


**Gericht:** Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Kartellsenat  
**Entscheidungsdatum:** 03.06.2022  
**Aktenzeichen:** 7 U 6/22 Kart  
**Dokumenttyp:** Urteil  
**Quelle:** 

**Normen:** § 108 GWB, § 135 Abs 3 GWB  
**Zitiervorschlag:** Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 3. Juni 2022 - 7 U 6/22 Kart -, juris

---

#### Verfahrensgang

vorgehend LG Magdeburg 7. Zivilkammer, 22. Dezember 2021, 7 O 333/21, Urteil  
Diese Entscheidung wird zitiert

#### Literaturnachweise

Sascha Michaels, IR 2022, 274-275 (Anmerkung)

#### Tenor

I. Die Berufung der Beklagten gegen das am 22. Dezember 2021 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

III. Das Urteil des Senats und das o.a. Urteil des Landgerichts sind jeweils ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Vollstreckungsschuldner kann die Zwangsvollstreckung durch den Vollstreckungsgläubiger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

#### Beschluss:

Der Kostenwert des Berufungsverfahrens wird auf ... € festgesetzt.

#### Gründe

A.

- 1 Die Klägerin, ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen der Abwasserentsorgung und der Trinkwasserversorgung vor allem im südlichen Sachsen-Anhalt, dessen Geschäftsanteile zu 74,9 % von Kommunen, darunter der Beklagten, gehalten werden und zu 25,1 % von einem privaten Gesellschafter, begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit eines von der Beklagten mit der S. ... mbH (*künftig: S.*) am 26.06.2020 geschlossenen Konzessionsvertrages über die Trinkwasserversorgung.
- 2 Die Beklagte ist eine kommunale Gebietskörperschaft. Sie ist zudem alleinige Gesellschafterin der S.. Gegenstand des Unternehmens sind nach § 2 ihres Gesellschaftsvertra-

ges der Betrieb und die Verwaltung je eines Familien- und Freizeitbades und eines Sportbades sowie die Wahrnehmung von Aufgaben und die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung sowie der Trinkwasserversorgung zur nachhaltigen Wahrnehmung einer angemessenen Daseinsvorsorge. Der Bäderbetrieb ist in die Bereiche Schulschwimmen, Vereinsschwimmen, Freizeitbad und Sauna sowie sonstige Umsätze, insbesondere aus dem Verkauf von Badeartikeln, aufgeteilt. Neben dem Betrieb der beiden Bäder hält die S. die Geschäftsanteile der Beklagten an einem gemischt-wirtschaftlichen Mehrsparten-Versorgungsunternehmen (*künftig*: die Stadtwerke) und ist Nutznießerin eines Ergebnisabführungsvertrages mit den Stadtwerken. Hintergrund dessen ist u.a., dass die S. aus dem operativen Geschäft der Bäder keine Gewinne erwirtschaftet und dauerhaft auf die Ergebnisabführung der Stadtwerke angewiesen ist. Jeweils im Jahre 2020 wurde die S. von der Beklagten mit der Aufgabe der öffentlichen Straßenbeleuchtung und mit der Durchführung der Wochenmärkte betraut. Ein Jahr später, am 09.09.2021, schloss die S. mit dem Abwasserzweckverband M. (*künftig*: AZV) einen Vertrag, mit dem sie sich zur kaufmännischen Betriebsführung des Verbandes für die Zeit vom 01.04.2022 bis zum 31.03.2027 verpflichtete. Die Wirksamkeit dieses Vertrages ist Gegenstand eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens (Az. 2 VK LSA 10/21 beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt, Gz. 7 Verg 1/22 beim Oberlandesgericht Naumburg).

- 3 Das Gemeindegebiet der Beklagten ist bezüglich der Trinkwasserversorgung in zwei Teilbereiche aufgeteilt. Für die Trinkwasserversorgung für die Ortsteile Stadt B., H., R. und Z. (*künftig*: *Teilgebiet 1*) besteht bis zum 31.12.2022 ein Konzessionsvertrag mit der Klägerin. Die Trinkwasserversorgung für die Ortsteile im Übrigen (*künftig*: *Teilgebiet 2*) erbringen die Stadtwerke.
- 4 Mit einstimmigem Beschluss ihres Stadtrates vom 13.05.2020 entschloss sich die Beklagte, den Konzessionsvertrag für die Trinkwasserversorgung des o.a. Teilgebietes 1 ab dem 01.01.2023 mit einer Laufzeit von 25 Jahren unmittelbar und ohne ein wettbewerbliches Verfahren mit der S. abzuschließen. Die Beklagte veröffentlichte die Absicht des Vertragsschlusses ohne Ausschreibung im Supplement des Amtsblattes der EU vom 12.06.2020. Die Beklagte schätzte zu diesem Zeitpunkt die jährlichen Einnahmen aus den Trinkwasserversorgungsentgelten der Nutzer auf ca. 2 Mio. Euro. In der Bekanntmachung wies die Beklagte auf die Frist für die Einlegung von Rechtsbehelfen gemäß § 135 GWB hin. Solche Rechtsbehelfe wurden nicht eingelegt.
- 5 Am 26.06.2020 schlossen die Beklagte und die S. den Konzessionsvertrag über die Trinkwasserversorgung des Teilgebietes 1 mit einer Laufzeit von 25 Jahren. Die S. zeigte den Vertragsschluss am 08.07.2020 bei der Landeskartellbehörde an; diese erhob keine Einwendungen.
- 6 Im Rahmen der Vorbereitung der Übernahme der Trinkwasserversorgung forderte die S. die Klägerin mit Schreiben vom 15.09.2020 auf, ihr Informationen über die bei Beendigung des Konzessionsvertrages zum 31.12.2022 zu übergebenden Anlagen zu erteilen. Im Anschluss verhandelten die S. und die Klägerin über Details des Wechsels des Konzessionsnehmers.
- 7 Die Klägerin hat mit ihrer am 08.02.2021 beim Landgericht eingereichten und der Beklagten am 15.03.2021 zugestellten Klage zunächst begehrt, dass der Beklagten untersagt werden möge, einen Trinkwasserkonzessionsvertrag für das Teilgebiet 1 für die Zeit ab dem 01.01.2023 ohne einen vorherigen Aufruf zu einem Wettbewerb zu schlie-

ßen. Sie hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte verpflichtet sei, die Trinkwasserkonzession in einem wettbewerblichen Verfahren auszuschreiben. Die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe lägen entgegen der Ansicht der Beklagten nicht vor. Hierfür hat sie sich auf § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB gestützt und geltend gemacht, dass das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren mit seiner Antragsfrist nach § 135 GWB wegen der Bereichsausnahme in § 149 Nr. 9 GWB nicht eröffnet sei. Die Beklagte könne sich auch nicht auf eine Ausschreibungsfreiheit nach § 108 Abs. 1 GWB berufen, weil diese Vorschrift nicht einschlägig sei. Hilfsweise hat sie sich darauf berufen, dass die S. ihre Tätigkeiten jedenfalls nicht im Wesentlichen für die Beklagte erbringe.

