

Öffentliche Auftraggebereigenschaft eines kommunalen Wohnungsbauunternehmens – Volkswohnung GmbH

RL 2014/24/EU Art. 2 Nr. 4 Buchst. a; GWB §§ 97 I, IV, 99 Nr. 2, 160 III; VgV §§ 2, 3 I

1. Nach § 99 Nr. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie über eine besondere Staatsgebundenheit verfügen, wie sie in § 99 Nr. 2 Hs. 1 Buchst. a-c GWB geregelt ist.

2. Es kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang das kommunale Wohnungsbauunternehmen neben der Tätigkeit im Bereich geförderter Wohnungen und von Wohnungen für Haushalte mit geringem Einkommen auch Wohnbau ohne staatliche Förderung betreibt, denn der Annahme der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber steht nicht entgegen, wenn ein Unternehmen nicht ausschließlich im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben verfolgt. Vielmehr genügt es, wenn neben anderen Tätigkeiten jedenfalls auch Aufgaben wahrgenommen werden – und sei es, dass diese nur einen relativ geringen Teil der Gesamttätigkeit ausmachen –, deren Erfüllung wegen der öffentlichen Zwecksetzung eine besondere Pflicht des Unternehmens ist.

3. Der weder gemeinschaftsrechtlich noch nationalrechtlich definierte Begriff der Nichtgewerblichkeit ist im Ergebnis jedenfalls nur dann zu verneinen, wenn das jeweilige Unternehmen sich strategisch und operativ wie ein normaler Marktteilnehmer,

dh unter anderem mit der primären Absicht, Gewinne zu erzielen, in einem entwickelten Wettbewerb bewegt, wobei geprüft werden muss, ob die Einrichtung ganz oder zumindest teilweise außerhalb marktmäßiger Mechanismen operiert.

431

4. Für die Beurteilung der Frage, ob das kommunale Wohnungsbauunternehmen die mit seiner Tätigkeit verbundenen Verluste trägt, kommt es nicht entscheidend darauf an, dass im Gesellschaftsvertrag ein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste nicht vorgesehen ist. Vielmehr genügt für die Annahme einer nichtgewerblichen Aufgabe, dass die Gebietskörperschaft, der die Gesellschaft gehört, deren Zahlungsunfähigkeit aller Voraussicht nach nicht in Kauf nehmen und soweit erforderlich eine Rekapitalisierung der Gesellschaft durchführen würde, damit diese seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnehmen kann. (Leitsätze der Redaktion)

Zum Sachverhalt:

Die Ast. wendet sich dagegen, dass die Ag. Landschaftsbauarbeiten für das Bauvorhaben W in S. im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, ohne europaweite Ausschreibung und ohne Einhaltung der Vorschriften nach der VOB/A-EU vergeben will.

Die Ag. ist ein kommunales Wohnungsbauunternehmen, deren Alleingesellschafterin die Stadt K. ist. Diese hat die Stammeinlage von 37 Mio. EUR erbracht. Ein Bürgermeister der Stadt K. ist nach dem Gesellschaftsvertrag geborenes Mitglied des Aufsichtsrats, ebenso sind weitere sieben Mitglieder des elfköpfigen Aufsichtsrats auch Mitglieder des Stadtrats der Stadt K. Die Ag. wurde Anfang der 1920er Jahre zum Zweck der Herstellung und Verwertung von Kleinwohnungen hauptsächlich für Angestellte und Arbeiter gegründet. Das Stammkapital betrug 6 Mio. Mark und wurde zur Hälfte von der Stadt K. erbracht. 1979 überführte die Stadt 93 Häuser mit 291 Wohnungen und 1988 weitere 109 Häuser mit 526 Wohnungen in das Eigentum der Ag., wobei die Verkäufe mit einer Erhöhung des Stammkapitals verrechnet wurden. Nach ihrem aktuellen Gesellschaftsvertrag ist Gegenstand des Unternehmens die Versorgung breiter Schichten der Bevölkerung mit Wohnungen, wozu nach § 2 I 1 des Gesellschaftsvertrags auch die angemessene Wohnversorgung einkommensschwacher Bevölkerungskreise zählt. In dessen Präambel heißt es: „Ziel allen kommunalen Handelns ist vorrangig die bedarfsgerechte Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Dienste der Bürgerinnen und Bürger. In diesem Bewusstsein und um flexibel auf die Anforderungen der Bürgerinnen und Bürger reagieren zu können, wurden Bereiche der kommunalen Aufgabenerfüllung ausgegliedert“.

