

## Vergaberecht

Kommentar

von

Prof. Dr. Jan Ziekow, Uwe-Carsten Völlink, Dr. Clemens Antweiler, Dr. Eick G. Busz, Dr. Ulrich Bernhardt, Eva Brauer, Dr. Christian Braun, Dr. Alfred G. Debus, Heinz-Peter Dicks, Dr. Kerstin Dittmann, Anne-Christin Frister, Dr. Klaus Greb, Dr. Tobias Hänsel, Dr. Alexander Herrmann, Dr. Philipp Kraus, Dr. Alexandra Losch, Dr. Annette Rosenkötter, Thomas Schabel, Bernhard Stolz, Maria Vavra, Alexander Weigelt, Prof. Dr. Holger Zuck

Prof. Dr. Jan Ziekow lehrt Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und ist Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung.

2. Auflage

[Vergaberecht – Ziekow / Völlink / Antweiler / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 64724 6

Auftraggeber

## GWB § 98

befinden, die auch die Aufsicht über die Leitung der Gesellschaft ausüben, ist **nicht zwingend öffentlicher Auftraggeber i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB**. Das Ergebnis des Beschlusses des OLG Naumburg vom 17.2.2004<sup>294</sup> kann insoweit nicht verallgemeinert werden. Das dort zur Beurteilung stehende Krankenhaus war als Krankenhaus der akademischen Lehre und der Schwerpunkt- und Unfallversorgung keinem Wettbewerb ausgesetzt. Darüber hinaus trug nicht die Krankenhausgesellschaft, sondern der Landkreis als Träger das Insolvenzrisiko, so dass es sich um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art handelte. In Anbetracht des sich entwickelnden Marktes privater Krankenhausbetreiber kommt es in anderen Fällen hingegen darauf an, ob das Aufgabenfeld des Krankenhauses auf entsprechend konkurrierende Anbieter trifft. Soweit in diesen Fällen nicht andere Wertungsgesichtspunkte eingreifen, die zur Einordnung der von dem Krankenhaus wahrgenommenen Aufgabe als solche nichtgewerblicher Art führen, kann im Einzelfall die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zu verneinen sein. Dies gilt erst recht für in privater Trägerschaft befindliche Krankenhausgesellschaften.

### 12. Krankenkassen, gesetzliche

(siehe Sozialversicherungsträger)

204

### 13. Kreditinstitute, öffentlich-rechtliche

Öffentlich-rechtlich verfasste (**Landes-)Banken und Sparkassen**, die überwiegend auf den gleichen Feldern wie Geschäftsbanken tätig sind, sind mit dem **Fortfall von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung** seit dem 19.7.2005 in der Regel nicht mehr als öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB einzustufen, es sei denn, es ergäben sich im Einzelfall andere Anhaltspunkte für die Nichtgewerblichkeit der Aufgabe.<sup>295</sup>

205

Für bestimmte **Förderbanken**, deren Tätigkeit allein gemeinwohlorientiert erfolgt und daher nicht marktbeeinflussend wirkt, ist die Aufrechterhaltung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zulässig. Sofern diese Aufrechterhaltung im Einzelfall erfolgt, handelt es sich bei den betreffenden Instituten um öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB.

206

### 14. Landesentwicklungsgesellschaften

(siehe Wohnungsunternehmen)

207

### 15. Lotteriegesellschaften

Gesellschaften, die **Lotterien, Spielbanken oder Wetten** veranstalten und deren Anteile ganz oder überwiegend bei der öffentlichen Hand liegen oder die in anderer, den Anforderungen der besonderen Staatsnähe nach § 98 Nr. 2 GWB genügender Weise von der öffentlichen Hand kontrolliert werden, werden in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig und nehmen deshalb keine Aufgabe nichtgewerblicher Art i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB wahr. Etwas anderes gilt aber, wenn die verschiedenen Lotterie- oder Wettveranstalter jeweils auf ihren jeweili-

208

<sup>294</sup> OLG Naumburg NVwZ 2004, 1023.

