

Daseinsvorsorge muss die in § 101 Abs. 1 GO SH verankerte Schrankentrias – Daseinsvorsorge, Leistungsfähigkeitsklausel und Subsidiaritätsklausel – berücksichtigen. Innerhalb dieses Rahmens ist es Kommunen erlaubt, gewerblich tätig zu werden.

#### In welcher Form kann sich eine Kommune beteiligen?

Das geht unter anderem in Form einer Genossenschaft. Mit einer Genossenschaft lässt sich eine entsprechende Bürgerbeteiligung erzeugen, die mit anderen Gesellschaftsformen nicht möglich wäre. Genossenschaften bestehen regelmäßig aus mehreren Mitgliedern und orientieren sich an dem Grundsatz: ein Mitglied, eine Stimme.

#### Welche Regeln gelten für kleine Solaranlagen, z.B. auf Feuerwehrdächern?

Für kleine Solaranlagen funktioniert der Markt aus verschiedenen Gründen anders als der Markt für Freiflächenanlagen: Zum einen bemisst sich die Wirtschaftlichkeit wesentlich danach, in welchem Maße die Stromproduktion für den Eigenverbrauch oder die Stromeinspeisung verwandt

werden kann. Aus beiden Einkommensquellen lassen sich tendenziell höhere relative Erlöse erzielen als bei Freiflächenanlagen. Zum anderen benötigen die beteiligten Zulieferer höhere Preise als bei Freiflächenanlagen, damit sich diese kleinen Vorhaben für sie lohnen. Darüber hinaus ist es bei den relativ kleinen Größenordnungen üblich, auf eine Fremdfinanzierung zu verzichten. Und schließlich gibt es bei den Solardachanlagen eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten, so dass die spezifischen Investitionskosten hier in einer Bandbreite von 900 T€ bis 1.500 T€/MW variieren können. Photovoltaik ist – bei der Einfachheit der Technik – gleichwohl ein Thema, das viele Facetten hat und beratungsintensiv ist. Um Gemeinden, Kreisverwaltungen und Planungsbüros beim Thema Photovoltaik zu unterstützen, hat das Land Schleswig-Holstein die Solarkampagne ins Leben gerufen. Zielgruppe sind kommunale Akteure.

#### Hilfestellung für Kommunen – die Solarkampagne des Landes

Die Energieagentur der IB.SH begleitet das Projekt Solarkampagne.SH in der Zeit

vom 01. Juli 2021 bis 31. Dezember 2023. Hierzu gehören unter anderem die Aufgaben Öffentlichkeitsarbeit, Initialberatung und Kooperations- und Seminarveranstaltungen. Die IB.SH greift Fragen der kommunalen Akteure auf und stellt Best-Practise-Beispiele vor.

Zu den Angeboten zählen:

- kostenfreie Initialberatung durch die IB.SH Energieagentur,
- Informationsmaterialien und Tools,
- Fachveranstaltungen & Community-Treffen.

Ziel ist es, kommunale Akteure mit Informationen und Beratungen zum Thema Photovoltaik zu unterstützen und zielführende Klimaschutz und Energiewendemaßnahmen für Schleswig-Holstein auf den Weg zu bringen.

Ansprechpartner:

Investitionsbank Schleswig-Holstein  
Energieagentur

eki@ib-sh.de  
www.ib-sh.de/eki

Kai Jerma (Projektleiter Solar-Kampagne)

Dr. Jörg Böttcher (Projektmanager)

Tel.: 0431 9905-3645 Tel.: 0431 9905-3105

## Inhouse-privilegierte Auftragsvergaben an Tochtergesellschaften – am Beispiel kommunaler Versorgungsbetriebe

Dr. Jan F. Reese, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Dr. Tobias Krohn, Rechtsanwalt im Bereich öffentliches Wirtschaftsrecht

Inhouse-Privilegien sind oft die einzige Möglichkeit, um dem eigenen Versorgungsbetrieb („Stadtwerk“) Aufträge zu erteilen, die sonst am freien Markt landen würden. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Aufträge und damit auch das beidseitige Interesse, diese Aufträge „im eigenen Haus“ zu belassen, können erheblich sein. Neben den laufenden Strom- und Gaslieferungen an kommunale Abnahmestellen sind es vor allem Betriebsführungsleistungen über kommunale Eigenbetriebe, die hohe Volumina erreichen können (z.B. Abwasserbeseitigung, Straßenbeleuchtung, passive LWL-Infrastruktur).

Das Problem: Spätestens seit einem Urteil des OLG Hamburg aus dem Jahr 2010 gehen selbst Praktiker vorsichtiger mit der Inhouse-Privilegierung von Stadtwerken um. Nach Meinung des hamburgischen Vergabesenates können Umsatzerlöse aus Beziehungen mit privaten Stromkun-

den einer Inhouse-Privilegierung entgegenstehen.<sup>1</sup> Womit das zu tun hatte und warum Inhouse-Privilegierungen dennoch erreichbar sein können, zeigt dieser Beitrag. Die Chance liegt nämlich in der Umsatzstruktur.

