⁶⁶⁴ gelten daher als juristische Personen des Privatrechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB, unabhängig davon, ob sie als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine organisiert sind.

bb) Fraktionen

Die Fraktionen sind gemäß § 46 Abs. 1 AbgG rechtsfähige Vereinigungen von Abgeordneten im Deutschen Bundestag. Ob § 46 Abs. 1 AbgG Vollrechts- oder lediglich Teilrechtsfähigkeit vermittelt ist nicht relevant, weil - wie bereits erwähnt - auch eine teilrechtsfähige Einrichtung als juristische Person i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB gilt. Ebenso ist unerheblich, ob die Fraktionen als zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Einrichtungen zu qualifizieren sind, da § 99 Nr. 2 GWB sowohl juristische Personen des privaten als auch des öffentlichen Rechts erfasst. Entscheidend ist nur, dass die Fraktionen wegen § 46 Abs. 1 AbgG in der Lage sind, Beschaffungen selbstständig durchzuführen. Die Fraktionen gelten daher als juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB.⁶⁶⁵

b) Gründung zur Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nichtgewerblicher Art

Die zweite Tatbestandsvoraussetzung des funktionellen Auftraggeberbegriffs verlangt, dass die Parteien und Fraktionen zu dem besonderen Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

aa) Aufgabenkreis

Zur Bestimmung des Aufgabenkreises ist - entgegen dem Wortlaut des § 99 Nr. 2 GWB - nicht auf den (formalen) Gründungszweck abzustellen, sondern

⁶⁶³ *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 36 f.

⁶⁶⁴ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. I. 2.

⁶⁶⁵ Näher zur Einordnung der Fraktionen als juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB oben, Kapitel 2 C. I. 3.

darauf, welche Aufgaben von einer Einrichtung objektiv betrachtet übernommen wurden und seither tatsächlich wahrgenommen werden.⁶⁶⁶ Entscheidend ist also, welche Aufgaben von den Parteien und Fraktionen tatsächlich wahrgenommen werden.

(1) Parteien

Der tatsächliche Aufgabenkreis der Parteien lässt sich mit Blick auf Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG, §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 und Abs. 2 PartG sowie unter Berücksichtigung der Rspr. des BVerfG wie folgt zusammenfassen: Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit, indem sie

- unterschiedliche Meinungen, Interessen und Bestrebungen sammeln, in sich ausgleichen und artikulieren (Aggregations-, Integrations- und Artikulationsfunktion),
- die so gefundenen politischen Zielvorstellungen gegenüber dem Staat und seinen Organen vermitteln (Vermittlungsfunktion),
- sich durch Aufstellen von Wahlbewerbern und Wahlprogrammen an der Vorbereitung und Durchführung von Parlamentswahlen beteiligen (Wahlfunktion),
- staatliche Entscheidungen legitimieren (Legitimationsfunktion),
- die aktive Teilnahme der Bürger am politischen Leben fördern (Aktivierungsfunktion) und
- Bürger heranbilden, die zur Übernahme öffentlicher Verantwortung befähigt sind (Rekrutierungsfunktion).⁶⁶⁷

(2) Fraktionen

Eine an die Rspr. des BVerfG⁶⁶⁸ anknüpfende besonders gelungene Zusammenfassung des tatsächlichen Aufgabenkreises der Fraktionen findet sich in § 47 ThürAbgG. Dieser lautet wie folgt: „Die Fraktionen dienen der politischen Willensbildung im Landtag und wirken an der Erfüllung seiner

⁶⁶⁶ EuGH, Urteil v. 12.12.2002, Rs. C-470/99, „Universale Bau AG“ = NZBau 2003, 162 = VergabeR 2003, 141, Rn. 56 ff.; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 41; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 24; siehe hierzu auch oben, Kapitel 2 C. II. 1.

⁶⁶⁷ Näher zum Aufgabenkreis der Parteien oben, Kapitel 2 C. II. 2. b) aa).

⁶⁶⁸ BVerfGE 80, 188 [231]; vgl. auch BVerfGE 20, 56 [104].

Aufgaben mit, indem sie durch die Koordination der parlamentarischen Tätigkeit ihrer Mitglieder dazu beitragen, den Ablauf der parlamentarischen Arbeit zu steuern und zu erleichtern. Danach gehört es insbesondere zu ihren Aufgaben,

- 1. Initiativen vorzubereiten, abzustimmen und durchzusetzen,*
- 2. innerhalb der Fraktion eine gemeinsame Haltung zu Gegenständen der parlamentarischen Beratung und Entscheidung herbeizuführen und zu verfolgen,*
- 3. im Meinungs austausch mit Betroffenen, der Bevölkerung, Organisationen und Vereinigungen Informationen für parlamentarische Entscheidungen und deren Akzeptanz zu gewinnen,*
- 4. eine Arbeitsteilung unter den Mitgliedern zu organisieren sowie*
- 5. die Öffentlichkeit über ihre parlamentarische Arbeit zu unterrichten.*

In diesem Rahmen können die Fraktionen auch mit Fraktionen anderer Parlamente zusammenarbeiten.“

Diese Positivliste der Aufgaben der Fraktionen ist in negativer Hinsicht dahingehend zu ergänzen, dass die Fraktionen keine Parteaufgaben wahrnehmen.⁶⁶⁹

bb) Allgemeininteresse

Welche Aufgaben im Allgemeininteresse liegen ist weder in § 99 Nr. 2 GWB noch in dem zugrundeliegenden Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a Richtlinie 2014/24/EU definiert oder näher umschrieben. Der Rspr. der Nachprüfungsinstanzen⁶⁷⁰ kommt daher bei der Auslegung des Begriffs wesentliche Bedeutung zu. Danach ist bei öffentlich-rechtlichen Einrichtungen regelmäßig (widerleglich) zu vermuten, dass diese Aufgaben wahrnehmen, die im Allgemeininteresse liegen.⁶⁷¹ Im Übrigen sind im

⁶⁶⁹ Näher zum Aufgabenkreis der Fraktionen oben, Kapitel 2 C. II. 2. c) aa).

⁶⁷⁰ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. II. 2. a).

⁶⁷¹ So bereits VÜA Bund, Beschluss v. 12.4.1995, 1 VÜ 1/95; ebenso BayObLG, Beschluss v. 10.9.2002, Verg 23/02 = NZBau 2003, 348, 348; BayObLG, Beschluss v. 21.10.2004, Verg 17/04 = NZBau 2005, 173, 174; VK Südbayern, Beschluss v. 7.3.2014, Z3-3-3194-02-01/14 = NZBau 2014, 462, 463; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 90; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 3 Rn. 31; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 51; *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, 4. 1. Teil, § 99 GWB Rn. 20; *Pünder*, in:

Allgemeininteresse liegende Aufgaben insbesondere anzunehmen, wenn deren Wahrnehmung mit der öffentlichen Ordnung oder dem institutionellen Funktionieren des Staates eng verknüpft ist.⁶⁷²

(1) Parteien

Wie bereits erwähnt, werden die Parteien als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine des bürgerlichen Rechts gegründet und weisen somit eine zivilrechtliche Rechtsnatur auf. Daher kann nicht vermutet werden, dass die Parteien Aufgaben wahrnehmen, die im Allgemeininteresse liegen.

Die Parteien nehmen aber Aufgaben wahr, die mit dem institutionellen Funktionieren des Staates eng verknüpft sind, weil sie mit der ihnen gemäß Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG obliegenden Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes zur Funktionsfähigkeit des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland entscheidend beitragen.

In der repräsentativ-parlamentarischen Demokratie des GG vollzieht sich der Volkswille vornehmlich durch Wahlen (Art. 20 Abs. 2 GG). Dabei vermögen Wahlen als Folge der pluralistischen Ausrichtung⁶⁷³ des GG demokratische Legitimation nur zu verleihen, wenn die im Volk vorhandenen Meinungen, Interessen und Bestrebungen in einem freien Wettbewerb um Wählerstimmen konkurrieren können, damit Minderheitsgruppen die Möglichkeit haben zur Mehrheit zu werden.⁶⁷⁴ Dies setzt Organisationen voraus, die die für Wahlen notwendigen personellen und sachlichen Alternativen zur Verfügung stellen, zwischen denen das Volk wählen kann. Diesen Bedarf decken die Parteien, indem sie durch Einreichung von Wahlvorschlägen (§ 18 Abs. 1 BWahlG) Kandidaten aufstellen und die vielfältigen gesellschaftlichen Meinungen und Interessen auf entscheidungsfähige politische Programme und Ziele

ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 28; *Dörr*, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 98 GWB Rn. 53; *Dreher*, DB 1998, 2579, 2582; *Heise*, LKV 1999, 210, 211; *Dietlein*, NZBau 2002, 136, 138 f.

⁶⁷² EuGH, Urteil v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, „Mannesmann Anlagenbau“ = NJW 1998, 3261, EuZW 1998, 120, Rn. 24.

⁶⁷³ Die pluralistische Ausrichtung des GG kommt besonders in jenen Grundrechten zum Ausdruck, die auf demokratische Mitwirkung abzielen; dies sind - neben Art. 21 GG - Art. 4, 5, 8, 9 u. 17 GG.

⁶⁷⁴ Vgl. BVerfGE 91, 262 [267].

reduzieren, zwischen denen das Volk wählen kann.⁶⁷⁵ Die politischen Parteien erweisen sich damit für die Vorbereitung und Durchführung von Wahlen i. S. d. Art. 20 Abs. 2 GG als existenznotwendige Gebilde, weshalb das BVerfG die Parteien als „Wahlvorbereitungsorganisationen“ bezeichnet.⁶⁷⁶ Funktion und Bedeutung der Parteien erschöpfen sich aber nicht in der Vorbereitung und Durchführung von Wahlen.⁶⁷⁷ Vielmehr sind die Parteien die entscheidenden Faktoren, die dem Volk auch zwischen den Wahlen die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Einfluss auf die Entscheidungen der obersten Staatsorgane zu vermitteln, indem sie in das System der staatlichen Institutionen und Ämter hineinwirken, und zwar insbesondere durch Einflussnahme auf die Beschlüsse und Maßnahmen von Parlament und Regierung.⁶⁷⁸ Dies verdeutlicht ein Blick auf die politische Wirklichkeit: So sind es die Parteien, die als Folge ihrer Teilnahme an Wahlen die Parlamente auf Bundes- und Landesebene mit ihren Vertretern besetzen, wo sich letztere auf der Grundlage gleicher Parteizugehörigkeit zu Fraktionen zusammenschließen. Unabhängige Bewerber kommen dagegen in den Parlamenten kaum vor, weil es auf Europa-, Landes- und Bundesebene realistisch betrachtet so gut wie unmöglich ist, ohne die Unterstützung einer Partei ein Parlamentsmandat zu erringen.⁶⁷⁹ Konsequenz ist, dass die Parteien über ihrer gewählten Kandidaten faktisch die Parlamente „beherrschen“, was ihnen im parlamentarischen Regierungssystem des GG zugleich einen erheblichen Einfluss auf die Regierung verleiht.⁶⁸⁰

Die Parteien sind daher wie keine andere Organisation aus Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit in der Lage, auch zwischen den Wahlen die Volkssouveränität i. S. einer ständige Rückkopplung zwischen Staatsorganen und Volk zu gewährleisten, indem sie entweder als Parteien der Mehrheit die

⁶⁷⁵ Vgl. *Volkman*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 4 Rn. 10; *Grimm*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 6 Rn. 3; *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 161; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 33.

⁶⁷⁶ BVerfGE 8, 51 [63]; 20, 56 [113]; 91, 262 [268].

⁶⁷⁷ BVerfGE 91, 262 [268]; vgl. auch *Grimm*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 6 Rn. 4.

⁶⁷⁸ BVerfGE 20, 56 [101]; 91, 262 [268].

⁶⁷⁹ *Ossege*, Das Parteienrechtsverhältnis, S. 41; *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 21 Rn. 85; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 439; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 20 Rn. 79.

⁶⁸⁰ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 466 f.; *Kersten*, in: Kersten/Rixen, PartG, § 1 Rn. 110 ff.

Verbindung zwischen Volk und politischer Führung herstellen und aufrechterhalten oder als Parteien der Minderheit die politische Opposition parlamentarisch wirksam machen.⁶⁸¹

Für die Funktionsfähigkeit des repräsentativ-parlamentarischen Systems der Bundesrepublik Deutschland erweisen sich die Parteien damit als „*schlechthin unerlässlich und entscheidend*“⁶⁸² und sind deshalb als „*ein verfassungsrechtlich notwendiger Bestandteil der freiheitlichen-demokratischen Grundordnung*“⁶⁸³ anzuerkennen.

Folgerichtig ist das Mitwirken der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) als Wahrnehmung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu qualifizieren.⁶⁸⁴

(2) Fraktionen

Des Weiteren ist zu klären, ob die Fraktionen Aufgaben wahrnehmen, die gemäß § 99 Nr. 2 GWB im Allgemeininteresse liegen. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Fraktionen der „*organisierten Staatlichkeit eingefügt*“⁶⁸⁵ sind und daher - anders als die Parteien - zu den öffentlich-rechtlich verfassten Organisationen zählen. Dementsprechend ist bereits (widerleglich) zu vermuten, dass die Fraktionen im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnehmen.⁶⁸⁶

⁶⁸¹ Vgl. BVerfGE 20, 56 [101].

