

--- kein Dokumenttitel vorhanden ---

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg Vergabesenat, Beschluss vom 14.12.2010, 1 Verg 5/10

§ 98 Nr 1 GWB, § 99 GWB, § 2 Nr 3 VgV

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer bei der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg vom 02.09.2010 (Az.: FB 9/10) aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass der beabsichtigte Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen über energiewirtschaftliche Leistungen gegen vergaberechtliche Vorschriften verstößt und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

Der Antragsgegnerin wird untersagt, den beabsichtigten Vertrag zwischen ihr und der Beigeladenen über energiewirtschaftliche Dienstleistungen unter Verzicht auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens abzuschließen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin.

Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer war notwendig.

Der Gegenstandswert wird auf € 60.000,00 festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren gegen die von der Antragsgegnerin geplante Direktvergabe energiewirtschaftlicher Leistungen an die Beigeladene.
- 2 Die Antragsgegnerin beabsichtigt, mit der Beigeladenen eine entgeltliche Dienstleistungsvereinbarung zu schließen, in der sie der Beigeladenen ab dem 01.01.2011 für die Jahre 2011 und 2012 vier Aufgaben aus dem sogenannten Abwicklungsmanagement der Strombelieferung für ihre öffentlichen Gebäude und Liegenschaften übertragen will: die Organisation der Wechselprozesse, das Netznutzungsmanagement, die Abrechnung und das Bilanzkreismanagement. Der Auftragswert beläuft sich auf jährlich € 600.000,00.
- 3 Die Beigeladene wurde im September 2009 als GmbH gegründet. Alleingesellschafterin ist die H... W... GmbH (HW.), an der wiederum die H... G... für Vermögens- und B... mbH (HG.) zu 5,1 % und die HW.-B... mbH zu 94,9 % beteiligt sind. Die HG., die eine 100 %ige Tochter der Antragsgegnerin ist, hält wiederum 100 % der Anteile der HW.-B...-GmbH. Die in Rede stehenden Leistungen erbringt die Beigeladene bislang ausschließlich für die HW. und die Hamburger Stadtentwässerung, eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Im Übrigen beliefert sie sowohl die Antragsgegnerin als auch Privatkunden innerhalb und außerhalb des Gebietes der Antragsgegnerin mit Strom.
- 4 Mit Schriftsatz vom 29.07.2010 stellte die Antragstellerin bei der Vergabekammer der Finanzbehörde Hamburg einen Nachprüfungsantrag auf Feststellung, dass der beabsichtigte Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen über energiewirtschaftliche Leistungen gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoße und sie in ihren Rechten verletze. Zur Begründung führte sie an, die Antragsgegnerin könne den Auftrag nicht erteilen, ohne ein Vergabeverfahren durchzuführen. Die Voraussetzungen für ein nur ausnahmsweise zulässiges In-house-Geschäft seien nicht erfüllt. Wegen der

weiteren Einzelheiten des Ablaufs des Vergabeverfahrens und des Vorbringens der Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer wird auf die Sachverhaltsdarstellung auf S. 3 – 5 des angefochtenen Beschlusses vom 02.09.2010 Bezug genommen.

- 5 Mit dem Beschluss hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als nicht statthaft mit der Begründung zurückgewiesen, es gehe nicht um einen öffentlichen Auftrag gem. § 99 GWB. Vielmehr läge ein vergaberechtsfreies In-house-Geschäft vor. Ein Auftrag müsse dann nicht ausgeschrieben werden, wenn die auftraggebende Gebietskörperschaft über die rechtlich von ihr verschiedene auftragnehmende Rechtsperson eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübe (Kontrollkriterium) und wenn diese Rechtsperson zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft verrichte, die ihre Anteile inne habe (Wesentlichkeitskriterium). Beide Voraussetzungen lägen vor.
- 6 Das europarechtliche Kontrollkriterium sei erfüllt. Die Antragsgegnerin sei in der Lage, über die Beigeladene die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle auszuüben, weil sie zu 100 % in ihrem abgeleiteten Eigentum stehe.
- 7 Ebenso sei die Voraussetzung gegeben, dass das Unternehmen hauptsächlich, nämlich zumindest zu 90 %, für die öffentliche Körperschaft, die seine Anteile inne habe, tätig werde und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich sei (Wesentlichkeitskriterium). Denn auch soweit die Beigeladene Privatnutzer im Stadtgebiet der Antragsgegnerin mit Energie beliefere, handle sie auf der Grundlage einer Rechtsbeziehung mit der Antragsgegnerin. Der Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen genüge als andere Rechtsverbindung im Sinne des EuGH-Urteils in der Sache „Carbotermo“ (NJW 2006, 2679 Tz. 67), um auch das Privatkundengeschäft als für die Antragsgegnerin erbracht einstufen zu können. Ein Auftrag im zivilrechtlichen Sinne sei nicht erforderlich. Denn nach dem Gesellschaftsvertrag vom 19.05.2009 bestehe der Gesellschaftszweck der Beigeladenen in der Versorgung der Allgemeinheit sowie der öffentlichen Einrichtungen der Antragsgegnerin mit Energie einschließlich aller damit im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten als öffentlicher Aufgabe kommunaler Daseinsvorsorge. Darüber hinaus sei die Beigeladene über den Gesellschaftsvertrag dem Klimaschutz verpflichtet und habe ihren Versorgungsauftrag ausschließlich durch die Bereitstellung klimafreundlich erzeugter elektrischer Energie zu erfüllen.
- 8 Der Umstand, dass in den letzten Jahren viele Bereiche der kommunalen Infrastruktur privatisiert worden seien, hindere eine Kommune grundsätzlich nicht daran, solche als Fehlentwicklung zu Lasten der Allgemeinheit bewertete Änderungen wieder rückgängig zu machen (Rekommunalisierung). In der Art und Weise der Umsetzung dieses Infrastrukturauftrags seien die Kommunen, wie das Recht auf kommunale Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG zeige, weitgehend frei.
- 9 Gegen den Beschluss der Vergabekammer, der ihr am 02.09.2010 zugestellt worden ist, wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 16.09.2010 bei Gericht eingegangenen sofortigen Beschwerde.
- 10 Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, die Vergabekammer habe die streitgegenständliche Dienstleistungsvereinbarung zu Unrecht nicht als öffentlichen Auftrag gem. § 99 GWB qualifiziert. Er müsse deshalb ausgeschrieben werden. Wenn die Beigeladene auf dem Strommarkt als Wettbewerber teilnehme, könne sie nicht dadurch privilegiert werden, dass sie von der Antragsgegnerin ohne ein Vergabeverfahren direkt Aufträge erhalte. Die Voraussetzungen für ein ausnahmsweise vergabefreies In-house-Geschäft lägen nicht vor.
- 11 Es fehle schon am Kontrollkriterium. Angesichts des mehrfach gestuften Beteiligungsverhältnisses bestehe noch nicht einmal eine unmittelbare Beteiligung der Antragsgegnerin zu 100 % an der Beigeladenen. Der EuGH verlange zudem, dass der öffentlichen Körperschaft Kontrollbefugnisse und ein besonderes Stimmrecht vorzubehalten seien, um die Handlungsfreiheit der Gesellschaften zu beschränken. Solche besonderen Regelungen müssten durchgängig in den Gesellschaftsverträgen der beteiligten Gesellschaften vorhanden sein.

