

OLG Frankfurt zur Inhouse-Vergabe bei Stadtwerken

# Das Wesentlichkeitskriterium und seine Folgen

Die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Frankfurt vom 30.8.2011 (Az.: 11 Verg 3/11) hatte die Auftragsvergabe einer hessischen Gemeinde an ihre Stadtwerke-GmbH im Bereich der Trinkwasserversorgung zum Gegenstand. Ursprünglich hatte die Gemeinde in den 90er Jahren einen Konzessionsvertrag mit ihrer privatisierten Stadtwerke-GmbH geschlossen. Die Stadtwerke-GmbH verpflichtete sich darin, die zur Versorgung notwendigen Anlagen zu erstellen sowie die Versorgung mit Trink- und Brauchwasser im Stadtgebiet zu übernehmen.

## Trinkwasser wieder öffentlich-rechtlich

Im Jahre 2010 schließlich beschloss die Gemeinde ihre Trinkwasserversorgung wieder in öffentlich-rechtlicher Form auszugestalten. Dazu errichtete sie einen kommunalen Eigenbetrieb und pachtete die Anlagen und das Wasserversorgungsnetz der Stadtwerke-GmbH. Im Gegenzug beauftragte die Gemeinde die Stadtwerke-GmbH zur Betriebsführung des städtischen Wasserversorgungsbetriebs. Hiergegen wandte sich ein privatwirtschaftliches Wasserversorgungsunternehmen.

Der hessische Vergabesenat hatte im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens unter anderem zu prüfen, ob zwischen der Gemeinde und ihrer Stadtwerke-GmbH ein vergaberechtes Inhouse-

Geschäft vorliegt. Problematisch war insoweit das zwingend erforderliche Wesentlichkeitskriterium. Ein Inhouse-Geschäft setzt neben der Kontrolle des Auftragnehmers durch die Vergabestelle voraus, dass die Tätigkeit der auftragnehmenden Stelle im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber erfolgt.

Insoweit hat der Europäische Gerichtshof (11.5.2006, Az.: C-340/04 „Carbotermo“) klargestellt, dass der Umsatz ausschlaggebend ist, den das fragliche Unternehmen aufgrund der Vergabentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erzielt, und zwar einschließlich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird, ohne dass die Person des Begünstigten – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen – von Bedeutung wäre. Auch komme es nicht darauf an, wer das betreffende Unternehmen vergütet. Nach diesen Kriterien, so die Frankfurter Richter, könnten gegebenenfalls die Umsätze, welche die Stadtwerke-GmbH im Bereich der Trinkwasserversorgung durch die Belieferung von Endabnehmern als mit der Gemeinde erzielte Umsätze berücksichtigt werden.

Etwas anderes gilt jedoch für die Umsätze, welche die Stadtwerke-GmbH durch die Belieferung von Endkunden mit Strom und Gas erzielt. Diese Umsätze erzielt die Stadtwerke-GmbH nicht aufgrund einer Vergabentscheidung der Gemeinde, sondern auf Grund ihrer Entscheidung als Unternehmen im libera-



Vergibt eine Kommune die Wasserversorgung an Dritte, muss geprüft werden, ob dies vergaberechtes erfolgen kann.

FOTOS DAPD

lisierten Energiemarkt am freien Wettbewerb teilzunehmen. Soweit sie ihre Umsätze – zum ganz überwiegenden Teil – im freien Wettbewerb erzielt, sind sie der Gemeinde nicht zuzurechnen. Denn das Erfordernis, dass die fragliche Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Körper-

schaft oder die Körperschaften verrichten muss, die ihre Anteile innehaben, soll sicherstellen, dass eine direkte Vergabe ausgeschlossen ist, wenn ein von einer oder mehreren Körperschaften kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in Wettbe-

werb treten kann. Dementsprechend hat der hessische Vergabesenat angenommen, dass nur die Umsätze anrechenbar seien, welche die Stadtwerke-GmbH auf dem Gebiet Trinkwasserversorgung im Gemeindegebiet erzielt. Diese waren jedoch im Vergleich zum Gesamtumsatz der Stadtwer-

ke-GmbH mit deutlich weniger als 10 Prozent sehr gering, so dass die Voraussetzungen einer vergaberechtes Inhouse-Vergabe nicht vorlagen.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner.

OLG Düsseldorf zur öffentlichen Aufgabenerfüllung von Städten und Gemeinden

## Interkommunale Zusammenarbeit

Mit Beschluss vom 28.7.2011 (Az.: Verg 20/11) hat das Oberlandesgericht Düsseldorf grundsätzlich betätigt, dass nicht nur Inhouse-Geschäfte, sondern auch eine bestimmte Art kommunaler Zusammenarbeit und zwar ungeachtet der Rechtsform vergaberechtes sein kann. Dem nordrhein-westfälischen Vergabesenat erscheint es deshalb nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vom 9.6.2009 (Az.: C-480/06 „Stadtreinigung Hamburg“) zur kommunalen Zusammenarbeit als nicht von vornherein ausgeschlossen zu sein, Inhouse-Vergaben und kommunale Zusammenarbeit derart miteinander zu kombinieren, dass eine Eigengesellschaft eines kommunalen Partners mit anderen Kommunen im Sinne der europäischen Rechtsprechung vergaberechtes zusammenarbeiten kann.