### I. Überblick zu den verschiedenen Inhouse-Privilegien

Öffentliche Aufträge sind – das ist bekannt – im Grundsatz vergabepflichtig.<sup>2</sup> Unter ihnen verstehen wir entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen.<sup>3</sup> Diesem Auftragsbegriff liegt ein sog. formales Verständnis zugrunde: vertragliche Abreden zwischen zwei verschiedenen Rechtspersonlichkeiten werden erfasst, Austauschbeziehungen innerhalb einer Rechtsperson nicht.<sup>4</sup> Das hat zur Folge, dass Aufträge an kommunale Eigenbetriebe<sup>5</sup> mangels eigener Rechtspersonlichkeit nicht vergaberele-

vant sind. Verlässt die Kommune hingegen ihre interne Organisation, um einen Vertrag mit einem Dritten zu schließen, ändert sich das.<sup>6</sup>

Bei Verträgen mit einem ausgegliederten Rechtsträger, wie der GmbH oder dem Kommunalunternehmen (AÖR)<sup>7</sup>, muss also grundsätzlich über das Vergaberecht nachgedacht werden. In solchen Austauschbeziehungen sind Inhouse-Privilegien oft die einzige Möglichkeit zur legalen Vermeidung vergaberechtlicher Anfor-

<sup>1</sup> OLG Hamburg, NZBau 2011, 185 – Hamburg Energie GmbH.

<sup>2</sup> § 97 Absatz 1 GWB.

<sup>3</sup> § 103 Absatz 1 GWB.

<sup>4</sup> Zu Eigenbetrieben ausdrücklich OLG Düsseldorf 5.5.2004 – VII-Verg 78/03, VergabeR 2004, 619 (621).

<sup>5</sup> Im Sinne von § 106 Gemeindeordnung SH (SHGO) i.V.m. Eigenbetriebsverordnung SH (EigVO).

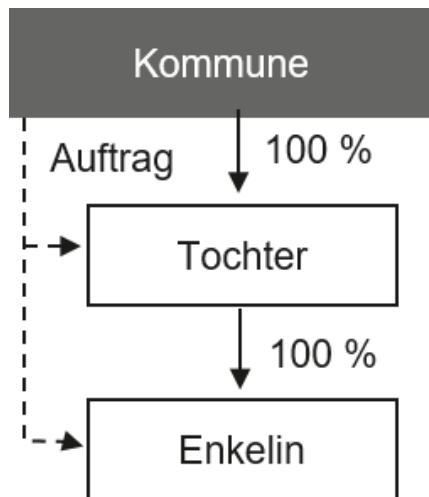
<sup>6</sup> Dazu ist sie aber keinesfalls verpflichtet – es gilt der Grundsatz, dass die Eigen erledigung von Aufgaben vergabefrei bleibt. Aber: Kein Grundsatz ohne Ausnahme, denn in den liberalisierten Märkten der Strom- und Gasversorgung werden kommunale „Ewigkeitsrechte“ durch das EnWG aufgelöst (vgl. § 46 Absatz 6 EnWG). Daraus folgt, dass eine Kommune auch die Entscheidung zwischen einem Eigenbetrieb und privaten Mitbewerbern diskriminierungsfrei treffen muss.

<sup>7</sup> Anstalten des öffentlichen Rechts nach § 106a Gemeindeordnung SH i.V.m. Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts (KUVO).

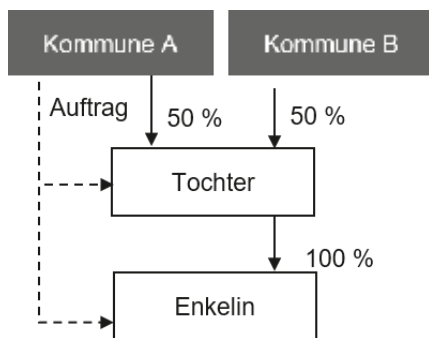
derungen. Das Gesetz nennt in § 108 GWB sowie – zugunsten von Sektorenauftraggeber<sup>8</sup> – in § 138 GWB und § 139 GWB eine Vielzahl verschiedener Konstellationen, in denen Inhouse-Privilegien erfüllt sein können.

