

## **OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018 - VI - 2 U (Kart) 6/16**

### **Tenor**

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Essen vom 20.10.2014 (Az. 3 O 328/13) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

I. Die Anschlussberufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Gründe**

I. Die Klägerin schloss mit der Beklagten im Dezember 1978 einen zunächst für eine Laufzeit von 30 Jahren angelegten Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung im Stadtgebiet der Klägerin, der gemäß Nachtragsvereinbarung bis zum 31.12.2009 verlängert worden ist. Die in § 11 enthaltene Endschaftsbestimmung sieht vor, dass die Klägerin nach Ablauf des Vertrags das Recht hat, die innerhalb ihres Hoheitsgebiets liegenden Rohrleitungen mit Ausnahme derjenigen, die der Versorgung von Abnehmern außerhalb des Gemeindegebiets liegen, käuflich zu übernehmen (Satz 1). Sie ist hierzu verpflichtet, wenn sie die Versorgung selbst weiter betreibt oder sie einem Dritten überlässt.

Im März 2008 kündigte die Klägerin den Konzessionsvertrag fristgemäß zum 31.12.2009 und machte am 30.04.2008 im Bundesanzeiger die Beendigung des Vertrages bekannt. Ferner informierte sie in der Bekanntmachung darüber, dass derzeit im Rahmen eines Organisationsgutachtens eine mögliche Neuausrichtung der Ver- und Entsorgungsstrukturen (Gas, Wasser, Abwasser) untersucht werde und nach der Entscheidung des Rates über die Frage der Gestaltungsmöglichkeiten der Energieversorgung (durch Fremdvergabe oder z.B. durch Gründung einer Netzgesellschaft) ein wettbewerbliches Verfahren zur Versorgung des Stadtgebiets mit Gas und Wasser durchgeführt werden soll.

Am 29.01.2009 fasste der Rat der Klägerin den Beschluss, eine Gesellschaft unter Beteiligung der Stadt T. zu gründen, der zukünftig verschiedene Bereiche der Ver- und Entsorgung im Stadtgebiet der Klägerin einschließlich Trinkwasser und Gas übertragen werden sollen. Etwa ein Jahr später wurde die Gesellschaft Wirtschaftsbetriebe T. GmbH (nachfolgend WBT.) gegründet. Die Gesellschafter waren die Klägerin mit einem Gesellschaftsanteil von ... % sowie die Beklagte und die S. B. GmbH & Co. KG (nachfolgend S.) mit einem Gesellschaftsanteil von jeweils ... %. Etwa ein Jahr später trat die Klägerin in Überlegungen ein, sich mit einem Anteil von ... % an der S. T. GmbH zu beteiligen, die sodann in die Stadtwerke T. GmbH umfirmiert werden sollte. Ausweislich der Sitzungsvorlage vom 15.11.2010 zur öffentlichen Sitzung des Rates der Klägerin sollte die Gesellschaft zunächst das Entsorgungsgeschäft (Abfall) wahrnehmen und in der Zukunft die örtlichen Versorgungsdienstleistungen (Gas, Wasser und ab 2016 Strom) und sonstige

Daseinsvorsorgeleistungen gebündelt für die Bürger der Klägerin erbringen. Dabei sollte die Übernahme der Gas- und Trinkwasserversorgung im Einvernehmen mit dem bisherigen Konzessionär, der Beklagten, erfolgen, indem diese die Möglichkeit erhalten soll, sich mit einem Anteil von ... % bei einer Beteiligung der Klägerin von mindestens ... % zu beteiligen.

In der Folgezeit kam es insbesondere im Frühjahr 2012 zu Gesprächen und einem Schriftwechsel zwischen der Klägerin und der Beklagten über verschiedene Modelle einer Zusammenarbeit auch bezüglich der Trinkwasserversorgung. Mit Schreiben vom 02.03.2012 stellte die Beklagte zwei Grundsatzmodelle vor, auf die die Klägerin mit Schreiben vom 20.03.2012 im Einzelnen einging. Hierbei brachte sie zum Ausdruck, dass sie die vorgeschlagene Variante A (gemischtwirtschaftliche Gesellschaft mit einer Mehrheitsbeteiligung der Klägerin und einer Minderheitenbeteiligung der Beklagten und S. zu gleichen Anteilen) bevorzuge, wobei der Gesellschaft verschiedene Bereiche der Ver- und Entsorgung des Stadtgebiets einschließlich Gas und Wasser übertragen werden sollen. Im April 2012 bekundete die Beklagte nochmals mit Schreiben vom 03.04.2012 ihr Interesse am Abschluss eines Konzessionsvertrags. Da sie sich jedoch nicht an einer Gesellschaft wie der WBT. GmbH beteiligen wollte, der mehrere unterschiedliche Sparten der Daseinsvorsorge übertragen werden sollen, übertrug sie am 20.04.2012 der Klägerin ihren Geschäftsanteil an der WBT. GmbH.

