

# **Strombezug und Vergaberecht - Rechtlicher Rahmen und Empfehlungen zur Gestaltung der Vergabe bei öffentlichen Auftraggebern**

**Aktualisiertes Referat zum Tagesseminar  
"Strommarkt im Umbruch: Neue Rahmenbedingungen und Strategien für Kommunen"  
am 14. Juni 2000 in Wiesbaden**

**Johannes-Ulrich Pöhlker  
Referent beim Hessischen Städte- und Gemeindebund**

## Übersicht

1. Energierechtsreform 1998
2. Einkauf von Strom als vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang
  - 2.1 Lieferung der Ware "Strom"
  - 2.2 Abschluss eines entgeltlichen Vertrags mit einem Dritten
3. Innerstaatliches und europaweites Beschaffungs- bzw. Ausschreibungsverfahren
  - 3.1 Innerstaatliches Ausschreibungsverfahren
  - 3.2 Europaweites Ausschreibungsverfahren
4. Kommunale Beschaffung von Strom
  - 4.1 Kommune als Endverbraucherin
    - 4.1.1 Stromeinkauf von Dritten
    - 4.1.2 Stromeinkauf von einem mit der Kommune verbundenen Unternehmen
      - 4.1.2.1 Beschaffung des Stroms vom Eigenbetrieb
      - 4.1.2.2 Beschaffung des Stroms von einer Eigengesellschaft
      - 4.1.2.3 Strombeschaffung von einer Gesellschaft mit kommunaler Minderheitsbeteiligung
      - 4.1.2.4 Strombeschaffung von einer Gesellschaft mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung
  - 4.2 Kommunale Betriebe als Endverbraucher
  - 4.3 Kommune und kommunale Betriebe als Energieversorger
  - 4.4 Bildung kommunaler Einkaufsgemeinschaften
  - 4.5 Wahl der Ausschreibungsart
  - 4.6 Fortführung bestehender Verträge
  - 4.7 Energie- und konzessionsabgabenrechtliche Gesichtspunkte
  - 4.8 Durchführung der Ausschreibung

## **1. Energierechtsreform 1998**

Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes - EnWiG – vom 24. Juni 1998 (BGBl. I 1998 Seite 730 ff) ist die bis dahin bestehende Monopolstellung der öffentlichen Energieversorger abgeschafft worden. Vorhandene Netze sind deshalb zukünftig frei nutzbar und stehen Dritten zwecks Durchleitung von Energie (Strom) zur Verfügung: Endverbraucher, Energieversorger und Netzbetreiber werden dadurch in die Lage versetzt, Strom heute und zukünftig frei auf dem Markt einzukaufen zu können.

Kommunen sind in diesem Zusammenhang in unterschiedlicher Weise betroffen.

Einerseits können sie zwar Preisvorteile erzielen, indem sie durch Schaffung von Wettbewerb zwischen den Anbietern von Strom die Chance erhalten und nutzen, den Lieferanten frei zu wählen und den wirtschaftlichsten Preis zu ermitteln – sei es als Endverbraucher oder als Energieversorger für Dritte.

Andererseits können sie aber ihrerseits mit Energieversorgern verflochten sein, sei es in der Form von Regie- oder Eigenbetrieben, oder privatrechtlich organisierter Eigengesellschaften (etwa in Form einer GmbH) und mit diesen Stromlieferungsverträge abschließen wollen. Letztere wiederum müssen sich als Stromlieferanten die Frage stellen, ob sie bei der Beschaffung des Stroms vergaberechtlichen Bindungen unterliegen.

In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die freie Wahl des Anbieters und die Erzielung des wirtschaftlichen Strompreises ein innerstaatliches oder gar ein europaweites Ausschreibungsverfahren erfordert und wie ein solches ausgestaltet sein muss. Darüber hinaus ist insbesondere für kleine und mittlere Kommunen von Bedeutung, ob sie sich zum Zwecke der Strombeschaffung zu – kommunalen – Einkaufsgemeinschaften zusammenschließen dürfen, ohne damit gegen das Wettbewerbsrecht zu verstoßen. Schließlich sind energie- und konzessionsabgabenrechtliche Gesichtspunkte zu bedenken und zu berücksichtigen.

## **2. Einkauf von Strom als vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang**

### **2.1 Lieferung der Ware "Strom"**

Vom Vergaberecht erfasst ist die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen. Die Beschaffung – also der Einkauf – von Strom wird allgemein als eine Lieferleistung angesehen und ist deshalb beschaffungsrechtlich relevant.

Der öffentliche Auftraggeber ist grundsätzlich verpflichtet, eine solche Lieferleistungen auszuscriben – oberhalb eines bestimmten Auftragswertes europaweit und unterhalb dieses Wertes innerstaatlich.

### **2.2 Abschluss eines entgeltlichen Vertrags mit einem Dritten**

Voraussetzung dafür ist allerdings ein Beschaffungs-Vorgang, der auf den Abschluß eines entgeltlichen Vertrages mit einem Dritten gerichtet ist. Wird ein bereits geschlossener Vertrag, der eine Optionsklausel enthält, ohne Kündigung und inhaltliche Änderungen fortgeführt, fehlt es bereits an einem ausschreibungspflichtigen Sachverhalt. Änderungen des Vertragsinhaltes – wie Vertragverlängerungen oder Preisvereinbarungen – dagegen werden in der Regel über eine solche reine Fortführung des Vertragsverhältnisses - ohne Zutun des Auftraggebers - hinausgehen und einen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgang erzeugen (vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen unter Ziffer 4.6).

Schließt die Kommune einen Vertrag mit dem Eigen- bzw. Regiebetrieb oder mit einer kommunalen Gesellschaft privater Rechtsform (z.B. Stadtwerke GmbH), deren Alleingesellschafterin die Kommune ist oder deren Geschäftsanteil ihr mehrheitlich gehört und die von ihr beherrscht wird, so kann darin – in Ermangelung eines Vertragsschlusses mit einem *Dritten* ein In-sich-Geschäft bzw. ein sog. In-House-Geschäft liegen, welches keines Ausschreibungsverfahrens bedarf (vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen unter Ziffer 4.1.2 ff).

## **3. Innerstaatliches und europaweites Beschaffungs- bzw. Ausschreibungsverfahren**

Das innerstaatliche und europaweite Vergabeverfahren unterscheiden sich sowohl im Hinblick auf die Anwendungsverpflichtung (wer ist als öffentlicher Auftraggeber ausschreibungspflichtig?) als auch die rechtlichen Rahmenbedingungen voneinander.

Ob ein Vergabeverfahren - eine Ausschreibung - lediglich innerstaatlich oder auch europaweit durchgeführt werden muss, richtet sich danach, wie viel die ausgeschriebene Leistung voraussichtlich kosten wird (Schwellenwert). Der Schwellenwert - der bei Lieferleistungen 200.000 Euro (391.166 DM) bzw. bei Sektorenauftraggebern (das sind die Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Energieversorgung unmittelbar tätig ist) 400.000 Euro (782.332 DM) beträgt (§ 2 Nr. 1 und 3 Vergabeverordnung (VgV) vom 9. 1. 20001 (BGBl. I S. 100) - ist identisch mit der voraussichtlichen - geschätzten - Nettoauftragssumme. Bei Stromlieferungsverträge mit einer Laufzeit von bis zu 12 bzw. 48 Monaten wird der aus der Laufzeit ermittelte Gesamtpreis errechnet (§ 3 Abs. 3 S. 1 und 2 VgV); bei einer über 48 Monate hinausgehenden Verpflichtung oder bei unbefristeten Verträgen oder solchen mit einer Verlängerungsoption stellt der Zeitrahmen von 48 Monaten die Obergrenze dar (§ 3 Abs. 3 S. 3 VgV);