- 12 Die Beigeladene erbringe ihre Leistungen auch nicht im Wesentlichen für die Antragsgegnerin. Das Wesentlichkeitskriterium sei schon auf der Grundlage der von der Beigeladenen im Nachprüfungsverfahren genannten Zahlen nicht erfüllt. Danach erwirtschaftete sie ihren Umsatz zu 90,5 % innerhalb des Stadtgebietes der Antragsgegnerin und zu 9,5 % außerhalb des Stadtgebietes. Der Umsatz innerhalb des Stadtgebietes verteile sich zu ca. 84 % auf den Umsatz mit öffentlichen Einrichtungen und zu ca. 16 % auf Umsätze mit Privatkunden.
- 13 Entgegen der Ansicht der Vergabekammer könnten die Umsätze der Privatkunden nicht der Antragsgegnerin zugerechnet werden. Denn das Unternehmen müsse durch den öffentlichen Auftraggeber beauftragt sein. Im liberalisierten Strommarkt erfolge die Beauftragung der Beigeladenen aber durch die Privatkunden selbst, nicht durch die Antragsgegnerin. Auch der Gesellschaftsvertrag begründe keine im Sinne der Entscheidung „Carbotermo“ hinreichende „andere Rechtsbeziehung“ zwischen der Körperschaft und dem Unternehmen (vgl. EuGH NJW 2006, 2679 Tz. 67). Das Argument der im Gesellschaftsvertrag genannten Daseinsvorsorge greife nicht. Die Wahrnehmung der öffentlichen Daseinsvorsorge beschränke sich heute allenfalls noch auf den Netzbetrieb, für die Lieferkomponente gelte das nicht mehr. Diese sei nunmehr durch die Grundversorgungspflicht gem. § 36 EnWG geregelt. Seit 2005 könnten die Gemeinden noch nicht einmal den Grundversorger bestimmen.
- 14 Die Frage, ob Leistungen zur Daseinsvorsorge gehörten, sei zudem deshalb irrelevant, weil daraus generierte Umsätze mit Dritten der öffentlichen Körperschaft nur zugeordnet werden dürften, wenn die Körperschaft verpflichtet sei, die Leistungen zu erbringen. Im liberalisierten Markt der Energieversorgung sei die Kommune aber nicht mehr zu einer Stromlieferung verpflichtet.
- 15 Selbst wenn die Energieversorgung noch dem deutschen Verwaltungsrecht zuzuordnen wäre, seien die Gemeinden, wenn sie am Markt teilnehmen, dem europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen (Art. 106 AEUV).
- 16 Die Umsätze mit Privatkunden außerhalb des Stadtgebietes der Antragsgegnerin dürften schon deshalb nicht der Antragsgegnerin zugerechnet werden, weil die Daseinsvorsorge für deren Bürger an den Hamburger Stadtgrenzen ende.
- 17 Eine Sonderstellung der Beigeladenen ergebe sich auch nicht daraus, dass sie nach dem Gesellschaftsvertrag dem Klimaschutz verpflichtet sei. Denn das gelte auch für andere Marktteilnehmer, die ökologisch erzeugten Strom anbieten.
- 18 Der Zweck des Wesentlichkeits-Kriteriums bestehe darin, eine Verfälschung des Wettbewerbs dadurch zu verhindern, dass ein Unternehmen, das auf dem Markt tätig sei, Aufträge erhalte, die an sich dem Vergaberecht unterlägen. Genau darauf würde aber der geplante Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen hinauslaufen. Die Beigeladene sei unstreitig auf dem Markt der Stromlieferung an Privatkunden tätig und stehe dort im Wettbewerb mit anderen Unternehmen.
- 19 Die Antragstellerin beantragt,
 - 20 den Beschluss der Vergabekammer bei der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg vom 02.09.2010 (Az.: FB 9/10) aufzuheben;
 - 21 festzustellen, dass der beabsichtigte Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen über energiewirtschaftliche Leistungen gegen vergaberechtliche Vorschriften verstößt und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt;
 - 22 der Antragsgegnerin zu untersagen, den beabsichtigten Vertrag zwischen ihr und der Beigeladenen über energiewirtschaftliche Dienstleistungen unter Verzicht auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens abzuschließen;