Nachdem die Ast. durch ein anderes Unternehmen von dem Vorhaben der Ag. erfahren hatte, rügte sie mit Schreiben vom 20.4.2023 die unterbliebene europaweite Ausschreibung. Hierzu sei die Ag. als öffentlicher Auftraggeber verpflichtet. Die Ag. wies die Rüge mit Schreiben vom 26.4.2023 zurück. Termin zur Abgabe der Angebote war der 3.5.2023. Ein Angebot gab die Ast. nicht ab. Mit Schreiben vom 9.5.2023 stellte die Ast. einen Nachprüfungsantrag bei der VK Baden-Württemberg. Ihren im Wesentlichen darauf gerichteten Antrag, die Ag. zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Landschaftsbauarbeiten europaweit auszuschreiben, begründete die Ast. damit, dass sie nach § 97 VI GWB einen Anspruch auf Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen habe. Denn es könne nicht ausgeschlossen werden, dass sie bei einem geregelten Vergabeverfahren den Zuschlag hätte erhalten müssen. Sie habe erst am 11.4.2023 von der Ausschreibung erfahren und mit Schreiben vom 18.4.2023 um Zusendung der Unterlagen gebeten. Am 19.4.2023 habe

sie mit der Ag. telefoniert und anschließend das Verfahren gerügt. Die Ag. sei zur Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften verpflichtet, weil sie öffentlicher Auftraggeber iSv § 99 Nr. 2 GWB sei.

Die Ag. trat dem Antrag entgegen. Das Merkmal der Nichtgewerblichkeit sei nicht erfüllt. Der soziale Wohnungsbau sei kein Hoheitsrecht des Staats. Sie genieße keine besonderen Privilegien und Marktvorteile. Ihr gewinnorientiertes Handeln sei bereits im Gesellschaftsvertrag niedergelegt und werde durch die derzeitigen und in den vorangegangenen Geschäftsjahren erzielten Gewinne dokumentiert. Eine rechtliche Verpflichtung zur Verhinderung einer Insolvenz seitens der Stadt K. bestehe nicht. Vielmehr sei im Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung der Geschäftsführung verankert, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh zu erkennen und ihnen entgegenzuwirken. Ohnehin sei fraglich, ob nach dem Landesrecht, insbesondere 103 I Nr. 4 GemO BW eine Zuführung von Mitteln zur Abwendung einer Insolvenz zulässig wäre. Beihilferechtlich sei eine solche Zahlung ohnehin nicht zulässig. Öffentliche Wohnbauförderungsdarlehen stünden nicht nur ihr, sondern allen Investoren in gleicher Weise zur Verfügung. Im Übrigen drohe der Ast. kein Schaden, da sie nicht beabsichtigt habe, ein Angebot abzugeben. Hieran sei sie nicht gehindert gewesen. Die Ast. sei Teil des Firmenpools von Unternehmen, an die sie, die Ag., Aufträge vergebe. Zwar sei die Ast. zunächst nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden. Wenn der Wunsch der Ast., sich an dem Verfahren zu beteiligen, rechtzeitig an sie, die Ag., herangetragen worden wäre, hätte sie sich an dem Verfahren beteiligen können.

Die VK Baden-Württemberg (13.6.2023 – 1 VK 16/23, BeckRS 2023, 45798) hat entschieden, dass die Ag. nicht öffentlicher Auftraggeber iSv § 99 Nr. 2 GWB sei. Es fehle am Tatbestandsmerkmal nichtgewerblicher Art.

Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Ast. hatte überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen:

13II. Die zulässige Beschwerde hat überwiegend Erfolg.

14Der Nachprüfungsantrag der Ast. ist zulässig und im Wesentlichen begründet.

151. Der Rechtsweg zu den Vergabeinstanzen ist eröffnet, weil die Ag. öffentlicher Auftraggeber iSv § 99 GWB ist. Die Regelungen in Abschnitt 2 des GWB betreffen öffentliche Aufträge durch öffentliche Auftraggeber, wie § 115 GWB bestimmt.

16Nach § 99 Nr. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie über eine besondere Staatsgebundenheit verfügen, wie in § 99 Nr. 2 1. Hs.

Buchst. a-c geregelt ist. Als öffentlicher Auftraggeber gilt eine solche juristische Person dann, wenn kumulativ die folgenden Merkmale erfüllt sind, nämlich, dass die Einrichtung eine eigene Rechtspersönlichkeit hat, nach ihrem Gründungszweck im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art verfolgt und staatlicher Kontrolle unterliegt.

17a) Dass es sich bei der Ag. als GmbH um eine eigene Rechtspersönlichkeit handelt, steht außer Frage. Auch die besondere Staatsnähe ist gegeben, weil die Ag. von der Stadt K., einer Gebietskörperschaft nach § 98 Nr. 1 GWB, beherrscht wird. Die Geschäftsanteile der Ag. stehen zu hundert Prozent im Eigentum der Stadt K. Nach § 7 I des Gesellschaftsvertrags vertritt der Oberbürgermeister (oder ein von ihm bestellter Vertreter der Stadt K.) die Alleingesellschafterin, die Stadt K., in der Gesellschafterversammlung. Von den elf Mitgliedern des Aufsichtsrats ist dessen Vorsitzender zugleich Bürgermeister der Stadt K., sechs weitere Mitglieder sind Stadträte.

