



Dr. Matthias Ushöfer,
Fachanwalt für Vergaberecht und Partner, OPPENLÄNDER Rechtsanwälte und
Dr. Joachim Ott, LL.M.,
Rechtsanwalt, OPPENLÄNDER Rechtsanwälte

Zur Auftraggebereigenschaft kommunaler Wohnungsbaugesellschaften

I. KOMMUNALE WOHNUNGSBAU-GESELLSCHAFTEN

Zahlreiche Kommunen unterhalten zur Sicherstellung ihrer Versorgung ihrer Einwohner mit Wohnraum zu sozialadäquat angemessenen Preisen – gerade vor dem Hintergrund steigender Mieten auf dem privaten Wohnungsmarkt – zunehmend kommunale Wohnungsbaugesellschaften. Sie sollen mit dem Bau und der Vermietung neuer Wohnungen zur Daseinsvorsorge beitragen. Auch vor dem Hintergrund eines anhaltend hohen Bedarfs an Sozialwohnungen und Flüchtlingsunterkünften wird für diese Form der Daseinsvorsorge ein hohes Bedürfnis gesehen. Häufig greifen die Kommunen bei der Ausgestaltung ihrer kommunalen Gesellschaften auf die Rechtsform einer GmbH zurück.

Ob kommunale Wohnungsbaugesellschaften bei der Vergabe ihrer oftmals relativ großvolumigen Bau- und Dienstleistungsaufträge als öffentliche Auftraggeber handeln, wurde bislang vom BGH nicht abschließend entschieden. Die Frage hängt stark vom Einzelfall ab und ist alles andere als einfach zu beurteilen. Das OLG Hamburg hat mit Beschluss vom 11.02.2019, Az. 1 Verg 3/15, nunmehr entschieden, dass die größte Wohnungsgesellschaft der Hansestadt gewerblich und damit nicht als öffentlicher Auftraggeber handelt. Die Entscheidung ist lesenswert und zeigt Wege auf, wie die betreffenden Gesellschaften die Anwendbarkeit des nicht selten als zu personal- und zeitaufwändig, vor allem aber auch als zu schwerfällig empfundenen Vergaberechts vermeiden können.

II. ÖFFENTLICHE AUFTRAGGEBER – ANWENDUNG VON VERGABERECHT?

Entgegen einer – noch immer weit verbreiteten – Meinung ist mit der Ausgliederung des sozialen Wohnungsbaus in eine Gesellschaft privater Rechtsform das Thema Vergaberecht noch nicht erledigt. Trotz privater Rechtsform können kommunale Wohnungsbaugesellschaften öffentliche Auftraggeber und damit an Kartell-Vergaberecht und/oder vergabehaushaltsrechtliche Ausschreibungspflichten gebunden sein. Tatsächlich können Ausschreibungspflichten in der Praxis zu einer Arbeitsmehrbelastung führen, die oft erhebliche personelle, finanzielle und zeitliche Ressourcen in Anspruch nimmt. Die vergaberechtliche Beratungspraxis registriert daher das Bestreben vieler Wohnungsbaugesellschaften, eine Einordnung als öffentlicher Auftraggeber zu vermeiden.

Allein die Organisation einer Wohnungsbaugesellschaft als juristische Person des Privatrechts reicht hierfür aber nicht, denn § 99 Nr. 2 GWB bestimmt, dass auch juristische Personen des Privatrechts öffentliche Auftraggeber sein können. Das ist der Fall, wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben (1.) nichtgewerblicher Art (2.) zu erfüllen, sie durch eine Gebietskörperschaft oder sonstige staatliche Stelle überwiegend finanziert werden, ihre Leitung der Aufsicht einer solchen Stelle unterliegt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch eine Gebietskörperschaft oder sonstige staatliche Stelle bestimmt worden sind (3.).

1. Gründung zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben

Eine sichere und sozial verantwortbare Wohnungsversorgung breiter Bevölkerungsschichten stellt eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe dar, wovon das OLG Hamburg in Übereinstimmung mit ständiger Rechtsprechung auch ausgegangen ist (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 11.02.2019 – 1 Verg 3/15, Rdnr. 153 bei juris). Viele Wohnungsbaugesellschaften haben – wie auch im Hamburger Fall – eine solche Zweckbestimmung in ihren Satzungen festgeschrieben, so dass von einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe regelmäßig auszugehen ist. Nur dann, wenn eine kommunale Gesellschaft nicht im Bereich des sozialen Wohnungsbaus tätig ist oder sein soll, sondern sich auf nicht geförderte „freie“ Wohnungen beschränkt, kann die öffentliche Auftraggebereigenschaft ausgeschlossen werden.

