

3. Kapitel Kernschnittstellen zum Energierecht

II. Kommunal- und Gemeindewirtschaftsrecht

Eine weitere Schnittstelle besteht zum Kommunal- und Gemeindewirtschaftsrecht. Kommunen und Gemeinden waren schon immer wirtschaftlich aktiv, insbesondere in der Energiewirtschaft; oft waren deren energiewirtschaftliche Betätigungen sogar **Auslöser** weiterer wirtschaftlicher Aktivitäten. Es begann häufig mit der Errichtung kleinerer örtlicher Elektrizitätswerke und Lichtzentralen. Um die Kraftwerke wirtschaftlich zu betreiben, kombinierten einige Gemeinden Lichtzentralen und Straßenbahnen nach dem Prinzip: Tagstrom für die Straßenbahn, Nachtstrom für die Lichtzentrale. 1908 verfügten alle Großstädte mit mehr als 50.000 Einwohnern über elektrische Kraftanstalten (so Theobald/Theobald: Energiewirtschaftsrecht Seite 369 m.w.N). 2009 firmierten nach einer Studie der Universität Leipzig 91 von 135 Stadtwerken als GmbH, 19 als Eigenbetrieb, 12 als AG, 6 als GmbH & Co. KG und 3 als Zweckverband. Insgesamt befragt wurden 835 Stadtwerke (Studie: Perspektiven von Stadtwerken, Seite 8). An der Studie teilgenommen haben 135. Von diesen 135 Stadtwerken befinden sich 76 zu 100 Prozent in kommunaler Hand (Seite 9). Die **Energiemarktliberalisierung**, so ein Ergebnis der Studie (Seite 10), sei die bedeutendste **Herausforderung** für die befragten Stadtwerke, bei 111 Unternehmen habe sich das rechtliche Umfeld schon verändert (Seite 10). Auf welche Rechtsgrundlagen lässt sich nun die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen stützen?

1. Rechtsgrundlagen. Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in **eigener Verantwortung** zu regeln.

a) Verfassungsrecht. Art. 28 GG verankert verfassungsrechtlich das Recht der Gemeinden zur wirtschaftlichen Betätigung. Art. 28 GG ist zwar kein Grundrecht, sei damit aber strukturell vergleichbar (so Theobald/Theobald: Energiewirtschaftsrecht Seite 370 m.w.N). Was heißt das nun?

Bundesverfassungsgericht: So habe sich das Grundgesetz für einen nach Verwaltungsebenen gegliederten, auf Selbstverwaltungskörperschaften ruhenden Staatsaufbau entschieden (so das BVerfG am 23.11.1988, Az: 2 BvR 1619, 1628/83 in: BVerfGE 179, 127 [148]) und darüberhinaus die Gemeinden mit der Allzuständigkeit (i.S. des Aufgabenzugriffsrechts) für Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ausgestattet (so das Gericht in: BVerfGE 179, 127 [149]). In diesem Bereich sichere Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG darüberhinaus den Gemeinden die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte zu (dazu das Gericht in: BVerfGE 179, 127 [142]).



Mit anderen Worten: In ihren Angelegenheiten sind die Gemeinden allzuständig und eigenverantwortlich. Das Recht der Selbstverwaltung ist verfassungsrechtlich garantiert, darüberhinaus seien sie als Träger öffentlicher Gewalt selbst ein **Stück Staat** (so das Gericht am 31.10.1990, Az: 2 BvF 2, 6/89 in: BVerfGE 83, 37 [41]). Nach dem Willen der Verfassung ist das Recht der **kommunalen Selbstverwaltung** also weit ausgestaltet. Der Verfassungsgeber will geradezu, dass die Gemeinden wirtschaftlich aktiv sind. Ferner verankert Art. 31 GG den Grundsatz: Bundesrecht bricht Landesrecht. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund sollte man meinen, dass die kommunalwirtschaftlichen Rechte der Gemeinden auch auf Landesebene weit ausgestaltet wurden. Dem ist nicht so.

b) Gemeindeordnungsrecht. In den Landesverfassungen und Gemeindeordnungen werden die Rechte der Kommunen teilweise eingeschränkt. Nach Art. 78 der Landesverfassung NRW sind beispielsweise die Gemeinden und Gemeindeverbände in ihrem Gebiet die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung (dazu kritisch: Theobald/Theobald: Energiewirtschaftsrecht Seite 371).