<sup>295</sup> Vgl. OLG Rostock VergabeR 2005, 629.

## § 98 GWB

Auftraggeber

gen regionalen Zuständigkeitsbereich beschränkt sind, so dass der betreffende Anbieter in seinem Bereich über eine Alleinstellung verfügt.<sup>296</sup>

## 16. Messegesellschaften

- 209 Die Ausrichtung von Messeveranstaltungen, Ausstellungen und ähnlichem ist wegen der von diesen Veranstaltungen ausgehenden Impulse für den Handel eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe. Denn durch die Zusammenführung von Herstellern und Händlern wird diesen die Förderung des Absatzes ihrer Erzeugnisse und Waren sowie den Verbrauchern eine Optimierung ihrer Produktwahlentscheidung ermöglicht.<sup>297</sup> Ob es sich dabei um eine Aufgabe nichtgewerblicher Art handelt, ist eine **Frage des Einzelfalls**. Das Urteil des EuGH vom 10.5.2001 kann insoweit nicht auf alle durch die öffentliche Hand finanzierten oder beherrschten Messegesellschaften übertragen werden, handelte es sich in dem vom Gerichtshof entschiedenen Fall um ein wettbewerblich geprägtes Umfeld der fraglichen Messediensleistungen, wobei die Messegesellschaft zusätzlich ihre Geschäftsführung an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ausrichtete und das Risiko ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit trug.<sup>298</sup> In Anbetracht dieser Umstände waren die Voraussetzungen einer nichtgewerblichen Aufgabe i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB nicht erfüllt.
- 210 Anders verhält es sich aber, wenn die Messegesellschaft beispielsweise nicht selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trägt, sondern der Verlust von den dahinter stehen Verwaltungsträgern ausgeglichen wird,<sup>299</sup> oder ihre Tätigkeit zum großen Teil durch Zuschüsse der öffentlichen Hand finanziert wird.<sup>300</sup>

## 17. Post

- 211 Die Deutsche Post AG verfügt seit dem 1.1.2008 nicht mehr über die zum 31.12.2007 ausgelaufene gesetzliche Exklusivlizenz des § 51 PostG zur gewerbsmäßigen Beförderung von Briefsendungen und adressierten Katalogen bei 50 Gramm. Es steht zu erwarten, dass sich auch insoweit in den nächsten Jahren ein **Wettbewerb im Bereich der Erbringung von Beförderungsleistungen** entwickeln wird, der die Anwendbarkeit des § 98 Nr. 2 GWB ausschließt. Die Zuordnung der Postdienste zum Sektorenbereich i. S. v. § 98 Nr. 4 GWB ist nicht vorgenommen worden, obwohl Art. 6 i. V. m. Art. 71 SKR dies bis zum 31.12.2008 verlangt. Ausweislich der Begründung zur Sektorenverordnung wird die Kommission eine Benennung der Deutschen Post AG als Sektorenauftraggeber nicht fordern.<sup>301</sup>
- 212 Die ebenfalls aus der früheren Deutschen Bundespost hervorgegangenen Unternehmen **Deutsche Postbank AG** und **Deutsche Telekom AG** nehmen keine nichtgewerblichen Aufgaben i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB wahr; die Deutsche Telekom AG ist auch nicht mehr Sektorenauftraggeberin nach § 98 Nr. 4 GWB.

<sup>296</sup> VK Münster ZfBR 2002, 724, 728 f.

<sup>297</sup> EuGH Slg. 2001, I-3605 Rn. 33 f. – Agora.

<sup>298</sup> EuGH Slg. 2001, I-3605 Rn. 39 ff. – Agora.

<sup>299</sup> KG NZBau 2006, 725, 728; OLG Hamburg VergabeR 2007, 358, 360.

<sup>300</sup> Byok/Goodarzi NVwZ 2006, 281, 285 f.

<sup>301</sup> BMWi IB3 – 260514.

