



Landeskartellbehörde Niedersachsen
beim Niedersächsischen Ministerium
für Wirtschaft, Verkehr, Bauen
und Digitalisierung

Hannover, Mai 2024

Hinweise

zur Vergabe von Wasserkonzessionsverträgen gemäß §§ 31, 31a GWB¹

Stand: 31.05.2024

Einleitung:

Vertragliche Regelungen für die Versorgung mit Wasser unterliegen den §§ 31 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Dies gilt insbesondere für Wegenutzungsverträge. Diese werden auch als Konzessionsverträge bezeichnet. Nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB handelt es sich um Verträge von Wasserversorgungsunternehmen mit Gebietskörperschaften, durch die sich die Kommunen verpflichten, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Versorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft mit Wasser ausschließlich einem Wasserversorgungsunternehmen gegen Zahlung von Konzessionsabgaben zu gestatten. Städte und Kommunen haben in ihrem Gebiet auf dem Markt der Wegenutzungsrechte ein Monopol inne.²

Die Städte und Gemeinden in Niedersachsen nehmen die Aufgabe der Wasserversorgung als freiwillige Leistung der Daseinsvorsorge wahr; in der Regel nehmen sie die Aufgabe entweder selbst wahr oder gründen zusammen mit Nachbargemeinden Wasserversorgungsverbände. Träger der Wasserversorgung in Niedersachsen sind Wasser- und Bodenverbände, Zweckverbände, Kommunale Eigengesellschaften, Eigen- und Regiebetriebe der Gemeinden, gemischt öffentlich-privatwirtschaftliche Gesellschaften, z. B. AG, GmbH oder andere privatrechtliche Gesellschaften. Da die Wasserversorgung einen elementaren Teil der kommunalen Daseinsvorsorge darstellt, tragen die Kommunen mindestens die Gewährleistungsverantwortung hierfür. Sie haben so die Wasserversorgung durch entscheidende Informations-, Einfluss-, Kontroll- und Steuerungsrechte sicherzustellen.³

¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i. d. F. vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert worden ist.

² OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II. 1. b) aa).

³ Katz In: KommJur 2018, 1 ff., „Kommunales Konzessionierungsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionierungsverträge, S. 8.

Die Wasserversorgung ist leitungsgebunden, sodass ein Versorger in seinem Versorgungsgebiet ein natürliches Monopol innehat.⁴

Die Konzessionsverträge im Wasserbereich enthalten regelmäßig eine Bestimmung über die Lieferverpflichtung des Wasserversorgungsunternehmens. Anders als im Bereich der Strom- und Gasversorgung sind im Bereich der Wasserwirtschaft Netzinhaberschaft, Wassergewinnung und Wasserliefervertrag nicht getrennt.

Die Landeskartellbehörde Niedersachsen (LKartB NI) verbindet mit diesem Hinweispapier die Erwartung, dass es trotz fehlender Rechtsverbindlichkeit durch die Veröffentlichung eine präventive Wirkung entfaltet, Rechtsstreitigkeiten verhindert und den nur selten mit der Durchführung von Konzessionsverfahren befassten Gemeinden eine Orientierungshilfe und eine Arbeiterleichterung bietet. Diese Hinweise dienen zur Vermeidung kartell- und wettbewerbsrechtswidriger Verhaltensweisen von am Konzessionsvergabeverfahren beteiligten Unternehmen. Die LKartB NI behält sich selbstverständlich weiterhin vor, Kartellverstöße bei Konzessionsvergaben mit den Instrumentarien des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufzugreifen und abzustellen.

I. Erforderlichkeit einer Konzessionsvergabe im Trinkwasserbereich

Im Wassersektor existieren insbesondere über die Regelungen der §§ 31 – 31 b GWB hinaus keine spezifischen gesetzlichen Bestimmungen über den Inhalt und die Vergabe von Konzessionsverträgen.

Die Regelungen des § 46 EnWG⁵ finden nach allgemeiner Auffassung keine Anwendung auf Konzessionsverträge im Wasserbereich. Eine Unterscheidung zwischen einfachen und qualifizierten Wegenutzungsrechten, wie sie § 46 EnWG voraussetzt, findet im Wasserbereich nicht statt, weil hier ausschließliche Wegerechte für ein Wasserversorgungsunternehmen vereinbart werden dürfen. Auch eine analoge Anwendung scheidet auf Grund der bewussten Regelungslücke aus. So müssen die Kommunen die Wegenutzungsrechte grundsätzlich nicht auf der Grundlage des dort vorgesehenen, wettbewerblichen Auswahlverfahrens vergeben.

In Umsetzung der Konzessionsvergabe-RL 2014/23/EU (KVR)⁶ schließt § 149 Nr. 9 GWB die Anwendung des Vierten Teils des GWB für Wasserkonzessionen ausdrücklich aus.

Sofern im Folgenden von „Vergabe“ die Rede ist, ist daher nicht das förmliche Vergabeverfahren gemeint.

⁴ Katz In: KommJur 2018, 1 ff., „Kommunales Konzessionierungsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionierungsverträge, S. 9.

⁵ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 32) geändert worden ist.

⁶ Richtlinie 2014/23/ EU über die Konzessionsvergabe, Abl. EU v. 28.03.2014, L-94/1.

Damit sind für Wasserkonzessionen weder das EnWG noch die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) als Verfahrensregeln anzuwenden.

Dennoch können Wasserkonzessionen nicht in einem rechtsfreien Raum vergeben werden. **Denn die genannte Bereichsausnahme entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber unionsrechtlichen Prinzipien oder gegenüber dem nationalen Wettbewerbsrecht.**

Grundlage für die verfahrensbezogenen und auch materiellen Anforderungen sind das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot und, wenn die sog. Binnenmarktrelevanz vorliegt, die primärrechtlichen Grundsätze des AEUV, insbesondere Art. 49 AEUV ("Niederlassungsfreiheit") und Art. 56 AEUV ("Dienstleistungsfreiheit") sowie die sich daraus ergebenden allgemeinen Grundsätze.⁷

Ein wettbewerbliches Verfahren ist daher, trotz der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 9 GWB und der Nichtanwendbarkeit des EnWG und der KonzVgV, **immer** einzuleiten, wenn ein Wegenutzungs-/Konzessionsvertrag endet, es sei denn es liegt eine Ausnahme vom Erfordernis der Durchführung eines Vergabeverfahrens vor (dazu weiter unter II.).