⁶⁸² BVerfGE 20, 56 [114]; Zur Bedeutung der Parteien siehe auch BVerfGE 85, 264 [284] - „für die demokratische Ordnung unerlässlich“; 85, 264 [288] - „Unentbehrlichkeit der Parteien für den Prozeß der politischen Willensbildung im demokratisch verfassten Staat“; vgl. ferner *Brenner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 44 Rn. 61 a. E. - „keine Alternative“; *Grimm*, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht u. Parlamentspraxis, § 6 Rn. 3 a. E. - „ohne gleichwertige Alternative“; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 457 - „unentbehrlich“; *Ipsen*, in: ders., PartG, § 1 Rn. 2 - „parlamentarische Demokratie ohne politische Parteien nicht denkbar“; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 21 Rn. 19 - „unverzichtbar“; *Streinz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, Art. 21 Rn. 16 - „Notwendigkeit einer Parteiendemokratie“.

⁶⁸³ § 1 Abs. 1 S. 1 PartG.

⁶⁸⁴ Näher zur im Allgemeininteresse liegenden Aufgabenwahrnehmung der Parteien oben, Kapitel 2 C. II. 2. b) bb) (2).

⁶⁸⁵ BVerfGE 20, 56 [104]; 62, 194 [202]; 80, 188 [231].

⁶⁸⁶ Näher zur öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur der Fraktionen u. der daraus folgenden (widerleglichen) Vermutung, dass die Fraktionen im Allgemeininteresse agieren, oben, Kapitel 2 C. II. 2. c) bb) (1).

Darüber hinaus nehmen die Fraktionen Aufgaben wahr, die mit dem institutionellen Funktionieren des Staates eng verknüpft sind, weil sie sich für die Arbeitsfähigkeit der obersten Verfassungsinstitution „Bundestag“ als unentbehrliche Organisationseinheiten erweisen.

Der Deutsche Bundestag nimmt im Wesentlichen vier Funktionen wahr: die Repräsentations- bzw. Öffentlichkeitsfunktion, die Gesetzgebungsfunktion, die Kurationsfunktion und die Kontrollfunktion.⁶⁸⁷ An all diesen Funktionen sind die Fraktionen aufgrund der ihnen zustehenden geschäftsordnungsmäßigen Befugnisse entscheidend beteiligt.

- So dominieren die Fraktionen die Redeordnung im Parlament (§§ 20 ff. GO-BT) und haben es damit in der Hand, der Repräsentations- und Öffentlichkeitsfunktion des Bundestages Geltung zu verschaffen, indem sie die im Volk vorhandenen Meinungen, Interessen und Bestrebungen in der parlamentarischen Debatte zur Aussprache bringen.
- Die Gesetzgebungsarbeit des Bundestages vollzieht sich in weiten Teilen in den (ständigen) Ausschüssen, die von den Fraktionen personell beherrscht werden (§§ 12 S. 1, 57 Abs. 2 S. 1 GO-BT). Darüber hinaus stehen den Fraktionen bzw. deren Abgeordneten zahlreiche Rechte in den Ausschüssen zu (§§ 60 Abs. 2 und 3, 61 Abs. 2, 64 Abs. 2 S. 3, 70 Abs. 5 S. 3 Halbs. 2, 71 Abs. 3 GO-BT), was letztlich zur Folge hat, dass die Fraktionen die (Gesetzgebungs-) Arbeit der Ausschüsse maßgeblich beeinflussen.
- An der Kurationsfunktion des Bundestages wirken die Fraktionen entscheidend mit, indem sie durch Wahlvorschläge für die Aufstellung der Kandidaten sorgen, die das Parlament direkt zu wählen oder aber in bestimmte Organe und Gremien zu entsenden hat.
- Die Kontrollmittel des Bundestages können zumeist nur von einer Fraktion oder einer Gruppe von Abgeordneten in Fraktionsstärke geltend gemacht werden (sog. einfache Minderheitenrechte, z. B. Aktuelle

⁶⁸⁷ Vgl. *Klein*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 50 Rn. 15; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 47 ff.; *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 38 Rn. 2; *Trute*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 38 Rn. 8 ff.; *Gröpl*, Staatsrecht I, § 16 Rn. 1011; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 38 Rn. 1 ff.; *Schreiber*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Band 3, Art. 38 Rn. 57 ff.; *Degenhart*, Staatsrecht I, § 7 Rn. 634; *Ipsen*, Staatsrecht I, § 6 Rn. 200 ff.; *Ismayr*, Der Deutsche Bundestag, S. 35; *M. Schmidt*, Das politische System Deutschlands, S. 148 ff.

Stunde, § 106 GO-BT; kleine und große Anfrage, §§ 75 Abs. 1 lit. f, Abs. 3, 76 Abs. 1 GO-BT). Wichtige Kontrollinstrumente wie Untersuchungsausschüsse (Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG) oder Enquete-Kommissionen (§ 56 Abs. 1 S. 2 GO-BT) verlangen sogar einen Antrag, der von wenigstens einem Viertel der Mitglieder des Bundestages unterstützt wird (sog. qualifizierte Minderheitenrechte). Realistisch betrachtet verbleibt dem einzelnen Abgeordneten lediglich das Recht, mündliche oder schriftliche Fragen an die Bundesregierung zu stellen (§ 105 GO-BT).⁶⁸⁸ Ohne fraktionellem Rückhalt ist der einzelne Abgeordnete also kaum in der Lage, die Kontrollfunktion des Bundestages auszuüben.

Somit ist festzustellen, dass die Fraktionen an allen Parlamentsfunktionen in entscheidender Weise mitwirken. Dies beruht zum einen auf ihrer verfahrensrechtlich privilegierten Stellung, welchen den Fraktionen nach der GO-BT zukommt, zum anderen aber auch auf ihrer tatsächlichen Fähigkeit, unterschiedlichste politische Positionen zu handlungs-, verständigungs- und entscheidungsfähigen Einheiten zusammenzufassen, „*indem sie [...] eine Arbeitsteilung unter ihren Mitgliedern organisieren, gemeinsame Initiativen vorbereiten und aufeinander abstimmen sowie eine umfassende Information der Fraktionsmitglieder unterstützen.*“⁶⁸⁹ Gerade hiermit stellen die Fraktionen die Arbeitsfähigkeit des Bundestages überhaupt erst sicher, da das Parlament seine verfassungsmäßig zugewiesenen Funktionen nicht effektiv wahrnehmen könnte, wenn die parlamentarische Willensbildung ohne kollektive Vorbereitung erst im Plenum unter gleichberechtigter Mitwirkung aller (derzeit 709)⁶⁹⁰ Abgeordneten stattfinden würde.⁶⁹¹ Vor diesem Hintergrund ist es die Organisations- und Koordinationsfähigkeit der Fraktionen, die ihre starke parlamentarische Stellung rechtfertigt.

Insgesamt erweisen sich die Fraktionen damit sowohl für die effektive Mandatswahrnehmung des einzelnen Abgeordneten als auch die

⁶⁸⁸ Vgl. *Krings*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz, Parlamentsrecht, § 17 Rn. 58.

⁶⁸⁹ BVerfGE 80, 188 [231].

⁶⁹⁰ 19. Wahlperiode.

⁶⁹¹ *Linck*, in: ders./Baldus/Lindner u. a., ThürVerf, Art. 58 Rn. 8 f.; vgl. auch *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 254; *Kluth*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 38 Rn. 78.

Funktionsfähigkeit des Gesamtparlaments als unentbehrliche Organisationseinheiten.⁶⁹²

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Fraktionen mit den Parteien eng verbunden sind, da sie als Zusammenschluss von Abgeordneten derselben Partei oder solcher Parteien, die auf Grund gleichgerichteter politischer Ziele in keinem Land miteinander im Wettbewerb stehen (§ 10 Abs. 1 S. 1 GO-BT) dazu berufen sind, das politische Programm der Parteien im Parlament umzusetzen. Ihnen kommt daher eine „Scharnierfunktion“ zu, weil sie die gesellschaftliche Willensbildung mit der parlamentarischen Willensbildung verbinden und so überhaupt erst das Parlament zum „Parlament des Volkes“ machen.⁶⁹³

Aus diesen Gründen sind die Fraktionen in der repräsentativ-parlamentarischen (Parteien-) Demokratie des GG als „*notwendige Einrichtungen des Verfassungslebens*“ und „*maßgebliche Faktoren der politischen Willensbildung*“ anzuerkennen.⁶⁹⁴ Folgerichtig sind die Fraktionen als Institutionen zu qualifizieren, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB wahrnehmen.⁶⁹⁵

cc) Nichtgewerblichkeit

Die Parteien und Fraktionen sind des Weiteren nichtgewerblich i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB tätig, da sie im Rahmen ihrer gesetzlich umschriebenen Aufgabenwahrnehmung keinem wirtschaftlichen, sondern einem politischen Wettbewerb ausgesetzt sind.⁶⁹⁶

⁶⁹² Vgl. *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 238 ff.

⁶⁹³ Vgl. *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 237.

⁶⁹⁴ BVerfGE 80, 188 [219]; zur Bedeutung der Fraktionen vgl. auch BVerfGE 102, 224 [242] - „garantieren die parlamentarische Handlungsfähigkeit“; 102, 224 [243] - „tragen zur Arbeitsfähigkeit der Volksvertretung entscheidend bei“.

⁶⁹⁵ Näher zur im Allgemeininteresse liegenden Aufgabenwahrnehmung der Fraktionen oben, Kapitel 2 C. II. 2. c) bb) (2).

⁶⁹⁶ Näher zur nichtgewerblichen Aufgabenwahrnehmung der Fraktionen oben, Kapitel 2 C. II. 3.

c) Besondere Staatsgebundenheit gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB

Als dritte und zugleich letzte Tatbestandsvoraussetzung verlangt der funktionelle Auftraggeberbegriff eine besondere Staatsgebundenheit, die insbesondere durch eine überwiegende staatliche Finanzierung (§ 99 Nr. 2 lit. a GWB) vermittelt werden kann. Liegt eine besondere Staatsgebundenheit vor und sind auch die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB erfüllt, so wird unwiderleglich vermutet, dass ein funktioneller öffentlicher Auftraggeber agiert.⁶⁹⁷

bb) Parteien

Die Parteien erhalten gemäß §§ 18 ff. PartG staatliche Mittel als Teilfinanzierung der allgemein ihnen nach dem GG obliegenden Tätigkeit. Da diese Mittel ohne spezifische Gegenleistung mit dem Ziel gewährt werden, die (allgemeinen) Tätigkeiten der Parteien zu unterstützen, handelt es sich um eine Finanzierung i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB.⁶⁹⁸ Aufgrund der relativen Finanzierungsobergrenze des § 18 Abs. 5 S. 1 PartG scheint es jedoch ausgeschlossen zu sein, dass die Parteien überwiegend, d. h. zu mehr als die Hälfte staatlich finanziert sind. Danach darf die Höhe der staatlichen Teilfinanzierung bei einer Partei die Summe der jährlich selbst erwirtschafteten Einnahmen nicht überschreiten. Da das Gesamtvolumen der jährlich selbst erwirtschafteten Einnahmen einer Partei maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Berechnung des Anteils der staatlichen Teilfinanzierung ist,⁶⁹⁹ bezieht sich die relative Finanzierungsobergrenze auf die Gesamtpartei. Daher ist nicht ausgeschlossen, dass einzelne Gliederungen einer Partei überwiegend staatlich finanziert werden. Insoweit in Betracht kommen nur die Bundes- und Landesverbände der Parteien, da an diese die gemäß §§ 18 ff. PartG gewährten staatlichen Mittel ausgezahlt werden (§ 19a Abs. 6 PartG). In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Bundes- und Landesverbände der Parteien die Tatbestandsvoraussetzungen

⁶⁹⁷ Pünder, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 44; Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 83; Badenhausen-Fähnle, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 59.

⁶⁹⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 21.

⁶⁹⁹ Vgl. BVerfGE 85, 264 [289].

des funktionellen Auftraggeberbegriffs selbstständig verwirklichen können.⁷⁰⁰ Ob der Bundes- oder Landesverband einer Partei tatsächlich gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert wird, ist auf Basis der zu Beginn des Haushaltsjahres verfügbaren, ggf. auch nur veranschlagten Zahlen zu berechnen.⁷⁰¹ Ist hiernach festzustellen, dass der Anteil staatlicher Mittel an den Gesamteinnahmen voraussichtlich mehr als die Hälfte betragen wird, gilt der betreffende Bundes- oder Landesverband für das anstehende Haushaltsjahr als überwiegend staatlich finanziert und weist damit eine besondere Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB auf.⁷⁰²

cc) Fraktionen

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben haben die Fraktionen gemäß § 50 Abs. 1 AbgG Anspruch auf Geld- und Sachleistungen aus dem Bundeshaushalt. Anders als die Parteien werden die Fraktionen praktisch ausschließlich aus staatlichen Mitteln finanziert, weisen also eine besondere Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB auf.⁷⁰³

2. Ergebnis zum Oberschwellenbereich

Die Bundes- und Landesverbände der Parteien sind unter der Voraussetzung einer überwiegenden staatlichen Finanzierung (§ 99 Nr. 2 lit. a GWB) als funktionelle öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren. Soweit dies der Fall ist, unterfallen sie dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.