- 8 Nach Zustellung der Klageerwiderung, welcher der Vertrag vom 26.06.2020 beigelegt gewesen ist, hat die Klägerin beantragt, die Unwirksamkeit des vorgenannten Trinkwasserkonzessionsvertrages festzustellen.
- 9 Die Beklagte, die Klageabweisung beantragt hat, hat die Ansicht vertreten, dass die Unwirksamkeit im Hinblick auf die Versäumung der 10-Tage-Frist des § 135 Abs. 3 Nr. 3 GWB in entsprechender Anwendung nicht mehr geltend gemacht werden könne. Hilfsweise sei der Feststellungsanspruch im Hinblick auf das Verstreichen der Sechs-Monate-Frist des § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB verwirkt.
- 10 Die Beklagte hat weiter die Auffassung vertreten, dass die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe erfüllt seien, insbesondere unterschreite der Anteil des Fremdgeschäfts die Obergrenze von 20 %. Hilfsweise hat sie sich auf eine Prognose der Geschäftsentwicklung gemäß § 108 Abs. 7 Satz 3 GWB analog berufen und behauptet, dass die Planumsätze der S. ab dem Geschäftsjahr 2023 dem sog. Tätigkeitskriterium genügen. Dabei seien die Umsätze des Bäderbetriebes als Eigengeschäft zu berücksichtigen, weil sie vollständig im Rahmen der Daseinsvorsorge erfolgten.
- 11 Das Landgericht hat der Klage mit seinem am 22.12.2021 verkündeten Urteil stattgegeben. Der Vertrag vom 26.06.2020 sei nach § 134 BGB i.V.m. § 19 Abs. 1 GWB nichtig, weil die Beklagte ihre marktbeherrschende Stellung als Konzessionärin missbraucht habe. Die Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts lägen nicht vor. Unabhängig davon, auf welche Zeiträume und auf welche Obergrenze der Fremdgeschäfte abzustellen sei, lägen die Fremdotsätze der S. jedenfalls oberhalb eines Anteils, der eine Qualifizierung der Tätigkeit der S. als eine im Wesentlichen für die Beklagte erbrachte Tätigkeit zuließe.
- 12 Die Beklagte hat gegen das ihr am 30.12.2021 zugestellte Urteil am 26.01.2022 Berufung eingelegt und diese am 28.02.2022 begründet.
- 13 Die Beklagte beantragt,
- 14 unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils
- 15 die Klage abzuweisen.
- 16 Die Klägerin beantragt,
- 17 die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.
- 18 Der Senat hat am 20.05.2022 mündlich zur Sache verhandelt; wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Sitzungsprotokolls des Senats vom selben Tage Bezug genommen.

B.

- 19 Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.
- 20 Das Landgericht hat zu Recht darauf erkannt, dass der am 26.06.2020 geschlossene Konzessionsvertrag zwischen der Beklagten und der S. über die Trinkwasserversorgung im Teilgebiet 1 nichtig ist, weil die Beklagte mit seinem Abschluss ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot verstieß.
- 21 I. Gegen die Zulässigkeit der Berufung der Beklagten bestehen keine Bedenken; solche sind von der Klägerin auch nicht geltend gemacht worden.
- 22 II. Das Landgericht ist zu Recht von der Zulässigkeit der Feststellungsklage einschließlich der vorgenommenen Änderung des Feststellungsantrages ausgegangen und hat als ein Kartellgericht entschieden.
- 23 1. Gegen die allgemeinen Voraussetzungen für einen Feststellungsantrag, insbesondere das Vorliegen eines Feststellungsinteresses gemäß § 256 Abs. 1 ZPO und die Zulässigkeit der Antragsänderung gemäß § 264 Nr. 3 ZPO sind mit der Berufung keine Einwendungen erhoben worden, so dass der Senat zur Meidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung (UA S. 7) Bezug nehmen kann. Ergänzend ist anzuführen, dass die Klägerin ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit des streitgegenständlichen Vertrages hat, weil sie als Interessentin am Auftrag eine Verletzung des - auch ihrem Schutz dienenden - Transparenzgebotes und des Diskriminierungsverbotes schlüssig vorgetragen hat und ihr durch den Bestand des Vertrags ein Schaden droht - sie macht geltend, dass sie in einem wettbewerblichen Verfahren als bisherige Leistungserbringerin eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätte.
- 24 2. Eine Antragsfrist ist nicht einschlägig, insbesondere auch nicht die Antragsfrist des § 135 Abs. 2 GWB.
- 25 a) Das Verfahren unterliegt nicht dem Primärrechtsschutz nach dem GWB. Für das sog. Kartellvergaberecht, d.h. die Regelungen zur Umsetzung der vergaberechtlichen Richtlinien der Europäischen Union, hier insbesondere der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ergibt sich diese Bereichsausnahme ausdrücklich aus § 149 Nr. 9 GWB. Nur ergänzend ist darauf zu verweisen, dass für den Bereich der sog. unterschweligen Dienstleistungskonzessionen keine speziellen Regelungen existieren, insbesondere werden sie vom sachlichen Anwendungsbereich des Landesvergabegesetzes Sachsen-Anhalt nicht erfasst, wie sich aus dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 LVG LSA ergibt.
- 26 b) Allein der Umstand, dass die Beklagte in ihre freiwilligen ex ante-Bekanntmachung eine entsprechende Rechtsbehelfserklärung aufnahm, vermochte eine Ausschlussfrist nicht zu begründen, denn der Ausschluss des Zugangs zum Rechtsschutz unterliegt nicht der Disposition des Antragsgegners.
- 27 c) Eine analoge Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen außerhalb des GWB-Vergaberechts kommt nicht in Betracht, weil die spezialgesetzliche Vorschrift nicht isoliert analogiefähig ist (vgl. nur BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 66/12 "Stromnetz Berkenthin", BGHZ 199, 289, Rz. 112 *zum*

*Analogieverbot der isolierten Anwendung vergaberechtlicher Präklusionsvorschriften;*  
BGH, Urteil v. 07.09.2021, EnZR 29/20, WuW 2022, 90, Rz. 23 m.w.N.).

- 28 d) Schließlich kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung der Vorschriften aus den beiden Rechtsmittelkoordinierungsrichtlinien (RL 89//665/EWG i.d.F. RL 2007/66/EG bzw. RL 92/13/EWG i.d.F. RL 2007/66/EG) berufen. Die Umsetzung dieses Richtlinienrechts erfolgte national durch die Vorschriften des 4. Teils des GWB, welche, wie vorausgeführt, nicht einschlägig sind. Eine defizitäre Umsetzung liegt insoweit nicht vor, denn jeweils in Art. 1 Abs. 1 RMKR ist der sachliche Anwendungsbereich der Rechtsmittelkoordinierungsrichtlinien auf Aufträge entsprechend des vergaberechtlichen Sekundärrechts der Europäischen Union beschränkt worden. Auch die Konzessionsrichtlinie enthält in Art. 12 RL 2014/23/EU eine Bereichsausnahme für Verträge über die Bereitstellung und den Betrieb fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser und die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze.
- 29 3. Die gerichtliche Geltendmachung des kartellrechtlichen Anspruchs durch die Klägerin ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht verwirkt.
- 30 a) Zwar kann die Ausübung eines Rechts im Einzelfall nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB unzulässig sein, wenn der Berechtigte es auf längere Zeit nicht geltend gemacht hat (sog. Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, auf Grund derer der Verpflichtete auf die Nichtgeltendmachung vertrauen durfte und welche die verspätete Rechtsausübung für ihn unzumutbar machen (sog. Umstandsmoment). Die Klägerin hat aber bereits zu Recht darauf verwiesen, dass bei der Geltendmachung der Nichtigkeit eines Vertrags wegen des Verstoßes gegen ein Gesetz nach § 134 BGB, hier im Hinblick auf einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 GWB (vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 66/12 "Stromnetz Heiligenhafen", BGHZ 199, 289, Rz. 72), eine Verwirkung allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommt (vgl. BGH, Urteil v. 01.08.2013, VII ZR 6/13, BGHZ 198, 131, Rz. 30 m.w.N.).
- 31 b) In zeitlicher Hinsicht ist zunächst darauf zu verweisen, dass schon nicht feststeht, ab wann die Klägerin vom Abschluss des Vertrags eine sichere Kenntnis hatte. Sie selbst hat eine positive Kenntnis vor dem Zugang der Klageerwiderung, also vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit, in Abrede gestellt und insoweit auf ihren ursprünglichen Klageantrag (auf Untersagung einer noch nicht erfolgten Vertragsunterzeichnung) Bezug genommen. Die Beklagte hat zwar auf die ab dem 29.09.2020 angelaufenen Verhandlungen über die Übernahme der Netzinfrastruktur der Trinkwasserversorgung im Teilgebiet 1 durch die S. verwiesen und auf flankierende Pressemeldungen, in denen von einem bereits unterzeichneten Vertrag die Rede gewesen sei. Eine direkte und eindeutige Information der Klägerin über den Vertragsschluss hat die Beklagte jedoch schon nicht dargelegt, jedenfalls ist sie beweisfällig geblieben. Selbst wenn der Senat es dennoch als nachgewiesen ansähe, dass die Klägerin spätestens Ende September 2020 Kenntnis vom Vertragsschluss erhalten hätte, ist ein Zeitraum von etwa vier Monaten bis zur Einreichung der Klage kein derart langer Zeitraum, dass die Beklagte mit einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht mehr hätte rechnen müssen.
- 32 c) Hinsichtlich besonderer Umstände kommt es, wie vorausgeführt, auf eine schwerwiegende Verletzung der Sorgfaltspflicht in eigenen Angelegenheiten durch die Klägerin an. Ein solcher Umstand ist nicht zu erkennen. Denn die Klägerin hat mit der Mitwirkung an den Verhandlungen über den Übergang der Netzinfrastruktur ihren Vertragspflichten aus dem (auslaufenden) Konzessionsvertrag genügt; sie hat der Beklagten durch aktives Tun