1. Prüfung der Binnenmarktrelevanz

Die vorgenannten europäischen Grundprinzipien sind immer dann zu beachten, wenn an der Wasserkonzession ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht (sog. Binnenmarktrelevanz).⁸

Zur Bewertung der Binnenmarktrelevanz sind die Gegebenheiten im jeweiligen Einzelfall zu würdigen. Insbesondere von Interesse sind das Konzessionsvolumen, die geografische Lage des Leistungsortes oder die technischen Merkmale der Konzession.⁹ Ein solches grenzüberschreitendes Interesse wird hierbei nur dann nicht bestehen, wenn besondere Umstände, wie eine nur geringfügige wirtschaftliche Bedeutung der Konzession und die geografische Lage des Wasserversorgungsgebietes, es als ausgeschlossen erscheinen lassen, dass ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedsstaat ein Interesse an der Konzession haben könnte.¹⁰

Aufgrund des in der Natur der Sache liegenden größeren Volumens und der langen Laufzeit eines Wasserkonzessionsvertrages wird dies jedoch regelmäßig nicht der Fall sein.

⁷ OLG Düsseldorf Beschluss vom 21.03.2018 2 U (Kart) 6/16.

⁸ OLG Düsseldorf Beschluss vom 21.03.2018 2 U (Kart) 6/16; Schröder in NVwZ 2017, 504 ff., „Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen“, S. 505.

⁹ Schröder in: NVwZ 2017, 504 ff., „Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen“.

¹⁰ EuGH, Urteil v. 21.07.2005, Az. C-231/03 „Coname“, Rn. 20 zu einer Gaskonzession. Insofern handelt es sich allerdings um eine bereichsübergreifende allgemeine Rechtsprechung des EuGH.

Objektive Anhaltspunkte für die Beurteilung des Vorliegens einer Binnenmarktrelevanz sind daher:

- Die Höhe des Konzessionswertes (Umsätze, Konzessionsabgaben auf die gesamte Laufzeit betrachtet).
- Die geografische Lage des Konzessionsgebietes (ca. 100-200 km Entfernung des Wasserkonzessionsgebietes zur Landesgrenze).¹¹
- Liegt eine Interessenbekundung an der Konzession aus einem anderen Mitgliedstaat der EU vor?¹²

2. Vorgaben bei Binnenmarktrelevanz

Die im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe zu beachtenden Erfordernisse ergeben sich bei vorhandener Binnenmarktrelevanz unmittelbar aus dem europäischen Primärrecht, der die Europäischen Verträge konkretisierenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und aus dem Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

Aus dem europäischen Primärrecht folgen die zu beachtenden Grundsätze wie Gleichbehandlung, Diskriminierungsfreiheit, Transparenzgebot und Verhältnismäßigkeit. Diese sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auch bei der Vergabe von Wasserkonzessionen zu beachten.¹³ Denn bei Wasserkonzessionen handelt es sich um Dienstleistungskonzessionen im Sinne des europäischen Rechts.¹⁴

3. Vorgaben bei fehlender Binnenmarktrelevanz

Auch ohne Binnenmarktrelevanz ist das Transparenzgebot zu beachten, das aus dem allgemeinen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB folgt. Kommunen handeln bei Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen i.S.d. deutschen Kartellrechts¹⁵ und stellen als Konzessionsgeber marktbeherrschende Unternehmen im Sinne des § 18 Abs. 1 GWB dar, denn sie haben auf dem sachlich relevanten (Angebots-)Markt für Wegenutzungsrechte zur Verlegung und zum Betrieb von Wasserleitungsrohren, um die an das Rohrleitungssystem angeschlossenen Abnehmer mit Wasser zu versorgen, örtlich beschränkt auf das Netzgebiet eine Monopolstellung inne. Erfüllt eine Konzessionsvergabe nicht die formellen und materiellen Anforderungen, liegt regelmäßig eine unbillige Behinderung der unterlegenen Bieter vor, soweit deren Chancen im

¹¹ EuGH, Urteil v. 21.07.2005, Az. C-231/03 „Coname“, Rn. 20.

¹² Ebda.

¹³ Schröder, „Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen“ In: NVwZ 2017, 504 ff.; Vgl. ABI. EG 2000/C 121/02; ABI EG 2006/C 179/02; EuGH, Urteil v. 13.10.2005, Az. C-458/03 „Parking Brixen“, Rn. 48 f.; EuGH, Urteil v. 10.09.2009, C-206/08 „WAZV Gotha“, Rn. 44; OLG Celle, Urteil vom 23.02.2016, Az.: 13 U 148/15.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 10.09.2009, Az.: C-206/08 „WAZV Gotha“, Rn. 80.

¹⁵ BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR6512 KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139, 4153, juris Rn. 50, 54.

Wettbewerb hierdurch behindert worden sind.¹⁶ Angesichts des grundlegenden Urteils zur Vergabe von Wasserkonzessionen des OLG Düsseldorf vom 13.6.2018^{17 18} wird jetzt eine EU-weite Bekanntmachung in vielen Fällen der sicherste Weg sein.

4. Zwischenfazit

Endet ein Wegenutzungs-/Konzessionsvertrag ist somit unabhängig vom Vorliegen der Binnenmarktrelevanz **grundsätzlich** ein wettbewerbliches Verfahren einzuleiten.

II. Ausnahmen vom Erfordernis eines Vergabeverfahrens

Bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gibt es Ausnahmen vom hierfür geltenden primärrechtlichen Verfahrensregime oder Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB, wenn und soweit einer der Ausnahmefälle – In-House-Geschäft zwischen Konzessionsgeber und Konzessionsnehmer oder eine Konzessionsvergabe im Wege einer interkommunalen Kooperation (dazu unter 1. bzw. 2.) – vorliegt. Das primärrechtliche Verfahrensregime muss ferner dann nicht eingehalten werden, wenn eine lediglich unwesentliche Vertragsänderung erfolgen soll (dazu unter 3.). Ob dagegen ein transparentes wettbewerbliches Verfahren dann entbehrlich ist, wenn der Konzessionär nicht übertragungspflichtiger Eigentümer der ausschließlich Nutzungsberechtigte der Konzession ist, wird unter 4. Ausschließlichkeitsrechte erörtert.

1. In-House-Geschäft

„Auch außerhalb des Vergaberechts ist das Rechtsinstitut der vergabefreien Eigengeschäfte der öffentlichen Hand anerkannt; insoweit ist insbesondere auf die (überwiegend ältere) Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union zu Inhouse-Vergaben bei Dienstleistungskonzessionen außerhalb des EU-Vergaberechts sowie auf die nationale kartellrechtliche Rechtsprechung abzustellen“, so das OLG Naumburg in seinem Urteil vom 3.6.2022.¹⁹

Ein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft ist nach der Rechtsprechung des EuGH dann anzunehmen, wenn Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen geschlossen werden und der öffentliche Auftraggeber über dieses Unternehmen die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (Kontrollkriterium) und das

¹⁶ BGH Urteil v. 17. 12.2013, KZR 65/12 a.a.O..