### **3.1 Innerstaatliches Ausschreibungsverfahren**

Gemäß § 30 der Hessischen Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) muss – als Konkretisierung des Haushaltsgrundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit - der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Dabei sind die Vergabegrundsätze anzuwenden, die der Minister des Innern bekannt gibt. Bei Lieferleistungen – wie dem Stromeinkauf – ist dies die Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen (VOL/A (Abschnitt 1)). Sie regelt die sog. "Umsatzgeschäfte" und erfasst damit auch die Kaufverträge über Stromlieferungen. Ausschreibungspflichtig ist die Gemeinde insoweit deshalb, weil sie – haushaltsrechtlich – an die Vorschriften der Gemeindehaushaltsverordnung gebunden ist. Für Eigenbetriebe besteht eine solche Verpflichtung mangels Verweisung im Eigenbetriebsgesetz im Bundesland Hessen nicht: Für sie kann eine – innerstaatliche – Ausschreibungsverpflichtung – außer bei der Gewährung von Zuschüssen – nur durch eine interne Dienstanweisung begründet werden. Auch die kommunalen Gesellschaften als wirtschaftliche Unternehmen in privater Rechtsform, die von den Kommunen selbst getragen werden oder an denen die Kommunen maßgeblich beteiligt sind, sind nicht an die Vorschriften der GemHVO gebunden und unterliegen unterhalb der Schwellenwerte ebenfalls keiner Ausschreibungsverpflichtung, es sei denn, die Ausschreibungsverpflichtung ist diesen durch Satzungsbestimmung oder im Falle von staatlichen Zuschüssen im jeweiligen Zuschussbescheid oder –vertrag auferlegt worden.

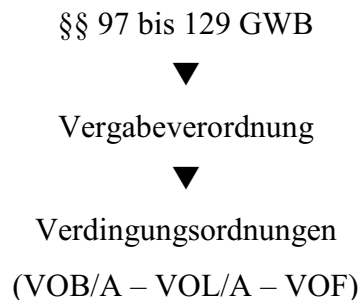
### **3.2 Europaweites Ausschreibungsverfahren**

Bei Erreichen und Überschreiten der Schwellenwerte müssen Vergabeverfahren – wie erwähnt – europaweit durchgeführt werden. Das europaweite Vergabeverfahren unterscheidet sich in erheblicher Weise vom innerstaatlichen Verfahren.

Bis zum 31. 12. 1998 regelte § 57 a bis c Haushaltsgrundsatzgesetz i.V.m. der Vergabeverordnung (= Bestimmung der Anwendung der VOB/A; VOL/A und VOF) und der Nachprüfungsverordnung (= Überwachungsverfahren durch Vergabepflichtstelle und Vergabeüberwachungsausschuss als Beschwerdeinstanz) die Voraussetzungen sowie die Durchführung des europaweiten Ausschreibungsverfahrens von Bau-, Dienst- und - hier relevant - Lieferleistungen.

Ab dem 1. 1. 1999 sind an die Stelle dieser Vorschriften die §§ 97 bis 129 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – vom 26. 8. 1998 (BGBl. I S. 2546 i.d.F. vom 22. 12. 1999 (BGBl. I S. 2626) - getreten. Sie stellen eine Abkehr von der durch das Haushaltsgrundsatzgesetz bestimmten haushaltsrechtlichen Lösung dar und geben den Bietern wie auch Unternehmen erstmals einen subjektiven gesetzlichen Anspruch auf Einhaltung der Vergabestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A), der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) und der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Aufgrund der §§ 97 Abs. 6 und 127 GWB ist die VgV erlassen worden.. Sie verweist – im Hinblick auf die hier relevanten Lieferleistungen - auf die Anwendung der Vergaberegeln der VOL/A hin (§§ 4, 7 VgV).

Regelungstechnisch hält auch das europäische Vergaberecht am sogenannten **Kaskadenprinzip** fest: Die Vorschriften des GWB enthalten – neben der Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens – allgemeine bieterschützende Regelungen, die Festlegung des ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftraggebers sowie eine Ermächtigung zum Erlass einer Vergabeverordnung. Diese verweist – differenziert nach der Auftraggebereigenschaft und dem jeweiligen Leistungsbereich – auf die anzuwendenden Abschnitte der VOB/A und VOL/A sowie die VOF.



Die bis zum 31. 12. 1998 gültige Nachprüfungsverordnung ist obsolet geworden, da das Nachprüfungsverfahren nunmehr abschließend in §§ 102 bis 124 GWB geregelt ist: Es wird durch Anrufung der Vergabekammer (in Hessen: beim RP Darmstadt) eingeleitet (§§ 107 – 115 GWB) und nach Einlegung der Beschwerde durch die unterlegene Partei als Beschwerdeverfahren beim Oberlandesgericht fortgeführt (§§ 116 – 124 GWB). Darüber hinaus wird den Parteien im Hinblick auf die Gestattung einer Zuschlagserteilung vor einer Entscheidung in der Hauptsache ein differenziertes und rechtlich kompliziertes Vorab- bzw. Eilverfahren eröffnet. Grund dafür ist, dass nach Zustellung des Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer der Auftraggeber den Zuschlag – zunächst - nicht mehr erteilen darf (§ 115 Abs. 1 GWB)

Wer Auftraggeber – und damit ausschreibungspflichtig – ist, bestimmt § 98 GWB. Anders als beim – rein haushaltsrechtlich strukturierten – innerstaatlichen Vergabeverfahren werden davon nicht nur die klassischen öffentlichen Auftraggeber (Bund, Länder und Gemeinden) erfasst. Vielmehr erstreckt sich die Ausschreibungsverpflichtung des öffentlichen Auftraggebers oberhalb des Schwellenwertes auch auf –öffentliche – juristische Personen des privaten Rechts (etwa in Form von Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Genossenschaften).

§ 98 Nr. 1 GWB erfasst die klassischen öffentlichen Auftraggeber. Hierzu gehören die Gebietskörperschaften (Kreise und Kommunen) sowie deren Sondervermögen (Regie- bzw. Eigenbetriebe). Hinzu kommen (Nr. 2) die juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet worden sind, im Allgemeininteresse

liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen und die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, wie etwa die kommunalen Eigen- oder öffentlich beherrschten Beteiligungsgesellschaften (z.B. Stadtwerke GmbH). Schließlich gehören auch die kommunalen Verbände, an denen Gebietskörperschaften beteiligt sind (wie z.B. Abwasserverbände), zu den öffentlichen Auftraggebern (Nr. 3). Neben diesen klassischen öffentlichen Auftraggebern sind auch die mehrheitlich von der öffentlichen Hand beherrschten öffentlichen Unternehmen in privater Rechtsform öffentliche Auftraggeber (Nr. 4); die unter Berücksichtigung der Erbringung von Bau- und Dienstleistungen in Nr. 5 und 6 genannten öffentlichen Auftraggeber sind im Zusammenhang mit der Lieferung von Strom nicht von Bedeutung.

Ob die Gemeinde, der Eigenbetrieb oder die kommunale Eigengesellschaft den Einkauf von Strom ausschreiben müssen, richtet sich also beim innerstaatlichen Verfahren – unterhalb des Schwellenwertes - nach § 30 Gemeindehaushaltsverordnung und der VOL/A (Abschnitt 1)

Konkretisierung des Vergabeverfahrens  
Im Sinne der GemHVO

durch

Vergabeerlasse (§ 30 Abs. 2 GemHVO)  
(Anwendung der VOB/A und VOL/A – Abschnitte 1)

+

Ergänzende Erlasse  
sowie  
Gemeinsame Runderlasse

und beim europaweiten Verfahren – bei Erreichen und oberhalb des Schwellenwertes - nach den Vorschriften des GWB i.V.m. der Vergabeverordnung unter Hinzuziehung der VOL/A – (Abschnitt 2 oder – unter Berücksichtigung des §§ 7 Abs. 2 Nr.1 i.V.m. 8 Nr. 2 VgV – Abschnitt 4). Die VOL/A regelt - wie erwähnt - die sog. "Umsatzgeschäfte" und erfasst damit auch die Kaufverträge über Stromlieferungen.