Auch die heutigen **restriktiven Gemeindeordnungen** werden grundsätzlich mit der Schrankentrias der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 erklärt (dazu umfassend: Theobald/Theobald: Energiewirtschaftsrecht Seite 372, dazu auch: OVG Münster, 12.10.2004, Az: 15 B 1889/04). Nach der **Schrankentrias** unterliegt die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde dem Örtlichkeitsprinzip, der Leistungsfähigkeit der Gemeinde sowie dem Subsidiaritätsprinzip. Ob sich diese Prinzipien heute noch verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen, ist umstritten und kann hier nicht vertieft werden. Damals wollte man die Gemeinden vor sich selbst,

vor einer wirtschaftlichen Überlastung, schützen (dazu: Theobald/Theobald: Energiewirtschaftsrecht Seite 373). Folgt nun aus dem Örtlichkeitsprinzip, dass sich eine Gemeinde wirtschaftlich nicht über ihre Gemeindegrenzen hinaus betätigen darf? Darf sie beispielweise über die Gemeindegrenzen hinaus Strom oder Gas verkaufen? Nach § 107 Abs. 1 i.V.m. § 107 Abs. 3 GO NRW a.F. war die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde außerhalb des Gemeindegebiets nur zulässig, wenn ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert. Das Erfordernis des „**dringenden**“ öffentlichen Zwecks ist durch das Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindewirtschaftsrechts gestrichen worden. Für die energiewirtschaftliche Betätigung gibt es zudem nun einen Spezialtatbestand in § 107a GO NRW n.F. Danach dient - so Abs. 1 Satz 1 - die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung einem öffentlichen Zweck; der öffentliche Zweck wird also **gesetzlich vermutet**. Nach § 107a Abs. 3 GO NRW n.F. ist die Aufnahme einer überörtlichen energiewirtschaftlichen Betätigung nun zulässig, wenn die Voraussetzung des Absatzes 1 vorliegt und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Zulässig sind nach § 107a Abs. 2 GO NRW n.F. nun auch die mit den Bereichen Strom-, Gas- und Wärmeversorgung unmittelbar verbundenen Dienstleistungen, wie beispielsweise Energieberatungen. Gerade der Energie-Ein- und Verkauf zeigt exemplarisch die **Grenzen des Örtlichkeitsprinzips**. Zum einen kaufen heute auch gerade kommunale Betriebe die Energie außerhalb ihres Versorgungsgebietes ein. Es herrscht Wettbewerb; insbesondere große ausländische oder deutschlandweit tätige Energielieferanten suchen sich ihre Kunden heute selbst aus. Anders herum genauso: Auch die große ausländische oder deutschlandweit tätige energieintensive Industrie sucht sich ihren Lieferanten selbst. Vor diesem Hintergrund ist es nur konsequent, dass kommunale Energieversorger nun auch über ihr eigenes Netzgebiet hinaus Energie verkaufen dürfen.

c) Europarecht. Die Mitgliedstaaten tragen entsprechend ihrem institutionellen Aufbau und unter Beachtung des **Subsidiaritätsprinzips** dafür Sorge, dass Elektrizitätsunternehmen nach den in dieser Richtlinie festgelegten Grundsätzen und im Hinblick auf die Errichtung eines wettbewerbsorientierten, sicheren und unter ökologischen Aspekten nachhaltigen Elektrizitätsmarkts betrieben werden und dass diese Unternehmen hinsichtlich der Rechte und Pflichten nicht diskriminiert werden (so jeweils die Art. 3 der Richtlinien 2003/54/EG, 26.06.2003 und 2009/72/EG, 13.07.2009). Mit anderen Worten: **Private und öffentliche Unternehmen sind gleich zu behandeln**. Weil das Örtlichkeitsprinzip Gemeinden

gegenüber privaten Unternehmen jedoch benachteiligen könnte, ist fraglich, ob das Örtlichkeitsprinzip grundsätzlich mit den europäischen Gleichbehandlungsgrundsätzen vereinbar ist (dazu auch dazu: Theobald/Theobald: Energiewirtschaftsrecht Seite 376). Für eine weitere Stärkung der Kommunen könnte auch die neue Fassung des Art. 4 EUV (Vertrag über die Europäische Union vom 9.5.2008, in der Fassung von Lisabon vom 1.12.2009, nicht zu verwechseln mit dem AEUV) sprechen, der insbesondere die lokale Selbstverwaltung besonders hervorhebt. So heißt es in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV: Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und **lokalen Selbstverwaltung** zum Ausdruck kommt.