¹⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.6.2018 – VI-2 U 7/16 (Kart), (IR 2018, 263, beck-online).

¹⁸ So Zuber: Anforderungen an die Vergabe einer Wasserkonzession, IR 2018, 263.

¹⁹ OLG Naumburg, Urteil v. 3.6.2022 – 7 U 6/22 Kart, 3. Leitsatz, NZKart 2023, 175, beck-online.

beauftragte Unternehmen zugleich im Wesentlichen für denselben öffentlichen Auftraggeber tätig ist (Wesentlichkeitskriterium).²⁰ Hierbei soll es für das Kontrollkriterium weniger auf eine Beherrschung an sich ankommen, sondern mehr darauf, ob der Konzessionsgeber maßgeblichen Einfluss auf die Ausrichtung und die Entscheidungen des Konzessionsnehmers ausüben kann.²¹ Die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ist dann nicht mehr anzunehmen, wenn die Konzession an ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen gehen soll, bei dem neben dem öffentlichen Anteilseigner auch ein Privater am Kapital beteiligt ist.²² Die Beurteilung muss dabei anhand qualitativer und quantitativer Kriterien im Einzelfall erfolgen.²³ Ausnahmsweise kann ein Konzessionsverfahren trotz Beteiligung eines Privaten gleichwohl entbehrlich sein, wenn die sich aus dem europäischen Primärrecht ergebenden Verfahrensanforderungen schon bei der Auswahl des Privaten erfüllt worden sind.²⁴

Der EuGH sieht das Wesentlichkeitskriterium als nicht mehr erfüllt an, wenn die für einen Dritten erbrachte Tätigkeit sich nicht mehr als rein nebensächlich darstellt.²⁵ Für die Annahme eines vergaberechtsfreien In-House-Geschäfts wird folglich verlangt, dass das Unternehmen primär für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist. Wann dies der Fall sei, müsse im Lichte des Wettbewerbs von nationalen Gerichten beurteilt werden.²⁶ Der EuGH hat in einem Urteil ausgeführt, dass das Wesentlichkeitskriterium jedenfalls vorliege, wenn 90 % der Tätigkeiten vom Konzessionsnehmer für den Konzessionsgeber erbracht würden.²⁷ Nach der Rechtsprechung des OLG Celle liegt eine erhebliche und damit nicht mehr nebensächliche Tätigkeit vor, wenn der Konzessionsnehmer 10 % seines Umsatzes aus einer Tätigkeit für Dritte erzielt.²⁸ Das OLG Naumburg vertritt in einem eine Wasserkonzession betreffenden Urteil die Auffassung, dass aufgrund der sich aus der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 9 GWB begründenden Nichtanwendbarkeit des vierten Teils des GWB auf die vor der Kodifizierung des § 108 GWB etablierte Rechtsprechung des EuGH zu In-House-Geschäften abzustellen ist, sodass eine Mindestquote der Auftraggeber bezogenen Tätigkeiten (Eigengeschäfte) von 90 % vorliegen muss.²⁹ Nach Art. 17 Abs. 1 lit. B), Abs. 3 lit. B) der hier nicht anwendbaren KVR ist das Wesentlichkeitskriterium dagegen bereits bei einer Tätigkeit von mehr als 80 % für den Auftraggeber als erfüllt anzusehen. Im Zweifel empfiehlt es sich jedoch, die vorgenannten strengeren Anforderungen zu berücksichtigen.

²⁰ EuGH, Urteil v. 18.11.1999, Az. C-107/98 „Teckal“, Rn. 50; EuGH, Urteil v. 13.10.2005, Az. C-458/03, „Parking Brixen“, Rn. 58; EuGH, Urteil v. 19.04.2007, Az. C-295/05 „Asemfo“, Rn. 55; EuGH, Urteil vom 08.12.2016, Az.: C-553/15 „Undis Servizi“. OLG Naumburg, Urteil v. 3.6.2022 – 7 U 6/22 Kart Rn. 56.

²¹ OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.08.2011, Az. 11 Verg 3/11, II. A. 1. b) aa).

²² EuGH, Urteil v. 22.12.2010, Az. C-215/09, „Mehiläinen und Terveystalo Healthcare“, Rn. 32, 35, 42; OLG Düsseldorf vom 21.03.2018, Az.: VI-2 U (Kart) 6/16, II. 2.a. dd (1) (a).

²³ OLG Naumburg, Urteil v. 3.6.2022 – 7 U 6/22 Kart Rn. 63.

²⁴ EuGH, Urteil v. 15.10.2009, Az. C-196/08 „Acosef“, Rn. 59 ff.

²⁵ EuGH, Urteil v. 11.05.2006, Az. 340/04 „Carbotermo“, Rn. 63; Generalanwalt beim EuGH, 27.04.2017 - C-567/15 „LitSpecMet“; OLG München, Urteil vom 31.03.2016, Az.: Verg 14/15.

²⁶ EuGH, Urteil v. 11.05.2006, Az. 340/04 „Carbotermo“, Rn. 60 ff.

²⁷ EuGH, Urteil v. 19.04.2007, Az. C-295/05 „Asemfo“, Rn. 65 f; OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.11.2016, Az.: Verg 23/16 Rn. 29. So auch das OLG Naumburg, Urteil v. 3.6.2022 – 7 U 6/22 Kart Rn. 61ff.

²⁸ OLG Celle, Beschluss v. 17.12.2014, Az. 13 Verg 3/13, Rn. 68.

²⁹ OLG Naumburg, Urteil v. 3.6.2022 – 7 U 6/22 Kart Rn. 63.