#### **4. Kommunale Beschaffung von Strom**

Kaufen eine Kommune, ein Regie- oder Eigenbetrieb bzw. eine kommunale Eigengesellschaft Strom zur Versorgung ihrer eigenen Einrichtungen und Gebäude, so treten sie als Endverbraucher auf: Sie können aber auch als Energieversorger für Dritte agieren und Strom zum Zweck der Weiterveräußerung einkaufen. Vergaberechtlich sind die beiden Handlungsformen unterschiedlich zu behandeln.

##### **4.1 Kommune als Endverbraucherin**

Beim Einkauf von Strom zum Zwecke des Eigenverbrauchs (zum Betrieb der öffentlichen Einrichtungen) stellt sich insbesondere die Frage, ob ein europaweites und zwangsläufig auch innerstaatliches Ausschreibungsverfahren auch dann besteht, wenn der Vertragspartner – der Stromlieferant – "auf die eine andere Weise" mit der Kommune rechtlich verbunden ist.

#### **4.1.1 Stromeinkauf von Dritten**

Kauft die Kommune Strom oberhalb des Schwellenwertes zum Zwecke des Eigenverbrauchs, so ist sie öffentliche Auftraggeberin i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB. Ein Vertragsabschluß mit einem Energieversorger, an dem die Kommune nicht beteiligt ist, stellt einen Beschaffungsvorgang nach § 97 GWB dar und muß europaweit im Wege des Offenen Verfahrens ausgeschrieben werden. Entsprechendes gilt auch für das innerstaatliche Verfahren im Wege Öffentlicher Ausschreibung.

#### **4.1.2 Stromeinkauf von einem mit der Kommune verbundenen Unternehmen**

Trifft dies auch dann zu, wenn der Stromlieferant – der Vertragspartner – der Kommune bzw. des kommunalen Unternehmens mit dieser bzw. diesem wirtschaftlich verbunden ist? Muß auch in einem solchen Fall ein formales Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden oder darf die Kommune den Stromlieferungsvertrag unmittelbar – quasi freihändig – mit "ihrem" kommunalen Unternehmen abschließen?

##### **4.1.2.1 Beschaffung des Stroms vom Eigenbetrieb**

Sofern der Eigenbetrieb der Kommune den Strom liefert, ist ein vorgeschaltetes Ausschreibungsverfahren nach einhelliger Meinung nicht erforderlich: Der Eigenbetrieb stellt – in Ermangelung einer eigenen Rechtspersönlichkeit - rechtlich ein unselbständiges Sondervermögen der Gemeinde dar. Der Vertragsschluß ist damit lediglich ein Organisationsakt oder ein sogenanntes Insichgeschäft. Die beiden Vertragspartner sind quasi identisch. Solche Organisationsakte und Insichgeschäfte unterliegen aber nicht dem Vergaberecht. Dies gilt erst recht für den Fall, daß der Vertragspartner der Regiebetrieb der Gemeinde ist.

Diese Auffassung wird auch von der EU-Kommission - als Ergebnis eines Gesprächs mit den kommunalen Spitzenverbänden - geteilt. Weder bezogen auf den Gründungsakt des Eigenbetriebes noch bezogen auf dessen "Beauftragung" zur Erbringung einer Leistung sei das Vergaberecht anzuwenden, da sowohl bei nationalen Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte als auch oberhalb der EU-Schwellenwerte ein vom Vergaberecht vorausgesetztes Vertragsverhältnis (vgl. § 99 Abs. 1 GWB: "Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen....") nicht vorliege. Der Eigenbetrieb sei mit der Kommune als Auftraggeberin rechtlich identisch, gehöre also derselben juristischen Person an. Ein Vertragsverhältnis scheidet daher aus, wobei es keine Rolle spiele, ob über den Austausch einer Leistung und die Einzelheiten der Abwicklung eine Vereinbarung zwischen der Kommune und ihrem Eigenbetrieb getroffen werde. Diese ändere an der Personenidentität von Kommune und Eigenbetrieb nichts. Zwar ist die Meinung der EG-Kommission nicht verbindlich maßgebend, da die EU-Richtlinie durch den Rat erlassen wird. Andererseits kommt der von der EG-Kommission vertretenen Auffassung (Auslegung) schon deshalb erhebliches Gewicht zu, weil sie am Rechtsetzungsverfahren beteiligt und für den Erlass von Durchführungsbestimmungen zuständig sowie das zur Überwachung der Einhaltung des EU-Vertrages und der aufgrund des Vertrages getroffenen Bestimmungen eingesetzt ist.

##### **4.1.2.2 Beschaffung des Stroms von einer Eigengesellschaft**

Entsprechendes gilt, wenn die Kommune den Strom von einem eigenen kommunalen Unternehmen privaten Rechts, also einer zu 100% im Eigentum der Kommune befindlichen und damit beherrschten Eigengesellschaft – z.B. einer Stadtwerke GmbH - beziehen will.

Dies ist in der jüngeren Vergangenheit durchaus kontrovers diskutiert worden.

Von denjenigen, die eine Ausschreibungspflicht verneinten, wurde die Auffassung vertreten, bei Gesellschaften mit einer solchen Mehrheitsbeteiligung handele es sich – wie im Falle des Eigenbetriebs - nicht um Dritte. Das Kriterium der Privatrechtsform – der eigenen Rechtspersönlichkeit – schließe es nicht aus, ein In-House-Geschäft (In-House-Geschäft; obwohl dieser Begriff terminologisch dem Leistungsverhältnis zwischen einer Kommune und ihrem rechtlich unselbständigen Eigenbetrieb zuzuordnen ist, wird er auch im Zusammenhang mit den selbständigen Gesellschaftsformen verwendet) anzunehmen: Die Gesellschaft sei Teil der Kommune und die Beauftragung – wie beim Eigenbetrieb - ein interner Organisationsakt. Außerdem könne es keinen Unterschied machen, ob eine Kommune ihre Aufgaben selbst oder durch eine – ausgegliederte – Gesellschaft erledige, die sie zu 100% beherrsche. Dies habe zur Folge, dass auch in diesem Falle ein Auftrag i.S.d. Vergaberechts nicht vorläge.

Als weiteres Argument gegen eine Ausschreibungspflicht wurde auf die ansonsten bestehenden Verfehlung des Gesellschaftszwecks abgestellt: Kaufe die Kommune den Strom im Interesse des Allgemeinwohls und im Rahmen bzw. zum Zwecke der Erfüllung ihrer kommunalen Daseinsvorsorge von der Eigengesellschaft, so mache sie damit lediglich von ihrem – ihr gemäß Artikel 28 Abs. 2 Grundgesetz eingeräumten - Organisationsermessen Gebrauch. Sei ein städtisches Unternehmen aber gerade zu dem Zweck gegründet worden, hoheitliche Aufgaben zu erfüllen, so würde die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens mit der Folge, dass gerade dieses Unternehmen bei der Wertung nicht "zum Zuge kommen würde" in letzter Konsequenz dem Gründungszweck zuwiderlaufen. Dies wurde insbesondere auf Seiten der Kommunalen Spitzenverbände als Grund dafür angesehen, von einem formalen Ausschreibungsverfahren absehen und die Leistung freihändig vergeben zu dürfen. Ob ein privates Unternehmen die Tätigkeit der kommunalen Eigengesellschaft erfüllen könnte, sei dabei ebenso wenig von Belang wie der Umstand, dass der kommunale Aufgabenträger auch andere Tätigkeiten – wie etwa die Versorgung gewerblicher Kunden - ausübe (EuGH – Urteil vom 10. November 1998 – AZ: C-360/96).

