

Ralf Schnieders

Vergaberecht: Fälle und Lösungen



Eine Arbeitsgemeinschaft der Verlage

Brill | Schöningh – Fink • Paderborn

Brill | Vandenhoeck & Ruprecht • Göttingen – Böhlau • Wien • Köln

Verlag Barbara Budrich • Opladen • Toronto

facultas • Wien

Haupt Verlag • Bern

Verlag Julius Klinkhardt • Bad Heilbrunn

Mohr Siebeck • Tübingen

Narr Francke Attempto Verlag – expert verlag • Tübingen

Psychiatrie Verlag • Köln

Psychosozial-Verlag • Gießen

Ernst Reinhardt Verlag • München

transcript Verlag • Bielefeld

Verlag Eugen Ulmer • Stuttgart

UVK Verlag • München

Waxmann • Münster • New York

wbv Publikation • Bielefeld

Wochenschau Verlag • Frankfurt am Main

Prof. Dr. Ralf Schnieders lehrt Öffentliches Wirtschaftsrecht an der HTW
Berlin.

Ralf Schnieders

Vergaberecht: Fälle und Lösungen



Umschlagabbildung: © ollo · iStock

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

DOI: <https://doi.org/10.36198/9783838562957>

© UVK Verlag 2025

– Ein Unternehmen der Narr Francke Attempto Verlag GmbH + Co. KG

Dischingerweg 5 · D-72070 Tübingen

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Alle Informationen in diesem Buch wurden mit großer Sorgfalt erstellt. Fehler können dennoch nicht völlig ausgeschlossen werden. Weder Verlag noch Autor:innen oder Herausgeber:innen übernehmen deshalb eine Gewährleistung für die Korrektheit des Inhaltes und haften nicht für fehlerhafte Angaben und deren Folgen. Diese Publikation enthält gegebenenfalls Links zu externen Inhalten Dritter, auf die weder Verlag noch Autor:innen oder Herausgeber:innen Einfluss haben. Für die Inhalte der verlinkten Seiten sind stets die jeweiligen Anbieter oder Betreibenden der Seiten verantwortlich.

Internet: www.narr.de

eMail: info@narr.de

Einbandgestaltung: siegel konzeption | gestaltung

Druck: Elanders Waiblingen GmbH

utb-Nr. 6295

ISBN 978-3-8252-6295-2 (Print)

ISBN 978-3-8385-6295-7 (ePDF)

ISBN 978-3-8463-6295-2 (ePub)



Inhalt

Vorwort	9
Abkürzungsverzeichnis	11
Fall 1 Funktionaler Auftraggeber: der Fall der städtischen Wohnungsbaugesellschaft O	13
1 Sachverhalt	14
2 Lösungsskizze	15
3 Lösung	17
Fall 2 Sektorenauftraggeber: der Fall der öffentlichen Verkehrsbetriebe	23
1 Sachverhalt	24
2 Lösungsskizze	26
3 Lösung	30
Fall 3 Zuwendungsbescheid und Geltung von Vergaberecht	41
1 Sachverhalt	42
2 Lösungsskizze	44
3 Lösung	49
Fall 4 Konzession oder öffentlicher Auftrag?	65
1 Sachverhalt	66
2 Lösungsskizze	67
3 Lösung	68
Fall 5 Besonderheiten (Ausnahmen, Schwellenwert, Vergabeverfahren) bei sozialen Dienstleistungen: Rettungs- und andere Patiententransporte	71
1 Sachverhalt	72

2	Lösungsskizze	73
3	Lösung	75
Fall 6	Auftragswert: Was gehört zum Gesamtwert des Auftrags?	81
1	Sachverhalt	82
2	Lösungsskizze	83
3	Lösung	84
Fall 7	Ausnahmen: Inhouse-Vergabe vs. Verwaltungskooperation	87
1	Sachverhalt	88
2	Lösungsskizze	89
3	Lösung	92
Fall 8	Geltung von Primärrechtsgrundsätzen unterhalb der Schwellenwerte	97
1	Sachverhalt	98
2	Lösungsskizze	99
3	Lösung	102
Fall 9	Angebotswertung und Bewertungsmatrix	111
1	Sachverhalt	112
2	Lösungsskizze	113
3	Lösung	115
Fall 10	Verfahrensart: Dringlichkeitsvergabe bei Daseinsvorsorgeaufgaben	119
1	Sachverhalt	120
2	Lösungsskizze	121
3	Lösung	124
Fall 11	Besonderheiten (Ausnahmen, Schwellenwert, Vergabeverfahren) bei Rechtsberatungsleistungen	131
1	Sachverhalt	132
2	Lösungsskizze	133
3	Lösung	136