18 Der Aufsichtsratsvorsitzende leitet die Gesellschafterversammlung (§ 7 VI des Gesellschaftsvertrags). Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die Stadt als Alleingesellschafterin in der Lage ist, die Geschäftsführung der Ag. tatsächlich zu kontrollieren (vgl. EuGH [ECLI:EU:C:2010:182](#) = NZBau 2010, [382](#) ([385](#)) Rn. [50](#) – Wall AG).

19b) Die Ag. wurde zu dem Zweck gegründet, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art wahrzunehmen, wie dies Art. [2](#) Nr. [4](#) Buchst. a RL 2014/24/EU, § [99](#) Nr. [2](#) GWB bestimmen.

OLG Karlsruhe: Öffentliche Auftraggebereigenschaft eines kommunalen Wohnungsbaunternehmens – Volkswohnung GmbH (NZBau 2024, 430)

432

20aa) Das Tatbestandsmerkmal der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe verfolgt – gemeinsam mit dem Merkmal der Nichtgewerblichkeit – den Zweck, rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit unter den Bedingungen des Markts (die grundsätzlich nicht an das Vergaberecht gebunden ist) von der Tätigkeit zum Zwecke der Förderung des Allgemeinwohls (die grundsätzlich an das Vergaberecht gebunden ist) abzugrenzen (vgl. jurisPK-VergabeR/Zeiss, 5. Aufl. 2016, GWB § 99 Rn. 41). Hierbei ist der Begriff weit auszulegen (EuGH [ECLI:EU:C:2003:110](#) = NZBau 2003, [287](#) ([291](#)) Rn. [43](#) – Adolf Truley).

21(1) Eine eigenständige und abschließende Definition des Begriffs „Allgemeininteresse“ findet sich im EU-Recht nicht. Der Begriff ist nach der Rechtsprechung des EuGH in der gesamten Union unter Berücksichtigung des Regelungszwecks vielmehr „autonom und einheitlich“ auszulegen (MüKoWettbR/Ganske, 4. Aufl. 2022, GWB § 99 Rn. [36](#) mwN). Aufgaben im

Allgemeininteresse liegen dann vor, wenn grundlegende Staatsfunktionen betroffen sind und sie über Privat- oder Einzelinteressen hinausgehend der Befriedigung kollektiver Bedürfnisse dienen (vgl. EuGH [ECLI:EU:C:1998:4](#) = NJW 1998, [3261](#) – Staatsdruckerei). Erfasst sind Tätigkeiten, die der Staat aus Gründen des allgemeinen Interesses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte (EuGH [ECLI:EU:C:2001:259](#) = NZBau 2001, [403](#) – Ente Fiera; [ECLI:EU:C:2003:110](#) = NZBau 2003, [287](#) (291) Rn. [43](#)). Weitere Hinweise bzw. Indizien für das Vorliegen von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben sind die Wahrnehmung gesetzlicher Aufgaben und Aufgaben der Daseinsvorsorge (vgl. MüKoWettbR/Ganske, [GWB § 99 Rn. 38](#); BeckOK VergabeR/Bungenberg/Schelhaas, 28. Ed. 30.4.2022, [GWB § 99 Rn. 53](#)).

22(2) Am 26.5.1922 wurde die G GmbH, die Rechtsvorgängerin der Ag., gegründet. Ihr Zweck wurde im Zentral-Handels-Register für Baden mit der Herstellung und Verwertung von Kleinwohnungen hauptsächlich für Angestellte und Arbeiter des Handels und der Industrie umschrieben. Die Ag. erfüllt auch aktuell dieser gemeinwohlorientierten Zwecksetzung dienende Aufgaben. In § 2 I des Gesellschaftsvertrags wird neben der Versorgung breiter Schichten der Bevölkerung mit Wohnungen die angemessene Wohnversorgung einkommensschwacher Bevölkerungskreise genannt. Zudem wird in § 2 III des Gesellschaftsvertrags angeführt, dass öffentliche Zwecke im Sinne der Gemeindeordnung Baden-Württemberg verfolgt würden. Erklärtes Ziel ist es, (auch) Wohnraum für Haushalte zu schaffen, die aufgrund geringer Einkommen keinen oder einen erschwerten Zugang zu Wohnungen auf dem freien Markt haben. So sind von den fast 13.500 Mietwohnungen im Bestand 95 Prozent KdU-fähig (= Miethöhen liegen unterhalb der Grenze, die vom Job-Center K. als angemessen betrachtet werden); bei zukünftigen Neubauprojekten sollen durchschnittlich 70 Prozent der Wohnungen öffentlich gefördert sein.