Auch die Deckung des Eigenbedarfs außerhalb der Daseinsvorsorge sei nicht anders zu beurteilen: Werde die Kommune gezwungen, die Ware "Strom" für den eigenen Verbrauch in einem solchen Falle auszuschreiben, bestände ebenfalls die Gefahr, dass der eigenen Gesellschaft der Auftrag nicht erteilt werden dürfte und der Gesellschaftszweck verfehlt würde. Es könne keinen Unterschied machen, ob die Kommune den Strom vom Eigenbetrieb oder der kommunalen Eigengesellschaft beziehe: Trete der Regie- oder Eigenbetrieb als Lieferant auf, so liege darin nach einhelliger Meinung keine Auftragserteilung an einen Dritten: Ein Ausschreibungsverfahren sei nicht erforderlich. Dies für ein städtisches Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH oder AG anders zu beurteilen, würde dem Verständnis von kommunaler Wirtschaft nicht gerecht werden. Das Wahlrecht zwischen der öffentlich- und privatrechtlichen Rechtsform und damit der Organisationsprivatisierung durch Einschaltung Privater bei der Wahrnehmung von Aufgaben, die in der Verantwortung der Kommune als Verwaltungsträger bleiben (sog. "contracting out" oder "Public-Private-Partnership"), beruhe auf der Annahme, dass es sich dem Wesen nach um gleichwertige Arten der Betätigung handele, bei der ausschließlich praktische und fiskalische Überlegungen im Vordergrund stehen. Diese unterschiedlichen Betätigungsformen vergaberechtlich unterschiedlich zu behandeln, entspräche einer Abwendung vom bisherigen Verständnis, eine kommunale Eigengesellschaft letztlich als die in privatrechtlicher Form organisierte Kommune anzusehen, wie dies beim Regie- oder Eigenbetrieb ohne weiteres der Fall ist. Es wäre in der Tat widersprüchlich, den Kommunen einerseits die Möglichkeit zu eröffnen, sich im Rahmen der Erfüllung öffentlicher

Aufgaben der Rechtsformen des Privatrechts – zu bedienen und sie andererseits im Falle der Wahrnehmung dieser Möglichkeiten dem Vergaberecht zu unterwerfen.

Die Gegenmeinung – welche die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens forderte – hat die Gleichsetzung der Regie- bzw. Eigenbetriebe mit den Eigengesellschaft verneint, weil dies in den Vergabeordnungen keine Stütze finde und die Anwendung von Vergaberecht nicht die Selbstverwaltungsautonomie der Kommunen tangiere, über die Rechtsform zu entscheiden, in der sie die Aufgaben der Daseinsvorsorge zu erfüllen gedenken. Nach einem Urteil des Schleswig – Holsteinischen Obergerverwaltungsgerichts vom 24. Juni 1998 (AZ: 2 L 113/97) – auf welches sich die Vertreter dieser Ansicht stützen – soll der Umstand, dass eine kommunale Eigengesellschaft zu einem bestimmten Zweck gegründet worden ist, der Kommune nicht ohne weiteres das Recht geben, von einem Ausschreibungsverfahren absehen zu dürfen. Die Entscheidung – die sich mit der haushaltsrechtlichen Problematik der Rechtmäßigkeit einer Gebührenkalkulation befasst – lässt sich allerdings nicht ohne weiteres auf den vergaberechtlich ausschließlich relevanten Gesichtspunkt der Vergabe einer Leistung an einen Dritten sowie die mit der Ausschreibungsverpflichtung einhergehende Verfehlung des Gesellschaftszwecks übertragen.

Anders hat dies – in einem vergleichbaren Fall – denn auch das Obergerverwaltungsgericht Münster gesehen, wonach in dem Fall, in dem die Gründung einer Gesellschaft zu einem bestimmten Zweck erfolgt, die Beauftragung eines Dritten – und damit auch die Durchführung einer Ausschreibung – den Gesellschaftszweck verfehlen würde (OVG Münster, Teilurteil vom 15. Dezember 1994, NVwZ 1995 Seite 1238).

Diese Gegenmeinung könnte – auf den ersten Blick - durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18. 11. 1999 (C-107/98 – RS "Teckal ./ Viano) "Nahrung bekommen haben". Das Gericht hatte zwar im Zusammenhang mit der Erteilung eines Lieferauftrags (Lieferung von Brennstoffen) einer Gemeinde an ein aus dieser und anderen Gemeinden bestehendes Konsortium eine Ausschreibungsverpflichtung für den Fall festgestellt, *"dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wird"*, gleichzeitig aber eine Ausnahme davon für den Fall festgestellt, das *"die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben"*. Die Anwendung der EU-Dienstleistungsrichtlinie – und damit die EU-weite Ausschreibungsverpflichtung – ist danach (nur) gegeben, wenn ein öffentlicher Auftraggeber – wie eine Gebietskörperschaft – beabsichtigt, mit einer Einrichtung, die sich formal von ihm unterscheidet und die ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über die Lieferung von Waren zu schließen (wobei unerheblich ist, ob diese Einrichtung selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht). Zumindest in den Fällen, in denen der Stromlieferant eine Eigengesellschaft der Kommune ist, die den Strom schwerpunktmäßig an die Körperschaft liefert, kann auch unter Zugrundelegung der EuGH-Entscheidung die Ausschreibungsverpflichtung entfallen.

Dies hat auch der Bundesgerichtshof unter Hinweis auf die vom EuGH aufgestellten Kriterien zu vergabefreien „In-House-Geschäften" in einem Beschluss vom 12. 6. 2001 (Az: X ZB 10/01) bestätigt und festgestellt, dass kein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB vorliegt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber alleiniger Anteilseigner des Beauftragten ist, er über diesen eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und der Beauftragte seine Tätigkeit im Wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber verrichtet. In dem vom BGH entschiedenen Fall hielt der Auftraggeber alle Geschäftsanteile an der beauftragten



GmbH (100 %). Die Auswahl der Rechtsform der GmbH für die als Eigengesellschaft anzusehende Gesellschaft biete – so der BGH - dem Auftraggeber aufgrund der ihr eigenen Organisationsstruktur auch umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten. Des Weiteren hat der BGH darauf abgestellt, dass nach dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat gebildet worden sei, dessen Mitglieder mehrheitlich aus Vertretern des Antragsgegners bestünden, dem die Geschäftsführer der Gesellschaft regelmäßig über den Gang der Geschäfte zu berichten hätten. Weiterhin war im Gesellschaftsvertrag ein Katalog von Geschäften aufgeführt, welche die Geschäftsführer nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vornehmen durften. Diese auf Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Steuerungsmöglichkeiten hat das Gericht als ausreichend dafür angesehen, dass der Auftraggeber die Gesellschaft vergleichbar einer eigenen Dienststelle kontrollieren könne. Die Gesellschaft besitze damit gegenüber dem Antragsgegner keine eigene Entscheidungsgewalt.

Darüber hinaus hat der BGH festgestellt, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit auch im Wesentlichen für den Auftraggeber verrichte, der alle ihre Geschäftsanteile inne habe. Die Gesellschaft wurde vom Auftraggeber ausschließlich zum Zwecke einer effektiven Umsetzung arbeitsmarktpolitischer und berufsbildungspolitischer Richtlinien und Programme unterhalten und ausschließlich in dessen Auftrag und nicht für Dritte tätig.

Offengelassen hat der BGH die wichtige und offene Frage, ab welchem Umfang einer Tätigkeit am Markt nicht mehr davon ausgegangen werden könne, dass ein Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für einen öffentlichen Auftraggeber ausübe und ob auch im Falle einer geringeren Beteiligung als 100 % an einer privaten Gesellschaft von einem vergabefreien „In-House-Geschäft“ gesprochen werden könne. Insoweit wird auch die für Ende 2001 angekündigte Mitteilung der Kommission zu „In-House-Geschäften“ abzuwarten bleiben.