Ein Beitrag, der sich mit der Auftragsvergabe einer Kommune an ihre Unternehmen befasst, fokussiert folgende Konstellationen:

die klassischen Mutter-, Tochter-, Enkelbeziehungen, erfasst von § 108 Absätze 1 und 2 GWB



die „Joint-Venture“-Beziehungen mit mehreren Mutterunternehmen, erfasst von § 108 Absatz 4 GWB

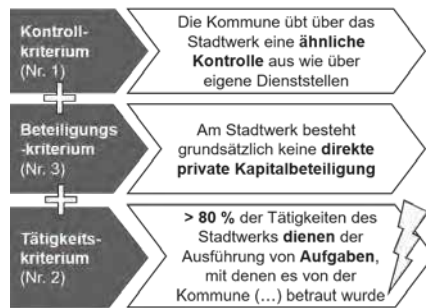


Da die zweite Konstellation in der Praxis die weitaus seltenere ist, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die klassischen Mutter-Tochter-Enkel-Beziehungen. Gleichwohl können sich Inhouse-Privilegien auch auf weitere Beziehungen erstrecken.

### I. Voraussetzungen einer privilegierten Auftragsvergabe der Kommune an ihre Tochter

Die privilegierte Auftragsvergabe an eine Tochter- oder Enkelgesellschaft kennt

nach § 108 Absatz 1 GWB drei Voraussetzungen.<sup>9</sup> In den meisten Fällen – bei Stadtwerken nahezu stets – ist die dritte besonders begründungsbedürftig:



### 1. zum Kontrollkriterium

Die Kommune muss über das Stadtwerk eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen.<sup>10</sup> Das wird gesetzlich vermutet, wenn die Kommune einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen des Stadtwerks ausübt.<sup>11</sup>

Bei der AöR sind diese Voraussetzungen leicht zu verwirklichen. Die Kommune kann sich in der Errichtungssatzung zum Beispiel besondere Weisungsrechte gegenüber dem Verwaltungsrat einräumen und den Vorstand dessen Weisungen unterwerfen.<sup>12</sup> Bei den **privatrechtlichen Gesellschaften** kommt es darauf an, ob nach den gesetzlichen Vorgaben und mit der konkreten gesellschaftsvertraglichen Gestaltung eine dienststellengleiche Kontrolle gewährleistet wird. Strukturelle<sup>13</sup> Probleme kann die – ohnehin seltene<sup>14</sup> – Aktiengesellschaft bereiten. Es ist gerade eines ihrer Charakteristika, dass die Mitglieder des Vorstandes eigenverantwortlich handeln.<sup>15</sup> Glücklicherweise weniger problematisch sind die weitaus häufiger anzutreffenden GmbHs. Bei ihnen lässt sich eine hinreichende Kontrolle mit der Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung gegenüber der Gesellschafterversammlung begründen.<sup>16</sup> In dieser sitzen und beteiligen sich die Vertreter der Kommune, die ihr gegenüber auch weisungsunterworfen sind.<sup>17</sup>

**Praxishinweis:** Jedenfalls bei korrekter Umsetzung der Anforderungen aus § 102 Absatz 2 SHGO wird das Kontrollkriterium bei privatrechtlichen Gesellschaften in der Praxis regelmäßig erfüllt sein. Allerdings kann eine mangelnde tatsächliche Einflussnahme der Kommune auch gegen eine dienststellengleiche Kontrolle sprechen.<sup>18</sup>

### 2. zum Beteiligungskriterium

Am Stadtwerk darf grundsätzlich keine **direkte** private Kapitalbeteiligung bestehen.<sup>19</sup> Daraus folgt zunächst, dass **Kapitalbeteiligungen der öffentlichen Hand unschädlich** sind. Das gilt unabhängig von der konkreten Organisationsform, insbesondere also auch für 100 %ige Eigengesellschaften.<sup>20</sup>

Für Beteiligungen privater Rechtspersonen kommt es darauf an, ob es sich bei ihnen um „direkte“ oder um „indirekte“ handelt. Indirekt ist die Kapitalbeteiligung eines Privaten wohl nur dann, wenn sie ihm mit Blick auf den Auftrag keinen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschafft.<sup>21</sup> Hat der kapitalbeteiligte Private **kein eigenes Interesse** an dem Inhouse-Auftrag und übt er darüber hinaus auch keine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit anderen Wirtschaftsteilnehmern aus, dürfte die Beteiligung daher unschädlich sein.<sup>22</sup> Das wird man mangels Beteiligung am Kapital auch für stille Gesellschafter annehmen können.<sup>23</sup>

Praxishinweis: Das Beteiligungskriterium sollte sich in der kommunalen Landschaft Schleswig-Holsteins in den wenigsten Fällen als Hindernis darstellen, insbesondere nicht bei kommunalen Versorgungsunternehmen.

<sup>8</sup> § 100, § 102 GWB.

<sup>9</sup> § 108 Absatz 1 Nrn. 1 bis 3 GWB.

<sup>10</sup> § 108 Absatz 1 Nr. 1 GWB.

<sup>11</sup> § 108 Absatz 2 Satz 1 GWB.

<sup>12</sup> Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 108 Rn. 20.

<sup>13</sup> Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 108, Rn. 22.

<sup>14</sup> Gemeindefinanzrechtlich besonders begründungsbedürftig nach § 102 Absatz 4 Gemeindeordnung SH.