Die Fraktionen erfüllen alle Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB und unterfallen somit (stets) dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.

⁷⁰⁰ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 C. I. 2.

⁷⁰¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 3.10.2000, Rs. C-380/98, „University of Cambridge“ = NZBau 2011, 218 = VergabeR 2001, 111, Rn. 40 f.

⁷⁰² Näher zur besonderen Staatsgebundenheit der Parteien i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB oben, Kapitel 2 C. III. 2. b).

⁷⁰³ Näher hierzu oben, Kapitel 2 C. III. 2. c).

II. Unterschwellenbereich

Fraglich ist, ob die Parteien und Fraktionen bei Auftragsvergaben, die den jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwert nicht erreichen oder überschreiten, an vergaberechtliche Vorschriften gebunden sind. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine Differenzierung nach Haushaltsvergaberecht, Landesvergabegesetzen und EU-Primärvergaberecht.

1. Haushaltsvergaberecht

Eine Einrichtung gilt als öffentlicher Auftraggeber i. S. d. Haushaltsvergaberechts, wenn die für sie maßgeblichen haushaltsrechtlichen Regelungen eine Ausschreibungspflicht vorsehen.⁷⁰⁴ Eine solche Ausschreibungspflicht enthält weder das für die Parteien geltende PartG noch das für die Fraktionen geltende AbgG (§§ 45 bis 54). Das staatliche Haushaltsrecht, insbesondere § 55 BHO, kann auf die Parteien keine Anwendung finden, da diese zu den zivilgesellschaftlichen Organisationen zählen. Auch die Fraktionen sind zur Anwendung des § 55 BHO nicht verpflichtet, weil die für sie geltenden speziellen Vorschriften zur Haushalts- und Wirtschaftsführung (§ 51 Abs. 1 AbgG) einer Anwendung der staatlichen Haushaltsordnung entgegenstehen. Die Parteien und Fraktionen unterliegen somit keiner haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht. Sie sind demzufolge nicht zur Anwendung des Haushaltsvergaberechts verpflichtet.⁷⁰⁵

2. Landesvergabegesetze

Die Vergabegesetze der Länder Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, NRW, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein verweisen ohne Einschränkung auf den funktionellen Auftraggeberbegriff i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB. Die Vergabegesetze der Länder Sachsen-Anhalt und Thüringen verweisen nur insoweit auf den funktionellen

⁷⁰⁴ Reichling, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 2 Rn. 113; Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 48; Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, Einl. GWB Rn. 27.

⁷⁰⁵ Näher zur Frage, ob die Parteien u. Fraktionen einer haushaltsvergaberechtlichen Bindung unterliegen oben, Kapitel 3 A. I.

Auftraggeberbegriff, wie es sich um eine juristische Person des Privatrechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB handelt.

Die Fraktionen gelten als juristische Personen des öffentlichen Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB und erfüllen darüber hinaus alle weiteren Voraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs. Sie unterfallen daher dem persönlichen Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze von Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, NRW, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein.

Die Bundes- und Landesverbände der Parteien sind bei Vorliegen einer überwiegenden staatlichen Finanzierung (§ 99 Nr. 2 lit. a GWB) als funktionelle öffentliche Auftraggeber zu bewerten. Soweit dies der Fall ist, unterfallen sie als juristische Personen des Privatrechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der vorgenannten Landesvergabegesetze sowie zusätzlich dem persönlichen Anwendungsbereich der Vergabegesetze von Sachsen-Anhalt und Thüringen.

3. Primärvergaberecht

Dem Auftraggeberbegriff des Primärvergaberechts unterfallen alle (öffentlich-rechtlichen) Träger staatlicher Gewalt. Privatrechtlich organisierte Einrichtungen sind erfasst, wenn diese einer (tatsächlichen) staatlichen Kontrolle unterliegen und bei Ausübung ihrer Tätigkeit keinem wirtschaftlichen Wettbewerb ausgesetzt sind.⁷⁰⁶

Die Parteien sind zivilrechtlich verfasst, ohne einer staatlichen Kontrolle zu unterliegen. Sie sind zudem keinem wirtschaftlichen, sondern (lediglich) einem politischen Wettbewerb ausgesetzt. Die Parteien gelten daher nicht als primärvergaberechtliche Auftraggeber und unterfallen demzufolge nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des Primärvergaberechts.⁷⁰⁷

Anders als bei den Parteien handelt es sich bei den Fraktionen um öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen. Die Fraktionen sind aber nicht selbst

⁷⁰⁶ Näher zum Auftraggeberbegriff des Primärvergaberechts oben, Kapitel 3 C. II. 1.

⁷⁰⁷ Näher zur Frage, ob die Parteien als primärvergaberechtliche Auftraggeber zu bewerten sind oben, Kapitel 3 C. II. 2.

Träger staatlicher Gewalt (§ 46 Abs. 3 AbgG). Zudem ist ihr Handeln dem Staat nicht zuzurechnen, da die Fraktionen keine (unmittelbaren oder mittelbaren) Staatsorgane sind.⁷⁰⁸ Die Fraktionen können daher nicht als primärvergaberechtliche Auftraggeber bewertet werden und unterfallen folglich ebenfalls nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des Primärvergaberechts.⁷⁰⁹

III. Gesamtergebnis

Zu konstatieren ist damit, dass die

- Bundes- und Landesverbände der Parteien unter der Voraussetzung einer überwiegenden staatlichen Finanzierung (§ 99 Nr. 2 lit. a GWB) als funktionelle öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bewerten sind und in diesem Fall dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfallen;
- Fraktionen die drei Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB erfüllen und damit dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfallen;
- Parteien und Fraktionen mangels haushaltsrechtlicher Ausschreibungspflicht nicht zu den öffentlichen Auftraggebern i. S. d. Haushaltsvergaberechts zählen und folglich dem persönlichen Anwendungsbereich des Haushaltsvergaberechts nicht unterfallen;
- Fraktionen als juristische Personen des öffentlichen Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze von Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, NRW, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein unterfallen;
- Bundes- und Landesverbände der Parteien als juristische Personen des Privatrechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der Vergabegesetze von Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, NRW, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen

⁷⁰⁸ Siehe hierzu oben, Kapitel 2 B. I.

⁷⁰⁹ Näher zur Frage, ob die Parteien als primärvergaberechtliche Auftraggeber zu bewerten sind oben, Kapitel 3 C. II. 3.

unterfallen, soweit sie im Einzelfall gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit als funktionelle öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind;

- Parteien und Fraktionen nicht als primärvergaberechtliche Auftraggeber zu qualifizieren sind und demzufolge dem persönlichen Anwendungsbereich des Primärvergaberechts nicht unterfallen.

B. Rechtsauffassungen der Parteien und Fraktionen

Der Verlauf der bisherigen Untersuchung hat ergeben, dass die Bundes- und Landesverbände der Parteien sowie die Parlamentsfraktionen auf Bundes- und Landesebene bei Auftragsvergaben zur Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften verpflichtet sein können. Mit Blick auf dieses vorläufige Untersuchungsergebnis drängt sich die Frage auf, ob und, wenn ja, inwieweit die Parteien und Fraktionen tatsächlich Auftragsvergaben unter Berücksichtigung der jeweils maßgeblichen vergaberechtlichen Bestimmungen durchführen. Zur Beantwortung dieser Frage wurden die im Bundestag vertretenen Parteien sowie die Bundes- und Landtagsfraktionen unter Verwendung des als Anlage beigefügten Fragebogens um Stellungnahme gebeten.⁷¹⁰ Die Anonymisierung aller Antworten wurde den Parteien und Fraktionen zugesagt.

Nachfolgend wird zunächst der wesentliche Inhalt der eingegangenen (inhaltlichen) Stellungnahmen der Parteien (hierzu unter I.) und Fraktionen dargestellt (hierzu unter II.). Anschließend erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit den in diesen Stellungnahmen vertretenen Rechtsauffassungen der Parteien und Fraktionen (hierzu unter III.).

⁷¹⁰ Es handelt sich um eine nicht repräsentative Befragung.

I. Parteien

Lediglich drei der sieben⁷¹¹ im Bundestag vertretenen Parteien haben auf die Umfrage reagiert.

Eine im Bundestag vertretene Partei teilte mit, dass sie eigene Vorschriften („Beschaffungsrichtlinie“) erlassen habe, welche die Durchführung von Auftragsvergaben regelt. Diese schreiben u. a. vor, dass ab einem Auftragsvolumen von 5.000 Euro Angebote von drei verschiedenen Anbietern einzuholen seien. Eine Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts lehnt die befragte Partei ab, da Parteien als nichteingetragene Vereine organisiert und daher keine juristischen Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB seien. Zur Frage ihrer haushaltsvergaberechtlichen Bindung teilte die befragte Partei mit, dass Parteien Organisationen des Privatrechts und keine öffentlich-rechtlichen Körperschaften seien. Die einzigen Vorgaben die Parteien für ihre Ausgaben zu beachten hätten, seien Art. 21 Abs. 1 S. 4 GG (Rechenschaftspflicht) sowie § 1 Abs. 4 PartG (Zweckbindung der Mittel) zu entnehmen. Aus den gleichen Gründen, d. h. aufgrund ihrer zivilrechtlichen Rechtsnatur, seien auch die Landesvergabegesetze auf die Parteien nicht anzuwenden. Entsprechend habe die befragte Partei noch keinen Auftrag im Wege einer vergaberechtlichen Verfahrensart vergeben. Dennoch würden bei Auftragsvergaben die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit des Verfahrens sowie die Gleichbehandlung der Bieter beachtet, jedenfalls soweit dies für die Einhaltung der Vorgaben aus dem PartG und den hausinternen Richtlinien für notwendig erachtet werde. Mittelständische Interessen würden ebenfalls berücksichtigt, insbesondere indem bei Auftragsvergaben in der Regel versucht werde, einen „*regionalen Bezug*“ herzustellen. Für die Eignungsprüfung gebe es „*interne Kriterien*“. Zur Form der Angebotseinholung wurde mitgeteilt, dass Auftragsvergaben elektronisch per E-Mail oder schriftlich abgewickelt würden. Eine Angebots- oder Zuschlagsfrist werde nicht benannt. Gleiches gelte für die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung. Verhandlungen über den Angebotsinhalt, insbesondere über den Preis, seien im Jahr 2017 in hoher zweistelliger Anzahl

⁷¹¹ 19. Wahlperiode.

geführt worden. Ohne weitere Erläuterung teilte die befragte Partei ferner mit, dass soziale und ökologische Aspekte bei der Auftragsvergabe berücksichtigt würden. Nach Abschluss des Verfahrens würden die unterlegenen Bieter unverzüglich über die Zuschlagserteilung oder die Aufhebung des Verfahrens unterrichtet. Im erstgenannten Fall werde den unterlegenen Bietern auch der Name des erfolgreichen Bieters mitgeteilt und das Ergebnis der Entscheidung begründet. An der Entscheidung über den Zuschlag wirkten in der Regel mindestens zwei Personen mit (Vier-Augen-Prinzip). Zur Dokumentation des Verfahrens werde ein Vergabevermerk angelegt. Angaben zum Inhalt des Vergabevermerks machte die befragte Partei aber nicht.

Eine andere im Bundestag vertretene Partei teilte ohne weitere Begründung mit, dass man „aus grundsätzlichen Erwägungen“ heraus beschlossen habe, sich nicht an der Umfrage zu beteiligen.

Eine dritte Partei erklärte, dass man nach Rücksprache mit dem Schatzmeister den Fragebogen nicht ausfüllen werde. Eine vergaberechtliche Bindung der Parteien bestünde jedenfalls nicht. Die parteieigenen Kriterien bei der Vergabe von Aufträgen seien, dass die beauftragten Unternehmen tariflich gebunden und die Produkte fair produziert und ökologisch vertretbar sein müssten.

II. Fraktionen

Zur Befragung der Bundes- und Landtagsfraktionen wurde der als Anlage beigefügte Fragebogen den Parlamentspräsidentinnen und Parlamentspräsidenten mit der Bitte übersandt, diesen an die Fraktionen zur Beantwortung weiterzuleiten. Das Ergebnis der Umfrage stellt sich insoweit wie folgt dar:

1. Bundestagsfraktionen

Die Fraktionen im Deutschen Bundestag haben auf die Umfrage nicht reagiert, obwohl seitens der Bundestagsverwaltung (Vergabestelle) mitgeteilt wurde, dass der als Anlage beigefügte Fragebogen an die Fraktionen weitergeleitet worden sei.