Insgesamt ist somit festzustellen, dass im Falle des Strombezugs von einer kommunalen Eigengesellschaft keine Ausschreibung durchgeführt werden muss, sondern es sich um ein "In-House-Geschäft" handelt.. Die gilt natürlich nicht nur bei Erreichen oder Überschreiten des Schwellenwerten, sondern – erst recht – unterhalb dieser Wertgrenze. Auch diese Auffassung ist von der EG-Kommission in einem Gespräch mit den kommunalen Spitzenverbänden geteilt worden. Voraussetzung für das Absehendürfen von einer Ausschreibung ist nach Auffassung der Vertreter der Kommission allerdings, dass die Eigengesellschaft ein ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung an die Kommune, die ihre Anteile innehat, hat. Diese Voraussetzung ist für Dienstleistungsaufträge (wie z.B. im Entsorgungsbereich) in Art. 6 der EU-Dienstleistungsrichtlinie aufgestellt und durch den Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil vom 10.11.1998, Rechtssache C-107/98 (Fall Arnheim und Rheden gegen BFI) bestätigt worden. Für den Fall der Liefer- und Bauaufträge findet im nationalen Recht ergänzend § 100 Abs. 2 lit. g) GWB Anwendung. Danach kommt das Vergaberecht nicht zur Anwendung, wenn Aufträge an eine Person vergeben werden, die ihrerseits Auftraggeber ist – hierzu gehören nach § 98 Nr. 2 die kommunalen Eigengesellschaften – und ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung hat. Diese Rechtslage ist vom Europäischen Gerichtshof bestätigt worden. Für Lieferleistungen hat dieser zwar in seinem – vorstehend zitierten - Urteil vom 18.11.1999 entschieden, dass das Vergaberecht grundsätzlich auch auf Verträge zwischen einer Kommune und einem Konsortium anwendbar sei, das aus mehreren öffentlichen Auftraggebern, u. a. aus dieser Kommune besteht. Der Inhalt der Nr. 50 der Urteilsgründe beschreibt jedoch eine wichtige Ausnahme. Danach "kann etwas anderes (keine Anwendung des Vergaberechts) dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben". Bezogen auf das Tätigwer-

den einer Eigengesellschaft für die Kommune bedeutet dies, dass die Anwendung des Vergaberechts ausscheidet, wenn die Eigengesellschaft entweder ausschließlich oder im wesentlichen für die Kommune selbst oder aber in ihrem Gemeindegebiet für die Bürger der Kommune Tätigkeiten (z.B.: Entsorgungsdienstleistungen und Stromlieferungen) verrichtet. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass auch nach Auffassung der Vertreter der EG-Kommission das ausschließliche Recht bzw. die wesentliche Tätigkeit nicht nur durch Gesetz begründet werden kann (Beispiel: Die Hausmüllentsorgung ist nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz eine allein von den Kommunen wahrzunehmende Aufgabe), sondern dass dieses Recht auch aufgrund eines Gesetzes, einer Verordnung oder durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften begründet werden kann. Danach reicht auch eine kommunale Satzung bzw. ein im Gesellschaftszweck festgelegter ausschließlicher oder wesentlicher Tätigkeitsbereich, den die Gesellschaft für ihre Kommune zu erbringen hat, aus. Wann eine kommunalbeherrschte Eigengesellschaft noch im wesentlichen für die sie tragende Kommune nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18.11.1999 tätig wird, ist eine Frage des Einzelfalls. Verrichtet eine Eigengesellschaft der Kommune – in Übereinstimmung mit dem jeweiligen Gemeindefirtschaftsrecht – jedoch maßgebliche Tätigkeitsbereiche außerhalb der Gebietsgrenzen einer Gemeinde kann von einem ausschließlichen Recht bzw. von einer wesentlichen Tätigkeit für die Kommune nicht mehr gesprochen werden. In diesem Fall kann die Kommune ihre Eigengesellschaft nicht mehr "freihändig" zur Erbringung einer Leistung beauftragen, sondern ist verpflichtet, die zu vergebende Leistung auszuschreiben.

Eine abschließende gerichtliche Meinung oder ein gefestigter Diskussionsstand lassen sich zwar noch nicht feststellen, so dass der Gefahr, in ein Überprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und dem Oberlandesgericht zu geraten, unter Berücksichtigung kommunalwirtschaftlicher und kommunalpolitischer Interessen im Rahmen der Entscheidung für den einen oder anderen Weg bedacht werden muss. Tendenzen lassen sich gleichwohl erkennen, so dass die vorstehend aufgezeigte rechtliche Diskussion nachvollziehbare Wege aufzeigt.

#### **4.1.2.3 Strombeschaffung von einer Gesellschaft mit kommunaler Minderheitsbeteiligung**

Eine andere rechtliche Beurteilung könnte erforderlich werden, wenn die Kommune den Strom von einer Gesellschaft bezieht, an der sie nicht zu 100% beteiligt ist und die sie nicht beherrscht. Liegen lediglich eine Minderheitsbeteiligung und auch keine beherrschende Einflussnahme vor, so erfolgt ein Vertragsschluss mit einem Dritten und der Folge, dass ein Vertragsverhältnis im Sinne des Vergaberechts besteht. In diesem Falle besteht eine Ausschreibungsverpflichtung

#### **4.1.2.4 Strombeschaffung von einer Gesellschaft mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung**

Anders als im Falle der 100%igen Beteiligung (Eigengesellschaft) wird man bei einer Mehrheitsbeteiligung zwar nicht zwangsläufig von einem beherrschenden Einfluss der Kommune ausgehen können. Eine bloße finanzielle Mehrheitsbeteiligung reicht dafür nämlich nicht aus. Hinzukommen müssen wird – neben der Erfüllung von Aufgaben für die Kommune - ein bestimmender Einfluss auf diese mehrheitlich von ihr beherrschte Gesellschaft; insoweit wird insbesondere auch die vertragliche Ausgestaltung zu berücksichtigen sein. In solchen Fällen liegt es nahe, die – beherrschte – Gesellschaft die Eigengesellschaft nicht als Dritte im Sinne des Vergaberechts zu qualifizieren. Wie dort kann es keinen Unterschied machen, ob eine Kommune ihre Aufgabe selbst oder durch eine Gesellschaft erledigt, die sie mehrheitlich beherrscht.

Auch wenn eine Kommune eine solche gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft gründet und diese durch Finanzierung oder z. B. durch eine Mehrheit im Aufsichtsrat kontrolliert, liegt dann, wenn diese gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft aufgrund rechtlicher Vorgaben (Gesetz, Verordnung, Satzung) ein exklusives Recht zur Erbringung der Leistung für die Kommune hat, kein vergaberechtlich relevanter Sachverhalt vor. Das vom Bundesverwaltungsgericht bestätigte Urteil des OVG Schleswig-Holstein vom 24.06.1998 (AZ: 2 L 113/97) hält zwar aus gebührenrechtlichen Gründen eine Ausschreibung für erforderlich, wenn eine Kommune eine von ihr mehrheitlich beherrschte Gesellschaft mit Entsorgungsaufgaben beauftragt. Wenn die Ausschreibungspflicht verletzt worden ist und dadurch überhöhte Entgelte in die Gebührenkalkulation eingeflossen sind, sind nach Ansicht des OVG Abfallgebührenbescheide rechtswidrig (ebenso zuletzt OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 29.03.1999, 12 C II 370/98). Diese Auffassung ist jedoch bedenklich, da sie weder die vergaberechtlichen Ausnahmetatbestände noch das garantierte Recht der Gemeinden berücksichtigt, die Organisationsform frei zu wählen, in der sie ihre Aufgaben erfüllen möchte. Insofern hat das OVG Münster (NVwZ 1995, 1238) entschieden, dass bei der "Beauftragung" einer gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft, die von der Kommune beherrscht ist, keine Ausschreibungspflicht gegeben ist, da insoweit nur ein Unternehmen in Betracht komme und die Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe gegeben sind.

Insgesamt ist daher von einem "In-House-Geschäft" bei der Gründung und "Beauftragung" einer kommunal beherrschten gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft durch die Kommune auszugehen. Diese Auftragsvergabe stellt sich als interner Organisationsakt der Kommune und gerade nicht als Drittbeauftragung dar. Das Vergaberecht kommt in all den Fällen nicht zur Anwendung, in denen die gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft ausschließlich oder im wesentlichen Tätigkeiten für die Kommune entrichtet..

