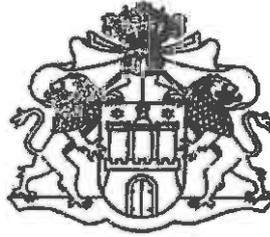


Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 1 Verg 3/15

Verkündet am 11.02.2019

Singh, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

In der Sache

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

GWG Gesellschaft für Wohnen und Bauen mbH, vertreten durch die Geschäftsführer Lutz Basse, Dr. Thomas Krebs und Wilfried Wendel, Poppenhusenstraße 2, 22305 Hamburg

- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht - Vergabesenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED], den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] und die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] am 11.02.2019:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen vom 15.07.2015 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der

Beigeladenen fallen der Antragstellerin zur Last.

Der Gegenstandswert wird für das Beschwerdeverfahren auf € 748.000,- festgesetzt.

Gründe:

I.

Wegen des Sach- und Streitstandes des Verfahrens vor der Vergabekammer wird auf die Feststellungen des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen.

Die Antragstellerin betreibt einen mittelständischen Malereibetrieb; bis zum Jahre 2014 wurde sie des Öfteren von der Antragsgegnerin beauftragt, seither nicht mehr.

Die Antragsgegnerin ist eine kommunale Wohnungsbaugesellschaft; ihre Geschäftsanteile werden zu 80,55% von der SAGA, zu 19,45% von der GWG-Beteiligungsgesellschaft gehalten, die wiederum eine 100%-tige Tochter der Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH (im Folgenden HGv) ist, bei der es sich um eine Konzernholding der Freien und Hansestadt Hamburg handelt, in der ein großer Teil der hamburgischen öffentlichen Unternehmen und weitere Beteiligungen gebündelt sind. Die Anteile an der SAGA wiederum liegen zu 71,74% bei der HGv und werden zu 28,26% direkt von der Stadt gehalten.

In der Außendarstellung tritt die Antragsgegnerin als Teil der „SAGA-Unternehmensgruppe“ auf (so etwa im Internetauftritt unter https://www.saga.hamburg/das-unternehmen/uber-saga-gwg/B2B_Flyer_final_dl.pdf), die in Hamburg mehr als 132.000 Wohnungen vermietet.

Im Frühjahr 2015 beauftragte die Antragsgegnerin die Fa. [REDACTED] ohne vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens als Generalunternehmerin mit der Durchführung des Bauvorhabens „Wohnen an der Finkenau“, für das 104 Wohnungen, Gewerberäume und 31 Tiefgaragenstellplätze errichtet werden sollten. Unstreitig liegt der Gesamtwert dieses Auftrages bei ca. € 14.960.000,-; ebenso unstreitig beläuft sich der Wert der Malerarbeiten auf ca. € 170.000,-.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass es sich bei der Antragsgegnerin um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Vergaberechts - hier des § 98 Nr. 2 GWB a.F. - handele und die

Vergabe des Generalunternehmerauftrages an die Fa. [REDACTED] ohne vorheriges Vergabeverfahren sich folglich als rechtswidrige de-facto-Vergabe darstelle.

Im Rahmen des bei rechtmäßigem Verhalten der Antragsgegnerin durchzuführenden förmlichen Vergabeverfahrens würde sie sich auf ein dann zu bildendes Teillos „Malerarbeiten“ mit guten Erfolgsaussichten beworben haben.

Die Antragsgegnerin unterstehe vollständig staatlicher Kontrolle - über ihre Beteiligungen an der SAGA und der HGV sei die Stadt in der Lage gem. § 46 Nr. 5 GmbHG die Geschäftsführer der Antragsgegnerin zu bestimmen.

Die Antragsgegnerin erfülle auch im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art.

Insoweit genüge es nach der Rechtsprechung des EuGH, wenn - ggf. auch neben anderen Zwecksetzungen - nach Gründungszweck bzw. Gründungsurkunde der fraglichen Gesellschaft zumindest auch ein gemeinnütziger Zweck verfolgt werde und die Gesellschaft diesem auch dann verpflichtet sei, wenn ihr unternehmerisches Eigeninteresse dem entgegenstehen sollte.

Dies sei im Falle der Antragsgegnerin zu bejahen, zahlreiche Indizien ließen auf eine Verpflichtung der Antragsgegnerin als Teil des SAGA/GWG-Konzerns auf die Erfüllung von Allgemeininteressen schließen.

Schon die Satzung der Antragsgegnerin - wie auch diejenige der SAGA - stelle klar, dass das Unternehmen gemeinnützige Zwecke verfolge.

Tatsächlich indiziere das Vorliegen einer staatlichen Kontrolle eine nichtgewerbliche Tätigkeit; insbesondere aber ergebe sich dies aus zahlreichen öffentlichen Stellungnahmen von Seiten der Politik bzw. der Stadt.

So heiße es im Beteiligungsbericht der FHH zum SAGA/GWG-Konzern, wie auch in § 2 Abs. 1 der Satzung der Antragsgegnerin (Anl. AG 7 im Verfahren vor der Vergabekammer), dass „Zweck der Gesellschaft ... vorrangig eine sichere und sozial verantwortliche Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung zu angemessenen Preisen“ sei und die „Gesellschaft ... hierbei nach gemeinnützigen Grundsätzen“ handele, was heiße, dass sie „als ein sich mindestens selbst tragendes, sozial verpflichtetes und auf Erreichung der Eigenkapitalverzinsung ausgerichtetes Unternehmen zu führen“ sei. Insoweit sei es auch ohne Belang, dass die Antragsgegnerin durch Gesellschafterbeschluss vom November 2017 die bis dahin in § 2 Abs. 1 ihres

Gesellschaftsvertrages enthaltene ausdrückliche Verpflichtung auf „Gemeinnützigkeit“ gestrichen habe, dies habe an der wesentlichen Zwecksetzung nichts geändert.

Sozialer Wohnungsbau sei ein ureigenes Interesse staatlicher Einrichtungen, wobei es gerade um die Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen gehe, die diesen nicht am freien Markt befriedigen könnten. Die Errichtung kommunaler Wohnungsbaugesellschaften sei insoweit das übliche Instrument für staatliche Eingriffe in den privaten Bau- und Wohnungsverwaltungssektor; gerade vor diesem Hintergrund sei auch der europäische Richtliniengeber (im aktuell allerdings nicht mehr geltenden Anhang III zur VKR 2004) davon ausgegangen, dass Wohnungsunternehmen als dem Vergaberecht unterliegende öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren seien, wenn sie im Allgemeininteresse tätig seien. Dementsprechend seien die Gerichte für eine Vielzahl kommunaler Wohnungsunternehmen von deren Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber ausgegangen (wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf S. 12 der Beschwerdeschrift der Antragstellerin vom 29.07.2015).

Von den ca. 132.000 vom SAGA/GWG-Konzern gehaltenen Wohnungen seien nach dem Geschäftsbericht für das Jahr 2013 ca. 35.000 öffentlich gefördert gewesen.

Die FHH habe ihre kommunalen Wohnungsbaugesellschaften bewusst nicht veräußert, um ihren Einfluss auf den sozialen Wohnungsbau wahren zu können.

Die Antragsgegnerin sei auch nicht gewerblich tätig. Ein wesentlicher Indikator hierfür sei schon, dass die Antragsgegnerin über ihre Einbettung in die Konzernstruktur letztlich zu 100% von der FHH kontrolliert werde.

Nach § 2 Abs. 1 ihrer Satzung sei die Erzielung von Gewinnen jedenfalls nicht der Hauptzweck der Antragsgegnerin - die (jedenfalls bis zur Änderung des Gesellschaftsvertrages im November 2017) lediglich geforderte Erreichung einer Eigenkapitalverzinsung sei gerade kein Kennzeichen privaten Markthandelns, hierfür wäre vielmehr die Erzielung einer Eigenkapitalrendite typisch und nicht nur eine - wie in der Satzung offenbar vorausgesetzt - Erwirtschaftung minimaler marktüblicher Zinsen.

Dass rein faktisch Gewinne erwirtschaftet würden, genüge insoweit gerade nicht, um die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zu verneinen. Ob ein Unternehmen öffentlicher Auftraggeber sei, könne nicht von zufälligen konjunkturellen Entwicklungen oder dem Geschick der jeweiligen Geschäftsführung abhängen.

Tatsächlich setze der Senat der FHH die SAGA/GWG als sozialpolitisches Instrument ein, wie

auch die Ausführungen auf S. 5, 56 und 59 des aktuellen Koalitionsvertrages zwischen SPD und Grünen erkennen ließen, aus denen hervorgehe, dass SAGA und GWG weiter im sozialen Wohnungsbau aktiv sein sollten.

Die Stadt habe maßgeblichen Einfluss auf das operative Geschäft von SAGA und GWG - sie verstehe die Gesellschaften nicht als unabhängige Unternehmen, sondern vielmehr als politische Instrumente zur Verwirklichung der Sozialpolitik des regierenden Senats. In diesem Sinne habe der Senat am 05.09.2009 (Bürgerschaftsdrucksache 19/2995, Anl. ASt. 11, dort sub. Ziff. 10 Absatz 2) gegenüber der Bürgerschaft „bekräftigt....., das städtische Wohnungsunternehmen nicht zu verkaufen, sondern vielmehr das Potenzial dieser Wohnungsbestände und die im Unternehmen gebündelte Fachkompetenz für eine aktive Wohnungs- und Stadtentwicklungspolitik zu nutzen. Als Grundlage wird von der SAGA GWG eine portfoliogestützte Analyse der Neubaubedarfe erarbeitet und mit der zuständigen Behörde abgestimmt“. Auch die Unternehmen selbst sähen sich ausweislich etwa der Broschüre „Verantwortung für Hamburg - 90 Jahre SAGA GWG“ (Anl. ASt. 12) „als ein strategisches Instrument in und für die Stadt zur Förderung von Wohnen, Wirtschaft, Bildung und Arbeit“.

Dass die Stadt konkret Einfluss auf die Tätigkeit von SAGA und GWG nehme und sie veranlasse unabhängig von der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit Wohnungen zu bauen und an Bedürftige zu vermieten, ergebe sich z.B. aus einer Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft vom 11.11.2014 (Bürgerschaftsdrucksache 20/13587, Anl. ASt. 13). In eine ähnliche Richtung wiesen auch weitere Verlautbarungen des Senats (Bürgerschaftsdrucksache 20/5022, Anl. ASt. 14) sowie der Unternehmen selbst (Anl. ASt. 15 - Pressemitteilung vom 21.08.2012, Pressemitteilung vom 19.01.2016 - Anl. ASt. 16, Bericht der „Hamburger Morgenpost“ vom 20.01.2016 - Anl. ASt 17, Bericht des „Hamburger Abendblatts vom 19.01.2016 - Anl. ASt. 18).

Bei der Übertragung einer erheblichen Anzahl von Wohnungen im Karolinenviertel habe sich die SAGA ausweislich einer Drucksache der Hamburgischen Bürgerschaft (Drucksache 20/10596 , Anl. ASt. 22) verpflichtet auch nach Auslaufen der förderungsbedingten Mietbindungen nicht die rechtlich maximal möglichen Mieterhöhungen vorzunehmen.

SAGA GWG verpflichteten sich zudem bei Übernahme von städtischen Grundstücken regelmäßig, diese nicht weiterzuveräußern (Antwort des Senats vom 05.07.2013 auf eine Schriftliche Kleine Anfrage zu Grundstücksgeschäften der Stadt mit SAGA GWG - Drucksache 20/8557, Anl. ASt. 23); es gebe gezielt Paketverkäufe von Grundstücken an SAGA GWG unter Ausschluss anderer Marktteilnehmer; SAGA GWG seien in das Konzept der FHH zur

Unterbringung von Flüchtlingen eingebunden; SAGA und GWG legten die verlangten Mieten primär nach sozialen Gesichtspunkten fest, es gebe Flatrate-Verträge über die Unterbringung vordringlich Wohnungssuchender (Anl. AST 22, 24 - 28). Insbesondere die Stellungnahme in einer Drucksache der Hmb. Bürgerschaft vom 11.11.2014 (Drucksache 20/13587 - Anl. AST 24) zeige, dass SAGA/GWG im Allgemeininteresse liegende Aufgaben der sozialen Wohnraumförderung wahrnahmen.

Tatsächlich fordere die SAGA/GWG auch keine marktüblichen Mieten, da sie ausweislich einer Pressemitteilung der FHH bezüglich der Jahre 2013 und 2012 eine mit € 5,92/m² deutlich unter der gewichteten Durchschnittsmiete des Hamburger Mietspiegels liegende Durchschnittsmiete verlangten, die hiernach sogar noch unter der Eingangsmiete des ersten Förderwegs gelegen habe und schließlich die Wohnungen auch noch nach Auslaufen der Sozialbindung günstiger gewesen seien, als aus der Bindung gefallene Wohnungen anderer Eigentümer.

Insoweit könne nicht davon die Rede sein, dass die SAGA/GWG am Markt wie ein privates gewerbliches Unternehmen auftrete.

