

Oberlandesgericht Hamburg: Wann eine kommunale Eigengesellschaft ein öffentlicher Auftraggeber ist

Generalunternehmer beauftragen

Eine unter kommunaler Mehrheitsbeteiligung geführte kommunale Wohnungsbaugesellschaft (Antragsgegnerin – AG) hatte einen Bauauftrag oberhalb des EU-Schwellenwerts ohne die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens an einen Generalunternehmer vergeben. Dabei handelte es sich um ein großes Wohnungsbauvorhaben, das auch Malerarbeiten umfasste.

Die Antragstellerin betrieb einen mittelständischen Malerbetrieb und machte geltend, dass es sich bei der AG um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Vergaberechts – hier des § 98 Nr. 2 GWB a.F. – handele. Deshalb sei die Vergabe des Generalunternehmerauftrags ohne vorheriges Vergabeverfahren eine rechtswidrige de-facto-Vergabe. Im Rahmen eines bei rechtmäßigem Verhalten der AG durchzuführenden förmlichen Vergabeverfahrens hätte sich die Antragstellerin auf ein dann zu bildendes Teillos „Malerarbeiten“ mit guten Erfolgsaussichten beworben. Die AG sei öffentliche Auftraggeberin, da sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfülle. Die Satzung der AG stelle klar, dass das Unternehmen gemeinnützige Zwecke verfolge. Das Vorliegen einer staatlichen Kontrolle indiziere eine nichtgewerbliche Tätigkeit. Die Erzielung von Gewinnen sei jedenfalls nicht der Hauptzweck der AG.



Um die Vergabe eines großen Wohnungsbauvorhabens gab es Streit.

FOTO: DPA/CINDY RIECHAU

Gewerblich tätig und mit Gewinnerzielungsabsicht

Die AG machte geltend, tatsächlich sehr wohl gewerblich tätig zu sein und mit Gewinnerzielungsabsicht zu handeln. Sie richte ihr Handeln an wirtschaftlichen Kriterien aus. Dass sie daneben auch den Zweck einer sozial verantwortlichen Wohnungsvergorgung für breite Schichten der Bevölkerung verfolge, führe nicht zu einer Einstufung als öffentliche Auftraggeberin.

Im Übrigen müsse Gewinnerzielung zur Bejahung einer gewerblichen Tätigkeit nicht der Hauptzweck der Tätigkeit eines Unternehmens sein. Es genüge, wenn sie sich als Zwischenziel zur Erfüllung eines im öffentlichen Interesse liegenden Hauptzwecks darstelle. Die AG stehe im Wettbewerb mit privaten Wohnungsbauunternehmen auf dem Mietwohnungsmarkt.

Nachdem die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hatte, legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde beim Hanseatischen Oberlandes-

gericht ein (OLG Hamburg, Beschluss vom 11. Februar 2019; 1 Verg 3/15).

Ohne Erfolg! Der Rechtsweg zu den Vergabeinstanzen sei nicht eröffnet, da es sich bei der Antragstellerin nicht um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB a. F. (§ 99 GWB n.F.) handele. Die AG sei als GmbH eine juristische Person des privaten Rechts, die zwar auch zu dem be-

sonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrzunehmen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe werde sie jedoch gewerblich tätig.

Der Umstand, dass eine juristische Person des Privatrechts deren Gesellschaftsanteile zu 100 Prozent im (hier mittelbaren) Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen, im Allgemeininteresse liegende Auflagen erfüllt, führe al-

lein noch nicht zu einer Qualifikation der juristischen Person als öffentliche Auftraggeberin. Vielmehr handele es sich bei dem Begriff „nichtgewerblicher Art“ um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal des § 98 Nr. 2 GWB a.F. (§ 99 GWB n.F.), der weniger an den Zuschnitt der Aufgaben selbst als vielmehr an die Art und Weise deren Erfüllung anknüpfe.