Auftraggeber

**GWB § 98**

## 18. PPP-Gesellschaften

(siehe Gesellschaften)

213

## 19. Projektgesellschaften

Der EuGH hat eine städtische Eigengesellschaft, 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 umfasste, wegen der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben als öffentlichen Auftraggeber i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB eingestuft.<sup>302</sup> Für die Nichtgewerblichkeit der Aufgabe stellte der Gerichtshof entscheidend auf die Rekapitalisierung der Gesellschaft durch die hinter ihr stehenden Gebietskörperschaften ab.<sup>303</sup> Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB ist die Tätigkeit einer sich mit der Neerschließung und Marktreifmachung von Gewerbestandorten befassenden Gesellschaft entsprechend zu bewerten.<sup>304</sup>

214

## 20. Religionsgemeinschaften

Ob die Kirchen und Religionsgemeinschaften öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB sind, ist fraglich. Dies ist bislang ganz überwiegend mit dem Argument abgelehnt worden, dass es an einer **staatlichen Beherrschung der Kirchen und Ordensgemeinschaften durch den Staat fehle**.<sup>305</sup> Soweit sich diese Auffassung auf die Tatbestandsvarianten der Aufsicht über die Leitung und der Bestimmung von mehr als der Hälfte der Organmitglieder bezieht, ist sie unzweifelhaft zutreffend. Allerdings weist auch eine solche juristische Person die nach § 98 Nr. 2 GWB erforderliche besondere Staatsnähe auf, die durch die öffentliche Hand überwiegend finanziert wird. Doch soll es sich nach der bislang vorherrschenden Sichtweise bei den Kirchensteuern zwar um finanzielle Mittel handeln, die vom Staat für die Kirchen eingezogen werden, die jedoch nicht vom Staat, sondern von den Mitgliedern der Religionsgemeinschaften stammen und deshalb einer Finanzierung durch den Staat nicht gleichgestellt werden können.

215

Die Entscheidung des EuGH vom 13.12.2007 zur Auftrageberei- genschaft öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten zeigt insoweit einen Überprüfungsbedarf auf, der aber zu keiner abweichenden Bewertung führen dürfte. Die dort zur Charakterisierung der Gebührenfinanzierung der Rundfunkanstalten als staatliche Finanzierung vorgetragene Argumente, die Gebühr habe ihren Ursprung in einem staatlichen Akt und nicht in einem Rechtsgeschäft zwischen den Rundfunkanstalten und den Verbrauchern, die Gebührenhöhe sei von einer Vereinbarung zwischen den Rundfunkanstalten und den Verbrauchern unabhängig und die Gebühren würden im Wege hoheitlichen Handelns eingezogen,<sup>306</sup> lassen sich zwar im Wesentlichen auf die Kirchensteuern übertragen. Doch besteht auch insoweit schon ein wesentlicher Unterschied, als die Mitgliedschaft in Religions-

216

<sup>302</sup> EuGH NZBau 2003, 396 – Korhonen.

<sup>303</sup> EuGH NZBau 2003, 396 Rn. 53 – Korhonen.

<sup>304</sup> VK Düsseldorf Beschl. v. 31.3.2000, Az. VK 3/2000 Rn. 36.

<sup>305</sup> VK Nordbayern Beschl. v. 29.10.2001, Az. 320.VK-3194-35/01, Rn. 43; Schröder NZBau 2002, 259, 260; Diehr in: Reidt/Stickler/Glahs, § 98 Rn. 83.

<sup>306</sup> EuGH NZBau 2008, 130 Rn. 41 ff. – Bayerischer Rundfunk.