2. Aufgabe nichtgewerblicher Art

Die entscheidende – und zugleich gestaltbare – Weichenstellung liegt bei dem Tatbestandsmerkmal der Aufgabenstellung „nichtgewerblicher Art“. Für die Prüfung, ob eine Aufgabe nichtgewerblicher Art ist, sind alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Sachverhalte zu würdigen, u.a. auch die Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben sowie die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt. Bei der Bewertung zu berücksichtigen ist insbesondere, a) das Fehlen von Wettbewerb auf dem einschlägigen Markt, b) das Fehlen einer

Charakteristisch für das Fehlen von Wettbewerb ist, dass sich ein Unternehmen nicht den Marktmechanismen unterwerfen und sich nicht mit anderen Anbietern messen muss.

grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, c) das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und d) die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln. Diese im Einzelfall zu prüfenden Kriterien entsprechen der Rechtsprechung des EuGH, wie er sie u.a. in seiner Entscheidung „SIEPSA“ entwickelt hat (Urteil vom 16.10.2003 – C 283/00). Hiervon geht zu Recht auch das OLG Hamburg aus (a.a.O., Rdnr. 149 bei juris).

a) Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt

Charakteristisch für das Fehlen von Wettbewerb ist, dass sich ein Unternehmen nicht den Marktmechanismen unterwerfen und sich nicht mit anderen Anbietern messen muss. Nach dem OLG Hamburg fehlt Wettbewerb nur dann, wenn es keine anderen Marktteilnehmer gibt oder die kommunale Wohnungsbaugesellschaft sich im Vergleich zu anderen Anbietern durch Zutun des Staates in einer marktbezogenen Sonderstellung befindet und aus diesem Grund nicht mehr in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig wird (a.a.O., Rdnr. 165 bei juris). Davon ist trotz des zweifelsfrei gegebenen Nachfrageüberhangs nach preisgünstigem Mietwohnraum nicht auszugehen, wenn es im Wettbewerb stehende weitere Anbieter gibt, wie im Hamburger Fall insbesondere größere Wohnungsbaugenossenschaften.

b) Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht

Das OLG Hamburg stellt zunächst klar, dass ein Unternehmen auch dann mit Gewinnerzielungsabsicht handeln kann, wenn es nicht nach Gewinnoptimierung oder -maximierung strebt. Zudem spreche es „*sehr deutlich*“ für ein Handeln in Gewinnerzielungsabsicht, wenn vom Auftraggeber in der Vergangenheit tatsächlich erheb-

liche Gewinne erwirtschaftet wurden. Weitere Anhaltspunkte für das Bestehen einer Gewinnerzielungsabsicht können Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter, eine erhebliche Eigenkapitalquote sowie die fehlende Abhängigkeit von öffentlichen Mitteln sein.

Das OLG stellt jedoch auch klar: „*Ein im staatlichen Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen kann gerade nicht nur dann nicht als öffentlicher Auftraggeber angesehen werden, wenn der Staat es mit dem Auftrag möglichst hoher Gewinnerzielung gewissermaßen „von der Leine lässt*“, damit es sich am Markt uneingeschränkt und nur um Gewinnmaximierung bemühe. Denn gerade ein solches, originär öffentliche Zwecksetzungen außer Acht lassendes Verhalten des staatlichen Eigentümers wäre verfassungsrechtlich verboten.“ (a.a.O., Rdnr. 198 bei juris).

c) Tragen des wirtschaftlichen Risikos

Eine kommunale Wohnungsbaugesellschaft trägt ihr wirtschaftliches Risiko nicht selbst, wenn eine Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im wirtschaftlichen Notfall ein Verwaltungsträger finanziell eintreten würde. Ausgestaltet werden kann eine derartige „Auffangfunktion“ durch eine Verlustausgleichsverpflichtung, durch konzernrechtliche Pflichten, Patronatserklärungen oder Garantien. Reine Vermutungen über die Wahrscheinlichkeit staatlicher Rettungsmaßnahmen schließen die Tragung des Verlustrisikos allerdings nicht aus. Allein das fehlende Verlusttragungsrisiko kann den Ausschlag für eine Einordnung als öffentlicher Auftraggeber geben, wie das OLG Hamburg bereits an anderer Stelle entschieden hatte (OLG Hamburg, Beschl. v. 31.03.2014, 1 Verg 4/13 „GKL“, Rdnr. 55 bei juris).

d) Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln

Für eine gewerbliche Tätigkeit einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft spricht es nach dem OLG Hamburg außerdem, wenn die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Aufgaben keine öffentlichen Mittel in Anspruch nimmt. Eine solche Finanzierung aus öffentlichen Mitteln muss wohl bereits dann bejaht werden, wenn der

kommunale Träger der Wohnungsbaugesellschaft zur Ausgleichung von entstehenden Fehlbeträgen verpflichtet ist.