<sup>15</sup> § 76 Absatz 1 AktG.

<sup>16</sup> § 37 Absatz 1, § 46 Nr. 5, 6 GmbHG.

<sup>17</sup> §§ 106, 25 Gemeindeordnung SH.

<sup>18</sup> Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 108 Rn. 19; Portz in Kulartz/Kus/Portz/Prieß § 108 Rn. 40.

<sup>19</sup> § 108 Absatz 1 Nr. 3 GWB sieht eine eher selten relevante Ausnahme für bestimmte gesetzlich vorgeschriebene Privatbeteiligung vor (z.B. für Abwasserverbände mit privaten Pflichtmitgliedern).

<sup>20</sup> Dreher, in: I/M, Wettbewerbsrecht, 2021, § 108, Rn. 45.

<sup>21</sup> Dreher, in: I/M, Wettbewerbsrecht, 2021, § 108, Rn. 43.

<sup>22</sup> EuGH, NZBau 2014, 511, Rn. 40 – SUCH; Dreher, in: I/M, Wettbewerbsrecht, 2021, § 108, Rn. 44; Horstkotte/Hünemörder/Dimieff VergabeR 2017, 697, 701; Portz in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß GWB-Vergaberecht § 108, Rn. 139.

<sup>23</sup> Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 108 Rn. 37; anders sehen das Dabringhausen/Meier, NZBau 2007, 417, 420.

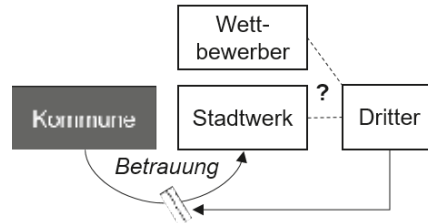


### 3. zum Kernproblem: das Tätigkeitskriterium

Während die meisten Kommunalverwaltungen in Schleswig-Holstein hinter den beiden ersten Voraussetzungen oft einen Haken setzen können, bereitet das dritte Kriterium ihnen mindestens ebenso oft Probleme: Mehr als **80 % der Tätigkeiten des Stadtwerks** müssen der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen es von der Kommune oder einer von ihr kontrollierten Person betraut wurde. Diese Einschränkung soll sicherstellen, dass öffentliche Unternehmen nicht einerseits öffentliche Aufträge direkt erhalten, andererseits aber am freien Markt wie Privatunternehmen auftreten und mit selbigen konkurrieren.<sup>24</sup>

Der EuGH hielt es insoweit für maßgebend, dass „das Unternehmen hauptsächlich für die betreffende Körperschaft tätig und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich“<sup>25</sup> ist. Dazu zählen zunächst sämtliche mit der Kommune selbst, unter bestimmten Voraussetzungen aber auch die mit Dritten erzielten Umsätze.<sup>26</sup> Wichtig ist, dass die Umsatzerzielung stets auf die von der Kommune mit dem Auftragnehmer eingegangenen Rechtsbeziehungen zurückzuführen ist. Das OLG Ham-

burg wollte das so verstehen, dass Umsätze, die ein Energieversorgungsunternehmen mit Stromlieferungen an Privatkunden erzielt (also auf einem liberalisierten Markt), nicht auf die Vergabeentscheidung der Kommune zurückzuführen sind, sondern auf die autonomen Entscheidungen der jeweiligen Nutzer.<sup>27</sup>



Bislang scheint diese Rechtsprechung kein anderer Vergabeseinatz ausdrücklich zu teilen. Zumindest die grundlegende Tendenz erscheint jedoch nicht verkehrt. Sie darf aber nicht dahingehend missverstanden oder überstrapaziert werden, dass alle Umsätze in den Sparten Strom und Gas inhouse-feindlich seien. Zwar wird man nur schwer loslassen können vom Erfordernis eines **kausalen Zusam-**

menhangs zwischen der Entscheidung der Kommune zur Ausübung einer Tätigkeit und der konkret einzuordnenden Transaktion.<sup>28</sup> Damit ist aber nicht mitentschieden, wie eng dieser Kausalitätszusammenhang gediehen sein muss. So dürfte es wohl zu weit gehen, wenn jeder hinzutretende Drittbeitrag den Kausalzusammenhang zwischen Transaktion und Betrautung unterbrechen soll.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Beck VergabeR/Gurlit, 2017, GWB § 108 Rn. 14; EuGH, NZBau 2006, 452 – Carbotermo.

<sup>25</sup> EuGH, NZBau 2006, 452, Rn. 63 – Carbotermo; Anmerkung: bis 2016 war das Inhouse-Privileg noch nicht gesetzlich fixiert, sondern richterrechtlich geprägt.

<sup>26</sup> EuGH, NZBau 2006, 452, Rn. 65 f. – Carbotermo.