Europäisches Subsidiaritätsprinzip: Der in Art. 4 Abs. 2 EUV zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke findet sich auch im europäischen Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 EUV (nicht zu verwechseln mit dem Subsidiaritätsprinzip im Kommunalrecht) wieder, dass ein Aktivwerden der Union untersagt, wenn eine Sache auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene wirksam durch die Mitgliedstaaten selbst geregelt werden kann.



Schließlich wurden durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 25.9.2009 die Rechte des Bundestages insbesondere für die Fälle gestärkt, in denen die Bundesregierung auf europäischer Ebene bei Fragen der **kommunalen Daseinsvorsorge** mitwirkt. Die Bundesregierung muss den Bundestag nun erstens vor ihrer Mitwirkung Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Macht der Bundestag nun von seinem neuen Recht der Stellungnahme Gebrauch, muss die Bundesregierung zweitens in Sonderfällen nach § 9 Abs. 4 Satz 1 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union beim Rat der EU einen Parlamentsvorbehalt einlegen.

2. Daseinsvorsorge. Der Begriff geht auf den deutschen Staatsrechtlicher Ernst Forsthoff zurück, der 1935 die These aufstellte, dass der Mensch auf Vorkehrungen angewiesen sei, die seiner sozialen Bedürftigkeit zur Hilfe komme und die die Daseinsführung ohne beherrschten Lebensraum erst möglich mache. Dazu gehöre unabhängig vom Vermögen der **Zugang** zu: **Gas, Wasser, elektrischer Energie** sowie Infrastrukturen wie

Abwasserableitungen, Verkehrsmittel usw.. Wie man diesen Begriff rechtlich einordnet, ist nach wie vor umstritten. Einig ist man sich aber insoweit, als dass sich beispielsweise ein grundsätzlicher Anspruch auf Versorgung mit Strom, Gas und Wasser aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten lässt und - soweit der gemeindeeigene Betrieb (Eigenbetrieb) Grundversorger ist - die Grundversorgung im Rahmen seiner kommunalen Selbstverwaltung ausführt. Ferner insoweit, als dass die Sicherheit der Energieversorgung ein Gemeinschaftsinteresse von höchstem Range und die ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen von entscheidender Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft ist (so das BVerfG am 16.3.1971, Az: 1 BvR 52, 665). U.a. aus dem Sozialstaatsprinzip, aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, aus der Pflicht zur Bereitstellung von Energie leitet man die Pflicht zur Bereitstellung der Grundversorgung mit Energie nach § 36 EnWG ab.

Fall: G ist grundversorgter Strom- und Gaskunde der Stadtwerke Energie GmbH und beschließt am 1.1.2013 von nun an keine Abschläge mehr zu bezahlen. Am 1.3.2012 droht die Stadtwerke Energie GmbH G die Unterbrechung der Strom- und Gasversorgung an (§§ 19 Abs. 2 Strom-/GasGVV). In beiden Sparten waren jeweils Abschläge i.H.v. 250 € offen. Wie am 10.04.2013 angekündigt (§§ 19 Abs. 3 Strom-/GasGVV), unterbricht die Stadtwerke Energie GmbH am 15.04.2013 die Energieversorgung. G ist empört und vertritt die Auffassung, dass die Stadtwerke Energie GmbH im Rahmen der Daseinsvorsorge zur Versorgung mit Strom und Gas verpflichtet sei.