- 23 der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens der 1. und 2. Instanz aufzuerlegen, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin;
- 24 festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig war.
- 25 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,
- 26 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
- 27 Sie meinen, die Antragsgegnerin dürfe den Auftrag direkt an die Beigeladene vergeben. Es handle sich um ein zulässiges In-house-Geschäft, so dass ein Vergabeverfahren nicht notwendig sei. Da die Antragsgegnerin die Beigeladene zu 100 % beherrsche, läge der Fall ebenso, als hätte sie einen Landesbetrieb ohne eigene Rechtspersönlichkeit, der aber dieselben Aufgaben wie die Beigeladene erfülle, gegründet und mit den im Streite stehenden Aufgaben betraut.
- 28 Das für ein In-house-Geschäft erforderliche Kontrollkriterium sei erfüllt, weil an der Beigeladenen weder ein Privater noch ein irgendein Dritter außerhalb der Antragsgegnerin beteiligt sei. Sie kontrolliere die Beigeladene wie eine eigene Dienststelle. Die rechtliche Beherrschung aufgrund der Einwirkungsmöglichkeiten des GmbH-Gesellschafters auf der jeweiligen Ebene werde noch durch die Geschäftsanweisung des Aufsichtsrats untermauert. Danach stünden dem Aufsichtsrat zahlreiche zusätzliche Befugnisse im Hinblick auf die Geschäftsführung der Beigeladenen zu.
- 29 Die Vergabekammer habe auch zutreffend das Wesentlichkeitskriterium als erfüllt angesehen. Denn die Geschäftstätigkeit der Beigeladenen werde ganz überwiegend auf der Grundlage rechtsverbindlicher Vereinbarungen mit der Antragsgegnerin vollzogen. Konsequenterweise sei damit auch das Privatkundengeschäft der Beigeladenen als für die Antragsgegnerin erbracht anzusehen. Der Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen sei eine „andere Rechtsbeziehung“ i.S. des EuGH-Urteils in der Sache „Carbotermo“ (NJW 2006, 2679 Tz. 67). Die Antragsgegnerin habe die Beigeladene dort beauftragt, den Bürgern im Rahmen der Daseinsvorsorge Strom anzubieten und zu liefern, der weder in Atom- noch in Kohlekraftwerken erzeugt worden sei. Damit werde zum Ausdruck gebracht, dass die Beigeladene nicht nur ein Instrument der Gewinnerwirtschaftung sei, sondern ein Unternehmen, das elementare Bedürfnisse der im Gebiet der Antragsgegnerin ansässigen Einwohner befriedigen solle.
- 30 Die Energieversorgung sei immer noch Bestandteil der Daseinsvorsorge, auch nach Inkrafttreten des EnWG 2005. Das zeigten viele Gemeinde- und Kommunalordnungen der Flächenländer, so § 85 Abs. 1 Nr. 3 der GemO Rheinland-Pfalz und § 107 Abs. 1 S. 1 GO NRW, ebenso Art. 83 Abs. 1 der Bayrischen Verfassung.
- 31 Das zeige sich ferner darin, dass viele Gemeinden im Rahmen einer „Rekommunalisierung“ die Energieversorgung wieder in die Gemeinden zurückholten, indem sie neue Stadtwerke gründeten. Das wäre aber nicht zulässig, wenn die Erzeugung und der Vertrieb von Energie keine Aufgabe der Daseinsvorsorge darstelle.
- 32 Die von der Antragstellerin vertretene Beschränkung auf Pflichtaufgaben würde dazu führen, dass eine In-house-Beauftragung bereits dann unzulässig sei, wenn es sich um Leistungen handle, die der öffentliche Auftraggeber zwar erbringe dürfe, aber nicht erbringen müsse. Das könne nicht richtig sein und wäre auch mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht vereinbar.
- 33 In dem Streitgegenständlichen Geschäftsfeld des Abwicklungsmanagements stehe die Beigeladene nicht im Wettbewerb mit anderen Unternehmen. Leistungen aus dem Bereich des Abwicklungsmanagements erbringe die Beigeladene ausschließlich für die HW. GmbH und die mit dieser im Gleichordnungskonzern HAMBURG WASSER verbundene Anstalt des öffentlichen Rechts Hamburger Stadtentwässerung (HSE). Damit sei sie im Abwicklungsmanagement zu 100 % für die Antragsgegnerin tätig und nehme nicht am

Markt teil.