## § 98 GWB

Auftraggeber

gemeinschaften auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruht, so dass die **Kirchensteuerpflichtigkeit nicht auf einem staatlichen Akt**, sondern auf der zwischen Kirche und Mitglied konsentierten Mitgliedschaft beruht.<sup>307</sup>

217 Weiterhin hat der EuGH die Kontrollüberlegung hinzugefügt, ob es notwendig ist, dass der Staat auf die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung auf dem Gebiet der Auftragsvergabe konkreten Einfluss nehmen kann, was hinsichtlich der Kirchen und Religionsgemeinschaften ebenso wie für die Rundfunkanstalten zu verneinen ist. Der EuGH hat die Notwendigkeit einer solchen Einflussnahmemöglichkeit verneint, wenn die Existenz der fraglichen Einrichtung selbst vom Staat abhängt.<sup>308</sup> Anders als die Rundfunkanstalten sind die **Religionsgemeinschaften in ihrer Existenz vom Staat unabhängig**,<sup>309</sup> wie sich schon aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 2 WRV ergibt. Dies gilt auch dann, wenn die Gemeinschaft nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 und 6 WRV über den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts mit dem Recht der Steuererhebung verfügt. Denn die Zuerkennung dieses besonderen Status soll gerade die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Kirche vom Staat sowie ihre originäre Kirchengewalt bekräftigen.<sup>310</sup> Es bleibt daher dabei, dass die Kirchen und Religionsgemeinschaften **keine öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB** sind.

218 Ist also § 98 Nr. 2 GWB auf Religionsgemeinschaften nicht anwendbar, so steht einer auftragsbezogenen Auftraggebereigenschaft wegen überwiegender staatlicher Subventionierung nach § 98 Nr. 5 GWB nichts entgegen.<sup>311</sup>

### 21. Rotes Kreuz

219 Das Rote Kreuz und andere Träger der freien Wohlfahrtspflege erfüllen zwar in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art, werden jedoch meist nicht überwiegend staatlicherseits finanziert und stehen hinsichtlich ihrer Leitung auch nicht unter staatlicher Aufsicht. Sofern nicht ein von dieser Regelkonstellation abweichender Sonderfall vorliegt, dürften sie **nicht öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB** sein.<sup>312</sup> Dies schließt eine Auftraggebereigenschaft im Einzelfall nach § 98 Nr. 5 GWB nicht aus.

### 22. Rundfunkanstalten, öffentlich-rechtliche

220 Der lange Zeit höchst umstrittene vergaberechtliche Status der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist durch das Urteil des EuGH vom 13.12.2007<sup>313</sup> geklärt worden. Danach sind die Rundfunkanstalten **öffentliche Auftraggeber i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB**. Außerhalb der Aufträge über die Ausstrahlung von Sendungen betreffenden Bereichsausnahme des § 100a Abs. 2 Nr. 1 GWB ist davon auszugehen, dass es sich bei der Tätigkeit der Rundfunkanstalten um eine

<sup>307</sup> OLG Celle VergabeR 2012, 182, 184; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz, § 98 Rn. 184.

<sup>308</sup> EuGH NZBau 2008, 130 Rn. 55 – Bayerischer Rundfunk.

<sup>309</sup> OLG Celle VergabeR 2012, 182, 184.

<sup>310</sup> BVerfGE 30, 415, 428 Rn. 30.

<sup>311</sup> OLG Celle VergabeR 2012, 182, 184; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz, § 98 Rn. 187. A. M. VK Nordbayern IBR 2001, 628 Rn. 42; VK Nordbayern IBR 2002, 89 Rn. 54 ff.; VK Stuttgart IBR 2001, 136 Rn. 35; Schröder NZBau 2002, 259, 262.

<sup>312</sup> So für das Bayerische Rote Kreuz BayObLG NZBau 2003, 348, 349.

<sup>313</sup> EuGH NZBau 2008, 130 – Bayerischer Rundfunk.