Richtig ist, dass G im Falle der Bedürftigkeit nach § 20 Abs. 1 SGB II Anspruch auf den Regelbedarf zur Sicherung seines Lebensunterhalts hätte, Kosten für Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II erstattet werden könnten, G gegebenenfalls auch ein Mehrbedarf nach § 21 SGB II geltend machen könnte. Kostenträger der Regelleistungen und Mehrbedarf ist die Agentur für Arbeit, die Kosten für Unterkunft und Heizung werden von der Kommune getragen. Unabhängig davon müsste G diese Leistungen beim Sozialhilfeträger, seit 2011 das kommunale „Jobcenter“, beantragen. In Einzelfällen kann gesperrten Kunden auch ein Anspruch zur darlehensweisen Übernahme von Strom- und Gasschulden gegen das Jobcenter zustehen (so das LSG Bremen am 31.3.2009, Az: S 23 AS 547/09 ER in: IR 2009, 209, [210] in einem Fall, in denen die Wohnung auch von Kindern bewohnt wurde). Die Stadtwerke Energie GmbH erbringt, selbst wenn sie zu 100 Prozent in kommunaler Hand ist, ihre Leistungen jedoch im Wege privatrechtlicher Strom- und Gaslieferverträge

nach § 433 BGB. Indem sie die Strom- und Gaslieferungen bei G unterbrach, übte sie ihre Zurückbehaltungsrechte nach §§ 273, 320 BGB aus. Die Stadtwerke Energie GmbH ist **keine Sozialhilfeträgerin** und auch nicht verpflichtet, in die Pflichten der Sozialhilfeträgerin einzutreten.

Versorgungsunterbrechungen sind also als ultima ratio in einem Interessenkonflikt zwischen Stromversorgern, die ihren Anspruch auf Zahlung der von ihnen erbrachten Leistung durchsetzen wollen, und Kunden anzusehen. *„Es wäre unangemessen, den Interessenkonflikt einseitig zu Lasten der Energieversorgungsunternehmen zu lösen und so mittelbar die Entgeltlichkeit von Lieferverträgen zu beeinträchtigen. Vielmehr unternimmt die Bundesregierung erhebliche Anstrengungen, um den Wettbewerb auf dem Strommarkt zu fördern und so zu angemessenen Preisen beizutragen, von denen alle Verbraucherinnen und Verbraucher profitieren. Die Unterstützung sozial besonders bedürftiger Verbraucherinnen und Verbraucher sollte demgegenüber auch weiterhin durch die Anwendung **sozialpolitischer Instrumente** gewährleistet werden“* (so die Antwort der Bundesregierung am 19.06.2008, BT-Drucksache 16/9655 auf Frage 11 der Kleinen Anfrage mehrerer Abgeordneter).

3. Rekommunalisierung. In den 80er und 90er Jahren zogen sich viele Kommunen aus der aktiven Gemeindewirtschaft zurück. Es gab eine regelrechte **Privatisierungswelle**, in der die Gemeinden ihr öffentliches Vermögen veräußerten. Wollten die Gemeinden ihr Eigentum nicht vollends verlieren, wählten sie Beteiligungsmodelle, die Public Private Partnership (PPP-Modelle), die in dieser Zeit in unzähligen Varianten angeboten wurden. Ein Grund war, dass man damals glaubte, dass die Privatwirtschaft besser wirtschaften könne, ein anderer Grund: die „klammen“ Kassen der kommunalen Haushalte.

Besonders beliebt und schon damals umstritten waren **Cross-Border-Leasing-Projekte**. Das sind Leasingprojekte, in denen Leasinggeber und Leasingnehmer in verschiedenen Staaten sitzen. Die Modelle wurden so konstruiert, dass jede Partei in ihrem Land ihre spezifischen Steuervorteile nutzen konnte. Ohne das hier auch nur ansatzweise vertiefen zu können, war es mit diesen Konstruktionen möglich, dass beide, also Leasinggeber und Leasingnehmer, ihre Objekte nach den Gesetzen ihres Landes steuerlich abschreiben konnten. Insgesamt etwa 150 deutsche Städte, Kommunen oder Gemeinden schlossen meist mit amerikanischen Partnern derartige Verträge mit einem Gesamtvolumen von bis zu 80 Mrd. € (so www.zeit.de, 2.4.2009) und übertrugen Kläranlagen, Bahnhöfe,