- 34 Demzufolge sei auch Art. 106 AEUV nicht berührt. Wenn sich der Staat überhaupt nicht auf den Markt begeben, sondern sich die Leistung im eigenen Haus beschaffe, betrete er nicht den Binnenmarkt.
- 35 Der Senat hat die Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2010 ausführlich mit den Beteiligten erörtert, insoweit wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

II.

- 36 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist gem. §§ 116, 117 GWB zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt worden.
- 37 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

A.

- 38 Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.

- 39 Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, obwohl ein förmliches Vergabeverfahren nicht eingeleitet worden ist.
- 40 Nach § 102 GWB unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammern. Das gilt auch dann, wenn ein Vergabeverfahren nicht stattfindet, sondern gerade beanstandet wird, dass ein nach Maßgabe des § 97 Abs. 1 GWB geregeltes Vergabeverfahren bislang nicht eingeleitet worden ist. Nach dieser Bestimmung haben öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu beschaffen. Für die Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrages reicht es deshalb aus, wenn überhaupt ein Verfahren in Frage steht, an dem ein öffentlicher Auftraggeber i.S. des § 98 GWB und mindestens ein außenstehender Dritter (Unternehmer) beteiligt ist und das eingeleitet ist, um einen entgeltlichen Vertrag i.S. des § 99 GWB abzuschließen, auf den die weiteren Voraussetzungen des § 100 GWB zutreffen (BGH NJW-RR 2005, 1439, 1440). Das ist hier der Fall.
- 41 Die Antragsgegnerin ist als Gebietskörperschaft ein öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 Nr. 1 GWB.
- 42 Der gem. § 2 Nr. 3 VgV i.V.m. der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 maßgebliche Schwellenwert von € 193.000,00 ist bei einem Auftragswert von € 1,2 Mio. für die Jahre 2011 und 2012 überschritten (§ 100 Abs. 1 GWB). Der in Rede stehende Auftrag für energiewirtschaftliche Dienstleistungen ist auch nicht nach § 100 Abs. 2 GWB von den Regelungen des Vierten Teils des GWB ausgenommen.
- 43 Der beabsichtigte Vertrag ist auch ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 GWB. Die Vorschrift definiert öffentliche Aufträge als entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung solcher Leistungen. Davon zu unterscheiden sind Austauschbeziehungen, die innerhalb einer öffentlichen Körperschaft verbleiben. Solche Eigengeschäfte begründen keinen öffentlichen Auftrag (vgl. Müller-Wrede/Kaelble, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 107). Die entgeltliche Dienstleistungsvereinbarung über energiewirtschaftliche Leistungen auf dem Gebiet des Abwicklungsmanagements soll geschlossen werden zwischen der Antragsgegnerin, einer öffentlichen Gebietskörperschaft, und der Beigeladenen, einer privatrechtlichen GmbH. Er fällt damit grundsätzlich unter die Definition des ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrags i.S.v. § 99 GWB. Das wäre nur dann nicht der Fall, wenn die geplante Vereinbarung einer Austauschbeziehung gleichkäme, die sich nur innerhalb der Antragsgegnerin abspielte. Dann wäre ein vergaberechtsfreier Vertragsschluss im Wege eines „In-house-Geschäfts“ möglich. Das setzt aber zum einen voraus, dass der öffentliche Auftraggeber über den Auftragsnehmer eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle und zum anderen, dass der

Auftragnehmer ohnehin schon seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber erbringt (vgl. EuGH, NZBau 2000, 90 Tz. 50 - Teckal; NJW 2006, 2679 - Carbotermo; NZBau 2007, 381 - Asemfo). Von diesen zwei Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, damit eine öffentliche Körperschaft einen entgeltlichen Auftrag ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens direkt an ein Unternehmen erteilen darf, ist zwar das Kontrollkriterium erfüllt, nicht aber zugleich das Wesentlichkeitskriterium.