Auftraggeber

## GWB § 98

im Allgemeininteresse liegende Aufgabe handelt, deren Nichtgewerblichkeit i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB sich aus dem vom Staat gewährleisteten besonderen Vorteil der pflichtigen Gebührenfinanzierung über den private Konkurrenten nicht verfügen, ergibt. Wie der EuGH verdeutlichte besteht die weiter erforderliche Staatsnähe der Rundfunkanstalten darin, dass sie überwiegend vom Staat finanziert werden. Die von den Verbrauchern zu entrichtenden Gebühren, durch die die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten überwiegend finanziert werden, sind durch Gesetz, also einen staatlichen Akt, auferlegt und nicht zwischen den Rundfunkanstalten und den Verbrauchern rechtsgeschäftlich vereinbart, weder dem Grunde noch der Höhe nach. Sie stellen daher keine Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme der von den Rundfunkanstalten erbrachten Dienstleistungen dar, da sie auch dann gezahlt werden müssen, wenn das bereit gehaltene Empfangsgerät niemals eingeschaltet wird. Überdies erfolgt die Erhebung der Gebühren im Wege hoheitlichen Handelns, nämlich durch einen im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchsetzbaren Gebührenbescheid.<sup>314</sup> Nicht erforderlich ist, dass der Staat unmittelbaren Einfluss auf konkrete Vergabeentscheidungen der Rundfunkanstalten nehmen kann. Vielmehr ergibt sich deren Verbundenheit mit dem Staat bereits daraus, dass die Existenz der Rundfunkanstalten selbst vom Staat abhängt.<sup>315</sup>

### 23. Selbstverwaltungskörperschaften

(siehe Kammern)

221

### 24. Sozialversicherungsträger

Die Krankenversicherungen und Rentenversicherungsträger sind in den Anhang III zur VKR aufgenommen worden, so dass eine **Vermutung** dafür besteht, dass es sich um öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB handelt. Ob eine Widerlegung dieser Vermutung gelingt, bedarf für die verschiedenen Sozialversicherungsträger einer differenzierten Untersuchung:

- Die **gesetzlichen Krankenversicherungen** erfüllen als Körperschaften des öffentlichen Rechts solidarargemeinschaftlich die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wieder herzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu verbessern sowie durch Aufklärung, Beratung und Leistungen zu helfen und auf gesunde Lebensverhältnisse hinzuwirken (§§ 1, 3 SGB V). Dabei handelt es sich um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB.<sup>316</sup> In der gebotenen Gesamtbewertung ist weiterhin von der Nichtgewerblichkeit dieser Aufgabe auszugehen, da die gesetzlichen Krankenkassen nicht in Gewinnerzielungsabsicht handeln,<sup>317</sup> sondern die nicht risikobezogen berechneten Beiträge als Solidarargemeinschaft für die Bedürfnisse ihrer Mitglieder verwenden, Unterdeckungen durch Beitragserhöhungen ausgeglichen werden, ein Ausgleichssystem zwischen den Krankenkassen das finanzielle Risiko

<sup>314</sup> EuGH NZBau 2008, 130 Rn. 41 ff. – Bayerischer Rundfunk.

<sup>315</sup> EuGH NZBau 2008, 130 Rn. 51 ff. – Bayerischer Rundfunk.

<sup>316</sup> EuGH NJW 2009, 2427 Rn. 50 – AOK; BayObLG NZBau 2004, 623, 624; OLG Düsseldorf VergabeR 2007, 622, 624; VK Hamburg Beschl. v. 16.4.2004, Az. VgK FB 1/04, Rn. 34; VK Bund Beschl. v. 5.9.2001, Az. VK 1-23/01, Rn. 65; Heßhaus VergabeR 2007, 333, 336.

<sup>317</sup> Hierauf abstellend EuGH NJW 2009, 2427 Rn. 49 – AOK.