Am 15.05.2012 nahm die Beklagte auf Einladung der Klägerin mit Schreiben vom 03.05.2012 die Möglichkeit wahr, dem Haupt- und Finanzausschuss der Klägerin ihre Vorstellungen bezüglich des Abschlusses von Konzessionsverträgen im Bereich Gas und Trinkwasser vorzustellen. Entsprechend der Sitzungsvorlage an den Rat der Klägerin vom 22.05.2012 fasste der Rat am 31.05.2012 den Beschluss, die Trinkwasserkonzession mit Wirkung zum 01.06.2012 auf die WBT. GmbH zu übertragen. Über ihre Auswahlentscheidung zu Gunsten der WBT. GmbH informierte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 15.06.2012 und 17.10.2012.

Zwar verlangte die Klägerin in der Folgezeit unter Bezugnahme auf die vertraglich vereinbarte Regelung in § 11 des Konzessionsvertrages die Herausgabe des Wasserleitungsnetzes von der Beklagten gegen Zahlung eines Übernahmepreises. Jedoch konnten sich die Parteien weder über den Umfang des Herausgabeverlangens noch über die Höhe des Übernahmepreises einigen, weshalb sich die Klägerin Ende 2014 dazu entschloss, gemäß § 11 Abs. 3 des Konzessionsvertrages ein Gutachterausschussverfahren einzuleiten.

Die Klägerin hat unter Bezugnahme auf ein von ihr eingeholtes Gutachten behauptet, der Übernahmepreis des herauszugebenen Rohrleitungsnetzes betrage zum Bewertungsstichtag (31.12.2013) ... Mio. €.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, ihr Eigentum und Besitz an den im Gebiet der Klägerin befindlichen Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung (Entflechtungsplan in Kopie als Anlage K2), bestehend aus Rohrleitungen (Haupt-, Versorgungs- und Hausanschlussleitungen) nebst Zubehör (Wasserbehälter, Pumpwerken, Druckregelanlagen, Druckerhöhungsanlagen, Messgeräten zur Wassermengen- und Wasserdurchfluss-Messung, Wasserzählern, Fernwirkanlagen inkl. Fernwirkleitungen, sowie Armaturen bestehend aus Schiebern, Klappen Hähnen, Ventilen, Rückflussverhinderern, Rohrbruchsicherungen und Hydranten) mit Ausnahme der im Entflechtungsplan (Anlagen K2) als "Hauptleitung H." bezeichneten Transportleitungen der Beklagten im Nordwesten des Gebiets der Klägerin, Zugum-Zug gegen Zahlung einer Vergütung in Höhe von ... Mio. €, zu übertragen;

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr eine Differenz zwischen der für die Übertragung der im Klageantrag zu 1. benannten Anlagen von der Klägerin gemäß der

rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts Zugum-Zug zu erbringenden Gegenleistung und demjenigen Betrag, der zum tatsächlichen Übertragungszeitpunkt unter Anwendung der bei der rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts vorgenommenen Ermittlung der Gegenleistung herangezogenen Bewertungsmethodik und unter Berücksichtigung der zum tatsächlichen Übertragungszeitpunkt vorhandenen Kenntnisse zu rechnen ist, zu erstatten;

3. hilfsweise zu Klageantrag zu 1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr, der Klägerin, Eigentum und Besitz an den im Gebiet der Gebiet der Klägerin befindlichen Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung (Entflechtungsplan in Kopie als Anlage K2), bestehend aus Rohrleitungen (Haupt-, Versorgungs- und Hausanschlussleitungen) nebst Zubehör (Wasserbehältern, Pumpwerken, Druckregelanlagen, Druckerhöhungsanlagen, Messgeräten zur Wassermengen- und Wasserdurchfluss-Messung, Wasserzählern, Fernwirkanlagen inkl. Fernwirkleitungen), sowie Armaturen (bestehend aus Schiebern, Klappen Hähnen, Ventilen, Rückflussverhinderern, Rohrbruchsicherungen und Hydranten) mit Ausnahme der im Entflechtungsplan (Anlagen K2) als "Hauptleitung H." bezeichneten Transportleitungen der Beklagten im Nordwesten ihres Gebiets zu übertragen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Durch Urteil vom 20.10.2014 hat das Landgericht Essen den Klageantrag zu 1. als derzeit unbegründet und auch den Klageantrag zu 2. als unbegründet abgewiesen. Dem Klageantrag zu 3., der hilfsweise zum Klageantrag zu 1. gestellt worden war, hat es stattgegeben. Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Übertragung des Wasserleitungsnetzes gegen die Beklagte zu. Ob sich die Beklagte mit Erfolg auf den Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) berufen könne, hat das Landgericht offen gelassen, denn die Beklagte würde ihrerseits treuwidrig handeln, indem sie sich auf einen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben berufe. Sie sei durch ein etwaiges verfahrensfehlerhaftes Vergabeverfahren nicht unmittelbar betroffen, weil sie hinreichend zum Ausdruck gebracht habe, dass sie an dem von der Klägerin favorisierten Konzept eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens nicht habe teilnehmen wollen. Der Herausgabeanspruch sei jedoch derzeit unbegründet, weil die Parteien das zwischen ihnen wirksam vereinbarte Gutachtenverfahren zur Bestimmung des Übernahmepreises nicht durchgeführt hätten.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit der Berufung, soweit dem hilfsweise gestellten Feststellungsantrag stattgegeben worden ist.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Essen vom 20.10.2014 - Az.: 3 O 328/13 - zugestellt am 31.10.2014, abzuändern und wie folgt neu zu fassen:

Die Klage wird abgewiesen.

Hilfsweise,

1. festzustellen, dass sie, die Beklagte, verpflichtet ist, der Klägerin, Eigentum und Besitz an den im Gebiet der Gebiet der Klägerin befindlichen Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung (Entflechtungsplan in Kopie als Anlage K2), bestehend aus Rohrleitungen (Haupt-, Versorgungs- und Hausanschlussleitungen) nebst Zubehör (Wasserbehältern, Pumpwerken, Druckregelanlagen, Druckerhöhungsanlagen, Messgeräten zur Wassermengen- und Wasserdurchfluss-Messung, Wasserzählern, Fernwirkanlagen inkl. Fernwirkleitungen), sowie Armaturen (bestehend aus Schiebern, Klappen Hähnen, Ventilen, Rückflussverhinderern, Rohrbruchsicherungen und Hydranten) mit Ausnahme der in Anlage

B 27 benannten und gekennzeichneten Transportleitungen<sup>1-11</sup> der Beklagten, Zugum Zug gegen Zahlung des Sachzeitwerts und Übernahme der Kosten für die Trennung der Rohrleitungen, zu übertragen;

2. die weitergehende Klage als derzeit unbegründet abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und auf ihre Anschlussberufung das Urteil des Landgerichts Essen vom 20.10.2014 abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, ihr Eigentum und Besitz an den im Gebiet der Klägerin befindlichen Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung (Entflechtungsplan in Kopie als Anlage K2), bestehend aus Rohrleitungen (Haupt-, Versorgungs- und Hausanschlussleitungen) nebst Zubehör (Wasserbehältern, Pumpwerken, Druckregelanlagen, Druckerhöhungsanlagen, Messgeräten zur Wassermengen- und Wasserdurchfluss-Messung, Wasserzählern, Fernwirkanlagen inkl. Fernwirkleitungen), sowie Armaturen, (bestehend aus Schiebern, Klappen Hähnen, Ventilen, Rückflussverhinderern, Rohrbruchsicherungen und Hydranten) mit Ausnahme der im Entflechtungsplan (Anlagen K2) als "Hauptleitung H." bezeichneten Transportleitungen der Beklagten im Nordwesten des Gebiets der Klägerin, Zugum-Zug gegen Zahlung einer Vergütung in Höhe von ... Mio. €, zu übertragen;

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr eine Differenz zwischen der für die Übertragung der im Klageantrag zu 1. Benannten Anlagen von der Klägerin gemäß der rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts Zugum-Zug zu erbringenden Gegenleistung und demjenigen Betrag, der zum tatsächlichen Übertragungszeitpunkt unter Anwendung der bei der rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts vorgenommenen Ermittlung der Gegenleistung herangezogenen Bewertungsmethodik und unter Berücksichtigung der zum tatsächlichen Übertragungszeitpunkt vorhandenen Kenntnisse zu rechnen ist, zu erstatten.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.

## II. Berufung der Beklagten

Die zulässige Berufung der Beklagten, mit der sie sich gegen den Feststellungstenor unter 1. des angefochtenen Urteils wendet, ist begründet.

Der als Hilfsantrag zum Klageantrag zu 1. gestellte Feststellungsantrag ist nicht begründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, der Klägerin Eigentum und Besitz an den im Gebiet der Klägerin befindlichen Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung bestehend aus näher bezeichneten Rohrleitungen nebst Zubehör mit Ausnahme der im Entflechtungsplan (Anl. K 2) als "Hauptleitung H." bezeichneten Transportleitung der Beklagten im Nordwesten des Gebiets der Klägerin zu übertragen. Der Durchsetzung eines grundsätzlich bestehenden vertraglichen Anspruchs der Klägerin auf Übereignung des Wasserversorgungsnetzes steht der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen.