- 44 a) Die Vergabekammer hat das Kontrollkriterium zu Recht bejaht.
- 45 Der öffentliche Auftraggeber muss allein oder mit anderen öffentlichen Stellen eine ähnliche Kontrolle über das auftragnehmende Unternehmen ausüben wie über seine eigenen Dienststellen. Die Gesellschaft, an die der Auftrag vergeben wird, muss einer Kontrolle unterworfen sein, die es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft einzuwirken. Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen (EuGH, NJW 2006, 2679 Tz. 33 und 36 - Carbotermo).
- 46 So liegen die Dinge hier. Bei der Beigeladenen handelt es sich um eine GmbH, deren Alleingeschäftsführerin, die H... W... GmbH ist, an der wiederum die Hamburger W... B... mbH zu 94,9 % und die H... G... für Vermögens- und B... mbH (HG.) zu 5,1 % beteiligt sind. Die HG. GmbH, deren Alleingeschäftsführerin die Antragsgegnerin ist, hält ihrerseits 100 % der Anteile der Hamburger W... B... mbH. Damit liegt zwar ein gestuftes Beteiligungsverhältnis vor, es handelt sich aber sämtlich um Unternehmen in der Rechtsform der GmbH, die die Antragsgegnerin direkt oder mittelbar zu 100 % kontrolliert, auch die Beigeladene als sog. Enkel-Gesellschaft auf der letzten Stufe (vgl. Orłowski NZBau 2007, 80, 83 f).
- 47 Der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital der auftragnehmenden Gesellschaft hält, ist zwar nicht allein entscheidend, deutet aber darauf hin, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen hält (EuGH, NJW 2006, 2679 Tz. 37 -Carbotermo; NZBau 2007, 381, 386 Tz. 57 - Asemfo; OLG Celle, NZBau 2010, 194, 197). Die weitgehenden Kontroll- und Durchsetzungsbefugnisse der Antragsgegnerin auf die Geschäftsführung der Beigeladenen gewährleistet schon das deutsche GmbH-Recht. Danach unterliegen der Bestimmung der Gesellschafter, unbeschadet weitergehender Regelungen im Gesellschaftsvertrag (§ 45 Abs. 1 GmbHG), die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung (§ 46 Nr. 5 und 6 GmbHG).
- 48 Hinzukommt, dass die Beigeladene einen Aufsichtsrat hat und die Antragsgegnerin gem. § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags die Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrats stellt, nämlich vier von insgesamt sechs Mitgliedern. Außerdem ist die Finanzbehörde gem. § 14 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags berechtigt, sich von der Ordnungsmäßigkeit und der Zweckmäßigkeit des Geschäftsbetriebes zu überzeugen.
- 49 Schließlich baut die „Geschäftsweisung des Aufsichtsrates für die Geschäftsführung“ die Befugnisse des Aufsichtsrates gegenüber der Geschäftsführung der Beigeladenen noch weiter aus, insbesondere durch eine umfassende Berichtspflicht und zahlreiche Zustimmungsvorbehalte.
- 50 Soweit der EuGH im Urteil „Carbotermo“ noch besondere Stimmrechte verlangt (NJW 2006, 2679 Tz. 38), erklärt sich das daraus, dass dort der Auftragnehmer, die A... Holding SpA, eine Aktiengesellschaft nach italienischem Recht war. Anders als bei einer Aktiengesellschaft ist aber die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle bei einer deutschen GmbH in der Regel gegeben, weil die Geschäftsführung der GmbH weisungsgebunden ist (vgl. OLG Celle NZBau 2010, 194, 197; OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 343, 345; Müller-Wrede/Kaelble, a.a.O. § 99 Rn. 118; Jennert, NZBau 2006, 421, 422). Das gilt hier, wie dargelegt, in besonderem Maße.

- 51 b) Die weitere, für ein vergabefreies „In-house-Geschäft“ erforderliche Voraussetzung, das Wesentlichkeitskriterium, ist hingegen nicht erfüllt.
- 52 Danach muss das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber erbringen. Das ist der Fall, wenn das Unternehmen hauptsächlich für den öffentlichen Auftraggeber tätig wird und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist (EuGH, NJW 2006, 2679, Tz. 58 ff – Carbotermo). Damit soll erreicht werden, dass das Vergaberecht auch dann anzuwenden ist, wenn das durch eine öffentliche Körperschaft kontrollierte Unternehmen am Markt teilnimmt und deshalb mit anderen Unternehmen in Wettbewerb tritt. Gibt es eine solche Wettbewerbssituation mit anderen privaten Unternehmen, besteht kein Grund, ein solches öffentlich geprägtes Unternehmen dadurch zu privilegieren, dass es außerhalb des Vergaberechts direkt Aufträge von der öffentlichen Hand erhält. Mit dem Wesentlichkeitskriterium wird also das Ziel verfolgt, eine Verfälschung des Wettbewerbs zu vermeiden (EuGH, a.a.O., Tz. 59)
- 53 Für die Beurteilung der Frage, ob das Unternehmen, an das ein Auftrag vergeben werden soll, seine Tätigkeit bereits wesentlich für den öffentlichen Auftraggeber erbringt, sind alle qualitativen und quantitativen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Ausschlaggebend ist dabei der Umsatz, der mit dem öffentlichen Auftraggeber erzielt wird. Unerheblich sind hingegen die Person des Begünstigten, sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen. Es kommt auch nicht darauf an, wer die Vergütung zahlt, sei es die Körperschaft, die seine Anteile innehat, seien es Dritte als Nutzer der Dienstleistungen, die auf Grund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht werden. Ebenso wenig spielt eine Rolle, in welchem Gebiet die Leistungen erbracht werden.
- 54 In quantitativer Hinsicht ist noch nicht geklärt, ob die Grenze, bis zu der Umsätze noch als aus einer rein nebensächlichen Tätigkeit stammend angesehen werden können, regelmäßig bei 10 % der Umsätze zu ziehen ist oder darunter. In einer Entscheidung vom 19.04.07 hat es der EuGH für das Wesentlichkeitskriterium genügen lassen, wenn die Tätigkeit zu 90 % für die öffentliche Körperschaft erbracht wird (NZBau 2007, 381, 386 Tz. 63 - Asemfo). Hingegen hält es der BGH für zweifelhaft, ob 10 % noch nebensächlich sind (VersR 2009, 84 Tz. 31). Das OLG Celle vertritt die Auffassung, bereits ein Anteil von 7,5 % der Gesamtumsätze sei nicht mehr nebensächlich (NZBau 2010, 194, 197).
- 55 Die Beantwortung dieser Frage kann indes dahinstehen, weil schon die Umsätze, die die Beigeladene auf der Grundlage der von ihr selbst genannten Zahlen mit der Antragsgegnerin erzielt, deutlich unter 90 % ihrer Gesamtumsätze liegen. Im Nachprüfungsverfahren hat die Beigeladene vorgetragen, sie erziele von ihren Umsätzen 90,5 % innerhalb des Stadtgebietes der Antragsgegnerin und 9,5 % außerhalb des Stadtgebietes. Von den Umsätzen innerhalb des Stadtgebietes der Antragsgegnerin entfielen auf Umsätze mit öffentlichen Einrichtungen 84,09 % und auf Umsätze mit Privatkunden 15,91 %.
- 56 Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen können die Umsätze, die die Beigeladene mit Privatkunden erwirtschaftet, den Umsätzen aus Beziehungen mit den öffentlichen Einrichtungen der Antragsgegnerin nicht hinzugezählt werden, auch nicht die Umsätze mit im Gebiet der Antragsgegnerin ansässigen Privatkunden. Die Privatnutzer sind im Verhältnis zur Antragsgegnerin Dritte. Sie sind ebenso wie die Antragsgegnerin selbst Auftraggeber der Beigeladenen. Es besteht kein Grund, die mit den Privatkunden erzielten Umsätze der Antragsgegnerin zuzurechnen:
- 57 aa) Es ist zwar richtig, dass der EuGH im Urteil „Carbotermo“ ausführt, die Berücksichtigung der Umsätze für die öffentliche Körperschaft hänge nicht davon ab, wer die Person des Begünstigten sei, ebenso wenig komme es darauf an, wer das Unternehmen vergüte. Es sei daher unschädlich, wenn Dritte die Vergütung an das Unternehmen zahlen „als Nutzer der Dienstleistungen, die aufgrund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht werden“ (NJW 2006, 2679 Tz. 67). Die „anderen Rechtsbeziehungen“ sind damit zwar weit gefasst. Man kann auch der Antragsgegnerin zustimmen, wenn sie eine Dreiteilung vornimmt in Vergabeentscheidungen, Konzessionen