Schließlich werde die Antragsgegnerin auch an einem tatsächlich nicht (mehr) funktionalen Markt tätig, gerade im Bereich des günstigen Wohnraums sei in Hamburg ein echtes Marktversagen mit einem deutlichen Ungleichgewicht von Nachfrage und Angebot festzustellen. Tatsächlich würden in Hamburg nur die SAGA/GWG im nennenswerten Umfang Wohnraum an wirklich Bedürftige zur Verfügung stellen. Insoweit ergebe sich aus dem Internetauftritt der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen, dass die Stadt „mit den Verbänden der Wohnungswirtschaft und den städtischen Wohnungsunternehmen SAGA und GWG ... verbindliche Absprachen über den Bau zusätzlicher Mietwohnungen... und zur besseren Versorgung von Wohnungsnotfällen“ getroffen habe. Die FHH benutze somit die SAGA/GWG gezielt, um dass gegebene Marktversagen im öffentlichen Interesse abzufedern. Der Bestand an gefördertem Wohnraum habe sich 2007 - 2010 in Hamburg dramatisch verringert. Das Marktsegment des sozialen und niedrigpreisigen Wohnraumes sei erkennbar dysfunktional: Zunächst sei es allein sachgerecht, bei der Betrachtung auf eben dieses Marktsegment abzustellen, da es einen abgegrenzten Teilmarkt darstelle, der ganz anderen Regeln folge, als etwa der Teilmarkt für Luxus-Wohnungen. In diesem konkreten Segment bestehe ein massives Ungleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage; zahlreiche Studien belegten das mangelnde Angebot.

Die SAGA/GWG hätten faktisch in diesem Marktsegment auch keine Wettbewerber,

insbesondere die Wohnungsbaugenossenschaften hielten zwar auch insgesamt 130.000 Wohnungen, im Schnitt je Genossenschaft jedoch nur ca. 4.330; ohnehin sei der genossenschaftliche Wohnungsbestand dem der SAGA/GWG schon mit Rücksicht darauf nicht vergleichbar, dass bei Anmietung einer Genossenschaftswohnung zunächst jeweils die Mittel für den Genossenschaftsanteil aufgebracht werden müssten.

SAGA und GWG hätten in Hamburg zudem seit annähernd 100 Jahren erleichterten Zugang zu öffentlichen Grundstücken, tatsächlich lasse der Inhalt des aktuellen Koalitionsvertrages darauf schließen, dass die Stadt ihnen öffentlichen Grund für Wohnungsbau überlasse. Aufgrund ihrer starken Stellung hätten SAGA und GWG auch weit besseren Zugang zu öffentlichen Fördermitteln als private Wettbewerber. Die guten wirtschaftlichen Resultate der SAGA/GWG hätten ihren Grund vor allem in einem wohl beihilferechtswidrigen bevorzugten Zugang zu städtischen Grundstücken und Immobilien; anders sei nicht zu erklären, dass die beiden Unternehmen so viel besser dastünden als gewerbliche Anbieter

Die Antragsgegnerin selbst verstehe sich zudem tatsächlich als „öffentliche Auftraggeberin“, wie aus einem von ihr im Jahre 2015 erstellten Flyer (Anl. ASt. 6) ersichtlich.

Die Antragsgegnerin trage tatsächlich auch nicht die Risiken ihres wirtschaftlichen Handelns. Zwar sehe der Gesellschaftsvertrag eine Verlustausgleichspflicht (der Konzernmutter oder auch der FHH) nicht vor, dies jedoch nur formal, tatsächlich werde die Stadt eine Insolvenz der SAGA/GWG nicht zulassen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH genüge es für eine Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber, wenn es „wahrscheinlich“ sei, dass der Staat ein Unternehmen bei drohender Zahlungsunfähigkeit vor der Insolvenz bewahren, mithin rekapitalisieren würde (EuGH C.283 (SIEPSA) oder er, etwa mit Rücksicht auf den Druck der öffentlichen Meinung die Abschaffung eines Unternehmens selbst dann nicht zulassen würde, wenn es mit Verlusten arbeiten sollte (EuGH - C-393/06 (Ing. Aigner)).

Ein Eingreifen der Stadt in einer Krisensituation würde auch beihilferechtlich zulässig sein: Bei der SAGA/GWG würde es sich, eben da sie Bedürftige mit sozialem Wohnraum versorgten, nicht um Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV handeln, sie würden vielmehr Leistungsverwaltung betreiben. Jedenfalls könnten Rettungs- oder Umstrukturierungsbeihilfen von der EU-Kommission nach Art. 107 Abs. 3 AEUV genehmigt werden.

Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handele es sich um einen Bauauftrag mit einem Auftragsvolumen von mindestens ca. € 13.782.000.

Dass die Antragsgegnerin hypothetisch die Malerarbeiten innerhalb des 20%-Kontingentes gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A-EG a.F. nach den Regeln der Unterschwellenvergabe hätte vergeben können, sei unerheblich, da sie eben gerade kein Vergabeverfahren durchgeführt habe. Vom 20%-Kontingent des § 1 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A-EG a.F. könne ein Auftraggeber nur Gebrauch machen, wenn diese Entscheidung hinsichtlich der Auftragswerte konkret gerechtfertigt und im Vergabevermerk so niederlegt werde. Die nachträgliche Eröffnung der Möglichkeit sich auf die Zuordnung einer Leistung zum „20%-Kontingent“ zu berufen, würde den Rechtsschutz potentieller Bieter vollständig aushöhlen

Die Antragstellerin sei auch antragsbefugt: Sie habe tatsächlich Interesse am Auftrag und bewerbe sich im norddeutschen Raum regelmäßig auf alle größeren Ausschreibungen von Malerarbeiten. Dass sie sich als reiner Malerbetrieb an einer Gesamtlösaussschreibung nicht beteiligt haben würde, stehe ihrer Antragsbefugnis nicht entgegen, da die Antragsgegnerin bei rechtmäßiger Durchführung eines Vergabeverfahrens Teil- bzw. Fachlose hätte ausschreiben müssen.

Die Antragstellerin sei auch leistungsfähig, was sich schon aus ihrer entsprechenden Präqualifikation (Nachweis gem. Anl. ASt 4) ergebe.

Soweit die Antragstellerin vorbringe, die Antragsgegnerin sei ungeeignet, wie sich aus der Kündigung des Vertrages zum Bauvorhaben Suhrenkamp/Nesselstrasse ergebe, habe es dort zwar Streitigkeiten gegeben, nach Auffassung der Antragstellerin habe jedoch ein Kündigungsgrund für die Auftraggeberin nicht vorgelegen, ein Rechtsstreit hierzu sei anhängig, die zuständige Kammer habe schon Zweifel an der Einhaltung der formellen Erfordernisse einer außerordentlichen Kündigung geäußert.

Gleiches gelte zum Bauvorhaben „Tonderner Weg“: Zum einen seien die dort von der SAGA beanstandeten Nachforderungen der Antragstellerin berechtigt gewesen, zum anderen folge aus der Unterbreitung eines Nachtragsangebotes ohnehin kein Kündigungsrecht des Bestellers.

Die gegen den Geschäftsführer der Antragstellerin erhobenen Bestechungsvorwürfe seien unbegründet, es gehe im fraglichen Verfahren der Staatsanwaltschaft Hamburg um Weihnachtspräsente für Mitarbeiter der SAGA in den Jahren 2011 und 2012 in Gestalt von Lebkuchen, Nussmischungen mit Nussknacker und Restaurantgutscheine im Wert von € 15,-.

Insoweit fehle es schon an der gem. § 299 Abs. 2 StGB erforderlichen Unrechtsvereinbarung, solche Präsente seien sozialadäquat. Jedenfalls fehle es an einer „schweren“ Verfehlung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c VOB/A-EG a.F., eine Ermessensausübung im Sinne eines Ausschlusses der Antragstellerin von Vergabeverfahren wäre damit nicht möglich. Ein Strafbefehl sei jedenfalls gegen [REDACTED] tatsächlich nicht ergangen.

Zudem sei in Fällen der de-facto-Vergabe auch eine „hypothetische Eignungsprüfung“ nicht vorzunehmen, auch eine solche sei geeignet, einen effektiven Rechtsschutz zu untergraben.

Ein Rügeerfordernis gem. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. habe nicht bestanden, die Antragsfrist gem. § 101b Abs. 2 GWB habe die Antragstellerin gewahrt, da sie von dem Wohnungsbauprojekt „Wohnen an der Finkenau“ erstmalig am 28.05.2015 Kenntnis erlangt habe.

Eine vollständige Erledigung der Hauptsache sei nicht eingetreten, weshalb ein Fortsetzungsfeststellungsantrag nur hilfsweise gestellt werde.

Insbesondere sei durch den von Antragsgegnerseite behaupteten Abschluss der streitgegenständlichen Malerarbeiten keine Erledigung „in sonstiger Weise“ im Sinne des § 114 Abs. 2 S. 2, 2. Var. GWB a.F. eingetreten. Nach dem Willen des Gesetzgebers verfolge die Regelung des § 101 b Abs. 2 S. 2 GWB a.F. das Ziel, den vergaberechtswidrig handelnden öffentlichen Auftraggeber zu sanktionieren, damit aber dürfe eine Unwirksamkeitsfeststellung nicht daran scheitern, dass ein Auftrag bereits (teilweise) erfüllt worden sei. Ein Auftraggeber, der bewusst eine de-facto-Vergabe durchführe, müsse alle Risiken daraus tragen, wie sich insbesondere aus Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2007/66/EG ergebe. Ggf. müsse der Auftraggeber in solchen Konstellationen hinnehmen, dass der Leistungsaustausch ohne rechtliche Grundlage erfolgt sei und etwa nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln sei. Zudem würde die Unwirksamkeitsfeststellung es der Antragstellerin erlauben, sich auf ggf. förmlich zu vergebende Mängelbeseitigungsarbeiten am fraglichen Objekt zu bewerben.

Jedenfalls aber würde ein Fortsetzungsfeststellungsantrag zulässig sein, ohne dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse dargelegt werden müsste, dass sich hier aber jedenfalls aus dem Kosteninteresse der Antragstellerin und auch aus der gegebenen Wiederholungsgefahr ergebe, da sich die Antragsgegnerin voraussichtlich weiterhin nicht vergaberechtskonform verhalten werde, wie gerade ihre Argumentation im vorliegenden Verfahren aufzeige. Insoweit folge auch aus der Novellierung des GWB nichts anderes, § 99 GWB n.F. unterscheide sich nur unmaßgeblich von § 98 Nr. 2 GWB a.F., dies gelte auch hinsichtlich der Behandlung mehrstufiger Beteiligungsverhältnisse.

Die Antragstellerin beantragt

- 1.) festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin mit der [REDACTED] [REDACTED] zur Umsetzung des Bauvorhabens „Wohnen an der Finkenau“ abgeschlossene Vertrag von Anfang an unwirksam ist;
- 2.) die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

und hilfsweise

festzustellen, dass die Beauftragung der [REDACTED] [REDACTED] zur Umsetzung des Bauvorhabens „Wohnen an der Finkenau“ durch die Antragsgegnerin ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens gemäß den Vorgaben des vierten Teils des GWB rechtswidrig war und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzte.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Der Antragstellerin fehle schon die Antragsbefugnis im Sinne des § 107 Abs. 2 S. 1 GWB a.F. - es sei ihr nie um die Erlangung des Auftrages, sondern ausweislich ihres Schreibens vom 16.06.2015 an die Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt (Anl. AG 3) vielmehr um eine abstrakte Klärung der Rechtsfrage nach der Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB a.F. gegangen.

Zudem wäre ein „fiktiv“ zu bildendes Fachlos „Malerarbeiten“ erst zur Ausführung gelangt, wenn das Bauprojekt insgesamt einen Leistungsstand von mindestens 80% erreicht hätte. Bei einem Gesamtwert von € 14.960.000,- wäre die Antragsgegnerin daher befugt gewesen, die Malerarbeiten nach den Regeln der Unterschwellenvergabe zu vergeben, da sie in das 20% Kontingent nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. B VOB/A-EG gefallen wären, womit eine europaweite Ausschreibung gerade nicht erforderlich gewesen sein würde. Damit sei schon der Rechtsweg zu den Vergabeinstanzen gem. § 102 GWB a.F. nicht eröffnet. Dadurch, dass das Vorhaben „Wohnen an der Finkenau“ als „Gesamtlos“ vergeben worden sei, könne für die Antragstellerin kein weitergehender Rechtsschutz folgen, als wenn die Malerarbeiten gesondert vergeben worden wären. Insoweit greife der allgemein anerkannte Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens.

Im April 2016 hat die Antragsgegnerin vorgetragen, dass sie tatsächlich die Malerarbeiten nunmehr nicht von der Beigeladenen, sondern vom Malerbetrieb [REDACTED] habe ausführen lassen, womit nunmehr feststehe, dass diese Arbeiten in das 20%-Kontingent gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. b VOB/A-EG a.F. fallen würden. Aufgrund des Änderungsvertrages mit der Beigeladenen aus dem Juli 2015 und des Auftrages vom März 2016 (Anl. AG 42 und AG 43) habe die Fa. [REDACTED] die Arbeiten bis Oktober 2016 ausgeführt - jedenfalls damit sei der Rechtsweg zu den Vergabeinstanzen gem. § 186 Abs. 2 GWB n.F. i.V.m. § 102 GWB a.F. verschlossen.

Zudem habe die Antragstellerin schon wegen mangelnder Eignung keine Chance auf Beauftragung mit den fraglichen Malerarbeiten gehabt. Sie habe im Rahmen des Wohnbauvorhabens Suhrenkamp/Nesselstraße vielfach gegen ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der SAGA als dortiger Auftraggeberin verstoßen, die daher den Vertrag über Malerarbeiten aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt habe (Schreiben vom 24.02.2015, Anl. AG 4). Diese negativen Erfahrungen hätten es gerechtfertigt, die Antragstellerin auch bei den hier streitgegenständlichen Malerarbeiten nicht zu berücksichtigen, wie nunmehr in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB n.F. niedergelegt. Auch habe die SAGA/GWG einen Vertrag mit der Antragstellerin betreffend das Bauvorhaben Tondernstrasse/Graudenzer Weg/Gravensteiner Weg im Juni 2013 aus wichtigem Grund gekündigt (Schreiben vom 04.06.2013, Anl. AG 45), ausweislich ihrer e-mail vom 03.07.2013 Anl. AG 46 habe die Antragstellerin diese Kündigung akzeptiert.

