

## Update Vergaberecht

### Strenge Inhouse-Vorgabe bei Trinkwasserkonzessionen

#### OLG Naumburg, Urteil vom 03.06.2022 - 7 U 6/22

Kommune K war bisher mit dem Wasserversorger W über einen Konzessionsvertrag verbunden, auf dessen Grundlage W auf einem Teilgebiet der K die Wasserversorgung sicherstellte. K beabsichtigt, nach Auslaufen dieses Konzessionsvertrages den künftigen Konzessionsvertrag mit einer Laufzeit von 25 Jahren mit T zu schließen. Bei T handelt es sich um eine 100%-ige Tochter von K, die über ihre Tochtergesellschaft gegenwärtig die Wasserversorgung im übrigen Gebiet der K sicherstellt. T selbst betreibt bisher auf dem Gebiet der K öffentliche Schwimmbäder, organisiert die Wochenmärkte und ist mit der öffentlichen Straßenbeleuchtung betraut. Die Absicht des Vertragsschlusses mit T ohne vorherige wettbewerbliche Ausschreibung veröffentlichte K in Form einer Ex-ante-Transparenzbekanntmachung im Sinne von § 135 Abs. 3 GWB im EU-Amtsblatt. Nach erfolgtem Vertragsschluss klagte W auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertragsschlusses.

Mit Erfolg! Der Zulässigkeit der Klage stehe die Ex-ante-Bekanntmachung nicht entgegen, da die Regelung des § 135 Abs. 3 GWB für die Wasserkonzessionsvergabe wegen der Bereichsausnahme aus § 149 Nr. 9 GWB weder anwendbar noch analogiefähig sei. Die Vergabe finde gleichwohl nicht im rechtsfreien Raum statt. Denn aus dem europäischen Primärrecht und dem Kartellrecht folge die Verpflichtung, dass die Vergabe transparent und nichtdiskriminierend erfolgen müsse. Eine wettbewerbsfreie Beauftragung an eine verbundene juristische Person sei zwar als Inhouse-Vergabe zulässig. Insofern gälten aber die von der Rechtsprechung aus den Grundfreiheiten und dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot abgeleiteten Anforderungen. Diese seien in Bezug auf das Tätigkeitskriterium strenger als diejenigen des § 108 GWB. Für eine Zuordnung als Fremd- oder Eigengeschäft komme es auf die Marktferne an. Danach seien Marktbeschickung und Straßenbeleuchtung Eigengeschäft, Saunabetrieb und allgemeiner Badebetrieb hingegen Fremdgeschäft. Da letzteres deutlich mehr als 20 % der Tätigkeit ausmache, scheidet eine Inhouse-Vergabe aus.

#### Bedeutung für die Praxis

Bedeutung kommt der Entscheidung schon deshalb zu, weil es bisher erst ganz wenige Entscheidungen zu den Anforderungen an die Vergabe einer Trinkwasserkonzession gab. Mit der Anerkennung eines Grundsatzes der wettbewerblichen Vergabe aus dem Kartellrecht hält sich das OLG ebenso auf der Linie der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung, wie mit der Anerkennung einer Inhouse-Vergabe in diesem Bereich. Dass das OLG für die Anforderungen der Inhouse-Vergabe nicht auf die Konkretisierung der primärrechtlichen Anforderungen an die Inhouse-Vergabe durch den Richtliniengeber zurückgreift, ist zumindest überraschend, sollte von den Kommunen zur Vermeidung von Risiken aber künftig unbedingt beachtet werden. Kommunen können sich nunmehr auch kaum noch Hoffnung darauf machen, bei der Vergabe einer Trinkwasserkonzession mit einer Ex-ante-Transparenzbekanntmachung das Klagerisiko zeitlich zu begrenzen.