keine Veranlassung dafür gegeben, dass die Beklagte auf die Nichtgeltendmachung von Rechtsschutz hätte vertrauen dürfen. Das Unterlassen der Klägerin - in Reaktion auf die ex ante-Bekanntmachung und auf die Veröffentlichung auf der Internetseite der Beklagten - ist angesichts fehlender Ausschlussfristen nicht eindeutig interpretierbar gewesen. Im Rahmen der Abwägung ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte es selbst in der Hand gehabt hätte, durch eine direkte und nachweisbare Information der Klägerin über den Abschluss des neuen Konzessionsvertrages deren Reaktion herauszufordern.

- 33 d) Soweit die Beklagte für ihre Rechtsposition eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf angeführt hat (Urteil v. 11.03.2020, 2 U 1/18 (Kart), nach juris), sind die beiden jeweils zugrundeliegenden Sachverhalte nicht vergleichbar. In der vorgenannten Rechtssache war die Klägerin von der Beklagten an einer Ausschreibung des neuen Konzessionsvertrages beteiligt und mit einer Vorabinformation über den beabsichtigten Vertragsschluss informiert worden; ihr war darüber hinaus auch eine Kopie des Auswertungsgutachtens in teilgeschwärzter Form zur Verfügung gestellt worden. Obwohl sie den Zeitpunkt des Vertragsschlusses kannte, hatte sie erst nahezu eineinhalb Jahre danach eine Klage eingereicht. Diese Sachlage unterscheidet sich sowohl in zeitlicher als auch in situativer Hinsicht vom vorliegenden Fall.
- 34 4. Die Rechtssache fällt in die funktionelle Zuständigkeit des Kartellsenats. Beruft sich ein Wirtschaftsteilnehmer auf einen Anspruch, welcher sich aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ergibt, wie hier die Klägerin, so sind nach §§ 87, 91 GWB die Kartellgerichte beim Landgericht - insoweit hat das Land Sachsen-Anhalt von der in § 89 GWB eröffneten Möglichkeit der Zuständigkeitskonzentration in § 6 Nr. 1a der 6. Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Zuständigkeiten der Amts- und Landgerichte in Zivilsachen Gebrauch gemacht - bzw. beim Oberlandesgericht ausschließlich zuständig.
- 35 III. Die Beteiligten gehen übereinstimmend und zutreffend davon aus, dass die Beklagte grundsätzlich verpflichtet war, für die Vergabe der Trinkwasserkonzession für das Teilgebiet 1 ab dem 01.01.2023 rechtzeitig eine angemessene Transparenz herzustellen, welche die an der Konzession interessierten Unternehmen, darunter die Klägerin, in die Lage versetzt hätte, ihr Interesse zu bekunden. Dieser Pflicht hat die Beklagte nicht genügt.
- 36 1. Die Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser ist nach § 50 Abs. 1 WHG eine Aufgabe der Daseinsvorsorge, die von den Gemeinden wahrgenommen wird. Nach § 70 Abs. 2 WG LSA können sich die Gemeinden zur Erfüllung ihrer Aufgaben Dritter bedienen; diese Dritten können von den Benutzern privatrechtliche Entgelte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung fordern. Damit ist zugleich vorgegeben, dass die Inanspruchnahme Dritter zur Wasserversorgung im Wege einer Dienstleistungskonzession (vgl. auch EuGH, Urteil v. 10.09.2009, C-206/08 "WAZV Gotha", VergabeR 2010, 48) so wie auf der Grundlage einer privatrechtlichen Gestaltung erfolgt.
- 37 2. Die Vergabe einer Dienstleistungskonzession über die Durchführung der Trinkwasserversorgung unterfällt, wie vorausgeführt, nicht dem Vergaberecht. Für die Vergabe von Trinkwasserkonzessionen haben zudem weder der europäische Normgeber noch der nationale Gesetzgeber speziellen Regelungen erlassen, anders als z.B. für den Sektor des Öffentlichen Personenverkehrs in VO (EG) Nr. 1370/2007 oder für den Sektor der Wege-

nutzungsrechte für die Strom- und Gasversorgung in §§ 46 ff. EnWG. Die zuletzt genannten, spezialgesetzlichen Regelungen sind nicht, auch nicht etwa analog anwendbar.