### Kooperation bei öffentlichen Aufgaben

Allerdings weisen die Düsseldorfer Richter zu Recht darauf hin, dass die Reichweite der europäischen Rechtsprechung noch ungeklärt ist. Selbst wenn aber eine derartige vergaberechtes interkommunale Zusammenarbeit zugelassen würde, so setzt dies nach Meinung des nordrhein-westfälischen Vergabesenats voraus, dass diese Zusammenarbeit im Wesentlichen öffentliche Aufgaben betrifft. Öffentliche Aufgaben werden von der Zusammenarbeit nicht mehr allein oder im Wesentlichen betroffen, wenn sich die Zusammenarbeit in nicht erheblichem Umfang auf andere Gegenstände bezieht. Insoweit bietet es sich an, die Grundsätze des Europäischen Gerichtshofes zu übertragen, dass eine Einheit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig werden muss.

Dies wird nach Auffassung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf

dadurch bestätigt, dass es nach dem Europäischen Gerichtshof unerheblich sein soll, wie die Zusammenarbeit durchgeführt wird, über gemeinsame Tochtergesellschaften oder anderweitig. Die europäischen Richter haben das Erfordernis, dass eine von dem öffentlichen Auftraggeber beherrschte Gesellschaft im Wesentlichen nur für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist, daraus hergeleitet, dass andernfalls eine Verfälschung des Wettbewerbs drohe und der Inhouse-Auftragnehmer mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten könne. Dies soll unabhängig davon gelten, ob es sich um eine Inhouse-Vergabe oder um eine sonstige interkommunale Zusammenarbeit handelt. Dann aber müssten dieselben Grundsätze für eine Marktausrichtung gelten, so der nordrhein-westfälische Vergabesenat.

Die bestehende Rechtsunsicherheit im Bereich der interkommun-

alen Zusammenarbeit hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (6.7.2011, Az.: Verg 39/11) auch dazu veranlasst, dem Europäischen Gerichtshof hierzu eine Frage zur Entscheidung bzw. Auslegung vorzulegen. So will der nordrhein-westfälische Vergabesenat wissen, ob auch ein Vertrag zwischen zwei Gebietskörperschaften, durch den eine von ihnen der anderen eine eng begrenzte Zuständigkeit gegen Kostenersatz überträgt, ein vergaberechtes öffentlicher Auftrag sei, insbesondere dann, wenn die übertragenen Aufgaben nicht die hoheitliche Tätigkeit als solche, sondern nur Hilfsgeschäfte (zum Beispiel Gebäudereinigung) betrifft. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für diesen praxisbedeutsamen Aspekt der interkommunalen Zusammenarbeit dürfte von Städten und Gemeinden mit großer Spannung erwartet werden.

> HOLGER SCHRÖDER



Wenn eine Kommune für die andere zum Beispiel die Gebäudereinigung übernimmt, muss geprüft werden, ob dies dem Vergaberecht unterliegt.



## 9. Nürnberger Vergaberechtstag am 8. Dezember 2011

Der Nürnberger Vergaberechtstag hat sich mittlerweile als „der Treff“ für Beschaffer und Vergabepraktiker in Bayern etabliert. Nutzen auch Sie die Gelegenheit zu aktuellen Vergabethemen mit Entscheidungsträgern aus Politik, Wirtschaft und Verwaltung sowie renommierten Top-Vergabexperten zu diskutieren.

### Diese Themen erwarten Sie:

- > Grüne Beschaffung am Beispiel von energieeffizienten und schadstoffarmen Kraftfahrzeugen
- > Die Grenzen der Zulässigkeit von Aufklärungsgesprächen und Verhandlungen im Vergabeverfahren
- > Die Vergabehandbücher des Freistaates Bayern für die Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen als wichtige Hilfsmittel für die Vergabepaxis
- > Möglichkeiten der Direktvergabe im straßengebundenen ÖPNV
- > Innovative Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen?

### Termin

Donnerstag, 8. Dezember 2011  
09:00 – 15:30 Uhr

### Veranstaltungsort

DB-Museum Nürnberg  
Lessingstr. 6 | 90443 Nürnberg

### Tagungsgebühr

150 EUR zzgl. 19 % MwSt. Abonnenten der Bayerischen Staatszeitung erhalten 50 % Nachlass.

Weitere Informationen finden Sie unter [www.roedl.de/seminare](http://www.roedl.de/seminare).

### Ihr Ansprechpartner

Rödl & Partner GbR  
Frau Peggy Kretschmer  
Äußere Sulzbacher Straße 100 | 90491 Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 02  
E-Mail: [peggy.kretschmer@roedl.de](mailto:peggy.kretschmer@roedl.de)

Rödl & Partner