1. Dem Grunde nach steht der Klägerin gegen die Beklagte aus der vertraglich vereinbarten Endschaftsbestimmung (§ 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 des Konzessionsvertrags zur Wasserversorgung vom 22.12.1978) ein Anspruch auf Übertragung der in ihrem Hoheitsgebiet liegenden Rohrleitungen mit Ausnahme derjenigen Leitungen zu, die der Versorgung von Abnehmern außerhalb der Gemeinden dienen. Sie ist nach der genannten Vereinbarung verpflichtet, das Rohrleitungsnetz käuflich zu erwerben, wenn sie die Versorgung nach Ablauf

des Konzessionsvertrags selber weiter betreibt oder einem Dritten überlässt. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der mit der Beklagten geschlossene Konzessionsvertrag ist wirksam gemäß § 10 Abs. 1 des Nachtragsvertrags zum Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung (Anl. K4) durch Kündigung der Klägerin vom 25.03.2008 zum 31.12.2009 beendet worden. Zudem hat die Klägerin die Absicht, die Wasserversorgung zukünftig durch die WBT. GmbH erbringen zu lassen.

2. Der Durchsetzung dieses Anspruchs aus der Endschaftsbestimmung auf Übertragung des Wasserrohrleitungsnetzes an die Klägerin steht der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegen, so dass eine Verpflichtung der Beklagten zur Besitz- und Eigentumsverschaffung nicht besteht und daher auch nicht festgestellt werden kann.

Die Geltendmachung des Anspruchs verstößt gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, weil die Auswahlentscheidung der Klägerin zu Lasten der Beklagten als bisherige Konzessionsnehmerin gegen das kartellrechtliche Diskriminierungs- und Behinderungsverbot verstößt. In einem solchen Fall beruht das zum Vollzug des Betreiberwechsels gestellte vertragliche Übereignungsverlangen auf einem Rechtsverstoß und vertieft ihn (BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139, 4153, juris Rn. 95).

a. Die mit Beschluss des Rates am 31.05.2012 getroffene Entscheidung, mit der später in die Stadtwerke T. umfirmierten Wirtschaftsbetriebe T. GmbH einen Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung im Stadtgebiet der Klägerin zu schließen, stellt eine unbillige Behinderung der Beklagten und damit einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Behinderungsverbot dar.

Maßgeblich ist die Rechtslage zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung (BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139, 4153, juris Rn. 66), die hier im Mai 2012 getroffen worden ist. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung kommt es somit auf § 20 Abs. 1 GWB in der bis zum 29. Juni 2013 geltenden Fassung (§ 20 Abs. 1 GWB aF) an. Durch die am 30. Juni 2013 in Kraft getretene 8. GWB-Novelle ist das bisher in § 20 Abs. 1 GWB geregelte Diskriminierungs- und Behinderungsverbot zum Zweck einer textlichen Straffung nun in § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB aufgenommen worden. Inhaltliche Änderungen sind damit aber nicht verbunden.

Nach § 20 Abs. 1 GWB aF dürfen marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar oder mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

aa. Die Klägerin ist als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB aF Normadressatin des kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbots.

Ein Unternehmen ist danach marktbeherrschend, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlichen und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

(1) Städte und Gemeinden handeln bei Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts (BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139, 4153, juris Rn. 18 mwNachw.).

(2) Sie haben dabei eine marktbeherrschende Stellung, weil ihnen auf dem relevanten Markt eine Monopolstellung zukommt.

Sachlich betroffen ist der (Angebots-)Markt für Wegenutzungsrechte zur Verlegung und zum Betrieb von Wasserleitungsrohren, um die an das Rohrleitungssystem angeschlossenen

Abnehmer mit Wasser zu versorgen. Auf diesem Markt stehen sich die Gemeinden und Städte als Anbieter des Wegerechts und Wasserversorgungsunternehmen als Nachfrager gegenüber. Räumlich ist der relevante Markt auf das Hoheitsgebiet der jeweiligen Gemeinde oder Stadt beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gemeinde oder Stadt eignen (BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139, 4153, juris Rn. 21).

bb. Der betroffene Markt für Wegenutzungsrechte im Stadtgebiet der Klägerin ist gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich.