und andere Rechtsbeziehungen.

- 58 Der EuGH fordert aber, dass die Erbringung der Leistung auf dieser anderen Rechtsbeziehung beruht diese, also kausal sein muss. Das ergibt sich schon daraus, dass er auf die erzielten Umsätze abstellt. Der öffentlichen Körperschaft können nur solche Umsätze zugerechnet werden, deren Erzielung sie herbeigeführt hat. Das zeigt auch der Vergleich mit den beiden anderen Rechtsbeziehungen, nämlich dass die öffentliche Körperschaft an ein Unternehmen einen Auftrag vergibt oder eine Konzession erteilt. Für den häufigsten Fall einer Vergabeentscheidung, also eines direkten Auftrages, macht der Gerichtshof ganz deutlich, dass die Umsätze auf die Vergabeentscheidung zurückgehen müssen: „... so ist der Umsatz ausschlaggebend, den das fragliche Unternehmen auf Grund der Vergabeentscheidungen der kontrollierenden Körperschaft erzielt,...“ (EuGH, a.a.O., Tz. 65). Diese Voraussetzung gilt auch für die übrigen Rechtsbeziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Unternehmen. Die Ausführungen zu den Konzessionen und den „anderen Rechtsbeziehungen“ verstehen sich als ergänzende Klarstellungen im Hinblick darauf, dass unerheblich ist, wer das Unternehmen vergütet (EuGH, a.a.O., Tz. 67). Bei der Konzession wird die notwendige Kausalität dadurch hergestellt, dass eben kein freier Markt herrscht, sondern dieser Beschränkungen unterliegt, und die öffentliche Körperschaft den Zugang zu den Leistungen durch die Erteilung von Konzessionen regelt. In diesem Bereich können demnach Umsätze nur mit denjenigen erzielt werden, die im Besitz einer Konzession der öffentlichen Körperschaft sind.
- 59 Es kann dahinstehen, ob die „anderen Rechtsbeziehungen“ nur solche Verhältnisse sein können, die den Nutzer dazu verpflichten, die Dienstleistung von dem betreffenden Unternehmen in Anspruch zu nehmen, wie etwa bei einem Anschluss- und Benutzungszwang. Erforderlich ist aber stets ein Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsbeziehung und dem Umsatz. Daran fehlt es hier. Der in Hamburg ansässige Privatanutzer kann unter einer Vielzahl von Anbietern für die Belieferung mit Strom wählen, die Beigeladene ist nur einer von ihnen. Welchen Anbieter der Privatanutzer bevorzugt, beruht nicht auf einer Rechtsbeziehung, die die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen eingegangen ist, sondern auf einer autonomen Entscheidung des Nutzers.
- 60 bb) Wählt der private Nutzer unter den verschiedenen Anbietern die Beigeladene aus, beruht der Entschluss nicht auf dem Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen, der in § 2 Aufgaben der Daseinsvorsorge beschreibt. Der unscharfe Begriff der Daseinsvorsorge hilft ohnehin nicht weiter (vgl. dazu ausführlich Kahle, Die Elektrizitätsversorgung zwischen Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit (2009), S. 136 ff). Er beschränkt sich insbesondere nicht auf solche Aufgaben, deren Erbringung einem staatlichen Monopol vorbehalten ist. Auch für die Belieferung mit Strom kann deshalb dahinstehen, ob sie ungeachtet der fortgeschrittenen Liberalisierung noch zur öffentlichen Daseinsvorsorge zählt (zustimmend Hellermann, in Britz/Hellermann/ Hermes, EnWG, § 36 Rn 3). Entscheidend ist vielmehr, dass den Gemeinden, hier der Antragsgegnerin als Stadtstaat, diese Aufgaben nicht mehr exklusiv zugewiesen sind, sondern sie auch von Privaten erbracht werden dürfen (vgl. Kahle, a.a.O., S. 144 ff). Es herrscht also Wettbewerb. Die Lieferung von Strom können seit 1998 anders als beim Netzbetrieb auch private Unternehmen anbieten, 2005 erfolgte eine weitere Liberalisierung. Das Energierecht unterscheidet jetzt zwischen der Netzanschlusspflicht des Energieversorgungsunternehmens gem. § 18 EnWG auf der einen Seite und der Stromlieferung mit dem System einer sog. Grundversorgung gem. § 36 EnWG auf der anderen Seite, um die es hier geht (vgl. Hellermann, a.a.O., § 36 Rn 5; Theobald in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 1 Rn. 77, 84). Die kommunale Entscheidungshoheit wurde auf das Recht zur Einräumung von Wegenutzungsrechten gem. § 46 Abs. 2 EnWG reduziert, über die hier interessierende allgemeine Versorgung mit Energie entscheidet die Gemeinde hingegen nicht mehr (vgl. Theobald, a.a.O., § 1 Rn. 84, 118; dort auch Albrecht, § 9 Rn. 123). Die früher rein öffentliche Daseinsvorsorge wurde insoweit jedenfalls im Hinblick auf die Lieferkomponente weitgehend privatisiert.
- 61 cc) Wenn sich die Antragsgegnerin als Gebietskörperschaft im Jahr 2009 entschlossen hat, eine GmbH zu gründen - die Beigeladene -, um sich auf dem Strommarkt zu betätigen, können die Umsätze, die die