Dabei seien insbesondere das Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt, auf dem die fragliche juristische Person sich bewegt, das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und schließlich die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen. Dass der Wohnungsmarkt als dysfunktional zu beschreiben sei, also ein echter Angebotsmarkt mit deutlichem Nachfrageüberhang bestehe, führe nicht dazu, dass die auf dem Markt tätigen Anbieter nicht im Wettbewerb stünden. Entscheidend sei, ob sich im Vergleich zu den anderen Anbietern die AG durch Zutun des Staats in einer marktbezogenen Sonderstellung befände und aus diesem Grunde

nicht mehr in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig würde. Dies sei im Ergebnis nicht ersichtlich.

Nicht auf öffentliche Mittel angewiesen

Außerdem handele die AG gemäß ihrer (während des Verfahrens geänderten) Satzung mit Gewinnerzielungsabsicht. Sie erziele tatsächlich erhebliche Gewinne, sie ist nicht auf öffentliche Mittel angewiesen, sie schütze – jedenfalls künftig – tatsächlich Gewinne aus.

Auch trage die AG die mit ihrer Tätigkeit verbundenen wirtschaftlichen Risiken. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kommune eine mögliche Insolvenz der AG verhindern würde. Und schließlich spräche für eine gewerbliche Tätigkeit der AG, dass sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben keine öffentlichen Mittel in Anspruch nimmt.

Praxistipp: Eine unter kommunaler Mehrheitsbeteiligung geführte kommunale Eigengesellschaft ist dann kein öffentlicher

Auftraggeber, wenn sie ihre Aufgaben mit Gewinnerzielungsabsicht und daher gewerblich auf einem echten Nachfragemarkt wahrnimmt.

Kommunale Eigengesellschaften sollten bei der Vergabe von Aufträgen prüfen, inwieweit sie öffentliche Auftraggeber mit entsprechenden Ausschreibungsverpflichtungen sind. Gibt es auf dem relevanten kommunalen Markt ernstzunehmende Wettbewerber oder hat die Gesellschaft eine Monopolstellung? Handelt sie nach ihrer Satzung mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht – Stichwort Gemeinnützigkeit? Nimmt sie öffentliche Mittel in Anspruch? Bei Aufgaben, die an die ausschließliche Zuständigkeit der Kommune geknüpft sind und daher gar nicht frei im Markt angeboten werden, dürfte regelmäßig die öffentliche Auftraggebereigenschaft zu bejahen sein.

> PETRA BACHMANN

Die Autorin ist Geschäftsführerin der Auftragsberatungsstelle Brandenburg e. V. Ihr Beitrag wurde aus dem Newsletter (Nr. 7 – Juli 2019) der Ständigen Konferenz der Auftragsberatungsstellen übernommen.

INFO Vergabetag Bayern

Zum 7. Mal seit seiner Entstehung veranstaltet das Auftragsberatungszentrum Bayern den Vergabetag Bayern am 9. Oktober 2019 von 10 bis 17 Uhr im Forum der IHK Akademie München (Orleansstr. 10-12, 81669 München). Auch dieses Mal wird der praxisnahe Erfahrungsaustausch zwischen Teilnehmern und Referenten im Fokus stehen. Ein Themenschwerpunkt wird in diesem Jahr die Einführung der elektronischen Vergabe im Unterschwellenbereich sein. Dazu wird es sowohl einen Vortrag zu den Tücken der elektronischen Kommunikation als auch einen Praxisworkshop zur Einführung und Handhabung der E-Vergabe geben. Nachhaltigkeit und Innovation spielen im Vergaberecht eine immer größere Bedeutung. Ein Workshop wird sich daher dem spannenden Thema der „Kreislaufbeschaffung“ widmen. Die neuen Statistikpflichten für öffentliche Auftraggeber ab 2020 werden ebenso beleuchtet wie das schwierige Thema Datenschutz im Vergabeverfahren. Aber auch Dauerbrenner wie die Eignungsprüfung, Rahmenverträge oder die aktuelle Rechtsprechung werden behandelt. Die Teilnahmegebühr beträgt 180 Euro (plus Umsatzsteuer).

Ausschreibungen für Bayern

Auftrag online finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter www.bsz.de/business

Webbasiert inkl.
GAEB online

Aktuelle
Ausschreibungen
warten auf Ihren Abruf