Die Klägerin hat einen Geschäftsverkehr im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB aF eröffnet, der Wasserversorgungsunternehmen wie der Beklagten üblicherweise zugänglich ist. Hierbei handelt es sich um jeden privatrechtlich geregelten Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen. Einen solchen Geschäftsbetrieb hat die Klägerin bereits im Jahr 1978 eröffnet, als sie mit der Beklagten in diesem Jahr einen Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung geschlossen hat.

cc. Eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des Behinderungs- und Diskriminierungsverbot folgt nicht aus § 131 Abs. 6 GWB aF (jetzt § 31 GWB) i.V.m. § 103 Abs. 1 GWB aF, der für Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser für bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verträge eine Freistellung vom Kartellverbot des § 1 GWB vorsah. Eine Freistellung vom Diskriminierungs- und Behinderungsverbot (§§ 25, 26 GWB a.F.) ist nicht vorgesehen, wie sich im Übrigen auch daraus ergibt, dass die vom Kartellverbot freigestellten Verträge gemäß § 103 Abs. 5 GWB aF der Missbrauchsaufsicht unterliegen.

dd. Durch die Entscheidung der Klägerin, die Trinkwasserkonzession auf die WBT. Wirtschaftsbetriebe T. GmbH zu übertragen, ist die Beklagte im Wettbewerb um die nachgefragte Konzession und auf dem nachgelagerten Markt in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten als Anbieter von Trinkwasser unbillig behindert worden.

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

(1) Grundlage für die verfahrensbezogenen und auch materiellen Anforderungen sind das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot und, da hier ein Fall der sog. Binnenmarktrelevanz vorliegt - die Stadt T. ist weniger als ... km von der o. Grenze entfernt und der Auftragswert ist bei der beabsichtigten Vertragslaufzeit von 30 Jahren gewichtig - , die primärrechtlichen Grundsätze des AEUV, insbesondere Art. 49 AEUV ("Niederlassungsfreiheit") und Art. 56 AEUV ("Dienstleistungsfreiheit"), sowie die sich daraus ergebenden allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit.

(a) verfahrensbezogene Anforderungen

Das Auswahlverfahren muss so gestaltet werden, dass die an der Konzession interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Erhalt der Wasserkonzession interessierten Unternehmen zumindest die

Entscheidungskriterien der Gemeinde rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (so auch Schröder NVwZ 2017, S. 504; zur Vergabe von Stromkonzessionen BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139, juris Rn. 44-46 m.w.Nachw. - Stromnetz Heiligenhafen -: Bekanntgabe der Entscheidungskriterien und ihrer Gewichtung). In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof zu § 20 Abs. 1 GWB aF entschieden, dass an Schilderpräger vermietete Gewerbeflächen in einer Kfz-Zulassungstelle von der Kommune auszuschreiben sind, wobei die Entscheidungskriterien (dort: die Beschäftigung behinderter Menschen) und ihr Gewicht (der Umfang der Bevorzugung) bereits in der Ausschreibung angegeben werden müssen (BGH WuW/E DE-R 1951 Rn. 16 - Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt). Der Bundesgerichtshof hat auch für die Vergabe von Konzessionen im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG entschieden, dass die Entscheidungskriterien allen Interessenten rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitzuteilen sind, da nur auf diese Weise eine an sachgerechten, objektiven Kriterien getroffene, mithin diskriminierungsfreie Auswahlentscheidung sichergestellt wird. Auch ist dort die Gewichtung der Kriterien offenzulegen, damit die Bewerber erkennen können, wie die einzelnen Kriterien die Entscheidung beeinflussen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Angaben zu den Kriterien bereits in der Bekanntmachung gemäß § 46 Abs. 3 EnWG erfolgen. Vielmehr ist ausreichend, wenn sie allen Unternehmen in einem gleichlautenden Verfahrensbrief (Ausschreibungsbedingungen) rechtzeitig mitgeteilt werden, nachdem sie aufgrund der Bekanntmachung ihr Interesse an der Konzession bekundet haben (BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139, juris Rn. 48 m.w.Nachw. - Stromnetz Heiligenhafen).

Auch bei der Vergabe von Konzessionen für die Versorgung mit Wasser gelten die aus dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgrundsatz folgenden Anforderungen an den Verfahrensablauf. Im Fall einer marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde oder Stadt folgen die Grundsätze aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF). Besteht an der zu vergebenden Wasserkonzession ein grenzüberschreitendes Interesse, gelten zusätzlich die primärrechtlichen Grundsätze des AEUV (siehe Schröder in NVwZ 2017, S. 504). Bei dieser Sachlage ist kein Grund ersichtlich, warum bei der Vergabe von Wasserkonzessionen in verfahrensrechtlicher Hinsicht etwas anderes gelten soll als bei der Vergabe von Strom- oder Gaskonzessionen.