## § 98 GWB

Auftraggeber

der einzelnen Kasse weiter vermindert und zwischen den einzelnen Kassen nur ein stark reduzierter Leistungswettbewerb besteht.<sup>318</sup>

- 224 • Die gesetzlichen Krankenkassen werden auch i. S. v. § 98 Nr. 2 Var. 1 GWB **überwiegend durch den Staat finanziert**.<sup>319</sup> Die Krankenkassenbeiträge beruhen dem Grunde nach auf gesetzlichen Regelungen und auch der Höhe nach nicht auf freiwilligen Vereinbarungen zwischen den Versicherten und den Krankenkassen, sondern auf der Pflichtmitgliedschaft, wobei als Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Beiträge das Einkommen des Versicherten dient.<sup>320</sup> Zwar ist der Beitragssatz nicht gesetzlich, sondern von den einzelnen Kassen festgesetzt. Jedoch sind Kernparameter der Berechnung des Beitragssatzes, insbesondere die wechselseitige Entsprechung von Einnahmen und Ausgaben der Kassen, gesetzlich vorgegeben und bedürfen die Beitragssatzfestsetzungen der Kassen der Genehmigung durch staatliche Aufsichtsbehörden.<sup>321</sup> In keinem Fall kommt dem Versicherten ein Einfluss auf die Höhe der Beiträge zu. Auch wenn sich die Versicherten den einseitigen Beitragserhöhungen der einzelnen Kasse ggf. durch einen Kassenwechsel entziehen können, wird ihnen dadurch nicht die Möglichkeit gegeben, die Höhe ihres Beitrags frei auszuhandeln oder sich dem System der von den Kassen festzusetzenden Beitragssätze zu entziehen. Überdies sind die Beiträge als Solidarbeiträge auch dann zu zahlen, wenn überhaupt keine Kassenleistungen in Anspruch genommen werden, die Beiträge also gegenleistungsfrei bleiben. Schließlich handelt es sich bei der Pflicht des Arbeitgebers zur Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags nach § 253 SGB V i. V. m. § 28d SGB IV ebenso um eine öffentlich-rechtliche Pflicht wie bei der Pflicht des Arbeitnehmers, gem. § 253 SGB V i. V. m. § 28g SGB IV den Abzug seiner Beitragsanteile vom Lohn zu dulden. Der Versicherte hat keine Interventionsmöglichkeit gegenüber dieser Beitragserhebung.<sup>322</sup>
- 225 • Darüber hinaus stehen die Krankenkassen unter einer den Anforderungen des § 98 Nr. 2 GWB genügenden **staatlichen Aufsicht**.<sup>323</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH ist hierfür entscheidend, ob die einzelnen Aufsichtsinstrumente in einer Gesamtschau der staatlichen Seite Einflussnahmen auf die Geschäftspolitik oder -tätigkeit der Einrichtung durch eine ständige Kontrolle und entsprechende Reaktionsmöglichkeiten einräumen (vgl. § 98 GWB Rn. 99 ff.). Diese Voraussetzungen sind durch das Gebot des § 4 Abs. 4 Satz 1 SGB V, dass die Krankenkassen bei der Durchführung ihrer Aufgaben und in ihren Verwaltungsangelegenheiten sparsam und wirtschaftlich zu verfahren und dabei ihre Ausgaben so auszurichten haben, dass Beitragssatzerhöhungen ausge-

<sup>318</sup> Ebenso BayObLG NZBau 2004, 623, 624; OLG Düsseldorf VergabeR 2007, 622, 624; Heßhaus VergabeR 2007, 333, 336 f.

<sup>319</sup> EuGH NJW 2009, 2427 Rn. 51 ff. – AOK; OLG Düsseldorf VergabeR 2007, 622, 624 f.; OLG Düsseldorf VergabeR 2008, 73, 76; VK Bund Beschl. v. 9.5.2007, Az. VK 1-26/07, Rn. 75; VK Lüneburg Beschl. v. 21.9.2004, Az. 203-VgK-42/2004, Rn. 38; Boldt NJW 2005, 3757, 3759; Wollenschläger NZBau 2004, 655, 658. A. M. u. a. Heßhaus VergabeR 2007, 333, 338 f.

<sup>320</sup> EuGH NJW 2009, 2427 Rn. 52 f. – AOK.

<sup>321</sup> EuGH NJW 2009, 2427 Rn. 54 f. – AOK.

<sup>322</sup> EuGH NJW 2009, 2427 Rn. 56 – AOK.