<sup>27</sup> OLG Hamburg, Fn.1, II.1.b)bb) – Hamburg Energie GmbH.

<sup>28</sup> Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 108 Rn. 35 Rn. 35; So auch für das neue Recht v. Engelhardt/Kaelble in Müller-Wrede §108 Rn.36; Greb VergabeR 2015, 289 (292); König, in Gabriel/Krohn/Neun, HdB VergabeR, §6 Rn.34f.; Müller-Wrede VergabeR 2016, 292 (297).

<sup>29</sup> So ist es wohl zu verstehen, wenn die Zurechnung in liberalisierten Märkten teilweise komplett abgelehnt wird, etwa: Greb, VergabeR 2015, 289, 290.



**Partner  
für Klimaschutz**

Ihre Partnerin für BHKW

**Jetzt  
beraten lassen!**

Besuchen Sie uns unter [www.hansewerk.com/klimaschutz](http://www.hansewerk.com/klimaschutz) und finden Sie Ihren Ansprechpartner.



Ihr Partner für LED-Beleuchtung



Ihre Partnerin für Wasserstoff

## Partner fürs Klima gesucht?

Sie wollen etwas fürs Klima tun und dabei möglichst Ihre Kosten senken? Unsere Spezialisten haben die richtigen Lösungen für Ihr Unternehmen oder Ihre Kommune. Übrigens: Wir nutzen die Lösungen auch bei uns selbst, weil wir als Unternehmensgruppe bis 2030 klimaneutral werden wollen.



Mehr Energie. Weniger CO<sub>2</sub>



Ihr Partner für CO<sub>2</sub>-Bilanzen



Ihr Partner für Fernwärme

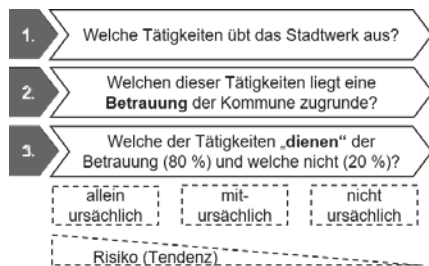


Ihr Partner für E-Ladesäulen

Schließlich kann die kommunale Entscheidung (die Betrauung) auch dann noch kausal für eine Transaktion sein, wenn ein weiterer Beitrag (die Willenserklärung eines Dritten) hinzutritt. Sie ist dann eben mitursächlich.

Plausibel erscheint es, auf den **Grad an Wettbewerb, der auf dem konkreten Markt herrscht**, abzustellen. Dieser ist auf liberalisierten Märkten wie denen der Strom- und Gasversorgung selbstverständlich größer, weshalb die Zuordnung von Umsätzen zu den 80 % hier auch rechtlich riskanter wird. Für den Graubereich zwischen den – jeweils recht eindeutigen – Fällen der alleinigen und der fehlenden Kausalität heißt es dann: Umso größer die Auswahlfreiheit des Dritten auf dem jeweiligen Markt ist, desto stärker dürfte eine Transaktion hier auf den Beitrag des Nachfragers zurückgehen und desto eher wird die einzuordnende Tätigkeit auch der Erfüllung dieser vertraglichen Verpflichtung dienen und nicht der kommunalen Betrauung. In diesem Fall ist der Beitrag des Dritten entweder alleinursächlich oder zumindest so stark, dass die Bedeutung der Betrauung für die Transaktion in den Hintergrund gerät.

Daraus ergibt sich folgendes Bild:



### III. Risikoorientierter Prüfungsansatz des Tätigkeitskriteriums

Mit Blick auf die vielen Meinungsverschiedenheiten und der in weiten Teilen noch fehlenden höchstrichterlichen Klärung kann das Ziel einer Inhouse-Prüfung nur lauten, sich dem individuellen rechtlichen Risiko für Vergaben an das eigene Stadtwerk anzunähern. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen die in der Praxis und Literatur vertretenen Auffassungen zu folgenden Fragenkreisen ausgewertet werden:<sup>30</sup>

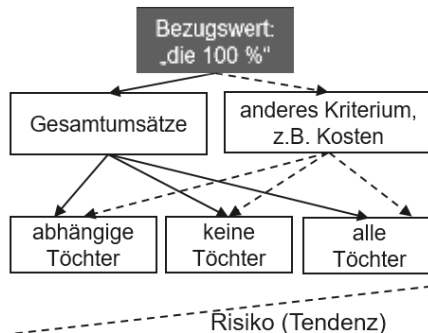
- zum Bezugswert der Prüfung: Wovon müssen 80 % auf Tätigkeiten für die Kommune fallen? Mit anderen Worten: Welche Tätigkeiten fallen generell unter die 100 %?
- zur Zuordnung der Tätigkeiten: Bei welchen dieser Tätigkeiten kann angenommen werden, dass sie der Erfüllung der betrauten Aufgabe und nicht der Erfüllung eines Vertrags mit einem Dritten dienen. Mit anderen Worten: Bei wel-

chen Tätigkeiten ist der Kausalitätszusammenhang zur Betrauung (noch) so eng, dass sie den 80 % zugeordnet werden können?