Insbesondere wird hierdurch nicht - so wie die Klägerin offenbar meint - eine Konzessionsvergabe in der Form einer sog. Inhouse-Vergabe generell ausgeschlossen. Die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe, die die Klägerin hier selbst gar nicht vornehmen wollte, weil sie sich für eine Vergabe im wettbewerblichen Verfahren entschieden hat, wären vorliegend im Übrigen auch nicht erfüllt. Eine private Beteiligung am Kapital der WBT. GmbH schließt eine Inhouse-Vergabe an diese aus, weil ein solches Verfahren dem am Kapital beteiligten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12, WuW 2013, 382, 390 m.w.Nachw.).

#### (b) materielle Anforderungen

Was die materiellen Anforderungen an die Auswahlentscheidung anbelangt, so hat der Konzessionsgeber seine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen. Für den Bereich der Konzessionsvergaben für die Versorgung mit Elektrizität und Gas ist die Auswahl vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren (BGH, Urteil v. 17.12.2013, KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139, juris Rn. 49 m.w.Nachw. - Stromnetz Heiligenhafen; BGH Urteil v. 17.12.2013, KZR 66/12 Rn. 36 ff. - Stromnetz Berkenthin).

Da eine § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG i.V.m. § 1 EnWG entsprechende Regelung für die Vergabe von Wasserkonzessionen nicht vorhanden ist und die energiewirtschaftlichen Regelungen auf die Vergabe von Wasserkonzessionsverträgen auch nicht im Wege der Analogie anzuwenden sind, ist der Konzessionsgeber bei der Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien freier. Dem öffentlichen Auftraggeber steht aufgrund seines Leistungsbestimmungsrechts ein weiter Spielraum zu. Jedoch müssen die Kriterien sachbezogen und dürfen nicht willkürlich sein (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 03.03.2010, VII-Verg 48/09, juris Rn. 43).

(2) Die Entscheidung der Klägerin, die Wasserkonzession an die WBT. GmbH zu vergeben, war rechtswidrig und stellt eine unbillige Behinderung der Beklagten im Wettbewerb um den Erhalt der Konzession dar. Das Verfahren der Klägerin bei der Entscheidung über den künftigen Konzessionsnehmer erfüllt grundlegende Anforderungen der Transparenz nicht.

(a) Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin die Beendigung des bisherigen Konzessionsvertrags zum 31.12.2009 und die Neuvergabe in einem wettbewerblichen Verfahren unter dem 24.04.2008 nur im Bundesanzeiger bekannt gemacht hat, obwohl aufgrund des grenzüberschreitenden Interesses an der Neuvergabe eine europaweite Bekanntmachung erforderlich gewesen wäre. Die Chancen der Beklagten auf die Konzession sind durch diesen Verfahrensfehler nicht unbillig behindert worden, weil sie sich als inländisches Unternehmen über den Inhalt der nationalen Bekanntmachung informieren konnte und sich auch informiert hat.

(b) Die Klägerin hat vor ihrer Auswahlentscheidung zu Gunsten der WBT. GmbH keine Entscheidungskriterien genannt, die für ihre Auswahlentscheidung von Bedeutung sein sollen und an denen die Beklagte ihr Angebot hätte ausrichten können.

In der Bekanntmachung vom 24.04.2008 sind keine Entscheidungskriterien genannt. Es wird lediglich die Vergabe der Gas- und Wasserkonzession in einem wettbewerblichen Verfahren angekündigt, an dem sich die Klägerin gegebenenfalls nach Gründung einer eigenen Netzgesellschaft beteiligt.

