

UPDATE VERGABERECHT

DOPPELMANDAT FÜHRT NICHT ZWINGEND ZUR VERTRAGSNICHTIGKEIT

BGH, Urteil vom 28.01.2020, VII ZR 10/19

Der Rat der Kommune K beschließt nach einem wettbewerblichen Auswahlverfahren gemäß § 46 EnWG, den neuen Wegenutzungsvertrag für das Gasnetz mit der Eigengesellschaft E abzuschließen. Am Beschluss des Rates wirken Stadträte mit, die gleichzeitig Mitglied im Aufsichtsrat der E sind. Altbetreiberin A verweigert die Herausgabe des Gasnetzes unter anderem mit der Begründung, dass der Wegenutzungsvertrag nichtig sei, weil die Mitwirkung der Doppelmandatsträger gegen das Gebot der Neutralität verstoße. Im Prozess um die Netzherausgabe gibt das OLG A in zweiter Instanz recht.

Auf die Revision verwirft der BGH diese Bewertung. Zwar folgt aus dem für die energierechtliche Konzessionsvergabe nach § 19 Abs 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG geltenden Diskriminierungsverbot ein Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber. Dies beinhaltet ein Mitwirkungsverbot für solche Personen, die bei einem Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder Mitglied eines Organs sind. Nicht jeder Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot führt aber automatisch zur Nichtigkeit des Wegenutzungsvertrages. Maßgeblich ist, ob der Verstoß die konkrete Möglichkeit eröffnet, dass dies die Entscheidung über die Vergabe des Wegenutzungsrechts beeinflusst hat. Dabei liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die den Einfluss möglich erscheinen lassen, bei demjenigen, der sich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft. An einer entsprechenden Darlegung fehlte es im vorliegenden Fall.

Bedeutung für die Praxis

Das Urteil klärt die in der Rechtsprechung der Obergerichte umstrittene Frage, ob allein aus der Teilnahme von Doppelmandatsträgern an Beschlüssen des Gemeinderates eine Behinderung des unterlegenen Bieters folgt. Der BGH verneint dies im Grundsatz und fordert, dass die Möglichkeit eines Einflusses auf die Entscheidung dargelegt wird. Die hieraus folgende Darlegungslast kann Bewerber hart treffen, weil Ihnen häufig die notwendigen Informationen fehlen. Kommunen, die Netzkonzessionen ausschreiben, sollten sich aber nicht täuschen: Soweit sich die Mitwirkung von doppelmandatierten Personen auf das der abschließenden Befassung vorgelagerte Verfahren, insbesondere die Bestimmung und Ausgestaltung der Vergabekriterien, bezieht, sieht der BGH deutlich verringerte Darlegungsanforderungen an die Möglichkeit einer Behinderung, bis hin zu einer sekundären Darlegungslast der Gemeinde. Mitwirkungsverbote können außerdem aus dem Kommunalrecht folgen. Die Frage, ob die besonderen Mitwirkungsverbote des Vergaberechts (§ 6 VgV) auch für die Vergabe nach § 46 EnWG n. F. gelten, konnte der BGH offenlassen.