- 38 3. Gleichwohl findet die Vergabe von Trinkwasserkonzessionen nicht im rechtsfreien Raum statt.
- 39 a) Im vorliegenden Fall ist einerseits das Primärrecht der Europäischen Union zu berücksichtigen.
- 40 aa) Soweit eine Dienstleistungskonzession nicht dem Vergaberecht unterliegt, aber eine sog. Binnenmarktrelevanz aufweist, ist das EU-Primärrecht zu beachten, d.h. insbesondere die Niederlassungsfreiheit nach Art.49 AEUV und die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs nach Art. 56 AEUV (vgl. nur EuGH, Urteil v. 07.12.2000, C-324/98 "Teleaustria", Rz. 48; Mitteilung KOM zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, das nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. EU 2006/C 179/02).
- 41 bb) Ein grenzüberschreitendes Interesse von Wirtschaftsteilnehmern an einer Konzession kann sich u.a. aus der wirtschaftlichen Bedeutung der abzuschließenden Vereinbarung, aus dem Ort ihrer Durchführung oder aus technischen Merkmalen ergeben (st. Rechtsprechung des EuGH, vgl. nur Urteil v. 14.11.2013, C-221/12 "Belgacom NV ./ InTeGAn, NZBau 2014, 53; EuGH, Urteil v. 04.04.2019, C-699/17 "Allianz Vorsorgekasse AG", VergabeR 2019, 634).
- 42 cc) Nach diesen Maßstäben ist hier von einer Relevanz der Trinkwasserkonzession für das Teilgebiet 1 der Beklagten für den EU-Binnenmarkt auszugehen. Das ergibt sich bereits aus dem Auftragswert. Die Beklagte hat ohne Berücksichtigung von Preissteigerungen nach der im Vertrag vorgesehenen Preisgleitung einen Jahresauftragswert von 2 Millionen Euro netto angenommen, woraus sich bei einer vorgesehenen Laufzeit von 25 Jahren ein Auftragswert von 50 Millionen Euro netto ergibt. Der Schwellenwert, ab dem bei anderen, dem Vergaberecht unterfallenden Dienstleistungskonzessionen ein grenzüberschreitendes Interesse unwiderlegbar vermutet wird, betrug im hier maßgeblichen Jahr 2020 5,35 Millionen Euro. Hinzu kommt, dass der Zugang zu diesem Geschäftsfeld durch den Vertrag für die Dauer von 25 Jahren nahezu ausgeschlossen wird, so dass neben aktuellen wirtschaftlichen auch strategische Erwägungen für ein Interesse am Auftrag sorgen können.
- 43 dd) Das aus dem Primärrecht der EU (Art. 49, 56 AEUV) abgeleitete Transparenzgebot verlangt vom öffentlichen Auftraggeber "einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit", der zum einen eine Öffnung für den Wettbewerb und zum anderen die Nachprüfung ermöglicht, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt ist (vgl. EuGH, Urteil v. 04.04.2019, a.a.O., m.w.N.). Der Gerichtshof hat in einzelnen Fallgestaltungen, insbesondere bei der Vergabe langjähriger Konzessionen für die Energieversorgung, hieraus eine Verpflichtung zur EU-weiten Auftragsbekanntmachung abgeleitet, grundsätzlich die Anforderung aber mehrdeutig gehalten ("angemessener Grad an Transparenz") und in vielen Fällen dem nationalen Gericht aufgegeben zu prüfen, ob beispielsweise eine nur nationale Bekanntmachung einen solchen angemessenen Grad an Transparenz darstellt. Jedenfalls hat der Gerichtshof in keinem Fall ohne das Vorliegen besonderer Umstände eine Direktvergabe für zulässig erachtet. Der Senat geht davon aus, dass im vorliegenden Fall ein angemessener Grad an Öffentlichkeit nur durch einen EU-weiten Aufruf zur Interessenbekundung bzw. zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bzw. zur Abgabe eines

Angebots geschaffen werden konnte. Eine Direktvergabe ohne vorherige Eröffnung eines Wettbewerbs war - vorbehaltlich des Vorliegens besonderer Umstände, deren Prüfung nachfolgend zu behandeln ist - vor diesem rechtlichen Hintergrund unzulässig.

- 44 ee) Nur ergänzend ist darauf zu verweisen, dass für den sog. Primärrechtsschutz bei der Vergabe von privatrechtlich ausgestalteten Dienstleistungskonzessionsverträge der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet ist (vgl. zuletzt OVG Thüringen, Beschluss v. 19.07.2021, 3 VO 352/21, NZBau 2021, 758). Findet, wie hier, nur eine Direktansprache des späteren Vertragspartners statt, entsteht allerdings kein vorvertragliches Schuldverhältnis zu einem nicht berücksichtigten Unternehmen, wie hier der Klägerin, so dass als Anspruchsgrundlage jedenfalls nicht die Vorschriften der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 282, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB in Betracht kommen (anders als in OLG Hamm, Urteil v. 26.09.2012, I-12 U 142/12, ZfBR 2013, 84, in juris Rz. 54 m.w.N.). Die Anspruchsgrundlage kann hier offenbleiben, weil ein kartellrechtlicher Anspruch besteht.
- 45 b) Bei der Vergabe der Trinkwasserkonzession unterlag die Beklagte andererseits dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot.
- 46 aa) Die Gemeinde ist hinsichtlich der Vergabe von Trinkwasserkonzessionen ein marktbeherrschender Anbieter und damit ein Normadressat des Diskriminierungsgebots des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (vgl. allgemein zur Vergabe von Wegenutzungsrechten für leitungsgebundene Versorgung BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 66/12 "Stromnetz Berkenhain", BGHZ 199, 289; und BGH, Urteil v. 17.12.2013, KRZ 65/12 "Stromnetz Heiligenhafen", WuW/E DE-R 4139, Rz. 16; konkret für Trinkwasserversorgung BGH, Beschluss v. 15.05.2012, KVR 51/11 "Wasserpreise Calw I", WuW/E DE-R 3632, Rz. 11; BGH, Beschluss v. 22.02.2019, KZR 22/18, nach juris - vorgehend: OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.03.2018, VI-2 U (Kart) 6/16, in juris Rz. 50; OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.06.2018, VI-2 U (Kart) 7/16, WuW 2019, 37, in juris Rz. 85 ff.). Das entspricht auch der übereinstimmenden Rechtsauffassung der Landeskartellbehörden (vgl. Landeskartellbehörde Niedersachsen, Hinweise zur Vergabe von Wasserkonzessionsverträgen gemäß §§ 31, 31a GWB vom 17.04.2019, S. 2 ff.; Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, Häufig gestellte Fragen zu dem Verfahren, dem Abschluss und der Freistellung von Wasserkonzessionsverträgen vom 01.12.2021, S. 1 f. zu Ziffer 1). Für die kartellrechtliche Bewertung, ob eine kartellrechtswidrige Diskriminierung, insbesondere eine mangelnde Transparenz vorliegt, kann auf die gleichgerichteten Wertungen aus dem o.g. Primärrecht der Europäischen Union abgestellt werden.
- 47 bb) Dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot konnte in der vorliegenden Konstellation aus den oben angeführten Gründen nur durch eine Ausschreibung der Vergabe der Trinkwasserkonzession in einem wettbewerblichen Verfahren genügt werden.
- 48 cc) Der kartellrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach §§ 33 i.V.m. 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, auf den die Klägerin ihre Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot verstoßenden Vertrags gestützt hat, ist im Zivilrechtsweg geltend zu machen.
- 49 4. Soweit sich die Beklagte darauf berufen hat, dass sie eine angemessene Transparenz im Sinne des EU-Primärrechts und des Kartellrechts durch die freiwillige ex ante-Bekanntmachung der Direktvergabe am 12.06.2020, also 14 Tage vor der Unterzeichnung des Vertrags, geschaffen habe, folgt der Senat dieser Ansicht nicht.