Weiter wäre die Antragsgegnerin auch gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit c VOB/A - Ausgabe 2012 zum Ausschluss eines - unterstellten - Gebotes der Antragstellerin berechtigt gewesen: Die Staatsanwaltschaft Hamburg führe ein Ermittlungsverfahren gegen den Geschäftsführer der Antragstellerin, [REDACTED] wegen des Verdachts der Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) zum Nachteil der Antragsgegnerin. [REDACTED] habe Mitarbeitern der Antragsgegnerin Geschenke zugewandt. Im Zusammenhang mit den fraglichen Geschenken, die tatsächlich einen Wert von 32,- - ca. 63,- € gehabt hätten, sei inzwischen auch ein Strafbefehl über 120 Tagessätze (offenbar gegen eine Person aus dem Hause der Antragsgegnerin oder der SAGA) erlassen worden.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei zudem verfristet gewesen: Ihr Vortrag, erst am 28.05.2015 von der Beauftragung der Fa. [REDACTED] Kenntnis erlangt zu haben, sei nicht glaubhaft. Das fragliche Baugrundstück liege nur 2,3 Kilometer vom Sitz der Antragstellerin in der Krausestrasse entfernt. Damit liege auf der Hand, dass Mitarbeiter der Antragstellerin das seit Januar 2015 aufgestellte Bauschild, auf dem die [REDACTED] als Generalunternehmerin genannt worden sei, zur Kenntnis genommen haben müssten.

Selbst nach ihrem eigenen Vortrag habe die Antragstellerin am 28.05.2015 Kenntnis von der Beauftragung der Beigeladenen gehabt, diesen somit erkannten Verstoß gegen Vergabevorschriften habe die Antragstellerin nicht „unverzüglich“ im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB a.F. gerügt.

Eine Rüge sei auch nicht etwa gem. §§ 107 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. entbehrlich gewesen, da die Antragsgegnerin tatsächlich zehn weitere Unternehmen (außer der Beigeladenen) zur Abgabe von Angeboten aufgefordert habe.

Zudem könne die Antragsgegnerin sich insoweit auf Verwirkung berufen: Sie und die Fa. HTG, die bereits im April 2015 mit den Bauarbeiten begonnen habe, hätten sich zu Recht darauf eingerichtet, hinsichtlich dieses Bauvorhaben nicht mehr mit einem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin konfrontiert zu werden.

Auch der hilfsweise angebrachte Fortsetzungsfeststellungsantrag sei schon unzulässig.

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bestehe nicht - ein Schadensersatzprozess sei von vornherein aussichtslos; Wiederholungsfahr bestehe schon mit Rücksicht darauf nicht, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin künftig gem. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. nicht mehr berücksichtigen werde.

Zudem scheide Wiederholungsfahr von vornherein aus, da es sich bei § 98 Nr. 2 a.F. GWB nicht um mehr geltendes Recht handle; ob die Antragsgegnerin künftig unter § 99 Nr. 2 GWB n.F. falle, sei unter wesentlich anderen Rahmenbedingungen zu beurteilen, die Norm weiche erheblich von ihrer Vorläuferin ab. Insbesondere werde sich künftig das Problem stellen, dass bei mehrstufigen Beteiligungsverhältnissen die Auftraggebereigenschaft auf jeder Ebene gegeben sein müsse. Diese Abweichungen seien so maßgeblich, dass Feststellungen zum alten Recht künftig irrelevant sein würden. Funktion des Fortsetzungsfeststellungsverfahrens könne auch nicht die Prüfung der Auftraggebereigenschaft der Antragsgegnerin nach neuem Recht sein.

Ein Rehabilitationsinteresse komme hier nicht in Betracht, das bloße Interesse an der Abwendung einer nachteiligen Kostenentscheidung rechtfertige ein Fortsetzungsfeststellungsverfahren nie.

Jedenfalls aber sei die Antragsgegnerin keine öffentliche Auftraggeberin weder im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB a.F. noch des § 99 Nr. 2 GWB n.F. .

Der EuGH sehe als wesentliches Indiz für eine Einstufung eines kommunalen Unternehmens als

nicht gewerblich an, wenn dieses quasi ein Monopol habe (EuGH Rs. C 393/06, „Fernwärme Wien“), wovon bei der Antragsgegnerin sicher nicht die Rede sein könne, und habe umgekehrt eine nicht gewerbliche Tätigkeit für wenig wahrscheinlich gehalten, wenn ein Unternehmen zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben unter normalen Marktbedingungen tätig ist, Gewinnerzielungsabsicht hat und die mit der Tätigkeit verbundenen Verluste trägt (EuGH Rs. C-567/15).

Die Nennung von Wohnungsbauunternehmen in Anl. III zur Richtlinie 2014/18/EG sei unverbindlich und im Übrigen aktuell nicht mehr anwendbar.

Entscheidend sei eine materielle Bewertung der Tätigkeit der Antragsgegnerin.

Der von der Antragsteller vorgelegte Flyer (Anl. ASt. 6) besage insoweit gar nichts, er sei auf ein von der Handwerkskammer zur Verfügung gestelltes Muster zurückgegangen und von einem nachgeordneten Mitarbeiter ohne Rücksprache mit Geschäftsleitung oder Justizariat übernommen und an die Handwerkskammer zurückgesandt worden, die ihn sodann ausgehängt habe.

Sie sei tatsächlich sehr wohl gewerblich tätig.

Sie richte ihr Handeln tatsächlich an wirtschaftlichen Kriterien aus; dass sie daneben - eben mit den Mitteln nachhaltigen Wirtschaftens - auch den Zweck einer sozial verantwortlichen Wohnungsversorgung 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 Hauptzweckes darstelle.

Zunächst sei sie an einem jedenfalls teilweise funktionalen Markt tätig und stehe an diesem im Wettbewerb mit zahlreichen Konkurrenten. Die SAGA und die Antragsgegnerin bewirtschafteten (bezogen auf das Jahr 2013) nur ca. 14% der in Hamburg vorhandenen Mietwohnungen, weitere 14% stünden im Eigentum von Genossenschaften, der große Rest werde von Privaten gehalten.

Die Antragsgegnerin bewirtschaftete sogar nur 4% des Mietwohnungsbestandes in Hamburg, sowie ca. 400 Gewerbeobjekte und etwa 13.000 Garagen und Stellplätze. Von ihren ca. 38.000 Mietwohnungen seien ca. 26.000 nicht öffentlich gefördert.

Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertrete, dass der Bereich des „geförderten

Wohnraums“ ein gesondertes Marktsegment bilde, in dem es tatsächlich einen funktionierenden Markt nicht mehr gebe, sei schon ein solche Segmentierung fehlerhaft. Mit Rücksicht auf die tatsächlich fehlenden Kapazitäten sei es Nachfragern nach günstigem Wohnraum vollständig unmöglich, ihren Bedarf ausschließlich aus dem Angebot an Sozialwohnungen zu decken, vielmehr böten auch private Investoren durchaus preisgünstigen Wohnraum an, wie sich etwa aus den Jahresberichten 2013 und 2014 der Hamburgischen Investitions- und Förderbank AöR ergebe.

Darüber hinaus sei ohnehin nicht nur auf das Hamburger Stadtgebiet zu schauen, sondern der Wohnungsmarkt der Gesamtregion Hamburg zu betrachten.

Damit aber sei sehr wohl von einem entwickelten Wettbewerb auch im Bereich des geförderten Wohnraumes auszugehen, eben da dieser gerade wegen der Tatsache der öffentlichen Förderung auch für private Investoren lukrativ sei. Auch gehe der Bestand an geförderten Wohnungen nicht dramatisch zurück, vielmehr würden in erheblichem Umfang solche Wohnungen neu erstellt, 2015 und 2016 jeweils ca. 2.000 Stück; Hamburg sei bundesweit Spitzenreiter bei geförderten Mietwohnungen.

Sie handele auch mit Gewinnerzielungsabsicht.

Dies folge zunächst schon aus ihrer Rechtsform als GmbH, aber auch aus ihrem im Gesellschaftsvertrag definierten Gesellschaftszweck, wonach sie als „ein sich mindestens wirtschaftlich selbst tragendes Unternehmen“ beschrieben sei und ihre Organe darauf verpflichtet seien, „die Wirtschaftlichkeit der Gesellschaft sicherzustellen und dabei die Kosten des Geschäftsbetriebes nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung leistungsbezogen und nach angemessenen Grundsätzen auszurichten.“ Auch in Satzungen anderer - zweifelsfrei gewerblicher - Unternehmen, wie etwa der Axel Springer SE (unter § 3 - Grundsätze der Unternehmensführung) sei eine Gewinnerzielungsabsicht nicht enthalten. Das zugleich nach der Satzung auch eine Orientierung am Gemeinwohl bestehe, stehe der Annahme einer Gewinnerzielungsabsicht nicht entgegen.

Dass in § 2 Abs. 1 S. 2 ihrer Satzung von einem Handeln „nach gemeinnützigen Grundsätzen“ die Rede gewesen sei (bis zur Satzungsänderung im November 2017), sei nicht dahingehend zu verstehen, dass Gewinnausschüttungen nicht möglich seien, vielmehr sei im folgenden Satzteil definiert, was hier gemeint sei. Im Übrigen habe die SAGA 2003 tatsächlich einen Teil ihres Bilanzgewinnes ausgeschüttet und werde dies auch in den kommenden Jahren wieder tun. Zudem habe die Antragsgegnerin unter dem 22.11.2017 ihre Satzung (Urkunde des Notars Dr.

Jeep Ur.Nr. 1378/2017, Anl. AG 67) geändert. § 2 Abs. 1 laute nunmehr „Zweck der Gesellschaft ist vorrangig eine sichere und sozial verantwortliche Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung zu angemessenen Preisen durch eine Bestandserhaltende, effiziente Bewirtschaftung von Wohnungen auf Grundlage des sozialen Ausgleichs in den Wohngebieten, funktionierender Nachbarschaften und einer nachhaltigen Quartiersentwicklung.“

Auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin - jedenfalls bis Ende 2017 - tatsächlich Gewinne nicht ausgeschüttet, sondern thesauriert habe, spreche nicht gegen ihre Einstufung als gewerbliches Unternehmen. Tatsächlich wären Ausschüttungen - letztlich an die FHH als Eignerin - unwirtschaftlich gewesen: Sie hätten zum Anfall von Abgeltungssteuer in ganz erheblichem Umfang geführt, während die Antragsgegnerin im 10-Jahresschnitt einen Total Return von ca. 6% erwirtschaftet habe. Da die FHH bei einem Einsatz ausgeschütteter Gewinne zur Schuldentilgung nur eine Zinersparnis bis maximal 1,5% hätte erwirtschaften können, sei es wirtschaftlich vernünftig gewesen, die Gelder im Unternehmen zu belassen. Zwischen 2008 und 2014 habe die Antragsgegnerin eine EK-Verzinsung von im Schnitt 8,74% nach bzw. 10,4% vor Steuern erwirtschaftet. Der Gesellschaftsvertrag sehe gerade keine Ausschüttungsbeschränkung vor. Die Schaffung einer hohen EK-Quote sei auch zur Risikovorsorge und Stärkung der Kreditfähigkeit des Unternehmens geboten. Soweit im Gesellschaftsvertrag von der Erzielung einer „Eigenkapitalverzinsung“ die Rede sei, liege hierin lediglich eine Begrenzung der Zielsetzung „nach unten“, keinesfalls aber „nach oben“.

Auch andere Unternehmen - wie z.B. die Commerzbank im Jahre 2014 - thesaurierten im Übrigen Gewinne, etwa mit dem Ziel der Stärkung ihrer Eigenkapitalbasis.

Zudem sei unter dem 22.11.2017 (Anl. AG 68) ein Gesellschafterbeschluss gefasst worden, wonach für 2017 € 25.000.000 und zukünftig grundsätzlich 30 - 70% des Jahresüberschusses ausgeschüttet werden sollten. Damit werde die Antragsgegnerin eine Ausschüttungspolitik verfolgen, die im Rahmen dessen liege, was auch bei anderen Unternehmen der Wohnungswirtschaft üblich sei. Entsprechend werde künftig auch die SAGA verfahren, die auf ihrer Hauptversammlung vom 14.01.2019 eine Ausschüttung in ganz erheblicher Höhe beschlossen habe (Protokoll der Hauptversammlung, Anl. AG 74).

Die Antragsgegnerin sei tatsächlich sehr ertragsstark; sie weise gerade im Vergleich mit Unternehmen der unzweifelhaft gewerblichen Wohnungswirtschaft - etwa der Deutschen Annington (jetzt Vonovia), der Deutsche Wohnen oder der GAGFAH - in allen Benchmarks Spitzenwerte auf (Kennzahlenübersicht, Anl. AG 12). Auch andere städtische

Wohnungsbaugesellschaften, wie etwa die Gewofag Holding (München) wiesen weit schlechtere Resultate aus als die Antragsgegnerin (Anl. AG 28 und 29).