23 Ein Indiz dafür, dass die soziale Wohnraumversorgung durch die Ag. der Daseinsvorsorge unterfällt, bietet § [102 I Nr. 3](#) GemO BW, der bestimmt, dass die Gemeinde ungeachtet der Rechtsform wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen darf, wenn bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann. In diesem Zusammenhang hat der VG Mannheim (NVwZ-RR 2013, [328](#)) entschieden, dass die Tätigkeit einer Bebauung mit Sozialwohnungen oder die Schaffung von Wohnraum für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf, die auf dem freien Wohnungsmarkt besondere Schwierigkeiten haben, unter den Begriff der Daseinsvorsorge subsumiert werden kann. Der soziale Wohnungsbau und die soziale Wohnraumförderung sind als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge im

Allgemeininteresse liegende Aufgaben (allg. Meinung: vgl. OLG Rostock NZBau 2020, 113 – Wohnungsgesellschaft; OLG Brandenburg 6.12.2016 – 6 Verg 4/16, BeckRS 2016, 114888 Rn. 50 jew. mwN).

24 Zudem werden in der Präambel des Gesellschaftsvertrags die Wahrung der gesamtstädtischen Interessen und deren Vorrang angeführt.

25(3) Dahinstehen kann, ob und in welchem Umfang die Ag. neben der Tätigkeit im Bereich geförderter Wohnungen und von Wohnungen für Haushalte mit geringem Einkommen auch Wohnbau ohne staatliche Förderung betreibt. Denn der Annahme der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber steht nicht entgegen, wenn ein Unternehmen nicht ausschließlich im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben verfolgt, vielmehr genügt es, wenn neben anderen Tätigkeiten jedenfalls auch Aufgaben wahrgenommen werden – und sei es, dass diese nur einen relativ geringen Teil der Gesamttätigkeit ausmachen-, deren Erfüllung wegen der öffentlichen Zwecksetzung eine besondere Pflicht des Unternehmens ist (vgl. EuGH ECLI:EU:C:1998:4 = NJW 1998, 3261 Rn. 25; ECLI:EU:C:2002:746 = NZBau 2003, 162 (165) Rn. 54 – Universale-Bau AG; Pünder/Schellenberg/Pünder, VergabeR, 3. Aufl. 2019, GWB § 99 Rn. 25 mwN).

26bb) Auch der Begriff der Nichtgewerblichkeit ist weder gemeinschaftsrechtlich noch nationalrechtlich definiert. Der EuGH hat diese Frage in mehreren Entscheidungen, zuletzt in der Entscheidung v. 5.10.2017 (EuGH ECLI:EU:C:2017:736 = NZBau 2018, 47 (51) Rn. 43 – VLRD), dahin beantwortet, dass die Beurteilung der nichtgewerblichen Art unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, u.a. der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzungen, unter denen sie Tätigkeiten zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ausübt, vorzunehmen ist. Hierbei sind insbesondere das Fehlen eines Wettbewerbs auf dem Markt, das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung dieser Tätigkeiten aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen. Wenn die betreffende Einrichtung hingegen hinsichtlich der Tätigkeiten zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben unter normalen Marktbedingungen tätig ist, Gewinnerzielungsabsicht hat und die mit diesen Tätigkeiten verbundenen Verluste trägt, ist es wenig wahrscheinlich, dass die Aufgaben, die sie erfüllen soll, nichtgewerblicher Art sind (vgl. EuGH ECLI:EU:C:2003:544 = NZBau 2004, 223 (228) Rn. 81, 82 mwN – SIEPSA). Im Erwgr. 10 RL 2014/24/EU heißt es daher, dass eine Einrichtung, die unter marktüblichen Bedingungen arbeitet, gewinnorientiert ist und die mit der Ausübung der Tätigkeit einhergehenden Verluste trägt, nicht als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ angesehen werden sollte.

27 Gegen die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber kann nicht angeführt werden, dass das Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien

von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Art. 1 I UAbs. 2 RL 2004/18/EU ersatzlos gestrichen wurde, vgl. Art. 91 iVm Anhang XV RL 2014/24/EU. Denn der Erwgr. 10 RL 2014/24/EU stellt klar, dass der persönliche Gel-

OLG Karlsruhe: Öffentliche Auftraggebereigenschaft eines kommunalen Wohnungsbauunternehmens – Volkswohnung GmbH(NZBau 2024, 430)

433

tungsbereich des Begriffs „öffentlicher Auftraggeber“ unverändert fortbesteht.