- 50 a) Es ist zu differenzieren zwischen einem Aufruf zum Wettbewerb, der signalisiert, dass es für interessierte Unternehmen eine Chance auf Erhalt der Konzession gibt, und einer Mitteilung, die lediglich - wenn hier auch untauglich - darauf zielt, für Einwendungen gegen eine bereits beschlossene Direktvergabe eine Ausschlussfrist zu begründen. Die zuletzt genannte Mitteilung eröffnet nach ihrem Inhalt gerade keinen Zugang zu einem Wettbewerb, sondern vermittelt eine bereits getroffene Entscheidung gegen einen Wettbewerb.
- 51 b) Im vorliegenden Fall war deswegen vor der Vergabe keine angemessene Transparenz gegeben. Der Gemeinderat hatte vielmehr bereits vor der Veröffentlichung entschieden, den Vertrag mit der S. abzuschließen.
- 52 IV. Die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im Hinblick auf eine sog. Inhouse-Vergabe, also ein von der Ausschreibungspflicht befreites Eigengeschäft der öffentlichen Hand, liegen nicht vor.
- 53 1. Allerdings ist das Rechtsinstitut der Inhouse-Vergabe auch im Bereich der Dienstleistungskonzessionen außerhalb des Anwendungsbereichs des Vergaberechts anerkannt.
- 54 a) Die Regelungen des § 108 GWB können mangels Anwendbarkeit des Kartellvergaberichts nicht unmittelbar und auch nicht entsprechend angewendet werden. Denn es sind spezielle Regelungen zur Bereichsausnahme vom Vergaberecht für verschiedene Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Sie gründen sich zwar auf die zuvor, d.h. ohne ausdrückliche Regelung durch die Rechtsprechung aus allgemeinen Grundsätzen abgeleiteten Rechtssätze, sind mit diesen aber nicht identisch - die kodifizierte Regelung geht über das, was die Rechtsprechung zuvor als ausschreibungsfreie Rechtsgeschäfte angesehen hat, weit hinaus (vgl. nur ErWG 31 ff. RL 2014/24/EU; vgl. Wiedemann in: Byok/Jaeger, VergabeR, 4. Aufl. 2018, § 108 Rn. 6 m.w.N.).
- 55 b) Ergänzend ist darauf zu verweisen, dass eine ausdrücklich entgegenstehende Regelung, wie beispielsweise in § 46 Abs. 6 EnWG, für den Bereich der Konzessionen für die Trinkwasserversorgung nicht existiert.
- 56 c) Die nationale Rechtsprechung und die zuständigen Kartellbehörden haben das Rechtsinstitut der Inhouse-Vergabe, insoweit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberechts-Richtlinien folgend, auch bei der Vergabe von Trinkwasserkonzessionsverträgen anerkannt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.03.2018, VI-2 U (Kart) 6/16, in juris Rz. 51; Höhne in: Jahrbuch 2020, Schriftenreihe des forum vergabe e.V., Bd. 67, S. 151 m.w.N.; Landeskartellbehörde Niedersachsen, a.a.O., S. 4 zu II. 1; Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen, a.a.O., S. 2 zu Ziffer 2).
- 57 2. Nach der früheren, d.h. vor der ausdrücklichen Kodifizierung entstandenen und hier anzuwendenden Rechtsprechung des Gerichtshofes, die sich auf die Vergabe von Konzessionen außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberechts-Richtlinien bezieht, wurde die Vergaberechtsfreiheit von Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand aus dem Begriff des öffentlichen Auftrags bzw. der öffentlichen Konzession abgeleitet. Der bloße Umstand, dass ein Rechtsgeschäft formal zwischen zwei juristisch selbständigen Personen vorgenommen wird, sollte nicht als ausschreibungspflichtig zu qualifizieren sein, wenn die betraute Person dem öffentlichen Auftrag- bzw. Konzessionsgeber aufgrund wertender Betrachtung als eine marktferne, eigene Ressource zuzurechnen ist. Hieraus

hat die Rechtsprechung zwei Kriterien abgeleitet - die Kontrolle des Auftraggebers über diese Einrichtung wie über eigene Dienststellen (Kontrollkriterium) und die Tätigkeit der Einrichtung im Wesentlichen für den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber (Tätigkeitskriterium).

- 58 3. Angewandt auf die vorliegende Fallkonstellation gehen die Prozessparteien übereinstimmend und zutreffend davon aus, dass das sog. Kontrollkriterium im Verhältnis zwischen der Beklagten und der S. erfüllt ist.
- 59 a) Die Beklagte ist alleinige Gesellschafterin der S., es gibt insbesondere keine Beteiligung privaten Kapitals an der S.. Die Konzessionärin ist nach dem Inhalt des Vertrages an das Satzungsrecht der Beklagten sowie an deren Einzelweisungen gebunden (vgl. § 7 Abs. 3). Sie unterliegt umfangreichen Rechenschafts- und Informationspflichten gegenüber der Beklagten.
- 60 b) Zwar erlaubt § 7 Abs. 4 des Konzessionsvertrages der S., sich zur Erfüllung einzelner Aufgaben auch Dritter zu bedienen. In der Vertragsklausel sind Einzelheiten - mit Ausnahme eines Zustimmungsvorbehalts der Beklagten beim Wechsel der kaufmännischen und technischen Betriebsführung - nicht geregelt. Da die Konzessionärin jedoch selbst öffentliche Auftraggeberin ist, unterliegt sie bei der Vergabe von Unteraufträgen denselben Regeln wie die Beklagte selbst, so dass eine Bevorzugung eines einzelnen privaten Wirtschaftsteilnehmers nicht zu besorgen ist.
- 61 4. Die S. ist bei wertender Betrachtung nicht im Wesentlichen für die Beklagte tätig, sondern agiert nicht etwa nur in marginalen Bereichen auf einem Markt.
- 62 a) Der Senat geht davon aus, dass für das Maß der auf den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber bezogenen Tätigkeit (des sog. Eigengeschäfts) nicht auf den in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB vollzogenen Wechsel zu einem rein quantitativen Kriterium abgestellt werden kann, weil diese Vorschrift, wie vorausgeführt, weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar ist. Die Bewertungsmaßstäbe sind vielmehr aus den Grundfreiheiten des AEUV und aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot abzuleiten.
- 63 aa) Im Ausgangspunkt ging die Rechtsprechung zeitlich vor der Normierung davon aus, dass ein öffentlicher Auftrag natürlich dann nicht vorliegt, wenn der öffentliche Auftraggeber zur Beschaffung von Leistungen nicht den Markt als Nachfrager betritt, sondern die Leistungen mit eigenen Ressourcen (innerhalb seiner juristischen Person) erbringt (Inhouse-Vergabe i.e.S.). Diese Zurechnung sollte auch dann gelten, wenn zwar formal zwei juristische Personen agierten, aber bei wertender Betrachtung auch die Kapazitäten der ausführenden Einrichtung noch als eigene Ressourcen des die Leistung empfangenden öffentlichen Auftraggebers zugeordnet werden können, obwohl sie von juristisch selbständigen Personen erbracht werden (insbesondere bei rein formeller Privatisierung, teilweise auch als "Quasi-Inhouse-Vergabe" bezeichnet). Die nunmehr normierte Privilegierung einer Reihe von Rechtsgeschäften beruht im Kern auf derselben Überlegung, geht aber erheblich darüber hinaus (vgl. dazu nur Wiedemann, a.a.O., § 108 Rn. 4). Diese Erweiterungen durch den Normgeber durch spezialgesetzliche Regelungen sind nicht etwa Ausdruck eines neuen Verständnisses des Auftragsbegriffs, sondern stellen die bewusste und gewollte Schaffung zusätzlicher Privilegierungstatbestände und die Ausweitung der Bereichsausnahme über die aus dem Auftragsbegriff ableitbaren Ausschlüsse

hinaus dar. Sind diese spezialrechtlichen Regelungen nicht anwendbar, wie hier, muss auf die Herleitung von Ausnahmen aus dem Auftragsbegriff zurückgegriffen werden.