Ein detaillierter peer-group-Vergleich zeige auf, dass die Antragsgegnerin über eine sehr gute Position am deutschen Wohnungsmarkt verfüge; der Vergleich mit großen, börsennotierten Wohnungsunternehmen lasse an der Gewerblichkeit ihrer Geschäftstätigkeit keinen Zweifel; wegen der Einzelheiten des Vortrages wird Bezug genommen auf S. 9 - 17 des Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom 01.02.2016, sowie die von der Antragsgegnerin eingereichte gutachtliche Stellungnahme der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Roever pp. vom 02.09.2017 (Anl. AG 58).

Soweit die Antragstellerin argumentiere, dass die von der Antragsgegnerin verlangten Mieten unter der Durchschnittsmiete des Hamburger Mietspiegels liege, sei dies selbstverständlich, da die Antragsgegnerin im Luxussegment - das in den Mietspiegel mit einfließe - nicht tätig sei. Sie orientiere sich am Mittelwert des Mietspiegels, die Mieten von ca. 8.900 der von ihr gehaltenen Wohnungen lägen über dem Durchschnittswert. Ihr Erfolg beruhe im Übrigen gerade darauf, dass sie nicht auf Maximierung der Mieterträge, sondern einen sozialen Ausgleich in den Stadtquartieren setze. Gerade dieser Ansatz führe zu Vollvermietung, einem sehr hohen Inkassierungsgrad und über exzellente Kundenzufriedenheit zu geringer Fluktuation. Tatsächlich erreiche sie auf diesem Wege einen Inkassierungsgrad nahe 100%.

Per 31.12.2016 habe die Antragsgegnerin insgesamt 38.598 Mietwohnungen im eigenen Bestand geführt, davon seien nur 8.761 öffentlich gefördert

Die Mietwerte ihrer nicht preisgebundenen Wohnungen habe sie jeweils individuell weiterentwickelt und dabei in den Jahren 2013 und 2014 aus Mietanpassungen im Bestand und aus Folgevermietungen zeitanteilige Ertragsverbesserungen in erheblichem Umfang (2014 in Höhe von ca. € 2.500.000) erreicht, wie sich aus den testierten Jahresabschlüssen (Anl.Konv. AG 22) ergebe. Dies habe sich 2015 und 2016 (gem. testierten Jahresabschlüssen Anl. AG 49 und AG 50) fortgesetzt mit € 1.200.000 und € 3.866.000.

Per September 2015 sei für die überwiegende Zahl der frei finanzierten Wohnungen ein Mietwert über oder im Bereich des Mittelwertes des Mietspiegels gegeben gewesen. Im Jahre 2016 seien trotz des „Abrutschens“ eines Teils der Bestandswohnungen unter den Mittelwert der gestiegenen Mietspiegelwerte Ertragssteigerungen insbesondere durch Modernisierungsmieterhöhungen und Neuvermietungen erreicht worden. Dies und der Umstand, dass die Antragsgegnerin in ganz erheblichem Umfang in Instandhaltung, Neubau und Modernisierung investiere (im Geschäftsjahr 2016 in Höhe von € 84.221.000,-) belege ihre

Gewinnerzielungsabsicht.

Das Unternehmen finanziere sich vollständig selbst, vor allem durch kostendeckende Mieten - so würden nur Vorhaben verwirklicht, die mindestens eine Zielrentabilität von 4 - 5% aufwiesen; eine Quersubventionierung des öffentlich geförderten Bereichs aus den Erträgen der „freien“ Vermietungen finde nicht statt.

Der Vortrag der Antragstellerin zu einer wesentlichen Einflussnahme der FHH auf die Geschäftspolitik kranke schon daran, dass ständig auf die „SAGA GWG“ abgestellt werde, also ein tatsächlich nicht existentes Unternehmen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine juristische Person öffentlicher Auftraggeber sei, sei auf die konkrete juristische Person abzustellen, nicht auf mit dieser verbundene Unternehmen, selbst wenn es sich um die Muttergesellschaft handeln sollte (EuGH Rs. C-567/15, Rn. 34). Der Sachvortrag der Antragstellerin zu Einflussnahmen der Politik bezogen auf aktuelle wohnungspolitische Bestrebungen des Senats sei schon vor dem Hintergrund unerheblich, dass sich sämtliche Kooperationspartner der Stadt im „Bündnis für das Wohnen in Hamburg“ in gleicher Weise auf eine nachfrage- und bedarfsgerechte Wohnraumversorgung in Hamburg verständigt hätten - die Antragsgegnerin sei insoweit nicht stärker mit der Stadt verflochten, als die anderen Teilnehmer dieses Projektes.

So beziehe sich die Mitteilung Anl. ASt. 13 auf die Übertragung städtischen Eigentums an Wohnimmobilien auf die SAGA - und gerade nicht die GWG. Gleiches gelte für die Übertragung von Grundeigentum im Karolinenviertel (Anl. ASt. 14). Unschlüssig sei auch der Vortrag der Antragstellerin zur Pressemitteilung Anl. ASt. 16: Den dort genannten Kooperationsvertrag habe die Stadt nicht nur mit SAGA und GWG, sondern auch mit mindestens zehn weiteren Wohnungsbauunternehmen geschlossen, allen Partnern sei von der FHH als Gegenleistung gestattet worden, ihren geförderten Wohnraum frei von zuvor bestehenden Belegungsbindungen zu vermieten. Der Vortrag der Antragstellerin zu Anl. ASt. 22 sei unschlüssig: Zum einen beziehe er sich auf die SAGA, zum anderen würde auch jeder andere Erwerber der Wohnungen die fragliche Begrenzung der Mieterhöhungsmöglichkeiten akzeptiert haben müssen. Auch soweit die Stadt bei Grundstücksverkäufen bestimmte Veräußerungsverbote oder bestimmte Mietbindungen vereinbare, werde dies bei allen Käufern gleich gehandhabt.

Die Antragsgegnerin werde von der Stadt auch nicht etwa beim Verkauf von Immobilien bevorzugt, was schon aus beihilferechtlichen Gründen tatsächlich gar nicht möglich sei; insoweit setzten sich im Wettbewerb mit der Antragsgegnerin auch andere Unternehmen durch, wie zuletzt bei Bauvorhaben an der Wandsbeker Zollstrasse und in der Hafencity geschehen.

Die Antragsgegnerin trage tatsächlich auch ihr eigenes wirtschaftliches Risiko.

Eine Verlustausgleichspflicht der Gesellschafter sehe der Gesellschaftsvertrag nicht vor, auch ein Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag bestehe nicht. Die Antragsgegnerin stehe insoweit auch nicht der Sprinkenhof GmbH gleich, die durch einen Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag mit der HGV verbunden sei, womit konzernrechtliche Verlustausgleichspflichten einhergingen. Vielmehr zeige gerade der Vergleich mit der Sprinkenhof GmbH, dass die Stadt sich - eben weil kein vergleichbarer GuBV existiere - bewusst gegen eine Übernahme der Verlustrisiken der Antragsgegnerin entschieden habe.

Sie betreibe auch aktive Risikovorsorge über überdurchschnittliche Investitionen in Instandhaltung und Modernisierung ihres Wohnungsbestandes.

Die Behauptung der Antragstellerin, die FHH würde eine Insolvenz der SAGA / GWG niemals zulassen, sei unsubstantiiert und ins Blaue hinein erfolgt. So habe die Stadt 2013 auch die Insolvenz des Berufsförderungswerks Hamburg GmbH zugelassen und etwa 2007 trotz massiver öffentlicher Proteste das städtische Unternehmen PFLEGEN & WOHNEN verkauft, dies offenbar vor dem Hintergrund der schlechten wirtschaftlichen Entwicklung, die das Unternehmen bis Ende 2005 (kompletter Verzehr des EK, Aufbau eines Fehlbetrages von € 138.500.000) genommen habe.

Die Organe der Antragsgegnerin oder auch der mit ihr verbundenen Gesellschaften könnten schon rechtlich in einer Krisensituation nicht zu Gunsten der Antragsgegnerin Mittel aufbringen, ohne sich selbst strafrechtlichen Risiken (etwa aus § 266 StGB) auszusetzen.

Tatsächlich zeige die Erfahrung, dass Gebietskörperschaften (wie etwa die FHH) unter bestimmten Umständen sehr wohl gezwungen bzw. bereit gewesen seien, ihre Wohnungsbauförderung zu beenden bzw. ihre Wohnungsbaugesellschaften zu veräußern; die Antragsgegnerin verweist insoweit auf verschiedene Privatisierungen (Eisenbahn-Wohnungsgesellschaften des Bundes im Jahre 2001, Einstellung der Wohnungsbauförderung durch das Land Berlin 2002/2003; Dresdner WOBA 2006, Landesentwicklungsgesellschaft NRW 2006). Weiter habe die Stadt Singen die Insolvenz ihrer städtischen Wohnungsbaugesellschaft GVV zulassen müssen.

Tatsächlich wäre die FHH auch rechtlich daran gehindert, die Antragsgegnerin im Krisenfall aufzufangen. Dies folge schon daraus, dass die Stadt ab dem Haushaltsjahr 2019 nach Art. 72a

der Hamburgischen Verfassung nur noch im Ausnahmefall Nettokredite aufnehmen könne. Auch nach Maßgabe des einfachen Landesrechts, hier § 65 Abs. 1 Nr. 2 LHO, sei der Stadt die Beteiligung an einem Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform nur gestattet, wenn die Einzahlungsverpflichtung der Stadt von vornherein auf einen bestimmten Betrag begrenzt bleibe.

Zudem stehe auch das EU-Beihilferecht irgendwelchen Rettungs- und Auffangaktionen entgegen. Eine grundsätzliche Übernahme des Insolvenzrisikos würde sich in jedem Falle als Garantiehaftung und damit Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen; ein solcher Eintritt sei auch nicht genehmigungsfähig im Sinne des Art. 107 Abs. 3 AEUV, wie das Verfahren der EU-Kommission gegen Deutschland im Zusammenhang mit der Gewährträgerhaftung für die Deutschen Landesbanken (Urteil des Gerichts 1. Instanz vom 6.3.2003, RS T-228/99 und EuGH, 28.1.2003, C-334/99) aufgezeigt habe.

Auch für einzelne Stützungsmaßnahmen zöge des EU-Beihilferecht enge Grenzen - eine beihilferechtlich relevante Hilfe liege vor, wenn der sog. Private-Investor-Test nicht bestanden werde, also in der konkreten Krisensituation ein privater Investor die von der öffentlichen Hand geplante Stützungsmaßnahme nicht durchgeführt haben würde.

Noch strenger seien die beihilferechtlichen Vorgaben für Rettungsmaßnahmen bei konkreter Insolvenzgefahr nach den sog. RuU-Leitlinien (Abl. EU C 249/1 vom 31.07.2014).

Schließlich stünden im Insolvenzfall der FHH Möglichkeiten offen, auf den Wohnungsbestand der Antragsgegnerin zuzugreifen, ohne eine Insolvenz abwenden zu müssen; insbesondere über die Möglichkeit eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung oder auch einer Sanierung nach §§ 217 ff. InsO.

Mit dem vom EUGH in der Rs. C-283/00 beurteilten Sachverhalt sei die vorliegende Gestaltung nicht zu vergleichen: Der EuGH habe darauf abgestellt, dass die dort streitgegenständliche SIEPSA nicht im Wettbewerb gestanden habe, da es einen „Markt“ für Errichtung und Betrieb von Strafvollzugsanstalten nicht gegeben habe und das Unternehmen in den Jahren 1997 und 1998 erhebliche Verluste erwirtschaftet hatte.

Die Beigeladene unterstützt das Vorbringen der Antragsgegnerin. Gerade aus ihrer Sicht als mittelständisches Bauunternehmen geriere sich die Antragsgegnerin bei der Vergabe von Aufträge nicht anders als andere Wohnungsbaugesellschaften und lasse sich offenbar

ausschließlich von rein wirtschaftlichen Erwägungen leiten.

Soweit die Malerarbeiten aus dem zunächst ihr erteilten Auftrag herausgenommen worden seien, sei dies nicht etwa in Absprache mit der Antragsgegnerin geschehen, um den Rechtsschutz der Antragstellerin zu verkürzen, sondern aus der rein wirtschaftlichen Überlegung, dass die kurzfristige Ausführung eines Auftrages ohne Malerarbeiten für sie sinnvoller sei, als die spätere Ausführung des geringfügig um die Malerarbeiten erweiterten Auftrages.

Die Antragsgegnerin werde auch gerade nicht nur, sondern allenfalls auch zu dem öffentlichen Zweck einer sozial verantwortlichen Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung tätig. Die Antragsgegnerin werde auch gewerblich tätig, sie bewege sich auf einem voll entwickelten Markt in Konkurrenz zu zahlreichen Wettbewerbern. Ihre Unternehmensführung sei schon nach der Satzung auf eine wirtschaftliche, gewinnorientierte und leistungsbezogene Gestaltung des Geschäftsbetriebs verpflichtet.

Die Antragsgegnerin finanziere sich vollständig selbst

Sie trage auch ihr eigenes wirtschaftliches Risiko - eine rechtliche belastbare Verpflichtung der Stadt zum Ausgleich von Verlusten oder zur Tragung des Insolvenzrisiko der Antragsgegnerin bestehe gerade nicht.

Gerade ein Vergleich mit anderen, von der FHH kontrollierten Unternehmen zeige die Unterschiede auf: So sei die Stadtreinigung Hamburg eine Anstalt öffentlichen Rechts, womit die FHH in der Gewährträgerhaftung stehe; hinsichtlich der Hochbahn AG bestehe - wie auch bezüglich der Sprinkenhof GmbH - ein Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag mit der HGV.

