



UPDATE VERGABERECHT

WETTBEWERB UM WASSERKONZESSIONEN

BGH, Beschluss vom 26.02.2019, KZR 22/18

Die Kommune K macht ein Auswahlverfahren für den Neuabschluss des Konzessionsvertrags für die Trinkwasserversorgung bekannt. Bestandsbetreiber B bekundet sein Interesse. Auswahlkriterien und deren Gewichtung macht K in der Folge nicht bekannt. Nachdem B Gelegenheit hatte, seine Vorstellungen in Bezug auf den Abschluss des Konzessionsvertrages darzulegen, vergibt K die Konzession an seine privatrechtlich organisierte Tochter T. Im Rahmen der Klage der K gegen B auf Herausgabe des Netzes beruft sich B auf die Rechtswidrigkeit der Konzessionsvergabe. Das OLG bestätigt einen Verstoß von K gegen die kartellrechtlichen Verbote der Diskriminierung und Behinderung durch die unterbliebene Mitteilung der Auswahlkriterien (vgl. [Update Juni 2018](#)). B dürfe gegenüber K die Herausgabe des Netzes verweigern und sich zur Begründung auf eine unzulässige Rechtsausübung durch K berufen. Die hierauf von K erhobene Beschwerde weist der BGH zurück. Der Rechtsstreit betreffe nicht die Frage, ob eine Gemeinde bei der Entscheidung über die Ordnung ihrer Wasserversorgung als Unternehmen handele. Denn K habe dadurch, dass sie die Absicht bekannt gemacht hat, zur Sicherstellung der Wasserversorgung eine privatrechtliche Konzession in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben, ihr Selbstverwaltungsrecht dahingehend ausgeübt, dass keine hoheitliche Ausgestaltung der Wasserversorgung erfolgen soll. Durch diese Eröffnung eines Wettbewerbs trete K als Anbieter der Wegerechte auf. Daher sei es nicht zweifelhaft, dass K an das kartellrechtliche Verbot einer Diskriminierung oder unbilligen Behinderung gebunden ist.

Bedeutung für die Praxis

Dass die Vergabe von Trinkwasserkonzessionen nicht unter das Vergaberecht fällt, folgt aus der Bereichsausnahme in § 149 Nr. 9 GWB. Anders als für Energienetzkonzessionen (§§ 46 ff. EnWG) existiert für Wasser auch kein ausdrückliches Sondervergaberegime. Wie in diesem Verfahren vom OLG erstmals grundlegend herausgearbeitet und nun vom BGH bestätigt, müssen Kommunen aber jedenfalls dann, wenn Sie einen Wettbewerb um privatrechtliche Wasserkonzessionsverträge eröffnet haben, die kartellrechtlichen Verbote der Diskriminierung und Behinderung beachten. Denn sie handeln dabei als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts.

Nach der Entscheidung bleiben aber Fragen offen: insbesondere ist unklar, ob – und falls ja, unter welchen Voraussetzungen – eine Kommune eine Trinkwasserkonzession im Wege einer Inhouse-Vergabe an ein mit ihr verbundenes Unternehmen wettbewerbsfrei vergeben kann. Die Landeskartellbehörde Niedersachsen hält dies ausweislich ihrer neuen „Hinweise zur Vergabe von Wasserkonzessionsverträgen gemäß §§ 31, 31a GWB“, Stand 17.04.2019, nicht für ausgeschlossen, sofern die anspruchsvollen Voraussetzungen hierfür gegeben sind.