

IBRRS 2024, 0439

## Entscheidung im Volltext

Vergabe

Kommunales Wohnungsbauunternehmen ist öffentlicher Auftraggeber!

---

OLG Karlsruhe

Beschluss

vom 18.08.2023

15 Verg 5/23

GWB § 99 Nr. 2, § 160 Abs. 2

**1. Ein kommunales Wohnungsbauunternehmen in der Rechtsform einer GmbH, die zu 100 Prozent im Eigentum einer Kommune steht, ist ein öffentlicher Auftraggeber.**

**2. Im Fall einer de-facto-Vergabe reicht zur Annahme der Antragsbefugnis die Darlegung aus, dass das antragstellende Unternehmen der jeweiligen gewerblichen Branche angehört und deshalb als generell darauf eingerichtet angesehen werden kann, den Auftrag auszuführen. Weitere Darlegungen, insbesondere die Vorlage eines (fiktiven) Angebots, sind nicht erforderlich.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.08.2023 - 15 Verg 5/23

*vorhergehend:*

*VK Baden-Württemberg, 13.06.2023 - 1 VK 16/23*

In Sachen

[...]

wegen Vergabenachprüfung

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - Vergabesenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht ###, den Richter am Oberlandesgericht ### und die Richterin am Oberlandesgericht ### aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18.08.2023

### **beschlossen:**

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 13.06.2023, Az: 1 VK 16/23, im Kostenpunkt aufgehoben und in Ziffer 1 abgeändert:

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Landschaftsbauarbeiten bezüglich des Bauvorhabens W. in S. europaweit auszuschreiben.

Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

3. a) Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin.
- b) Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Verfahrens über den Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu tragen, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren.
5. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis 125.000 Euro festgesetzt.

## **Gründe:**

### **I.**

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

Die Antragsgegnerin ist ein kommunales Wohnungsbauunternehmen, deren Alleingesellschafterin die Stadt K. ist. Diese hat die Stammeinlage von 37 Millionen Euro erbracht.

Ein Bürgermeister der Stadt K. ist nach dem Gesellschaftsvertrag geborenes Mitglied des Aufsichtsrates, ebenso sind weitere sieben Mitglieder des elfköpfigen Aufsichtsrates auch Mitglieder des Stadtrates der Stadt K.. Die Antragsgegnerin 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 Antragsgegnerin, wobei die Verkäufe mit einer Erhöhung des Stammkapitals verrechnet wurden. Nach ihrem aktuellen Gesellschaftsvertrag (Anl. Kl., As. 14) ist Gegenstand des Unternehmens die Versorgung breiter Schichten der Bevölkerung mit Wohnungen, wozu nach § 2 Abs. 1 S. 1 des Gesellschaftsvertrages 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 Antragstellerin durch ein anderes Unternehmen von dem Vorhaben der Antragsgegnerin erfahren hatte, rügte sie mit Schreiben vom 20.04.2023 die unterbliebene europaweite Ausschreibung.

Hierzu sei die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber verpflichtet. Die Antragsgegnerin wies die Rüge mit Schreiben vom 26.04.2023 zurück. Termin zur Abgabe der Angebote war der 03.05.2023. Ein Angebot gab die Antragstellerin nicht ab. Mit Schreiben vom 09.05.2023 stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Baden-Württemberg.

Ihren im Wesentlichen darauf gerichteten Antrag, die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Landschaftsbauarbeiten europaweit auszuschreiben,