II.

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache keinen Erfolg.

1.) Die Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer bei der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen vom 15.07.2015 ist zulässig.

Das vorliegende Verfahren folgt weiterhin den Regelungen des GWB a.F. (§ 186 Abs. 2 GWB n.F.).

a) Die Beschwerde ist statthaft gem. § 116 Abs. 1 GWB, sie wurde mit Eingang des Beschwerdeschriftsatzes beim HansOLG am 30.07.2015 form- und fristgerecht im Sinne des § 117 GWB erhoben und begründet.

b) Der Hauptantrag der Antragstellerin auf Feststellung, dass der von der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen hinsichtlich des Vorhabens „Wohnen an der Finkenau“ abgeschlossene Vertrag von Anfang an unwirksam ist, hat sich allerdings erledigt.

Mit Vorlage der Vertragsanzeigen vom 03.07.2015 (Anl.Konv. AG 42), deren sachliche Richtigkeit die Antragstellerin nach Einsichtnahme nicht bestritten hat, ist bewiesen, dass das Gewerk Malerarbeiten aus dem Leistungssoll des zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen, vorliegend streitgegenständlichen Auftrag einvernehmlich herausgenommen wurde. Mit Vorlage des Auftrages vom 11.03.2016 (Anl. AG 43), ist der Nachweis erbracht, dass die Malerarbeiten für das Bauvorhaben Finkenau, auf die die Antragstellerin hatte bieten wollen, dem Malerbetrieb [REDACTED] übertragen worden sind. Schließlich ist mit der inhaltlich von der Antragstellerin wiederum nicht angegriffenen Schlussrechnung der Fa. [REDACTED] vom 01.11.2016 (Anl. AG 44) bewiesen, dass die fraglichen Malerarbeiten zwischen März und Oktober 2016 erbracht und auch sodann abgerechnet worden sind.

Es liegt damit ein Fall der Erledigung in sonstiger Weise im Sinne des § 114 Abs. 2 S. 2, Var. 4 GWB vor, der auch dann gegeben ist, wenn der Bedarf um dessen Deckung es dem Auftraggeber mit der streitigen Auftragserteilung ging, zwischenzeitlich durch Erfüllung gedeckt worden ist (VK Bund, VK 2 - 69/07, Beschluss vom 24.07.2007, Rn. 57; Ziekow/Völlink-Brauer, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 114 GWB, Rn. 35 a. E.; unverändert Ziekow/Völlink-Steck, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 34 a.E.).

Die Argumentation der Antragstellerin, dass gleichwohl keine Erledigung eingetreten sei, kann nicht überzeugen: Es ist sicher richtig, dass mit der Regelung des § 101b Abs. 2 S. 1 GWB auch die Zielsetzung einer wirksamen Sanktionierung von nicht vergaberechtskonformem Verhalten bezweckt war und es wird ebenso zutreffen, dass nach dem Willen des Richtliniengabers (Erwägungsgrund 21 Richtlinie 2007/66/EG) „strenge Sanktionierungen auch dann greifen sollen, wenn die Verpflichtungen im Rahmen eines Vertrages bereits vollständig erfüllt wurden“. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Antragsgegnerin hier durch Urkundenvorlage bewiesen hat, dass die fraglichen Leistungen gerade nicht von der Beigeladenen aufgrund des Vertrages erbracht wurden, dessen anfängliche Unwirksamkeit sie mit dem Hauptantrag festgestellt wissen möchte, sondern vielmehr von einem anderen Unternehmen aufgrund eines anderen Vertrages,

der für sich genommen nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens bzw. des Beschwerdeverfahrens ist. Die Antragstellerin hat, nachdem ihr mit Zustellung des Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom 18.09.2017 (dort S. 1 und 2) die Auftragserteilung an die [REDACTED] bekannt geworden ist, bezogen auf diesen Vertrag gerade nicht die Unwirksamkeit nach § 101b GWB geltend gemacht, sondern vielmehr nur - und erst mit Schriftsatz vom 29.11.2017 (dort S. 2 - 6) - ausgeführt, weshalb diese Vergabe des Gewerks „Malerarbeiten“ und die Ausführung dieser Arbeiten durch eine Drittfirma keine Erledigung ihres ursprünglichen Antrages bedeute.

Zudem könnte eine Feststellung der anfänglichen Unwirksamkeit des Vertrages mit der Beigeladenen auch nichts daran ändern, dass die fraglichen Malerarbeiten erbracht sind - selbst wenn bei Feststellung der Nichtigkeit eine Abwicklung nach Bereicherungsrecht Platz greifen würde (was im Verhältnis zur [REDACTED] deren Vertragsverhältnis zur Antragsgegnerin überhaupt nicht von dem vorliegenden Verfahren betroffen ist (s.o.), i.Ü. von vornherein ausscheidet), würde dies nicht dazu führen, dass die Arbeiten „zurückgebaut“ würden und der Bedarf an dieser konkreten Leistung wieder entstünde.

Nicht überzeugend ist damit auch der Vortrag der Antragstellerin, dass sie sich nach Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages ggf. auf notwendig werdende Mängelgewährleistungsarbeiten bewerben könne - dieser Fall kann von vornherein nicht eintreten, da der Vertrag der Antragsgegnerin mit der Fa. Gerdtz und damit auch aus diesem Rechtsverhältnis eventuell folgende Ansprüche aus §§ 633 ff. BGB vom vorliegenden Verfahren schlicht nicht berührt werden.

c) Zulässig ist jedoch der von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29.11.2017 hilfsweise angebrachte Fortsetzungsfeststellungsantrag.

(1) Die Antragsänderung nach Erledigung des hauptsächlich verfolgten Rechtsschutzziels der Antragstellerin ist in analoger Anwendung des § 91 Abs. 1 VwGO sachdienlich und damit zulässig.

(2) Auf Seiten der Antragstellerin besteht auch ein besonderes Fortsetzungsfeststellungsinteresse, dass nach Auffassung des Senats - wie grundsätzlich (vgl. Ziekow/Völlink-Brauer, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 114 GWB, Rn. 40) - auch bei Erledigung eines auf § 101b GWB gestützten Hauptantrages erforderlich ist.

Auch in dieser Konstellation gilt die Erwägung, dass ein eigentlich erledigtes Rechtsschutzziel nur dann weiterverfolgt werden kann, wenn hieran ein schutzwürdiges Interesse des

Antragstellers' besteht - die gerichtliche Überprüfung von Rechtshandlungen ist auch im Vergabeverfahren kein Selbstzweck, sondern muss immer der Durchsetzung subjektiver Positionen der Beteiligten dienen.

Es kann dahinstehen, ob schon das Kosteninteresse der Antragstellerin hier den Übergang ins Fortsetzungsfeststellungsverfahren rechtfertigen kann, denn jedenfalls kann sich die Antragstellerin hier auf eine konkrete Wiederholungsgefahr stützen: Nach ihrem schlüssigen Vorbringen wird sie sich weiterhin auf Malerleistungen für Bauvorhaben der Antragsgegnerin bewerben wollen, nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin liegt es sehr nahe, dass diese auch künftig die Position einnehmen wird, nicht zu Ausschreibungen nach Maßgabe des Vergaberechts verpflichtet zu sein.

Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse entfällt vorliegend auch nicht dadurch, dass zwischenzeitlich die Novellierung des GWB in Kraft getreten ist und in künftigen Verfahren die Frage nach der Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin nach § 99 GWB n.F. und nicht mehr wie im vorliegenden Verfahren nach § 98 GWB a.F. zu beurteilen sein wird.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kann die Entscheidung der Frage, ob diese als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB a.F. anzusehen war, auch in künftigen Verfahren die Rechtsposition der Antragstellerin maßgeblich verbessern. Tatsächlich weichen beide Normen nicht derart signifikant voneinander ab, dass vom Vorliegen „im Wesentlichen anderer rechtlicher Rahmenbedingungen“ - so die Antragsgegnerin - gesprochen werden könnte. Insbesondere zwischen dem hier maßgeblichen § 98 Nr. 2 GWB a.F. und § 99 Nr. 2 GWB n.F. liegen keine - bezogen auf die vorliegend zu beurteilende Situation - wirklich signifikanten Unterschiede vor: Die Neufassung durch das VergRModG 2016 hat insoweit lediglich Klarstellungen vorgenommen, bzw. mit der Neufassung der Nr. 2 (Einfügung auch der „Aufsicht über die Leitung“) ein Defizit in der Umsetzung der zu Grunde liegenden EU-Richtlinien behoben, aus dem sich jedoch auch vor der Novellierung keine abweichende Rechtslage sondern lediglich die unmittelbare Anwendbarkeit der fraglichen Richtlinie ergab (Burgi/Dreher-Dörr, Vergaberecht, 3. Aufl. 2017, § 99, Rnm. 1 und 2). Damit aber haben sich für die vorliegend entscheidenden Tatbestandsmerkmale der Erfüllung „im Allgemeininteresse liegender Aufgabe nichtgewerblicher Art“ und eben der „Aufsicht über die Leitung“ durch die Neufassung des Gesetzes keine Änderungen der Rechtslage ergeben, die zu einem Wegfall des Fortsetzungsfeststellungsinteresses führen könnten. Allein der Umstand, dass nach neuem Recht - so die Antragsgegnerin - im Hinblick auf die vorliegend gegebene Konzernstruktur - wohl auch für die HGV GmbH und die SAGA AG in einem Verfahren zu einer neuen streitigen Vergabe

deren Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberinnen geprüft werden müssten, ändert nichts daran, dass eben diese Eigenschaft auch nach neuem Recht auch bezogen auf die Antragsgegnerin geprüft werden müsste.

Dieses sich aus Wiederholungsgefahr ergebende Fortsetzungsfeststellungsinteresse kann auch nicht mit Rücksicht darauf verneint werden, dass die Antragsgegnerin künftig berechtigt wäre, Gebote der Antragsteller gem. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB n.F. von vornherein auszuschließen.

Der Vortrag der Antragsgegnerin zu mangelhaften Leistungen der Antragstellerin bzw. zu einem Vertrauensverlust wegen unlauteren Verhaltens der Antragstellerin im Zusammenhang mit zwei konkreten Bauvorhaben lässt den Schluss auf eine mangelhafte Erfüllung wesentlicher Anforderungen der fraglichen Aufträge durch die Antragstellerin, die sodann zur vorzeitigen Beendigung der Verträge geführt hätten, nicht zu.

Denn hinsichtlich möglicher künftiger Gebote der Antragstellerin - die für die Beurteilung der möglichen Wiederholungsgefahr allein relevant sein können - scheidet ein Ausschluss mit Rücksicht auf die am 24.02.2015 (Anl. AG 4 - Bauvorhaben Suhrenkamp/Nesselstrasse) seitens der SAGA erklärte Kündigung des Vertrages sowie weiter die Kündigung (wiederum durch die SAGA) mit Schreiben vom 04.06.2013 (Anl. AG 45 - Bauvorhaben Tondernstrasse/Gravensteiner Weg/Graudenzner Weg) schon nach § 126 Nr. 2 GWB n.F. aus, da die fraglichen Vorgänge inzwischen mehr als drei Jahre zurückliegen.

Aus dem gleichen Grunde kann auch dahinstehen, ob - wie von der Antragsgegnerin behauptet - von Seiten der Geschäftsführung der Antragstellerin anlässlich der Weihnachtsfeste 2011 und 2012 der Versuch einer gem. § 299 StGB strafbaren Bestechung im geschäftlichen Verkehr unternommen wurde, indem Mitarbeitern der Antragsgegnerin Lebkuchen, Nussmischungen mit Nussknacker und Restaurantgutscheine im Wert von jeweils ca. € 33,- - 63,- geschenkt worden seien. Abgesehen davon, dass schon erhebliche Zweifel bestehen dürften, ob hier tatsächlich „nachweislich schwere Verfehlungen“ im Sinne des § 124 Nr. 3 GWB n.F. bzw. § 16 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A (in aktueller Fassung) anzunehmen wären, liegen auch diese Vorgänge inzwischen mehr als jeweils deutlich mehr als drei Jahre zurück.

Dass insoweit der Tatbestand des § 123 Abs. 1 Nr. 6 GWB erfüllt (und die Frist des § 126 Nr. 1 GWB nicht abgelaufen wäre), ist von der Antragsgegnerin nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich: Sie hat gerade nicht vorgetragen, dass der nach ihrer Behauptung erlassene Strafbefehl gegen eine der Antragstellerin gem. § 123 Abs. 3 GWB zuzurechnende Person ergangen sei.

2.) Das Rechtsmittel der Antragstellerin hat jedoch in der Sache keinen Erfolg, die Vergabekammer ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Nachprüfungsantrag schon mangels Eröffnung des Rechtsweges zu den Vergabeinstanzen nicht statthaft (zu diesem Erfordernis: Ziekow/Völlink-Brauer, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 114 GWB, Rn. 39) war.

a) Der streitige Auftrag überschritt allerdings den Schwellenwert gem. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB a.F., 2 VgV; die Antragsgegnerin kann sich nicht darauf berufen, dass sie die Malerarbeiten auch dem gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 EG-VOB/A nicht ausschreibungspflichtigen sog. „20%-Kontingent“ hätte zuschlagen können.