Dem vorgelegten Schriftwechsel der Parteien beginnend Anfang März 2012 bis zur Auswahlentscheidung der Klägerin Ende Mai 2012 ist nicht zu entnehmen, dass die Klägerin die Beklagte über Entscheidungskriterien informiert hat, die für die Auswahlentscheidung maßgeblich sein sollen. Die Klägerin hat das Schreiben der Beklagten vom 2. März 2012 zum Anlass genommen, Ausführungen zu der von ihr favorisierten Kooperationsmöglichkeit mit der Beklagten zu machen. In ihren Schreiben vom 20.03.2012 und 03.05.2012 verdeutlicht sie, dass entsprechend den gefassten Ratsbeschlüssen (06.11.2008 und 29.01.2009) eine Gesellschaft unter Beteiligung der Klägerin gegründet werden und auf diese Gesellschaft die verschiedenen Bereiche der Ver- und Entsorgung im Stadtgebiet T. einschließlich Trinkwasser und Gas übertragen werden sollen. Dabei ist eine mehrheitliche Beteiligung der Klägerin an der Gesellschaft vorgesehen. Nach den formulierten Vorstellungen der Klägerin könnten die übrigen Geschäftsanteile zwischen der Beklagten und S. zu gleichen Teilen aufgeteilt werden. Mit Schreiben vom 03.05.2012 lädt die Klägerin die Beklagte zu einem Gespräch am 15.05.2012 ein und bittet sie im Rahmen dieses Gespräches detaillierte und verbindliche Aussagen dazu zu treffen, ob sie an ihrer Entscheidung festhält, sich nicht an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft zu beteiligen, an der die Klägerin mehrheitlich und darüber hinaus auch S. beteiligt ist. Für diesen Fall wird die Beklagte gebeten darzustellen, welches Modell sie anbieten möchte, sowohl in der Variante "reiner Konzessionsvertrag" (ohne gemeinsame Gesellschaft) als auch in der Variante "gemeinsame Gesellschaft für die Sparte Trinkwasser und Gas, an der die Stadt T. mehrheitlich beteiligt ist". Nach welchen Kriterien sie die Auswahl zwischen den verschiedenen Modellen (reiner Konzessionsvertrag, gemeinsame Gesellschaft zwischen Klägerin und Beklagter, gemeinsame Gesellschaft zwischen Klägerin, Beklagter und S.) treffen wird, teilt sie nicht mit. Zwar bittet sie die Beklagte darum, detaillierte Angaben zu den finanziellen Auswirkungen für die Klägerin im Hinblick auf den Netzkaufris

und die Entflechtungskosten zu machen. Ob es sich bei dieser Forderung aber um die Bekanntgabe des maßgeblichen Kriteriums ("Preisgünstigkeit") für die Auswahl zwischen den verschiedenen Varianten handelt, bedarf indes keiner vertiefenden Prüfung. Die Klägerin hat erstmals in der Begründung ihrer Sitzungsvorlage an den Rat der Stadt T. vom 22.05.2012 ausgeführt, welche Wertungskriterien für die Vergabe der Trinkwasserkonzession an die WBT. GmbH maßgeblich sein sollen. Hierbei handelt es sich um die Wirtschaftlichkeit (zusätzliche Ergebnisströme aus dem Netzbetrieb), die technische Machbarkeit (betriebliches Knowhow und Organisation) und die vertragliche Ausgestaltung der Trinkwasserkonzession (Vertragslaufzeit, Höhe der Konzessionsabgabe, Haftungsfreistellung der Stadt im Innenverhältnis für Risiken im Zusammenhang mit der Netzübernahme). Mit Schreiben vom 17.10.2012 teilt die Klägerin der Beklagten zudem zwei weitere Auswahlkriterien mit, die in der Sitzungsvorlage nicht genannt sind, jedoch bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt worden sein sollen. Genannt werden die Leistungsfähigkeit des Konzessionsnehmers und die dauerhafte Sicherstellung eines leistungsfähigen Versorgungsnetzes.

Verstößt das Auswahlverfahren der Klägerin somit wegen Verletzung des Transparenzgebots gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB aF und die Grundsätze des AEUV, liegt zugleich eine unbillige Behinderung der Beklagten gemäß § 20 Abs. 1 GWB aF vor. Die Klägerin kann in diesem Zusammenhang nicht mit Erfolg geltend machen, die Beklagte habe kein Interesse (mehr) an der Wasserkonzession gehabt, da sie sich an einer gemeinsamen Gesellschaft zusammen mit der Stadt T. und S. nicht habe beteiligen wollen und infolgedessen ihre Anteile an der WBT. GmbH veräußert habe. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 03.04.2012 ausdrücklich ihr Interesse bekundet, Konzessionsverträge mit der Klägerin für die Wasserversorgung und Gasversorgung abzuschließen. Zudem hat sie am 15.05.2012 in der Sitzung des Haupt- und Finanzausschusses der Klägerin die von ihr präferierten Modelle der Zusammenarbeit im Bereich der Trinkwasserversorgung dargestellt und damit zuletzt zwei Wochen vor der Vergabeentscheidung der Klägerin ihr Interesse an der Wasserkonzession bekundet. Die Beklagte war nur nicht bereit, sich an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft zu beteiligen, an der neben der Klägerin auch S. beteiligt ist.

3. Der Beklagten ist es ihrerseits nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verwehrt, sich gegenüber dem vertraglichen Übereignungsanspruch der Klägerin aus der Endschaftsbestimmung auf den Einwand treuwidrigen Verhaltens zu berufen.