Im Hinblick auf die Auswahl der privaten Mitgesellschafter besteht bei gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften jedoch die Besonderheit, dass ein privater Dritter an der neu entstehenden juristischen Person des Privatrechts mit bestimmten Aufgaben beteiligt werden soll. Insofern hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Urteil vom 09. November 1993, WuW 1994, 333, entschieden, dass die Auswahl eines privaten Mitgesellschafter im Wettbewerb zu erfolgen habe. Auch wenn sich dieses Urteil vom Sachverhalt her auf eine Monopolsituation der Kommune in dem von der gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft wahrzunehmenden Aufgabenbereich (Abfallentsorgung) bezog, bietet es sich aus allgemeinen Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz des Verfahrens an, die privaten Mitgesellschafter in geeigneter Weise auszuwählen. Dies bedeutet, dass die Suche nach den Gesellschaftspartnern in einem transparenten Wettbewerb unter Beachtung des Diskriminierungsverbots und des Gleichbehandlungsgebots erfolgen sollte. Voraussetzung hierfür ist, dass die von dem privaten Mitgesellschafter wahrzunehmenden Aufgabenbereiche vorab durch die Kommune bekannt gemacht werden. Diese Bekanntmachung bietet für potentiell interessierte private Partner die Möglichkeit, sich um die "Einräumung" einer Gesellschafterstellung und um den konkret zu übernehmenden Aufgabenbereich zu bewerben. Bei der eigentlichen Auswahl des privaten Mitgesellschafter muss jedoch nicht zuletzt wegen der besonderen Vertrauensposition für die Kommune als Mehrheitsgesellschafter ein weiter Beurteilungsspielraum angenommen werden.

#### **4.2 Kommunale Betriebe als Endverbraucher**

Neben der Kommune (als Gebietskörperschaft) können auch der Eigenbetrieb oder die Eigen- und Beteiligungsgesellschaften Energieendverbraucher sein. Der Eigenbetrieb – wie auch der Regiebetrieb – ist als Sondervermögen der Gemeinde in einem solchen Fall öffentlicher Auf-

traggeber i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB; die Eigen- und Beteiligungsgesellschaft ist in der Regel öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB. Beziehen diese Auftraggeber als Endverbraucher Strom zum Betrieb ihrer Anlagen – wie beispielsweise Abwasserbehandlungsanlagen, Schwimmbäder oder Wasserversorgungsanlagen – sind sie ab dem Schwellenwert an das Vergaberecht und damit an ein europaweites Ausschreibungsverfahren gebunden. Unterhalb des Schwellenwertes besteht mangels haushaltsrechtlicher Bindung eine Ausschreibungspflicht nicht.

#### 4.3 Kommune und kommunale Betriebe als Energieversorger

Gänzlich anders stellt sich die Situation dar, wenn

- die Kommune, der Regie- oder der Eigenbetrieb bzw.
- die privatrechtlich organisierten Eigen- bzw. Beteiligungsgesellschaft (wie etwa die GmbH)

den Strom zu dem Zweck einkaufen, diesen als Energieversorger an Dritte weiter zu veräußern.

Auch insoweit sind sie zwar Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 1 und 2 GWB.

Gleichzeitig sind sie aber auch im Bereich der Energieversorgung tätige Sektorenauftraggeber.

Für diese besteht zwar ab dem Schwellenwert von 400.000 Euro eine Ausschreibungsverpflichtung nach §§ 7 Abs. 2 Nr. 1, 8 Nr.2 VgV i.V.m. Abschnitt 4 der VOL/A, wenn es bei der Energieversorgungstätigkeit um

*"die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Erzeugung, dem Transport oder der Verteilung von Strom durch Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 3 des Energiewirtschaftsgesetzes"*

geht, was in der Regel für die kommunalen Energieversorger bei der Versorgung Dritter mit Strom über eigene Versorgungsnetze zutrifft.

Eine Entbindung von dieser Ausschreibungspflicht beinhaltet aber § 9 Abs. 5 Nr. 2 VgV. Danach gilt § 7 VgV nicht für Aufträge, welche die Beschaffung von Energie durch Sektorenauftraggeber zum Gegenstand haben. Insoweit besteht keine Ausschreibungsverpflichtung. Der Einkauf von Strom zum Zwecke der Weiterveräußerung an Dritte stellt aber eine solche Energiebeschaffung dar.

Die Kommune, der Regie- oder Eigenbetrieb sowie die kommunale Eigengesellschaft sind beim Einkauf von Strom, den sie an Dritte weiterveräußern, also nicht an die Vorschriften des EU-Vergaberechts gebunden. Es bedarf keines europaweiten Ausschreibungsverfahrens. Eine innerstaatliche Ausschreibungsverpflichtung besteht allerdings für die Auftraggeber, die an die Vorschriften des Gemeindehaushaltsrechts gebunden sind; die Eigenbetriebe und die kommunalen Gesellschaft sind im Bundesland Hessen davon ausgenommen.

Fazit: Die Ausschreibungsverpflichtung beschränkt sich damit auf die Fälle, in denen die Kommune als Endverbraucherin Strom von einem Energieversorger bezieht, an dem sie nicht beteiligt ist.

#### 4.4 Bildung kommunaler Einkaufsgemeinschaften

Bereits in der Vergangenheit haben Kommunen sich zusammengeschlossen, um durch die damit verbundene größere Nachfragemenge weitere Preisvorteile zu erzielen. Bekannt geworden sind solche Zusammenschlüsse im Bereich des Einkaufs von Feuerwehrfahrzeugen. Die rechtliche Wirksamkeit solcher Einkaufsgemeinschaften ist unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs- bzw. Kartellrechts zu beurteilen. Sie wurden in der Rechtsprechung – den Einkauf von Feuerwehrfahrzeugen betreffend – dem Kartellverbot des § 1 GWB unterstellt. Die sich daran anschließende Frage, ob solche Gemeinschaften in einem solchen Fall wenigstens Einkaufskooperationen nach § 4 Abs. 2 GWB sein können, ist unterschiedlich beurteilt worden.

Wie lässt sich dies auf den Einkauf von Strom übertragen?

Anders als beim Einkauf von Feuerwehrbedarf handelt es sich bei Strom nicht um ein langlebiges Wirtschaftsgut, welches nur in größeren zeitlichen Abständen angeschafft werden muss. Es existiert auch nicht lediglich eine beschränkte Anzahl von Nachfragern und Anbietern. Die Lieferung von Strom ist vielmehr täglich erforderlich und betrifft jeden einzelnen Bürger der Bundesrepublik. Außerdem existieren – nicht erst seit der Liberalisierung des Strommarktes – eine große Menge von Anbietern. Auch besitzen die Kommunen im Bereich des Stromes kein Nachfragemonopol, wie dies bei den Feuerlöschfahrzeugen und Feuerwehrgeräten der Fall ist. Die Bündelung von mehreren mittleren und kleineren Kommunen wird somit wettbewerbsrechtlich unschädlich sein und nicht unter das Verbot des § 1 GWB fallen. Berücksichtigt man, dass die Frage der spürbaren Außenwirkung auf das gesamte Bundesgebiet bzw. den Bereich der Europäischen Gemeinschaften bezogen wird, ist die Annahme gerechtfertigt, dass die Bündelung eines Kreises kleinerer und mittlerer Kommunen noch zulässig erscheint.

Wegen der verbleibenden Unwägbarkeiten ist allerdings die Frage nach der Berechtigung der sogenannten Mittelstandskartelle nach § 4 Abs. 2 GWB von Bedeutung. Mit dieser Regelung sollen Einkaufskooperationen kleinerer und mittlerer Teilnehmer am Wirtschaftsleben, die den Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigen, privilegiert werden. Solche Mittelstandskartelle fallen nicht unter § 1 GWB und sind damit zulässig.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf sowie des OLG Rostock findet die Privilegierung des § 4 Abs. 2 GWB auch auf kleinere und mittlere Kommunen analoge Anwendung: Grundsätzlich sei Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 GWB ein Mittelstandsschutz kleinerer und mittlerer Unternehmen. Dieser Grundgedanke sei durchaus auch auf kleinere und mittlere Gemeinden zu übertragen.

Dem gegenüber vertritt das OLG Koblenz die Ansicht, dass § 4 Abs. 2 GWB nicht analog auf Kommunen angewendet werden könne. Ziel des Gesetzgebers sei es bei der Fassung des § 4 Abs. 2 GWB gewesen, kleine und mittelständische Unternehmen zu privilegieren. An eine Privilegierung von kleineren und mittleren Kommunen habe er nicht gedacht, so dass eine Gesetzeslücke vorliege, die nur der Gesetzgeber schließen könne.