begründete die Antragstellerin damit, dass sie nach § 97 Abs. 6 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 11.04.2023 von der Ausschreibung erfahren und mit Schreiben vom 18.04.2023 um Zusendung der Unterlagen gebeten. Am 19.04.2023 habe sie mit der Antragsgegnerin telefoniert und anschließend das Verfahren gerügt. Die Antragsgegnerin sei zur Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften verpflichtet, weil sie öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB sei. Das Kriterium der besonderen Staatsnähe sei erfüllt, weil Alleingesellschafter der Antragsgegnerin die Stadt K. sei, die sie auch mehrheitlich kontrolliere. Ihr Gesellschaftszweck sei die sozialverträgliche Wohnraumbeschaffung als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge. Dies sei eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art. Die Antragsgegnerin lasse sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten. Sie erziele am Mietwohnungsmarkt im Durchschnitt nicht marktgerechte Mieten. Ihr sozialer Auftrag gehe der Gewinnerzielungsabsicht vor, zumal die Vermietungen den Hauptanteil der Umsatzerlöse im Geschäftsjahr 2021 ausgemacht hätten. Soweit sich aus den am freien Markt vermieteten Wohnungen und aus dem Verkauf von Eigentumswohnungen Umsatz ergebe, diene dieser dazu, den sozialen Wohnungsbau zu finanzieren. Die Nichtgewerblichkeit ergebe sich auch daraus, dass die freien Reserven der Antragsgegnerin anderen städtischen Unternehmen zur Verfügung gestellt würden, die situationsbedingt finanzielle Probleme hätten und damit zur Stabilisierung des Gesamtkonzerns Stadt K. beitragen, wie sich aus dem Vorwort des Baubürgermeisters der Stadt K. auf Seite 7 des Geschäftsberichts 2021 (Anl. K 16) ergebe. Hierfür sprächen auch öffentliche Äußerungen und solche in sozialen Medien, wonach Mobilität, Klimaschutz und Nachhaltigkeit sowie die zum Wohnungsbau gehörige Infrastruktur wie Kitas, Tagespflegeeinrichtungen, Quartier-Treffpunkte u.ä. gefördert würden. Die Antragsgegnerin trage nicht das finanzielle Risiko, weil die Stadt K. als Alleingesellschafterin eine Insolvenz der Antragsgegnerin nicht hinnehmen würde, sondern versuchen würde, diese durch finanzielle Unterstützung abzuwenden. Auch sei davon auszugehen, dass die Stadt K. den Wohnungsmarkt zumindest teilweise kontrollieren wolle, indem sie mit der Antragsgegnerin nunmehr drittgrößte Vermieterin Baden-Württembergs sei und in K. jede achte Wohnung im Eigentum der Antragsgegnerin stehe. Indizwirkung für die Einordnung als öffentlicher Auftraggeber habe auch die Tatsache, dass die Bundesrepublik Deutschland in Anhang III zur Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG die kommunalen Wohnungsbauunternehmen ausdrücklich als im Allgemeininteresse tätig werdende Einrichtungen nichtgewerblicher Art genannt habe, und auch in der vergaberechtlichen Rechtsprechung die im Bereich des sozialen Wohnungsbaus tätigen kommunalen Wohnungsbauengesellschaften in der Regel als öffentliche Auftraggeber angesehen würden.

Die Antragsgegnerin ist dem Antrag entgegengetreten. Das Merkmal der Nichtgewerblichkeit sei nicht erfüllt. Der soziale Wohnungsbau sei kein Hoheitsrecht des Staates. 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 Abs. 1 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 Antragstellerin kein Schaden, da sie nicht beabsichtigt habe, ein Angebot abzugeben. Hieran sei sie nicht gehindert gewesen.

Die Antragstellerin sei Teil des Firmenpools von Unternehmen, an die sie, die Antragsgegnerin, Aufträge vergebe. Zwar sei die Antragstellerin zunächst nicht zur Abgabe eines Angebots

aufgefordert worden. Wenn der Wunsch der Antragstellerin, sich an dem Verfahren beteiligen, rechtzeitig an sie, die Antragsgegnerin, herangetragen worden wäre, hätte sie sich an dem Verfahren beteiligen können.

Die Vergabekammer hat durch den angegriffenen Beschluss, auf den verwiesen wird, entschieden, dass die Antragsgegnerin nicht öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB sei. Es fehle am Tatbestandsmerkmal nichtgewerblicher Art. Ob die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe eine solche nichtgewerblicher Art sei, habe nach der Rechtsprechung des EuGH unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände zu erfolgen, insbesondere derjenigen, die zur Gründung der Einrichtung geführt hätten, und die Voraussetzungen, unter denen sie die Tätigkeiten zur Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ausübe, wobei 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 abzuwägen seien. Die Antragsgegnerin befinde sich in einer Wettbewerbssituation, sie sei nicht die einzige Anbieterin im Bereich des sozialen Wohnungsbaus, eine monopolähnliche Stellung sei nicht anzunehmen.