Fall 12 Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens	145
1 Sachverhalt	146
2 Lösungsskizze	148
3 Lösung	152
 Fall 13 Sektorenauftragsvergabe am Flughafen	163
1 Sachverhalt	164
2 Lösungsskizze	165
3 Lösung	169
 Fall 14 E-Vergabe	177
1 Sachverhalt	178
2 Lösungsskizze	180
3 Lösung	183
 Fall 15 Aufhebung des Vergabeverfahrens	193
1 Sachverhalt	194
2 Lösungsskizze	195
3 Lösung	201
 Fall 16 Preisbewertungsmethoden/Schulnoten	215
1 Sachverhalt	216
2 Lösungsskizze	218
3 Lösung	219

Vorwort

In den letzten zwanzig Jahren ist ein beträchtlicher Umfang vergaberechtlicher Fachliteratur entstanden, vielfach auch im Internet frei zugängliche. Dies gilt weniger für didaktische Darstellungen der Materie, erst recht nicht für fallbezogene Ausbildungsliteratur. Die vorliegende Fallsammlung will hier eine Lücke schließen. Wie überall in der juristischen Ausbildung wird die Materie am anschaulichsten fallbezogen unterrichtet. Die hier versammelten Fälle hat der Verfasser überwiegend in Vergaberechts-Kursen an seiner Hochschule im Masterstudiengang Wirtschaftsrecht behandelt.

Gerade die ersten Fälle sind nicht repräsentativ für die vergaberechtliche Rechtsprechung, sondern sollen Grundlagenprobleme veranschaulichen, die in der Spruchpraxis häufig vorausgesetzt und deshalb nicht oder nur in Ansätzen problematisiert werden. Die Fälle verfolgen einen didaktischen Ansatz und bauen aufeinander auf:

➤ **Fall 1** und ➤ **Fall 2** beschäftigen sich mit dem Auftraggeberbegriff (klassischer/funktionaler/Sektoren-Auftraggeber), ➤ **Fall 3** mit der Anwendung von Vergaberecht im Zusammenhang mit öffentlichen Zuwendungen. ➤ **Fall 4** problematisiert die Begriffe des öffentlichen Auftrags und der Konzession, ➤ **Fall 5** und ➤ **Fall 11** Besonderheiten für soziale und besondere Dienstleistungen. In ➤ **Fall 6** ist die Berechnung des Auftragswertes und das Überschreiten des Schwellenwertes problematisch. ➤ **Fall 7** hat die Nichtanwendbarkeit des Vergaberechtes bei sog. Inhouse-Vergaben und Verwaltungskooperationen zum Gegenstand. ➤ **Fall 8** gibt ein Beispiel für Fallkonstellationen, in denen im Unterschwellenbereich Grundsätze der EU-Verträge Anwendung finden. ➤ **Fall 9** illustriert die Bewertung des wirtschaftlichsten Angebots mittels einer Bewertungsmatrix. ➤ **Fall 10** hat erstmalig – als erster von mehreren Fällen (12, 14 und 15) – die Prüfung der Zulässigkeit und der Begründetheit eines Vergabe-Rechtsstreits vor einer Vergabekammer zum Inhalt und thematisiert materiell-rechtlich die Frage der zulässigen Vergabeverfahrensart in der Konstellation einer Notvergabe im Bereich der Daseinsvorsorge. ➤ **Fall 12** behandelt die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahren bei der Beschaffung eines bestimmten Software-Produktes und wiederum die Sektorenauftraggeberschaft. ➤ **Fall 13** kombiniert Fragestellungen von Sektorenauftraggebereigenschaft, Abgrenzung des öffentlichen Auftrags

zur Konzession, Bereichsausnahmen von der Anwendung des Oberschwellen-Vergaberechts und Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens. ➤ **Fall 14** problematisiert neben der Sektorenauftraggebereigenschaft Fragen, die sich im Zusammenhang mit der E-Vergabe stellen können. ➤ **Fall 15** hat die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber und daraus entstehende Ansprüche der Bieter zum Inhalt. ➤ **Fall 16** behandelt die lange diskutierte, inzwischen höchstrichterlich entschiedene Rechtsfrage, ob die Bewertung von Angeboten anhand von Schulnoten für die Bieter hinreichend transparent ist.