Im Verhältnis Kommune zu kommunalem Mehr-Sparten-Stadtwerk geht die nationale Rechtsprechung ferner davon aus, dass hier in aller Regel das Wesentlichkeitskriterium nicht erfüllt ist, weil die Stadtwerke in den Bereichen Strom und Gas im Wettbewerb auf dem Markt und nicht für den Auftraggeber tätig sind.³⁰ Da diese Sparten regelmäßig den wesentlichen Umsatz darstellen, soll auch für den Wasserbereich die Annahme eines In-House-Geschäfts ausscheiden.³¹

Sofern mehrere Körperschaften an dem Konzessionsnehmer beteiligt sind, kommt es für die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums auf eine Gesamtbetrachtung an.³² Die öffentlichen Stellen müssen in diesem Fall eine gemeinsame Kontrolle ausüben.³³

2. Interkommunale Zusammenarbeit / „Maßnahme der internen Organisation“

Die Formen interkommunaler Kooperationen (Zweckverband, gemeinsame Anstalt des öffentlichen Rechts sowie öffentlich-rechtliche Vereinbarung) sind ein wesentlicher und notwendiger Bestandteil der kommunalen Wasserwirtschaft in Deutschland.³⁴

Die im Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG) geregelten unterschiedlichen Formen der kommunalen Zusammenarbeit unterfallen als Ausfluss der kommunalen Organisationsfreiheit nach Art. 28 Abs. 2 GG nicht dem Vergaberecht. Sie stellen vielmehr als Teil der verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltung einen reinen öffentlichen Organisationsakt dar. Die beteiligten Kommunen fragen bei diesen Formen öffentlicher Aufgabenwahrnehmung keine Leistung am Markt nach, sondern treffen mit dem Ziel einer effizienten Aufgabenerfüllung eine rein interne Organisationsentscheidung.

Eine Direktvergabe im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit ist möglich, wenn staatliche Einheiten im Rahmen einer Kooperation eine ihnen allen gemeinsam oder ihnen jeweils für ihren Zuständigkeitsbereich obliegenden Aufgabe auf die andere staatliche Einheit übertragen. Hierbei ist zumindest der Rechtsgedanke des § 108 GWB übertragbar.³⁵ In diesem Fall ist es ausreichend, wenn die Gebietskörperschaften gemeinsam über die konzessionsnehmende Stelle einen Einfluss wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben.³⁶ Hierzu ist nicht erforderlich, dass die Aufgabenwahrnehmung durch eine Einrich-

³⁰ OLG Hamburg, Beschluss v. 14.12.2010, Az. I Verg 5/10, II. A. 1. b), insbesondere cc).

³¹ OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.08.2011, Az. 11 Verg 3/11, II. A. 1. b) bb).

³² EuGH, Urteil v. 19.04.2007, Az. C-295/05 „Asemfo“, Rn. 64; EuGH, Urteil v. 11.05.2006, Az. 340/04 „Carbotermo“, Rn. 70 f.

³³ Schröder In: NVwZ 2017, 504 ff., „Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen“.

³⁴ Eschenbruch/ Opitz, SektVO, SektVO § 1 Rn. 97, beck-online.

³⁵ So auch die LKartB NRW, Häufig gestellte Fragen zu dem Verfahren, dem Abschluss und der Freistellung von Wasserkonzessionsverträgen, 01.12.2021, S. 2.

³⁶ EuGH, Urteil v. 13.11.2008, Az. C-324/07 „Coditel“, Rn. 50; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.01.2013, Az.: Verg 56/12.

tung des öffentlichen Rechts erfolgt, da insoweit keine spezielle Rechtsform vorgeschrieben wird.³⁷ Entscheidend ist, dass kein Privater besser gestellt werden darf als seine Wettbewerber, somit kann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ausreichend sein. Die konkrete Ausgestaltung muss sich an dem Ziel orientieren, die öffentliche Aufgabe zu erfüllen, und die gewählte Ausgestaltung darf nicht missbräuchlich sein.³⁸

Mit seinem Urteil in der Rechtssache Remondis hat der EuGH am 21. 12. 2016³⁹ klargestellt, dass es primärrechtlich begründete Situationen gibt, in denen kein „entgeltlicher Vertrag“ vorliegt, sondern eine „Maßnahme der internen Organisation“.

Nach den Ausführungen des EuGH liegt eine „Maßnahme der internen Organisation“ vor, wenn das Erfordernis gegeben ist, dass der neue Aufgabenträger über eine eigene Entscheidungsbefugnis verfügen, also selbstständig und eigenverantwortlich handeln können müsse. Der abgebende Aufgabenträger dürfe fortan im Hinblick auf konkrete Modalitäten der Durchführung der übertragenen Aufgaben weder über Entscheidungs- noch über Mitwirkungsbefugnisse verfügen. Dazu gehöre auch, dass der künftige Aufgabenträger in der Lage sei, sich die zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben erforderlichen Finanzmittel zu verschaffen, während dem bisherigen Aufgabenträger jede Einmischung in konkrete Modalitäten der Durchführung auch beim Umgang mit den Finanzen verwehrt ist.⁴⁰ Unschädlich sei es, wenn dem bisher zuständigen Aufgabenträger ein „gewisses Überwachungsrecht“ zustehe und ebenso sei unschädlich, wenn die betreffende Kompetenzverlagerung nicht unumkehrbar ist.

Für die Beurteilung weiterer Fälle dieser Art kommt es nach Auffassung des OLG Celle⁴¹ in Ausführung der zuvor genannten EuGH Entscheidung im Hinblick auf das Merkmal der eigenen Entscheidungsbefugnis zentral auf die jeweils maßgeblichen kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen sowie die jeweils infrage stehende Verbandsordnung an.

3. Unwesentliche Vertragsänderungen

Ein Konzessionierungsverfahren muss ferner bei bloßer Vertragsänderung nicht durchgeführt werden, wenn diese nur unwesentlich ist, weil dann eine Diskriminierung anderer potentieller Bewerber nicht droht.⁴² Als wesentlich sind Vertragsänderungen allerdings anzusehen, wenn sie „den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen erkennen lassen“.⁴³ Wesentliche Bestimmungen des Vertrags stellen vor allem

³⁷ EuGH, Urteil v. 09.06.2009, Az. C-480/06 „Hamburger Stadtreinigung“, Rn. 47.

³⁸ EuGH, Urteil v. 09.06.2009, Az. C-480/06 „Hamburger Stadtreinigung“, Rn. 47 f.; EuGH, Urteil v. 09.12.2012, Az. C-159/11 „ASL“, Rn. 35; VK Sachsen, Urteil vom 12.05.2016, Az.: 1/SVK/002-16.

³⁹ EuGH (3. Kammer), Urt. v. 21.12.2016 – C-51/15 (Remondis/Region Hannover) (NVwZ 2017, 373, beck-online).

⁴⁰ EuGH C-51/15, EuZW 2017, 144 (Rn. 49 bis 54).

⁴¹ OLG Celle VergabeR 2017, 721.

⁴² EuGH, Urteil v. 19.06.2008, Az. C-454/06 „Presetext“, Rn. 34; VK Saarland, 18.07.2017, Az.: 3 VK 03/17.

