

## Infoservice In-House-Vergabe an kommunale Stadtwerke

Wir möchten Sie über den Beschluss des Vergabesenats des OLG Hamburg vom 14. Dezember 2010 (Az. 1 Verg 5/10) informieren. In diesem Beschluss hat das Gericht die vergaberechtliche Rechtsprechung zu der sog. In-House-Vergabe konkretisiert.

Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob die Belieferung von Privatkunden mit Strom durch eine kommunale Stadtwerke GmbH als Drittgeschäft der Stadtwerke GmbH einzuordnen ist. Im Rahmen einer vergaberechtsfreien In-House-Vergabe muss das beauftragte Unternehmen im Wesentlichen **für** den öffentlichen Auftraggeber tätig sein, weswegen das Drittgeschäft nach überwiegender Auffassung nicht mehr als 10 % des Gesamtumsatzes betragen darf (EuGH, Urteil vom 19. April 2007, Az. C 295/05).

Die Stadt Hamburg wollte die von ihr beherrschten Stadtwerke GmbH, die nicht Grundversorger für Strom im Stadtgebiet gemäß § 36 EnWG ist, aufgrund einer In-House-Vergabe vergaberechtsfrei mit der Belieferung von Strom für städtische Einrichtungen beauftragen. Die Stadtwerke GmbH beliefert im Stadtgebiet aber auch Private. Der mit Privaten erzielte Umsatz macht 16 % des Gesamtumsatzes aus, weshalb eine zulässige In-House-Vergabe streitig war.

Das OLG Hamburg hat festgestellt, dass es für die Bejahung eines Drittgeschäftes darauf ankommt, ob hinsichtlich dieser Aufgabe ein weitgehender **Wettbewerb** herrscht oder ob diese Aufgabe der Stadt als öffentlicher Auftraggeber **exklusiv** zugewiesen ist. Denn nur bei einer exklusiven Zuweisung an die Stadt könnten die mit den Privaten erzielten Umsätze der kommunalen Stadtwerke GmbH der Stadt zugerechnet werden, da nur in diesem Fall die Leistung der Stadtwerke GmbH **für** die Stadt erbracht wird. Für die Belieferung von Privatkunden mit Strom außerhalb der Grundversorgung nach § 36 EnWG hat das Gericht eine solche exklusive Zuweisung an die Stadt abgelehnt und daher das Privatkundengeschäft als Drittgeschäft eingeordnet. Die Stadt konnte die Stadtwerke GmbH aufgrund ihres hohen Umsatzes mit Dritten folglich nicht vergaberechtsfrei beauftragen.

Die Entscheidung des OLG Hamburg ist nach unserer Einschätzung aber auch auf die Beauftragung rechtlich selbstständiger kommunaler Stadtwerke durch die beherrschende(n) Kommune(n) übertragbar, wenn die Stadtwerke **Grundversorger** gemäß § 36 EnWG sind. Denn auch die Grundversorgereigenschaft nach § 36 EnWG enthält keine exklusive Zuwei-

sung an die Kommune des Versorgungsgebietes. Sie enthält lediglich eine Versorgungspflicht des größten Versorgers. Diese Verpflichtung beruht nicht auf der kommunalen Beherrschung, sondern allein auf der eigenen Marktstellung des Versorgers. Mithin sind die auf der Grundlage der Position als Grundversorger geschlossene Verträge mit privaten Dritten durch kommunale Stadtwerke auch nicht der diese beherrschende(n) Kommune(n) zuzurechnen.

Im Ergebnis müssen daher Kommunen bei einer beabsichtigten In-House-Vergabe der jeweiligen von ihnen beherrschten, rechtlich selbstständigen Stadtwerke beachten, dass das Privatkundengeschäft jedenfalls bezogen auf die Stromversorgung ein Drittgeschäft im vergaberechtlichen Sinne darstellt und damit der Bejahung des Wesentlichkeitskriteriums entgegenstehen kann.

Für Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Hamburg, den 12. April 2011

gez.  
Daniel Renkenberger  
Rechtsanwalt