Stadthallen und Kanalnetze. Der Landesrechnungshof Nordrhein-Westfalen schloss in seinem Jahresbericht erstmals 2004 nicht mehr aus (www.lrh.nrw.de, Seite 346), dass die Transaktionen von den ausländischen Finanzbehörden nicht mehr anerkannt werden. Nicht zuletzt diese Entwicklung und die öffentliche Diskussion darüber **stoppten die Privatisierungswelle**. Heute sehen viele Kommunen bei der Ausgliederung von Sektoren zunehmend die Nachteile: Insbesondere stört sie verstärkt, dass sich ausgegliederte Sektoren nicht mehr politisch steuern lassen. Hinzukommt, dass der Aufbau von kommunalen Betrieben für die Gemeinden den Vorteil hat, dass sie über den kommunalen Querverbund i.d.R. defizitäre Bereiche wie den Öffentlichen Personennahverkehr oder Bäderbetriebe gezielt fördern können. Gemeinden kooperieren in zunehmendem Maße auch untereinander, schließen beispielsweise Einkaufsgemeinschaften. Auch die Auffassung, dass die Privatwirtschaft besser wirtschaften könne, hat sich nicht bestätigt, im Gegenteil, die Renditeerwartung vieler Kommunen hat sich nicht erfüllt. Wenn man in diesem Zusammenhang von einem Trend sprechen möchte, dann den hin zur **Rekommunalisierung**. Damit ist gemeint, dass viele Kommunen und Gemeinden zuvor ausgelagerte Aufgaben, Bereiche und Vermögen nun wieder in öffentlichrechtliche Strukturen zurückführen möchten. Im Rahmen einer öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages hat nun das Bundeskartellamt am 24.1.2011 erstmals zur Rekommunalisierung der Energieversorgung ausführlich Stellung genommen.

Entwicklungsperspektiven (so das BKartA in seiner Stellungnahme vom 24.01.2011, Ausschussdrucksache 18(9)383, Seite 1) gebe es insbesondere bei der **Energieerzeugung**. Kommunale Erzeugungsunternehmen können auf diesem Feld eine wichtige Rolle als potentielle Wettbewerber der großen Elektrizitätserzeuger einnehmen. Das gelte speziell für grundlastrelevante Kraftwerksprojekte, weil hier ein Zubau geeignet sei, die dominante Stellung der großen Erzeugungsunternehmen aufzuweichen (so das BKartA weiter, a.a.O.). Deshalb sei es (so das BKartA weiter, a.a.O., Seiten 1 und 2) ordnungspolitisch vertretbar, insbesondere die Schranken des Gemeindewirtschaftsrechts für die Elektrizitätserzeugungswirtschaftliche Betätigung der Kommunen sektorspezifisch zu öffnen, um entsprechende überörtliche Tätigkeiten leichter zu ermöglichen. Wie diese **sektorspezifischen Öffnungen** im Einzelnen aussehen könnten, skizziert das BKartA dann exemplarisch für den Bereich der Beschaffung von Lieferungen und Leistungen zur Errichtung und zum Betrieb von Stromerzeugungsanlagen.

Hier sei es nämlich so (so das BKartA), dass die Stadtwerke derzeit nicht auf Augenhöhe mit RWE und E.ON verhandeln könnten, weil RWE und E.ON nicht dem förmlichen Vergaberecht unterfallen, die Erzeuger in öffentlicher Hand, wie beispielweise Stadtwerke (auch: EnBW und Vattenfall) aber schon. Das BKartA erwägt daher, bei der Beschaffung von Lieferungen und Leistungen, die insbesondere zur Errichtung bzw. zum Betrieb von Stromerzeugungsanlagen dienen, ein „Level Playing Field“ für alle Stromerzeuger zu schaffen (so das BKartA weiter, a.a.O., Seite 2). Nach § 3 Abs. 1 der SektVO sei das grundsätzlich bei Sektortätigkeiten, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind, möglich. Der Begriff **Level-Playing-Field** stammt aus dem europäischen Wettbewerbsrecht und bedeutet kurz gesagt schlicht: **Chancengleichheit** für alle auf einem Gebiet. Dies würde zu einer Gleichberechtigung und im Ergebnis zu einer weiteren Stärkung der gemeindewirtschaftlichen Betätigung führen.