3. Besondere Staatsverbundenheit des § 99 Nr. 2 GWB

Die weiteren Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB knüpfen letztlich alle an das Bestehen einer Einflussnahmemöglichkeit der staatlichen Stellen auf die juristische Person an – und damit auch auf deren Verhalten bei Auftragsvergaben. Eine überwiegende Finanzierung einer juristischen Person ist dann gegeben, wenn jährlich mehr als die Hälfte des Unternehmens öffentlich finanziert ist. Eine Aufsicht durch eine Gebietskörperschaft liegt vor, wenn eine Einflussnahme auf Entscheidungen des Unternehmens möglich ist, was zumindest dann der Fall ist, wenn das Unternehmen der Fachaufsicht einer Gebietskörperschaft unterliegt. Die dritte Einflussmöglichkeit staatlicher Stellen besteht in der Besetzung eines organschaftlichen Gremiums mit mehr als der Hälfte seiner Mitglieder. Bereits das Vorliegen einer der drei Möglichkeiten ist für die Annahme einer besonderen Staatsverbundenheit ausreichend. In dem meisten Fällen kommunaler Gesellschaften wird an der besonderen Staatsverbundenheit kein Zweifel bestehen.

Kommunale Wohnungsbaugesellschaften können sich mit Hilfe der nachfolgenden Fragen selbst ein erstes Bild davon machen, ob sie öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts sind.

III. CHECKLISTE
KOMMUNALE WOHNUNGSBAUGESELLSCHAFTEN

Kommunale Wohnungsbaugesellschaften können sich mit Hilfe der nachfolgenden Fragen selbst ein erstes Bild davon machen, ob sie öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts sind:

a) Sind wir als juristische Person des öffentlichen oder des privaten Rechts organisiert?

b) Erfüllen wir nach unserem Gründungszweck und/oder unserer Satzung und/oder durch unsere tatsächliche Betätigung eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe, insbesondere im Bereich des sozialen Wohnungsbaus?

c) Werden wir unmittelbar oder mittelbar durch die öffentliche Hand beherrscht oder ist diese maßgeblich beteiligt?

d) Haben wir unter Berücksichtigung der o.g. Kriterien eine Sonderstellung am Markt, die auf staatlichem Einfluss oder staatlicher Finanzierung beruht und dazu führt, dass wir nicht gewerblich handeln?

e) Tragen wir kein eigenes Verlustrisiko oder werden Verluste durch staatliche Stellen ausgeglichen? Werden Gewinne thesauriert oder – wie bei gewerblich ausgerichteten Unternehmen ganz üblich – zumindest teilweise an die Gesellschafter ausgeschüttet?

Bei einer positiven Antwort auf diese Fragen muss die Wohnungsbaugesellschaft grundsätzlich von einer Einordnung als öffentlicher Auftraggeber ausgehen. Für eine abschließende Bewertung im Einzelfall empfiehlt sich die Prüfung durch eine auf vergaberrechtliche Fragen spezialisierte Rechtsanwaltskanzlei mit entsprechender Erfahrung.

IV. BEWERTUNG/ FAZIT

Die Entscheidung des OLG Hamburg steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu früherer Rechtsprechung anderer Obergerichte, insbesondere zu derjenigen des OLG Brandenburg (Beschluss vom 06.12.2016 – 6 Verg 4/16). Danach „entspricht es dem typischen Bild heutiger kommunaler Wohnungsbaugesellschaften, dass sie die Aufgabe der sozialen Wohnraumförderung mit der Tätigkeit eines nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten agierenden Wohnungsunternehmens verbinden. Das ändert aber nichts daran, dass die im Allgemeininteresse liegende besondere Aufgabe der sozialen Wohnraumförderung eine solche nichtgewerblicher Art ist...“. Eine höchstrichterliche Entscheidung zu der Frage, ob kommunale Wohnungsbaugesellschaften als öffentliche Auftraggeber handeln, gibt es (noch) nicht. Bis auf weiteres bleibt nur der Weg einer sorgfältigen Einzelfallprüfung. Vor scheinbar allgemeingültigen Aussagen oder der ungeprüften Übertragung von Ergebnissen aus anderen Konstellationen kann nur gewarnt werden. Hoch riskant ist auch der – im Hamburger Fall allerdings mit Erfolg gegangene – Weg, die Satzung erst im Laufe eines Nachprüfungsverfahrens oder gar Beschwerdeverfahrens so anzupassen, dass die Voraussetzungen einer Nicht-Gewerblichkeit nicht mehr vorliegen. Man wird zu Recht die Auffassung vertreten können, dass die Nicht-Gewerblichkeit bereits bei Auftragsvergabe vorliegen muss und es andernfalls bei der Anwendbarkeit des Vergaberechts bleibt. ■



Auftraggebereigenschaft kommunaler
Wohnungsbaugesellschaften