Beigeladene dort im Wettbewerb mit anderen Anbietern aus Geschäften mit Privatkunden erwirtschaftet, demzufolge nicht mit dem Argument der Daseinsvorsorge der Antragsgegnerin zugerechnet werden. Dem kann die Antragsgegnerin nicht entgegenhalten, ihr müsse im Rahmen der durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten kommunalen Selbstverwaltung die Möglichkeit erhalten bleiben, ehemals privatisierte Bereiche der Daseinsvorsorge wieder zu rekommunalisieren. Solange nämlich noch ein Markt existiert und sich der Staat mit einem privatrechtlich organisierten Unternehmen auf den Markt begibt, was er hier getan hat, kann er diese Bindung nicht mehr einseitig ohne Kontrolle durch das Vergaberecht beseitigen. Tritt ein kommunales Unternehmen aus der öffentlichen Sphäre heraus und in den Markt ein, muss es von seinen öffentlichen Anteilseignern wie jedes andere Unternehmen behandelt werden, kann also nicht ohne Ausschreibung beauftragt werden (vgl. Jennert, NZBau 2006, 421, 423 zur interkommunalen Zusammenarbeit).

- 62 dd) Eine kausale Beziehung zwischen dem in § 2 des Gesellschaftsvertrags beschriebenen Gesellschaftszweck der Beigeladenen und den mit Privatkunden erzielten Umsätzen lässt sich auch nicht aus der dort beschriebenen Verpflichtung auf den Klimaschutz herleiten. Bei der Frage, für welchen Anbieter sie sich entscheiden, wird zwar neben dem Preis und dem Service für viele Privatanutzer auch dieses positive Ziel von Bedeutung sein. Abgesehen davon, dass der Umweltschutz einen starken Werbeeffekt hat, genügt die Verpflichtung auf den Klimaschutz aber deshalb nicht, weil die Beigeladene bei weitem nicht der einzige Anbieter von Ökostrom ist, also auch in diesem Marktsegment im Wettbewerb steht.
- 63 ee) Die Antragsgegnerin kann sich nicht darauf berufen, die Beigeladene nehme im Hinblick auf das streitgegenständliche Abwicklungsmanagement nicht am Markt teil, weil sie diese Leistungen auch bislang schon nur für die HW. GmbH und die Hamburger Stadtentwässerung (HSE) erbringe, also im Ergebnis für die Antragsgegnerin. Für eine solche Differenzierung nach bestimmten Einzelleistungen findet sich in der Rechtsprechung des EuGH keine Stütze. Im Gegenteil, im Urteil „Carbotermo“ stellt er ausdrücklich auf „alle Tätigkeiten“ ab, die ein Unternehmen im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber als Auftragnehmer verrichtet (NJW 2006, 2679 Tz. 66). Das ist mit Rücksicht auf den verfolgten Zweck, eine Verfälschung des Wettbewerbs zu verhindern, auch notwendig. Der freie Wettbewerb wird nämlich auch dann beeinträchtigt, wenn eine öffentliche Körperschaft ein Unternehmen nur auf einem bestimmten Marktsegment bevorzugt und es dadurch im Vergleich zu den Mitbewerbern insgesamt wirtschaftlich stärkt, mag es auch in dem betreffenden Segment selbst nur für die öffentliche Hand tätig sein.
- 64 ff) Die Umsätze, die die Beigeladene außerhalb des Stadtgebietes der Antragsgegnerin mit Privatkunden erzielt, belaufen sich nach ihren Angaben auf 9,5 % des Gesamtumsatzes. Diese Umsätze können der Antragsgegnerin in keinem Fall zugerechnet werden. Das hat auch die Vergabekammer nicht getan. Denn die Verpflichtung einer Gebietskörperschaft, Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge zu erfüllen, beschränkt sich auf ihr Hoheitsgebiet. Wenn dann von den Umsätzen innerhalb des Stadtgebietes noch ein Anteil von 15,91 % aus Verträgen mit Privatanutzern stammt, kann man nicht mehr davon sprechen, dass die Beigeladene hauptsächlich für die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeberin tätig wird und jede andere Aktivität rein nebensächlich ist. Hinzukommt, dass die Antragsgegnerin die Beigeladene überhaupt erst im September 2009 gegründet hat, und zwar ausdrücklich mit dem Ziel, nicht nur ihre eigenen öffentlichen Einrichtungen mit ökologisch erzeugtem Strom zu versorgen, sondern auch die Einwohner der Stadt. Ausweislich einer Presseerklärung der Beigeladenen vom 16.06.2010 kommen jeden Monat etwa 1000 Privatkunden hinzu. Mittelfristig strebt sie sogar an, in Hamburg die Nummer 2 zu werden.