2. Landtagsfraktionen

Von den Landtagsfraktionen haben lediglich zwei Fraktionen aus zwei verschiedenen Landesparlamenten eine inhaltliche Stellungnahme verfasst, wobei auf die Verwendung des als Anlage beigefügten Fragebogens verzichtet wurde. Die übrigen Landtagsfraktionen haben entweder nicht reagiert oder (aus nicht näher bezeichneten Gründen) eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Befragungsthema abgelehnt.

a) Stellungnahmen der Landtagsfraktionen

aa) Niedersachsen

Eine Niedersächsische Landtagsfraktion führte aus, dass die investiven Ausgaben der Fraktion sowie auch der Umfang der Liefer- und Dienstleistungsaufträge insgesamt relativ gering seien. Als Zusammenschluss frei gewählter Abgeordneter sei die Fraktion nicht Teil der Landesverwaltung. Insofern seien landesvergaberechtliche Vorgaben auf die Fraktionen des Landtags nicht eins zu eins anzuwenden. Gleichwohl werde sich bemüht, bspw. bei der Vergabe von Druck- oder Dienstleistungsaufträgen in der Regel mehrere Anbieter vor der Auftragsvergabe um ein Angebot zu bitten, soweit dies mit Blick auf die finanzielle Größenordnung der Ausgabe angemessen erscheine. Im Übrigen seien alle relevanten und veröffentlichungspflichtigen Angaben zur Rechnungslegung dem vom Niedersächsischen Landtag veröffentlichten Rechenschaftsbericht zu entnehmen.

bb) Sachsen

Eine Sächsische Landtagsfraktion teilte mit, dass davon ausgegangen werde, dass die Fraktionen Regelungen wie denen der Sächsischen Haushaltsordnung nicht unterworfen seien. Die Überprüfung der wirtschaftlichen und ordnungsgemäßen Mittelverwendung obliege dem Sächsischen Rechnungshof, der hierbei die Grundsätze der Haushaltsordnung nicht anwende. Die jährliche öffentliche Rechenschaftslegung werde als Parlamentsdrucksache im elektronischen Dokumentations- und

Archivsystem des Sächsischen Landtags veröffentlicht. Es sei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Fraktionen nicht Teil der öffentlichen Verwaltung seien, sondern einen eigenen Charakter als Tendenzbetrieb hätten. Die direkte Anwendbarkeit von Gesetzen und Verordnungen, die die Vergabepaxis der öffentlichen Hand regeln sollen, sei somit nicht gegeben. Bei größeren Anschaffungen würden aber mindestens drei Angebote eingeholt werden. Im Übrigen sei das Beschaffungsvolumen der Fraktion recht gering. Auftragsvergaben im Bereich des EU-Oberschwellenbereiches kämen überhaupt nicht vor, da generell keine Leistungen beauftragt würden, die mit höheren Kosten als einer fünfstelligen Summe im niedrigen Bereich zu veranschlagen sind. Weiter teilte die befragte Fraktion mit, dass ökologische und soziale Aspekte bei Auftragsvergaben berücksichtigt würden. Dies äußere sich darin, dass grundsätzlich mit entsprechend ausgerichteten Unternehmen zusammengearbeitet werde und diese Zusammenarbeit teilweise „über Jahre gepflegt“ werde.

b) Stellungnahmen der Landesparlamente

Überwiegend haben die Landesparlamente für die Landtagsfraktionen geantwortet, zum Teil unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass es sich um ein gemeinsames, mit den Fraktionen abgestimmtes Antwortschreiben handele. Dabei haben folgende Landesparlamente eine inhaltliche Stellungnahme verfasst:

aa) Brandenburg

Der Brandenburgische Landtag teilte zur Beantwortung der Umfrage mit, dass die Fraktionen als eigenständige Gliederungen im Landtag Brandenburg, die mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestattet sind, selbstständig und unabhängig an der Arbeit des Landtages mitwirkten und die parlamentarische Willensbildung unterstützten. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben erhielten die Fraktionen Zuschüsse vom Land Brandenburg über deren ordnungsgemäße Verwendung sie jährlich gegenüber dem/der Präsident/in des Landtages Rechnung zu legen hätten. Bei der Verwendung der Mittel der Fraktionen sei das Fraktionsgesetz des Landes Brandenburg (FraktG) zu beachten. Demnach fänden gemäß § 9 Abs. 3 FraktG die Vorschriften über die öffentliche

Haushalts- und Wirtschaftsführung auf die Fraktionen des Landtages nur eingeschränkt Anwendung.

bb) Bremen

Der Präsident der Bremischen Bürgerschaft teilte mit, dass dieser von den Fraktionsgeschäftsführern übereinstimmend gebeten worden sei, die vom Vorstand der Bremischen Bürgerschaft am 29. November 2016 beschlossenen Ausführungsbestimmungen zur Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen nach § 41 Abs. 1 des Bremischen Abgeordnetengesetzes zu übersenden. In diesem Zusammenhang wies der Präsident der Bremischen Bürgerschaft ausdrücklich auf Nummer 4 der Ausführungsbestimmungen hin, welche die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen regelt. Danach gilt Folgendes: *„Fraktionen sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Sie haben deshalb das Bremische Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe in der jeweils geltenden Fassung sowie die sonstigen einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften anzuwenden.“* Im Übrigen teilte der Präsident der Bremischen Bürgerschaft mit, dass eine Beantwortung des Fragebogens nicht erfolgen werde.

cc) Hamburg

Der Direktor bei der Hamburgischen Bürgerschaftskanzlei wies darauf hin, dass dieser von den in der Hamburgischen Bürgerschaft vertretenen Fraktionen gebeten worden sei, darüber zu informieren, dass die Beantwortung des Fragebogens die Arbeitskapazität der Fraktionen übersteigen würde und dass das *„Befragungsdesign“* in Bezug auf das, was vergleichsweise kleine Einheiten (mit einem ganz erheblichen Teil Personalkosten) an Aufträgen vergeben, aus Sicht der Fraktionen überdimensioniert sei. Auch sei das Aufaddieren vieler kleiner Vergabevorgänge mit einem nicht darstellbaren Aufwand verbunden. Im Übrigen wurde darauf hingewiesen, dass die Aufteilung der Fraktionsetats auf Personalkosten, laufende Kosten, Investitionen etc. den jeweils als

Bürgerschaftsdrucksache veröffentlichten Rechenschaftsberichten der Fraktionen zu entnehmen seien.

dd) Nordrhein-Westfalen

Der Präsident des Landtags von Nordrhein-Westfalen wies zunächst darauf hin, dass sich die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen in den letzten Jahren deutlich verändert hätten, um größtmöglichen Wettbewerb sicherzustellen. Die Fraktionen seien rechtlich selbstständig und erteilten Aufträge eigenverantwortlich. Die Umfrage könne daher nur von den Fraktionen beantwortet werden. Eine Befassung mit Fraktionsangelegenheiten wie auch die Weiterleitung von Anfragen an die Fraktionen stehe dem Präsidenten nicht zu.

ee) Sachsen-Anhalt

Die Parlamentsverwaltung des Landtags von Sachsen-Anhalt wies darauf hin, dass die fünf im Landtag von Sachsen-Anhalt vertretenen Fraktionen mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestattete Vereinigungen des Landtages seien. Insbesondere seien die Fraktionen nicht Teil der öffentlichen Verwaltung und übten keine öffentliche Gewalt aus. Die Fraktionen erhielten monatliche Zuschüsse, deren Höhe im Haushaltsplan festgelegt werde. Über diese Zuschüsse hätten die Fraktionen in Einnahmen und Ausgaben gesondert Buch zu führen und Rechnung zu legen. Die jeweils von einer internen Fraktionsprüfungskommission und eines Wirtschaftsprüfers geprüfte Rechnung werde der Präsidentin des Landtages von Sachsen-Anhalt in aggregierter Form zur Veröffentlichung als Drucksache zugeleitet.

ff) Thüringen

Die Thüringische Parlamentsverwaltung führte aus, dass nach § 49 Abs. 1 S. 1 Thüringer Abgeordnetengesetz (ThürAbgG) die Fraktionen zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben einen Anspruch auf Geld- und Sachleistungen sowie auf personelle Unterstützung hätten. Nach § 51 S. 1 und 2 ThürAbgG dürften die Fraktionen Geld- und Sachleistungen nur für Aufgaben verwenden, die sich aus der Verfassung des Freistaats Thüringen, dem

Thüringer Abgeordnetengesetz und der Geschäftsordnung des Thüringer Landtags ergeben, wobei die Grundsätze einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung zu beachten seien. Nach dem geltenden Thüringer Vergabegesetz seien Fraktionen zur Anwendung des Vergaberechts nicht verpflichtet, da sie keine öffentlichen Auftraggeber seien. Bei der Vergabe von Aufträgen der Fraktionen werde die bestimmungsmäßige und wirtschaftliche Verwendung der Fraktionszuschüsse gewährleistet; dies werde auch entsprechend dokumentiert. Nach den §§ 54 und 55 ThürAbgG seien die einschlägigen Dokumentationen - selbst nach einer Prüfung durch den Präsidenten des Rechnungshofs - nicht öffentlich. Mit Rücksicht auf diese bindende Vorgabe des Gesetzgebers sei die Beantwortung des Fragebogens leider nicht möglich.

III. Zusammenfassung und Bewertung

Die Parteien und Fraktionen haben äußerst zurückhaltend auf die Umfrage reagiert. So hat sich lediglich eine von insgesamt sieben im Bundestag vertretenen Parteien (unter Verwendung des als Anlage beigefügten Fragebogens) mit dem Umfragethema näher befasst. Ein ganz ähnliches Bild ergibt sich bei den Fraktionen, da sich auch hier nur wenige Landtagsfraktionen überhaupt mit dem Umfragethema inhaltlich auseinandergesetzt haben. Zumeist haben die Fraktionen, wie insbesondere die Bundestagsfraktionen, auf die Umfrage nicht reagiert oder lediglich (sinngemäß) mitgeteilt, dass eine Teilnahme an der Umfrage nicht in Betracht komme. Die Resonanz auf die Umfrage fällt damit insgesamt recht gering aus. Die Gründe hierfür lassen sich nur vermuten. Einige Fraktionen und Landesparlamente haben das „*Befragungsdesign*“⁷¹² bemängelt und von einer Beantwortung des Fragebogens aufgrund des damit verbundenen Aufwands Abstand genommen. Diese Einwände sind jedoch wenig überzeugend, da es sich von selbst verstehen dürfte, dass ein Fragebogen nur zu beantworten ist, soweit dies dem Teilnehmer an der Umfrage möglich und zumutbar ist. Es hätte also völlig genügt, wenn nur ein Teil des Fragebogens beantwortet worden wäre oder aber aus Anlass der Umfrage eine eigene

⁷¹² So die Stellungnahme der Hamburgischen Bürgerschaftskanzlei.

(kurze) inhaltliche Stellungnahme zur Frage der vergaberechtlichen Bindung der Parteien und Fraktionen verfasst worden wäre, so wie dies auch von einigen Fraktionen gehandhabt wurde. Vor diesem Hintergrund wirkt der Verweis auf die Gestaltung des Fragebogens und den mit einer Teilnahme an der Umfrage verbundenen Aufwand recht vorgeschoben und erweckt zugleich den Eindruck, dass eine große Unsicherheit im Hinblick auf die Frage besteht, ob die Parteien und Fraktionen bei Auftragsvergaben vergaberechtlichen Vorschriften unterliegen. Bestärkt wird dieser Eindruck durch Absagen mit diffusen Begründungen, wie etwa, dass von einer Teilnahme „aus grundsätzlichen Erwägungen“⁷¹³ abgesehen werde. Korrespondierend zu dieser offenkundigen Unsicherheit, fallen die eingegangenen Stellungnahmen größtenteils oberflächlich aus, weil diese eine Differenzierung zwischen Kartellvergaberecht, Haushaltsvergaberecht, Landesvergabegesetzen und Primärvergaberecht größtenteils vermissen lassen und damit die Regelungsstruktur des Vergaberechts nicht hinreichend berücksichtigen. Hinzu kommt, dass die vergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen überwiegend fehlerhaft eingeschätzt wird, worauf nachfolgend näher einzugehen ist.

- *Zu den Parteien*

So etwa äußerte eine Partei, dass das Kartellvergaberecht auf politische Parteien nicht anwendbar sei, weil diese als nichtrechtsfähige Vereine organisiert und daher keine juristischen Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB seien. Diese Auffassung verkennt jedoch, dass der Begriff der juristischen Person i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB funktionell und daher „untechnisch“ zu verstehen ist. Daher sind neben (vollrechtsfähigen) juristischen Personen des öffentlichen Rechts (z. B. rechtsfähige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen d. ö. R.) und des privaten Rechts (z. B. eingetragene Vereine) auch teilrechtsfähige Rechtssubjekte, wie etwa nichtrechtsfähige Vereine als juristische Person i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bewerten. Die Parteien zählen daher zu den juristischen Personen des Privatrechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB,

⁷¹³ So die Stellungnahme einer im Bundestag vertretenen Partei.

unabhängig davon, ob sie als rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Verein verfasst sind.⁷¹⁴

Ferner wurde gegen eine Bindung an das Haushaltsvergaberecht und die Landesvergabegesetze eingewandt, dass die Parteien keine öffentlich-rechtlichen Körperschaften seien und (daher) bei ihren Ausgaben ausschließlich Art. 21 Abs. 1 S. 4 GG (Rechenschaftspflicht) und § 1 Abs. 4 PartG (Zweckbindung der Mittel) zu beachten hätten.