Für Anregungen, Kritik und Verbesserungsvorschläge ist der Verfasser dankbar unter: ralf.schnieders@htw-berlin.de

Berlin, Februar 2025
Ralf Schnieders

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O. | am angegebenen Ort

Abs. | Absatz, innerhalb eines Paragraphen oder Artikels

AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

AG | Aktiengesellschaft

Aktz. | Aktenzeichen, Kennzeichen eines Falls bei Gericht oder Behörde

ANBest | Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen

Art. | Artikel

BAnz | Bundesanzeiger

Beschl. | Beschluss

BGB | Bürgerliches Gesetzbuch

BGH | Bundesgerichtshof, höchstes Zivil- und Strafgericht in Deutschland

BHO | Bundeshaushaltsordnung

BMF | Bundesministerium der Finanzen

BVerfG | Bundesverfassungsgericht

BVerfGE | amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG | Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE | amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts

CPV Code | Common Procurement Vocabulary, einheitliches Klassifikationssystem für öffentliche Aufträge in der EU

DB | Deutsche Bahn

EG | Europäische Gemeinschaft (in Paragraphenbezeichnungen: die Paragraphen des 2. Abschnitts insbesondere der VOL/A, VOB/A, VOF/A, die eine Umsetzung europäischer Richtlinien darstellen)

EU | Europäische Union (in Paragraphenbezeichnungen: die Paragraphen des 2. Abschnitts insbesondere der VOB/A, die eine Umsetzung europäischer Richtlinien darstellen)

EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union

GG | Grundgesetz

GmbHG | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)

Grds. | grundsätzlich

GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellrecht in Deutschland, Teil 4: EU-Vergaberecht)

i.d.F. | in der Fassung

i.E. | im Ergebnis

i.S.d. | im Sinne des

i.V.m. | in Verbindung mit

KG | Kammergericht (das Berliner Oberlandesgericht)

KonzVgV | Verordnung über die Vergabe von Konzessionen

LHO | Landeshaushaltsordnung

lit. | littera (Buchstabe)

m.w.N. | mit weiteren Nachweisen

Nr. | Nummer

OLG | Oberlandesgericht

ÖPNV | öffentlicher Personennahverkehr

RL | Richtlinie

RRL | Richtlinie zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen

S. | Satz

s.o. | siehe oben

SektVO | Sektorenverordnung (Vergaberecht für Unternehmen in bestimmten Sektoren wie Energie oder Verkehr)

Urt. | Urteil

UVgO | Unterschwellenvergabeordnung (Regelungen für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte)

Verg | Vergabe (in Aktenzeichen)

VgV | Vergabeverordnung, umfasst Regelungen zur Vergabe öffentlicher Aufträge

VK | Vergabekammer

VO | Verordnung

VOB/A | Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A

VOL/A | Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A

vs. | versus (gegen, im Vergleich zu)

VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz, gesetzliche Regelungen für Verwaltungsverfahren in Deutschland

Fall 1 | Funktionaler Auftraggeber: der Fall der städtischen Wohnungsbaugesellschaft O

Fall angelehnt an: OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.12.2016, 6 Verg 4/16

 [https://gerichtsentcheidungen.brandenburg.de/gerichtsentcheidung/9413](https://gerichtsentscheidungen.brandenburg.de/gerichtsentcheidung/9413)

1 Sachverhalt

Die Wohnungsbaugesellschaft Oranienberg mbH (O) ist eine städtische GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Stadt Oranienberg ist. Der Gesellschaftsvertrag bestimmt den Gesellschaftszweck folgendermaßen: „Zweck der Gesellschaft ist die sozial verträgliche Bereitstellung von Wohnraum zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen. Die Gesellschaft darf auch sonstige Geschäfte betreiben, sofern sie dem Gesellschaftszweck (mittelbar oder unmittelbar) dienlich sind.“ Die O will an einem Standort 5 Stadtvillen neu errichten mit 47 Wohnungen, davon 27 Sozialwohnungen, mit einem Gesamtwert von 10 Mio. Euro. Die übrigen 20 Wohnungen sind höherwertig konzipiert und sollen im Gegensatz zu den Sozialwohnungen einen Gewinn erwirtschaften, mit dem dann die Sozialmieten subventioniert werden sollen.