<sup>323</sup> LSG NRW VergabeR 2009, 922, 925; Byok/Jansen NVwZ 2005, 53, 55; Gabriel NZS 2007, 344, 347 f.; Wollenschläger NZBau 2004, 655, 659. A. M. BayObLG NZBau 2004, 623, 625; Heßhaus VergabeR 2007, 333, 339 f. Offengelassen in EuGH NJW 2009, 2427 Rn. 58 – AOK.

geschlossen werden, auf dessen Beachtung sich die staatliche Rechtsaufsicht nach § 87 Abs. 1 SGB IV erstreckt, die Geschäftsführungsbefugnis der Aufsichtsbehörde, solange und soweit die Wahl zu Selbstverwaltungsorganen nicht zustande kommt oder Selbstverwaltungsorgane sich weigern, ihre Geschäfte zu führen, nach § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB IV sowie die in § 85 Abs. 1 SGB IV statuierten Pflichten der Krankenkassen, für den Erwerb und das Leasen von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie die Errichtung, die Erweiterung und der Umbau von Gebäuden eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde einzuholen bzw. die Absicht, Datenverarbeitungsanlagen und -systeme anzukaufen, zu leasen oder anzumieten oder sich an solchen zu beteiligen, der Aufsichtsbehörde anzuzeigen, erfüllt. Diese Aufsichtsinstrumente ermöglichen es der Aufsichtsbehörde gerade auch, auf das Beschaffungsverhalten der Krankenkassen Einfluss zu nehmen.

- Für die **Rentenversicherungsträger** gilt im Ergebnis nichts anderes als für die Krankenkassen, da sich die Regelungsstrukturen nicht in einer zu einer abweichenden Behandlung führenden Weise unterscheiden.<sup>324</sup> 226

## 25. Stiftungen des öffentlichen Rechts

Dem öffentlichen Recht unterliegende Stiftungen nehmen in aller Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art wahr. Besonderer Prüfung im Einzelfall bedarf regelmäßig die nach § 98 Nr. 2 GWB erforderliche besondere Staatsnähe.<sup>325</sup> **Privatrechtliche Stiftungen** unterliegen hingegen nicht einer Aufsicht i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB. 227

## 26. Ver- und Entsorgungsunternehmen, kommunale

Für in den Formen des Privatrechts verfasste kommunale Ver- und Entsorgungsunternehmen besteht wegen ihrer Aufnahme in den Anhang III zur VKR die **Vermutung ihrer Auftraggebereigenschaft** nach § 98 Nr. 2 GWB. Allerdings dürfte die Liberalisierung des Strom- und zunehmend auch des Gasmarktes dazu führen, dass die kommunalen Versorgungsunternehmen hier zunehmend in einem **wettbewerblich geprägten Umfeld** agieren und die Nichtgewerblichkeit der Aufgabe i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB zu verneinen sein dürfte. Allerdings ist dies eine Frage des jeweiligen Einzelfalls. Gesichtspunkte, die gleichwohl für eine nichtgewerbliche Aufgabe sprechen können, sind beispielsweise die Statuierung eines Benutzungszwangs zugunsten des kommunalen Unternehmens, eine vollständig fehlende Gewinnerzielungsabsicht und eine – in den Grenzen des nach dem kommunalen Wirtschaftsrecht Zulässigen – bestehende, das wirtschaftliche Risiko deutlich reduzierende Nachschusspflicht der Gemeinde bei Verlusten der Gesellschaft. Soweit eine Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB zu verneinen ist, handelt es sich bei den kommunalen Versorgungsunternehmen aber um Sektorenauftraggeber gem. § 98 Nr. 4 GWB. 228

**Kommunale Entsorgungsunternehmen** werden in Erfüllung der Entsorgungspflicht der nach Landesrecht verpflichteten öffentlich-rechtlichen Entsor-

<sup>324</sup> I. E. ebenso BayObLG NZBau 2005, 173, 174; VK Lüneburg Beschl. v. 10.3.2003, Az. 203-VgK-01/2003, Rn. 42.