- 64 bb) Die hier maßgebliche Rechtsprechung insbesondere des Europäischen Gerichtshofes stellte für die Untersetzung des unbestimmten Rechtsbegriffes "im Wesentlichen" auf qualitative und quantitative Einzelkriterien (vgl. nur EuGH, Urteil v. 11.05.2006, C-340/04 "Carbotermo SpA u.a. ./ Comune di Busto Arsizio u.a.", VergabeR 2006, 478, Rz. 72) und eine Gesamtbewertung dahin ab, dass die Tätigkeitsstruktur der mit dem Auftrag zu beauftragenden Einrichtung einerseits die Gewähr für die Sicherung der Abhängigkeit der kontrollierten juristischen Person vom kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber bietet und andererseits Wettbewerbsverzerrungen ausgeschlossen bzw. stark minimiert werden, welche durch die Betätigung eines staatlichen Unternehmens auf dem Markt entstehen können. Der Gerichtshof hat eine Mindestquote der auftraggeberbezogenen Tätigkeiten (Eigengeschäfte) von 90 % angenommen (zuerst: EuGH, Urteil v. 19.04.2007, C-295/05 "Asemfo ./ TrAgSA", NZBau 2007, 381, Rz. 62 f.) und Umschreibungen wie "rein nebensächlich", "nur am Rande" oder "marginal" verwendet (vgl. Wiedemann, a.a.O., § 108 Rn. 50 m.w.N.). Auch in der nationalen Rechtsprechung ist grundsätzlich ein Mindestumsatz von 90 % mit sog. Eigengeschäften verlangt worden (vgl. Hanseat. OLG Hamburg, Beschluss v. 14.12.2010, 1 Verg 5/10 "Abwicklungsmanagement", VergabeR2011, 614, in juris Rz. 54; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.11.2016, VII-Verg 23/16 "Mandatsfahren", NZBau 2017, 112, in juris Rz. 28; *zweifelnd, ob bis zu 10 % bereits inhouse-schädlich sein könnten*: BGH, Urteil v. 03.07.2008, I ZR 145/05 "Kommunalversicherer", BGHZ 177, 150, in juris Rz. 31); seine abweichende - noch strengere - Rechtsprechung hat das Oberlandesgericht Celle ausdrücklich aufgegeben (vgl. OLG Celle, Beschluss v. 17.12.2014, 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 180, in juris Rz. 65).
- 65 b) In zeitlicher Hinsicht ist auf den Tag des Vertragsabschlusses am 26.06.2020 abzustellen.
- 66 aa) Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung des Tätigkeitskriteriums ist grundsätzlich und so auch hier der Zeitpunkt der Konzessionsvergabe. Etwas Anderes kann allenfalls dann gelten, wenn eine Änderung der Tätigkeitsstrukturen während der Vertragslaufzeit nicht nur abstrakt möglich ist, sondern konkret in Aussicht steht. Im Übrigen ist auf einen möglichen künftigen Wegfall der Inhouse-Fähigkeit zu dem Zeitpunkt zu reagieren, indem er eintritt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 04.03.2020, Verg 11/18, in juris Rz. 64 ff. Wiedemann, a.a.O., *zur Beurteilung der Kapitalbeteiligung* § 108 Rn. 34 f.; *zur Beurteilung des Tätigkeitskriteriums* § 108 Rn. 53).
- 67 bb) Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses waren Gegenstand der Tätigkeit der S. der Betrieb jeweils des Freizeit- und des Sportbades sowie seit Jahresbeginn 2020 der Betrieb der Straßenbeleuchtung und die Durchführung der Wochenmärkte im Stadtgebiet.
- 68 (1) Die S. erwirtschaftete aus dem Betrieb der beiden Bäder in den Jahren 2017 bis 2019 durchschnittlich ca. ... € (2017: ... T€, 2018: ... T€, 2019: ... T€). Das erlaubte aus der Sicht der Beklagten im Jahre 2020 die Prognose, dass die schwankenden Umsätze etwa in diesem Bereich verharren. Spätere Entwicklungen, wie die pandemiebedingten Schließungen, konnten nicht vorhergesehen werden. Auf die Plan-Werte für das Jahr 2023 kommt es aus den o.g. Gründen nicht an.
- 69 (2) Aus dem Betrieb der Straßenbeleuchtung hatte die S. in den Jahren 2017 bis 2019 (noch) keine Umsätze erzielt, weil sie erst 2020 beauftragt worden war, und im Jahre

2020 sehr geringe Umsätze von ... T€ in der Anlaufphase. Es war aber bereits im Jahre 2020 vorherzusehen, dass diese Umsätze ansteigen werden. Insoweit kann auf das (vorhersehbare) Ergebnis aus dem Jahr 2021, welches später auch der Planung für das Jahr 2023 zugrunde gelegt wurde, abgestellt werden, das sind ... €.

- 70 (3) Im Rahmen der Durchführung des Marktwesens, insbesondere der Wochenmärkte, gilt das Entsprechende; die im Jahre 2020 erzielten Einnahmen sind fortzuschreiben, also ein Umsatz von jährlich ... €.
- 71 cc) Nach den o.a. Maßstäben sind die Umsätze der S. aus der Übernahme der kaufmännischen Betriebsführung für den AZV ab dem 01.01.2023 nicht zu berücksichtigen.
- 72 Zwar fasste die Verbandsversammlung des AZV bereits am 03.08.2020 den Beschluss, im Rahmen einer Umstrukturierung zu einem Regiebetrieb zurückzukehren und das sog. Kerngeschäft wieder selbst zu erledigen. In diesem Zusammenhang hatte die Beklagte dem Antragsgegner bereits vor dem Abschluss des streitgegenständlichen Trinkwasserkonzessionsvertrages unter Vorlage eines entsprechenden, im Auftrag der S. erstellten Rechtsgutachtens vom 02.06.2020 angeboten, die kaufmännische Betriebsführung ausschreibungsfrei auf die S. zu übertragen. Die Umsetzung dieses Vorhabens war jedoch im Juni 2020 noch ungewiss. Tatsächlich beschloss die Verbandsversammlung des AZV erst am 12.07.2021, einen entgeltlichen Vertrag über die kaufmännische Betriebsführung des Verbandes mit der S. zu schließen, der am 01.04.2022 in Kraft treten und für eine Laufzeit von fünf Jahren Gültigkeit haben sollte (vgl. § 10). Der Vertrag wurde von der hiermit beauftragten Verbandsgeschäftsführerin des AZV und der Betriebsführerin der S. schließlich am 09.09.2021 unterzeichnet. Aus diesem zeitlichen Ablauf ergibt sich, dass die Umsätze aus der kaufmännischen Betriebsführung für den AZV im Juni 2020 noch nicht prägend für das Tätigkeitsprofil der S. waren und deswegen bei der Beurteilung des Ist-Zustandes der Inhouse-Fähigkeit der S. am Tage des Abschlusses des Konzessionsvertrages keine Bedeutung erlangen konnten.
- 73 dd) Entgegen der von der Beklagten im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erstmals geäußerten Rechtsansicht sind die Umsätze aus dem - noch abzuschließenden - Trinkwasserkonzessionsvertrag nicht zu berücksichtigen. Gegenstand der Prüfung ist, ob die als Konzessionsnehmerin in der Zukunft ausgewählte Einrichtung nach ihrer derzeitigen Verfassung inhouse-fähig ist. Eine ausschreibungsfreie Beauftragung darf nur dann erfolgen, wenn die Einrichtung im Zeitpunkt der zu treffenden Entscheidung gegen ein wettbewerbliches Verfahren als eigene Ressource des Auftrag- bzw. Konzessionsgebers anzusehen ist, weil sie u.a. auch im Wesentlichen für diesen tätig ist. Zu diesem Zeitpunkt sind die Umsätze aus dem Konzessionsvertrag ungewiss; über die Beauftragung soll erst in der Zukunft entschieden werden. Im Übrigen ist anzuführen, dass dann, wenn die von der Beklagten geäußerte Rechtsansicht zuträfe, es der öffentliche Auftraggeber bzw. Konzessionsgeber in der Hand hätte, die Erfüllung des Tätigkeitskriteriums durch den Umfang des ausschreibungsfrei übertragenen Auftrags zu manipulieren. Das Maß einer angemessenen Transparenz reduzierte sich - in einem indirekt proportionalen Verhältnis - mit der Höhe des Auftragswerts. Das widerspricht den o.a. Grundsätzen, wie sie aus den Grundfreiheiten des AEUV und dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot abgeleitet werden.
- 74 c) In quantitativer Hinsicht ergibt sich aus den Voraussetzungen, dass bei wertender Betrachtung der Gesamtumsatz der S., bezogen auf den 26.06.2020, mit einem Betrag in Höhe von ... € (... € + ... € + ... €) anzusetzen ist. Weitere Beträge sind nicht einzubezie-