⁴³ EuGH, Urteil v. 19.06.2008, Az. C-454/06 „Presetext“, Rn. 34; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.02.2014, Az.: Verg 32/13; VK Bund, 20.04.2016, Az.: VK 1-20/16.

die Vertragsparteien selbst, der Leistungsinhalt, das Entgelt, die Laufzeit und die Kündigungsmöglichkeiten dar.⁴⁴

Eine wesentliche Vertragsänderung liegt nach der Rechtsprechung des EuGH auch vor, wenn ein ursprünglich gegebener Privilegierungstatbestand durch eine Änderung in der Person des Konzessionsnehmers wegfällt.⁴⁵ Denn der Konzessionsvertrag weist dann mit dem nicht mehr privilegierten Konzessionsnehmer im Vergleich zum ursprünglichen Konzessionsvertrag hinsichtlich der Vertragsparteien ein geändertes wesentliches Merkmal auf und dies ist als Neuvergabe zu werten.⁴⁶

Auch ein Konzessionsvertrag mit bereits vertraglich vorgesehener Neuverhandlungspflicht befreit nicht vom Erfordernis eines Konzessionierungsverfahrens. Auch wenn in diesem Fall die Vertragspartner nicht ausgetauscht werden sollen, folgt aus der Neuverhandlungspflicht, dass die übrigen Vertragsbestimmungen erneut zur Disposition gestellt werden und diese damit einer Neuvergabe gleichkommt.⁴⁷

4. Ausschließlichkeitsrechte

Für die Vergabe öffentlicher Aufträge hat die Rechtsprechung anerkannt, dass ein Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung vergeben kann, wenn der Auftrag aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann.⁴⁸ Wenn die Wasserkonzession nur an ein bestimmtes Unternehmen erfolgen kann, weil dieses ein Ausschließlichkeitsrecht besitzt, dann ist ein transparentes wettbewerbliches Verfahren entbehrlich. Zu den Schutzrechten mit Ausschließlichkeitwirkung zählen z. B. Eigentum, eigentumsähnliche Rechte, langfristige Verträge oder behördliche Genehmigungen. Bei diesem Ausnahmetatbestand muss die Erbringung der Leistung durch das eine bestimmte, das Ausschließlichkeitsrecht innehabende Unternehmen alternativlos sein.⁴⁹

Zwar ist eine mit dem Vergaberecht für öffentliche Aufträge vergleichbare Rechtsprechung für Wasserkonzessionen bislang nicht bekannt, es erscheint aber wertungswidersprüchlich, wenn die weder dem GWB noch der KonzVgV unterfallende Wasserkonzession stärkeren Voraussetzungen unterläge, als dies bei der (förmlichen) Vergabe von öffentlichen Aufträgen der Fall ist.⁵⁰

⁴⁴ EuGH Urteil v. 19.06.2008, Az. C-454/06 „Presstext“, Rn. 35 ff.; VK Bund, 20.04.2016, Az.: VK 1-20/16.

⁴⁵ EuGH, Urteil v. 15.10.2009, Az. C-196/08 „Acosef“, Rn. 62.

⁴⁶ EuGH, Urteil v. 19.06.2008, Az. C-454/06 „Presstext“, Rn. 34; VK Bund, 20.04.2016, Az.: VK 1-20/16.

⁴⁷ Vgl. auch OLG Frankfurt a.M., Beschluss v. 30.08.2011, Az. 11 Verg 3/11, II. A. 3. b).

⁴⁸ OLG Frankfurt a. M., ZfBR 2012, ZfBR 2012, 77 (84).

⁴⁹ Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 2, VgV § 14 Rn. Randnummer 44, beck-online.

⁵⁰ Schröder, NwZ 2017, 504 (507); Sudbrock, KommJur 2014, 41 (46); Herten-Koch, EWeRK 2013, 248 (251).

Die zur Vergabe öffentlicher Aufträge entwickelten Grundsätze sind im Ergebnis auch auf Wasserkonzessionen anzuwenden. Die zur Vergabe öffentlicher Aufträge entwickelten Grundsätze verlangen, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf nur mit dem in Frage kommenden Eigentum oder jedenfalls unter dessen Zuhilfenahme decken kann. Stehen die Trinkwasserversorgungsanlagen im Eigentum eines potenziellen Konzessionsnehmers, dann müsste ein anderer Unternehmer als der Eigentümer ein paralleles Leitungsnetz zur Trinkwasserversorgung errichten, was er wegen der beachtlichen Investitionskosten wohl kaum leisten würde. Vielmehr wäre er auf die Nutzung der bereits vorhandenen Wasserversorgungseinrichtungen angewiesen. Der Konzessionsgeber kann dem Eigentümer – anders als in den Fällen des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG – aber gerade keinen Käufer oder Pächter des Wasserversorgungsnetzes „aufdrängen“. Insofern besteht die rechtliche Notwendigkeit, den öffentlichen Auftrag mit einem Unternehmen zu verknüpfen, weil das Ausschließlichkeitsrecht ein rechtliches Hindernis bei der Vergabe an ein anderes Unternehmen darstellt.

Im Ergebnis besteht in diesen Fällen auch kein Interesse an europaweiter Transparenz und einem strukturierten Konzessionierungsverfahren, weil ein anderer Unternehmer als der Eigentümer der Trinkwasserversorgungsanlagen aufgrund rechtlicher Hindernisse und wegen der beachtlichen Investitionskosten für ein paralleles Leitungsnetz zur Trinkwasserversorgung an der Konzession nicht interessiert sein wird.

Diese Ausnahme greift jedoch nicht, wenn der Konzessionsgeber eine rechtlich gesicherte Verpflichtung beanspruchen kann, um den Eigentümer der Trinkwasserversorgungsanlagen zu einer Aufgabe seines Eigentums zu bewegen. Soweit der bestehende Wasserkonzessionsvertrag eine entsprechende Endschaftsklausel beinhaltet, an der ein Überlassungs- bzw. Übernahmeanspruch des Wasserversorgungsnetzes zugunsten des Konzessionsgebers geknüpft werden kann, so ist eine dennoch erfolgte direkte Konzessionierung jedenfalls verfahrensfehlerhaft.⁵¹

Das Eigentum an einem Wassernetz ist auch nicht notwendige Voraussetzung, um die Wasserversorgung zu betreiben. Hier kommt auch ein Pacht-, Leasing- oder Betriebsführungsvertrag o.ä. in Betracht, so dass sich nicht auf das Eigentum berufen werden kann.

