

## UPDATE ENERGIERECHT

### KEINE PRIVILEGIERUNG DES ALTKONZESSIONÄRS

**BGH, Urteil vom 28.01.2020, EnZR 116/18**

Die Beklagte ist Altkonzessionärin und Eigentümerin eines Stromverteilnetzes. Sie hatte sich über eine Tochtergesellschaft vergeblich am Verfahren um die Neuvergabe der Wegerechte durch die Gemeinde beteiligt. Auf die Bekanntgabe der Gemeinde, den Zuschlag an einen anderen Bieter zu erteilen, beanstandete die Tochtergesellschaft die Auswahl. Sie machte geltend, dass die Netzsicherheit bei der Bewertung nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Die Gemeinde hielt an ihrer Entscheidung fest, wogegen keine weiteren rechtlichen Schritte ergriffen wurden. Die Altkonzessionärin verweigerte aber die Herausgabe des Netzes an den erfolgreichen Bieter unter Berufung auf eine Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrages. Sie obsiegte in erster und zweiter Instanz: Die Auswahl leide daran, dass die Gemeinde sich nicht an die bekanntgegebenen Auswahlkriterien gehalten habe und nicht festgestellt werden könne, dass sich dieser Mangel nicht entscheidend auf das Ergebnis ausgewirkt hat. Dies gehe zu Lasten des erfolgreichen Bieters, da dieser die Angebotsauswertung der Gemeinde nicht vorgelegt habe.

Der BGH hebt die Entscheidung auf und verweist die Sache zurück. Die Darlegungs- und Beweislast für die Nichtigkeit liege bei demjenigen, der sich auf diese berufe, hier also der Altkonzessionärin. Die Darlegungslast variere je nach in Rede stehendem Verfahrensfehler: Während bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Bekanntmachung der Auswahlkriterien und von deren Gewichtung eine unbillige Behinderung auf der Hand liege, bedürfe es zur Geltendmachung einer fehlerhaften Bewertung eingehender Darlegungen. Die Altkonzessionärin hätte somit darlegen müssen, dass sich der Bewertungsfehler im Ergebnis ausgewirkt hat. Mit der Rüge unzureichender Auswahlkriterien sei sie zudem präkludiert. Denn dieser Fehler sei bereits während des Auswahlverfahrens erkennbar gewesen und sie hätte ihn – über ihre Tochtergesellschaft – vor dem Vertragsschluss geltend machen können. Es bestehe hier kein Anlass, den Altkonzessionär gegenüber sonstigen Bietern zu privilegieren.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Das Urteil, das noch zur alten Rechtslage erfolgt ist, beantwortet gleich mehrere bisher umstrittene Fragen auch mit Bezug zur aktuellen Rechtslage. Klargestellt ist nun erstens, dass Altkonzessionäre nicht in Ruhe die Auseinandersetzung um die Netzherausgabe abwarten können, sondern ihre Einwendungen frühzeitig erheben müssen, um nicht präkludiert zu sein. Zweitens besteht nun Klarheit, dass demjenigen die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen relevanter Fehler des Auswahlverfahrens zukommt, der sich auf diese beruft. Dies ist Folge des Beibringungsgrundsatz und der Beweislastverteilung des Zivilprozesses. Dies stellt für unterlegene Bewerber im Vergleich zum Vergabenaachprüfungsverfahren nach dem GWB einen erheblichen Nachteil dar.