<sup>325</sup> Bejaht etwa für eine sog. Stiftungshochschule nach niedersächsischem Hochschulrecht von VK Lüneburg, 14.6.2005, Az. VgK-22/2005; für die GTZ von VK Bund Beschl. v. 11.9.2002, Az. VK-2-42/02, Rn. 56; für eine Stiftung zur Kranken- und Altenpflege bejaht von OLG München VergabeR 2005, 620.



## § 98 GWB

Auftraggeber

gungsträger (meist der Landkreise und kreisfreien Städte) tätig. Die insoweit bestehenden Anschluss- und Überlassungspflichten führen i. d. R. zum Ausschluss von Wettbewerb und einer Nichtgewerblichkeit der Aufgabe. Sowohl die Gebührenfinanzierung als auch die vorbehaltenen Aufsichtsbefugnisse der Gemeinde dürften meist die besondere Staatsnähe begründen und zur Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB führen.

### 27. Versicherungsanstalten der Länder

230 (siehe Sozialversicherungsträger)

### 28. Wirtschaftsförderungsgesellschaften

231 Für in Privatrechtsform geführte Wirtschaftsförderungsgesellschaften der Länder oder Kommunen besteht wegen ihrer Aufnahme in Anhang III zur VKR die **Vermutung, dass sie öffentliche Auftraggeber** gem. § 98 Nr. 2 GWB sind. Ob diese Vermutung widerlegt werden kann, ist eine Frage des Einzelfalls. In jedem Fall nehmen Wirtschaftsförderungsgesellschaften im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr, indem die Tätigkeiten der Gesellschaft eine Impulswirkung für den Handel und die wirtschaftliche und soziale Entwicklung der betreffenden Gebietskörperschaft haben.<sup>326</sup> Da es regelmäßig an einem Markt für die Leistungen der Wirtschaftsförderungsgesellschaft im Territorium der betreffenden Gebietskörperschaft fehlt und die Gesellschaft meist ohne das Ziel der Erzielung eigener Gewinne tätig ist, wird auch von der Nichtgewerblichkeit der Aufgabe auszugehen sein. Wegen der meist bestehenden finanziellen und organisatorischen Abhängigkeit von der Gebietskörperschaft liegt im Regelfall auch das weitere Kriterium der besonderen Staatsnähe vor, so dass die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle erfüllt sein dürften.

### 29. Wohnungsunternehmen und Landesentwicklungsgesellschaften

232 Für staatliche oder kommunale Wohnungsunternehmen formuliert Anhang III zur VKR ausdrücklich den Prüfauftrag, die Wahrnehmung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe i. S. v. § 98 Nr. 2 GWB festzustellen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Zurverfügungstellung von Wohnraum als solche noch keine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe ist.<sup>327</sup> Die Schaffung und das Angebot von Wohnraum mag unter dem Gesichtspunkt der flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum nicht nur wünschenswert, sondern darüber hinaus erforderlich sein, solange eine ausreichende Zahl von Wohnungen nicht zur Verfügung steht. Ist der Markt bereits gesättigt oder sogar übersättigt, so reduziert sich der positive Effekt des Leistungsangebots auf die Gewährleistung eines niedrigen Mietpreisniveaus. Die **Reduzierung des Preisniveaus auf dem Markt** ist jedoch keine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe im Sinne des funktionellen Auftraggeberbegriffs. Zusätzlich bedarf es vielmehr einer Rückkopplung an über das Agieren am Markt hinausgehende spezifische Interessen. Solche spezifischen Interessen sind im Bereich der Wohnungswirtschaft typischerweise die Versorgung der breiten Schichten der Bevölkerung mit Wohnraum bei einer sozial verträglichen Mietpreisgestaltung.

<sup>326</sup> Vgl. EuGH NZBau 2003, 396 Rn. 44 f. – Korhonen.

<sup>327</sup> OLG Karlsruhe VergabeR 2009, 108, 112.