2.

- 65 Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Wegen des verfassungsrechtlichen Gebots, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, dürfen an die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB keine allzu hohe Anforderungen gestellt werden; die Darlegungslast darf insoweit nicht überspannt werden (BGH NJW-RR 2005, 1439, 1440). Danach hat die Antragstellerin hinreichend dargelegt, dass ihr durch die Verletzung von

Verfahrensvorschriften ein Schaden droht und sie ein Interesse an dem streitgegenständlichen Auftrag hat. Sie hat substantiiert vorgetragen, dass sie die Dienstleistungen aus dem Abwicklungsmanagement nicht nur im Rahmen der Vollstromlieferung erbringt, sondern auch separat.

3.

- 66 Da sich die Antragstellerin gegen eine drohende de-facto-Vergabe wendet, ist eine vorherige Rüge gem. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB n.F. entbehrlich. Diese Vorschrift bestimmt zwar eine Ausnahme von der Rügeobliegenheit ausdrücklich nur bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages nach § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB. Es kann aber nichts anderes gelten, wenn es wie hier zum Abschluss eines Vertrages noch nicht gekommen ist (vgl. dazu auch OLG Celle, NZBau 2010, 194, 199).

B.

- 67 Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.
- 68 Die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Direktvergabe an die Beigeladene würde die Antragstellerin in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren gem. § 97 Abs. 7 GWB verletzen. Die Beauftragung der energiewirtschaftlichen Abwicklungsdienstleistungen darf gem. §§ 97 Abs. 1, 99, 100 GWB nur in einem Vergabeverfahren erfolgen.
- 69 Es ist daher gem. § 123 S. 3 GWB festzustellen, dass der beabsichtigte Vertrag gegen vergaberechtliche Vorschriften verstößt und die Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt.
- 70 Da die de-facto-Vergabe an einen Mitbewerber droht, ist es auch gerechtfertigt, der Antragsgegnerin den Abschluss des Vertrages mit der Beigeladenen antragsgemäß zu untersagen. Das Beschwerdegericht hat entsprechend § 114 Abs. 1 GWB die gleichen Entscheidungsbefugnisse wie die Vergabekammer und damit die Aufgabe, die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern (vgl. Müller-Wrede/Dittrich, a.a.O., § 123 Rn. 3, 8 f).
- 71 Dagegen sieht sich der Senat außerstande, der Anregung der Antragsgegnerin zu folgen und in einer Weise zu tenorieren, die es ihr ermöglicht, die Beigeladene zumindest für eine erste Übergangszeit außerhalb eines Vergabeverfahrens zu beauftragen. Das Beschwerdegericht ist gem. § 123 S. 2 GWB i.V.m. § 114 Abs. 1 GWB analog zwar grundsätzlich befugt, auf eine begründete Beschwerde differenzierte Maßnahmen anzuordnen, insbesondere soll nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Aufhebung des gesamten Vergabeverfahrens nur als letztes Mittel in Betracht kommen (vgl. Müller-Wrede/Dittrich, a.a.O., § 123 Rn. 9). Das gilt aber nur, wenn ein Vergabeverfahren überhaupt stattfindet. Demgegenüber ordnet § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB für den Fall einer unzulässigen Direktvergabe die Unwirksamkeit eines bereits geschlossenen Vertrags an. Der öffentliche Auftraggeber muss sich dann entscheiden, ob er den Auftrag überhaupt noch vergeben will und ggf. in welcher Form erstmals ein Vergabeverfahren durchgeführt werden soll. Das Beschwerdegericht ist hingegen weder befugt noch tatsächlich in der Lage, in dieser Richtung Vorgaben zu machen oder bestimmte Interimslösungen anzuordnen. Nichts anderes kann gelten, wenn es wie hier noch nicht zum Vertragsschluss gekommen ist.

C.

- 72 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78 S. 1 GWB. Es entspricht der Billigkeit, dass die unterlegene Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens trägt, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgungskosten notwendigen Kosten der Antragstellerin, sie und die gleichfalls unterlegene Beigeladene ihre eigenen Kosten hingegen selbst zu tragen haben.
- 73 Angesichts der komplexen Rechtsmaterie war auch die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig (§ 128 Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2

VwVfG).

- 74 Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Danach beträgt der Streitwert 5 % der Bruttoauftragssumme. Bei einem Auftragswert von € 1,2 Mio. ergibt sich ein Streitwert von € 60.000,00.