Mit Durchführungsbeschluss vom 24.4.2012 hat die Europäische Kommission, Az: C(2012) 2426, die deutschen Sektorenauftraggeber, also unter anderem auch Stadtwerke, für den Bereich der konventionellen Energien, partiell in der vom BKartA eben beschriebenen Weise von der **Anwendung des Vergaberechts** freigestellt. Dazu stellt die Kommission fest (Rdn. 41), es könne davon ausgegangen werden, dass eine Tätigkeit unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sei, soweit sie die Erzeugung und den Großhandel von konventionellem Strom in Deutschland betreffe. Dies gelte jedoch nicht für die Erzeugung und den Erstabsatz von EEG-Strom (Rdn. 43).

4. In-House-Problematik. Während es also im Bereich der Tätigkeit von Kommunen, die im unmittelbaren Wettbewerb mit nicht kommunalen Unternehmen stehen, erste Lockerungen gibt, betrachten die Gerichte Auftragsvergaben kommunaler Betriebe untereinander zunehmend restriktiv. Exemplarisch für die „In-House-Problematik“ soll daher kurz auf die Leitentscheidung des OLG Hamburg vom 14.12.2010, Az: 1 Verg 5/10, und die anschließende Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (28.07.2011, Az: VII-Verg 20/11) sowie des OLG Frankfurt (30.08.2011, 11 Verg 3/11) eingegangen werden. Was ist eine In-House-Vergabe?

In-House-Vergabe: Unter einer In-House-Vergabe oder einem In-House-Geschäft versteht man im Vergaberecht die Vergabe eines öffentlichen Auftrages, beispielsweise einer Dienstleistung durch einen



öffentlichen Auftraggeber an einen rechtlich selbständigen Dritten, der aber von dem öffentlichen Auftraggeber kontrolliert wird.

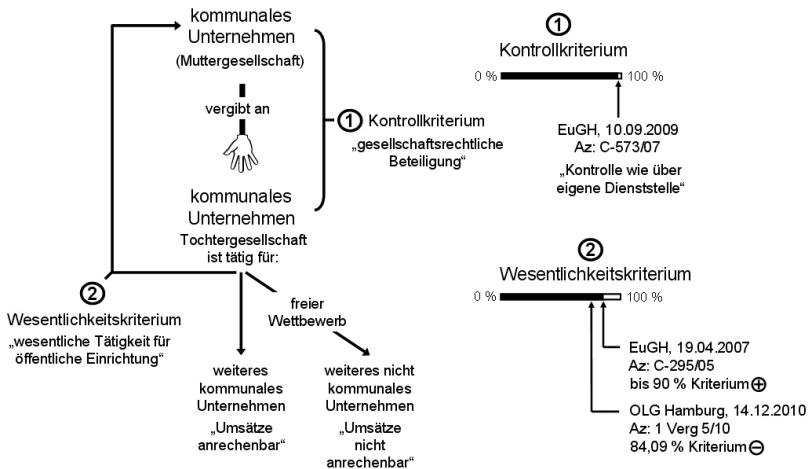
In dem Fall, den das OLG Hamburg zu entscheiden hatte, ging es um die Vergabe von **vier Aufgaben aus dem Abwicklungsmanagement** Strom, und zwar um die Organisation der Wechselfprozesse, das Netznutzungsmanagement, die Abrechnung und das Bilanzkreismanagement jeweils für die eigenen Gebäude und Liegenschaften. Der Auftragswert belief sich auf jährlich € 600.000 (so der Beschluss des OLG Hamburg vom 14.12.2010, Az: 1 Verg 5/10, Rdn. 2). Mit diesen Serviceleistungen beauftragte der Hamburger Senat die Hamburg Energie GmbH (dazu: www.welt.de, 21.6.2011). Die Hamburg Energie GmbH wurde 2009 als Tochter der Hamburger Wasserwerke GmbH gegründet, die wiederum zu 100 Prozent in städtischer Hand ist (so www.hamburgenergie.de).