Zu differenzieren ist zwischen folgenden Vertragskonstellationen:

a) Verträge mit Endschaftsbestimmungen

Ist in dem Konzessionsvertrag eine Endschaftsbestimmung vorgesehen, ist der Konzessionsnehmer zunächst nur dann Inhaber eines ausschließlichen Rechts, wenn der Konzessionsvertrag noch nicht ausgelaufen ist. Dies dürfte für die Bereichsausnahme wohl

⁵¹ Vgl. Schröder, NwvZ 2017, 504 (507); Sudbrock in Müller-Wrede, GWB, § 149 Rn. 127.

nur ausreichen, wenn die noch verbleibende Laufzeit des Konzessionsvertrags andernfalls eine andere Gestaltung unverhältnismäßig verhindert.⁵² Die Restlaufzeit müsste dann so bemessen sein, dass der konzessionsgebenden Gemeinde ein Zuwarten sinnvoll nicht zugemutet werden kann. Dies erscheint jedenfalls im Hinblick auf die vom OLG Frankfurt⁵³ als ausreichend angenommenen zwei Jahre als zweifelhaft.

Möglich erscheint es allerdings auch, dass der Konzessionsnehmer wegen der konkreten Ausgestaltung der Endschaftsbestimmung als einzig möglicher Bieter in einem Konzessionsverfahren in Betracht kommt. Dies wäre der Fall, wenn die durch die Endschaftsbestimmung vorgesehene, dem Konzessionsnehmer am Laufzeitende zu zahlende Gegenleistung dazu führt, dass eine Übernahme der Versorgungsanlagen für den Neukonzessionär bzw. die konzessionsgebende Gemeinde wirtschaftlich nicht realisierbar ist und daher der (Alt-)Konzessionär auch nach Konzessionsablauf wegen seiner fortbestehenden Eigentümerstellung als einzig möglicher Bieter in Betracht käme.⁵⁴

Der BGH hat indes in einer zum Strombereich ergangenen Entscheidung festgestellt, dass Endschaftsbestimmungen prohibitive Wirkung zukommen können, wenn die nach dem Vertrag geschuldete Gegenleistung eine Netzübernahme durch einen Neukonzessionär bzw. die konzessionsgebende Gemeinde verhindert. Es läge dann eine Vertragsgestaltung vor, die zu einer über die vereinbarte Vertragslaufzeit hinausgehenden Bindung der konzessionsgebenden Gemeinde an den Konzessionär führte.⁵⁵ Die vom BGH zur Konzessionsvergabe im Strombereich ergangenen Entscheidungen⁵⁶ lassen sich auf die Vergabe von Wasserkonzessionen übertragen. Sofern eine Endschaftsbestimmung vereinbart worden ist, die eine wirtschaftlich zumutbare Übernahme der Versorgungsanlagen durch einen Neukonzessionär verhindert, ist diese als künstliche Einengung der Konzessionsvergabe zu begreifen und als solche als unzulässig anzusehen. Eine prohibitiv wirkende Endschaftsbestimmung führt daher nicht dazu, dass ein Konzessionsvergabeverfahren nicht erforderlich ist.

b) Verträge ohne Endschaftsbestimmung

Die Gewährung einer Wasserkonzession ohne Vereinbarung einer Endschaftsbestimmung dürfte gegen das Primärrecht des AEUV (Art. 106 i. V. m. Art. 102 AEUV bzw. deren Vorgängerregelungen) verstoßen, weil die konzessionsgebende Gemeinde so die Voraussetzungen für eine missbräuchliche Ausnutzung eines ausschließlichen Rechts schaffen könnte.⁵⁷ Ein Konzessionsvertrag ohne Endschaftsbestimmung dürfte daher

⁵² Wie z. B. im Fall des OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.08.2011, Az. 11 Verg 3/11, eine angestrebte Rekommunalisierung.

⁵³ OLG Frankfurt a.a.O..

⁵⁴ Vgl. auch BGH NJW 2000, 577 – Endschaftsbestimmung I.

⁵⁵ NJW 2000, 577 (580 ff.).

⁵⁶ BGH NZBau 2014, 514 (517) – Stromnetz Berkenthin.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 17.07.2014, C-553/12P – Griechische Braunkohle, Rn. 41 ff.; Immenga/Mestmäcker/Schweitzer/Mestmäcker, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 37, Art. 106 Rn. 80.

gem. § 134 BGB als nichtig anzusehen sein. Eine Ausnahme, die Wasserkonzession in einem wettbewerblichen transparenten Verfahren vergeben zu müssen, könnte nur angenommen werden, soweit in einem Wasserkonzessionsvertrag schon vor In-Kraft-Treten der primärrechtlichen Regelungen eine Endschaftsbestimmung nicht enthalten war und der Verstoß gegen Unionsrecht die Nichtigkeitsfolge nicht auslösen konnte. In diesem Fall gebietet das Primärrecht indes, dass die Maßnahme nicht weiter aufrechterhalten wird.⁵⁸

⁵⁸ Vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 17.07.2014, C-553/12P – Griechische Braunkohle, Rn. 41 ff. insbesondere Rn. 45).

III. Hinweise für das Verfahren zum (Neu-)Abschluss eines Wasserkonzessionsvertrages:

Anforderungen an den Verfahrensablauf und die Auswahlentscheidung

Bei der Vergabe von Konzessionen muss die Auswahlentscheidung verfahrensbezogene und materielle Anforderungen erfüllen. Genügt die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind.⁵⁹

a) Ein- oder zweistufiges Verfahren

Sucht die Kommune einen Kooperationspartner, der die Wasserversorgung in Kooperation mit der Kommune übernimmt, so ist sie zunächst frei in der Entscheidung, ob sie ein ein- oder zweistufiges Verfahren durchführen will. Bei einem einstufigen Verfahren werden die Vergabe der Wasserkonzession und die Ermittlung eines geeigneten Kooperationspartners verknüpft. Bei dem zweistufigen Verfahren werden sowohl für die Vergabe der Konzession als auch für die Suche eines Kooperationspartners zwei separate Verfahren angestrengt. Jedes dieser Verfahren steht hierbei unabhängig von dem jeweils anderen.⁶⁰ So haben Fehler in einem dieser Verfahren keine Auswirkungen auf das andere Verfahren.⁶¹ Die Verfahrensmodalitäten stehen im Ermessen der konzessionserteilenden Kommune.⁶²

b) Bekanntmachungspflicht

Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und deutscher Obergerichte sowie aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ergeben sich aus dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot u.a. folgende Pflichten bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, wie z.B. Wasserkonzessionen:

- Herstellung einer angemessenen **Öffentlichkeit**, um das Verfahren dem Wettbewerb zu öffnen⁶³ und die Prüfung einer unparteiischen Vergabe zu ermöglichen,⁶⁴
- d.h. es ist somit in jedem Fall eine **Bekanntmachung** notwendig, sofern keine der oben ausgeführten Ausnahmen vorliegt,

⁵⁹ BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139, 4153; OLG Düsseldorf Beschluss vom 21.03.2018 2 U (Kart) 6/16 II. 2. dd). (1).