Gemäß § 242 BGB ist eine Rechtsausübung missbräuchlich, wenn ihr kein schutzwürdiges Eigeninteresse zugrunde liegt. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall. Die Beklagte hat nach wie vor Chancen, sich um die Wasserkonzession zu bewerben. Aufgrund der nicht rechtmäßigen Auswahlentscheidung zu Gunsten der WBT. GmbH ist der geschlossene Konzessionsvertrag wegen eines Verstoßes gegen § 20 Abs. 1 GWB aF gemäß § 134 BGB nichtig. Die Beklagte hat daher ein schutzwürdiges Eigeninteresse, die verfahrensfehlerhafte Auswahlentscheidung der Klägerin und den damit einhergehenden Verstoß gegen das kartellrechtliche Verbot unbilliger Behinderung nicht dadurch zu vertiefen, dass sie dem zum Vollzug des Betreiberwechsels gestellten Übereignungsverlangen nachkommt, sondern ihre Chancen auf Erhalt der Wasserkonzession bei Wiederholung des Vergabeverfahrens zu wahren.

#### Anschlussberufung der Klägerin

Die Anschlussberufung der Klägerin, mit der sie sich insoweit gegen das erstinstanzliche Urteil wendet, als die über den Feststellungsantrag hinausgehende Leistungsklage (Klageantrag zu 1.) als derzeit unbegründet abgewiesen worden ist, ist nicht begründet.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein durchsetzbarer Anspruch auf Übertragung des Eigentums und Besitzes an dem näher beschriebenen Wasserleitungsnetz, Zugum-Zug gegen

Zahlung einer Vergütung in Höhe von ... Mio. €, nicht zu. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die obigen Ausführungen zur Berufung der Beklagten Bezug genommen.

III. Das Vorbringen der Klägerin in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 19.03.2018 gibt zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO keinen Anlass.

Insbesondere besteht eine Pflicht zur Wiedereröffnung gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht. Der Senat hat die mündliche Verhandlung ordnungsgemäß geschlossen. Weder hat der Senat gegen § 139 ZPO verstoßen, noch ist der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Der Senat war nicht gemäß § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet, die Parteien darauf hinzuweisen, dass er den Ausführungen des Landgerichts in entscheidungserheblichen Punkten nicht zu folgen beabsichtigt und die in erster Instanz obsiegende Klägerin mit ihrer Klage aller Voraussicht nach keinen Erfolg haben wird. Eine solche Verpflichtung besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann, wenn aufgrund der abweichenden Ansicht weiterer Vortrag erforderlich ist (BGH NJW-RR 2011, 742; Greger in Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 139 Rn. 6). Dies war vorliegend nicht der Fall. Die Parteien haben sich bereits in erster Instanz umfassend zu den nach Ansicht des Senates streitentscheidenden Punkten (Einwand unzulässiger Rechtsausübung gemäß § 242 BGB aufgrund eines nicht den Anforderungen genügenden Vergabeverfahrens) in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht geäußert und dieses Vorbringen auch zum Gegenstand ihres Vortrags in der Berufungsinstanz gemacht. So hat die Klägerin auf den Vortrag der Beklagten zur Intransparenz des Vergabeverfahrens in ihrem Schriftsatz vom 27.04.2015 (dort Seite 3 ff.) erwidert und zudem ausdrücklich auf ihren erstinstanzlichen Sachvortrag vollumfänglich Bezug genommen (dort Seite 18). Weiterer Sachvortrag der Klägerin war nicht erforderlich. Überdies waren sämtliche Gesichtspunkte Gegenstand einer ausführlichen Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat (§ 139 Abs. 1 ZPO), so dass für die Klägerin ausreichend Gelegenheit bestand, sich zu der von der ersten Instanz abweichenden Rechtsauffassung des Senats zu äußern. Von dieser Möglichkeit hat die Klägerin ausführlich Gebrauch gemacht. Um einen Hinweis gemäß § 139 Abs. 2 ZPO handelte es sich bei der Erörterung in der mündlichen Verhandlung nicht, worauf der Vorsitzende die Prozessbevollmächtigte der Klägerin mehrfach aufmerksam gemacht hat, nachdem sie vehement einen gegenteiligen Standpunkt vertreten hatte. Da ein richterlicher Hinweis gemäß § 139 Abs. 2 ZPO vorliegend nicht erteilt worden ist, waren die Voraussetzungen für die Gewährung einer Schriftsatzfrist gemäß § 139 Abs. 5 ZPO nicht erfüllt. Einer weitergehenden Begründung der erfolgten Ablehnung des Antrags auf Gewährung einer Schriftsatzfrist bedurfte es bei dieser Sachlage nicht.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 91 Abs. 1 ZPO. Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV. Für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO besteht kein Anlass.

Streitwert für die Berufung der Beklagten: 2.186.400 €

Streitwert für die Anschlussberufung der Klägerin: 2.733.000 €.