Insoweit folgt der Senat der überzeugenden Argumentation der Vergabekammer. § 1 Abs. 2 VOB/A-EG stellt nicht auf eine fiktive, sondern auf eine tatsächliche Auftragsvergabe ab. Da die Antragsgegnerin tatsächlich einen Gesamtauftrag erteilt hat, kommt es nicht darauf an, ob sie bei einer Vergabe nach Lösen die Malerarbeiten in das 20 %-Kontingent hätte aufnehmen können, das nicht EU-weit ausgeschrieben werden muss. Das hier ein „rechtmäßiges Alternativverhalten“ möglich gewesen sein könnte, nach dem die Malerarbeiten nicht hätten ausgeschrieben werden müssen, auch wenn es sich bei der Antragsgegnerin um eine öffentliche Auftraggeberin handeln sollte, ist nicht erheblich. Die Eröffnung von Rechtsschutz für einen potentiellen Bieter kann nicht davon abhängen, wie ein Auftraggeber sich hypothetisch anders hätte verhalten können. Anderenfalls wäre für praktisch jedes Teillos, das unterhalb von 20% des Gesamtauftragsvolumens bleibt, und bei dem es sich nicht gerade um vorbereitende Erd- oder Rohbauarbeiten handelt, da bei deren Vergabe wohl kaum schon 80% des geschätzten Gesamtauftragswertes erreicht sein können, die Frage, ob ein potentieller Bieter Rechtsschutz gegen eine de-facto-Vergabe erlangen kann, zur Disposition des Auftraggebers gestellt, der es zudem auch noch in der Hand hätte, seinen Vortrag dazu, welche konkreten Lose er denn dem 20%-Kontingent zugeordnet haben würde, daran anzupassen, welchem potentiellen Bieter er sich im Nachprüfungsverfahren gegenüberstellt. Eine solche Auslegung wäre mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes unvereinbar.

b) Der Nachprüfungsantrag war auch nicht verfristet oder gar verwirkt.

Der Vortrag der Antragsgegnerin zur Nichteinhaltung der Frist aus § 101b Abs. 2 S. 1, 1. Hs. GWB a.F. ist schon nicht schlüssig - soweit die Antragsgegnerin vorbringt, die Antragstellerin müsse von der Auftragsvergabe zum Bauvohaben „Wohnen an der Finkenau“ deutlich vor dem - so der Vortrag der Antragstellerin - 28.05.2015 Kenntnis erlangt haben, beruht ihre Auffassung auf schlichter Spekulation und stellt nicht mehr dar, als eine Behauptung ins Blaue hinein.

Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin schon vor dem von ihr genannten Datum Kenntnis von dem Bauvorhaben (und der Auftragserteilung ohne EU-weite Ausschreibung) erlangt haben könnte, ergeben sich aus ihrem Vorbringen nicht. Allein der Hinweis, dass das Vorhaben in der Finkenau nur 2,3 km vom Sitz der Antragsgegnerin in der Krausestraße 108 entfernt liegt, die Baumaßnahme bereits seit Januar 2015 vor Ort durch ein großflächiges Bauschild unter namentlicher Benennung der [REDACTED] angekündigt worden ist und die Baumaßnahmen bereits seit 07.04.2015 stattfanden, reicht nicht aus. Ein Bauvorhaben in 2,3 km Entfernung fällt nicht ohne weiteres (etwa durch Lärm, anfahrende Baufahrzeuge, Blick auf aufgestellte Kräne o.ä.) auf. Es mag sein und ist in der Tat wohl sogar wahrscheinlich (wenn auch nicht bewiesen), dass Geschäftsleitung oder Mitarbeiter der Antragstellerin in die Nähe des Baustelle gekommen sind und diese auch wahrgenommen haben werden - dafür, dass sie damit auch erkannt hätten, dass hier wohl ein Großbauvorhaben mit erheblichem Anteil an Malerarbeiten ohne Ausschreibung „an der Antragstellerin vorbei“ beauftragt worden sein könnte, besagt dies jedoch gar nichts.

Auch auf Verwirkung kann sich die Antragsgegnerin nicht berufen. Im Hinblick auf die kurzen Ausschlussfristen gem. § 101 b Abs. 2 S. 1 GWB - selbst kenntnisunabhängig muss die Unwirksamkeit spätestens 6 Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht werden - erscheint schon zweifelhaft, ob überhaupt Raum für das Institut der Verwirkung und damit eine weitere Fristverkürzung im Einzelfall ist. Jedenfalls aber war die bloße Untätigkeit der Antragstellerin ~~jedenfalls solange nicht geeignet, bei der Antragsgegnerin einen Vertrauensstatbestand im Sinne~~ des Umstandsmoments der Verwirkung zu schaffen, als diese - wie gerade ausgeführt - keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür hatte, dass die Antragstellerin von dem Bauvorhaben überhaupt Kenntnis hatte.

c) Auch der Vortrag der Antragsgegnerin, dass der Nachprüfungsantrag schon unzulässig gewesen sei, da der Antragstellerin ein echtes Interesse am Auftrag i.S.d. § 107 Abs. 2 S. 1 GWB gefehlt habe, es ihr vielmehr, wie sich aus ihrem Schreiben vom 16.6.2015 (Anlage AG 3) ergebe, nur um die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage, nämlich die „Bewertung des vergaberechtl. Status der SAGA GWG“, gegangen sei, dringt nicht durch.

Die Antragstellerin hat bereits im Nachprüfungsantrag vorgetragen, dass sie ein ernsthaftes Interesse am Auftrag hat. Hierzu hat sie unbestritten vorgetragen, dass sie sich ständig um alle größeren Ausschreibungen für Malerarbeiten, vorwiegend in Norddeutschland, teilweise auch bundesweit bewerbe, dass sie in der Vergangenheit zahlreiche Projekte dieser Größenordnung durchgeführt habe und im Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. für derlei

Aufträge präqualifiziert sei.

Dies genügt vollständig zur Darlegung der Antragsbefugnis gem. § 107 Abs. 2 GWB. Dass es der Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag auch – und evtl. sogar in erster Linie – darum ging (und weiter geht), den „vergaberechtlichen Status“ der Antragsgegnerin auch für die Zukunft zu klären, ist unschädlich.

d) Der Rechtsweg zu den Vergabeinstanzen war jedoch 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. handelte.

Im Ergebnis kann die Antragsgegnerin bei einer umfassenden Gesamtwürdigung ihrer Geschäftstätigkeit und ihrer Struktur nicht als juristische Person des Privatrechts (1), die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art (2) zu erfüllen, die durch eine Gebietskörperschaft überwiegend finanziert (3) wird oder über die eine Gebietskörperschaft die Leitung ausübt oder mehr als die Hälfte von Geschäftsführung oder Aufsichtsorgan berufen hat (1) (§ 98 Nr. 2 GWB a.F.) eingestuft werden.

(1) Allerdings ist die Antragsgegnerin als GmbH eine juristische Person des Privatrechts, die auch unter der vollständigen Kontrolle der Freien und Hansestadt Hamburg (im Folgenden: FHH) und damit einer Gebietskörperschaft im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB a.F. steht; auf die Darstellung auf S. 6 zu lit. Aa) des angefochtenen Beschlusses wird Bezug genommen: Die Geschäftsanteile der Antragsgegnerin werden über die Beteiligungsstruktur mittelbar zu 100% von der FHH gehalten, die auch mehr als die Hälfte der Organmitglieder bestimmt.

(2) Die Antragsgegnerin wurde zwar auch zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen (a), zur Erfüllung dieser Aufgabe wird sie jedoch gewerblich tätig (b).

„Das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art (ist) 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 ihre Tätigkeit ausübt, zu würdigen ..., wobei insbesondere das Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt, das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen sind“ (EuGH Rs.- C-283/00, Entscheidung vom 16.10.2003, SIEPSA, Rn. 81).

(a) Daran, dass die Antragsgegnerin jedenfalls auch im Allgemeininteresse liegende Aufgaben tatsächlich wahrnimmt und auch zu diesem Zweck gegründet wurde, besteht kein Zweifel.

Ausgangspunkt der Beurteilung muss dabei der Gründungsakt der betreffenden juristischen Person, hier also die Satzung der Antragsgegnerin, sein.

Nach § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages der Antragsgegnerin in seiner Ursprungsfassung (Anlage AG 7 im Verfahren vor der Vergabekammer), ist „Zweck der Gesellschaft ... vorrangig eine sichere und sozial verantwortliche Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung zu angemessenen Preisen“. Diese Zweckbestimmung - herrührend aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Gründung erhebliche Teile des Wohnungsbestandes der gewerkschaftseigenen „Neuen Heimat“ in Hamburg übernahm - hat sich auch durch den Gesellschafterbeschluss über die Änderung des Gesellschaftsvertrages vom 22.11.2017 (Anl. AG 67) nicht wesentlich geändert.

Dass diese Zielsetzung - im Gesellschaftsvertrag eines zu 100% in öffentlicher Hand stehenden Unternehmens - sich als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG bzw. Art. 3 Abs. 1 HV darstellt und damit im Allgemeininteresse steht, unterliegt keinen Zweifeln.

Die Argumentation der Vergabekammer, wonach an einer Gründung der Antragsgegnerin zur Erfüllung im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben Zweifel bestünden, da sie überwiegend - ~~neben geförderten Wohnungen des sog. „sozialen Wohnungsbaus“ - „freie“ Wohnungen, einige~~ Gewerbeimmobilien und zahlreiche Garagen bewirtschaftete, kann demgegenüber nicht überzeugen.

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass es der Annahme der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nicht entgegensteht, wenn ein Unternehmen nicht ausschließlich im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben verfolgt, vielmehr genügt es, wenn neben anderen Tätigkeiten jedenfalls auch die 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 (EuGH, Rs. C-44/96, Entscheidung vom 15.01.1998 - Mannesmann Anlagenbau Austria, Rn. 25).

Im Übrigen verfolgt die Antragsgegnerin auch bei der Bewirtschaftung jedenfalls der „freien“ Wohnungen durchaus den ihr vorgegebenen, im Allgemeininteresse liegenden Zweck - in § 2 der Satzung findet sich eine Beschränkung der geschilderten Zwecksetzung auf geförderten Wohnraum nicht, vielmehr kann § 3 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages entnommen werden,

dass die Grundsätze für die soziale Gestaltung der Miethöhe für den gesamten Wohnungsbestand gelten sollen, zumal in § 3 Abs. 2 (nur) für die Gewerbeimmobilien die Maßgeblichkeit der Marktmiete festgelegt wird. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin nur dann sonstige, d.h. außerhalb der Mitwirkung an einer dauerhaften und sozialen Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung liegende Aufgaben übernehmen darf, sofern sie diesem Gesellschaftszweck dienlich sind, was sich aus der Formulierung in § 2 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages („Hierzu“) ergibt.

Auch kann kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass die FHH die Antragsgegnerin - wie überhaupt den SAGA/GWG-Verbund - einsetzt, um sozialpolitische Ziele zu erreichen. Diese - jedenfalls in Hamburg - allgemeinkundige und von der Antragsgegnerin auch nicht ernsthaft bestrittene Tatsache hat die Antragstellerin exemplarisch mit Vorlage von Bürgerschafts- und Senatsdrucksachen sowie eigenen Veröffentlichungen von SAGA/GWG sowie Presseartikeln (insbesondere Anl. ASt. 11 - ASt. 18) belegt, aus denen sich ohne weiteres ergibt, dass der Senat die beiden Unternehmen gezielt einsetzt, um insbesondere auf eine sozialverträgliche Gestaltung des Hamburger Wohnungsmarktes hinzuwirken.

(b) Die Antragsgegnerin verfolgt jedoch keine Allgemeininteressen „nichtgewerblicher Art“ bzw. - anders gewendet - sie erfüllt (neben anderen Aufgaben) zwar durchaus zum Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge gehörende Zielvorgaben der FHH als ihrer (wirtschaftlichen) Eigentümerin, dies jedoch mit gewerblichen Mitteln.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Umstand, dass eine juristische Person des Privatrechts deren Gesellschaftsanteile zu 100% im (hier mittelbaren) Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen, im Allgemeininteresse liegende Auflagen erfüllt, allein eben noch nicht zu einer Qualifikation der juristischen Person als öffentliche Auftraggeberin führt, vielmehr handelt es sich bei dem Begriff „nichtgewerblicher Art“ um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal sowohl des § 98 Nr. 2 GWB a.F. als auch - worauf hier abzustellen ist (s.o.) - im Sinne des § 99 GWB n.F., der allerdings weniger an den Zuschnitt der Aufgaben selbst als vielmehr an die Art und Weise deren Erfüllung anknüpft (Burgi/Dreher-Dörr aaO., § 99, Rn. 34).

Insoweit sind alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Sachverhalte zu würdigen, u. a. die Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben sowie die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt. Dabei sind insbesondere das Fehlen von Wettbewerb auf dem Markt auf dem die fragliche juristische Person sich bewegt (aa), das Fehlen einer grundsätzlichen Gewinnerzielungsabsicht (bb), das Fehlen der Übernahme der mit der

Tätigkeit verbundenen Risiken (cc) und schließlich die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln (dd) zu berücksichtigen (EuGH Rs. C-283/00, Entscheidung vom 16.10.2003 „SIEPSA“, Rn. 81) ist.

Aus der Listung „öffentlicher Wohnungsbaunternehmen“ in Anhang III der Richtlinie 2004/18/EG kann insoweit hier nichts mehr hergeleitet werden: Da vorliegend der Fortsetzungsfeststellungsantrag der Antragstellerin sich auf eine (gegebene - s.o.) Wiederholungsfahr stützt, bei künftigen Vergabeverfahren, in denen die Antragsgegnerin vermutlich erneut die Auffassung vertreten würde, keine öffentliche Auftraggeberin zu sein, jedoch auf das neue Recht abzustellen sein wird, kommt es auf die genannte Regelung nicht mehr an, da mit Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG durch die Richtlinie 2014/24/EU auch der Anhang III entfallen ist (Art. 91 Richtlinie 2014/24/EU).