Die Auffassung des OLG Düsseldorf ist überzeugender. Richtig ist zwar, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung des GWB nicht die Absicht hatte, kleinere und mittlere Gemeinden im Rahmen des § 4 Abs. 2 GWB zu privilegieren. Es wäre allerdings folgerichtig, § 4 Abs. 2 GWB auch für die kleineren und mittleren Gemeinden anzuwenden, da nach der Rechtsprechung – unstrittig – die Kommunen unter den funktionalen Unternehmensbegriff des § 1 GWB fallen. Für die Kommunen gilt deshalb grundsätzlich das Kartellverbot des § 1

GWB ebenso wie für alle anderen Unternehmen. Es ist aber nicht einleuchtend, dass nicht auch die Kommunen die Möglichkeit haben können sollen, zulässigerweise im begrenztem Umfang Einkaufskooperationen bilden zu dürfen. Die kleineren und mittleren Kommunen sind im Vergleich zu größeren Städten bzw. Großstädten ebenso benachteiligt wie kleinere und mittlere Unternehmen im Vergleich zu großen Unternehmen sind. Es ist deshalb im Einzelfall zu prüfen, ob die Marktanteilsquote durch die Bündelung 10 % überschreitet. Da es im Bereich des Stromes (zumeist) keine Teilmärkte geben wird, ist grundsätzlich auf die Bundesrepublik abzustellen.

Fazit: Bei einer Bündelung von einigen kleineren und mittleren Kommunen ist im Bereich des Stromeinkaufs davon auszugehen, dass das Verbot des § 1 GWB nicht eingreift. Wettbewerbsrechtliche Vorgaben bestehen damit nicht. Anders wäre die Sachlage zu beurteilen, wenn sich eine Vielzahl von Kommunen zum gemeinsamen Einkauf von Strom bündeln würden und es damit zu einer Beeinflussung der Marktverhältnisse im obigen Sinne käme. In einem solchen Falle würde das grundsätzliche Verbot des § 1 GWB eingreifen und es wäre im Einzelfall zu prüfen, ob die Privilegierung des § 4 Abs. 2 GWB in Betracht kommt.

Ob eine Anwendung des § 4 Abs. 2 GWB auf Kommunen in Betracht kommt, ist allerdings aufgrund der unterschiedliche Rechtsprechung offen. Insoweit wird erst eine abschließende Entscheidung des Bundesgerichtshofs Klarheit bringen. Sowohl der Präsident des Bundeskartellamtes als auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie gehen allerdings im Grundsatz davon aus, dass auch Kommunen, soweit ihr Handeln dem Kartellverbot des § 1 GWB unterliegt, die Freistellungsmöglichkeiten der §§ 2 ff GWB in Anspruch nehmen können. Seitens des Bundeskartellamtes ist insbesondere bei Einkaufskooperationen von Energieversorgern von einer unmittelbaren Anwendung des § 4 Abs. 2 GWB ausgegangen. Bei einem Nachweis von Rationalisierungswirkungen, die über den reinen Kostensenkungseffekt hinausgehen, wird zudem auf die Freistellungsmöglichkeit des § 4 Abs. 1 GWB verwiesen..

Auch die Kartellreferenten der Bundesländer haben beschlossen, § 4 Abs. 2 GWB (§ 5 c GWB alt) in der jetzt geltenden Fassung uneingeschränkt auf Gemeinden anzuwenden. Sie halten insoweit eine (klarstellende) Änderung im GWB vorbehaltlich einer anderslautenden höchstgerichtlichen Entscheidung derzeit nicht für erforderlich. Auch die Kartellreferenten der Bundesländer haben sich damit der Rechtsmeinung des Bundeswirtschaftsministers und der Kommunalen Spitzenverbände angeschlossen, wonach § 4 Abs. 2 GWB auch auf kleinere und mittlere Kommunen anwendbar sei, wenn sie sich wie Wirtschaftsunternehmen auf dem Markt betätigen. Der Gesetzgeber habe bei der Bestimmung des § 4 Abs. 2 GWB ursprünglich zwar Einkaufskooperationen des Einzelhandels im Auge gehabt, während die Anwendung dieses Paragraphen auf kommunale Einkaufsgemeinschaften erst später thematisiert worden sei. Eine Anwendung des § 4 Abs. 2 GWB ebenso wie des § 4 Abs. 1 GWB auf kommunale Einkaufsgemeinschaften sei aber grundsätzlich möglich und zulässig. Damit wird dem Inhalt der Entscheidung des OLG Düsseldorf im Ergebnis Rechnung getragen

Der Bundesgerichtshof als oberstes Kartellgericht hatte insoweit allerdings noch keine Gelegenheit, sich zu diesem Aspekt des § 4 Abs. 2 GWB zu äußern, so dass eine endgültige rechtliche Klärung der Problematik nach wie vor aussteht.

Eine ausführliche Beurteilung der Bildung kommunaler Einkaufsgemeinschaften zum Zwecke des Stromeinkaufs unter wettbewerbs-, vergabe-, gemeindewirtschafts-, energie- und konzessionsabgabenrechtlicher Sicht findet sich im Eildienst des Hessischen Städte- und Gemeindebundes vom 15. September 1999 (ED Nr. 13 – ED 134).

#### 4.5 Wahl der Ausschreibungsart

Als Vergabearten kommen im innerstaatlichen Verfahren die Öffentliche und Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne vorangehenden öffentlichen. Teilnahmewettbewerb sowie die Freihändige Vergabe in Betracht (§ 3 VOL/A)

Das in § 3a und 3b VOL/A geregelte EU-Verfahren, entspricht trotz anderslautender Bezeichnungen im wesentlichen dem § 3 VOB/A:

Das Offene Verfahren entspricht der Öffentlichen Ausschreibung. Der öffentliche Auftraggeber gibt europaweit seine Absicht bekannt, die Stromlieferung im Wege des Offenen Verfahrens zu vergeben; alle Interessenten können die erforderlichen Unterlagen anfordern und Angebote einreichen

Das Nichtoffene Verfahren entspricht der Beschränkten Ausschreibung. nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb: Der Aufforderung zur Angebotsabgabe geht ein EU-weiter Öffentlicher Teilnahmewettbewerb voran; aus Bewerbern (Teilnahmeanträge) werden diejenigen ausgewählt, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen.

Das Verhandlungsverfahren mit oder ohne eine Öffentliche. Vergabebekanntmachung ist die EU-weite Aufforderung, sich um Teilnahme am Verhandlungsverfahren zu bewerben und entspricht der Freihändiger Vergabe: Der Auftraggeber führt nach Auswahl der Bewerber (oder mit unmittelbar ausgesuchten Bewerbern) Verhandlungen über den Vertragsinhalt der Stromlieferleistung

Grundsatz ist die Öffentliche Ausschreibung bzw. das Offene Verfahren.