Richtig ist insoweit, dass die Parteien nicht zu den öffentlich-rechtlichen Körperschaften, sondern - wie eben erwähnt - zu den Organisationen der Zivilgesellschaft zählen.⁷¹⁵ Als solche können sie nicht an die Vorgaben des staatlichen Haushaltswesens (insbesondere § 55 BHO/LHO) gebunden sein.⁷¹⁶ Teilweise unzutreffend ist aber die Einschätzung, dass die zivilrechtliche Rechtsnatur der Parteien einer Anwendung der Landesvergabegesetze entgegenstünde. Denn während das Haushaltsvergaberecht⁷¹⁷ ausschließlich institutionelle, also öffentlich-rechtlich verfasste Einrichtungen erfasst, nehmen die Landesvergabegesetze von Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, NRW, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen zur Definition des persönlichen Anwendungsbereichs auf den Begriff des funktionellen öffentlichen Auftraggebers Bezug. Diese Landesvergabegesetze finden somit auch auf juristische Personen des privaten Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB Anwendung, zu denen auch die Parteien zählen, und zwar unabhängig davon, ob sie als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine organisiert sind.⁷¹⁸

- *Zu den Fraktionen*

Eine vergaberechtliche Bindung der Fraktionen wird von den Landesparlamenten wie auch von den Fraktionen selbst im Wesentlichen mit Verweis auf die aus § 46 Abs. 3 AbgG bzw. den entsprechenden

⁷¹⁴ Näher zur Einordnung der Parteien als juristische Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB oben, Kapitel 2 C. I. 2.

⁷¹⁵ Eingehend zur Rechtsnatur der Parteien oben, Kapitel 2 C. II. b) bb) (1).

⁷¹⁶ Siehe hierzu oben, Kapitel 3 A. I. 2.

⁷¹⁷ Näher zur haushaltsvergaberechtlichen Bindung der Parteien oben, Kapitel 3 A. I. 2.

⁷¹⁸ Näher zur landesvergabegesetzlichen Bindung der Parteien oben, Kapitel 3 B.

landesrechtlichen Vorschriften folgende „besondere Rechtsstellung“ der Fraktionen abgelehnt. Die direkte Anwendbarkeit von Gesetzen und Verordnungen, die die Vergabepaxis der öffentlichen Hand regeln sollen, sei daher nicht gegeben.⁷¹⁹ Diese Auffassung kann jedoch nicht überzeugen.

Zur Begründung ist zunächst an den Regelungszweck des § 46 Abs. 3 AbgG zu erinnern, mit dem sich die Fraktionen und Landesparlamente offensichtlich nicht näher befasst haben. Dieser besteht ausweislich der Gesetzesmaterialien (lediglich) darin klarzustellen, dass die Fraktionen als Gliederungen des Parlaments zur Legislative und nicht zur Exekutive gehören und dementsprechend parlamentarische Aufgaben und keine hoheitlichen, also öffentlich-rechtlichen Verwaltungsaufgaben, wahrnehmen.⁷²⁰ Dagegen kann den Gesetzesmaterialien nicht entnommen werden, dass die Fraktionen mit Schaffung des § 46 Abs. 3 AbgG vom Anwendungsbereich bestimmter Vorschriften, insbesondere solcher, die dem Vergaberecht zuzuordnen sind, unmittelbar ausgenommen werden sollten. Dementsprechend ist es nicht überzeugend, eine vergaberechtliche Bindung der Fraktionen mit einem (pauschalen) Verweis auf § 46 Abs. 3 AbgG abzulehnen.

Wie im Rahmen der vorliegenden Untersuchung aufgezeigt, kommt es vielmehr darauf an, ob die Fraktionen dem Auftraggeberbegriff und damit dem persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfallen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich das Vergaberecht seiner Regelungsstruktur nach in das Kartell-, Haushalts- und Primärvergaberecht sowie die Landesvergabegesetze gliedert. Entsprechend heterogen ist der Auftraggeberbegriff und damit der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgestaltet. Während im Kartellvergaberecht sowie einem Großteil der Landesvergabegesetze ein funktioneller Auftraggeberbegriff gilt, ist der Auftraggeberbegriff des Haushaltsvergaberechts und des Primärvergaberechts (im Wesentlichen) institutionell geprägt, d. h. es werden primär Einrichtungen erfasst, die aufgrund ihrer öffentlich-rechtliche Organisationsform formal der öffentlichen Hand zuzuordnen sind.⁷²¹

⁷¹⁹ So die Stellungnahme einer sächsischen Landtagsfraktion.

⁷²⁰ Vgl. BT-Drs. 12/4756, S. 6; BT-Drs. 12/6067, S. 10; *Braun/Jantsch/Klante*, AbgG, § 46 Rn. 18; *Lontzek*, in: Austermann/Schmahl, AbgG, § 46 Rn. 18.

⁷²¹ *Reichling*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 2 Rn. 113.

Vor diesem Hintergrund hätten sich die Fraktionen und Landesparlamente zur Beurteilung der Frage, ob die Fraktionen zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sind, mit den unterschiedlichen Auftraggeberbegriffen des Vergaberechts eingehend befassen müssen, was jedoch nicht geschehen ist. Insgesamt drängt sich damit der Eindruck auf, dass den Fraktionen und Parlamenten die Regulationsstruktur des Vergaberechts nicht hinreichend bekannt ist, da davon auszugehen ist, dass deren Stellungnahmen andernfalls differenzierter ausgefallen wären. Insbesondere fehlt es an einer ernsthaften Auseinandersetzung mit dem funktionellen Auftraggeberbegriff i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB, auf den auch ein Großteil der Landesvergabegesetze Bezug nimmt. Für den funktionellen Auftraggeberbegriff ist es unerheblich, dass die Parlamentsfraktionen kein Teil der öffentlichen Verwaltung sind und keine öffentliche Gewalt ausüben.

Entscheidend ist allein, dass die Fraktionen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB erfüllen, weil sie als juristische Personen des öffentlichen Rechts zu bewerten sind, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnehmen und aufgrund ihrer überwiegenden staatlichen Finanzierung eine besondere Staatsgebundenheit i. S. d. § 99 Nr. 2 lit. a GWB aufweisen.⁷²² Dieses Ergebnis wird offenbar lediglich von der Bremischen Bürgerschaft geteilt, da in Nr. 4 der Ausführungsbestimmungen zur Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen - welche vom Vorstand der Bremischen Bürgerschaft am 29. November 2016 beschlossenen wurden - explizit darauf hingewiesen wird, dass die Fraktionen als öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB zu bewerten sind und daher insbesondere das Bremische Vergabegesetz, welches auf § 99 GWB verweist (§ 2 Abs. 1 BremTVgG), anzuwenden haben.

Insgesamt ist damit zu konstatieren, dass die Parteien und Fraktionen ihre vergaberechtliche Bindung überwiegend fehlerhaft einschätzen. Lediglich in Bezug auf das Haushaltsvergaberecht wird korrekt davon ausgegangen, dass eine vergaberechtliche Bindung insoweit nicht besteht. Nachfolgend soll aber aufgezeigt werden, dass gute Gründe dafür sprechen, die Parteien und

⁷²² Näher zur Einordnung der Fraktionen als funktionelle öffentliche Auftraggeber oben, Kapitel 2 C.

Fraktionen „de lege ferenda“ einer haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht zu unterwerfen.

C. Gesetzliche Umsetzung einer haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht der Parteien und Fraktionen

Die Untersuchung hat ergeben, dass für die Parteien und Fraktionen eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht nicht existiert und sie daher an das Haushaltsvergaberecht nicht gebunden sind.⁷²³ Gleichwohl sprechen triftige Gründe für eine entsprechende Verpflichtung, die nachfolgend erläutert werden sollen (hierzu unter I.). Hieran anschließend soll ein Vorschlag unterbreitet werden, wie eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht der Parteien und Fraktionen auf Ebene des Bundes gesetzlich umgesetzt werden kann (hierzu unter II.)

I. Gründe

Das BVerfG bezeichnet das Vergaberecht als die Gesamtheit der Gesetze, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat.⁷²⁴ Regelungsgegenstand des Vergaberechts ist demnach der Einkauf von Leistungen aller Art, die der Staat zu seiner Bedarfsdeckung benötigt. Da die Beschaffungstätigkeit durch Steuergelder finanziert wird, ist Grundlage der staatlichen Beschaffung in Deutschland traditionell das Haushaltsrecht, welches gemäß § 6 Abs. 1 HGrG, §§ 7 Abs. 1, 34 Abs. 2 S. 1 BHO/LHO die wirtschaftliche und sparsame Verwendung von öffentlichen Finanzmitteln zum Ziel hat.⁷²⁵ Die Haushaltsordnungen von Bund und Ländern konkretisieren diesen Grundsatz dahingehend, dass beim Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine Öffentliche

⁷²³ Siehe hierzu oben, Kapitel 3 A.

⁷²⁴ BVerfGE 116, 135 [135]; vgl. auch *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, Einl. Rn. 1; *Müller*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, Einf. Rn. 14 f.; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 1 Rn. 1.; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, Einf. Rn. 1; *Burgi*, Vergaberecht, § 1 Rn. 1 f.; *Koenig/Haratsch*, NJW 2003, 2637, 2637.

⁷²⁵ *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 1 Rn. 2.

Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen (§ 55 BHO/LHO).⁷²⁶ Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist damit Anlass für die Existenz des Haushaltsvergaberechts und dementsprechend dessen oberste Zielsetzung.⁷²⁷

Ähnlich wie staatliche Stellen verfügen die Parteien und Fraktionen über beträchtliche öffentliche Finanzmittel. Dies veranschaulicht nachfolgende Tabelle am Beispiel der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien und Fraktionen für das Rechnungsjahr 2017:

| Organisation | Einnahmen aus öffentlichen Finanzausweisungen im Jahr 2017 | |
|----------------------------|---|--------------------------------|
| | Partei ⁷²⁸ | Fraktion ⁷²⁹ |
| CDU/CSU | CDU: 48.361.704,25 EUR CSU: 11.779.090,46 EUR | 35.555.093,81 EUR |
| SPD | 49.210.195,78 EUR | 24.045.422,33 EUR |
| BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN | 15.819.010,95 EUR | 13.165.144,96 EUR |
| AfD | 7.548.879,14 EUR | 3.030.209,68 EUR |
| DIE LINKE | 12.200.789,91 EUR | 13.303.991,67 EUR |
| FDP | 11.746.087,14 EUR | 2.774.280,65 EUR |

Die Summe der Einnahmen aus öffentlichen Finanzausweisungen im Jahr 2017 beträgt damit aufseiten der Parteien 156.665.757,63 EUR und aufseiten der Fraktionen 91.874.143,10 EUR.

⁷²⁶ *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 1 Rn. 2.

⁷²⁷ *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 1 Rn. 41.

⁷²⁸ Laut BT-Drs. 19/7000.

⁷²⁹ Laut BT-Drs. 19/3700.

Angesichts dieses Umfangs staatlicher Finanzausweisungen, besteht ein unbestreitbares öffentliches Interesse daran, dass die Parteien und Fraktionen die erhaltenen staatlichen Finanzmittel wirtschaftlich und sparsam verwenden. Dementsprechend sollte für die Parteien und Fraktionen eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht normiert werden, weil eine solche Verpflichtung ein seit jeher bewährtes haushaltsrechtliches Instrument darstellt, um die wirtschaftliche und sparsame Verwendung öffentlicher Finanzmittel zu gewährleisten.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Parteien und Fraktionen - ganz ähnlich wie die öffentliche Hand - weitgehend außerhalb der klassischen Marktmechanismen stehen, da sie in erheblichem Maße über öffentliche Zuschüsse finanziert werden, ihre politische Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist und sie daher nicht in gleicher Weise wie Private zum wirtschaftlichen und sparsamen Umgang mit den ihnen zur Verfügung gestellten Mitteln tatsächlich gezwungen sind. Daher besteht gerade bei den Parteien und Fraktionen die naheliegende Gefahr, dass Aufträge und damit öffentliche Finanzmittel nicht ausschließlich unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, sondern sachfremder Kriterien vergeben werden, etwa indem bei der Zuschlagserteilung oder - noch wahrscheinlicher - bereits bei der Auswahl derjenigen Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, berücksichtigt wird, ob es sich um politisch nahestehende Unternehmen handelt. Es bedarf deshalb eines rechtlichen „Korsetts“, das die Auftragsvergaben der Parteien und Fraktionen in geordnete Bahnen lenkt und eine wirtschaftliche und sparsame Mittelverwendung gewährleistet. Diesem Zweck dient eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht.