Letztlich erfüllt die Antragsgegnerin keines der oben unter lit. (aa) - (dd) angeführten Kriterien.

(aa) Es kann nicht davon die Rede sein, dass die Antragsgegnerin sich in einem Bereich betätigt, in dem keine Marktbedingungen herrschten bzw. der - so die Antragstellerin - vollständig dysfunktional sei.

Allerdings kann - was zwischen den Parteien auch unstrittig und zudem wiederum allgemeinkundig ist - keinem Zweifel unterliegen, dass der Mietwohnungsmarkt in Hamburg sich ~~derzeit, insbesondere im Bereich der eher günstigen Mietpreise, als echter Angebotsmarkt (vgl.~~ zur Definition <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/verkaeufermarkt-46956/version-171070>) mit einem deutlichen Überhang der Nachfrage über das Angebot darstellt. Dass die Marktsituation offenbar eine vollständige oder auch nur annähernde Deckung der Nachfrage nach preisgünstigem Mietwohnraum nicht erlaubt und der Markt daher in dem Sinne als dysfunktional beschrieben werden könnte, als über ihn eine vollständige Bedarfsbefriedigung nicht möglich ist, sagt jedoch nichts dazu, ob die auf Anbieterseite an diesem Markt tätigen Unternehmen untereinander in Wettbewerb stehen oder nicht - dass wegen der Marktmenge im Ergebnis alle Anbieter günstigen Wohnraumes keine Schwierigkeiten haben, ihr Angebot vollständig zu platzieren, führt nicht dazu, dass diese Anbieter etwa nicht mehr im Wettbewerb stünden. Dass die SAGA/GWG-Gruppe (unstrittig) über den größten, in einer Hand befindlichen Bestand an günstigen Mietwohnungen in Hamburg verfügt, ändert nichts daran, dass es weitere Marktteilnehmer gibt, so etwa die Wohnungsbaugenossenschaften, die zusammengenommen ebenfalls unstrittig über einen etwa gleichgroßen Wohnungsbestand verfügen und diesen am Markt anbieten.

Einer Dysfunktionalität des Marktes im oben beschriebenen Sinne kommt tatsächlich für die Qualifizierung eines Anbieters als öffentlicher Auftraggeber kein Aussagegehalt zu: Entscheidend muss insoweit sein, ob sich im Vergleich zu den anderen Anbietern die Antragsgegnerin im Verbund mit der SAGA durch Zutun des Staates in einer marktbezogenen Sonderstellung befände (vgl. Burgi/Dreher-Dörr aaO., § 99, Rn. 35) und aus diesem Grunde nicht mehr in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig würde. Dies allerdings ist nicht ersichtlich.

Dass die Antragsgegnerin etwa über ein (Quasi-) Monopol verfügen würde oder die öffentliche Hand ihr gegenüber den anderen Marktteilnehmer irgendwelche besonderen Privilegien oder Marktvorteile gewähren würde (vgl. insoweit Burgi/Dreher-Dörr aaO., Rn. 39), ist nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich. Insbesondere ist der Vortrag der Antragstellerin, dass die FHH die SAGA und die GWG bei dem Erwerb städtischer Grundstücke seit mehr als 100 Jahren bevorzuge, nicht mehr als eine - von der Antragsgegnerin vehement bestrittene - Behauptung, die mangels Substantiierung auch keinen Ansatz für irgendwelche weiteren Ermittlungen bietet. Insbesondere der Vortrag der Antragstellerin auf S. 10 - 14 ihres Schriftsatzes vom 26.01.2016 ist insoweit nicht schlüssig: Aus den dort angeführten Äußerungen von (im weitesten Sinne) Organen der FHH ergibt sich sicherlich ein maßgeblicher Einfluss der Stadt auf das Unternehmen. Weshalb allerdings in den konkret berichteten Verkäufen von eher niedrigpreisigem Wohnraum an die Antragsgegnerin, mit der Maßgabe, diesen in gleicher Weise wie den schon gehaltenen Bestand in Bindung an die Prinzipien ihrer Satzung zu bewirtschaften, eine Privilegierung der Antragsgegnerin gegenüber Wettbewerbern liegen soll, ist nicht ersichtlich. In der Logik des Vortrages der Antragstellerin müsste sich die Übertragung von ca. 900 eher günstigen Wohnungen mit der Maßgabe, dass diese auch künftig „günstig“ bleiben sollten, eher als Belastung, denn als Privilegierung darstellen.

Der Vortrag der Antragstellerin zum dysfunktionalen Markt zielt der Sache nach denn auch eher darauf ab, dass in der derzeit gegebenen Marktsituation ihrer Auffassung nach offenbar die Durchsetzung weit höherer, als der von der Antragsgegnerin verlangten Mieten möglich sein müsse und, da diese Marktsituation von der Antragsgegnerin und der GWG mit Rücksicht auf sozialpolitisch motivierte Vorgaben der FHH nicht ausgenutzt werde, die Antragsgegnerin nicht mit Gewinnerzielungsabsicht handele.

(bb) Tatsächlich handelt die Antragsgegnerin auch mit Gewinnerzielungsabsicht.

Insoweit ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des EuGH zwar einerseits die Gewinnerzielungsabsicht regelmäßig dann fehlt, wenn sie nicht den Hauptzweck des

betreffenden Unternehmens oder nur ein Zwischenziel zur Erfüllung nicht kommerzieller Zwecke darstellt (EuGH C-18/01, Entscheidung vom 22.05.2003, „Korhonen“, Rn. 54 f. und EuGH C-283/00, Entscheidung vom 16.10.2003, „SIEPSA“, Rn. 88f.), andererseits aber eine Einrichtung schon dann als gewerblich handelnd einzustufen sein kann, wenn sie zwar ohne Gewinnerzielungsabsicht, aber doch nach Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet (EuGH C-223/99, Entscheidung vom 10.05.2001, „Agorà und Excelsior“, Rn. 40).

Ausgehend von diesen durchaus in einem Spannungsverhältnis stehenden Grundsätzen kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Antragsgegnerin sehr wohl mit Gewinnerzielungsabsicht tätig ist; dass sie möglicherweise nicht nach Gewinnoptimierung oder gar -maximierung strebt, ist unschädlich.

Wiederum mit Rücksicht darauf, dass hier ein Fortsetzungsfeststellungsbegehren zu bescheiden ist und damit auf die aktuelle Rechts- und auch tatsächliche Lage des Unternehmens abzustellen ist, kann im Ergebnis offenbleiben, ob - worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 13.10.2017 hingewiesen hatte - aus der bislang geltenden Fassung der Satzung der Antragsgegnerin sowie dem Umstand, dass sie über lange Zeit keinerlei Gewinne ausgeschüttet sondern diese vielmehr vollständig thesauriert hatte, auf eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht zu schließen sein würde.

Allerdings legte der Verweis auf ein Wirtschaften nach gemeinnützigen Grundsätzen in § 2 Abs. 1 ~~der bisherigen Fassung der Satzung der Antragstellerin dies sehr nahe: Zumindest bei einem~~ (was ebenso nahelag) Verständnis dieses Terminus in Anlehnung an die steuerrechtliche Begriffsbildung, wäre wohl davon auszugehen gewesen, dass die Erwirtschaftung von Gewinnen als Ziel des Unternehmens geradezu ausgeschlossen war.

In die gleiche Richtung deutete die von der Antragsgegnerin betriebene Vollthesaurierung der positiven Betriebsergebnisse. Auch die Argumentation der Antragsgegnerin, dass die Vollthesaurierung im Hinblick auf die exzellente Eigenkapitalverzinsung der Antragsgegnerin erfolgt sei, ändert nichts daran, dass ein solches Verhalten für ein gewinnorientiertes Unternehmen sehr ungewöhnlich wäre, da empirisch im deutschen Wirtschaftsraum bei Kapitalgesellschaften mit Marktausschüttungsquoten zwischen 40 und 60% zu rechnen ist (vgl. Peemöller-Baetge/Niemeyer/Kümmel/Schulz, Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, 6. Aufl. 2015, S. 447 m.w.N.).

Auf beide Umstände ist vorliegend jedoch nicht (mehr) abzustellen, da zum einen die Satzung der Antragsgegnerin mit Gesellschafterbeschluss vom 22.11.2017 (Anl. AG 67) geändert und der

Bezug auf „gemeinnützige Grundsätze“ entfernt wurde und zum anderen von den (direkten) Eigentümern der Antragsgegnerin beabsichtigt ist, künftig 30 - 70% des Jahresergebnisses der Antragsgegnerin auszuschütten, erstmals für das Geschäftsjahr 2017 einen Betrag von € 25.000.000 (Urkunde vom 22.11.2017, Anl. AG 68). Damit ist jedenfalls nach der Fassung der - aktuellen - Satzung und dem dokumentierten Willen der Gesellschafter davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin jedenfalls künftig tatsächlich mit Gewinnerzielungsabsicht handelt. Dem Umstand, dass künftig auch die SAGA ausweislich des Hauptversammlungsbeschlusses vom 14.01.2019 ähnlich vorgehen wird, kommt insoweit keine direkte Bedeutung zu.

Zudem spricht sehr deutlich für ein Handeln in Gewinnerzielungsabsicht, dass die Antragsgegnerin in der Vergangenheit tatsächlich erhebliche Gewinne erwirtschaftet und hierbei sogar teils deutlich höhere Ertragsquoten erzielt hat, als andere, zweifelsfrei gewerblich tätige Wohnungsunternehmen. Es ist schlicht nicht plausibel, dass das Unternehmen über erhebliche Zeiträume Gewinne erwirtschaftet haben könnte, ohne dass dies beabsichtigt gewesen sei - Gewinnerzielung durch Unternehmen ist kein Zufall, sondern; zumal wenn erhebliche Gewinne und dies über lange Zeiträume erzielt werden, nur als Ergebnis planvollen unternehmerischen Handelns denkbar.

Der Vortrag der Antragsgegnerin zur historischen Eigenkapitalverzinsung der Jahre 2008 - 2014 (S. 7 des Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom 01.02.2016; danach 6,84 - 12%) ist ebenso unstreitig geblieben, wie der von ihr angestellte Kennzahlenvergleich (allerdings zum SAGA/GWG-Konzern) mit namhaften Unternehmen der Wohnungswirtschaft bezogen auf den 31.12.2014 (aaO., S. 10, S. 11), wonach der SAGA/GWG-Konzern in allen maßgeblichen Kennzahlen vor bzw. mindestens gleichauf mit den Unternehmen der peer group liegt.

Der Vortrag der Antragstellerin, dass die guten Ergebnisse der Antragsgegnerin sich letztlich aus einer Privilegierung derselben durch die FHH erklären, ist - wie schon ausgeführt - insoweit ohne Substanz.

Nach Auffassung des Senats ist damit jedenfalls unter der Geltung der aktuellen Satzung davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin mit Gewinnerzielungsabsicht handelt.

Auch die o.g. Judikate des EuGH zur Gewinnorientierung sprechen - bei allen Vorbehalten hinsichtlich der Vergleichbarkeit der betroffenen Unternehmen - eher für diese Einschätzung.

In dem Verfahren „SIEPSA“ hat der EuGH (aaO., Rn. 88) zwar argumentiert, dass der Vortrag der spanischen Regierung zu einer Gewinnerzielungsabsicht nicht durchgreife, da es

ausgeschlossen erscheine, dass das Anstreben solcher Gewinne sich als Hauptziel der Gesellschaft darstelle - dies aber unter Bezugnahme darauf (aaO., Rn. 89), dass alle Tätigkeiten der Gesellschaft nur Mittel zur Verwirklichung der Strafvollzugspolitik des Staates darstellten. Diese Argumentation steht jedoch in unmittelbarem Zusammenhang mit den weiteren Feststellungen, dass zum einen die SIEPSA seit mehreren Jahren defizitär arbeitete und zudem der Strafvollzug ein Hoheitsrecht des Staates sei, weshalb es für die von SIEPSA angebotenen Güter und Dienstleistungen keinen Markt gebe, weshalb die SIEPSA gerade was die Amortisation und Errichtung von Strafanstalten angehe keinem Wettbewerb ausgesetzt sei (aaO., Rnm. 90 und 87). So verhält es sich hier aber gerade nicht: Der Wohnungsbau bzw. die Wohnungsvermietung ist gerade kein Hoheitsrecht des Staates, dies gilt auch für den sog. „sozialen Wohnungsbau“ - gerade dieser ist nach Maßgabe der Wohnungsbauförderungsgesetze des Bundes und der Länder in aller erster Linie auf die gezielte Förderung privaten Engagements und nicht etwa auf Wohnungsbau und -vermietung in direkter staatlicher Regie ausgerichtet. Darüber hinaus steht die Antragsgegnerin - wie oben festgestellt - was die Amortisation ihrer Aufwendungen angeht sehr wohl in einem Wettbewerb und hat darüber hinaus seit Jahren erhebliche Gewinne erwirtschaftet und ist damit - anders als die SIEPSA - zu Eigen- und offenbar sogar Binnenfinanzierung in der Lage.