O beauftragt das Bauunternehmen Baumeister AG (B) ohne öffentliche Bekanntmachung mit dem Gewerk Heizung und Sanitär im Gesamtwert von 1 Mio. Euro, nachdem O mit mehreren möglichen Vertragspartnern über die Leistungen verhandelt hatte. Das konkurrierende Bauunternehmen Construction GmbH (C) ist der Ansicht, es habe ein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt werden müssen und will hiergegen vorgehen. O meint, sie sei als Wohnungsunternehmen in einem wettbewerblichen Markt tätig und deshalb nicht als öffentlicher Auftraggeber anzusehen. Deshalb habe nicht nach den Vorgaben des europäischen Vergaberechts ausgeschrieben werden müssen.

Fallfrage: Hätte ein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt werden müssen?

2 Lösungsskizze

Pflicht zur Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens?

A. O-GmbH als Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB

I. Sog. klassischer öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB

„Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen“: Da als GmbH rechtlich selbständig (–)

II. Sog. funktionaler öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB

1. „Andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts“

GmbH (+)

2. „Die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben ... zu erfüllen“

Gesellschaftszweck der W: jedenfalls teilweise sozialer Wohnungsbau und -förderung, sog. „Infizierungstheorie“ (+)

3. „Nichtgewerblicher Art“

Indizien:

- Kein Wettbewerbsmarkt:
Hier: Wohnungsbau grundsätzlich Wettbewerbsmarkt
- Keine Gewinnerzielungsabsicht:
Hier: Tätigkeit nicht marktorientiert, Gewinne fließen dem Hauptzweck, der sozialverträglichen Bereitstellung von Wohnraum, zu

→ Nichtgewerblichkeit (+)

4. Staatsnähe durch Finanzierung oder Kontrolle

a. § 99 Nr. 2 lit. a) GWB

Überwiegende öffentliche Finanzierung

Hier: 100 % staatliche Anteilseignerschaft (+)

b. § 99 Nr. 2 lit. b) GWB

Stadt als Mehrheitsgesellschafter, vgl. §§ 45 ff., insb. § 51 a GmbHG (+)

c. § 99 Nr. 2 lit. c) GWB

§ 46 Nr. 5 GmbHG: Bestellung der Geschäftsführung durch die Gesellschafter. (+)

5. Ergebnis

Öffentlicher Auftraggeber (+)

B. Öffentlicher Auftrag i.S.d. § 103 GWB

Bauftrag i.S.d. § 103 Abs. 3 GWB (+)

C. Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte, § 106 GWB

10 Mio. Euro > 5.538.000 Euro (+)

D. Keine Ausnahmen, §§ 107 ff., 116 ff., 132 GWB (+)**E. Gesamtergebnis**

3 Lösung

Ein europaweites Vergabeverfahren nach den Vorschriften des EU-(Oberschwellen-)Vergaberechts hätte durchgeführt werden müssen, wenn im vorliegenden Fall ein Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB einen öffentlichen Auftrag mit einem Auftragswert oberhalb der europäischen Schwellenwerte nach § 106 GWB vergibt, ohne dass eine Ausnahme von der Anwendung des europäischen Vergaberechts besteht.

A. D als Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB

Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB sind öffentliche Auftraggeber nach § 99 GWB, Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB und Konzessionsgeber nach § 101 GWB.

I. Sog. klassischer Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB

O könnte sog. klassischer öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB sein. Dann müsste sie als „Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen“ anzusehen sein. Gebietskörperschaften sind der Bund, die Länder, Gemeinden und Kreise. Organe und Behörden handeln für die Gebietskörperschaft, der sie zugehören. Insbesondere bloße Verwaltungsuntergliederungen wie z. B. Ministerien und ihnen nachgeordnete Behörden sind keine eigenen Gebietskörperschaften, sondern Behörden derselben (Ziekow § 99 GWB, Rn. 28 in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024). Sondervermögen sind von den Gebietskörperschaften mit organisatorischer und vermögensmäßiger Selbständigkeit, jedoch nicht mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestattete Verwaltungseinheiten. Beispiel hierfür sind insbesondere Eigenbetriebe (vgl. z. B. § 1 Berliner Eigenbetriebegesetz vom 13.07.1999, BlnGVBl. 1999, 374). Eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete juristische Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts kann hingegen kein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB sein. Folglich ist die O GmbH kein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

II. Sog. funktionaler Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB

O könnte als öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB, als sog. funktionaler Auftraggeber, anzusehen sein.