#### 1. Bezugswert der Prüfung: „die 100 %“

Den 80 % bzw. 20 % muss ein Bezugswert zugrunde liegen, der zur Bestimmung von Tätigkeitsanteilen geeignet ist.<sup>31</sup> Der Umsatz ist also lediglich ein Mittel zur Bestimmung von Tätigkeitsanteilen, und zwar nicht das einzige in Betracht kommende: auch Kosten, Arbeitszeitanteile oder ein anderer geeigneter Bezugswert kommen infrage. Dabei dürfte schon kraft Gesetzes ein Wahlrecht bestehen,<sup>32</sup> sodass es wohl nicht als „Cherry-Picking“ missverstanden werden dürfte, wenn der Prüfung ein günstiger Referenzwert zugrunde gelegt wird. Das ist deshalb wichtig, weil eine umsatzbasierte Inhouse-Prüfung zu einem ganz anderen Ergebnis führen kann als eine kostenbasierte. Zur Wahrheitsfindung gehört dann aber auch, bei der Risikobewertung diejenigen Stimmen nicht zu ignorieren, die für die Wahl eines nicht-umsatzbasierten Bezugswertes besonders strenge Maßstäbe anlegen.<sup>33</sup> Für eine risikoorientierte Prüfung folgt daraus, dass man einem Inhouse-Privileg, das nur mit einem kostenbasierten Ansatz erreichbar ist, ein zumindest tendenziell höheres Risiko attestieren muss.

Eine ähnliche Risikoabstufung ist bei der Frage vorzunehmen, ob nur die Umsätze des konkreten Auftragnehmers einzubeziehen sind oder auch die seiner Tochtergesellschaften. Diese Frage hat der EuGH noch nicht abschließend geklärt. Auf nationaler Ebene haben Vergabesenate die Umsätze von Tochtergesellschaften dann berücksichtigt, wenn sie im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtung als ein Unternehmen anzusehen sind, etwa weil eine Tochtergesellschaft nur mit personeller und sachlicher Ausstattung des Auftragnehmers arbeitsfähig ist.<sup>34</sup> Andere wollen solche Umsätze hingegen gar nicht<sup>35</sup> oder immer<sup>36</sup> berücksichtigen.



#### 1. Maßstab der Zurechnung: „die 80 %“

Das Erfordernis einer Kausalität zwischen

Betrauung und Tätigkeit anerkennend, können für die Zuordnung von Tätigkeiten folgende Kategorien gebildet werden:

#### a) Kategorie 1: Umsätze aus Tätigkeiten, mit denen der Auftragnehmer schon nicht von der Kommune betraut wurde

Umsätze aus dieser Kategorie sind per se inhouse-schädlich. Sie sind auch leicht zu identifizieren, denn für die ihnen zugrundeliegende Tätigkeit existiert kein verpflichtender Rechtsakt der Kommune. Die Betrauung mit einer Aufgabe setzt nämlich voraus, dass die Kommune dem Stadtwerk **verbindlich eine Aufgabe aufträgt**,<sup>37</sup> die zudem in ihren **Zuständigkeitsbereich** fällt.<sup>38</sup> Umsätze außerhalb des Kommunalgebietes dürften zum Beispiel inhouse-feindlich sein, weil der Auftrag zur Daseinsvorsorge an der Kommunalgrenze endet.<sup>39</sup>

**Praxishinweis:** Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, die Inhouse-Vergabe mit einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung (delegierender Natur) zu kombinieren, in welcher der Kommune die Aufgabe übertragen wird. Dann könnten Umsätze außerhalb des Gemeindegebiets noch vom Daseinsvorsorgeauftrag der Kommune gedeckt sein.<sup>40</sup>

<sup>30</sup> Nachfolgende Darstellung kann das weite Feld der Interpretations- und Kombinationsmöglichkeiten schon aus Gründen des Formats nur ausschnittsweise wiedergeben.

<sup>31</sup> § 108 Absatz 7 GWB.

<sup>32</sup> Gaus VergabeR 2016, 418, 425; anders sieht das Pünder/Klafki in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 108 Rn. 29, die besonders strenge Maßstäbe fordern, wenn der Gesamtumsatz unter 80 % liegt.

<sup>33</sup> Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 108 Rn. 29; Knauff EuZW 2014, 486, 488; Gröning NZBau 2015, 690, 692.

<sup>34</sup> OLG Celle 29.10.2009, NZBau 2010, 194; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011, VII - Verg 20/11.

<sup>35</sup> Schröder NVwZ 2011, 776 (778 f.).

<sup>36</sup> Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 108 Rn. 31; im Ergebnis auch v. Engelhardt/Kaelble in Müller-Wrede § 108 Rn. 39.