Abgesehen vom Stammkapital, dass jedoch für die Frage der Nichtgewerblichkeit nicht berücksichtigt werden könne, weil dies schon Voraussetzung nach § 99 Nr. 2 lit. a GWB sei, erfolge die Finanzierung aus eigenen Mitteln. Öffentliche Förderung könnten private Investoren ebenso beanspruchen wie die Antragsgegnerin. Weder der Gesellschaftsvertrag noch sonstige vertragliche Regelungen sähen vor, dass das Insolvenzrisiko von der Stadt K. getragen werde. Eine Hilfsmaßnahme stehe auch nicht im Raume, weil aufgrund der wirtschaftlichen Situation der Antragsgegnerin mit deren Insolvenz derzeit nicht zu rechnen sei. Es liege Gewinnerzielungsabsicht vor, wie sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe; die Antragsgegnerin erziele auch Gewinne zuletzt in zweistelliger Millionenhöhe. Sonstige Gesichtspunkte, die für eine Einordnung als öffentlicher Auftraggeber sprechen könnten, lägen nicht vor. Mit der Schaffung günstigen Wohnraums erziele die Antragsgegnerin Gewinne. Dass sie nicht nach Gewinnoptimierung oder gar -maximierung strebe, stehe dem nicht entgegen. Nicht erneut berücksichtigt werden könnten gesellschaftspolitische Vorgaben im Gesellschaftsvertrag. Denn nur eine juristische Person, die zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu erfüllen, unterfalle dem Anwendungsbereich von § 99 Nr. 2 GWB. Dass die Antragsgegnerin mit sozialem Engagement werbe, sei unschädlich und spreche eher für eine gewerbliche Aufgabenwahrnehmung. Da die Antragsgegnerin die Risiken ihrer Projekte selbst trage und nachhaltig auf Gewinnerzielung ausgerichtet sei, bestehe nicht die Gefahr, dass die Antragsgegnerin Vergabeverfahren zu Bedingungen durchführe, die wirtschaftlich nicht gerechtfertigt seien. Der Hinweis der Antragstellerin auf Anhang III der Richtlinie 2004/18/EG sei unbehelflich, weil diese Vorschrift ersatzlos gestrichen worden sei und eine entsprechende Regelung in der Richtlinie 2014/24/EU fehle. Zudem fehle der Antragstellerin die Antragsbefugnis; sie habe kein Angebot abgegeben und wolle dies wohl auch nicht mehr tun. Hierfür spreche, dass sie nicht etwa die nach ihrer Auffassung zu kurze Angebotsfrist gerügt, sondern das Verfahren insgesamt beanstandet habe.

Die unterlassene EU-weite Bekanntmachung verletze die Antragstellerin auch deshalb nicht in ihren Rechten, weil sie von der Ausschreibung anderweitig erfahren habe, sich aber nicht daran beteiligt habe, sodass aus der unterlassenen Bekanntmachung kein Schaden im Sinne einer Verschlechterung der Chance auf den Zuschlag resultieren könne.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde. Sie wiederholt ihr Vorbringen vor der Vergabekammer. Vertiefend trägt sie vor, für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber sei nicht erforderlich, dass das Unternehmen ausschließlich im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfülle. Deren Anteil sei vielmehr für die Einordnung als öffentliche Auftraggeber unerheblich. Es entspreche dem typischen Bild heutiger kommunaler

Wohnbaugesellschaften, dass die Aufgabe der sozialen Wohnraumbeschaffung mit der Tätigkeit eines nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten agierenden Wohnungsbauunternehmens verbunden werde, was aber nichts daran ändere, dass die im Allgemeininteresse liegende besondere Aufgabe der sozialen Wohnbauförderung eine solche nichtgewerblicher Art sei. Sie habe ein Interesse am Auftrag, habe aber kein Angebot abgeben können, weil ihr kein Leistungsverzeichnis vorgelegen habe. Da sie nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden sei, sondern die Antragsgegnerin lediglich eine begrenzte Ausschreibung, an der sie nicht beteiligt worden sei, durchgeführt habe, gebe es auch keine Angebotsfrist, die sie, die Antragstellerin, hätte rügen müssen.

Nachdem die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 05.07.2023 erklärt hat, dass sie bis zur Entscheidung des Senats in der Sache keinen Zuschlag erteilen werde, erklärte die Antragstellerin den Antrag, die aufschiebende Wirkung des Nachprüfungsantrags bis zur Beschwerdeentscheidung zu verlängern und die Beschwerdegegnerin anzuweisen, derzeit keinen Auftrag bezüglich der Landschaftsbauarbeiten in zwei Losen für das Bauvorhaben W. in S. zu erteilen (Antrag Ziff. 2), für erledigt. Anträge 4 und 5 präziserte sie klarstellend dahin, dass sie nur für den Fall einer bereits erfolgten Auftragserteilung gestellt worden seien.