Die tatsächliche Notwendigkeit einer solchen Verpflichtung, ergibt sich aus dem Umstand, dass die Parteien und Fraktionen bei ihren Auftragsvergaben Kriterien zugrunde legen, welche die wirtschaftliche und sparsame Mittelverwendung akut gefährden. So wurde im Rahmen der durchgeführten Umfrage mitgeteilt, dass bei Auftragsvergaben versucht werde, einen

„regionalen Bezug“⁷³⁰ herzustellen oder aber, dass die Zusammenarbeit mit Unternehmen „über Jahre gepflegt“⁷³¹ werde.

Während erstgenannte Praxis eine vergaberechtlich unzulässige offene Diskriminierung (potentieller) Bieter darstellt, legt die zweitgenannte Praxis den Verdacht eines „Haus und Hof Lieferantentums“ nahe, welcher das Vergaberecht u. a. durch die Vorgaben begegnen will, dass bei Verfahren ohne Auftragsbekanntmachung zwischen den beauftragten Unternehmen regelmäßig zu wechseln ist (§§ 11 Abs. 4, 12 Abs. 2 S. 2 UVgO) und die Laufzeit von Rahmenvereinbarungen vier (§ 21 Abs. 6 VgV) bzw. sechs (§ 15 Abs. 4 UVgO) Jahre nicht übersteigen darf. Beide genannten Praktiken stehen einer wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung klar entgegen, weil diese den (potentiellen) Bieterkreis beschränken und damit unweigerlich zu einer erheblichen Einengung des Wettbewerbs führen. Ein möglichst breiter Wettbewerb gewährleistet aber am verlässlichsten, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird.

Gegen die Notwendigkeit eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht kann nicht eingewendet werden, dass das Beschaffungsvolumen einzelner Parteien und Fraktionen ggf. relativ gering ausfällt.⁷³² Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die wirtschaftliche und sparsame Verwendung öffentlicher Mittel in Gänze nur dann sichergestellt ist, wenn alle Stellen die öffentliche Finanzmittel erhalten, diesem Grundsatz bei der Mittelverwendung verpflichtet sind. Daher kann es auch für eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht nicht auf das konkrete Beschaffungsvolumen, sondern allein darauf ankommen, ob überhaupt öffentliche Mittel verwendet werden. Ergänzend ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass das Vergaberecht geringen Auftragsvolumina Rechnung trägt, etwa indem mit dem Direktauftrag (§ 3a Abs. 4 VOB/A; § 14 UVgO) und der Freihändigen Vergabe (§§ 3 Nr. 3, 3a Abs. 3 VOB/A; § 3 Abs. 1 S. 3 und Abs. 5 VOL/A) bzw. Verhandlungsvergabe (§§ 8 Abs. 4, 12 UVgO) besondere

⁷³⁰ So die Stellungnahme einer im Bundestag vertretenen Partei, siehe hierzu oben, Kapitel 4 B. I.

⁷³¹ So die Stellungnahme einer Sächsischen Landtagsfraktion, siehe hierzu oben, Kapitel 4 B. II. 2. a) cc).

⁷³² So die Stellungnahme einer Sächsischen Landtagsfraktion; siehe hierzu oben, Kapitel 4 B. II. 2. a) cc).

Verfahrensarten existieren, deren Durchführung mit einem sehr überschaubaren Verwaltungsaufwand verbunden ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht die verfassungsrechtlich gesicherte politische Betätigungsfreiheit der Parteien und Fraktionen nicht tangiert, da das Vergaberecht nicht das „ob“, sondern lediglich das „wie“, also die Art und Weise staatlicher Mittelverwendung betrifft. Dementsprechend kann die (politische) Erforderlichkeit einer Beschaffungsmaßnahme durch den Bundesrechnungshof nicht kontrolliert werden.

Nach alledem ist eine gesetzlich normierte haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht der Parteien und Fraktionen als notwendiges und geeignetes Mittel zu bewerten, um die wirtschaftliche und sparsame Verwendung öffentlicher Finanzmittel zu gewährleisten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung nur gesichert ist, wenn eine Stelle existiert, die dazu berufen ist, deren Einhaltung zu kontrollieren. Eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht der Parteien und Fraktionen muss daher von einer entsprechenden Regelung flankiert werden, wobei als zuständige Prüfstelle nur der Bundesrechnungshof in Betracht kommt.

II. Umsetzung

Im Hinblick auf die Umsetzung einer gesetzlich normierten haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht der Parteien und Fraktionen auf Ebene des Bundes, einschließlich einer entsprechenden Prüfungskompetenz des Bundesrechnungshofs, stellt sich zunächst die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz.

1. Gesetzgebungskompetenz

a) Parteien

Art. 21 Abs. 5 GG erteilt dem Bundesgesetzgeber den ausdrücklichen und verbindlichen Auftrag „*das Nähere*“ zu den Parteien zu regeln. Es handelt

sich um eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz i. S. d. Art. 71 GG.⁷³³ Die sachliche Reichweite dieser Gesetzgebungskompetenz betrifft insbesondere den Parteibegriff, die Mitwirkung der Parteien an der politischen Willensbildung des Volkes, die Rechtsstellung der Parteien im Rechtsverkehr und im gerichtlichen Verfahren, die innere Ordnung und die Rechnungslegungspflicht sowie das Verfahren und den Vollzug des Parteiverbots.⁷³⁴ Über die Frage, ob eine staatliche Parteienfinanzierung zulässig oder unzulässig ist, trifft die Verfassung keine direkte Aussage. Das BVerfG hat aber aus der Bedeutung der politischen Tätigkeit der Parteien für das repräsentativ-demokratische System des GG gefolgert, dass *„der Staat verfassungsrechtlich nicht gehindert [ist], den Parteien Mittel für die Finanzierung der allgemein ihnen nach dem Grundgesetz obliegenden Tätigkeiten zu gewähren.“*⁷³⁵ Der Bundesgesetzgeber ist daher befugt, *„die Parteien bei der Erfüllung der ihnen durch ihren verfassungsrechtlichen Status zugewiesenen Aufgaben finanziell zu unterstützen, soweit hierdurch die von der Verfassung gewährleistete Offenheit des Prozesses der politischen Willensbildung des Volkes nicht beeinträchtigt wird.“*⁷³⁶ Zudem darf der *„Staat den Parteien nicht mehr zuwenden, als sie unter Beachtung des Gebots sparsamer Verwendung öffentlicher Mittel [...] zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.“*⁷³⁷ Der Finanzbedarf der Parteien soll hierdurch „verobjektiviert“ werden, um der Gefahr zu begegnen, dass der Bürger den Eindruck gewinnt, die Parteien „bedienten“ sich aus der Staatskasse, was zu einer Verminderung ihres Ansehens führen und letztlich ihre Fähigkeit beeinträchtigen würde, die ihnen von der Verfassung zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen.⁷³⁸ Gleichmaßen ist das öffentliche Ansehen der Parteien gefährdet, wenn der Bürger den Eindruck gewinnt, dass die Parteien die erhaltenen öffentlichen Mittel verschwenderisch verwenden. Nicht nur bei der Mittelgewährung, sondern auch bei der Mittelverwendung muss daher das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit von den Parteien beachtet werden. Dementsprechend darf der Bundesgesetzgeber Regelungen treffen,

⁷³³ Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 138.

⁷³⁴ Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 21 Rn. 139.

⁷³⁵ BVerfGE 85, 264 [285 ff.].

⁷³⁶ BVerfGE 85, 264 [288].

⁷³⁷ BVerfGE 85, 264 [290].

⁷³⁸ BVerfGE 85, 264 [290].

deren Zweck darin besteht, die wirtschaftliche und sparsame Verwendung der den Parteien gewährten staatlichen Mittel sicherstellen. Diesem Zweck dient eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht. Der Staat ist demzufolge befugt, eine entsprechende Verpflichtung der Parteien durch Bundesgesetz zu normieren.

b) Fraktionen

Die Bundestagsfraktionen leiten ihre Rechte aus der Mandatsfreiheit des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ab.⁷³⁹ Die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die nähere Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses der Fraktionen folgt daher aus Art. 38 Abs. 3 GG, wobei die Verfassung über die Frage, ob eine staatliche Fraktionsfinanzierung zulässig oder unzulässig ist, keine unmittelbare Aussage trifft. Das BVerfG hat aber anerkannt, „*dass die Fraktionen [...] mit staatlichen Zuschüssen finanziert werden [dürfen], weil sie als ständige Gliederungen des Bundestages der ‚organisierten Staatlichkeit‘ eingefügt sind.*“⁷⁴⁰ Diese Befugnis ist weit zu verstehen, d. h. der Gesetzgeber darf nicht nur die staatlichen Zahlungen an die Fraktionen dem Grunde und der Höhe nach regeln, sondern darüber hinaus Bestimmungen vorsehen, die die Mittelverwendung betreffen, insbesondere für welche Zwecke die Fraktionen die staatlichen Zahlungen verwenden dürfen, ob über die Verwendung der Mittel Rechnung zu legen und in welcher Weise die Mittelverwendung zu kontrollieren ist. Entsprechende Regelungen wurden mit dem 16. Gesetz zur Änderung des AbgG (sog. „Fraktionsgesetz“) vom 11. März 1994⁷⁴¹ in das AbgG (§§ 50 Abs. 4, 51, 52, 53) aufgenommen. Da eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht ebenfalls die Mittelverwendung betrifft, ist der Gesetzgeber befugt, eine entsprechende Verpflichtung in das AbgG aufzunehmen.

⁷³⁹ BVerfGE 70, 324 [362]; 80, 188 [219]; 84, 304 [322]; 112, 118 [135].

⁷⁴⁰ BVerfGE 80, 188 [231]; vgl. auch BVerfGE 20, 56 [104]; 62, 194 [202].

⁷⁴¹ BGBl. I S. 526; grundlegend zum „Fraktionsgesetz“ *Schmidt-Jortzig*, NVwZ 1994, 1145; *Morlok*, NJW 1995, 29.

2. Regelungsvorschlag

Eine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht der Parteien und Fraktionen sollte sich aus Gründen der Einheitlichkeit des Haushaltsvergaberechts an § 55 BHO orientieren. Demgemäß sollte in das PartG bzw. in den elften Abschnitt des AbgG (§§ 45 ff.) eine Regelung aufgenommen werden, die in Abs. 1 folgendes bestimmen:

„Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Teilnahmewettbewerb ist ein Verfahren, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien auswählt und zur Abgabe von Angeboten auffordert.“

Sodann ist fraglich, ob entsprechend § 55 Abs. 2 BHO den Parteien und Fraktionen überlassen wird, die vorgenannte Ausschreibungspflicht durch eigene „Richtlinien“ zu konkretisieren. Konkret hieße das, eine Anwendung der Vergabeordnungen dem Ermessen der Parteien und Fraktionen zu überantworten. Hiergegen spricht allerdings, dass die Bieter und Bewerber eines Vergabeverfahrens aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz darauf vertrauen können müssen, dass die Parteien und Fraktionen aufgrund ihrer haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht bei der Durchführung ihrer Vergabeverfahren einer Bindung an anerkannte haushaltsvergaberechtliche Regelungen, wie sie insbesondere in den geltenden Vergabeordnungen niedergelegt sind, unterliegen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass jede Partei und jede Fraktion die haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht in unterschiedlicher Art und Weise konkretisiert, was letztlich eine „Zersplitterung“ des Haushaltsvergaberechts zur Folge hätte. Ferner würde die Gefahr bestehen, dass die Parteien und Fraktionen überhaupt keine Konkretisierung der haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht durch Richtlinien vornehmen, sodass diese letztlich weitestgehend leerliefe. Dass diese Gefahr konkret besteht, zeigt ein Vergleich mit § 51 Abs. 1 AbgG.

Danach werden Einzelheiten der Haushalts- und Wirtschaftsführung der Fraktionen in Ausführungsbestimmungen geregelt, die der Ältestenrat nach Anhörung des Bundesrechnungshofes erlässt. Bis heute haben die im Ältestenrat vertretenen Fraktionen von dieser Ermächtigung aber keinen Gebrauch gemacht.⁷⁴²

Vor diesem Hintergrund ist eine Regelung auf gesetzlicher Ebene notwendig, die die Parteien und Fraktionen zur Anwendung der einschlägigen Vergabeordnungen verpflichtet. Da dynamische Verweisungen verfassungsrechtlich bedenklich sind,⁷⁴³ sollte hierbei auf eine konkrete Fassung der jeweiligen Vergabeordnung verwiesen werden. Um bei Änderungen oder Neufassungen der Vergabeordnungen eine gesetzliche Anpassung entbehrlich zu machen, empfiehlt es sich, den Bundestagspräsidenten als staatliche Stelle zu ermächtigen, in einem solchen Fall die jeweils anzuwendende Fassung (z. B. im Bundesanzeiger) verbindlich zu bestimmen. Abschließend ist zu erwähnen, dass ergänzende Vergaberichtlinien, die von den Parteien und Fraktionen im Rahmen ihrer Organisationsautonomie erlassen werden, und bspw. die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien im Vergabeverfahren regeln, unbedenklich sind, soweit diese nicht im Widerspruch zu den geltenden Vergabeordnungen stehen. Eine gesetzliche Klarstellung ist insoweit zu empfehlen. Nach alledem sollte der bereits vorgeschlagene Abs. 1 um folgenden Abs. 2 ergänzt werden:

„Beim Abschluss der Verträge sind

- *die Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterswellenvergabeordnung – UVgO) in der Fassung vom 2. Februar 2017 (BAnz. AT 7. Februar 2017, B1, 8. Februar 2017 B1) und*
- *die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Abschnitt 1 der VOB/A 2016 vom 23. Juni 2016 in der Fassung der Bekanntmachung*

⁷⁴² Braun/Jantsch/Klante, AbgG, § 51 Rn. 4; Waldhoff, in: Austermann/Schmahl, AbgG, § 51 Rn. 4.