1. Juristische Person des öffentlichen oder des privaten Rechts

Dann müsste sie eine „andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts“ als die Gebietskörperschaften nach Nr. 1 sein. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind die öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträger, nämlich Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Als juristische Personen des Privatrechts werden neben den formal mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten juristischen Personen, wie eingetragene Vereine, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Aktiengesellschaften, bei der gebotenen funktionalen Auslegung auch die nichtrechtsfähigen Gesellschaften wie z. B. die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, angesehen (Ziekow § 99 GWB, Rn. 40 in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024). Die O GmbH ist eine juristische Person des Privatrechts.

2. Aufgaben im Allgemeininteresse

Diese juristische Person muss „zu dem besonderen Zweck gegründet“ worden sein, „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben (...) zu erfüllen“.

Zur Erfüllung des Kriteriums kommt es auf die tatsächliche Wahrnehmung der Tätigkeiten an, nicht in erster Linie auf den ursprünglich bei der Gründung verfolgten, satzungsmäßig dokumentierten Zweck (OLG Brandenburg Beschl. v. 06.12.2016, 6 Verg 4/16). Nicht erforderlich ist ebenfalls, dass der im Allgemeininteresse liegende Zweck ausschließlich verfolgt wird. Auch die nur teilweise Wahrnehmung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben erfüllt die Voraussetzungen des funktionalen Auftraggeberbegriffs (sog. Infizierungstheorie, vgl. OLG Brandenburg Beschl. v. 06.12.2016 – 6 Verg 4/16; EuGH Urt. v. 10.11.1998, C-360/96 Arnheim; Ziekow § 99 GWB, Rn. 74 in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, Kap. 1 Rn. 68).

Die Bereitstellung günstigen Wohnraums für sozial schwache Bevölkerungsgruppen gehört zur öffentlichen Daseinsvorsorge und damit zu den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben (vgl. EuGH Urt. v. 01.02.2001, C-237/99 Französische Sozialwohnungsbaugesellschaft, Rn. 47; OLG Brandenburg Beschl. v. 06.12.2016, 6 Verg 4/16). Dies wird auch aus den Vorschriften des Wohnraumförderungsgesetzes deutlich (OLG Brandenburg Beschl. v. 06.12.2016, 6 Verg 4/16). Neben dem Gesellschaftszweck lassen auch die bisherigen Geschäftsaktivitäten der O erkennen, dass sie in diesem Bereich

zumindest teilweise tätig ist. Folglich wurde O zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen.

Aufgaben im Allgemeininteresse bei ...

- juristischen Personen des Privatrechts: ausdrückliche Feststellung erforderlich
- juristischen Personen des öffentlichen Rechts: wird vermutet

3. Nichtgewerblicher Art

Die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe müsste „nichtgewerblicher Art“ sein. Die Nichtgewerblichkeit muss sich auf die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe beziehen, nicht auf die Gesamttätigkeit der juristischen Person – auch hier genügt, dass die Person zumindest teilweise im Allgemeininteresse liegende nichtgewerbliche Aufgaben ausführt. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände (Ziekow § 99 GWB, Rn. 62 in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024), die – gerade im Hinblick auf Wohnungsbauunternehmen – einzelfallabhängig unterschiedlich ausfallen kann (Ziekow § 99 GWB, Rn. 194 in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024).

Hierbei sind insbesondere folgende Indizien heranzuziehen: Gewichtiges Indiz für Gewerblichkeit ist zunächst, dass die juristische Person die Aufgabe unter Wettbewerbsbedingungen ausübt (EuGH Urteil v. 22.05.2003, C-18/01, Korhonen; EuGH Urteil v. 10.04.2008, C-393/06, Aigner). Dazu gehört das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbes auf dem betroffenen Markt (Ziekow § 99 GWB, Rn. 61 in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024). Vorliegend geht es um den Markt der Wohnraumversorgung, und zwar im niedrigen Preissegment. Auf diesem Markt sind auch private Unternehmen aktiv.

Weiteres Indiz ist die Gewinnerzielungsabsicht des Unternehmens. Auch wenn der Markt durch private Anbieter mitgeprägt wird, schließt dies nicht aus, dass sich eine staatlich kontrollierte juristische Person von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (vgl. EuGH, Urteil v. 10.11.1998, C-360/96 – Arnhem). Vorliegend besteht ausweislich der Satzung der Gesellschaftszweck in der sozial verträglichen Wohnraumversorgung zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen. Typischerweise verbinden heute im öffentlichen Eigentum stehende Wohnungsunternehmen die Tätigkeit

eines an Marktmechanismen orientierten Wohnungsunternehmens mit der sozialen Wohnraumversorgung, um die soziale Wohnraumförderung durch die marktmäßig erzielten Gewinne zu finanzieren und diese Aufgabe effizient zu erfüllen (OLG Brandenburg Beschl. v. 06.12.2016, 6 Verg 4/16). Somit steht die Gewinnorientierung nicht im Vordergrund der Geschäftstätigkeit der O.