hen, insbesondere nicht der Betrag des Verlustausgleich, welcher der S. jährlich zufließt. Die Abführung der Gewinne der Stadtwerke an die S. beruht nicht etwa auf der Tätigkeit der S. und vor allem nicht auf einer vertraglichen Verpflichtung der Beklagten. Die Beklagte war und ist weder zu einer Entgeltzahlung noch zu einer Ausgleichszahlung verpflichtet. Der Bäderbetrieb der S. beruhte auf Pachtverträgen über die Badimmobilien. In den Pachtverträgen übernahm die S. das vollständige Betriebsrisiko. Die Ergebnisabführung der Stadtwerke an die S. diente in erster Linie der Vermeidung von Steuerzahlungen durch die Stadtwerke und war in keiner Weise auf die Tätigkeit der S. bezogen. Selbst wenn der Senat zugunsten der Beklagten berücksichtigte, dass die Beklagte mit ihrer Zustimmung zur Abführung der Gewinne der Stadtwerke an die S. einen nachträglichen Ausgleich der durch den Bäderbetrieb entstehenden Verluste der S. verfolgt, so erfolgten diese Zuwendungen unabhängig von Art und Menge der erbrachten Leistungen der S. und ausschließlich in Abhängigkeit von dem im laufenden Geschäftsjahr entstandenen Defizit der S..

- 75 d) Hinsichtlich der voraufgeführten Gesamtumsätze in Höhe von ... € ist - weiter in quantitativer Hinsicht - eine Abgrenzung der Eigen- von den sog. Fremdgeschäften vorzunehmen, also von Geschäften, welche die S. nicht als eine marktferne und ausschließlich der Beklagten zuzurechnende Einrichtung, sondern als Marktteilnehmer vornahm.
- 76 aa) Nur vorsorglich ist darauf zu verweisen, dass dann, wenn die ab dem Jahre 2022 erzielten Umsätze der S. aus der kaufmännischen Betriebsführung des AZV bereits zu berücksichtigen gewesen wären, sie vollständig als Fremdgeschäfte zu bewerten wären und einer Inhouse-Fähigkeit der S. ohne weiteres entgegengestanden hätten. Denn in subjektiver Hinsicht werden als Eigengeschäfte diejenigen Tätigkeiten des Konzessionärs definiert, welche vom kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber herrühren (vgl. Wiedemann, a.a.O., § 108 Rn. 54, 66 m.w.N.). Unabhängig davon, ob man lediglich Vergabeentscheidungen des kontrollierenden Auftraggebers berücksichtigt (so OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.08.2011, 11 Verg 3/11 "Wasserversorgung", VergabeR 2012, 47, in juris Rz. 43) oder auch sonstige Betrauungen in privatrechtlicher Form (in Anlehnung an die jetzt kodifizierte Rechtslage), sind jedenfalls Tätigkeiten für andere öffentliche Auftraggeber, welche selbst keine Kontrolle über die Konzessionärin wie über eigene Dienststellen ausüben, Fremdgeschäfte (vgl. EuGH, Urteil v. 08.12.2016, C-553/15 "Undis Servizi Srl ./ Comune di Sulmona", VergabeR 2017, 146, Rz. 35, 37). Das zeigt der vorliegende Sachverhalt sehr deutlich: Die S. wird sich mit dieser Leistungserbringung in einem gewerblichen Umfeld bewegen, also auf einem liberalisierten Markt, und in direkter Konkurrenz zur Klägerin. Durch diese erheblichen Umsätze wird die Abhängigkeit der S. von der Beklagten vermindert; die Entscheidungen der S. werden nicht mehr im Wesentlichen von der Beklagten gesteuert, sondern auch von den Erfordernissen der Aufgabenerfüllung für den AZV.
- 77 bb) Der Senat geht bei der Differenzierung zwischen Eigen- und Fremdgeschäften von folgenden rechtlichen Maßstäben aus:
- 78 (1) Für diese Abgrenzung kommt es nicht darauf an, wer Nutznießer der jeweiligen Leistungen ist und wer die Entgelte für die Leistungen zahlt (vgl. EuGH, Urteil v. 11.05.2006, C-340/04 "Carbotermo SpA u.a. ./ Comune di Busto Arsizio u.a.", VergabeR 2006, 478, Rz. 60 f., 72). Für eine Dienstleistungskonzession ist gerade typisch, dass der Konzessionär die Entgelte von Dritten erwirtschaftet. Dieser Auffassung folgt auch die nationa-

le Rechtsprechung (vgl. nur BGH, Beschluss v. 12.11.2019, XIII ZB 120/19 "Busvergabe Heinsberg", VergabeR 2020, 600, in juris Rz. 60).

- 79 (2) Maßgeblich ist vielmehr, dass zwischen dem konkreten (zu bewertenden) Einzelumsatz und der Beauftragung bzw. Betrauung durch den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber ein ursächlicher Zusammenhang gegeben ist. In der nationalen Rechtsprechung wird, soweit ersichtlich einhellig, die Auffassung vertreten, dass dieser Zusammenhang dann nicht besteht, wenn die Inanspruchnahme der vom Konzessionär angebotenen Leistungen auf einer autonomen, den Kausalzusammenhang zur Konzessionsvergabe unterbrechenden Entscheidung der Nutzer beruht (vgl. Hanseatisches OLG Hamburg, Beschluss v. 14.12.2010, 1 Verg 5/10 "Abwicklungsmanagement", VergabeR2011, 614, in juris Rz. 59; OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.08.2011, 11 Verg 3/11 "Wasserversorgung", VergabeR 2012, 47, in juris Rz. 43; jeweils für die Lieferung von Energieträgern - Strom und Gas - angesichts der Auswahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Anbietern). Dieser Auffassung schließt sich der erkennende Senat an.
- 80 (3) Für die Beurteilung, ob ein Geschäftsfeld der kontrollierten Einrichtung, hier der S., als Eigen- oder als Fremdgeschäft zu qualifizieren ist, ist auf die Funktion des Tätigkeitskriteriums abzustellen. Dieses Kriterium soll die Marktferne der zu beauftragenden Einrichtung sichern und die Abhängigkeit des kontrollierten Unternehmens vom kontrollierenden Auftraggeber, und zwar durch die Beschränkung der Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens auf Tätigkeiten als "verlängerter Arm" des kontrollierenden Auftraggebers (vgl. EuGH, Urteil v. 18.12.2007, C-220/06 "Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia ./ Administracion del Estado", VergabeR 2008, 196, Rz. 59 ff, 62).
- 81 cc) Nach diesen Maßstäben sind jedenfalls die von der Beklagten auf die S. übertragenen Dienstleistungen des Betriebs der Straßenbeleuchtung und der Durchführung des Marktwesens als Eigengeschäfte für die Beklagte zu bewerten. Hierüber streiten die Prozessparteien nicht.
- 82 dd) Hinsichtlich des Bäderbetriebes ist zwischen den verschiedenen Umsatzgruppen bzw. Sparten weiter zu differenzieren:
- 83 (1) Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Bereitstellung der beiden Badeeinrichtungen einerseits für den Schwimmunterricht der kommunalen Schulen und andererseits für die Vereinstätigkeiten der ortsgebundenen Vereine (z.B. DLRG) als Eigengeschäfte der S. für die Beklagte zu qualifizieren sind. Sie erfolgen nicht nur im Allgemeininteresse, sondern sind ihrer Natur nach nicht gewerblicher Art.
- 84 (2) Die Beklagte räumt - in zutreffender Bewertung - ein, dass der Betrieb einer Sauna im Freizeitbad sowie der Handel mit Badesachen und Badezubehör sowie der Imbissbetrieb jeweils als Fremdgeschäfte anzusehen sind, weil sie in einem wettbewerblichen Umfeld und in Konkurrenz zu privaten Anbietern erfolgen. Bei isolierter Betrachtung dieser beiden Sparten des Bäderbetriebes ist quantitativ und vor allem qualitativ die Bewertung als eine "nebensächliche" und "nur am Rande betriebene" Tätigkeit evident.
- 85 (3) Der Betrieb jeweils eines Sportbades und eines Freizeitbades für die Allgemeinheit (*künftig: allgemeiner Badebetrieb*) ist hier als ein Fremdgeschäft zu bewerten.
- 86 (a) Allerdings ist auch der allgemeine Badebetrieb grundsätzlich als eine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit der sog. Leistungsverwaltung zu bewerten. Mit der Bereit-

