



## UPDATE VERGABERECHT

### KEIN VERGABERECHTSWEG BEI VERGABEN NACH §46 ABS. 2 ENWG

**OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.04.2018 – 11 Verg 1/18**

Eine Kommune (K) schreibt mit europaweiter Bekanntmachung die Vergabe einer Stromkonzession für Teile ihres Gebiets aus. Bewerber B erhebt gegen verschiedene Inhalte des Verfahrensbriefs Rügen, denen aber nur zum Teil abgeholfen wird. Weil K in ihrer Rechtsbehelfsbelehrung auf den Vergaberechtsweg zur Vergabekammer verweist, stellt B – neben einem Antrag auf einstweilige Verfügung nach § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG zum Zivilgericht – einen Nachprüfungsantrag zur Vergabekammer. Diese lehnt den Antrag wegen Unzulässigkeit ab, überbürdet aber K wegen der fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung die Verfahrenskosten.

Auf die sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung bestätigt der Vergabesenat, dass der Vergaberechtsweg für Streitigkeiten um die Vergabe von Energienetzkonzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG nicht eröffnet ist. Nach §§ 47 Abs. 5 Satz 1, 102 EnWG seien Rechtsverletzungen vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Angesichts des klaren Wortlauts sei schon fraglich, ob noch Raum für eine Auslegung über den Rechtsweg bestehe. Eine gleichwohl vorgenommene Auslegung bestätige aber, dass der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht gegeben sei. Dabei könne dahinstehen, ob qualifizierte Wegenutzungsverträge im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG als Konzessionen im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu bewerten seien. Denn jedenfalls habe sich der Gesetzgeber entschieden, den Rechtsschutz für die Vergabe solcher Energienetzkonzessionen gesondert zu regeln.

#### **Bedeutung für die Praxis:**

Die Entscheidung sorgt für eine willkommene Rechtssicherheit mit Blick auf den Rechtsweg gegen Verstöße im Verfahren zur Vergabe von Energienetzkonzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob die Wertung des deutschen Gesetzgebers, wonach die qualifizierten Wegenutzungsverträge für Strom- und Gasverteilnetze nicht als öffentliche Konzessionen im Sinne der RL 2014/23 zu bewerten seien, zutreffend ist. Insofern ist weiter offen, ob Bieter, die sich durch eine Vergabeentscheidung in Rechten verletzt sehen, Rechte aus dieser Richtlinie ableiten könnten, wenn die Regelungen des EnWG hinter der Richtlinie zurück bleiben. Klar ist nun aber, dass sie entsprechende Rechte auf dem ordentlichen Rechtsweg geltend machen müssten.

Bemerkenswert ist sodann, dass das OLG in einem obiter dictum den Regelungen der §§ 46 ff. EnWG für den Fall einer Anrufung zwecks Überprüfung der Zuschlagsentscheidung ein Vollzugsverbot entnimmt, das dem Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB entspreche.