28Die Nichtgewerblichkeit ist nur dann zu verneinen, wenn das jeweilige Unternehmen sich strategisch und operativ wie ein normaler Marktteilnehmer, dh unter anderem mit der primären Absicht, Gewinne zu erzielen, in einem entwickelten Wettbewerb bewegt. Hierbei muss geprüft werden, ob die Einrichtung ganz oder zumindest teilweise außerhalb marktmäßiger Mechanismen operiert (vgl. OLG Naumburg NZBau 2004, 403 – Krankenhaus-Catering; OLG Düsseldorf NZBau 2003, 400 – Bekleidungsmanagement der Bundeswehr (g.e.b.b./LHBw)).

29Unter Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte erfüllt die Ag. Aufgaben nichtgewerblicher Art.

30(1) Zwar ist mit der VK davon auszugehen, dass sich die Ag. in einem entwickelten Marktumfeld bewegt. Wenn auch die Ag., aus deren Sicht das Vorhandensein eines Markts zu beurteilen ist, die größte Vermieterin der Stadt K. und das drittgrößte kommunale Immobilienunternehmen in Baden-Württemberg ist, steht außer Frage, dass neben ihr auch eine Vielzahl anderer privater Unternehmen sowie Genossenschaften geförderte Wohnungen im Bereich des sozialen Wohnungsbaus anbieten. Indes lässt das Vorhandensein eines entwickelten Wettbewerbs für sich genommen nicht zwingend den Schluss zu, dass die fragliche Tätigkeit gewerblicher Art ist (vgl. EuGH ECLI:EU:C:2003:110 = NZBau 2003, 287 (292) Rn. 61, 66). Gerade im Bereich der Versorgung breiter Bevölkerungsschichten mit angemessenem Wohnraum möchte der Staat aufgrund der oben dargestellten Verpflichtung zur Daseinsvorsorge auf die soziale Wohnraumversorgung entscheidenden Einfluss behalten (vgl. EuGH ECLI:EU:C:2008:213 = NZBau 2008, 393 (395 f.) Rn. 40 mwN – Wienstrom II; OLG Brandenburg BeckRS 2016, 114888 Rn. 54). Dies kommt auch im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck, wenn es in der Präambel heißt, „die mitgegebene Selbstständigkeit der Gesellschaften hat ihre Grenzen in der Wahrung der gesamtstädtischen Interessen“ und „entstehende Konflikte im Zusammenspiel von Gesellschaften und der Kernverwaltung sowie den Gesellschaften untereinander sind immer der Lösung zuzuführen, die dem Gesamtinteresse des „Konzerns Stadt“ am besten dient“.

31(2) Auch, wenn die Ag. Überschüsse erzielt, wie sie vorträgt und wie sich aus dem Beteiligungsbericht der Stadt K. 2021 ergibt, der die Gewinn- und Verlustrechnung der Jahre 2018-2022 aufführt, ist nicht von Gewerblichkeit auszugehen. Denn einer

Einordnung als öffentlicher Auftraggeber steht nicht entgegen, wenn die juristische Person neben der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art auch – in Gewinnerzielungsabsicht – andere Tätigkeiten ausübt (EuGH ECLI:EU:C:1998:4 = NJW 1998, 3261 Rn. 25; ECLI:EU:C:2002:746 = NZBau 2003, 162 (165) Rn. 55; OLG Brandenburg BeckRS 2016, 114888; OLG Rostock NZBau 2020, 113 (117) Rn. 45). Die Ag. betreibt, wie sich dies auch aus dem Beteiligungsbericht ergibt, ihre Geschäfte, wie dies dem typischen Bild heutiger kommunaler Wohnungsbaugesellschaften entspricht, die die Aufgabe der sozialen Wohnungsversorgung mit der Tätigkeit eines nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten agierenden Wohnungsunternehmens verbinden (vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2016, 114888; OLG Rostock NZBau 2020, 113 (117) Rn. 45). Ein effizientes und kostensparendes Wirtschaften dient gerade dazu, dass die kommunale Aufgabe einer sozialverträglichen Wohnraumversorgung nachhaltig und dauerhaft gewährleistet wird. Das Vorhalten von bezahlbarem Wohnraum sowohl im preisreduzierten als auch im frei finanzierten Segment ist Teil des Gesamtkonzepts der Ag. im Rahmen der Ausübung ihrer Kerntätigkeit. Stetig steigenden Einwohnerzahlen, fehlendem Bauland und damit einhergehenden hohen Grundstückspreisen sowie erheblich gestiegenen Baukosten begegnet die Ag. durch die Bereitstellung von bezahlbarem Wohnraum in verschiedenen Wohnformen. Dass diese der Daseinsvorsorge zuzuordnende Aufgabe vorrangiges Ziel der Ag. ist, zeigt sich auch daran, dass der durchschnittliche Mietpreis in K. im Jahr 2021 11,31 EUR/m² betrug (s. <https://mietspiegeltabelle.de/>), während die durchschnittliche Nettokaltmiete der Ag. im Jahr 2021 bei 6,36 EUR/m² lag (s. Geschäftsbericht 2021). Daher ist es auch kein ausschlaggebender Gesichtspunkt für ein ausschließlich gewerbliches Handeln, dass nach § 2 IV des Gesellschaftsvertrags die Preise für ihre Leistungen von der Ag. so zu bemessen sind, dass sie eine Kostendeckung einschließlich einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals sowie die Bildung ausreichender Rückstellungen und Rücklagen ermöglichen. Ihr am Gemeinwohl orientiertes Handeln zeigt sich auch darin, dass von der Ag., wie dem Vorwort zum Geschäftsbericht 2021 zu entnehmen ist, „freie Reserven mehrfach im Jahr anderen städtischen Unternehmen, die situationsbedingt finanzielle Probleme hatten, zur Verfügung gestellt werden konnten und so zur Stabilisierung des Gesamtkonzerns Stadt K. beigetragen haben“. Dies entspricht der Bestimmung in § 2 III des Gesellschaftsvertrags, wonach die Gesellschaft mit den vorstehend genannten Unternehmensgegenständen öffentliche Zwecke im Sinne der Gemeindeordnung Baden-Württemberg in der jeweils gültigen Fassung verfolgt.