<sup>37</sup> Ziekow NZBau 2017, 339, 342; Burgi, Vergaberecht 2016, § 11 Rn. 19; Dabringhausen VergabeR 2014, 512, 519; Krönke NVwZ 2016, 568, 571f.); Ziekow NZBau 2015, 258, 260.

<sup>38</sup> Ziekow NZBau 2017, 339, 342; Losch, VergabeR 2016, 541, 545; vgl. dazu auch den inhaltsgleichen Begriff der Betrauung aus dem EU-Behilferecht: DAWI-Mitteilung vom 11.01.2012, ABl. Nr. C Ziffer 3.2, Rn. 47, Ziff. 3.3.

<sup>39</sup> Schröder, NVwZ 2011, 776.

<sup>40</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juli 2011 – VII Verg 20/11 – „stoffgleiche Nichtverpackungen“.



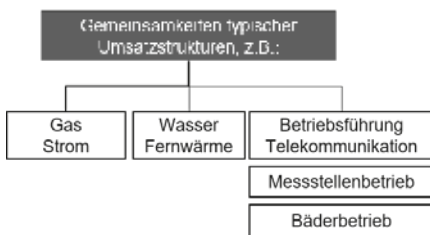
**b) Kategorie 2: Umsätze aus Tätigkeiten, mit denen der Auftragnehmer betraut wurde und die ihm von der Kommune vergütet werden.**

Umsätze aus dieser Kategorie dürften per se den 80 % zuzurechnen sein. Die Kommune verpflichtet das Stadtwerk zur Erfüllung einer ihr obliegenden Aufgabe und vergütet es im Gegenzug dafür. Die Erzielung dieser Umsätze hat allein die Kommune herbeigeführt. Es handelt sich damit um die klassische Inhouse-Situation, die der Eigenerledigung am nächsten kommt.

**c) Kategorie 3: Umsätze aus Tätigkeiten, mit denen der Auftragnehmer zwar betraut wurde, die aber von Dritten vergütet werden.**

Die dritte Kategorie ist – rechtlich gesehen – das eigentliche Problemkind des Tätigkeitskriteriums. Unglücklicherweise handelt es sich bei ihr zugleich auch um diejenige Kategorie, in welche sich ein Großteil der Umsätze eines kommunalen Stadtwerks einordnen lassen dürfte.

Dabei dürften Umsätze aus den Sparten Gas und Strom mit denselben Regelungen zugerechnet werden können, da beide durch das EnWG reguliert werden. Gleiches gilt für Umsätze aus den Sparten Wasser und Fernwärme, wo die Liberalisierung noch nicht vorangeschritten ist und oft Anschluss- und Benutzungszwänge verhängt werden. Die sonstigen Umsätze, z.B. aus Telekommunikation, Betriebsführungsleistungen oder dem Schwimmbad, sind jeweils für sich genommen zu bewerten.



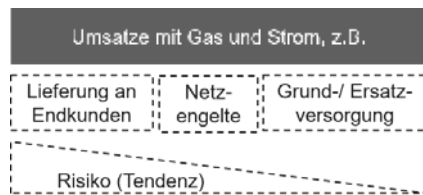
Den risikoorientierten Maßstab „Grad des Wettbewerbs“ zugrunde legend, könnte man für diese Umsatzkategorien folgende Zuordnung treffen:

Auf dem **Markt der Versorgung mit bzw. Lieferung von Strom und Gas** dürfte für Endkunden weitgehende Auswahlmöglichkeiten bestehen. Hier spricht tatsächlich viel dafür, den Beitrag der Endkunden stärker zu gewichten als die Betrauung der Kommune. Wohl nur mit einer ungünstigeren Risikoeinstufung ließe sich argumentieren, dass Strom und Gas zur kommunalen Daseinsvorsorge zählen und die Betrauung daher ausreicht.<sup>41</sup> Erwägenswert erscheint aber, staatlich veranlasste Steu-

ern, Abgaben und Umlagen abzuziehen. Derartige Strompreisbestandteile bilden einen großen Kostenblock, dürften aber keinen Indizwert für Tätigkeitsanteile haben.

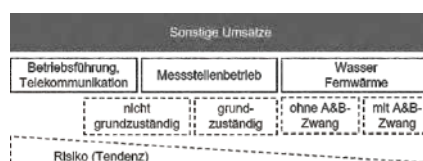
Mit einer günstigeren Risikostufe könnten aber die Umsätze aus der **Grund- und Ersatzversorgung**<sup>42</sup> den 80 % zugeordnet werden.<sup>43</sup> Grund- und Ersatzversorger ist immer dasjenige Versorgungsunternehmen (und nur das), welches die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet beliefert. Zudem handelt es sich bei der Ersatzversorgung schon nicht um einen Vertrag, sondern um ein gesetzliches Schuldverhältnis.<sup>44</sup> Bei der Grundversorgung entsteht zwar ein vertragliches Schuldverhältnis,<sup>45</sup> allerdings ohne Zutun des Dritten.