Sie beantragt zuletzt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg Az. 1 VK 16/23 vom 13.06.2023 aufzuheben;
3. die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Landschaftsbauarbeiten in zwei Losen bezüglich des Bauvorhabens W. in S. (europaweit) auszuschreiben;
4. festzustellen, dass gegebenenfalls bereits geschlossene Verträge bezüglich der genannten Landschaftsbauarbeiten unwirksam sind, hilfsweise die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, im streitgegenständlichen Verfahren der Auftragsvergabe einen ordnungsgemäßen Zustand herzustellen;
5. festzustellen, dass die Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin in ihren Rechten verletzt ist;
6. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens beim OLG und der Vergabekammer einschließlich der jeweils zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beschwerdeführerin notwendigen Gebühren und Auslagen aufzuerlegen und
7. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Beschwerdeführerin vor der Vergabekammer notwendig war. Die Antragsgegnerin beantragt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Der Erledigungserklärung schloss sie sich nicht an. Unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags vor der Vergabekammer verteidigt sie deren Entscheidung.

Die Beigeladene beteiligte sich am Beschwerdeverfahren nicht.

II.

Die zulässige Beschwerde hat überwiegend Erfolg.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und im Wesentlichen begründet.

1. Der Rechtsweg zu den Vergabeinstanzen ist eröffnet, weil die Antragsgegnerin öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 GWB ist. Die Regelungen in Abschnitt 2 des GWB betreffen öffentliche Aufträge durch öffentliche Auftraggeber, wie § 115 GWB bestimmt.

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 Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie über eine besondere Staatsgebundenheit verfügen, wie in § 99 Nr. 2 1. Hs. lit. a bis 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.

a) Dass es sich bei der Antragsgegnerin als GmbH um eine eigene Rechtspersönlichkeit handelt, steht außer Frage. Auch die besondere Staatsnähe ist gegeben, weil die Antragsgegnerin von der Stadt K. , einer Gebietskörperschaft nach § 98 Nr. 1 GWB, beherrscht wird. Die Geschäftsanteile der Antragsgegnerin stehen zu 100 % im Eigentum der Stadt K. . In der Gesellschafterversammlung vertritt der Oberbürgermeister (oder ein von ihm bestellter Vertreter der Stadt K.) die Alleingesellschafterin, die Stadt K. , § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages. Von den elf Mitgliedern des Aufsichtsrates ist dessen Vorsitzender zugleich Bürgermeister der Stadt K. , sechs weitere Mitglieder sind Stadträte.

Der Aufsichtsratsvorsitzende leitet die Gesellschafterversammlung (§ 7 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrages).

Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die Stadt als Alleingesellschafterin in der Lage ist, die Geschäftsführung der Antragsgegnerin tatsächlich zu kontrollieren (vgl. EuGH, Urteil vom 13.04.2010, Rs. **C-91/08**, **NZBau 2010**, **382** Rn. 50 - Wall).

b) Die Antragsgegnerin wurde zu dem Zweck gegründet, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrzunehmen, wie dies Art. 2 Nr. 4 lit. a Richtlinie 2014/24/EU, § 99 Nr. 2 GWB bestimmen.

aa) Das Tatbestandsmerkmal im Allgemeininteresse liegende Aufgabe verfolgt - gemeinsam mit dem Merkmal der Nichtgewerblichkeit - den Zweck, rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit unter den Bedingungen des Marktes (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. Zeiss in Heiermann/Zeiss/Summa). Hierbei ist der Begriff weit auszulegen (EuGH, Urteil vom 27.02.2003, Rs. **C-373/00**).

(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 (MüKoEuWettbR/Ganske, 4. Aufl. 2022, GWB § 99 Rn. 36 mwN). Aufgaben im Allgemeininteresse liegen dann vor, wenn grundlegende Staatsfunktionen betroffen sind und sie über private oder Einzelinteressen hinausgehend der Befriedigung kollektiver Bedürfnisse dienen (vgl. EuGH, Urteil vom 15.01.1998, Rs. **C-44/96** - Mannesmann Anlagenbau Austria). Erfasst sind Tätigkeiten, die der Staat aus Gründen des allgemeinen Interesses selbst erfüllen oder bei denen er einen

entscheidenden Einfluss behalten möchte (EuGH, Urteil vom 10.05.2011, Rs. **C-223/99** - Agorà und Excelsior; EuGH, Urteil vom 27.02.2003, Rs. **C-373/00** - Truley).