⁷⁴³ Dies gilt jedenfalls für die VOB/A, die anders als die UVgO nicht durch eine staatliche, also (mittelbar) demokratisch legitimierte Stelle (das zuständige Bundesministerium), sondern durch den Deutschen Vergabe- u. Vertragsausschuss für Bauleistungen, mithin einem privatrechtlich verfassten Gremium erarbeitet wird; vgl. in diesem Zusammenhang Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 109 f. m w. N.

vom 1. Juli 2016 B4 sowie die VOB/B in der Ausgabe 2016 (BAnz. AT 13. Juli 2012 B3 mit den Änderungen, veröffentlicht in BAnz AT 19. Januar 2016 B3 sowie der Berichtigung in BAnz AT 1. April 2016 B1 2016) anzuwenden. Die in Satz 1 genannten Vergabeordnungen sind bei deren Änderung oder Neufassung in der Fassung anzuwenden, die der Bundestagspräsident im Bundesanzeiger für verbindlich erklärt hat. Die [Parteien/Fraktionen] können ergänzende Richtlinien erlassen, soweit diese nicht im Widerspruch zu den jeweils maßgeblichen Vergabeordnungen stehen.“⁷⁴⁴

Schließlich bedarf es noch eines Regelungsvorschlags zur Umsetzung der für notwendig befundenen Prüfungskompetenz des Bundesrechnungshofs, wobei klarstellend aufgenommen werden kann, dass die politische Tätigkeit der Parteien und Fraktionen nicht Gegenstand der Prüfung sein darf. Konkret kommt eine gesetzliche Umsetzung (als Abs. 3) in Anlehnung an § 53 Abs. 1 und 2 AbgG wie folgt in Betracht:

„Der Bundesrechnungshof prüft die Einhaltung der vergaberechtlichen Verpflichtungen gemäß Absatz 1 und Absatz 2. Bei der Prüfung sind die Rechtsstellung und die Aufgaben der [Parteien/Fraktionen] zu beachten. Die politische Erforderlichkeit einer Maßnahme ist nicht Gegenstand der Prüfung.“

⁷⁴⁴ Ähnliche Formulierungen finden sich in den Landesvergabegesetzen, vgl. z. B. § 3 Abs. 1 u. 2 VGSH.

Kapitel 5 - Untersuchungsergebnisse

Die Untersuchungsergebnisse lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

1. Unter Berücksichtigung der Regelungsstruktur des Vergaberechts ist die vergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen für das Kartellvergaberecht, das Haushaltsvergaberecht, die Landesvergabegesetze und das Primärvergaberecht gesondert zu untersuchen.
2. Der persönliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts erfasst insbesondere alle sog. funktionellen öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB.
3. Als funktionelle öffentliche Auftraggeber gelten juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie eine besondere Staatsgebundenheit (z. B. aufgrund überwiegender staatlicher Finanzierung, § 99 Nr. 2 lit. a GWB) aufweisen.
4. Die Parteien und Fraktionen gelten als juristische Personen des Privatrechts (Parteien) bzw. öffentlichen Rechts (Fraktionen) i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB und werden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrzunehmen.
5. Im Hinblick auf die dritte Tatbestandsvoraussetzung gilt zunächst, dass die Parteien wegen der relativen Finanzierungsobergrenze des § 18 Abs. 5 S. 1 PartG grundsätzlich keine überwiegende staatliche Finanzierung aufweisen können. Da sich die relative Finanzierungsobergrenze aber auf die Gesamtpartei bezieht, ist es möglich, dass die Bundes- und Landesverbände der Parteien als Empfänger der gem. §§ 18 ff. PartG gewährten staatlichen Mittel im Einzelfall überwiegend staatlich finanziert werden. Soweit dies der Fall ist, unterfallen sie als funktionelle öffentliche Auftraggeber dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.

6. Die Fraktionen werden praktisch ausschließlich staatlich finanziert, erfüllen also stets alle Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs; demzufolge unterfallen die Fraktionen dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.
7. Das Haushaltsvergaberecht findet auf die Parteien und Fraktionen keine Anwendung, da für diese keine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht (z. B. § 55 BHO/LHO) existiert.
8. Die Fraktionen unterfallen als juristische Personen des öffentlichen Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze von Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, NRW, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein.
9. Die Bundes- und Landesverbände der Parteien unterfallen als juristische Personen des Privatrechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der vorerwähnten Landesvergabegesetze sowie zusätzlich dem persönlichen Anwendungsbereich der Vergabegesetze von Sachsen-Anhalt und Thüringen, soweit sie im Einzelfall gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit als funktionelle öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind.
10. Das Primärvergaberecht findet nur auf staatliche Hoheitsträger oder private Einrichtungen Anwendung, die staatlich kontrolliert werden.
11. Die Parteien zählen zu den zivilrechtlichen Organisationen, können aber aufgrund der verfassungsrechtlich gewährleisteten Staatsfreiheit der Parteien keiner staatlichen Kontrolle unterliegen; sie unterfallen demzufolge nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des Primärvergaberechts.
12. Auf die Fraktionen findet das Primärvergaberecht keine Anwendung, weil diese keine staatliche Hoheitsgewalt ausüben (§ 46 Abs. 3 AbgG).
13. Eine (nicht repräsentative) Umfrage des Verf. hat ergeben, dass eine vergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen von diesen selbst, wie auch von den Landesparlamenten, praktisch einhellig

abgelehnt wird. Die Stellungnahmen der Parteien, Fraktionen und Landesparlamente können jedoch kaum überzeugen, da diese die Regelungsstruktur des Vergaberechts nicht ausreichend berücksichtigen und sich zudem auf falsche („Parteien sind keine juristischen Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB“) oder diffuse Begründungen („besondere Rechtsstellung der Fraktionen“) zurückziehen.

14. Angesichts der enormen finanziellen Mittel, welche die Parteien und Fraktionen staatlicherseits erhalten, votiert das unbestreitbare öffentliche Interesse an einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung staatlicher Finanzmittel dafür, die Parteien und Fraktionen auf gesetzlicher Ebene einer haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht, einschließlich einer Bindung an die geltenden Vergabeordnungen (VOB/A, UVgO), zu unterwerfen.

Anlage 1 – Fragebogen

A. Art und Umfang der Auftragsvergabe

I. Jährliches Beschaffungsvolumen

Bitte geben Sie das geschätzte jährliche Beschaffungsvolumen (= Summe aller Auftragsvergaben des Jahres 2017) an:

_____ Euro netto

II. Beschaffungsvolumen nach Auftragsart

Bitte konkretisieren Sie das Beschaffungsvolumen, indem Sie Wert und Anzahl der im Jahre 2017 vergebenen Aufträge benennen.

| Baufträge | |
|---------------------------------|---------------------------------------|
| Wert | Anzahl der Vergaben 2017 (ca.) |
| bis 500,00 EUR | |
| 500,01 EUR bis 1.000,00 EUR | |
| 1.000,01 EUR bis 2.999,99 EUR | |
| 3.000,00 EUR bis 4.999,99 EUR | |
| 5.000,00 EUR bis 9.999,99 EUR | |
| 10.000,00 EUR bis 14.999,99 EUR | |
| 15.000,00 EUR bis 19.999,99 EUR | |
| 20.000,00 EUR bis 24.999,99 EUR | |
| 25.000,00 EUR bis 50.000,00 EUR | |
| > 50.000,00 EUR | |

| Lieferaufträge | |
|---------------------------------|---------------------------------------|
| Wert | Anzahl der Vergaben 2017 (ca.) |
| bis 500,00 EUR | |
| 500,01 EUR bis 1.000,00 EUR | |
| 1.000,01 EUR bis 2.999,99 EUR | |
| 3.000,00 EUR bis 4.999,99 EUR | |
| 5.000,00 EUR bis 9.999,99 EUR | |
| 10.000,00 EUR bis 14.999,99 EUR | |
| 15.000,00 EUR bis 19.999,99 EUR | |
| 20.000,00 EUR bis 24.999,99 EUR | |
| 25.000,00 EUR bis 50.000,00 EUR | |
| > 50.000,00 EUR | |

| Dienstleistungsaufträge (ohne freiberufliche Dienstleistungsaufträge) | |
|--|---------------------------------------|
| Wert | Anzahl der Vergaben 2017 (ca.) |
| bis 500,00 EUR | |
| 500,01 EUR bis 1.000,00 EUR | |
| 1.000,01 EUR bis 2.999,99 EUR | |
| 3.000,00 EUR bis 4.999,99 EUR | |
| 5.000,00 EUR bis 9.999,99 EUR | |
| 10.000,00 EUR bis 14.999,99 EUR | |
| 15.000,00 EUR bis 19.999,99 EUR | |
| 20.000,00 EUR bis 24.999,99 EUR | |
| 25.000,00 EUR bis 50.000,00 EUR | |
| > 50.000,00 EUR | |

| Dienstleistungsaufträge freiberuflicher Art | |
|--|---------------------------------------|
| Wert | Anzahl der Vergaben 2017 (ca.) |
| bis 500,00 EUR | |
| 500,01 EUR bis 1.000,00 EUR | |
| 1.000,01 EUR bis 2.999,99 EUR | |
| 3.000,00 EUR bis 4.999,99 EUR | |
| 5.000,00 EUR bis 9.999,99 EUR | |
| 10.000,00 EUR bis 14.999,99 EUR | |
| 15.000,00 EUR bis 19.999,99 EUR | |
| 20.000,00 EUR bis 24.999,99 EUR | |
| 25.000,00 EUR bis 50.000,00 EUR | |
| > 50.000,00 EUR | |

III. Auftragsvergaben im EU-Oberschwellenbereich

Bitte geben Sie an, wie viele Aufträge Sie im Jahre 2017 vergeben haben, die den jeweils geltenden EU-Schwellenwert erreicht bzw. überschritten haben.

| Art | Anzahl der Vergaben im EU-Oberschwellenbereich im Jahre 2017 (ca.) |
|--|---|
| Baufträge | |
| Liefer- und (freiberufliche) Dienstleistungsaufträge | |

IV. Höchster Auftragswert

Bitte benennen Sie den jeweils höchsten Auftragswert der im Jahre 2017 vergebenen Bau-, Liefer- und (freiberuflichen) Dienstleistungsaufträge.

| Art | Höchster Netto-Auftragswert 2017 (ca.) |
|---|---|
| Baufträge | |
| Lieferaufträge | |
| Dienstleistungsaufträge | |
| Dienstleistungsaufträge freiberuflicher Art | |

B. Rechtsgrundlagen

I. Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften

Unabhängig von der Frage einer etwaigen Rechtspflicht: Wenden Sie bei Ihren Auftragsvergaben vergaberechtliche Vorschriften (z. B. GWB, VgV, VOB/A, VOL/A, UVgO, Landesvergabegesetz) an?

Ja

Nein

Sofern ja: Bitte erläutern Sie in diesem Textfeld, welche vergaberechtlichen Vorschriften Sie konkret anwenden.

II. Beschaffungsrichtlinie

Haben Sie eigene Vorschriften (bspw. eine „Beschaffungsrichtlinie“) erlassen, welche die Durchführung Ihrer Auftragsvergaben regeln?

Ja

Nein

Sofern ja: Bitte erläutern Sie in diesem Textfeld den Inhalt der von Ihnen erlassenen vergaberechtlichen Vorschriften (gerne dürfen Sie stattdessen Ihre internen vergaberechtlichen Vorschriften zur Kenntnis übersenden).

III. Anwendbarkeit des Kartellvergaberichts (sog. Oberschwellenbereich)

Das durch europäisches Sekundärrecht geprägte Kartellvergabericht findet u. a. auf alle sog. funktionellen öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB Anwendung. Hierbei handelt es sich um juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen und die eine besondere Staatsnähe aufweisen, weil sie z. B. überwiegend staatlich finanziert werden.

Erfüllen Parlamentsfraktionen aus Ihrer Sicht die (drei) Tatbestandsvoraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB?

Ja

Nein

Bitte erläutern Sie Ihre Antwort in diesem Textfeld, indem Sie Gründe anführen, die aus Ihrer Sicht für bzw. gegen eine kartellvergaberichtliche Bindung der Parlamentsfraktionen sprechen.

IV. Haushaltsvergabericht (sog. Unterschwellenbereich)

Ebenso wie staatliche Stellen, haben Parlamentsfraktionen die ihnen zur Verfügung gestellten Geld- und Sachleistungen wirtschaftlich zu verwenden (vgl. § 53 Abs. 1 AbgG). Zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen Mittelverwendung verpflichtet das Haushaltsvergabericht (vgl. § 30 HGrG, § 55 BHO/LHO) dazu, Verträge nur nach vorhergehender Ausschreibung abzuschließen.