Gute Argumente dürften auch dafür streiten, **Netzentgelte** den 80 % zuzuordnen.<sup>46</sup> Der Netzbetreiber, der die Netzentgelte für die Durchleitung durch sein Versorgungsnetz erhält, profitiert wegen langjähriger Konzessionsverträge mit der Kommune von einem natürlichen Monopol. Für diese Zeit existiert kein Wettbewerb auf dem Markt der Netznutzung.<sup>47</sup>



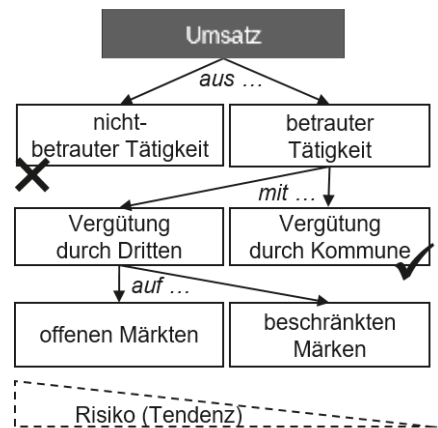
In den Sparten **Wasser und Fernwärme** dürfte eine Zurechnung zu den 80 % schon mangels Liberalisierung gut vertretbar sein.<sup>48</sup> In aller Regel existieren in diesen Bereichen aber auch Anschluss- und Benutzungszwänge, die den Dritten in seiner Vertragsabschlussfreiheit beschränken. Das streitet mit noch stärkerem Gewicht für eine inhouse-freundliche Bewertung.<sup>49</sup>

Bei den sonstigen Tätigkeiten, z.B. Telekommunikations- und Betriebsführungsleistungen, wird man Umsätze mit Dritten nur schwer als inhouse-freundlich argumentiert bekommen. Womöglich lassen sich aber Umsätze aus einer Tätigkeit als grundzuständiger Messstellenbetreiber<sup>50</sup> – analog zur Argumentation bei der Grundversorgung – den 80 % zurechnen.



**IV. Fazit**

Inhouse-privilegierte Auftragsvergaben an das kommunale Stadtwerk sind schwierig, aber – anders als das Urteil des OLG Hamburg vielleicht suggerieren mag – nicht per se unerreichbar. Die Chance liegt darin, eine Umsatzstruktur auszdifferenzieren und sie einer risikoorientierten Prüfung zuzuführen. Risikoorientiert ist die Prüfung insoweit, als dass die in der Literatur und der nationalen Vergabepraxis vertretenen Auffassungen mangels höchstrichterlicher Klärung vieler Fragestellungen keinen apodiktischen Wert haben können. Eine Inhouse-Prüfung, welche die verschiedenen Auffassungen ausarbeitet, ihnen eine Risikostufe zuweist und sie miteinander kombiniert, kann sich dem individuellen Inhouse-Risiko annähern, z.B.:



Das gelingt am ehesten mit einer Excel-Tabelle, in der individuelle Umsätze eingegeben werden können und sie direkt mit einer Risikostufe versehen werden. Das ist auch deshalb von Vorteil, weil Umsätze und Kosten (und damit auch die Inhouse-Fähigkeit) von Jahr zu Jahr abweichen können. In Grenzbereichen kann das Auswirkungen auf die Inhouse-Fähigkeit haben.

<sup>41</sup> Z.B. VK Hamburg, Beschluss v. 2.9.2010 – VgK FB 9/10, BeckRS 2011, 11120 (Vorinstanz von OLG Hamburg, Fn. 1) andere Auffassung letztendlich aber: OLG Hamburg, Fn.1; OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.08.2011 – 11 Verg 3/11, 1.b)bb).

<sup>42</sup> §§ 36 ff. EnWG.

<sup>43</sup> So auch: Schröder, NVwZ 2011, 776.

<sup>44</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 66.

<sup>45</sup> Theobald/Kühling/Heinlein/Weitenberg, 111. EL April 2021, EnWG § 36 Rn. 22.

<sup>46</sup> So auch: Wagner-Cardenal/Scharf/Dierkes, NZBau 2011, 271.

<sup>47</sup> Davon zu unterscheiden ist freilich der Wettbewerb um den Markt, der durch die gesetzlich vorgeschriebene Befristung der Konzessionsverträge (§ X EnWG) turnusmäßig wettbewerblich wird.

<sup>48</sup> Vgl. Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 108 Rn. 35, OLG Frankfurt, Fn. 43, 1.b)bb).

<sup>49</sup> So auch: Schröder, NVwZ 2011, 776

<sup>50</sup> Vgl. § 2 Ziff. 4 bis 6 Messstellenbetriebsgesetz.