Weitere Hinweise bzw. Indizien für das Vorliegen von im Allgemeininteresse liegende Aufgaben sind die Wahrnehmung gesetzlicher Aufgaben und Aufgaben der Daseinsvorsorge (vgl. MüKoEuWettbR/Ganske, a.a.O., GWB § **99** Rn. 38; BeckOK VergabeR/Bungenberg/ Schelhaas, 28. Ed. 30.4.2022, GWB § **99** Rn. 53).

(2) Am 26.05.1922 wurde die g. GmbH, die Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin, 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 (siehe Anl. K 7). Die Antragsgegnerin erfüllt auch aktuell dieser gemeinwohlorientierten Zwecksetzung dienende Aufgaben. In § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages wird neben der Versorgung breiter Schichten der Bevölkerung mit Wohnungen die angemessene Wohnversorgung einkommensschwacher Bevölkerungskreise genannt.

Zudem wird in § 2 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages 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 (Presseveröffentlichung Anl. K 14). 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 (vgl. <https://...>).

Ein Indiz dafür, dass die soziale Wohnraumversorgung durch die Antragsgegnerin der Daseinsvorsorge unterfällt, bietet § 102 Abs. 1 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 VGH Baden-Württemberg (Beschluss vom 29.11.2012, **1 S 1258/12**) 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, Beschluss vom 02.10.2019, **17 Verg 3/19**, **NZBau 2020,113**; OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.12.2016, **6 Verg 4/16**).

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

(3) Dahinstehen kann, ob und in welchem Umfang die Antragsgegnerin 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, Urteil vom 15.01.1998, Rs. **C-44/96** - Mannesmann Anlagenbau Austria; EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. **C-470/99** - Universale-Bau AG; Pünder/Schellenberg/Pünder, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 99 Rn. 25 mwN).

bb) Auch der Begriff der Nichtgewerblichkeit ist weder gemeinschaftsrechtlich noch national-rechtlich definiert. Der EuGH hat diese Frage in mehreren Entscheidungen, zuletzt in der Entscheidung vom 05.10.2017 (Rs. **C-567/15** - VLRD), dahin beantwortet, dass die Beurteilung der nichtgewerblichen Art unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, unter anderem 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. Urteil vom 16.10.2003, Rs. **C-283/00** - und 82 - Kommission/Spanien, mwN).

Im Erwägungsgrund 10 der 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.

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 Abs. 1 Unterabs. 2 der RL 2004/18/EU ersatzlos gestrichen wurde, vgl. Art. 91 in Verbindung mit Anhang XV der RL 2014/24/EU. Denn der Erwägungsgrund 10 der RL 2014/24/EU stellt klar, dass der persönliche Geltungsbereich des Begriffs "*öffentlicher Auftraggeber*" unverändert fortbesteht.

Die Nichtgewerblichkeit ist nur dann zu verneinen, wenn das jeweilige Unternehmen sich strategisch und operativ wie ein normaler Marktteilnehmer, d. h. 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 marktmaßiger Mechanismen operiert (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 17.02.2004, **1 Verg 15/03**; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2003, **Verg 67/02**).

Unter Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte erfüllt die Antragsgegnerin Aufgaben nichtgewerblicher Art.

(1) Zwar ist mit der Vergabekammer davon auszugehen, dass sich die Antragsgegnerin in einem entwickelten Marktumfeld bewegt. Wenn auch die Antragsgegnerin, aus deren Sicht das Vorhandensein eines Marktes zu beurteilen ist, die größte Vermieterin der Stadt K. und das drittgrößte kommunale Immobilienunternehmen im 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, Urteil vom 27.02.2003, Rs. **C-373/00** - Truley). 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, Urteil vom 10.04.2008, Rs. **C-396/06** - Fernwärme Wien; OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.12. 2016, **6 Verg 4/16**). 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".*

(2) Auch, wenn die Antragsgegnerin 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, Urteil vom 15.01.1998, Rs. **C-44/96** - Mannesmann Anlagenbau Austria; Urteil vom 12.12.2002, Rs. C470/99 - Universale-Bau AG; OLG Brandenburg, Beschluss vom 06.12.2016, **6 Verg 4/16**; OLG Rostock, Beschluss vom 02.10.2019, **17 Verg 3/19**).