Ganz ähnlich stellt sich die Sachlage dar, die vom EuGH in der Entscheidung „Korhonen“ zu beurteilen war: Auch hier war für die Verneinung der Gewinnerzielungsabsicht u.a. maßgeblich, ~~dass die finnische Regierung in der mündlichen Verhandlung angegeben hatte, dass es „nicht ausgeschlossen sei“~~, dass das zu beurteilende Unternehmen Gewinn erwirtschaften werde, dies jedoch nicht sein Hauptzweck sei und es vielmehr die Interessen der Einwohner der betreffenden Gebietskörperschaft wahren müsse, wobei der Gerichtshof weiter damit argumentierte, dass das Unternehmen für die Durchführung des fraglichen Immobilienprojekts öffentliche Mittel erhalten hatte (aaO., Rnm. 54, 55). Demgegenüber trägt - wie unstreitig und schon ausgeführt - die Antragsgegnerin sich selbst.

Im Verfahren „Agorà und Excelsior“ schließlich hat der EuGH eine Gesellschaft, die „Messeveranstaltungen, Kongressaktivitäten oder sonstige Vorhaben“ ausrichtete, „mit denen zum Wohle des Handels die Präsentation der Herstellung von Waren und der Erbringung von Dienstleistungen und gegebenenfalls deren Absatz gefördert“ wurde, als gewerblich tätig eingeordnet, obwohl sie, wie explizit festgestellt, nicht mit Gewinnerzielungsabsicht arbeitete, wohl aber nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien (aaO., Rnm. 4, 40), wobei für diese Entscheidung offensichtlich maßgeblich war, dass die fragliche Gesellschaft wirtschaftliche Leistungen am Markt erbrachte. Auch die Antragsgegnerin ist - wie ausgeführt - an

einem „echten“ Markt tätig und handelt ausweislich der erzielten Ergebnisse zweifelsohne nach Kriterien kaufmännischer Effizienz.

Damit ist bei der Antragsgegnerin vom Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht auszugehen: Sie erzielt tatsächlich erhebliche Gewinne, sie ist nicht auf öffentliche Mittel angewiesen, sie schüttet - jedenfalls künftig - tatsächlich Gewinne aus. Die sonstigen, in den vorgenannten EuGH-Entscheidungen angesprochenen Gesichtspunkte werden weiter im Rahmen der nach Auffassung des Senats gebotenen Gesamtabwägung zu berücksichtigen sein (dazu s.u.).

(cc) Die Antragsgegnerin trägt auch die mit ihrer Tätigkeit verbundenen wirtschaftlichen Risiken.

Hier ist zunächst festzuhalten, dass die Antragsgegnerin in rechtlicher Hinsicht als GmbH zweifelsfrei insolvenzfähig ist, nach dem Hamburgischen Insolvenzunfähigkeitsgesetz sind lediglich bestimmte juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht insolvenzfähig.

Ebenso wenig besteht eine rechtliche Verpflichtung der FHH oder aber der unmittelbaren Eigentümerinnen eine Insolvenz der Antragsgegnerin zu verhindern; zu konzernrechtlichen Pflichten, Patronatserklärungen oder Garantien ist nichts vorgetragen oder sonst ersichtlich. Schon der Umstand, dass ein Verlustausgleichsmechanismus nicht positiv vorgesehen ist, spricht dafür, dass die Antragsgegnerin das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit selbst trägt (vgl. EuGH C-223/99, Rn. 40).

Allerdings kann für die Annahme, dass das Unternehmen die Risiken seiner Tätigkeit nicht trüge, genügen, dass eine Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im wirtschaftlichen Notfall ein Verwaltungsträger finanziell eintreten würde (Burgi/Dreher-Dörr, aaO., § 99 Rn. 38 unter Bezugnahme auf EuGH „Korhonen“ aaO., Rn. 53). Ebenso hat der EuGH in C-283/00 „SIEPSA“, Rn. 91 angenommen, dass das Unternehmen wohl kein Insolvenzrisiko trüge und es wahrscheinlich sei, dass der Staat einen Konkurs verhindern würde.

Vorliegend stellt sich die Situation jedoch deutlich anders dar: Im Fall „Korhonen“ war der EuGH zu seiner Einschätzung vor dem Hintergrund gelangt, dass die finnische Regierung erklärt hatte, dass kommunale Wirtschaftsförderungsgesellschaften zwar insolvenzfähige Aktiengesellschaften seien, die entsprechenden Gebietskörperschaften als Eigentümer einen Konkurs jedoch „nur selten in Kauf nähmen und soweit erforderlich eine Rekapitalisierung durchführten“ (aaO., Rn. 53); im Fall SIEPSA wurde die Wahrscheinlichkeit einer „Rettung“ der Gesellschaft durch den öffentlichen Träger damit begründet, dass die Gesellschaft grundlegender Bestandteil der Strafvollzugspolitik des spanischen Staates und es daher wahrscheinlich sei,

dass dieser einen Konkurs verhindern würde (aaO., Rn. 91):

Hier sind einerseits Äußerungen von Seiten der FHH, dass sie eine Insolvenz der Antragsgegnerin verhindern würde, nicht bekannt - was allerdings schon daher wenig überrascht, als mit Rücksicht auf die oben dargestellte wirtschaftliche Lage des Unternehmens der Insolvenzfall mehr als nur fernliegend erscheint. Andererseits spielt die Antragsgegnerin für die Wohnungspolitik der FHH - wie dargelegt - zwar eine wesentliche Rolle, hierbei handelt es sich jedoch - anders als beim Strafvollzug - gerade nicht um eine ganz eindeutig hoheitliche und jedenfalls nach deutschem Rechtsverständnis nur von staatlicher Seite zu erfüllende Aufgabe der Eingriffsverwaltung.

Insoweit kann man - wie es die Antragstellerin tut - vermuten, dass die FHH bei einer (derzeit und absehbar in der Realität nicht vorstellbaren) wirtschaftlichen Notlage der Antragsgegnerin versuchen würde, diese aufzufangen, um sich ein Instrument der Wohnungspolitik zu erhalten: Irgendwelche tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass dies tatsächlich geschehen würde und vor allem, in einer Form geschehen würde, in der die Antragsgegnerin als Unternehmen erhalten, ihre Insolvenz also tatsächlich verhindert würde, sind weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich. Zudem kann nicht außer Betracht gelassen werden, dass eine entsprechende Wahrscheinlichkeit - d.h. eines wirtschaftlichen Einschreitens der FHH im Falle einer drohenden Insolvenz der Antragsgegnerin - auch nach den wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten eben nicht gegeben ist: So ist schon völlig unklar, ob im Falle einer - gedachten - Insolvenz der Antragsgegnerin nach Maßgabe des einfachen Rechts, hier insbesondere § 65 HmbLHO, eine Zuführung von Mitteln zulässig wäre. Weiter ist völlig unklar, ob die FHH in einer solchen Situation nicht durch die ab dem Haushaltsjahr 2020, also in naher Zukunft, greifende „Schuldenbremse“ (Art. 72, 72a HV) an der Aufbringung der nötigen Mittel gehindert wäre, die mit Rücksicht auf die Größe der Antragsgegnerin und ggf. ihrer dann vermutlich auch kränkelnden Konzernmutter mit Sicherheit erheblich wären. Schließlich wäre völlig unklar, ob - wenn denn innerstaatliches Recht eine Intervention zuließe - diese mit Art. 107 Abs. 1 AEUV vereinbar wäre.

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann eine Wahrscheinlichkeit staatlicher Rettungsmaßnahmen nicht aufgrund bloßer Vermutungen über die Absichten der FHH in einem hypothetischen Insolvenzfall angenommen werden, abzustellen ist auf das tatsächliche Fehlen jeder rechtlichen Verpflichtung zu einem Verlustausgleich.

(3) Für eine gewerbliche Tätigkeit der Antragsgegnerin spricht schließlich, dass sie - unstreitig - zur Erfüllung ihrer Aufgaben keine öffentlichen Mittel in Anspruch nimmt.

(4) Die letztlich vorzunehmende Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der konkreten Gestaltung der Geschäftstätigkeit der Antragsgegnerin führt den Senat zu der Einschätzung, dass diese gewerblich tätig ist und daher nicht als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 GWB n.F. einzustufen ist.

Wie im Detail ausgeführt, deuten sämtliche in der Rechtsprechung des EuGH zum Tatbestandsmerkmal der „Aufgaben nichtgewerblicher Art“ entwickelte Kriterien darauf hin, dass die Antragsgegnerin hier keine öffentliche Auftraggeberin ist: Sie wird tatsächlich an einem - wenn auch unvollkommen funktionierenden - Markt im Wettbewerb mit anderen Anbietern tätig, sie ist gewinnorientiert tätig, erzielt tatsächlich erhebliche Gewinne und schüttet diese nunmehr auch aus, sie trägt ein Insolvenzrisiko und sie nimmt keine öffentlichen Mittel in Anspruch.

Insoweit verkennt der Senat nicht den zentralen Ansatzpunkt der Antragstellerin: In der Tat behandelt die FHH die Antragsgegnerin als „ihr“ Unternehmen und setzt es - wie den SAGA/GWG-Verbund insgesamt - zur Erreichung ihrer wohnungspolitischen Ziele ein, wie durch die Vielzahl vorgelegter Veröffentlichungen eindrucksvoll belegt.

Dies allein - d.h. die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch ein im „Staatseigentum“ stehendes Unternehmen - genügt nach der ausdrücklichen Fassung des § 99 Nr. 2 GWB und auch nach der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung der Norm jedoch gerade nicht: Das Erfordernis von „Aufgaben nichtgewerblicher Art“ stellt - wie schon ausgeführt - ein selbständiges Tatbestandsmerkmal dar (Burgi/Dreher-Dörr, aaO., § 99, Rn. 34), dessen Erfüllung auch nicht etwa indiziert ist, wenn ein Unternehmen zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen.

Jedes andere Verständnis würde im Übrigen dazu führen, dass praktisch jede (Mehrheits-) Beteiligung des Staates an einem Unternehmen in privater Rechtsform dieses zu einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des GWB machen würde - unter Geltung des Subsidiaritätsprinzips für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, wie es insbesondere in den Gemeindeordnungen der Flächenländer (beispielsweise §§ 107, 108 GO NRW) und in Hamburg in § 65 Abs. 1 LHO gesetzlich niedergelegt ist, setzt dies voraus dass „ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert“ (§ 107 Abs. Nr. 1 GO NRW) bzw. „ein wichtiges staatliches Interesse vorliegt“ (§ 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO).

Allein die - hier bezogen auf die Antragsgegnerin offensichtliche - Verfolgung staatlicher Zielsetzungen macht die Antragsgegnerin damit noch nicht zum „öffentlichen Auftraggeber“. Die Argumentation der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 21.01.2019 verfährt

insoweit nicht: 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.

Neben den oben im einzelnen abgehandelten Indizien führt letztlich auch der Umstand, insoweit den Vortrag der Antragstellerin als wahr unterstellt, dass die Antragsgegnerin keine „marktüblichen“ Mieten verlange, nicht zu einer abweichenden Bewertung.

Selbst wenn die Antragsgegnerin eine Durchschnittsmiete unter der gewichteten Durchschnittsmiete des Hamburger Mietenspiegels und sogar unter der Eingangsmiete des ersten Förderwegs vereinnahmen sollte, so ist auch hiermit nicht belegt, dass sie gemeinnützig und nicht gewerblich handeln würde.

Die für ihre Argumentation zentrale Schlussfolgerung der Antragstellerin, dass ein „tatsächlich gewinnorientiertes Unternehmen höhere Mieten verlangen und damit auch größere Gewinne erwirtschaften würde“, (S. 21 ihres Schriftsatzes vom 29.07.2015) ist letztlich nicht mehr als eine *petitio principii* und trägt damit nicht: Wie oben dargelegt, sind die Ergebnisse von Wohnungsunternehmen, die eindeutig nicht im Verdacht stehen, gemeinnützig tätig zu sein, nicht besser, sondern allenfalls gleich gut oder sogar deutlich schlechter als das der Antragsgegnerin. Selbst die - wie allgemeinkundig - am Markt als eher wohl robust eingeschätzte Deutsche Annington als größtes Wohnungsunternehmen am deutschen Markt liegt in der insoweit aussagekräftigen EBITDA-Marge deutlich hinter der Antragsgegnerin zurück.

Möglicherweise ist selbst am Wohnungsmarkt auch bei Einhaltung der von der Antragsgegnerin behaupteten (insbesondere S. 18 des Schriftsatzes vom 13.08.2015) nachhaltigen Prinzipien der Wohnungsbewirtschaftung ein langfristiger, Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG nicht außer Acht lassender, Erfolg möglich.

e) Mangels Eröffnung des Rechtswegs zu den Vergabeinstanzen bleibt die Beschwerde der Antragstellerin ohne Erfolg.

3.) Der Kostenausspruch beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 78 S. 2, 1. Alt. GWB a.F.

Der Gegenstandswert war gem. § 50 Abs. 2 i.V.m. § 40 GKG auf 5% der von der Antragsgegnerin mit € 14.960.000,- angegebenen Bruttoauftragssumme des Gesamtauftrages festzusetzen.

Anlass für eine Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof gem. § 124 Abs. 2 S. 1 GWB a.F. besteht nicht, insbesondere weicht der Senat auch nicht von der Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 06.12.2016 (6 Verg 4/16) ab, vielmehr beruht die vorliegende Entscheidung auf einer strikt einzelfallbezogenen Anwendung eben derjenigen Obersätze, die auch das Brandenburgische OLG seinem o.g. Beschluss zu Grunde gelegt hat (aaO., insbesondere Rnrrn. 44 ff. - zitiert nach juris).


Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht


Richter
am Oberlandesgericht


Richterin
am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift
Hamburg, 01.02.2019


Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt
- ohne Unterschrift gültig