Update Bauen und Immobilien

Kommunales Wohnungsbauunternehmen kann öffentlicher Auftraggeber sein

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.09.2023 – 15 Verg 5/23

Die kommunale Wohnungsbaugesellschaft W will Landschaftsbauarbeiten im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, europaweite Ausschreibung oder Einhaltung der VOB/A vergeben. Alleingesellschafterin der W ist die Kommune K, die auch die Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrats bestimmt und aus den Reihen den Stadtrat entsendet. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist Gegenstand des Unternehmens die Versorgung breiter Schichten der Bevölkerung mit Wohnungen, einschließlich angemessener Wohnversorgung einkommensschwacher Bevölkerungskreise. Garten- und Landschaftsbauer G, der nicht zum Wettbewerb eingeladen wurde, rügte die unterbliebene europaweite Ausschreibung. W sei öffentliche Auftraggeberin und damit zur Einhaltung des Vergaberechts verpflichtet.

Anders als noch die Vergabekammer sieht das OLG den Anwendungsbereich des Vergaberechts als eröffnet an und W zur Durchführung einer europaweiten Ausschreibung verpflichtet. W sei öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB. Sie werde durch die öffentliche Auftraggeberin K beherrscht. Sie sei zu dem Zweck gegründet worden, eine Aufgabe im Allgemeininteresse - hier den sozialen Wohnungsbau - wahrzunehmen. Dem stehe auch nicht entgegen, dass dies nicht ausschließlich Aufgabe des Unternehmens ist, solange die Erfüllung der Allgemeininteressen eine herausgestellte und besondere Pflicht darstellt. Dabei handele W auch nicht gewerblich. Entscheidend komme es auf das Fehlen eines fairen Wettbewerbs am freien Markt und das Fehlen von Gewinnerzielungsabsicht an. Dass ggf. tatsächlich ein Gewinn erwirtschaftet werde, sei unschädlich, da effizientes und kostensparendes Wirtschaften langfristig den sozialen Wohnungsbau und damit die Daseinsvorsorge sichere. Maßgeblich sei außerdem die Tatsache, dass das Unternehmen nicht für wirtschaftliche Risiken und Verluste einzustehen hat. Eine vertragliche Nachschusspflicht hält das OLG indes nicht für erforderlich.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung des OLG fällt klar aus. Bei kommunalen Wohnungsbaugesellschaften, die zu 100 % in der Hand der Kommune liegen, kommt regelmäßig in Betracht, dass diese als öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Abs. 2 GWB einzustufen sind. Trotzdem hat immer eine Einzelfallprüfung der einzelnen Voraussetzungen zu erfolgen. Hier kann insbesondere das Merkmal der Nichtgewerblichkeit ein Einfallstor für den Ausschluss der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber sein, da detailliert nachzuweisen ist, dass das Unternehmen durch die Staatsnähe eine marktbezogene Sonderstellung und entsprechende Vorteile hat (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 11.02.2019 - 1 Verg 3/15).