Die Antragsgegnerin 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, a.a.O.; OLG Rostock, a.a.O. 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 Antragsgegnerin im Rahmen der Ausübung ihrer Kerntätigkeit. Stetig steigenden Einwohnerzahlen, fehlendem Bauland und damit einhergehenden hohen Grundstückspreisen sowie erheblich gestiegenen Baukosten begegnet die Antragsgegnerin durch die Bereitstellung von bezahlbarem Wohnraum in verschiedenen Wohnformen. Dass diese der Daseinsvorsorge zuzuordnende Aufgabe vorrangiges Ziel der Antragsgegnerin ist, zeigt sich auch daran, dass der durchschnittliche Mietpreis in K. im Jahr 2021 11,31 Euro /m<sup>2</sup> betrug (siehe [https://mietspiegeltabelle.de/...](https://mietspiegeltabelle.de/)), während die durchschnittliche Nettokaltmiete der Antragsgegnerin im Jahr 2021 bei 6,36 Euro/m<sup>2</sup> lag (siehe Geschäftsbericht 2021, Anl. K 10). Daher ist es auch kein ausschlaggebender Gesichtspunkt für ein ausschließlich gewerbliches Handeln, dass nach § 2 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages die Preise für ihre Leistungen von der Antragsgegnerin 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 Antragsgegnerin, wie dem Vorwort zum Geschäftsberichts 2021 (Anl. K 16) 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 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages, wonach die Gesellschaft mit den vorstehend genannten Unternehmensgegenständen öffentliche Zwecke im Sinne der Gemeindeordnung Baden-Württemberg in der jeweils gültigen Fassung verfolgt.

(3) Für die Beurteilung der Frage, ob die Antragsgegnerin 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, Urteil vom 22.05.2003, Rs. **C-18/01** - Korhonen; Urteil vom 16.10.2003, Rs. **C-283/00** - Siepsa).

Ob 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 Antragsgegnerin geeignete Maßnahmen ergreifen würde, um eine Insolvenz zu verhindern, deshalb, weil die Stadt in der Vergangenheit über 800 Wohnung auf die Antragsgegnerin 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 Alleingesellschafterin von einer günstigeren Risikobewertung und Einschätzung der Kreditwürdigkeit der Antragsgegnerin auszugehen sein wird, als dies bei einem privaten Unternehmen der Fall wäre.

Rekapitalisierungsmaßnahmen stünden auch nicht Bestimmungen des Gemeinderechts oder die Schuldenbremse entgegen. Die Verpflichtung nach Art. 109 Abs. 3 S. 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 zu Gunsten Dritter bestellen und Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben übernehmen darf. Allerdings wurde von der Möglichkeit in § 88 Abs. 1 S. 2 GemO BW, Ausnahmen zuzulassen, und für Bürgschaften eine allgemeine Genehmigung zu erteilen, mit der VwV Freigrenzen vom 06.12.2021 - IM2-2251-3 - in Baden-Württemberg Gebrauch gemacht. Gerade das Eingehen von Bürgschaften und Gewährverträgen ist gem. § 88 Abs. 2 S. 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).

Nach alledem ist die Antragsgegnerin öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB.

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

Im Falle von de-facto Vergaben reicht zur Annahme der Antragsbefugnis die Darlegung aus, wonach das Unternehmen des Antragstellers 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 Beschluss vom 20.06.2001, Vergabe 3/01; Ziekow/Völlink/Dicks, 4. Aufl. 2020, GWB, § 160 Rn. 35). Für die Anwendung von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB kommt es nämlich nur auf die Chance eines auf einer vergaberechtskonformen Art der Ausschreibung beruhenden Angebots an (BayObLG in BeckRS 2003, 04387).

Ihr Interesse am Auftrag hat die Antragstellerin durch Stellung des Nachprüfungsantrags kenntlich gemacht. Sie kommt als Unternehmen für Garten- und Landschaftsbau für die Leistungen, die die Antragsgegnerin beschaffen möchte, in Betracht. Sie macht auch die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften geltend und beanstandet, dass die Antragsgegnerin die Landschaftsbauarbeiten entgegen den Vorschriften des GWB und der VOB/A nicht öffentlich ausgeschrieben hat und den Auftrag unmittelbar an die Beigeladene vergeben möchte, § 97 Abs. 6 GWB. Diese Vorgehensweise hat ihre Zuschlagschancen zumindest verschlechtert.

b) Die Antragstellerin rügte nach § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig den geltend gemachten Verstoß.