stellung der Sport- und Freizeiteinrichtungen für die Öffentlichkeit verfolgt die Beklagte gesellschafts- und sozialpolitische Zwecke, neben der Ermöglichung einer aktiven, gesundheitsfördernden Freizeitgestaltung auch die Schaffung familienfreundlicher Freizeitangebote mit einer sozialverträglichen Preisgestaltung. Der Senat folgt der Beklagten auch soweit, dass sich das Angebot zumindest vorwiegend an die eigene Einwohnerschaft richtet, wenngleich solche Einrichtungen natürlich auch für Besucher der Stadt betrieben werden und zusätzliche Besucher anlocken sollen.

- 87 (b) Die S. begibt sich mit dem allgemeinen Badebetrieb jedoch zugleich auf einen liberalisierten Markt der Angebote zur Freizeitgestaltung. Die Klägerin hat substantiiert und unwidersprochen vorgetragen, dass im Umkreis von nur ca. 35 km mindestens elf Einrichtungen mit gleichartigen Angeboten existieren, was im Übrigen auch gerichtsbekannt ist. Darüber hinaus konkurrieren Angebote des allgemeinen Badebetriebes auch mit anderen Angeboten der Freizeitgestaltung, z.B. mit Freizeitparks mit überregionaler Bedeutung - "Belantis" oder "Tropical Islands" - oder Freibädern und Badeseen. Dieser Markt ist, anders als der von der Beklagten zu Vergleichszwecken herangezogene Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs, nicht ausschließlich dadurch geprägt, dass die Entscheidung der potenziellen Nutzer auf eine Entscheidung für oder gegen eine Inanspruchnahme genau dieser einen Einrichtung beschränkt ist, sondern dass die Nutzer zwischen den verschiedenen Angeboten in der Region auswählen können. Während der Öffentliche Personennahverkehr sich ausschließlich an den Entscheidungen des (kontrollierenden) öffentlichen Auftraggebers über den Umfang und die Ausrichtung des Verkehrsangebotes und an dessen finanziellen Möglichkeiten orientiert, erfordert der allgemeine Badebetrieb eine stärkere Orientierung auch am räumlichen und sachlichen Marktgeschehen. Die Entscheidungen der S. im operativen Geschäft und auch in der strategischen Ausrichtung werden mitbestimmt von Markterfordernissen und Marktchancen.
- 88 (c) Dieser - im Vergleich zum ÖPNV stärkeren - Marktnähe steht nicht entgegen, dass der allgemeine Badebetrieb nicht nur bei der S., sondern u.U. bei der Mehrzahl der Freizeitbäder in kommunaler Trägerschaft defizitär, d.h. nicht kostendeckend ist. Dieser Umstand ist ambivalent: Einerseits ist er geeignet, die wirtschaftliche Bindung der S. an die Stadtwerke zu verstärken, weil sie von deren Gewinnabführung abhängig ist; die Stadtwerke sind allerdings ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen. Andererseits ist die Ausgliederung dieses Teils der Leistungsverwaltung auf eine privatrechtliche Kapitalgesellschaft gerade erfolgt, um die Kostenunterdeckung zu reduzieren und den allgemeinen Badebetrieb stärker marktökonomischen Belangen unterwerfen zu können. Die S. soll gerade marktbezogen agieren und sich damit in einem stärkeren Maße wie ein privater Leistungsanbieter verhalten und sich an nicht bzw. nicht nur im Interesse
- 89 e) Ausgehend von diesen Bewertungen der einzelnen Spartenaktivitäten der S. als Eigen- oder als Fremdgeschäfte Folgendes:
- 90 aa) Da für die Jahre 2017 und 2018 eine Aufteilung des Umsatzes im Bäderbetrieb auf die einzelnen Sparten nicht bekannt ist, ist aus den Umsatzzahlen für 2019 und 2020 auf einen durchschnittlichen Anteil der Fremdgeschäfte zu schließen. Die Beklagte hat in ihrer Klageerwiderung vom 30.04.2021 (dort S. 17, vgl. GA Bd. I Bl. 61) die Teilumsätze des allgemeinen Badebetriebes, der Sauna und des Handels (sog. sonstige Umsätze) im Jahr 2019 mit ... € (... € + ... € + ... €) und im Jahr 2020 mit ... € (... € + ... € + ... €) angegeben. Die erhebliche Absenkung der Umsätze im Jahr 2020 ist durch die pandemiebedingten Einschränkungen des Bäderbetriebs zu erklären. Prozentual bewegt sich der An-

teil der Fremdgeschäftssparten am Gesamtumsatz des Bäderbetriebes aber in einem relativen konstanten Bereich, den der Senat mit 80 % des Gesamtumsatzes schätzt (2019: 84 % und 2020: 78 %).

- 91 bb) Bezogen auf den oben ermittelten prognostizierten Gesamtumsatz von ... € entfielen mithin 80 % von ... € als anteiliger Fremdgeschäftsumsatz am Gesamtumsatz des Bäderbetriebes, das sind ... € (*entspricht ca. 41 %*). Angesichts dieser Zahlenwerte ist eine weitere qualitative Betrachtung obsolet.
- 92 5. War nach den Vorausführungen die S. am 26.06.2020 nicht inhouse-fähig, weil sie nicht im Wesentlichen für die Beklagte tätig war, sondern in einem nicht marginalen Umfang auch in einem Marktumfeld, so waren die Voraussetzungen für einen Verzicht auf die grundsätzlich gebotene Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens zur Vergabe der Trinkwasserkonzession für das Teilgebiet 1 der Beklagten nicht gegeben. Mit dem Abschluss des Vertrages verstieß die Beklagte gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot u.a. auch zu Lasten der Klägerin. Das Landgericht hat zu Recht auf die Nichtigkeit dieses Vertrages erkannt.
- C.
- 93 I. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.
- 94 II. Die weiteren Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1 sowie 543, 544 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Nach § 708 Nr. 10 ZPO war auch auszusprechen, dass das angefochtene Urteil nunmehr ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist. Die Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO bezieht sich ausschließlich auf Kostenfragen; die Feststellung der Unwirksamkeit des Trinkwasser-Konzessionsvertrages ist vom Zeitpunkt der Verkündung des Urteils an zu beachten (vgl. nur OLG Köln, Beschluss v. 30.01.2009, 6 W 40/08, in juris Rz. 3 m.w.N.).
- 95 III. Die Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.
- 96 IV. Die Festsetzung des Streitwerts für die Gebührenberechnung (Kostenwert) im Berufungsverfahren folgt aus §§ 39 Abs. 1, 47 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 Satz 1, 63 Abs. 2 GKG i.V.m. § 3 ZPO.