Abweichungen – wie die Freihändige Vergabe oder das Verhandlungsverfahren – sind nur gestattet, wenn die in §§ 3, 3a bzw. 3b VOL/A geregelten – abschließenden – Ausnahmetatbestände vorliegen. So sind die Freihändige Vergabe bzw. das Verhandlungsverfahren dann denkbar, wenn die Leistung nicht so eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können, eine Wertung der eingegangenen Angebote also nicht möglich erscheint. Bei Durchführung eines Offenen Verfahrens (bzw. einer Öffentlichen Ausschreibung) muss der spätere Vertragsinhalt von vornherein – für das Ausschreibungsverfahren - festgelegt werden. Nach Durchführung der Submission dürfen Änderungen oder Modifizierung nicht mehr vorgenommen werden, da es sich insoweit um unzulässige Nachverhandlungen – preisrelevanten Charakters – handeln würde. Solche unzulässigen Nachverhandlungen können insbesondere zu Schadensersatzansprüchen – in Höhe des entgangenen Gewinns - der dadurch "übergangenen" wirtschaftlichsten Bieter führen. Lassen sich Vertrags Elemente und –inhalte – wie Abhängigkeiten des Preises vom Verbrauchsentgelt und der Grundpauschale sowie andere Vertrags Elemente – nicht von vornherein festlegen, sondern sollen diese erst im Zusammenhang mit der Durchführung des Ausschreibungsverfahrens selbst ermittelt werden, ist das Verhandlungsverfahren nach vorheriger Vergabebekanntmachung in Erwägung zu ziehen. Die Möglichkeit ist zwar unter Zugrundelegung der VOL/A (Abschnitte 2 und 3) für Lieferleistungen weder in § 3a VOL/A noch in § 3b VOL/A und auch nicht in Art. 6 der EU-Lieferkoordinierungsrichtlinie vorgesehen, obwohl dafür nach einhelliger Meinung ein dringendes Bedürfnis besteht. Nicht zuletzt deshalb ist aber eine entsprechende Anwendung dieser für Dienstleistungen vorgesehenen Regelung auf die Lieferleistungen zweckmäßig, wenn eine dem Dienstleistungsauftrag vergleichbare Situation vorliegt. Anderenfalls verbleibt es beim Vorrang des Offenen Verfahrens.

#### **4.6 Fortführung bestehender Verträge**

Ein weiterer vergaberechtlich bedeutsamer Gesichtspunkt ist die Fortführung bestehender Stromlieferungsverträge.

Enthalten diese Verträge sogenannte Optionsrechte (was bedeutet, dass sie sich automatisch um einen bestimmten Zeitraum verlängern, wenn sie nicht zuvor innerhalb einer bestimmten Frist gekündigt werden), so liegt in der Fortführung des jeweiligen Vertrags (quasi durch Untätigbleiben auf Seiten des Auftraggebers) kein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang; es handelt sich nicht um einen – neuen – Auftrag, der auszuschreiben ist.

Anders ist dies hingegen, wenn die Vertragsverlängerung mit Eingriffen in den Vertragsinhalt einhergeht, wie etwa eine Verlängerung des Vertrages mit gleichzeitiger Vereinbarung einer geänderten Vergütung. Nicht unbedeutende Eingriffe in den Vertragsinhalt sind rechtlich nichts anderes als die Aufhebung oder Teilaufhebung des einen und der Neuabschluss oder Teilneuabschluss des anderen Vertrags und damit vergaberechtlich relevant. Dies ist allerdings dann nicht der Fall, wenn die Vertragsänderung bereits in der Optionsklausel des Ursprungsvertrags enthalten ist und somit von einer "erweiterten" Option Gebrauch gemacht wird. In einem solchen Fall besteht keine Ausschreibungsverpflichtung.

#### **4.7 Energie- und konzessionsabgabenrechtliche Gesichtspunkte**

Konzessionsverträge (die nach Wegfall der Gebietsmonopole als Wegebenutzungsverträge (§ 13 EnWiG) bezeichnet werden), betreffen die vertragliche Beziehung zwischen den Kommunen (die ihre öffentlichen Verkehrswege zur Verfügung stellen) und den Netzbetreibern. Sie beinhalten insbesondere eine Absprache über die Zahlung der Konzessionsabgaben und ihre Höhe. Diese Verträge bleiben bei einer Bündelung des Stromeinkaufes unberührt bzw. stehen einer solchen Bündelung nicht entgegen.

Für die Ermittlung der Konzessionsabgabe sind die Abnahmestellen von entscheidender Bedeutung (§ 2 Abs. 7 S. 2 der Ersten Verordnung zur Änderung der Konzessionsabgabenverordnung vom 22.07.1999 (BGBl I, S. 1669)).

Veränderungen im Hinblick auf die Höhe der Konzessionsabgabe können sich dann ergeben, wenn bei einer Gemeinde mehrere Liegenschaften mit einzelnen Abnahmestellen, bei denen Tarifkundenverhältnisse bestehen zu einer Abnahmestelle (1 Stromzähler) „zusammengefasst“ werden und der Jahresverbrauch an dieser Abnahmestelle mehr als 30.000 kWh beträgt. Soweit dann seitens des Versorgungsunternehmens der Abschluss eines Sonderkundenvertrages angeboten und erwartet wird, würde sich die Konzessionsabgabe in Gemeinden bis 25.000 Einwohner von 2,60 Pfennig auf 0,22 Pfennig je Kilowattstunde reduzieren (§ 2 Abs. 2 Ib) und Abs. 3 der Konzessionsabgabenverordnung – KAV – vom 09.01.1992 (BGBl I, S. 12)). Ein solches Minus von 2,38 Pfennig je Kilowattstunde müsste in die Beurteilung eines neu angebotenen und günstigeren Strompreises einbezogen werden.

Am 31. Juli 1999 ist die Erste Verordnung zur Änderung der Konzessionsabgabenverordnung (BGBl. I Seite 1669) in Kraft getreten. Mit der Verordnung soll unter Berücksichtigung der Liberalisierung des Energiemarktes das bisherige Konzessionsabgabenaufkommen zugunsten der Kommunen gesichert werden: Eine ausführliche Darstellung der Neuregelung findet sich im Eildienst des Hessischen Städte- und Gemeindebundes vom 14. Oktober 1999 (ED Nr. 14 – ED 156).

#### **4.8 Durchführung der Ausschreibung**



Für die Durchführung der Ausschreibung kann sich der Auftraggeber der Hilfe Dritter bedienen, welche insbesondere

- das Ausgangsdatenmaterial untersuchen und festschreiben
- den Vertragsinhalt und die Ausschreibungsart festlegen
- die Ausschreibungsunterlagen vorbereiten
- die Ausschreibung durchführen
- die Angebote prüfen und werten
- das wirtschaftlichste Angebot ermitteln und
- einen Vergabevorschlag unterbreiten.

Auch diese – in der Regel gewerbliche und nicht im Rahmen freiberuflicher Tätigkeit erbrachte - Dienstleistung ist grundsätzlich ausschreibungspflichtig. Unterhalb des Schwellenwertes – welcher der voraussichtlichen Vergütung für die Dienstleistung entspricht – ist nur der an das Gemeindehaushaltsrecht gebundene Auftraggeber verpflichtet. Oberhalb des Schwellenwertes – was die Ausnahme sein dürfte - sind im Hinblick auf den kommunalen Bereich die in § 98 Nr. 1 - 3 GWB betroffen. Sofern der Auftragnehmer die Leistung im Rahmen freiberuflicher Tätigkeitsausübung erbringt (etwa der freiberuflich tätige Ingenieur) besteht keine innerstaatliche Ausschreibungspflicht. Oberhalb des Schwellenwertes ist die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) zugrunde zu legen, es sei denn, es handelt sich um eine eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung mit der Folge der Anwendung der VOL/A (§ 2 Abs. 2 VOF). Bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen durch Sektorenauftraggeber ist § 3 S. 3 VgV zu beachten. Zudem sind die §§ 13 (Informationsverpflichtung vor Zuschlagserteilung) und 16 VgV (ausgeschlossene Personen) besonders zu beachten.

Somit bleibt insgesamt festzustellen:

Eine Ausschreibungsverpflichtung im Zusammenhang mit dem Einkauf von Strom besteht unterhalb und oberhalb des Schwellenwertes für die Kommune dann, wenn sie den Strom für den Eigenbedarf von einem Lieferanten bezieht, mit dem sie nicht verbunden ist oder die Strombeschaffung von einer kommunalen Gesellschaft erfolgt, an der die Kommune nur ein Minderheits- oder Mehrheitsbeteiligung innehat und die nicht von ihr beherrscht wird. Dabei stehen die Öffentliche Ausschreibung bzw. das Offene Verfahren im Vordergrund. Es ist darauf zu achten, daß durch keine Zusammenfassung von Abnahmenstellen und keine Sondervertragskundeneigenschaft entstehen. Die Änderung bestehender Verträge verstößt in der Regel gegen bestehende Ausschreibungsverpflichtung.