⁶⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II. 1. b) cc) (2) (b).

⁶¹ Ebda.

⁶² EuGH, Urteil v. 07.12.2000, Az. C-324/98 „Telaustria“, Rn. 60; EuGH, Urteil v. 21.07.2005, Az. C-231/03 „Coname“, Rn. 21; Urteil v. 13.10.2005, Az. C-458/03 „Parking Brixen“, Rn. 50; EuG, Urteil vom 20.05.2010, Az.: T-258/06.

⁶³ EuGH, 19.04.2018 - C-65/17 „Oftalma Hospital“; Katz In: KommJur 2018, 1 ff., „Kommunales Konzessionsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionsverträge, S. 10.

⁶⁴ EuGH, 19.04.2018 - C-65/17 „Oftalma Hospital“; Herten-Koch, In: EWeRK v. 02.05.2013; „Die Vergabe von Wasserkonzessionen; EuGH, Urteil v. 07.12.2000, Az. C-324/98, „Telaustria“, Rn. 62.

- bei Binnenmarktrelevanz ist eine Bekanntmachung der Vergabe im **Europäischen Amtsblatt** bzw. TED notwendig, sofern die Binnenmarktrelevanz nicht vorliegt, ist für die deutschlandweite Vergabe eine Bekanntmachung im deutschen **Bundesanzeiger** notwendig; die Reichweite der Bekanntmachung muss umso größer sein, je größer der Interessenkreis der Konzession ist,⁶⁵
- die LKartB NI erwartet eine Bekanntmachungsfrist von mindestens **drei Monaten**
- die **Entscheidungskriterien** und deren **Gewichtung** müssen dargestellt werden, nicht zwingend in der Bekanntmachung, jedoch ausreichend früh vor Angebotsabgabe⁶⁶, beispielsweise in einem Verfahrensbrief an alle Interessenten⁶⁷,
- **Gleichbehandlung** und Transparenz im Verfahren und in der Wertung, d.h. unter anderem keine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien oder deren Gewichtung,⁶⁸
- evtl. sogar zweiwöchige **Vorabinformationspflicht**, d.h. Information der unterlegenen Bieter über den geplanten Zuschlag,⁶⁹
- an die Vergabeunterlagen, sind keine „**keine unverhältnismäßigen Anforderungen**“ zu stellen, z.B. solche, die in keinem sachlichen Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe stehen,
- **es sind keine späteren Änderungen von Vertragsbedingungen des alten Konzessionsvertrages vorzunehmen, wenn diese wesentlich sind,**⁷⁰
- **keine unverhältnismäßig lange Vertragsdauer**⁷¹, so sollte der Konzessionsgeber die geplante Vertragslaufzeit den Interessenten mitteilen und Kündigungs- und Verlängerungsklauseln darstellen.
-

c) Zuschlagskriterien

Welche Kriterien die Kommune für eine Vergabe der Wasserkonzession anlegt, liegt anders als im Strom- und Gasbereich, vgl. § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG, im Ermessen der Kommune und wird nur durch das Erfordernis einer willkürfreien und diskriminierungsfreien Ermessensausübung begrenzt.⁷²

⁶⁵ Schröder In: NVwZ 2017, 504 ff., „Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen“; EG-Kommission, Grünbuch ÖPP v. 30.04.2004 – KOM (2004) 324, Rn. 30; Mitteilung Gemeinschaftsrecht außerhalb der Vergaberichtlinien, EU-ABI. 2006 C-179, 2, 4.

⁶⁶ OLG Düsseldorf vom 21.03.2018, Az.: VI-2 U (Kart) 6/16, II. 2.a. dd (1) (a), m. w. N.

⁶⁷ Ebda.

⁶⁸ Schröder In: NVwZ 2017, 504 ff., „Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen“; EuGH, Urteil v. 18.11.2010, Az. C-226/09, „Kommission ./I. Irland“, Rn. 59 ff; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II. 1. b) cc) (2) (d).

⁶⁹ OVG Brandenburg, Beschluss v. 30.11.2010, Az. 1 S 107.10.

⁷⁰ Vgl. dazu schon oben die Ausführungen zu den Vertragsänderungen; EuGH, Urteil v. 13.04.2010, Az. C-91/08 „Wall AG“, Rn. 39; EuGH, Urteil vom 07.09.2016, Az.: C-549/14.

⁷¹ Katz In: KommJur 2018, 1 ff., „Kommunales Konzessionsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionsverträge, S. 10; Vgl. dazu im Folgenden die Ausführungen zur Vertragsdauer.

⁷² OLG Hamm, Urteil v. 26.09.2012, Az. 12 U 142/12, 4. b) bb); OLG Düsseldorf vom 21.03.2018, Az.: VI-2 U (Kart) 6/16, II. 2.a. dd (1) (b); OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II. 1. b) cc) (2) (e).

Hierfür müssen die Kriterien auf sachlich nachvollziehbaren Erwägungen gründen. Als Vergabekriterien können bspw. der Wasserabgabepreis gegenüber den Kunden, eine über den einschlägigen rechtlichen Bestimmungen liegende besondere Reinheit des Wassers, die Versorgungssicherheit oder ein geringer Wasserverlust beim Transport gewählt werden.⁷³

Als weitere Kriterien wären ein ortsnaher Wasserbezug, die Notversorgung, die Zahl des notwendigen Personals, die Risikoverteilung, Einflussrechte der Kommune, das Angebot im Kundenservice, die Betriebsführung, die Entwicklungsbilanz oder die Wasserversorgungsbilanz möglich.⁷⁴

Die Angebotswertung obliegt der Kommune. Diese verfügt über einen Wertungsspielraum.⁷⁵ Jedoch unterliegt die Wertung der gerichtlichen Überprüfung auf Beurteilungsfehler.⁷⁶