32(3) Für die Beurteilung der Frage, ob die Ag. die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste trägt, kommt es nicht entscheidend darauf an, dass im Gesellschaftsvertrag ein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste nicht vorgesehen ist. Vielmehr genügt für die Annahme einer nichtgewerblichen Aufgabe, dass die

Gebietskörperschaft, der eine Gesellschaft gehört, deren Zahlungsunfähigkeit aller Voraussicht nach nicht in Kauf nehmen und soweit erforderlich eine Rekapitalisierung der Gesellschaft durchführen würde, damit diese ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnehmen kann (vgl. EuGH ECLI:EU:C:2003:300 = NZBau 2003, 396 (399) Rn. 52, 53 – Korhonen; ECLI:EU:C:2003:544 = NZBau 2004, 223 (228) Rn. 91).

33Ob für diese Prognose – es geht in der Regel um die Vorhersage einer künftigen Entwicklung – konkrete Anhaltspunkte aus der Vergangenheit vorliegen müssen, etwa weil in der Vergangenheit Verluste ausgeglichen oder Patronatserklärungen abgegeben wurden, oder es ausreicht, dass auch ohne das Hinzutreten solcher in der Vergangenheit liegender Unterstützungshandlungen aus allgemeinen Erwägungen heraus die Wahrscheinlichkeit besteht, dass im wirtschaftlichen Notfall ein Verwaltungsträger finanzielle Unterstützung leisten wird, kann dahinstehen. Denn vorliegend bestehen solche Anhaltspunkte, die es als wahrscheinlich erscheinen lassen, dass die Stadt K. als Alleineigentümerin der Ag. geeignete Maßnahmen ergreifen würde, um eine Insolvenz zu verhindern, deshalb, weil die Stadt in der Vergangenheit über 800 Wohnung auf die Ag. übertragen, durch diese Maßnahme deren Eigenkapital erhöht und damit deren finanzielle Leistungskraft gestärkt hat. In diesem Zusammenhang darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass im Hinblick auf den kommunalen Hintergrund und ihre Alleingesellschaft-

OLG Karlsruhe: Öffentliche Auftraggebereigenschaft eines kommunalen Wohnungsbauunternehmens – Volkswohnung GmbH(NZBau 2024, 430)

434

rin von einer günstigeren Risikobewertung und Einschätzung der Kreditwürdigkeit der Ag. auszugehen sein wird, als dies bei einem privaten Unternehmen der Fall wäre.

34Rekapitalisierungsmaßnahmen stünden auch nicht Bestimmungen des Gemeinderechts oder die Schuldenbremse entgegen. Die Verpflichtung nach Art. 109 III 1 GG, die Haushalte ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen, trifft nur den Bund und die Länder, nicht aber Gemeinden. Zwar bestimmt § 88 GemO BW, dass die Gemeinde keine Sicherheiten zugunsten Dritter bestellen und Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben übernehmen darf. Allerdings wurde von der Möglichkeit in § 88 I 2 GemO BW, Ausnahmen zuzulassen, und für Bürgschaften eine allgemeine Genehmigung zu erteilen, mit der VwV Freigrenzen v. 6.12.2021 – IM2-2251-3 – in Baden-Württemberg Gebrauch gemacht. Gerade das Eingehen von Bürgschaften und Gewährverträgen ist gem. § 88 II 1 GemO BW zulässig, wenn dies der Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde dient. Der häufigste Fall der Bürgschaftsgewährung stellt hierbei diejenige für Tochter- und Beteiligungsgesellschaften in privater Rechtsform dar, um diesen zu besseren Kreditkonditionen zu verhelfen (vgl. BeckOK KommunalR BW/Henkes, 21. Ed. 1.4.2023, GemO § 88 Rn. 7).

