

UPDATE VERGABERECHT

ERSCHWERTE AUFHEBUNG VON ENWG-KONZESSIONSVERFAHREN

BGH, Urteil vom 09.03.2021 - KZR 55/19

In einem 2011 von der Kommune (K) eingeleiteten und von der Senatsverwaltung für Finanzen durchgeführten Verfahren nach § 46 EnWG zur Neuvergabe der GasnetzkonzeSSION gaben nur ein zuvor von demselben Ressort neu geschaffener Landesbetrieb (L) und die Altbetreiberin (A) Angebote ab. Die Zuständigkeit für L wurde erst im Lauf des Verfahrens auf ein anderes Ressort übertragen. Gegen den beabsichtigten Zuschlag an L ging A gerichtlich vor. Sowohl Landgericht als auch KG wiesen den Hauptantrag auf Zuschlag an A ab. Zwar leide das Verfahren wegen der fehlenden organisatorischen Trennung unter einem gravierenden Neutralitätsverstoß. K könne aber statt einen Vertrag mit A zu schließen das Verfahren auch (teilweise) wiederholen oder neu ausschreiben und so die Verfahrensfehler beseitigen. Soweit L Nachweise nicht vorgelegt habe, sei der mit einem Hilfsantrag geforderte Ausschluss von L unverhältnismäßig, weil das Verfahren ohnehin in ein Stadium vor der Verpflichtung zur Vorlage der Nachweise zurückzusetzen sei.

Auf Revision von A verpflichtet der BGH K zum Zuschlag an A. Allein das Angebot von A entsprach den aufgestellten Anforderungen, L sei wegen fehlender Nachweise auszuschließen. K könne sich auch nicht in die Zurückversetzung retten. Soweit das allgemeine Vergaberecht grundsätzlich keinen Anspruch eines Bieters auf den Zuschlag vorsehe, sondern es dem Auftraggeber freistelle, von einer Vergabe auch ohne anerkannten Aufhebungsgrund abzusehen, könnten diese Grundsätze nicht ohne Weiteres auf die Verfahren nach § 46 EnWG übertragen werden. Denn das EnWG begründe eine Pflicht zur regelmäßigen Neuvergabe alle 20 Jahre, sodass kein autonomer Beschaffungsbeschluss der Gemeinde vorliege. Auch wenn hier mit Blick auf das Neutralitätsgebot ein gravierender Rechtsfehler feststehe, scheide eine Zurückversetzung unter Abwägung aller beteiligten Interessen aus, weil sich der Rechtsfehler nicht zum Vorteil von A ausgewirkt haben könne und L wegen der versäumten Nachweise keine zweite Chance verdiene.

Bedeutung für die Praxis

Der BGH hat die Gelegenheit erneut genutzt, die Parallelen aber auch die Unterschiede zwischen allgemeinem Vergaberecht und EnWG-KonzeSSIONsverfahren herauszustellen. Für die Rechtsanwender ist daher immer Vorsicht bei der Übertragung des Vergaberichts auf die insofern lückenhaften Regelungen der §§ 46 ff. EnWG geboten. Ein möglicherweise ausschlaggebender Punkt für das Ergebnis der Abwägung des BGH mag hier gewesen sein, dass K bereits im Jahr 2024 ein vertragliches Kündigungsrecht zusteht. Möglicherweise hätte der BGH bei einer längeren Restlaufzeit den Vorteilen für den Wettbewerb durch eine Neuausschreibung den Vorzug gegeben.