Bei einer Gesamtbewertung der Indizien ist damit im vorliegenden Fall von der Nichtgewerblichkeit der Aufgabe auszugehen.

Indizien für Gewerblichkeit:

- Tätigkeit auf einem Wettbewerbsmarkt
- Gewinnerzielungsabsicht
- Risikotragung (oder staatlicher Verlustausgleich)
- Arbeit nach Effizienz- und Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten
- Insolvenzrisiko
- keine geographische Beschränkung des Geschäftsbetriebs

4. Öffentliche Finanzierung oder Kontrolle

Ferner muss eine besondere Staatsnähe bestehen, entweder aufgrund überwiegender Finanzierung durch die öffentliche Hand (lit. a), aufgrund staatlicher Aufsichtsbefugnisse (lit. b) oder aufgrund staatlicher Bestimmung der Mehrheit eines Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgans (lit. c).

a. Öffentliche Finanzierung, § 99 Nr. 2 lit. a) GWB

Vorliegend könnte O bereits aufgrund der 100 % igen Anteilseignerschaft der Stadt Oranienberg – als Gemeinde ein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB – als überwiegend von dieser finanziert angesehen werden.

Hierbei sind zwar alle Finanzierungsquellen zu berücksichtigen, über die die Einrichtung verfügt (vgl. EuGH, Urteil v. 3.10.2000, C-380/98, University of Cambridge, Rn. 14 ff.). Eine staatliche 100-prozentige Anteilseignerschaft begründet aber im Regelfall bereits das Vorliegen einer überwiegenden staatlichen Finanzierung (vgl. OLG Brandenburg Beschl. v. 06.12.2016 – 6 Verg 4/16), weshalb die Voraussetzung mangels anderweitiger Informationen hier als erfüllt anzusehen ist.

b. Öffentliche Aufsicht über die Leitung, § 99 Nr. 2 lit. b) GWB

O könnte der Aufsicht durch Stellen nach Nr. 1–3 – hier der Stadt Oranienberg, eine Gebietskörperschaft i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB – unterliegen. Entsprechende Aufsichtsrechte könnten sich aus gesellschaftsvertraglichen oder gesetzlichen Einwirkungsmöglichkeiten ergeben (EuGH Urteil v. 27.2.2003, C-373/00, Truley, Rn. 72 f.). Als Alleingesellschafterin hat die Stadt die gesetzlichen Rechte nach §§ 45 ff., insbesondere das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51a GmbHG. Gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG ist ein Geschäftsführer an Beschlüsse der Gesellschafter gebunden. Vorbehaltlich der gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung, über die der Sachverhalt hier keine Angaben macht, ist hier von einer den Anforderungen des § 99 Nr. 2 lit. b) GWB genügenden Aufsichtsbefugnis auszugehen.

c. Öffentliche Bestimmung der Leitungsorgane, § 99 Nr. 2 lit. c) GWB

Ferner könnte die Mehrheit der Mitglieder eines Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgans der O durch eine Stelle nach § 99 Nr. 1 GWB bestimmt werden.

Gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG bestellen die Gesellschafter – das ist im vorliegenden Fall die Stadt Oranienberg, eine Gebietskörperschaft i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB – die Geschäftsführung der O.

Auch dieses Merkmal ist somit erfüllt.

Die besondere Staatsnähe ergibt sich folglich aus § 99 Nr. 2 lit. a) und c) GWB.

5. Ergebnis

O ist funktionaler Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB.

B. Öffentlicher Auftrag i.S.d. § 103 GWB

Es müsste sich weiterhin um einen öffentlichen Auftrag i.S.d. § 103 GWB handeln.

Bei der Durchführung der Gewerke Heizung und Sanitär handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag zwischen dem funktionalen Auftraggeber O und einem Unternehmen über Bauleistungen i.S.d. § 103 Abs. 3 Nr. 1 GWB, vgl. Nr. 45330000 Common Procurement Vocabulary, Anhang II RL 2014/24/EU, mithin um einen öffentlichen Auftrag.