35Nach alledem ist die Ag. öffentlicher Auftraggeber iSv § 99 Nr. 2 GWB.

362. a) Der Nachprüfungsantrag der Ast. ist nicht deshalb unzulässig, weil sie kein Interesse am Auftrag und keinen durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften entstehenden Schaden dargelegt hätte.

37Im Falle von De-Facto-Vergaben reicht zur Annahme der Antragsbefugnis die Darlegung aus, wonach das Unternehmen der Ast. der jeweiligen gewerblichen Branche angehört und darum als generell darauf eingerichtet angesehen werden kann, den Auftrag auszuführen. Weitere Darlegungen, insbesondere die Vorlage eines (fiktiven) Angebots sind nicht erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf NZBau 2001, 696; Ziekow/Völlink/Dicks, VergabeR, 4. Aufl. 2020, GWB § 160 Rn. 35). Für die Anwendung von § 160 II 2 GWB kommt es nämlich nur auf die Chance eines auf einer vergaberechtskonformen Art der Ausschreibung beruhenden Angebots an (BayObLGZ 2003, 44 = NZBau 2003, 634 – Rüstungsaltslast-Verdachtsstandorte).

38Ihr Interesse am Auftrag hat die Ast. durch Stellung des Nachprüfungsantrags kenntlich gemacht. Sie kommt als Unternehmen für Garten- und Landschaftsbau für die Leistungen, die die Ag. beschaffen möchte, in Betracht. Sie macht auch die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften geltend und beanstandet, dass die Ag. die Landschaftsbauarbeiten entgegen den Vorschriften des GWB und der VOB/A nicht öffentlich ausgeschrieben hat und den Auftrag unmittelbar an die Beigel. vergeben möchte, § 97 VI GWB. Diese Vorgehensweise hat ihre Zuschlagschancen zumindest verschlechtert.

39b) Die Ast. rügte nach § 160 III 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig den geltend gemachten Verstoß. Sie hat unwiderlegt vorgetragen, erst am 11.4.2023 von der Ausschreibung in einem Telefonat mit einer anderen Firma erfahren zu haben. Mit Schreiben vom 20.4.2023 rügte sie die unterbliebene europaweite Ausschreibung.

40c) Der Auftrag wäre auch ausschreibungspflichtig gewesen, weil dessen geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer den festgelegten Schwellenwert überschritten hätte, § 106 I 1 GWB. Abzustellen ist hierbei auf den Gesamtwert der auszuschreibenden Leistung, § 3 I VgV iVm § 2 VgV, der bei annähernd 50 Mio. EUR liegt.

413. a) Der Nachprüfungsantrag ist auch im Wesentlichen begründet, denn die Ag. möchte die Verträge mit der Beigel. unter Verstoß gegen die aus § 97 I GWB folgende Pflicht zur Vergabe in einem geregelten Verfahren schließen.

42b) Ein Anspruch der Ast., der Ag. aufzugeben, die Landschaftsbauarbeiten in zwei Losen zu vergeben, besteht nicht. Zwar bestimmt § 97 IV GWB, dass zur Wahrung der mittelständischen Interessen der zu vergebende Auftrag in Lose aufzuteilen ist. Eine diesbezügliche Rechtsverletzung liegt aber nicht vor und macht die Ast. auch nicht geltend. Denn die Ag. beabsichtigte, die Landschaftsbauarbeiten in zwei Losen zu

vergeben. Die zutreffend beanstandete Rechtsverletzung liegt allein darin, dass die Beschaffungsmaßnahme nicht europaweit ausgeschrieben wurde.

434. Die Ast. hat klargestellt, dass die Anträge Nr. 4 und 5 nur für den Fall eines bereits erfolgten Vertragsschlusses mit einem anderen Bieter gestellt wurden. Ein solcher ist nicht erfolgt, so dass über diese Anträge nicht zu entscheiden war.

44III. 1. a) Die Kosten vor der VK hat nach § 182 III 1 GWB die Ag. zu tragen. Sie ist im Nachprüfungsverfahren unterlegen, weil der Nachprüfungsantrag im Wesentlichen Erfolg hat. Mit ihrem Hauptanliegen, eine europaweite Ausschreibung zu erreichen, dringt die Ast. durch. Die weitergehenden Anträge sind von untergeordneter Bedeutung oder nur für den Fall eines bereits erfolgten Vertragsschlusses gestellt worden, so dass es nicht der Billigkeit entspricht, die Ast. mit Kosten zu belasten.