Sind die Parlamentsfraktionen aus Ihrer Sicht - ebenso wie staatliche Stellen - an das im Unterschwellenbereich geltende Haushaltsvergabericht (§ 30 HGrG bzw. § 55 BHO/LHO) gebunden?

Ja

Nein

Bitte erläutern Sie Ihre Antwort in diesem Textfeld, indem Sie Gründe anführen, die aus Ihrer Sicht für bzw. gegen eine haushaltsvergaberichtliche Bindung der Parlamentsfraktionen sprechen.

V. Landesvergaberichte

Sind die Parlamentsfraktionen aus Ihrer Sicht zur Anwendung des örtlich geltenden Landesvergaberichts verpflichtet?

Ja

Nein

Bitte erläutern Sie Ihre Antwort in diesem Textfeld, indem Sie Gründe anführen, die aus Ihrer Sicht für bzw. gegen eine Bindung der Parlamentsfraktionen an das örtlich geltende Landesvergabericht sprechen.

C. Durchführung der Auftragsvergabe

I. Verfahrensart

Unabhängig von der Frage einer etwaigen Rechtspflicht: Haben Sie im vergangenen Jahr ein Offenes Verfahren, ein Nicht offenes Verfahren ein Verhandlungsverfahren oder - bei Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich - eine Öffentliche Ausschreibung, eine Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb oder eine Verhandlungsvergabe bzw. Freihändige Vergabe entsprechend den jeweils einschlägigen Bestimmungen des Vergaberechts durchgeführt?

Ja

Nein

Sofern ja: Bitte geben Sie in diesem Textfeld an, welche Verfahrensart(en) Sie der Anzahl nach durchgeführt haben.

II. Vergabegrundsätze

Beachten Sie bei Ihren Auftragsvergaben die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit des Verfahrens sowie die Gleichbehandlung der Unternehmen?

Ja

Nein

Bitte erläutern Sie Ihre Antwort in diesem Textfeld. Bitte geben Sie hierbei auch an, auf welche Art und Weise Sie die vorgenannten Vergabegrundsätze berücksichtigen.

III. Mittelständische Interessen

Berücksichtigen Sie mittelständische Interessen, indem Sie Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) vergeben?

Ja

Nein

Ggf. könne Sie Ihre Antwort in diesem Textfeld erläutern.

IV. Abschließende und erschöpfende Leistungsbeschreibung

Teilen Sie den Unternehmen eine Leistungsbeschreibung mit, die den Auftragsgegenstand abschließend und erschöpfend beschreibt *oder* teilen Sie lediglich eine stichwort-/schlagwortartige Beschreibung mit und überlassen den Unternehmen die nähere Ausgestaltung des Leistungsgegenstands?

Wir beschreiben den Leistungsgegenstand abschließen und erschöpfend

Wir verwenden eine stichwort-/schlagwortartige Beschreibung

Ggf. können Sie in diesem Textfeld Ihre Antwort erläutern.

V. Auswahl der Bieter (Eignungsprüfung)

Prüfen Sie vor einer Auftragsvergabe die Fachkunde und Leistungsfähigkeit (Eignung) der Unternehmen sowie das Vorliegen von Ausschlussgründen (vgl. §§ 122 ff. GWB)?

Ja

Nein

Wenn ja: Bitte erläutern Sie welche Eignungskriterien Sie typischerweise berücksichtigen und mit welchen Unterlagen (bspw. Eigenerklärungen) die Unternehmen ihre Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben.

VI. Form und Frist

Wickeln Sie Auftragsvergaben schriftlich oder elektronisch ab (Mehrfachnennungen möglich)?

- Elektronisch per E-Mail
- Elektronisch über ein Vergabeportal (bspw. DTVP)
- Schriftlich per Post oder Fax
- Mündlich (bspw. telefonisch)

Teilen Sie den Unternehmen eine Angebotsfrist mit?

- Ja
- Nein

Teilen Sie den Unternehmen eine Bindefrist (= der Zeitraum, in dem ein Bieter an sein Angebot gebunden ist) mit?

- Ja
- Nein

Ggf. können Sie Ihre Antworten in diesem Textfeld erläutern.

VII. Einholung von Vergleichsangeboten

Sofern Sie einen Auftrag („freihändig“) vergeben wollen, wie viele Unternehmen fordern Sie in der Regel zur Abgabe eines Angebotes auf?

- Ein Unternehmen
- Zwei Unternehmen
- Drei Unternehmen
- Mehr als drei Unternehmen

Bitte erläutern Sie, nach welchen (Eignungs-)Kriterien Sie die Unternehmen auswählen (ggf. Verweis auf Punkt C. V. möglich).

VIII. Verhandlungen

Kommt es vor, dass Sie nach Angebotsabgabe mit den Bietern über inhaltliche Änderungen der Angebote oder über die Preise sprechen bzw. verhandeln?

- Ja
- Nein

Bitte erläutern Sie Ihre Antwort in diesem Textfeld. Bitte geben Sie auch die geschätzte Anzahl von Vergabeverfahren des Jahres 2017 an, im Rahmen derer Sie Verhandlungen geführt haben.

IX. Wechsel der beauftragten Unternehmen

Wechseln Sie regelmäßig zwischen den beauftragten Unternehmen?

- Ja
- Nein

Ggf. können Sie hier Ihre Antwort erläutern.

X. Berücksichtigung sozialer Aspekte

Berücksichtigen Sie soziale Aspekte (wie z. B. Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns, Tariftreue und Entgeltgleichheit, Maßnahmen zur Frauenförderung, Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen) bei der Auftragsvergabe (etwa durch Einholung entsprechender Verpflichtungserklärungen)?

Ja

Nein

Sofern ja: Bitte erläutern Sie in diesem Textfeld, auf welche Weise Sie soziale Aspekte bei der Auftragsvergabe berücksichtigen.

XI. Berücksichtigung ökologischer Aspekte

Berücksichtigen Sie ökologische Aspekte bei der Auftragsvergabe?

Ja

Nein

Sofern ja: Bitte erläutern Sie in diesem Textfeld, auf welche Weise Sie ökologische Aspekte bei der Auftragsvergabe berücksichtigen.

XII. Zuschlagskriterien

Berücksichtigen Sie neben dem Preis - soweit möglich - auch andere Zuschlagskriterien?

Ja

Nein

Teilen Sie die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen (bspw. im Anschreiben) den Unternehmen verbindlich mit?

Ja

Nein

Sofern ja: Bitte benennen Sie in diesem Textfeld die von Ihnen typischerweise verwendeten Zuschlagskriterien.

XIII. Unterrichtung der Bieter

Unterrichten Sie die unterlegenen Bieter nach Abschluss des Verfahrens unverzüglich über die Zuschlagserteilung oder über die Aufhebung des Verfahrens?

Ja

Nein

Unterrichten Sie die unterlegenen Bieter über den Namen des erfolgreichen Bieters?

Ja

Nein

Begründen Sie gegenüber den unterlegenen Bietern das Ergebnis Ihrer Entscheidung?

Ja

Nein

D. Dokumentation und Organisation

I. Vergabevermerk

Dokumentieren Sie Ihre Auftragsvergaben in einem (Vergabe-)Vermerk?

Ja

Nein

Wenn ja: Enthält der Vermerk folgende Angaben (Zutreffendes bitte ankreuzen)?

- Gegenstand und (geschätzter) Wert des Auftrags
- Begründung der vergaberechtlichen Verfahrensart
- Zuschlagskriterien und deren Gewichtung
- ggf. die Gründe, aufgrund derer von einer Teil- oder Fachlosvergabe abgesehen wurde
- ggf. die Gründe, für eine Abweichung von dem Gebot der produkt- und herstellerneutralen Leistungsbeschreibung
- Dokumentation etwaiger Verhandlungen
- Dokumentation etwaiger Aufklärungen über den Angebotsinhalt
- Begründung der Kriterien zur Auswahl der Unternehmen (Eignungskriterien)
- Ergebnis der Eignungsprüfung
- Ergebnis der Prüfung und Wertung der Angebote
- Name der nicht berücksichtigten Unternehmen und deren Angebote
- Name des berücksichtigten Unternehmens und dessen Angebot (Zuschlagsempfänger)
- ggf. die Gründe für eine Aufhebung des Verfahrens

II. Vier-Augen-Prinzip

Wirken an der Entscheidung über den Zuschlag in der Regel mindestens zwei Personen mit?

Ja

Nein

Vielen Dank!

Anlage 2 - Thesenpapier

1. Unter Berücksichtigung der Regulationsstruktur des Vergaberechts ist die vergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen für das Kartellvergaberecht, das Haushaltsvergaberecht, die Landesvergabegesetze und das Primärvergaberecht gesondert zu untersuchen.
2. Der persönliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts erfasst insbesondere alle sog. funktionellen öffentlichen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB.
3. Als funktionelle öffentliche Auftraggeber gelten juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie eine besondere Staatsgebundenheit (z. B. aufgrund überwiegender staatlicher Finanzierung, § 99 Nr. 2 lit. a GWB) aufweisen.
4. Die Parteien und Fraktionen gelten als juristische Personen des Privatrechts (Parteien) bzw. öffentlichen Rechts (Fraktionen) i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB und werden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrzunehmen.
5. Im Hinblick auf die dritte Tatbestandsvoraussetzung gilt zunächst, dass die Parteien wegen der relativen Finanzierungsobergrenze des § 18 Abs. 5 S. 1 PartG grundsätzlich keine überwiegende staatliche Finanzierung aufweisen können. Da sich die relative Finanzierungsobergrenze aber auf die Gesamtpartei bezieht, ist es möglich, dass die Bundes- und Landesverbände der Parteien als Empfänger der gem. §§ 18 ff. PartG gewährten staatlichen Mittel im Einzelfall überwiegend staatlich finanziert werden. Soweit dies der Fall ist, unterfallen sie als funktionelle öffentliche Auftraggeber dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.
6. Die Fraktionen werden praktisch ausschließlich staatlich finanziert, erfüllen also stets alle Tatbestandsvoraussetzungen des funktionellen Auftraggeberbegriffs; demzufolge unterfallen die Fraktionen dem persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.
7. Das Haushaltsvergaberecht findet auf die Parteien und Fraktionen keine Anwendung, da für diese keine haushaltsrechtliche Ausschreibungspflicht (z. B. § 55 BHO/LHO) existiert.

8. Die Fraktionen unterfallen als juristische Personen des öffentlichen Rechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze von Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen, NRW, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein.
9. Die Bundes- und Landesverbände der Parteien unterfallen als juristische Personen des Privatrechts i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB dem persönlichen Anwendungsbereich der vorerwähnten Landesvergabegesetze sowie zusätzlich dem persönlichen Anwendungsbereich der Vergabegesetze von Sachsen-Anhalt und Thüringen, soweit sie im Einzelfall gemäß § 99 Nr. 2 lit. a GWB überwiegend staatlich finanziert werden und damit als funktionelle öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind.
10. Das Primärvergaberecht findet nur auf staatliche Hoheitsträger oder private Einrichtungen Anwendung, die staatlich kontrolliert werden.
11. Die Parteien zählen zu den zivilrechtlichen Organisationen, können aber aufgrund der verfassungsrechtlich gewährleisteten Staatsfreiheit der Parteien keiner staatlichen Kontrolle unterliegen; sie unterfallen demzufolge nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des Primärvergaberechts.
12. Auf die Fraktionen findet das Primärvergaberecht keine Anwendung, weil diese keine staatliche Hoheitsgewalt ausüben (§ 46 Abs. 3 AbgG).
13. Eine (nicht repräsentative) Umfrage des Verf. hat ergeben, dass eine vergaberechtliche Bindung der Parteien und Fraktionen von diesen selbst, wie auch von den Landesparlamenten, praktisch einhellig abgelehnt wird. Die Stellungnahmen der Parteien, Fraktionen und Landesparlamente können jedoch kaum überzeugen, da diese die Regelungsstruktur des Vergaberechts nicht ausreichend berücksichtigen und sich zudem auf falsche („Parteien sind keine juristischen Personen i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB“) oder diffuse Begründungen („besondere Rechtsstellung der Fraktionen“) zurückziehen.
14. Angesichts der enormen finanziellen Mittel, welche die Parteien und Fraktionen staatlicherseits erhalten, votiert das unbestreitbare öffentliche Interesse an einer wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung staatlicher Finanzmittel dafür, die Parteien und Fraktionen auf gesetzlicher Ebene einer haushaltsrechtlichen Ausschreibungspflicht, einschließlich einer Bindung an die geltenden Vergabeordnungen (VOB/A, UVgO), zu unterwerfen.

Anlage 3 - Erklärung des Verf.

Hiermit erkläre ich, dass ich

- die Dissertation selbst angefertigt habe und alle benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in der Arbeit angegeben habe,
- die Hilfe eines Promotionsberaters nicht in Anspruch genommen habe und dass Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt der vorgelegten Dissertation stehen.

Ort, Datum

Unterschrift