Sie hat unwiderlegt vorgetragen, erst am 11.04.2023 von der Ausschreibung in einem Telefonat mit einer anderen Firma erfahren zu haben. Mit Schreiben vom 20.04.2023 (Anl. K 3) rügte sie die unterbliebene europaweite Ausschreibung.

c) Der Auftrag wäre auch ausschreibungspflichtig gewesen, weil dessen geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer den festgelegten Schwellenwert überschritten hätte, § **106** Abs. 1 S. 1 GWB. Abzustellen ist hierbei auf den Gesamtwert der auszuschreibenden Leistung, § **3** Abs. 1 i.V.m. § **2** VgV, der bei annähernd 50 Mio. Euro liegt.

3. a) Der Nachprüfungsantrag ist auch im Wesentlichen begründet, denn die Antragsgegnerin möchte die Verträge mit der Beigeladenen unter Verstoß gegen die aus § **97** Abs. 1 GWB folgende Pflicht zur Vergabe in einem geregelten Verfahren schließen.

b) Ein Anspruch der Antragstellerin, der Antragsgegnerin aufzugeben, die Landschaftsbauarbeiten in zwei Losen zu vergeben, besteht nicht. Zwar bestimmt § **97** Abs. 4 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 Antragstellerin auch nicht geltend. Denn die Antragsgegnerin beabsichtigte, die Landschaftsarbeiten in zwei Losen zu vergeben. Die zutreffend beanstandete Rechtsverletzung liegt allein darin, dass die Beschaffungsmaßnahme nicht europaweit ausgeschrieben wurde.

4. Der Antragstellerin hat klargestellt, dass die Anträge Ziff. 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.

### III.

1. a) Die Kosten vor der Vergabekammer hat nach § **182** Abs. 3 S. 1 GWB die Antragsgegnerin zu tragen.

Sie ist im Nachprüfungsverfahren unterlegen, weil der Nachprüfungsantrag im Wesentlichen Erfolg hat. Mit ihrem Hauptanliegen, eine europaweite Ausschreibung zu erreichen, dringt die Antragstellerin 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 Antragstellerin mit Kosten zu belasten.

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

Gemäß § **182** Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § **80** Abs. 2 VwVfG sind die Kosten eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn dessen Hinzuziehung erforderlich war, was bei der Beauftragung durch den Antragsteller grundsätzlich zu bejahen ist (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, § **182** GWB).

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 Antragstellerin über eigenes vergaberechtlich geschultes Personal verfügte.

2. Da die Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren unterlegen ist, entspricht es der Billigkeit, ihr die

Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß §§ **175** Abs. 2, **71** S. 1 GWB aufzuerlegen. Ergänzend wird auf die zu Ziff. 1 a) gemachten Ausführungen verwiesen.

Ebenso entspricht es der Billigkeit, der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § **173** Abs. 1 S. 3 GWB aufzuerlegen. Diesen Antrag hat die Antragstellerin zu Recht für erledigt erklärt. Ursprünglich bestand ein Antragsrecht nach § **173** Abs. 1 S. 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 Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 05.07.2023, dass sie bis zur Entscheidung des Senats in der Sache keinen Vertrag mit der Beigeladenen schließen werde, hat sich das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin erledigt. Denn ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § **173** Abs. 1 S. 3 GWB auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung setzt die begründete Erwartung voraus, dass im laufenden Beschwerdeverfahren eine anderweitige Auftragsvergabe droht (vgl. OLG München, Beschluss vom 30.10.2019, Vergabe 22/19 in **BeckRS 2019, 31784** Rn. 50). Diese Gefahr ist aber durch die Erklärung der Antragsgegnerin entfallen. Die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde, die für die Begründetheit des Antrags vorliegen müssen, ergeben sich aus oben Gesagtem.

Die Beigeladene hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt.

3. Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.

4. Anlass für eine Divergenzvorlage an den BGH gemäß § **179** Abs. 2 S. 1 GWB besteht nicht. Der Senat weicht nicht von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg (Beschluss vom 11.02.2019, **1 Verg 3/15**) ab, in der das Tatbestandsmerkmal der nichtgewerblichen Art bei einer Wohnungsbaugesellschaft verneint wurde. Denn Voraussetzung für eine Vorlage ist, dass der vorliegende 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, 266 Rn. 23). 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.