45b) Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Ast. wird für notwendig erklärt.

46 Gemäß § 182 IV 4 GWB iVm § 80 II VwVfG sind die Kosten eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn dessen Hinzuziehung erforderlich war, was bei der Beauftragung durch die Ast. grundsätzlich zu bejahen ist (jurisPK-VergabeR/Summa, 6. Aufl. 2022, GWB § 182 Rn. 82). Gesichtspunkte, die die Beauftragung unnötig erscheinen lassen, liegen nicht vor. Weder waren der Sachverhalt und die vergaberechtlichen Fragestellungen besonders einfach noch ist ersichtlich, dass die Ast. über eigenes vergaberechtlich geschultes Personal verfügte.

472. Da die Ag. im Beschwerdeverfahren unterlegen ist, entspricht es der Billigkeit, ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens gem. § 175 II GWB, § 71 S. 1 GWB aufzuerlegen. Ergänzend wird auf die zu Nr. 1. a) gemachten Ausführungen verwiesen.

48 Ebenso entspricht es der Billigkeit, der Ag. die Kosten des Verfahrens über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 I 3 GWB aufzuerlegen. Diesen Antrag hat die Ast. zu Recht für erledigt erklärt. Ursprünglich bestand ein Antragsrecht nach § 173 I 3 GWB, da durch die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung verhindert werden sollte, dass der öffentliche Auftraggeber durch Erteilung des Zuschlags vollendete Tatsachen schafft. Durch die Erklärung der Ag. im Schriftsatz vom 5.7.2023, dass sie bis zur Entscheidung des Senats in der Sache keinen Vertrag mit der Beigel. schließen werde, hat sich das Rechtsschutzbedürfnis der Ast. erledigt. Denn ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 173 I 3 GWB auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung setzt die begründete Erwartung voraus, dass im laufenden Beschwerdeverfahren eine anderweitige Auftragsvergabe droht (vgl. OLG München 30.10.2019 – Verg 22/19, BeckRS 2019, 31784 Rn. 50). Diese Gefahr ist aber durch die Erklärung der Ag. entfallen. Die Erfolgsaussichten der

sofortigen Beschwerde, die für die Begründetheit des Antrags vorliegen müssen, ergeben sich aus oben Gesagtem.

49 Die Beigel. hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt.

503. Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf § 50 II GKG.

514. Anlass für eine Divergenzvorlage an den BGH gem. § 179 II 1 GWB besteht nicht. Der Senat weicht nicht von der Entscheidung des OLG Hamburg (NZBau 2019, 398 – GWG mbH) ab, in der das Tat-

OLG Karlsruhe: Öffentliche Auftraggebereigenschaft eines kommunalen Wohnungsbauunternehmens – Volkswohnung GmbH (NZBau 2024, 430)

435

bestandsmerkmal der nichtgewerblichen Art bei einer Wohnungsbaugesellschaft verneint wurde. Denn Voraussetzung für eine Vorlage ist, dass der vorlegende Senat seiner Entscheidung als tragende Begründung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der mit einem die Entscheidung eines anderen OLG oder des BGH tragenden Rechtssatz unvereinbar ist (BGH NZBau 2017, 366 (368) Rn. 23 – Postdienstleistungen). Das OLG Hamburg legt jedoch seiner Entscheidung keinen anderen Rechtssatz zugrunde. Vielmehr wendet es dieselben Obersätze an, kommt aber aufgrund einzelfallbezogener Wertung und anderer kommunalrechtlicher Vorschriften zu einem anderen Ergebnis.

Anm. d. Red.:

S. zur öffentlichen Auftraggebereigenschaft einer Handwerkskammer nur bei Vorliegen einer Fachaufsicht OLG Schleswig NZBau 2024, 179 – Handwerkskammer. Mit der Eigenschaft als Sektorenauftraggeber bei der Beschaffung von Postdienstleistungen zur Wasser- und Energieversorgung befassen sich OLG Düsseldorf NZBau 2023, 65 – Stadtwerke, sowie die Bespr. Rosenkötter NZBau 2023, 298. Mit der mangelnden öffentlichen Auftraggebereigenschaft eines Pflegeheimbetreibers beschäftigt sich VK Südbayern NZBau 2023, 139 – Ev. Pflegezentrum H. S. schließlich zur öffentlichen Auftraggebereigenschaft von Wirtschaftsförderungsgesellschaften VK Nordbayern 24.5.2022 – RMF-SG21-3194-7-9, BeckRS 2022, 46399.

[© Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)