In-House-Vergaben sind nicht grundsätzlich unzulässig. Entscheidend sind zwei Kriterien: das **Beherrschungskriterium** und das Wesentlichkeitskriterium. Beim Beherrschungskriterium oder auch Kontrollkriterium geht es um das gesellschaftsrechtliche Verhältnis von Muttergesellschaft (hier die Stadt), Tochter (hier die H... W... GmbH) und Enkel-Gesellschaft (hier die Beigeladene). Kontrolliert die Muttergesellschaft zu 100 Prozent die Tochter- oder Enkelgesellschaft, ist das Kriterium erfüllt, die In-House-Vergabe wäre zulässig. Sinn und Zweck des Kontrollkriteriums ist der Vergleich mit einem Eigenbetrieb. Eine 100-prozentige Tochter der Gemeinde wird von dieser geführt und kontrolliert wie ihre eigene Dienststelle, kann deshalb einem Eigenbetrieb gleichgestellt werden. Das OLG Hamburg hat das Kontrollkriterium im Ergebnis bejaht (Rdn. 44 bis 50). Wie ist es nun mit dem zweiten Kriterium, dem **Wesentlichkeitskriterium**?

Sinn und Zweck des Wesentlichkeitskriteriums ist es, den Kommunen einen gewissen Spielraum zu geben. Dieses Kriterium geht zurück auf die „Carbotermo“-Entscheidung des EuGH vom 11.5.2006, Az: C-340/04. Danach müsse das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber erbringen. Das sei der Fall, wenn das Unternehmen hauptsächlich für den öffentlichen Auftraggeber tätig werde und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist. Wann ist nun eine Tätigkeit nebensächlich? Wann ist eine Kommune im Wesentlichen für eine öffentliche Einrichtung tätig? Dies präzisierte der EuGH im Rahmen des „Asemfo“-Urteils vom 19.04.2007, Az: C-295/05. Aus dieser Entscheidung stammt die noch zulässige 90 Prozentmarke, denn das kommunale

Unternehmen verrichtete durchschnittlich über 55 Prozent seiner Tätigkeiten für autonome Regionen und knapp 35 Prozent für den Staat. Wie war es nun in Hamburg? Dort trug die Beigeladene vor, sie erziele 90,5 Prozent ihrer Umsätze innerhalb des Stadtgebietes der Antragsgegnerin und 9,5 Prozent außerhalb. Von den Umsätzen innerhalb des Stadtgebietes der Antragsgegnerin entfielen 84,09 Prozent auf Umsätze mit öffentlichen Einrichtungen und 15,91 Prozent auf Umsätze mit Privatkunden. Wendet man das **Wesentlichkeitskriterium** allein auf die Umsätze inner- und außerhalb des Stadtgebietes an, wäre das Wesentlichkeitskriterium erfüllt, die Vergabe eines In-House-Geschäfts also nicht ausschreibungspflichtig.

Mit Blick auf die Umsätze mit Privatkunden führte die Antragsgegnerin (Stadt) aus, die Energieversorgung sei immer noch Bestandteil der Daseinsvorsorge (Rdn. 30); die Umsätze, die die Beigeladene mit Privatkunden erwirtschaftete, seien daher den Umsätzen aus Beziehungen mit den öffentlichen Einrichtungen hinzuzuzählen (Rdn. 56). Dem folgte das OLG nicht, sondern entschied, dass die Umsätze mit den Privatkunden als **Umsätze mit Dritten** zu betrachten seien. Auch auf eine etwaige Erbringung im Rahmen der Daseinsvorsorge komme es nicht an, weil diese Aufgabe dem Stadtstaat jedenfalls nicht mehr exklusiv zugewiesen sei (Rdn. 60). Schließlich (so das OLG Hamburg weiter, Rdn. 64) sei die Beigeladene im September 2009 ausdrücklich mit dem Ziel gegründet worden, nicht nur ihre eigenen öffentlichen Einrichtungen mit ökologisch erzeugtem Strom zu versorgen, sondern auch die Einwohner der Stadt.



Auch das OLG Düsseldorf verneinte am 28.7.2011, Az: VII-Verg 20/11, in seiner Entscheidung mit Bezug auf die Entscheidung aus Hamburg das Wesentlichkeitskriterium (Rdn. 75), gefolgt vom OLG Frankfurt am 30.08.2011, Az: 11 Verg 3/11, das klarstellt, dass Umsätze aus der Teilnahme am freien Wettbewerb im liberalisierten Energiemarkt keine anrechenbaren Umsätze im Rahmen des Wesentlichkeitskriteriums sind (Rdn. 43).