Die Wertung hat in Bezug auf das jeweilige Angebot und im Vergleich aller Angebote untereinander widerspruchsfrei zu sein.⁷⁷ So darf die Bewertungsmethode nicht eine bekanntgemachte Gewichtung von Kriterien abändern.⁷⁸ Die Kommune muss zwar die Bewertungsmethode noch nicht während des Verfahrens bekanntmachen.⁷⁹ Sie hat jedoch ihre Wertung den unterlegenen Bietern offen zu legen und glaubhaft zu machen. Die Kommune ist auch nicht verpflichtet, ein durchgeführtes Vergabeverfahren vollständig zu wiederholen, wenn Rechtsverstöße ausschließlich bei der Angebotswertung, also dem letzten Teil des Vergabeverfahrens erfolgt sind.⁸⁰

Empfehlenswert ist es zudem, in den abzuschließenden Konzessionsvertrag ein Kündigungsrecht aufzunehmen.

d) Vertragslaufzeit

Im Konzessionsvertrag ist eine Höchstlaufzeit festzuschreiben. Wie lang diese Höchstlaufzeit zu bemessen ist, ist eine von der Kommune allein abzuwägende Ermessensentscheidung. Auch zu lang bemessene Höchstlaufzeiten können dazu führen, dass der Wettbewerb um das Netz auf Dauer faktisch ausgeschlossen wird.⁸¹ Im Gegensatz zum

⁷³ Lotze/Reinhardt, Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle bei Wasserpreisen, NJW 2009, 3273.

⁷⁴ Katz In: KommJur 2018, 1 ff., „Kommunales Konzessionierungsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionierungsverträge.

⁷⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II. 1. b) cc) (2) (f).

⁷⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II. 1. b) cc) (3).

⁷⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II. 1. b) cc) (3).

⁷⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II. 1. b) cc) (2) (f).

⁷⁹ Ebda.

⁸⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II.

⁸¹ Kermel - Christ, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, Kap. 2 Rn. 216; in die Richtung gehend auch EuGH, Urteil v. 09.03.2006, Az. C-323/03, „Kommission ./ Spain“, Rn. 44; vgl. auch Erwägungsgrund 52 KVR; Schröder In: NVwZ 2017, 504 ff., „Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen“, S. 508.

Strom- und Gasmarkt handelt es sich beim Wassermarkt um einen bislang nicht liberalisierten Markt. Daraus können sich Besonderheiten ergeben. Der EuGH hat in einem von ihm entschiedenen Fall eine Höchstlaufzeit von 30 Jahren für eine Wasserkonzession nicht beanstandet.⁸² Und das OLG Düsseldorf hat eine Vertragslaufzeit von bis zu 30 Jahren als zulässig erachtet.⁸³ Eine Amortisation getätigter Investitionen erscheint im Laufe von 30 Jahren regelmäßig möglich, da die meisten in der AfA gelisteten Investitionsgüter in diesem Zeitraum abgeschrieben werden können.⁸⁴

Als Umgehungsgeschäft ist es ferner unzulässig, wenn die Kommune und der Konzessionsnehmer zwar eine feste Laufzeit vereinbaren, der Konzessionsvertrag sich aber automatisch immer wieder um eine gewisse Zeitspanne verlängert, weil ein Kündigungsrecht nicht ausgeübt wird. In diesem Fall wird faktisch ebenfalls ein Vertrag mit unbestimmter Laufzeit geschlossen.

Als unzulässig ist die Vereinbarung einer Endschaftsbestimmung zu sehen, durch die eine Übernahme der Versorgungsanlagen von einem Neukonzessionär wirtschaftlich nicht realisiert werden kann und die Kommune deshalb faktisch auf unbestimmte Dauer an den Altkonzessionär gebunden wird.

Neben der Vereinbarung einer Höchstlaufzeit sollte der abzuschließende Konzessionsvertrag auch eine Mindestlaufzeit nicht unterschreiten. Denn auch die Unterschreitung einer Mindestlaufzeit kann wettbewerbsrechtlich problematisch sein. Eine zu niedrig bemessene Mindestlaufzeit wird typischerweise nur vom Altkonzessionär erfüllt werden können, weil dieser durch die vorangegangene Vertragslaufzeit seine Investitionen bereits amortisieren konnte⁸⁵ bzw. weil ihn die in Zusammenhang mit der Neuvergabe anfallenden Transaktionskosten nicht in demselben Maße treffen⁸⁶. Der BGH deutet in seiner Entscheidung zum „Stromnetz Berkenthin“ ferner an, dass in der Vergabe zu kurzer Laufzeiten eine Diskriminierung anderer Bewerber liegen könne, wenn diese nur von Eigenbetrieben realisierbar seien.⁸⁷

e) Neutralitätspflicht

Die Gemeinde ist Vergabestelle. Sie kann jedoch auch ein eigenes Interesse daran haben, das Versorgungsnetz zu betreiben. In dieser Situation könnte ein Interessenkonflikt entstehen. Hier ist das Neutralitätsgebot zu beachten. Die Gemeinde hat daher eine organisatorische und personelle Trennung zwischen der Vergabestelle und der Stelle, die sich als Interessent/Bieter beteiligen wird, zu gewährleisten.⁸⁸

⁸² EuGH, Urteil v. 15.10.2009, Az. C-196/08 „Acoset“, Rn. 40, 41.

⁸³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018, Az.: VI-2 U (Kart) 6/16.

⁸⁴ Ebda.

⁸⁵ Säcker, RdE 2015, 1 (9).

⁸⁶ Byok/ Dierkes, RdE 2011, 394 (395).

⁸⁷ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12, „Stromnetz Berkenthin“ Rn. 80.

⁸⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Az.: VI-2 U 7/16, II. 1. b) cc) (2) (c); BGH, NZBau 2017, 236, 239; OLG Brandenburg, Urteil vom 22.08.2017 6 U 1/17 Kart.

f) Bieterinformation und Wartefrist

Die Entscheidungskriterien und deren Gewichtung müssen den Bietern mitgeteilt werden. Nicht zwingend in der Bekanntmachung, jedoch ausreichend früh vor Angebotsabgabe.⁸⁹ Dies kann beispielsweise in einem Verfahrensbrief an alle Interessenten geschehen. Es kommt sogar eine zweiwöchige Vorabinformationspflicht der unterlegenen Bieter über den geplanten Zuschlag in Betracht.

Die Gemeinde muss auch die Bewertungsmethode bekanntmachen. Dies zwar noch nicht während des Verfahrens,⁹⁰ sie hat jedoch ihre Wertung den unterlegenen Bietern offen zu legen und glaubhaft zu machen.

⁸⁹ OLG Düsseldorf vom 21.03.2018, Az.: VI-2 U (Kart) 6/16, II. 2.a. dd (1) (a), m. w. N.

⁹⁰ Ebda.